

Recenzenta:

izr. prof. dr. Janja Hojnik
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

izr. prof. dr. Aleš Ferčič
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

Stvarno kazalo:

Petra Hren, mag. prava
Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

© IUS SOFTWARE, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2017.

Vse pravice pridržane. Brez predhodnega pisnega dovoljenja IUS SOFTWARE so prepovedani reproduciranje, distribuiranje, dajanje v najem, dajanje na voljo javnosti (internet) in druge oblike javne priobčitve, predelava ali vsaka druga uporaba tega avtorskega dela ali njegovih delov v kakršnekoli obsegu ali postopku, vključno s fotokopiranjem, tiskanjem ali shranitvijo v elektronski obliki. Odstranitev tega podatka je kazniva.

CIP – Kataložni zapis o publikaciji
Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

366.5
659.23:004

VARSTVO potrošnikov pri spletnem poslovanju / urednika Ana Vlahek,
Matija Damjan. – Ljubljana : IUS Software, GV Založba, 2017

ISBN 978-961-247-367-9
1. Vlahek, Ana
290816000

VARSTVO POTROŠNIKOV PRI SPLETNEM POSLOVANJU

Urednika

Ana Vlahek
Matija Damjan

IUS SOFTWARE®



inštitut za primerjalno pravo



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani

AVTORJI

Meta Ahtik

univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica ekonomskih znanosti, docentka za ekonomsko analizo prava, vodja odseka Implementacija makrobonitetne politike na Banki Slovenije in raziskovalka na Inštitutu za primerjalno pravo

Kaja Batagelj

diplomirana pravnica, študentka II. stopnje na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, strokovna sodelavka v družbi Deloitte Legal

Miha Berdnik

univerzitetni diplomirani pravnik, višji svetovalec na Ministrstvu za gospodarski razvoj in tehnologijo

Matija Damjan

univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, raziskovalec na Inštitutu za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

Róbert Dobrovodský

doktor pravnih znanosti, LL.M. (Tübingen), asistent na Pravni fakulteti Univerze v Trnavi (Slovaška)

Mišo Drobež

univerzitetni diplomirani pravnik, LL.M. Finance (Frankfurt), Banka Slovenije, Služba za reševanje

Inese Druviete

doktorica pravnih znanosti, docentka na Riga Graduate School of Law (Latvija)

Gregor Dugar

univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, docent

na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

Peter Grilc

univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

Boštjan Koritnik

univerzitetni diplomirani pravnik, asistent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, tajnik Pravne fakultete Univerze v Ljubljani

Jerca Kramberger Škerl

univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, D.E.A (Poitiers), docentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

Luka Markelj

univerzitetni diplomirani pravnik, odvetnik pri Odvetniški družbi Petrič

Neža Pogorelčnik Vogrinc

univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

David Sehnálek

doktor pravnih znanosti, asistent na Pravni fakulteti Univerze v Brnu, odvetnik v Brnu (Češka)

Katarina Zajc

univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti (George Mason), LL.M. (Yale), redna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

Tadeja Žefran

univerzitetna diplomirana pravnica, višja svetovalka v Evropskem potrošniškem centru

Spremna beseda

Znanstvena monografija je posvečena pravni ureditvi in odprtim pravnim vprašanjem varstva potrošnikov na internetu, zlasti v spletnih trgovinah in pri drugih oblikah pravnih transakcij, ki se sklepajo z uporabo informacijsko-komunikacijskih tehnologij. Nekatera že uveljavljena pravila potrošniškega prava je mogoče brez večjih težav aplicirati tudi na področju elektronskega poslovanja. Po drugi strani pa je uporaba interneta bolj kot poprej izpostavila nekatere vidike, zlasti glede čezmejnega sklepanja in izpolnjevanja pravnih poslov, in odprla nova pravna vprašanja, ki prej niso obstajala, na primer vprašanje, ali digitalne vsebine obravnavati kot blago ali kot storitev. Zaradi vse izrazitejše čezmejne narave spletnega poslovanja potrošnikov na evropskem enotnem trgu se nova pravila potrošniškega prava oblikujejo zlasti na ravni Evropske unije. V skladu s Strategijo za enotni digitalni trg naj bi posamezniki in podjetja ne glede na svoje državljanstvo oziroma prebivališče brez ovir dostopali do spletnih storitev oziroma jih ponujali pod pogoji poštene konkurence in ob zagotavljanju visoke ravni varstva potrošnikov in osebnih podatkov. V monografiji je obravnavana ureditev po Direktivi 2011/83/EU o pravicah potrošnikov, ki s pristopom popolne harmonizacije ustvarja enotna evropska pravila o pravicah potrošnikov, kar naj bi spodbudilo čezmejne spletne nakupe. Še vedno pa obstajajo razlike med ravno varstva potrošnikov pri prodaji fizičnega blaga in digitalnih vsebin, kot so e-knjige ali aplikacije. Opredeliti se je treba do ureditve napak blaga, predpostavk prodajalčeve odgovornosti, hierarhije zahtevkov kupca v primeru stvarnih napak, prehoda dokaznega bremena na prodajalca, transparentnosti trgovskih garancij itd. Za realizacijo spletnih poslov so bistvenega pomena tudi plačilne storitve, ki jih potrošniki prav tako uporabljajo na daljavo, s čimer so izpostavljeni dodatnim tveganjem. Poleg možnosti za sklepanje pogodb internet predstavlja tudi nov forum za poenostavljeno spletno reševanje potrošniških sporov, ki zahteva določeno stopnjo posebne regulacije. Poleg pravic potrošnikov na področju pogodbenega prava mora potrošniško pravo ustrezno zajeti tudi nekatere posebne pojave na internetu, kot so spletni iskalniki, družbena omrežja in druge oblike računalništva v oblaku.

Navedena vprašanja so v knjigi obravnavana v okviru dvanajstih samostojnih znanstvenih prispevkov, v katerih se avtorji ukvarjajo s posameznimi vidiki pravne ureditve varstva potrošnikov. Prispevki niso strukturirani v sklope, saj se v njih prepletajo različni vidiki pravnega varstva potrošnikov pri spletnem poslovanju, na grobo pa jih lahko po vsebini vendarle razdelimo v tri sklope. Prvi sklop zajema splošnejše teme: pristojnost Evropske unije za urejanje potrošniškega prava, problematiko mednarodnega zasebnega prava in ureditev spletnega reševanja potrošniških sporov. V drugem sklopu so obravnavani posamezni vidiki nekaterih spletnih pogodb: posebnosti glede prodaje digitalne vsebine, ki jih določa obstoječa in bodoča zakonodaja EU, uveljavljanje zahtevkov zaradi stvarnih napak blaga, kupljenega prek spleta, posebnosti pogodb o računalništvu v oblaku in posebna pravica (potrošnika) biti »pozabljen« na internetu, kot izvira iz sodne prakse Sodišča EU. Tretji sklop prispevkov obravnava varstvo potrošnikov pri nekaterih finančnih transakcijah na internetu, tj. pri plačilnih storitvah, vključno z odgovornostjo za neodobrene plačilne transakcije. Obravnavani so problematični vidiki in možne zlorabe hitrih spletnih kreditov, ki so se izredno razmahnili v vzhodnoevropskih državah, nazadnje pa še depozitno jamstvo potrošnikov za sredstva na spletnih računih v tujini.

Znanstveno preučevanje omenjenih odprtih vprašanj prava varstva potrošnikov na področju spletnega poslovanja je nujno, da bo slovenska pravna znanost lahko sledila normativnemu razvoju, ki pospešeno poteka na ravni Evropske unije, zlasti v okviru pobude Evropske komisije za pospešitev vzpostavitve enotnega evropskega digitalnega trga. Pomemben vir prava je praksa Sodišča EU, navsezadnje pa tudi slovenskih sodišč. Prispevki v monografiji, ki so jih pripravili že uveljavljeni pravni avtorji v sodelovanju z nekaj mlajšimi sodelavci, celovito obravnavajo obstoječo in morebitno bodočo zakonsko ureditev posamezne obravnavane teme, analizirajo slovensko in evropsko sodno prakso ter pravno literaturo. Na podlagi raziskovanja, ki temelji na uporabi uveljavljenih metodologij pravne znanosti, oblikujejo zaključke glede veljavnih pravil in morebitnih neustreznih rešitev ter identificirajo obstoječe pravne praznine, nato pa oblikujejo možne rešitve zaznanih problemov, ki jih je mogoče doseči bodisi z ustrezno interpretacijo obstoječih pravil bodisi z novimi zakonskimi pravili. Monografija prinaša nova spoznanja, ki so rezultat lastnega raziskovanja avtorjev, zato delo prispeva k razvoju slovenske pravne znanosti, koristilo pa bo, upava, tudi poslovni in sodni praksi.

izr. prof. dr. Ana Vlahek
doc. dr. Matijan Damjan

Kazalo

Kolizijskopravno varstvo potrošnikov pri sklepanju klasičnih in elektronskih pogodb	11
<i>Jerca Kramberger Škerl</i>	
Uveljavljanje zahtevkov v primeru napake na blagu pri čezmejnem spletnem poslovanju	33
<i>Miha Berdnik, Tadeja Žefran</i>	
Prodaja digitalnih vsebin po elektronski poti	59
<i>Matija Damjan</i>	
Common EU Rules on Digital Content: Future challenges for domestic legislator	83
<i>Róbert Dobrovodský</i>	
Payday Loans in Latvia: APR	93
<i>Inese Druviete</i>	
Izbrani pravni vidiki pogodbe o računalništvu v oblaku	103
<i>Peter Grilc</i>	
Pravica do pozabe na internetu	125
<i>Gregor Dugar</i>	
Nova Direktiva o plačilnih storitvah (PSD2) in tretji ponudniki plačilnih storitev	139
<i>Kaja Batagelj, Boštjan Koritnik</i>	
Odgovornost za neodobrene plačilne transakcije pri spletnem poslovanju	159
<i>Katarina Zajc, Luka Markelj</i>	
Depozitno jamstvo za sredstva na spletnih računih v tujini	187
<i>Meta Ahtik, Mišo Drobež</i>	
Spletno reševanje potrošniških sporov	211
<i>Neža Pogorelčnik Vogrinc</i>	

The Disputable Scope of EU Competence to Regulate Consumer Law	223
<i>David Sehnálek</i>	
Povzetki	235
Abstracts	243
Stvarno kazalo	251

Kolizijskopravno varstvo potrošnikov pri sklepanju klasičnih in elektronskih pogodb

Jerca Kramberger Škerl

1. Uvod

Čezmejni potrošniški spori so tisti potrošniški spori, kjer obstaja pravno pomembna povezava z več kot eno državo, torej več kot enim pravnim redom. Tipični primeri takih sporov so spori iz pogodb med podjetjem s sedežem v eni državi in potrošnikom s prebivališčem v drugi državi. S postopnim uveljavljanjem globaliziranega trga, množičnim turizmom, uveljavitvijo štirih svoboščin v Evropski uniji, predvsem pa vse bolj razširjeno uporabo spletnega poslovanja¹ skokovito raste število pogodb z mednarodnim elementom, ki jih sklepajo potrošniki, s tem pa tudi število čezmejnih potrošniških sporov.

Potrošnik je v civilnih razmerjih tradicionalno pojmovan kot šibkejša stranka. Kadar zakonodajalec uzakoni posebna pravila za potrošnike, so ta zato ugodnejša zanje kot za nasprotno stranko – podjetje oziroma podjetnika. V drugi polovici 20. stoletja se je pravno varstvo potrošnikov zelo razvilo, tako na področju materialnega kot tudi procesnega prava, ki zagotavlja učinkovito uresničevanje vsebinskih pravic. V tedanji Evropski gospodarski skupnosti je v zvezi s čezmejnimi spori že Bruseljska konvencija iz leta 1968² uredila posebno varstvo potrošnikov na področju mednarodne pristojnosti ter priznanja in izvršitve sodnih odločb, kolizijskopravno varstvo pa je bilo na ravni EU urejeno z Rimsko konvencijo iz leta 1980,³ ki je v Sloveniji veljala od leta 2006 do uveljavitve Uredbe Rim I.⁴ Nekatere države članice EU so že prej kolizijske norme za varstvo potrošnikov

¹ O posebnostih internetnega poslovanja s potrošniki glej na primer Možina, str. 321–326.

² Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, dostopno na http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/_brux-textes.htm (10. 10. 2016).

³ 5. člen Rimske konvencije: Zakon o ratifikaciji Konvencije o pristopu Češke republike, Republike Estonije, Republike Ciper, Republike Latvije, Republike Litve, Republike Madžarske, Republike Malte, Republike Poljske, Republike Slovenije in Slovaške republike h Konvenciji o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih, na voljo za podpis 19. junija 1980 v Rimu, ter k prvemu in drugemu protokolu o razlagi te konvencije s strani Sodišča (MKKUP), Ur. l. RS – MP, št. 21/05.

⁴ Uredba (ES) 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (Rim I), UL L 177, z dne 4. julija 2008.

uzakonile v svojih nacionalnih predpisih, na primer Avstrija v 70. letih prejšnjega stoletja.⁵ Švica je potrošnike kolizijskopravno zavarovala v 80. letih.⁶

V Sloveniji je Uredba Rim I na pogodbenem področju nadomestila Rimsko konvencijo, ta pa slovenski Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP).⁷ Pri reševanju čezmejnih pogodbenih sporov je zato treba biti pozoren na področje uporabe teh aktov, tako vsebinsko kot osebno, predvsem pa časovno.

Na podlagi 28. člena Uredbe Rim I se ta uporablja za pogodbe, sklenjene po 17. decembru 2009. Za pogodbe, sklenjene pred tem datumom, se tako še vedno uporablja Rimska konvencija, ki jo je Slovenija ratificirala decembra 2005 in je v uporabi od maja 2006,⁸ za še starejše pogodbe pa je treba uporabiti ZMZPP iz leta 1999. Kljub temu da Uredba Rim I prevzema kolizijsko rešitev za potrošniške pogodbe iz Rimske konvencije, je treba opozoriti, da se besedili 6. člena uredbe Rim I in 5. člena Rimske konvencije precej razlikujeta. Uredba Rim I je bila namreč usklajena z razvojem pojmovanja potrošniških pogodb in pojavom novih informacijsko-komunikacijskih tehnologij ter tako tudi usklajena z Uredbo Bruselj I (bis).⁹ Ni namreč sprejemljivo, da bi oseba v določenem razmerju uživala varstvo potrošnika na področju mednarodne pristojnosti, nato pa bi se izkazalo, da pogodba ne ustreza kriterijem, potrebnim za kolizijskopravno varstvo.¹⁰

Definicija potrošniške pogodbe, za katero se uporablja posebno kolizijskopravno varstvo, je bila v 22. členu ZMZPP nekoliko ožja kot tista iz 6. člena Uredbe Rim I.¹¹ ZMZPP namreč potrošniško pogodbo opredeljuje kot pogodbo o prenosu premičnin ali pravic na potrošnika ter pogodbo o opravljanju storitev potrošniku. Po ZMZPP se za potrošnika šteje oseba, ki pridobiva stvari, pravice in storitve predvsem za osebno uporabo ali uporabo v lastnem gospodinjstvu. Zakon izključuje varstvo za prevozne pogodbe in pogodbe o opravljanju storitev potrošniku, če se te po pogodbi opravljajo v celoti zunaj države, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče.

⁵ 41. člen Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 15. 6. 1978, BGBl, št. 304/78.

⁶ 120. člen Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, AS 1988 1776, BBl 1988 I 5.

⁷ Ur. l. RS, št. 56/1999, 45/2008 – ZArbit.

⁸ http://www.arhiv.uvp.gov.si/si/medijsko_sredisce/novica/browse/3/article/7098/5361/b055e673fb/ (11. 4. 2017).

⁹ Uredbo Sveta (ES) 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, UL L 12, z dne 16. januarja 2001, je nadomestila Uredba (EU) 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, UL L 351, z dne 20. decembra 2012.

¹⁰ Primerjaj Zdiruk, str. 30.

¹¹ Za primerjavo kolizijskoprnega varstva po ZMZPP in Rimski konvenciji glej Možina, str. 328, 329.

Kolizijskopravna rešitev v ZMZPP je zelo podobna tisti v Rimski konvenciji, ki je ob sprejemanju ZMZPP leta 1999 že veljala v takratnih državah članicah EU.¹² Če pogodba ustreza definiciji potrošniške pogodbe, se namreč zanjo uporablja pravo države, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče: če je sklenitev pogodbe posledica ponudbe ali reklame v tej državi in je potrošnik v tej državi opravil dejanja, potrebna za sklenitev pogodbe; ali če je potrošnikov sopogodbениk ali njegov zastopnik dobil potrošnikovo naročilo v tej državi; ali če je bila prodajna pogodba sklenjena v drugi državi oziroma je potrošnik dal naročilo v drugi državi, če je potovanje organiziral prodajalec z namenom spodbujati sklepanje takih pogodb.¹³ ZMZPP pri potrošniških pogodbah dopušča dogovor o izbiri prava, vendar stranki z njim ne moreta izključiti prisilnih določb o varstvu potrošnikovih pravic, ki jih vsebuje pravo države, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče.

Uredba Rim I je tako *ratione materiae* kot *ratione personae* popolnoma nadomestila ZMZPP, v večini primerov pa je tako že tudi pri uporabi *ratione temporis*. Ni odveč opozoriti, da se uredba uporablja ne glede na to, iz katere države prihajata pogodbeni stranki, in ne glede na to, ali odkazuje na pravo države članice EU ali ne (1. in 2. člen uredbe). Prav tako velja poudariti, da se za potrošniške pogodbe ne uporablja Dunajska konvencija o mednarodni prodaji blaga¹⁴ kot mednarodno poenoteno materialno pravo, ki sicer izključuje uporabo kolizijskih pravil.

V prispevku so obravnavani razlogi za posebno kolizijskopravno varstvo potrošnikov in aktualne kolizijskopravne norme za potrošniške pogodbe v Uredbi Rim I.

2. Razlogi in možnosti za (tudi) kolizijskopravno varstvo

Kot v materialnem pogodbenem pravu je tudi v kolizijskem pogodbenem pravu že desetletja temeljno pravilo avtonomija strank. Stranki se lahko prosto pogajata in dogovarjata o pravu, ki naj se uporablja za njuno pogodbo,¹⁵ tako kot se lahko dogovarjata na primer o lastnostih blaga, ki je predmet prodaje. Vendar pa je avtonomija dobra možnost le, če imata stranki vsaj v bistvenem enakovredno pogajalsko izhodišče. Pri tako imenovanih šibkejših strankah je ta

¹² Rimska konvencija je bila podpisana že v času sprejetja predhodnika ZMZPP, jugoslovanskega ZUKZ leta 1982 (Zakon o ureditvi kolizije zakonov s predpisi drugih držav v določenih razmerjih, Ur. l. SFRJ, št. 43/82 in 72/82), vendar ta potrošnikov še ni prepoznal in varoval kot šibkejšo stranko.

¹³ Četrty odstavek 22. člena ZMZPP.

¹⁴ Konvencija Združenih narodov o pogodbah o mednarodni prodaji blaga (1980), Ur. l. SFRJ, št. 10/84.

¹⁵ 19. člen ZMZPP, 3. člen Uredbe Rim I.

enakovrednost porušena, zato se pojavi potreba po intervenciji zakonodajalca, običajno v smeri omejitve avtonomije. Hondius tako zapiše, da se je v 20. stoletju svobodi sklepanja pogodb kot temeljni paradigmi pogodbenega prava pridružila nova – varstvo šibkejše stranke.¹⁶

Da je potrošnik šibkejša pogodbeni stranka, je danes nekakšen aksiom, o katerem se le redko sprašujemo. Zato se je, ko iščemo najboljši način varstva potrošnika na kolizijskopравnem področju, dobro vprašati, v čem konkretno je na tem področju njegov položaj šibkejši. Teoretiki ugotavljajo, da je potrošnik v slabšem položaju predvsem, ker, prvič, o potencialno uporabljivih pravnih redih nima toliko informacij kot podjetje in zato težje presodi, katera izbira bi bila zanj ugodnejša, in, drugič, ker je za povprečnega potrošnika pravo, ki se bo uporabilo za reševanje morebitnega spora iz pogodbe, razmeroma nepomemben dejavnik pri izbiri sopogodbjenika ali predmeta pogodbe.¹⁷

2.1. Informacijska asimetrija

O informacijski simetriji govorimo, kadar imata sopogodbjenika na splošno enak dostop do informacij, pomembnih za sklenitev pogodbe z zanju ugodno in želeno vsebino. Za potrošniške pogodbe pa je značilna informacijska asimetrija, saj so relevantne informacije podjetju lažje dostopne kot potrošniku.¹⁸

Kaj to konkretno pomeni za izbiro prava, ki naj se uporabi v primeru spora? Za dobro odločitev o tem vprašanju je treba poznati pravo, ki bi se uporabilo, če stranki prava ne bi izbrali (veljavni kolizijski predpisi za tak primer določajo nadomestne rešitve), pravo, ki bi bilo za stranko najbolj ugodno, kakor tudi pravo, ki ga želi izbrati sopogodbjenik. Glede na to, da ob sklenitvi pogodbe običajno ne poznamo predmeta bodočega spora (oziroma je stranka, ki ni vajena nastopanja v pravnem prometu, sploh prepričana, da je možnost nastanka spora zanemarljiva), ne zadostuje le primerjava posameznih določb zakonov različnih držav, pač pa je treba celovito poznati pravno področje pogodbe, ki se sklepa. Tudi ob popolnih informacijah je taka primerjava težka, saj bo pogosto glede določenih vprašanj eno pravo ugodnejše za eno stranko, glede drugih pa za drugo stranko.

Pridobivanje informacij o tujem pravu, torej o relevantnih pravnih aktih, morda tudi sodni praksi, teoriji, je zahtevno strokovno delo, ki ga lahko opravi

¹⁶ Hondius, str. 246.

¹⁷ Primerjaj Rühl, str. 573 in nasl. Avtorica kot najpomembnejša dejavnika navaja informacijsko asimetrijo in tveganje neracionalnega potrošnikovega obnašanja.

¹⁸ Rühl, str. 573, o informacijski asimetriji govori takrat, ko so informacije o proizvodu eni stranki nedostopne ali pa so zanj predragi.

le pravnik s specialnimi znanji o tujem pravnem redu oziroma možnostmi pridobivanja relevantnih informacij o tujem pravnem redu. Študijo o tujem pravu (ali o več tujih pravnih redih) si podjetje lahko »privošči«, saj stroške razprši med številne istovrstne pogodbe, ki jih sklepa.¹⁹ Potrošnik pa, četudi bi tako študijo lahko plačal, za to nima ekonomskega interesa, saj je njegova finančna izguba v primeru, da pride do spora in da se izkaže, da izbrano pravo njegovih pravic ne varuje dobro, praviloma manjša, kot bi bila cena pridobivanja informacij o tujem (ali domačem) pravu. Četudi je torej znanje o tujem pravu teoretično enako dostopno podjetju kot potrošniku (ne gre za informacijo o izdelku, ki bi jo poznalo samo podjetje in bi jo lahko prikrivalo), je v praksi dostopnost za potrošnika bistveno manjša kot za podjetje.²⁰

2.2. Nepomembnost za potrošnika

Katerakoli stranka, ki sklepa pogodbo, se pri tem osredotoča na elemente, ki so zanj ob sklenitvi pomembni, zlasti na tiste, ki so zanj odločilni. Potrošniške pogodbe so predvsem pogodbe o prodaji blaga ali storitev, potrošnik pa se pri sklepanju takih pogodb osredotoča na primer na kakovost, videz, uporabnost izdelka oziroma na kakovost storitve, torej na lastnosti predmeta pogodbe. Za različne lastnosti predmeta pogodbe je potrošnik pripravljen plačati različno visoko ceno. Če bo izdelek iz kvalitetnejšega materiala, bo potrošnik zanj plačal več kot za podoben izdelek iz slabšega materiala, seveda v primeru, da je kakovost materiala zanj pomembna.

Pravo, ki se bo uporabilo za reševanje morebitnega spora iz pogodbe, pa ni lastnost predmeta pogodbe, temveč bi lahko rekli, da gre bolj za lastnost pogodbenega razmerja med strankama.²¹ Poleg tega ni nujno, da bo ta lastnost sploh kdaj postala pomembna. Ker bo kupljeno blago gotovo izročeno, je logično, da je dogovor strank o načinu izročitve pomemben, medtem ko je potrebne več ozaveščenosti za to, da se stranki zavedata, da (z nemajhno verjetnostjo) lahko pride do spora in da bo v tem primeru zelo pomembno, po kakšnih pravilih se bo reševal. Podjetje, ki vsakodnevno nastopa v pravnem prometu in sklepa podobne pogodbe, se te možnosti bistveno bolj zaveda kot potrošnik, ki je (posplošeno gledano) običajno prava neuka stranka, ki sklepa takšno pogodbo prvič ali le zelo redko.

¹⁹ Primerjaj Predlog uredbe Rim I, str. 6. Če podjetje »usmerja dejavnost« v potrošnikovo državo, lahko tudi predvidi, da se bo za pogodbo (vsaj glede kogentnih norm) uporabljalo pravo države potrošnikovega običajnega prebivališča, in lahko to pravo ustrezno preuči.

²⁰ Primerjaj Rühl, str. 574, 576.

²¹ Podobno lahko ugotovimo na primer za dogovor o alternativnem reševanju morebitnih sporov iz pogodb.

Iz omenjenih razlogov je vprašanje, katero pravo podjetje ponuja v pogodbi, ki jo ima večinoma vnaprej pripravljeno, za potrošnikovo odločitev o nakupu določenega izdelka ali storitve tako rekoč nepomembno. Še več, zaradi prej opisane informacijske asimetrije potrošnik v primeru, da pride do spora in se ta rešuje po v pogodbi izbranem pravu, tudi naknadno ne bo mogel oceniti, ali je bilo izbrano pravo zanj ugodnejše kot katero drugo ali ne (teorija govori o tako imenovanih *credence goods*).²² Zaradi tega običajna tržna varovalka v pogojih poštene konkurence, ki je v možnosti potrošnika, da želeno blago kupi pri drugem ponudniku, ki bo sprejel oziroma ponujal za potrošnika »boljše« pravo, največkrat odpove.

2.3. Posledica, če ne bi bilo kolizijskoprnega varstva

Ker gre torej večinoma za pogodbe, ki jih vnaprej pripravi podjetje, potrošnik pa jih lahko le sprejme ali ne, bi bila v primeru, da bi na kolizijskoprnem področju vladala popolna avtonomija strank, logična posledica navedenega, da bi podjetja investirala v raziskavo potencialno uporabnih pravnih redov in v pogodbah ponujala pravo, ki najmanj varuje potrošnika.²³ Glede na to, da bo potrošnik blago ali storitev kupil oziroma naročil ne glede na to, po katerem pravu se bo reševal morebitni spor, bo podjetje, ki bo »odkrilo« pravo, ki potrošnika varuje najmanj, v primerjalni prednosti pred drugimi podjetji, saj bo v prihodnosti predvidoma izgubilo najmanj sporov in imelo najmanj s tem povezanih finančnih izgub.

Opisani položaj želijo zakonodajalci preprečiti. Ob tem se zastavlja vprašanje, ali ga lahko preprečimo le s kolizijskoprnim varstvom ali pa obstaja še kakšna druga pot, na primer z ozaveščanjem potrošnikov o vsebini tujega prava prek potrošniških organizacij ali državnih organov, morda z uvrščanjem podjetij na sezname glede na »prijaznost« prava, ki ga ponujajo v svojih pogodbah, za potrošnika.²⁴ Teoretiki ugotavljajo, da ti načini lahko precej dobro delujejo na nacionalni ravni, medtem ko so v čezmejnih situacijah potrošniki preveč razpršeni, da bi lahko komunicirali in s tem vplivali na sloves podjetja, potrošniške organizacije različnih držav pa premalo medsebojno povezane, da bi na tem področju lahko zagotavljale kvaliteten servis; posledično podjetjem v takih primerih ni treba toliko paziti na sloves kot v manjših, bolj povezanih okoljih.²⁵

²² Rühl, str. 573, 574.

²³ Teorija govori o tako imenovanem *market for lemons* ali *race to the bottom*. Prav tam, str. 574.

²⁴ Prav tam, str. 577.

²⁵ Prav tam.

2.4. Možne oblike kolizijskoprnega varstva

Možnih načinov varstva potrošnikov (in šibkejših strank na splošno) na kolizijskoprnem področju je več.²⁶ Prvič, avtonomija strank se prepove – stranki tako sploh ne moreta sami izbrati prava, ki se bo uporabilo. Tak sistem pozna na primer švicarski zakon o mednarodnem zasebnem pravu.²⁷ Drugič, stranki lahko izbereta le določene pravne rede. Tako ureditev je evropski zakonodajalec sprejel v Uredbi Rim I za prevozne in zavarovalne pogodbe.²⁸ Tretjič, avtonomija strank *a priori* ni omejena, vendar lahko sodišča uporabo izbranega prava zaradi nezadostnega varstva potrošnika zavrnejo z uporabo pridržka javnega reda. Tak sistem so uzakonile ZDA.²⁹

Zakonodajalci lahko pri vsakem načinu varstva posebej določijo tudi obseg varstva glede na pogodbe, ki jih zajema. Praviloma namreč potrošnik ni varovan v vseh položajih, pač pa iščemo pravo mero, s katero je tudi podjetje varovano pred nepredvidljivimi posledicami sklepanja pogodb s potrošniki. Tipično tako potrošnik ne bo varovan, kadar lahko rečemo, da je izključno sam »prispeval« mednarodni element spora (na primer na potovanju v tuji državi je vstopil v lokalno trgovino in tam kupil neko blago, ne da bi se trgovec oglaševal v potrošnikovi državi ali kako drugače spodbujal tuje potrošnike k nakupom v svoji trgovini). Po drugi strani pa podjetje ne potrebuje varstva, če je svoje dejavnosti usmerjalo čez mejo in aktivno pridobivalo stranke iz tujih držav.

3. Opredelitev potrošniške pogodbe v Uredbi Rim I

Uredba Rim I v 6. členu ureja kolizijskopravno varstvo potrošnikov. Kot je to običajno (ne samo) pri nadnacionalnih aktih, pa se zastavlja vprašanje razlage nekaterih pojmov iz te določbe.

3.1. Usklajenost razlage uredb Rim I in Bruselj I (bis)

Če je besedilo 6. člena Uredbe Rim I precej skopo, pa preambula k uredbi ponuja obširne smernice za njegovo razlago. V kar šestih uvodnih izjavah (št. 24 do 29) tako piše, da »bi morale kolizijsko pravilo omogočati zmanjšanje stroškov

²⁶ Primerjaj Rühl, str. 585 in nasl.

²⁷ 120. člen Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, AS 1988 1776, BBl 1988 I 5.

²⁸ 5. in 7. člen Uredbe Rim I.

²⁹ Točka b drugega odstavka 187. člena Second Restatement of Conflict of Laws (1971). Healy, str. 535, opozarja, da se kolizijskopravno varstvo potrošnikov v ZDA ne uporablja enotno, saj sodišča različno tolmačijo pojem potrošniške pogodbe in zato ne omogočijo vedno uporabe prava glede na potrošnikovo prebivališče. Po avtorjevem mnenju bi se lahko ZDA zgledovale po ureditvi v Uredbi Rim I in pojem potrošniške pogodbe natančneje uredile.

reševanja sporov, ki so večinoma spori majhne vrednosti, in upoštevati razvoj tehnik prodaje na daljavo«. Posebej pomembna je omemba usklajenosti razlag uredb Rim I in Bruselj I bis, torej kolizijskega pravila in pravila o mednarodni pristojnosti za potrošniške pogodbe. Preambula tako pravi, da je treba koncept usmerjanja dejavnosti v teh uredbah razlagati usklajeno. Pomembno je na primer, da »samo dejstvo, da je spletna stran dostopna, ni dovolj za uporabo člena 15 [Uredbe Bruselj I], saj je poleg tega potrebno še, da ta spletna stran vabi k sklepanju pogodb na daljavo in da je bila na tak ali drugačen način pogodba dejansko sklenjena na daljavo. V tem pogledu jezik ali valuta, uporabljena na spletni strani, nista pomembna elementa«.

Izredno pomembno za pravno varnost in lažje delo sodišč je torej, da se lahko pri razlagi opredelitve pogodb, za katere je predvideno kolizijsko varstvo, oprejo na razlago Sodišča EU (SEU) v zvezi s 15. členom Uredbe Bruselj I oziroma 17. členom njene prenovljene različice, Uredbe Bruselj I bis.³⁰ Če pogodba ne izpolnjuje kriterijev za varstvo, se zanjo (četudi je morda sklenjena med potrošnikom in podjetjem) uporabljajo splošna pravila iz 3. in 4. člena Uredbe Rim I (tj. avtonomija strank oziroma nadomestne določbe, kadar stranki prava nista izbrali).

3.2. Stranki potrošniške pogodbe

Uredba Rim I v 6. členu potrošniško pogodbo opredeljuje kot pogodbo, ki jo fizična oseba sklene za namen, ki ga ni mogoče obravnavati kot poslovno ali poklicno dejavnost te osebe, z drugo osebo, ki opravlja svojo poslovno ali poklicno dejavnost. Sopogodbenu mora biti razvidno, da potrošnik pogodbo sklepa za zasebni namen.³¹ Čeprav je kolizijsko varstvo potrošnikov kogentne narave, je SEU odločilo, da ga ne uživa potrošnik, ki je »zavedel« ponudnika v prepričanje, da posluje s podjetnikom.³² Uredba ne omenja več predmeta pogodbe (po Rimski konvenciji je bila to dobava premičnih stvari ali opravljanje storitev), pač pa potrošniško pogodbo opredeljuje prek njenih strank.³³ Tako se varstvo potrošnikov razširja tudi na pogodbe, pri katerih izpolnitev ni ne dobava premičnih stvari (v klasičnem smislu) ne opravljanje storitev (na primer prenos programske opreme s podjetnikove spletne strani).³⁴ Ker se v posameznih

³⁰ Primerjaj SEU, C-29/10, *Heiko Koelzsch proti Velikemu vojvodstvu Luksemburg*, ECLI:EU:C:2011:151, 33. točka (glede kolizijskoppravnega varstva delavca).

³¹ Glej Možina, str. 329, 330.

³² SEU, C-464/01, *Johann Gruber proti Bay Wa AG*, ECLI:EU:C:2005:32. Bogdan, str. 225.

³³ Primerjaj Zdiruk, str. 35.

³⁴ Zdiruk, str. 36. Glede razlage Rimske konvencije in ZMZPP v zvezi s takimi pogodbami glej Možina, str. 330.

okolicih lahko pojavi dvom, ali bi bila lahko kot potrošnik opredeljena tudi pravna oseba, ni odveč poudariti, da Uredba Rim I izrecno omejuje varstvo le na fizične osebe.³⁵ Uredba tudi prvič prinaša opredelitev druge stranke v potrošniški pogodbi (podjetnika); ta je lahko fizična ali pravna oseba, ki pogodbo sklepa v okviru svoje poklicne oziroma poslovne dejavnosti. Da govorimo o potrošniški pogodbi, mora ena stranka ustrezati definiciji potrošnika, druga pa definiciji podjetnika, saj le v takem primeru pride do neenakega položaja, ki ga skušamo odpraviti oziroma vsaj omiliti s posebnimi varstvenimi določbami za potrošnika. V zvezi s tem teorija opozarja, da definicija potrošnika v uredbah Rim I in Bruselj I bis izključuje varstvo oseb v pogodbah z »mešanim namenom«,³⁶ ki pa jih evropsko materialno pravo (tako imenovane potrošniške direktive) pod določenimi pogoji varuje.³⁷

3.3. »Usmerjanje dejavnosti«

Uredba Rim I v primerjavi z Rimsko konvencijo prilagaja svoje področje uporabe elektronskemu poslovanju, s tem da namesto zahteve, da podjetnik v potrošnikovi državi opravlja konkretna dejanja v smeri sklenitve pogodbe, uvaja koncept »usmerjanja dejavnosti« v potrošnikovo državo, ki ga je uvedla že Uredba Bruselj I iz leta 2000 (v prenovljeni različici iz leta 2012 v 17. členu). Pogoj za uporabo uredbe je, da podjetnik »(a) izvaja svoje poslovne ali poklicne dejavnosti v državi, v kateri ima potrošnik običajno prebivališče, ali (b) na kakršenkoli način usmerja take dejavnosti v to državo ali več držav, vključno s to državo, in da pogodba spada v okvir takih dejavnosti«.

Uredba ali pripravljalni dokumenti ne opredeljujejo pojmov »izvajanja poslovne ali poklicne dejavnosti v državi« ali »usmerjanja dejavnosti v državo«. Čeprav je prvi kriterij mogoče razumeti kot močnejšo prisotnost podjetja v državi,³⁸ je treba natančen pomen teh pojmov iskati z avtonomno razlago in

³⁵ Zdirukova (ob navajanju nekaterih drugih avtorjev) meni, da bi, nasprotno, po Rimski konvenciji in Uredbi Bruselj I, ki varstva ne omeujeta le na fizične osebe, kot potrošnike lahko opredelili tudi pravne osebe, predvsem majhna in srednja podjetja, ki so v pogodbi ekonomsko šibkejša stranke. Zdiruk, str. 37, 38. Avtorica pri tem spregleda sodno prakso SEU, ki je že Bruseljsko konvencijo razlagala tako, da je kot potrošnik lahko varovana le fizična oseba (zadeva C-89/91, *Shearson Lehmann Hutton Inc. proti TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*, ECLI:EU:C:1993:15, v kateri je sodišče odločilo, da je kot potrošnik varovan samo zasebni končni potrošnik). Primerjaj Galič (2015), str. 226, 227.

³⁶ Glej SEU, C-464/01, *Johann Gruber proti Bay Wa AG*, ECLI:EU:C:2005:32. Glej tudi Galič (2015), str. 227.

³⁷ O tem več Liu, str. 15, 16.

³⁸ Primerjaj Zdiruk, str. 39, 40. Galič navaja, da je »s komercialno aktivnostjo v državi prebivališča potrošnika [...] mišljeno predvsem oglaševanje, prav tako pa opravljanje poslov na primer po posredniku ali agentu, ki mu je zaupano sklepanje pogodb«. Galič (2015), str. 230, 231.

v skladu z razlago Uredbe Bruselj I bis. Kot je razbrati iz obrazložitve predloga uredbe, kriterij usmerjanja dejavnosti v državo »na kakršenkoli način« zajema vse načine, ki so na razpolago ali še bodo na razpolago zaradi razvoja elektronskega poslovanja.³⁹ Teorija opozarja, da je pojem »usmerjanja dejavnosti« zaenkrat zelo odprt za različne razlage, kar zmanjšuje pravno varnost obeh strank. Težave so predvsem pri spletnem oglaševanju in sklepanju pogodb. Zdirukova pojasnjuje, da se je evropski zakonodajalec v pripravljalnih dokumentih skliceval na ameriško doktrino *sliding scale* iz primera *Zippo*, ki internetne strani deli na pasivne, aktivne in interaktivne,⁴⁰ vendar je nato v besedilu uredbe in predvsem v uvodnih izjavah⁴¹ pomembnost te klasifikacije tako zameglil, da ni več jasno, ali mora podjetnik na kakršenkoli način aktivno izkazati namero, da posluje s potrošnikom iz določene države.⁴²

Leta 2010 je SEU v združenih zadevah *Pammer* in *Hotel Alpenhof* določilo pomembne smernice za presojo, ali je izpolnjen kriterij usmerjanja dejavnosti v določeno državo.⁴³ Najprej je poudarilo, da zgolj dostopnost spletne strani podjetnika v potrošnikovi državi še ne zadostuje, da bi bil izpolnjen kriterij usmerjanja dejavnosti. Ugotoviti je treba voljo podjetnika, pri čemer ni potrebno (v praksi težko izvedljivo) ugotavljanje njegove subjektivne volje, pač pa predvsem indicev za to, da je dejavnost želel usmerjati v določeno državo (uporaba jezika⁴⁴ in valute določene tuje države, navedba »referenc« tujih strank in podobno – sodišče v sodbi s primeri našteva upoštevne indice), oziroma indicev za to, da tega ni želel (na primer izrecna navedba, s katerimi državami posluje oziroma s katerimi ne

³⁹ Primerjaj Zdiruk, str. 40. Predlog Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih (Rim I), COM(2005) 650, končna, z dne 15. decembra 2005, str. 6.

⁴⁰ *Zippo Manufacturing Co. proti Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W. D. Pa. 1997). Glej Wang, str. 88.

⁴¹ Glej predvsem 24. uvodno izjavo k Uredbi Rim I: Zaradi usklajenosti z Uredbo (ES) št. 44/2001 bi moral biti po eni strani pogoj za uporabo pravila za varstvo potrošnika sklicevanje na koncept usmerjanja dejavnosti, po drugi strani pa bi bilo treba ta koncept v Uredbi (ES) št. 44/2001 in tej uredbi usklajeno razlagati, ob upoštevanju, da Skupna izjava Sveta in Komisije v zvezi s členom 15 Uredbe (ES) št. 44/2001 navaja, da za uporabo člena 15(1)(c) »ni dovolj, da podjetje usmerja svojo dejavnost v državo članico, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče, ali v več držav, vključno s to državo članico, poleg tega mora pogodba spadati v okvir te dejavnosti«. Ta izjava opozarja tudi, da »samo dejstvo, da je spletna stran dostopna, ni dovolj za uporabo člena 15, saj je poleg tega potrebno še, da ta spletna stran vabi k sklepanju pogodb na daljavo in da je bila na tak ali drugačen način pogodba dejansko sklenjena na daljavo. V tem pogledu jezik ali valuta, uporabljena na spletni strani, nista pomembna elementa.«

⁴² Zdiruk, str. 40–47.

⁴³ SEU, C-585/08 in C-144/09, *Peter Pammer proti Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG in Hotel Alpenhof GesmbH proti Oliver Heller*, ECLI:EU:C:2010:740.

⁴⁴ Za obširno razlago, zakaj je jezik kot indic lahko zelo problematičen, glej Galič (2014), str. 188, 189.

posluje).⁴⁵ V zvezi s sodno prakso *Pammer Liu* svari, da potreba po podjetnikovi odločitvi, da bo usmerjal poslovno dejavnost v določeno državo, preden pride do sklenitve posla, lahko prikrajša za varstvo potrošnike iz drugih držav, ki bi kontaktirali podjetje in bi podjetje z njimi prav tako sklenilo pogodbe, le da ne bi bilo predhodno izražene volje podjetnika, da bo v teh državah deloval.⁴⁶ Menim, da bi bilo v takem primeru ravno tako treba šteti, da je podjetnik dejavnost usmerjal v potrošnikovo državo.

SEU je leta 2012 v zadevi *Mühlleitner* med indice za usmerjanje dejavnosti v drugo državo štelo tudi komunikacijo s potrošnikom iz druge države, čeprav je bila pogodba nato sklenjena »fizično«, ko je potrošnik v skladu z dogovorom pripotoval v podjetnikovo državo.⁴⁷ V zadevi *Emrek* iz leta 2013 je SEU odločilo še, da vzročna zveza med načinom usmerjanja gospodarske ali poklicne dejavnosti v državo članico, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče, ter sklenitvijo pogodbe s tem potrošnikom ni potrebna.⁴⁸ Dovolj je torej (lahko že) objektivno dejstvo, da je podjetnik usmerjal dejavnost v potrošnikovo državo, četudi potrošnik tega sploh ni vedel in je s podjetnikom iz druge države pogodbo sklenil na podlagi osebnih priporočil.⁴⁹ Kljub temu je sodišče poudarilo velik pomen obstoja omenjene vzročne zveze za sklep, da je podjetje usmerjalo svojo dejavnost v potrošnikovo državo.

Čeprav se morda zdi širjenje kolizijskoprnega varstva v primeru, ko potrošnik pogodbe (izkazano) ni sklenil na podlagi podjetnikovega usmerjanja dejavnosti v njegovo državo, pretirano, pa bi bila po drugi strani splošna zahteva po izkazanosti vzročne zveze za potrošnika lahko preveliko breme.⁵⁰ Morda bi rešitev lahko uravnotežili z domnevo vzročne zveze, ki bi jo podjetnik lahko ovrgel.

V zvezi z razlago pojma usmerjanja dejavnosti Galič opozarja, da popolna usklajenost razlage Uredbe Bruselj I (bis) in Uredbe Rim I vendarle ni povsem samoumevna, saj slednja v 25. uvodni izjavi varstvo potrošnikom namenja »pod pogojem, da je bila potrošniška pogodba sklenjena kot rezultat opravljanja gospodarskih in poklicnih dejavnosti podjetnika v tej državi« (kar ni združljivo z odločitvijo v sodbi *Emrek*, ki jo bomo obravnavali v nadaljevanju), 24. uvodna

⁴⁵ Podrobneje Galič (2014), str. 181, 182.

⁴⁶ Liu, str. 19.

⁴⁷ SEU, C-190/11, *Daniela Mühlleitner proti Ahmad Yusufi in Wadat Yusufi*, ECLI:EU:C:2012:542. Podrobneje Galič (2014), str. 182–184.

⁴⁸ SEU, C-218/12, *Lokman Emrek proti Vladu Sabranovicu*, ECLI:EU:C:2013:666.

⁴⁹ Podrobneje Galič (2014), str. 184, 185.

⁵⁰ Možina, str. 332, 333, in tam navedeni avtorji.

izjava pa med drugim omenja skupno izjavo Sveta EU in Evropske komisije,⁵¹ v kateri sta organa kot relevanten indic navedla dejstvo, da internetna stran vabi k sklepanju pogodb in da je bila pogodba tudi sklenjena na daljavo.⁵²

Prav tako je relevantno Galičevo opozorilo, da je SEU z razlago Uredbe Bruselj I tako razširilo seznam indicov za sklep, da je podjetnik usmerjal dejavnost v tujino, da v položaju, ko ima skorajda vsak trgovec internetno stran, varstvo potrošnikov postaja preširoko in so tudi »mali trgovci«, ki nimajo nujno sredstev in možnosti za pravdanje v tujini in študij kogentnih norm tujih prav, nesorazmerno izpostavljeni.⁵³ To je gotovo res v času gradnje sodne prakse SEU, ko še ni bilo pravne varnosti glede razlage pojma usmerjanja dejavnosti. Danes pa je vendarle že jasno, da se SEU zavzema za široko razlago, tako da ni pretirano od podjetnika pričakovati, da poskrbi za to, da ne bo dvoma, v katere države je usmerjal dejavnost, s tem da na spletni strani to izrecno opredeli (in se te opredelitve nato tudi drži).⁵⁴ Glede na ogromno korist, ki jo podjetniku potencialno prinaša prisotnost na spletu, ni pretirano od njega »v zameno« pričakovati, da bo na razmeroma enostaven način poskrbel za omenjeni *disclaimer*. Po drugi strani pa bi vsekakor moral potrošnik sam nositi posledice, če je podjetnika kakorkoli zavajal glede države svojega običajnega prebivališča.⁵⁵

V zvezi s pogodbami, sklenjenimi po spletu, se lahko tudi vprašamo, ali kot kraj, kjer podjetje »izvaja svoje poslovne oziroma poklicne dejavnosti«, pridejo v poštev še druge navezne okoliščine, kot je lokacija strežnika, na katerem je spletna stran podjetnika. Tako razširitev je treba zavrnil.⁵⁶

Zastavlja se tudi vprašanje, ali kolizijskopravno varstvo uživa tako imenovani mobilni potrošnik, ki sklepa posle, ko je fizično zunaj države svojega običajnega prebivališča, na primer Slovenec, ki bi med čakanjem na dunajskem letališču od nizozemskega podjetja na internetu kupil e-knjigo; se zanj uporabljajo kogentne

⁵¹ Joint Council and Commission Statement on Articles 15 and 73, 14. december 2000, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14139-2000-INIT/en/pdf> (14. 3. 2017).

⁵² Galič (2014), str. 186, 187.

⁵³ Prav tam, str. 187, 188.

⁵⁴ Glej Možina, str. 336, 337.

⁵⁵ Predlog uredbe je v zvezi s tem vseboval izrecno varovalko v drugem odstavku 5. člena, na podlagi katerega se pravo države potrošnikovega običajnega prebivališča ne bi uporabilo, »če nosilec dejavnosti ni poznal kraja običajnega prebivališča potrošnika in te nevednosti ni mogoče pripisati njegovi malomarnosti«. Evropska zakonodajalca sta najbrž presodila, da bi taka formulacija, ne glede na jasn namen, lahko odprla vrata zlorabam podjetij.

⁵⁶ Uvodna izjava št. 19 in alineja c 2. člena Direktive 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu (Direktiva o elektronskem poslovanju), UL L 178, z dne 17. julija 2000, in SEU, C-523/10, *Wintersteiger AG proti Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, ECLI:EU:C:2012:220. Stone, str. 2, 3. Glej tudi Možina, str. 339, 340.

norme slovenskega prava ali ne?⁵⁷ Bogdan meni, da lokacija potrošnika pri oddaji naročila ne bi smela biti relevantna.⁵⁸ Možina utemeljeno dvomi o praktični pomembnosti tega vprašanja, saj bo podjetnik težko ugotovil lokacijo potrošnika med oddajo naročila, in opozarja na teoretična mnenja, da je lokacija izjavljanja potrošnikove volje kot navezna okoliščina zaradi svoje naključnosti irelevantna.⁵⁹

4. Pravo, ki se uporablja za potrošniške pogodbe po Uredbi Rim I

Na podlagi 6. člena Uredbe Rim I se za potrošniške pogodbe uporablja pravo države, v kateri ima potrošnik običajno prebivališče, pod pogojem, da podjetnik: (a) izvaja svoje poslovne ali poklicne dejavnosti v državi, v kateri ima potrošnik običajno prebivališče, ali (b) na kakršenkoli način usmerja take dejavnosti v to državo ali več držav, vključno s to državo, in da pogodba spada v okvir takih dejavnosti. Zahteva se torej »kvalificirana koneksnost razmerja s potrošnikovo državo«.⁶⁰ V korist potrošnika je tako uzakonjena izjema od splošnega pravila iz 4. člena uredbe, ki v odsotnosti izbire prava s strani strank določa uporabo prava države običajnega prebivališča stranke, ki mora izpolniti tako imenovano karakteristično izpolnitev v pogodbi, na primer prodajalca pri prodajni pogodbi. To pravilo bi namreč praviloma povzročilo uporabo prava države sedeža podjetja, ki je potrošniku neznano ali vsaj manj znano kot njegovo domače pravo.⁶¹

Potrošnik ni deležen kolizijskoprnega varstva v primeru izjem, določenih v četrtem odstavku 6. člena, med drugim tudi pri pogodbah o opravljanju storitev, če se storitve za potrošnika opravijo izključno zunaj države, v kateri ima potrošnik običajno prebivališče.⁶² Izključene so tudi prevozne pogodbe (razen tako imenovanih paketnih potovanj)⁶³ in pogodbe o zavarovanju, saj je varstvo šibkejše stranke za take pogodbe posebej urejeno v 5. in 7. členu uredbe. Uredba Rim I posebej ureja tudi formalno veljavnost potrošniških pogodb, in sicer v četrtem odstavku 11. člena določa, da obliko takih pogodb ureja pravo države, v kateri ima običajno

⁵⁷ Glej Liu, str. 19, 20.

⁵⁸ Bogdan, str. 224. Tako tudi Passarelli, str. 210–212.

⁵⁹ Možina, str. 338, in tam navedeni avtorji.

⁶⁰ Možina, str. 327 (v zvezi z Rimsko konvencijo).

⁶¹ Prav tam.

⁶² Liu, str. 21, meni, da ni videti razloga, zakaj se ta izključitev nanaša samo na opravljanje storitev. Galič (2015), str. 248, pa opozarja na poseben praktični pomen te izključitve, na primer za hotelske storitve, ki jih v tujini uporabljajo potrošniki.

⁶³ Liu, str. 21, 22, opozarja, da se 6. člen uporablja le za pogodbe, kjer potrošnik hkrati kupi prevoz in bivanje na določeni destinaciji, ne pa za čedalje pogostejše primere, ko potrošnik po internetu sam kupi posebej letalsko karto in pri drugem ponudniku rezervira nastanitev.

prebivališče potrošnik. Kot razloži Možina, bi namreč splošno pravilo o alternativnem navezovanju iz prvega odstavka 11. člena koristilo predvsem ponudniku, medtem ko so »tudi obličnostne zahteve instrument varstva potrošnikov«.⁶⁴

V nasprotju z Uredbo Bruselj I bis, ki na področju mednarodne pristojnosti varuje le potrošnike, ki imajo prebivališče v državi članici EU, pa se pravo države potrošnikovega običajnega prebivališča po Uredbi Rim I uporablja ne glede na to, ali je ta članica EU ali ne (tako imenovana univerzalna uporaba uredbe, 2. člen Uredbe Rim I).

4.1. Dogovori o izbiri prava

Tudi Uredba Rim I dovoljuje sklepanje dogovorov o izbiri prava za potrošniško pogodbo. Velja omeniti, da je predlog te uredbe, ki ga je pripravila Evropska komisija,⁶⁵ vseboval prepoved avtonomije strank. Ekonomsko-socialni svet in Parlament pa sta menila, da je treba doseči kompromis med varstvom potrošnika in ohranjanjem njegove možnosti izbire kot bistvenega elementa potrošniškega prava.⁶⁶ Rezultat tega tehtanja je besedilo 6. člena uredbe. Drugi odstavek 6. člena namreč izbiro omejuje tako, da potrošnika ne sme prikrajšati za zaščito, ki mu jo zagotavljajo določbe, od katerih ni dovoljeno odstopanje z dogovorom, po pravu države, v kateri ima potrošnik običajno prebivališče. Če stranki izbereta pravo države, ki ni članica EU, se uporabijo kogentne določbe prava EU.

Če so torej kogentne določbe potrošnikove države zanj ugodnejše, bo v primeru dogovora o tujem pravu sodišče moralo uporabiti omenjene kogentne določbe, namesto dispozitivnih določb potrošnikovega prava pa bo uporabilo določbe izbranega prava. Čeprav je ureditev za potrošnika ugodna, saj mu lahko dogovor o tujem pravu (v primerjavi z obvezno uporabo domačega prava) le koristi, škoditi pa mu ne more, teorija opozarja, da »sestavljanje« pravil iz dveh pravnih redov ni zahtevno le za sodečega sodnika, pač pa bo tudi potrošnik (prav tako seveda podjetnik) težko ugotavljal, natančno katera pravila se uporabljajo za pogodbo, ki jo je sklenil.⁶⁷ Iz dikcije, da izbira potrošnika »ne sme prikrajšati za zaščito«, lahko razberemo, da se uporabijo le tiste kogentne določbe potrošnikovega domačega prava, ki so zanj ugodnejše od tistih v izbranem pravu. Varstvo se torej ne more obrniti potrošniku v škodo v primerih, ko bi bilo izbrano pravo zanj ugodnejše kot pravo države njegovega običajnega prebivališča.

⁶⁴ Možina, str. 328.

⁶⁵ Predlog Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih (Rim I), Bruselj, 15. december 2005, COM(2005) 650, končna.

⁶⁶ Podrobneje o postopku sprejemanja uredbe glej Healy, str. 548, 549.

⁶⁷ Glej Galič (2015), str. 248.

V času pisanja prispevka je SEU samo enkrat imelo priložnost razlagati Uredbo Rim I v zvezi s potrošniškimi pogodbami. Leta 2016 je v zadevi *Amazon*⁶⁸ odločilo, da je treba za opustitveno tožbo v smislu Direktive o opustitvenih tožbah zaradi varstva interesov potrošnikov⁶⁹ uporabiti prvi odstavek 6. člena Uredbe Rim II,⁷⁰ »medtem ko je treba pravo, ki se uporabi pri presoji danega pogodbenega pogoja, vedno določiti na podlagi Uredbe št. 593/2008, pa naj se ta presoja opravlja v okviru posamične ali kolektivne tožbe«. Na drugo zastavljeno vprašanje pa je SEU odgovorilo, da je treba prvi odstavek 3. člena Direktive o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah⁷¹ »razlagati tako, da je pogoj v splošnih pogojih poslovanja prodajalca ali ponudnika, o katerem se stranki nista dogovorili posamično in v skladu s katerim se za pogodbo, sklenjeno s potrošnikom v okviru elektronskega poslovanja, uporablja pravo države članice sedeža tega prodajalca ali ponudnika, nepošten, če navedenega potrošnika zavaja, tako da pri njem ustvari vtis, da se za pogodbo uporablja samo pravo navedene države članice, ne da bi bil potrošnik seznanjen s tem, da je na podlagi člena 6(2) Uredbe št. 593/2008 upravičen tudi do varstva, ki mu je zagotovljeno s kogentnimi določbami prava, ki bi se uporabljalo, če ne bi bilo tega pogoja, kar mora predložitveno sodišče preveriti ob upoštevanju vseh upoštevnihih okoliščin«.

Poleg tega, da je sodišče na področju kolektivnih potrošniških tožb razmejilo uporabo *ratione materiae* uredb Rim I in Rim II, je odločba pomembna zato, ker podjetnika smiselno zavezuje, da splošni pogoj poslovanja, ki se nanaša na uporabo prava, ubesedi tako, da bo potrošnik iz njega lahko razbral, da ga še vedno varujejo kogentne določbe prava države njegovega običajnega prebivališča, kot je določeno v 6. členu Uredbe Rim I. SEU tako upošteva skrb, da se potrošnik, ki se v povprečju ne spozna na kolizijska pravila, ne bo zavedal, da mu ta kljub sklenjenemu dogovoru o izbiri prava zagotavljajo dodatno varstvo, in ga zato tudi ne bo uveljavljal (podjetniki pa bodo tako stanje izkoriščali v škodo potrošnikov). Sodišče pa ne pojasni podrobneje, kdaj lahko sklepamo, da je bil potrošnik ustrezno poučen. Ali je potreben izrecen zapis, da izbira prava potrošnika ne prikrajša za varstvo po kogentnih določbah njegovega prava, ali pa je na primer dovolj zapis, da je izbrano pravo določene države »pod pogoji iz

⁶⁸ SEU, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation proti Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612.

⁶⁹ Direktiva (ES) 2009/22 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. aprila 2009 o opustitvenih tožbah zaradi varstva interesov potrošnikov, UL L 110, z dne 1. maja 2009.

⁷⁰ Uredba (ES) 864/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. julija 2007 o pravu, ki se uporablja za nepogodbene obveznosti (Rim II), UL L 199, z dne 31. julija 2007.

⁷¹ Direktiva Sveta (EGS) 93/13 z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah, UL L 95, z dne 21. aprila 1993. Prvi odstavek 3. člena: »Pogodbeni pogoj, o katerem se stranki nista dogovorili posamično, velja za nedovoljenega, če v nasprotju z zahtevo dobre vere v škodo potrošnika povzroči znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank.«

Uredbe Rim I«? Sodišča bodo morala v konkretnih primerih presoјati, ali je bilo standardu iz sodbe *Amazon* zadoščeno, morda pa bo v zvezi s tem zastavljeno še kakšno vprašanje SEU.

4.2. Norme neposredne uporabe, javni red in izključitvena klavzula

Uredba Rim I vsebuje tudi nekatere instrumente, ki poleg možnosti izbire prava omogočajo odstopanje od varstvenih določb za potrošnike oziroma je vsaj sporno, ali to omogočajo ali ne. V praksi pomembnejša določba je 9. člen, ki ureja tako imenovane prevladujoče obvezne določbe oziroma, kot jih v mednarodnem zasebnem pravu običajno imenujemo, norme neposredne uporabe (*lois de police*).

4.2.1. Norme neposredne uporabe

Pri normah neposredne uporabe gre za tako imenovano aprioristično navezovanje, ko se za določeno vprašanje samodejno uporabi domača pravna norma in ni pomembno, na katero pravo sicer napotuje kolizijska norma. Nasprotno pa gre pri pridržku javnega reda, ki ga uredba ureja v 21. členu, za tako imenovano posterioristično navezovanje, kar pomeni, da sodišče najprej uporabi kolizijsko normo, nato pa uporabo tujega prava zavrne in jo nadomesti z uporabo domačega prava le, če bi uporaba tujega prava vodila do nesprejemljivega rezultata v državi sodišča. Temeljna sodba SEU s področja norm neposredne uporabe v pravu EU je sodba v zadevi *Ingmar* iz leta 2000, v kateri je sodišče razsodilo, da pogodbeni izbira kalifornijskega prava v agencijski pogodbi agenta, ki je deloval v državi članici EU, ne more prikrajšati za varstvo, ki mu ga daje evropska direktiva o trgovskih zastopnikih iz leta 1986.⁷²

Uredba norme neposredne uporabe opredeljuje kot »določbe, katerih upoštevanje je po mnenju države bistvenega pomena za zaščito njenih javnih interesov, kot je na primer njena politična, socialna ali gospodarska ureditev, in sicer do take mere, da se te določbe uporabljajo za vse primere, ki sodijo na njihovo področje uporabe, ne glede na to, katero pravo se sicer uporablja za pogodbo na podlagi te uredbe«. V istem členu uredba tudi določa, da nobena določba te uredbe ne omejuje uporabe prevladujočih obveznih določb prava države sodišča, pred katerim poteka postopek. V skladu s sodbo SEU v zadevi *Unamar*⁷³ naj bi sodišča koncept (nacionalnih) norm neposredne uporabe uporabljala restriktivno

⁷² Direktiva Sveta 86/653/EGS z dne 18. decembra 1986 o usklajevanju zakonodaje držav članic o samozaposlenih trgovskih zastopnikih, UL L 382, z dne 31. decembra 1986. SEU, C-381/98, *Ingmar GB Ltd. proti Eaton Leonard Technologies Inc.*, ECLI:EU:C:2000:605. Glede razmerja med Uredbo Rim I in kogentnimi predpisi prava EU glej Kramer, str. 248–284.

⁷³ SEU, C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV proti Navigation Maritime Bulgare*, ECLI:EU:C:2013:663.

(natančno naj bi preverila, ali je domači zakonodajalec določenemu predpisu res želel dati tako naravo), saj gre za zoževanje avtonomije strank.⁷⁴

Van Bochove meni, da nacionalnih določb, s katerimi je država prenesla v svoj pravni red evropske potrošniške direktive, ne moremo opredeliti kot norme neposredne uporabe v smislu Uredbe Rim I.⁷⁵ Direktiva o pravicah potrošnikov⁷⁶ v 10. uvodni izjavi celo izrecno določa, da ne bi smela vplivati na Uredbo Rim I (razumeti je, da je mišljeno kolizijskopravno varstvo potrošnikov v 6. členu Uredbe Rim I). Ugotovimo lahko, da se s tem, ko napreduje harmonizacija varstva potrošnikov na podlagi evropskih direktiv, zmanjšuje potreba po uveljavljanju tega varstva prek norm neposredne uporabe, čeprav gre gotovo za predpise, ki jim države pripisujejo posebno velik pomen.⁷⁷

Za razlago je precej problematičen položaj norm neposredne uporabe drugih držav. Tretji odstavek 9. člena Uredbe Rim I določa, da se »[p]revladujočim obveznim določbam prava države, v kateri morajo biti ali so bile izpolnjene obveznosti, ki izhajajo iz pogodbe, [...] lahko prizna učinek, kolikor te prevladujoče obvezne določbe izpolnitev pogodbe opredeljujejo kot nezakonito. Pri odločitvi o učinkovanju teh določb se upošteva njihova narava in namen ter posledice njihove uporabe oziroma neuporabe«. Določba torej daje določeno diskrecijo sodišču pri upoštevanju norm neposredne uporabe države izpolnitve pogodbe.⁷⁸

Poleg splošnih težav pri določanju, katere so norme neposredne uporabe domačem pravu in kdaj bi bilo primerno upoštevati tuje norme neposredne uporabe, se pri potrošniških pogodbah postavi še vprašanje razmerja med kolizijskimi pravili, ki varujejo potrošnika na zgoraj opisani način, in normami neposredne uporabe. Slednje imajo namreč ravno tako lahko namen varovanja šibkejših stranke, le da je mehanizem delovanja drugačen kot pri kolizijskih normah.⁷⁹ Če bo

⁷⁴ Sodba je bila sicer kritizirana (glej van Bochove, str. 156), saj je SEU dovolilo uporabo norm neposredne uporabe države sodišča, čeprav bi sodišče ob spoštovanju avtonomije strank moralo uporabiti pravo druge države članice, ki je v svoj pravni red pravilno prenesla evropsko direktivo, le da je ob tem zagotovila le minimalne pravice iz direktive, država sodišča pa je ob prenosu iste direktive zagotovila več pravic. Treba pa je pripomniti, da je taka kritika vprašljiva glede na to, da pri normah neposredne uporabe, drugače kot pri pridržku javnega reda, ne gre za primerjavo domačega in tujega pravnega reda, pač pa za željo po uporabi domače norme, ne glede na to, kakšno vsebino ima tuja.

⁷⁵ Van Bochove, str. 156.

⁷⁶ Direktiva 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2011 o pravicah potrošnikov, spremembi Direktive Sveta 93/13/EGS in Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter razveljavitvi Direktive Sveta 85/577/EGS in Direktive 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta, UL L 304, z dne 22. novembra 2011.

⁷⁷ Za oceno glede na stanje zakonodaje v letu 2000 glej Možina, str. 331.

⁷⁸ Na tem področju sta uredbi Rim I in Rim II neusklajeni, saj slednja ne ureja možnosti upoštevanja norm neposredne uporabe tretje države.

⁷⁹ Primerjaj van Bochove, str. 147.

o sporu razsojalo sodišče v državi potrošnikovega prebivališča (tako bo v večini primerov), potem se vprašanje postavlja le glede norm neposredne uporabe države izpolnitve pogodbe, če to ni država potrošnikovega običajnega prebivališča. Če pa o sporu presoja sodišče v drugi državi, potem lahko pride do konkurence kogentnih določb prava države potrošnikovega prebivališča in norm neposredne uporabe države sodišča (kadar so prve za potrošnika ugodnejše).

Slovenska sodišča so koncept norm neposredne uporabe glede potrošniških pogodb že uporabila na podlagi Rimske konvencije, predhodnice Uredbe Rim I. Kot norme neposredne uporabe v slovenskem pravu so opredelila prepoved obrestovanja obresti (ki ga je avstrijsko pravo, ki je bilo *lex causae*, dovoljevalo) iz tedanjega Zakona o potrošniških kreditih.⁸⁰

4.2.2. Pridržek javnega reda in izključitvena klavzula

Pridržek javnega reda uredba ureja v 21. členu: »Uporaba posamezne določbe prava katere koli države po tej uredbi se lahko zavrne le, če je takšna uporaba očitno nezdržljiva z javnim redom države sodišča, pred katerim poteka postopek.« Pri javnem redu gre, kot smo že omenili, za posterioristično navezovanje, sodišče pa pridržek lahko uporabi, če je pravo, na katero napotuje kolizijska norma, nezdržljivo z javnim redom države sodišča. Ker bo postopek najpogosteje potekal v državi potrošnikovega običajnega prebivališča, uporabili pa se bodo bodisi potrošnikovo pravo v celoti (v odsotnosti izbire strank) ali vsaj za potrošnika ugodnejše kogentne določbe njegovega domačega prava, bo pridržek javnega reda v praksi gotovo zelo redko uporabljen. Vendar pa kot možnost obstaja, saj se njegova uporaba ne izključuje z uporabo varstvene določbe 6. člena.

Od splošnih mehanizmov, ki omogočajo odstop od prava, na katero napotuje kolizijska norma, je treba omeniti še izključitveno klavzulo, ki jo Uredba Rim I ureja v tretjem in četrtem odstavku 3. člena. Izključitvena klavzula omogoča posterioristično navezovanje, vendar drugače kot pridržek javnega reda in norme neposredne uporabe ni urejena v posebnem členu, pač pa je del člena, od katerega uredba odstopa pri varstvu šibkejših strank. Zato ni sporno, da se izključitvena klavzula iz tega člena pri potrošniških pogodbah, za katere se uporablja 6. člen uredbe, ne more uporabiti.

⁸⁰ Sklepa Višjega sodišča v Mariboru I Ip 196/2015, z dne 29. maja 2015, in I Ip 513/2013, z dne 4. julija 2013. Ni jasno, zakaj sodišče ni uporabilo 5. člena Rimske konvencije, ki bi kot *lex causae* pri potrošniški pogodbi določal slovensko pravo, ravno tako bi sodišče v prvem primeru *ratione temporis* moralo uporabiti ZMZPP, in ne Rimske konvencije.

5. Sklep

Sklenemo lahko z ugotovitvijo, da je za celovito, koherentno in delujoče varstvo potrošnikov potrebno tudi kolizijskopravno varstvo. Med modeli, ki so na voljo, se zdi model, ki ga je evropski zakonodajalec sprejel v Uredbi Rim I, primeren s stališča uravnoteženja pravic in pričakovanj obeh strank.⁸¹ Predlog Evropske komisije, da pri potrošniških pogodbah avtonomija ne bi bila mogoča, je bil zavržen, saj naj bi obe stranki prikrajšal za možnost, da izbereta zase ugodnejše pravo. Podjetnik bi namreč morda privolil v izbiro prava, ki je za potrošnika ugodnejše kot njegovo domače pravo, po drugi strani pa bi potrošnik morda, pod pogojem ohranjenega varstva domačih kogentnih norm, privolil v uporabo tujega, za podjetje ugodnejšega prava.⁸²

Izbiro navezne okoliščine potrošnikovega običajnega prebivališča teorija ocenjuje pozitivno, saj podjetje kot močnejša stranka nanjo ne more vplivati, hkrati pa je ta navezna okoliščina za podjetje lahko ugotovljiva.⁸³ Določbe so tudi usklajene s procesnim varstvom po Uredbi Bruselj I bis (po 18. členu te uredbe je potrošnik lahko tožen le v državi svojega stalnega prebivališča, prav tako pa lahko nasprotno stranko toži tudi v tej državi), kar omogoča, da bo sodišče praviloma uporabilo pravo svoje države (*Gleichlauf*).

Kljub temu pa ni mogoče spregledati dejstva, da ta model, pri katerem mora sodišče včasih »sestaviti«⁸⁴ pravna pravila iz različnih pravnih redov (*dépeçage*), lahko povzroča kar nekaj težav.⁸⁴ Kadar namreč stranki izbereta pravo, ki ni pravo države običajnega prebivališča potrošnika, mora sodišče »kombinirati«⁸⁵ izbrano pravo z varstvenimi kogentnimi določbami potrošnikovega domačega prava (običajno bo to tudi *lex fori*). Potreba podjetij, da preučijo kogentno pravo vseh držav, v katerih želijo poslovati, naj bi povečevala stroške transakcij in morebitnega pravedanja oziroma zmanjševala pripravljenost podjetij za poslovanje v drugih državah, predvsem tistih z majhnim trgov.⁸⁵ Kljub tem nedvomno utemeljenim pomislekom je prevladujoči del teorije prepričan, da je uzakonjeni sistem najboljši kompromis med prednostmi in slabostmi možnih ureditev, tj. boljši kot popolna prepoved avtonomije strank kakor tudi boljši kot dopustitev neomejene avtono-

⁸¹ Da je model ustrezen tudi z ekonomskega vidika, meni Rühl, str. 571. Enako ugotavlja za tako imenovani ameriški model, medtem ko zavrača ustreznost švicarskega modela, ki izključuje avtonomijo strank pri potrošniških pogodbah.

⁸² Glej Zdiruk, str. 37.

⁸³ Glej Rühl, str. 599.

⁸⁴ O težavnosti (in smiselnosti) »kombiniranja«⁸⁵ izbranega prava in prava potrošnikove države glej Passarelli, str. 207, 214, 215.

⁸⁵ Glej Liu, str. 24, 25.

mije. SEU pa je s sodbo v zadevi *Amazon* pomembno prispevalo k ozaveščenju potrošnikov o kolizijskopравnem varstvu, ki ga uživajo.

SEU bo za zagotovitev enotne uporabe uredbe moralo odgovoriti še na nekatera vprašanja, ki za zdaj niso rešena, med drugim na vprašanje, ali norme neposredne uporabe države sodišča prevladajo nad kogentnimi normami domačega prava potrošnika, kadar spor ne poteka v potrošnikovi domači državi. Predvsem je za razlago odprt pojem »usmerjanja dejavnosti« v državo potrošnikovega običajnega prebivališča, posebej pri elektronskem poslovanju. Tu je bistvena usklajena razlaga omenjenega pojma v uredbah Bruselj I bis in Rim I, pri čemer sodna praksa SEU, sprejeta na podlagi prve uredbe, že olajšuje razlago druge in zmanjšuje potrebo po zastavljanju vprašanj za predhodno odločanje.

Najpomembneje pa se je zavedati, da bodo potrošniki (kakor tudi druge šibkejšje stranke v postopkih) učinkovito varovani le, če bo sistem varstva koherentno zagotovljen na področjih materialnega prava, nacionalnega procesnega prava in vseh velikih sklopov mednarodnega zasebnega prava: pri mednarodni pristojnosti, kolizijskih normah ter priznanju in izvršitvi tujih sodnih odločb. V čezmejnih potrošniških sporih je hkrati posebej pomemben tudi učinkovit sistem zunajsodnega reševanja sporov.⁸⁶

Literatura in viri

- BOGDAN, Michael, Contracts in Cyberspace and the Regulation "Rome I". Masaryk University Journal of Law and Technology, 2009, let. 3, št. 2.
- GALIČ, Aleš, Elektronsko poslovanje in mednarodna pristojnost za potrošniške spore. V: Matija Damjan (ur.), Meta Ahtik (ur.), Pravo v informacijski družbi. Ljubljana: IUS Software (GV Založba), 2014.
- GALIČ, Aleš, Mednarodna pristojnost za reševanje potrošniških sporov. V: Ana Vlahhek (ur.), Matija Damjan (ur.), Pravo in politika sodobnega varstva potrošnikov. Ljubljana: IUS Software (GV Založba), Inštitut za primerjalno pravo, 2015.
- HEALY, James J., Consumer Protection Choice of Law: European Lessons for the United States, Duke Journal of Comparative & International Law, 2009, let. 19, št. 3.
- HONDIUS, Ewoud, The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis. Journal of Consumer Policy, 2004, let. 27, št. 3.
- KRAMER, Xandra E., The Interaction Between Rome I and Mandatory EU Private Rules – EPIL and EPL: Communicating Vessels? V: Peter Stone (ur.), Youseph

⁸⁶ Na tem področju je aktualna predvsem Direktiva 2013/11/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. maja 2013 o alternativnem reševanju potrošniških sporov ter spremembi Uredbe (ES) 2006/2004 in Direktive 2009/22/ES (Direktiva o alternativnem reševanju potrošniških sporov), UL L 165, z dne 18. junija 2013. Glej Pogorelčnik, str. 251–282.

- Farah (ur.), *Research Handbook on EU Private International Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015.
- LIU, Ziyu, *Consumer Protection in Choice of Law: European Lessons for China*, thesis. Amsterdam: University of Amsterdam, 2013, <http://dare.uva.nl/cgi/arno/show.cgi?fid=493250> (14. 3. 2017).
- MOŽINA, Damjan, *Internet in varstvo potrošnikov v mednarodnem zasebnem pravu*. Pravnik, 2000, let. 55, št. 4-5.
- PASSARELLI, Gianluigi, *The Protection of the European Consumer in Private International Law, Some General Remarks*. Contratto e Impresa/Europa, 2014, št. 1.
- POGORELČNIK, Neža, *Implementacija Direktive 2013/11 o alternativnem reševanju potrošniških sporov v slovenski pravni red*. V: Ana Vlahek (ur.), Matija Damjan (ur.), *Pravo in politika sodobnega varstva potrošnikov*. Ljubljana: IUS Software (GV Založba), Inštitut za primerjalno pravo, 2015.
- RÜHL, Giesela, *Consumer Protection in Choice of Law*. Cornell International Law Journal, 2011, let. 44, št. 3.
- STONE, Peter, *Internet Transactions and Activities*. V: Peter Stone (ur.), Youseph Farah (ur.), *Research Handbook on EU Private International Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015.
- VAN BOCHOVE, Laura Maria, *Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law*. European Law Review, 2014, št. 3.
- WANG, Faye Fangfei, *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- ZDIRUK, Viktoriia, *Choice of Law Rules Applicable to Electronic Consumer Contracts According to Rome I Regulation*, thesis. Oslo: Faculty of Law, University of Oslo, 2009.

Uveljavljanje zahtevkov v primeru napake na blagu pri čezmejnem spletnem poslovanju

Miha Berdnik, Tadeja Žefran

1. Uvod

Slovenski potrošniki so z vstopom Republike Slovenije v Evropsko unijo postali del enotnega evropskega trga, ki med drugim omogoča prost pretok blaga in storitev. V zadnjem obdobju je povečanje čezmejnih transakcij še posebej izrazito pri spletnem nakupovanju. Potrošniki tako vse bolj izkoriščajo priložnosti (večjo izbiro blaga in nižje cene), ki jih ponuja 500-milijonski enotni trg, kar pa prinese tudi več težav zaradi nepravilnega delovanja oziroma okvare blaga. Pri tem se v praksi pokaže, da se potrošniki slabo zavedajo različnih nacionalnih ureitev pogodbenega prava, predvsem pravic, ki jih imajo v primeru neskladnosti dobavljenega blaga s pogodbo.

Pogodba o nakupu blaga prek spleta se uvršča med pogodbe, sklenjene na daljavo, ki so opredeljene v prvem odstavku 43. člena Zakona o varstvu potrošnikov (ZVPot).¹ Za pogodbe, sklenjene na daljavo, se štejejo vse pogodbe, sklenjene med podjetjem in potrošnikom na podlagi organizirane prodaje na daljavo ali sistema opravljanja storitev brez istočasne fizične prisotnosti pogodbenih strank, ki ga vodi podjetje, ki za namen sklenitve uporablja izključno enega ali več sredstev za komuniciranje na daljavo vse do takrat in vključno s trenutkom, ko je pogodba sklenjena. Direktiva o pravicah potrošnikov,² ki je bila v nacionalni pravni red prenesena z novelo ZVPot,³ je popolnoma uskladila nekatere dele pogodbenega prava, ki se nanašajo na zaščito potrošnika kot šibkejše stranke v pogodbenem razmerju. Tako v vseh državah članicah veljajo enake zahteve glede informiranja

¹ Ur. l. RS, št. 98/04 – uradno prečiščeno besedilo s spremembami, 114/06 – ZUE, 126/07, 86/09, 78/11, 38/14 in 19/15.

² Direktiva 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2011 o pravicah potrošnikov, spremembi Direktive Sveta 93/13/EGS in Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter razveljavitvi Direktive Sveta 85/577/EGS in Direktive 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta, UL L 304, z dne 21. novembra 2011.

³ ZVPot-F, Ur. l. RS, št. 38/14.

potrošnikov, določeni so rok za izpolnitev pogodbe⁴ in posledice neizpolnitve ter pravica potrošnika do odstopa od pogodbe brez navedbe razloga v 14 dneh od sklenitve pogodbe oziroma dostave blaga.

Do trenutka izpolnitve pogodbe je torej na evropski ravni usklajena ureditev bistvenih elementov pogodbenega odnosa, zato do te faze niso možna odstopanja med nacionalnimi predpisi in se potrošniki načeloma ne srečujejo s težavami glede uporabljivega prava. Se pa do trenutka sklenitve pogodbe pri poslovanju prek spleta pogosto srečujejo z nepoštenimi poslovnimi praksami, ki lahko vplivajo na potrošnikovo odločitev o nakupu.⁵ Po izpolnitvi pogodbe pa se velikokrat pokaže, da je imela stvar v času izročitve napake in je prišlo do izpolnitve z napako oziroma do neskladnosti blaga s pogodbo. V takem primeru se potrošnik sreča z različnimi nacionalnimi ureditvami in vprašanjem, katero materialno pravo se uporablja v posameznem primeru.

2. Materialno pravo

2.1. Direktiva 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njimi povezanih garancij⁶

Z namenom odpravljanja ovir za trgovanje na enotnem notranjem trgu je bila leta 1999 sprejeta Direktiva 1999/44/ES, ki ureja vprašanja neskladnosti blaga s pogodbo in pravic potrošnikov v teh primerih, saj je bilo zaznано, da glavne težave, s katerimi se srečujejo potrošniki, in posledično spori s prodajalci izvirajo predvsem s tega področja. Pri tem je bil v postopku sprejemanja direktive največji poudarek na iskanju uravnoteženih rešitev, s katerimi bi zagotovili ustrezno varovanje potrošnikovih interesov ob hkratnem upoštevanju interesov prodajalca. Direktiva je bila sprejeta pred pristopom Republike Slovenije (RS) k EU, tako da RS ni sodelovala pri pogajanjih o sprejemanju direktive in ni mogla vplivati na njeno besedilo, temveč jo je bilo treba implementirati v okviru pristopanja k EU.

Z Direktivo 1999/44/ES so določeni minimalni standardi, ki jih morajo upoštevati države članice pri urejanju obveznih in prostovoljnih jamstev.⁷ Uporabljen je torej pristop minimalne harmonizacije, kar pomeni, da lahko države članice na

⁴ Direktiva v 18. členu določa 30-dnevni rok za izpolnitev pogodbe, razen če se pogodbeni stranki dogovorita drugače.

⁵ Tudi zavajajoče oziroma neresnične trditve, ki sodijo med nepošteno poslovne prakse, so lahko razlog za neskladnost blaga s pogodbo, saj blago dejansko nima dogovorjenih lastnosti.

⁶ UL L 171, z dne 7. julija 1999.

⁷ Direktiva uporablja izraza neskladnost s pogodbo (*lack of conformity*) za stvarne napake in garancija (*guarantee*) za prostovoljno garancijo. Na mednarodni ravni se v strokovnih razpravah

področju, ki ga ureja ta direktiva, ohranijo ali sprejmejo strožje določbe z namenom zagotovitve višje ravni varstva potrošnikov. Ravno tak pristop je povzročil razlike med prisilnimi določbami nacionalnih predpisov o varstvu potrošnikov.

Direktiva torej primarno ureja pravilnost izpolnitve prodajne pogodbe na strani prodajalca in posledice nepravilne izpolnitve. Poleg opredelitve skladnosti s pogodbo so za potrošnike ključni še naslednji instrumenti, ki jih ureja: jamčevalni zahtevki, notifikacijska dolžnost, obrnjeno dokazno breme, časovna omejitev odgovornosti prodajalca in prostovoljna garancija.

V 2. členu direktiva opredeljuje kriterije, ki morajo biti izpolnjeni, da lahko govorimo o skladnosti blaga s pogodbo. Pri tem je treba poudariti, da gre za domnevo skladnosti, ki je seveda izpodbojna. Za presojo skladnosti direktiva določa kombinacijo subjektivnih in objektivnih kriterijev. V normativnem delu sicer izrecno ne predpisuje, kateri kriterij prevladuje, vendar pa iz uvodnih izjav izhaja, da se primarno upošteva subjektivni kriterij,⁸ ki ga predstavljajo pogodbeno dogovorjene lastnosti.⁹ Če stranki v pogodbi nista določili lastnosti blaga, se za presojo skladnosti uporabijo objektivni kriteriji. V primeru uporabe objektivnih kriterijev se skladnost presoja predvsem glede na običajne lastnosti blaga in primernost za namene, za katere se običajno uporablja blago enake vrste. Pri presoji se upoštevajo tudi javne izjave prodajalca, proizvajalca ali njegovega zastopnika, zlasti v oglasu ali pri etiketiranju blaga, glede posebnih lastnosti blaga, pri čemer prodajalec na te izjave ni vezan, če dokaže, da zanje ni vedel in razumno ni mogel vedeti, če dokaže, da je bila zadevna izjava do trenutka sklenitve pogodbe popravljena, ali dokaže, da zadevna izjava ni mogla vplivati na odločitev za nakup potrošniškega blaga.

Če se po izročitvi pokaže, da blago nima dogovorjenih oziroma običajnih lastnosti, torej govorimo o neskladnosti blaga s pogodbo. Pri tem direktiva določa, da za namene te direktive ne gre za neskladnost, če je bila potrošniku ob sklenitvi pogodbe napaka znana ali mu razumno ni mogla biti neznana ali če neskladnost izvira iz materiala, ki ga je dobavil potrošnik.

Za potrošnika je ključno, da ima v primeru napak jasno določene pravice. Direktiva 1999/44/ES je v 4. členu določila pravice, ki jih ima potrošnik v primeru neskladnosti s pogodbo, in sicer lahko zahteva popravilo ali zamenjavo blaga,

uporablja izraz *legal guarantee* za stvarne napake, saj instituta obvezne garancije, kot ga pozna ZVPot, v drugih državah članicah (razen Madžarske) ne poznajo.

⁸ Sedma uvodna izjava: »ker mora biti blago predvsem v skladu s pogodbo«.

⁹ Drugi odstavek 2. člena direktive, točki a in b: »Domneva se, da je blago v skladu s pogodbo, če je v skladu z opisom, ki ga je dal prodajalec, in ima lastnosti blaga, ki ga je prodajalec predložil kot vzorec ali model, oziroma je primerno za poseben namen, za katerega ga potrošnik zahteva ter s katerim je seznanil prodajalca ob sklenitvi pogodbe in je prodajalec s tem soglašal.«

znižanje kupnine ali uveljavi pravico do odstopa od pogodbe. Pri tem izvedbena določila za uveljavljanje zahtevkov uvajajo tako imenovano hierarhijo zahtevkov, v skladu s katero je treba najprej izbrati tisto sredstvo, s katerim se lahko doseže glavni namen pogodbe, to je pravilna izpolnitev oziroma izročitev blaga, ki je v skladu s pogodbo. Takšna ureditev tako kar najbolj upošteva interes, ki ga imata pogodbeni stranki ob sklenitvi pogodbe. Interes potrošnika je v tem, da prejme pravilno izpolnitev, interes prodajalca pa je v prejetju celotne kupnine.

V skladu z navedenim je določeno, da lahko potrošnik od prodajalca najprej zahteva brezplačno popravilo,¹⁰ ki mora biti izvedeno v razumnem roku, ali zamenjavo blaga, razen če je to nemogoče ali nesorazmerno. Pri opredelitvi sorazmernosti direktiva upošteva predvsem interes prodajalca, izražen skozi upoštevanje stroškov, ki mu jih izbrani zahtevek povzroči.¹¹ Potrošnikov interes pa je varovan na način, da mu izbrano sredstvo ne sme povzročiti znatnih neprijetnosti, kar je v praksi večkrat predmet spora, saj gre za subjektivni kriterij, s katerim se prodajalci pogosto ne strinjajo in bi ga moral potrošnik dokazovati po sodni poti.

Če negativne posledice nepravilne izpolnitve niso odpravljene na prvi stopnji hierarhične lestvice zahtevkov, direktiva predvideva drugo stopnjo, ki zajema zahtevek za sorazmerno znižanje kupnine in pravico do odstopa od pogodbe. V teh primerih ni več v ospredju interes, ki sta ga imeli stranki ob sklenitvi pogodbe, temveč gre za civilne sankcije, ki jih ima na voljo potrošnik v primeru nepravilne izpolnitve, zaradi česar direktiva določa pogoje, pod katerimi lahko potrošnik uveljavlja enega izmed teh zahtevkov. Sorazmerno znižanje kupnine ali odstop od pogodbe sta tako možna le, če prodajalec v dodatnem razumnem roku pogodbe ne izpolni pravilno, če ob upoštevanju sorazmernosti potrošnik ni upravičen niti do popravila niti do zamenjave blaga ali če prodajalec ni uporabil sredstva brez znatnih neprijetnosti za potrošnika. Poleg tega je izrecno določeno, da v primeru manjših napak potrošnik ni upravičen do odstopa od pogodbe.

Ker ni primerno, da je prodajalec časovno neomejeno odgovoren za neskladnost blaga s pogodbo, direktiva zaradi njegove pravne varnosti določa tudi minimalno obdobje, v katerem za napake odgovarja. V skladu s prvim odstavkom 5. člena je tako prodajalec odgovoren, če se neskladnost pokaže v dveh letih od dobave novega blaga. Za rabljeno blago lahko države članice predpišejo, da

¹⁰ Brezplačno popravilo zajema vse stroške, potrebne za vzpostavitev skladnosti s pogodbo. Pri tem ne gre le za stroške, neposredno povezane z odpravo napake, temveč tudi za stroške prevoza ali pošiljanja blaga, ki v tej zvezi nastanejo potrošniku.

¹¹ Sredstvo se šteje za nesorazmerno, če v primerjavi z drugim sredstvom prodajalcu povzroči nesprejemljive stroške, pri čemer se upoštevajo vrednost, ki bi jo blago imelo v primeru skladnosti, pomen neskladnosti s pogodbo in vprašanje, ali bi lahko potrošnik brez znatnih neprijetnosti uporabil drugo sredstvo.

pogodbeni stranki s pogodbo določita krajši jamčevalni rok, vendar ne manj kot eno leto. Če nacionalna zakonodaja za uveljavljanje zahtevkov potrošnika določa uporabo pravil o zastaranju, direktiva določa tudi minimalni zastaralni rok, ki tako kot odgovornost za neskladnost blaga s pogodbo ne sme biti krajši kot dve leti od dobave. Pri tem direktiva ne opredeljuje trenutka dobave blaga, zato se za ta institut uporabljajo določbe nacionalnih predpisov.

Direktiva državam članicam dopušča možnost ohranitve oziroma uvedbe notifikacijske dolžnosti kot ene izmed predpostavk za uveljavljanje pravic iz naslova neskladnosti blaga s pogodbo. Takšna rešitev je posledica različnih ureditev v posameznih državah članicah, ki so obstajale v času sprejemanja direktive. Gre za obvezo potrošnika, da v določenem obdobju obvesti prodajalca o neskladnosti blaga s pogodbo. Ta rok ne sme biti krajši od dveh mesecev od dneva, ko je potrošnik izvedel za napako. Navedeno pravilo je primarno namenjeno zaščiti interesov prodajalca, saj je izpolnitev te obveznosti ena izmed predpostavk za odgovornost prodajalca. Potrošniku se torej nalaga, da ravna z določeno stopnjo skrbnosti, saj v primeru opustitve notifikacije izgubi svoje pravice proti prodajalcu.

Zelo pomemben institut pri ureditvi odgovornosti prodajalca za neskladnost s pogodbo, ki je v praksi pogosto »spregledan«, je domneva o obstoju neskladnosti. Direktiva v tretjem odstavku 5. člena uvaja domnevo, da je vsaka neskladnost s pogodbo, ki se pokaže v šestih mesecih po dobavi blaga, obstajala že v času dobave, razen če ta domneva ni združljiva z vrsto blaga, naravo neskladnosti ali če ni dokazano nasprotno. Potrošniku tako v šestih mesecih od nakupa blaga ni treba dokazovati, da je neskladnost obstajala že v času izročitve, temveč je prodajalec tisti, ki se mora razbremeniti svoje odgovornosti. V času, ko je vzpostavljena domneva o obrnjenem dokaznem bremenu, se prodajalec lahko razbremeni odgovornosti le, če vzrok za napako ne izvira iz njegove sfere.¹²

Pravilo o obrnjenem dokaznem bremenu potrošnikom precej olajšuje uveljavljanje pravic, saj je obstoj neskladnosti oziroma napake na blagu v času izročitve včasih težko dokazljiv oziroma je povezan z nesorazmerno visokimi stroški dokazovanja. Po poteku domneve o obstoju napake dokazno breme preide na potrošnika. Slednji torej postane zavezan dokazati, da neskladnost izvira iz prodajalčeve sfere oziroma da je obstajala že v času izročitve. Dejstvo pa je, da je z daljšo časovno oddaljenostjo neskladnost vse težje dokazljiva.

Poleg odgovornosti za neskladnost blaga s pogodbo direktiva v 6. členu ureja še prostovoljni instrument jamstva za blago oziroma garancijo. Garancija je opredeljena kot vsaka obveznost, ki jo prodajalec ali proizvajalec prevzame

¹² Najpogostejši razbremenitveni razlog je potrošnikova nepravilna uporaba blaga, drugi razlogi so še ravnanje tretjega, višja sila oziroma vse okoliščine, ki nastopijo po prehodu nevarnosti uničenja blaga na potrošnika.

do potrošnika brez dodatnega plačila in s katero se zaveže, da bo vrnil kupnino, zamenjal ali popravil potrošniško blago ali zagotovil drugo sredstvo, kadar potrošniško blago nima lastnosti, navedenih v garancijski izjavi ali ustreznem oglasu.¹³ Garancija je tako pravno zavezujoča pod pogoji, navedenimi v garancijski izjavi, v kateri so pogosto določene zahteve, ki jih mora izpolniti potrošnik kot predpostavko za uveljavljanje garancije. Ker prodajalec že po zakonu odgovarja za neskladnosti s pogodbo, garancijske izjave v praksi običajno dajejo proizvajalci, kajti s tem dodatno jamčijo za svoje proizvode. S takšno garancijsko izjavo proizvajalci ustvarijo pravno razmerje s potrošniki, saj s potrošniki običajno ne sklepajo pogodb, temveč je vmes celotna prodajna veriga.

Pri tem velja omeniti razmerje med institutom odgovornosti za skladnost blaga s pogodbo in garancijo, ki ga rešuje že Direktiva 1999/44/ES. Pravice, ki jih potrošnik pridobi na podlagi garancije, tako ne vplivajo na pravice, ki mu pripadajo na podlagi zakona. V garancijski izjavi mora biti to pravilo tudi izrecno navedeno. Poleg te navedbe mora garancija določati ključne podatke, ki jih potrošnik potrebuje za njeno uveljavljanje.¹⁴

V praksi pravila, ki jih določa direktiva glede neskladnosti blaga, ne bi imela posebne teže, če bi v teh razmerjih upoštevali eno izmed temeljnih načel pogodbenega prava, ki je skupno vsem nacionalnim ureditvam. Govorimo o načelu pogodbene svobode, po katerem lahko udeleženci pravnih poslov uredijo svoja razmerja drugače, kot določa zakon, če to ni v nasprotju s prisilnimi predpisi ali moralnimi načeli. Učinkovito varovanje potrošnikovih interesov, ki v pogodbenem razmerju s podjetjem nastopa kot šibkejša pogodbeni stranka, je tako možno doseči le, če je določena prisilna oziroma kogentna narava določb, saj bi v nasprotnem primeru prodajalci že v splošnih pogojih poslovanja lahko omejili svojo odgovornost. V ta namen direktiva v 7. členu določa, da pogodbeni določila ali dogovori, ki so sklenjeni pred seznanitvijo prodajalca z neskladnostjo in odpravljajo ali omejujejo pravice, določene v tej direktivi, po nacionalnem pravu za potrošnika niso zavezujoči.

¹³ Opredelitev garancije vsebuje tudi direktiva o pravicah potrošnikov. Opredeljena je kot katerakoli zaveza prodajalca ali proizvajalca (»garanta«) potrošniku – poleg njegovih zakonskih obveznosti v zvezi z jamstvom o skladnosti – da bo na katerikoli način povrnil plačano ceno ali zamenjal, popravil ali servisiral blago, če ne izpolnjuje specifikacij ali katerihkoli drugih zahtev, ki niso povezane s skladnostjo iz garancijske izjave ali ustreznega oglasa, ki je na voljo ob sklenitvi pogodbe ali pred tem. Opredelitvi med seboj nista popolnoma skladni, saj direktiva o pravicah potrošnikov ne govori več o prevzemu obveznosti brez dodatnega plačila. Tako so zajeta tudi plačljiva jamstva.

¹⁴ Zlasti mora določiti trajanje in prostorsko področje uporabe garancije, pa tudi ime in naslov dajalca garancije.

2.2. Slovenska ureditev in primerjalnopravni pregled

Ker Direktiva 1999/44/ES določa minimalno harmonizacijo in dovoljuje, da države članice uvedejo ali ohranijo strožje določbe, da zagotovijo višjo raven varstva potrošnikov, so države članice izbrale različen pristop pri implementaciji direktive. Iz tega izvirajo tudi različne pravice potrošnikov pri kupovanju blaga v različnih državah članicah. RS jo je v pretežnem delu implementirala v okviru pristopa k EU z novelo ZVPot,¹⁵ pri čemer ureditev v nekaterih pogledih bistveno odstopa od minimalnih zahtev direktive.

2.2.1. Slovenska ureditev

V slovenskem pravnem redu se v primeru neskladnosti blaga s pogodbo uporablja termin odgovornost prodajalca za stvarne napake svoje izpolnitve.¹⁶ Odgovornost za stvarne napake je splošno urejena v OZ, zaradi zaščite potrošnika kot pogodbeno šibkejši stranke pa ZVPot v skladu z Direktivo 1999/44/ES predpisuje nekatera posebna kogentna pravila. ZVPot je torej v razmerju do OZ *lex specialis*, kar nekoliko nerodno določa na dveh mestih. Tako je že v 1. členu zapisano, da pravice, ki potrošniku pripadajo po tem zakonu, ne posegajo v njegove pravice, ki jih ima po splošnih predpisih o obligacijskih razmerjih.¹⁷ V delu, ki ureja odgovornost prodajalca za stvarne napake, pa ZVPot posebej napotuje na uporabo določb zakona, ki ureja obligacijska razmerja, če ZVPot ne določa drugače.¹⁸ Pri tem ne določa jasno, za katera vprašanja naj se uporabljajo splošne določbe, niti to ni razvidno iz posameznih določb, zaradi česar dopušča različno tolmačenje pravic potrošnika, kot bomo videli v nadaljevanju. Ob napovedani prenovi ZVPot bi zato veljalo urediti razmerje med zakonoma v posebnem členu v uvodnih določbah, tako da bi določili uporabo določb splošnega zakona, ki ureja obligacijska razmerja, če ZVPot ne določa drugače. V poglavju, ki ureja odgovornost za stvarne napake, pa bi veljalo v celoti urediti vprašanja, ki jih obravnava Direktiva 1999/44/ES, in tako s kogentnimi določbami podrobneje urediti pravice potrošnika in postopek uveljavljanja v primeru stvarnih napak. S tem bi zagotovo prispevali k večji jasnosti zakona in koherentnosti pravnega reda ter nedvoumno zagotovili skladnost nacionalnih določb z direktivo.

ZVPot presega minimalne zahteve direktive na dveh področjih, ki sta ključni za potrošnika in na kateri se bomo, da se izognemo ponavljanju ureditve

¹⁵ Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o varstvu potrošnikov (ZVPot-A, Ur. l. RS, št. 110/02).

¹⁶ Uporabljena terminologija sledi terminologiji, uporabljeni v Obligacijskem zakoniku (Ur. l. RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo).

¹⁷ O neustreznosti takšne dikcije je pisal že Možina (2012a). Že iz razmerja med zakonoma je namreč jasno, da pravice iz ZVPot dejansko posegajo v pravice iz splošnega OZ.

¹⁸ Četrty odstavek 37. člena ZVPot.

direktive, osredotočili v nadaljevanju. Prvo področje je uveljavljanje jamčevalnih zahtevkov potrošnika. ZVPot ne povzema hierarhije zahtevkov, določene v direktivi, temveč omogoča prosto izbiro. Potrošnik, ki pravilno in pravočasno obvesti prodajalca o napaki,¹⁹ ima pravico zahtevati, da prodajalec napako odpravi, vrne del plačanega zneska v sorazmerju z napako, blago z napako zamenja z novim brezhibnim blagom ali vrne plačani znesek. V tem delu se ureditev v ZVPot tudi razlikuje od ureditve v OZ, po kateri lahko potrošnik odstopi od pogodbe le, če je pred tem pustil prodajalcu primeren dodaten rok za pravilno izpolnitev.²⁰

Slovenski potrošnik lahko torej v vseh primerih alternativno izbere pravico odstopiti od pogodbe, ne da bi za uresničitev te pravice morale biti izpolnjene posebne dodatne predpostavke, ki jih določata Direktiva 1999/44/ES in OZ, čemur pritrjuje tudi sodna praksa slovenskih sodišč.²¹ Vsekakor bi ta pravica morala biti omejena s splošnimi pravili vseh pogodbenih razmerij, med katere se uvršča tudi prepoved zlorabe pravic, ki pride v poštev pri izbiri zahtevkov v primeru manjših neskladnosti, ki se lahko odpravijo hitro, z majhnimi stroški in brez večjih neprijetnosti za potrošnika.

Zaradi nejasno opredeljenega razmerja z OZ je možna tudi razlaga, da ZVPot le določa zahtevke, ki jih ima potrošnik na voljo pri uveljavljanju stvarne napake, medtem ko se za njihovo uveljavitev uporabljajo določbe OZ. V skladu s tem stališčem bi lahko potrošnik od pogodbe odstopil le, če bi pred tem prodajalcu pustil primeren dodaten rok za izpolnitev pogodbe.²²

Druga bistvena razlika med nacionalno ureditvijo po ZVPot in Direktivo 1999/44/ES je institut obvezne garancije za brezhibno delovanje. V slovenskem pravnem redu obstajata dve vrsti obveznih jamstev, kar se je pri implementaciji direktive utemeljevalo z višjo ravno zaščite potrošnikov.²³ Takšna rešitev pomeni odstopanje od ureditve, ki jo poznajo v drugih državah članicah,²⁴ in v praksi vsaj v čezmejnem poslovanju potrošnikom ne prinaša koristi. Potrošnik se lahko

¹⁹ ZVPot v 37.a členu določa, da mora potrošnik o napaki obvestiti prodajalca v roku dveh mesecev od dneva, ko je bila napaka odkrita. V obvestilu o napaki mora natančneje opisati napako in prodajalcu omogočiti, da stvar pregleda. Določen je tudi način obveščanja, in sicer lahko obvestilo o napaki sporoči osebno, o čemer mu mora prodajalec izdati potrdilo, ali pa ga pošlje v prodajalno, kjer je bila stvar kupljena, ali zastopniku prodajalca, s katerim je sklenil pogodbo.

²⁰ 470. člen OZ.

²¹ Na primer odločbi Višjega sodišča v Celju Cp 74/2015 z dne 6. 5. 2015 in Cp 133/2015 z dne 27. 8. 2015.

²² Več o tem Možina (2012b).

²³ Glej uvodna pojasnila k Predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o varstvu potrošnikov – ZVPot-E.

²⁴ Poleg Slovenije dodatno obvezno garancijo za posamezne vrste blaga poznajo le še na Madžarskem.

v konkretnem primeru sam odloči, kateri institut bo uporabil, pogosto pa se ne zaveda, da ima ta odločitev posledice za uveljavljanje zahtevkov, oziroma zaradi kompleksne dvojne ureditve obveznih jamstev teh razlik niti ne pozna. Omeniti velja, da se pravice iz naslova obvezne garancije uporabljajo tudi v razmerjih med podjetji, torej ne varujejo zgolj interesov potrošnikov, ki nastopajo kot kupci, temveč tudi interese podjetij.

Proizvajalec²⁵ za določeno blago²⁶ odgovarja za njegovo brezhibno delovanje eno leto od izročitve blaga. V tem delu pride do prekrivanja institutov garancije in stvarne napake. Obvezna garancija in stvarna napaka torej praktično urejata isto dejansko stanje, vendar pa določata različne pravne posledice. Pri obvezni garanciji ZVPot namreč predpisuje hierarhijo zahtevkov.²⁷ Potrošnik tako lahko najprej zahteva odpravo napak. Če napake niso odpravljene v roku 45 dni, lahko zahteva zamenjavo blaga, in šele če blago ni zamenjano, lahko odstopi od pogodbe ali zahteva sorazmerno znižanje kupnine.

Ključna prednost obvezne garancije v primerjavi s stvarno napako je v tem, da domneva o obstoju napake v času izročitve velja ves čas trajanja obvezne garancije, torej eno leto, in ne le šest mesecev od izročitve blaga.²⁸ Po drugi strani pa garancija pokriva krajše obdobje in potrošniku ne omogoča izbire med jamčevalnimi zahtevki. Poleg tega podjetjem povzroča višje stroške v primerjavi s tujimi podjetji in zmanjšuje njihovo konkurenčnost na enotnem trgu.

V skladu z direktivo je določena še tretja oblika jamstev, prostovoljna garancija. Prostovoljna garancija je v osnovi mišljena kot nadgradnja obveznega sistema jamstev. V evropskem pravu to pomeni, da mora potrošniku zagotavljati nekaj več, kot ponujajo pravice zaradi neskladnosti blaga s pogodbo. V slovenski ureditvi pa se postavlja vprašanje, ali mora zagotavljati več pravic kot obvezna garancija ali stvarna napaka.

²⁵ Za proizvajalca ZVPot šteje vsako podjetje, ki izdeluje končne izdelke ali sestavne dele ali pridobiva osnovne surovine, ali osebo, ki se s svojo firmo, blagovnim znakom ali drugim znakom razlikovanja na izdelku predstavlja kot njegov proizvajalec. Za proizvajalca se štejejo tudi uvoznik in distributer izdelka, predstavništvo proizvajalca v RS ali katerakoli druga oseba, ki daje videz, da je proizvajalec, s tem, da blago označi s svojim imenom, blagovno znamko ali drugim znakom razlikovanja.

²⁶ Blago je opredeljeno v Pravilniku o blagu, za katero se izda garancija za brezhibno delovanje (Ur. l. RS, št. 14/12).

²⁷ 21.b člen ZVPot.

²⁸ Pri tem je treba poudariti, da v praksi obrnjeno dokazno breme o obstoju napake nima velike teže in prodajalci tudi pri stvarni napaki večinoma ne zahtevajo od potrošnika, da dokaže, da je napaka obstajala že v času izročitve. V RS se je le 13 odstotkov potrošnikov srečalo z zahtevo prodajalca po dokazovanju napake. Podatek je iz študije Evropske komisije Consumer market study on the functioning of legal and commercial guarantees for consumers in the EU, str. 59.

2.2.2. Primerjalnopravni pregled²⁹

Ker je Direktiva 1999/44/ES predvidela le minimalne standarde, ki jih morajo določiti države članice, se nacionalne ureditve obveznih jamstev med seboj razlikujejo. Za potrošnike, ki opravljajo čezmejne spletne nakupe, je pomembno, da poznajo tudi pravice, ki veljajo v državi članici, v kateri ima prodajalec sedež, saj bodo v primeru napak na blagu večinoma lahko uporabili le pravo tiste države članice. Zato je za potrošnika koristen kratek primerjalnopravni pregled ključnih določil.

Najpomembnejši podatek, ki zanima potrošnika, je dolžina obveznega jamstva. Velika večina držav v nacionalnih ureditvah ni določila daljšega jamstvenega roka, kot ga predvideva direktiva. Štiri pa so šle prek zahtev direktive in določile daljši jamčevalni rok. Švedska je tako uzakonila triletni rok, medtem ko nizozemski in finski predpisi roka ne določajo natančno, temveč se glede tega uporablja standard pričakovane življenjske dobe blaga, pri čemer je prodajalec odgovoren za vse neskladnosti s pogodbo, ki se v tem času pokažejo. Popolnoma drugačen pristop so ubrali v Združenem kraljestvu in na Irskem, kjer jamčevalni rok ni določen in je potrošnik pri uveljavljanju pravic omejen zgolj z zastaralnimi roki.

Glede dolžine obrnjenega dokaznega bremena oziroma domneve o obstoju napake so zgolj tri države članice določile daljši rok. Poljska je trajanje podaljšala na eno leto, Francija in Portugalska pa sta predpisali dvoletno obdobje, pri čemer potrošniku v celotnem jamčevalnem roku ni treba dokazovati, da je neskladnost obstajala že v času izročitve blaga.

Večja razhajanja med posameznimi državami so glede notifikacijske dolžnosti potrošnika. Manj kot polovica držav članic te potrošnikove obveznosti ne pozna.³⁰ Pri vseh drugih pa mora potrošnik pravilno in pravočasno seznaniiti prodajalca z obstojem neskladnosti, sicer izgubi pravico do uveljavljanja jamčevalnih zahtevkov. Države, ki poznajo notifikacijsko dolžnost, lahko razdelimo v dve skupini. V prvi so tiste, ki so tako kot Slovenija določile, da mora potrošnik napako notificirati v dveh mesecih od dneva, ko je zanj izvedel.³¹ Druge države imajo določene različne roke, v katerih mora potrošnik o neskladnosti obvestiti prodajalca. Na Danskem in Švedskem uporabljajo standard razumen rok, medtem ko je na Nizozemskem in Madžarskem napake treba sporočiti brez odlašanja. V vseh teh državah se šteje, da je obvestilo pravočasno, če potrošnik prodajalca o neskladnostih obvesti v dveh mesecih od njihovega odkritja.

²⁹ Pregled temelji na podatkih iz Analize učinkov (Impact assessment) k Predlogu direktive o nekaterih vidikih pogodb o spletni in drugi prodaji blaga na daljavo.

³⁰ Avstrija, Bolgarija, Češka, Francija, Nemčija, Grčija, Irska, Litva, Luksemburg, Poljska in Združeno kraljestvo.

³¹ Belgija, Hrvaška, Ciper, Estonija, Finska, Italija, Latvija, Malta, Portugalska, Romunija in Španija.

Tudi glede hierarhije zahtevkov je velika večina držav članic³² upoštevala minimalne zahteve direktive in določila hierarhijo zahtevkov, tako da lahko potrošnik najprej zahteva odpravo napake ali zamenjavo blaga in šele v drugem koraku odstopi od pogodbe ali zahteva sorazmerno znižanje kupnine. Nekatere države³³ pa so šle prek minimalnih zahtev direktive in potrošnikom omogočile prosto izbiro med jamčevalnimi zahtevki. Posebno ureditev glede uveljavljanja jamčevalnih zahtevkov imajo na Irskem in v Združenem kraljestvu. V teh državah poznajo »pravico do zavrnitve«,³⁴ po kateri lahko potrošnik zavrne prevzem blaga, ki ni v skladu s pogodbo. To pravico izgubi po izteku 30-dnevnega roka od izročitve blaga.

3. Kolizijska pravila

Nacionalne ureditve se torej razlikujejo in na tem mestu se postavi ključno vprašanje, ki se ga velika večina potrošnikov v trenutku sklenitve pogodbe niti ne zaveda: katero materialno pravo se v takem primeru uporabi in kakšne pravice mi pripadajo? Še posebej je odgovor na to vprašanje pomemben za slovenskega potrošnika, saj mu nacionalna zakonodaja v primerjavi z večino drugih držav članic zagotavlja bistveno višjo raven varstva in celo dvojni sistem obveznega jamstva.

Na navedeno vprašanje daje odgovor Uredba 593/2008 (Rim I),³⁵ ki je nadomestila Rimsko konvencijo³⁶ in je v veljavi od 17. decembra 2009. Uporablja se za pogodbeno obligacijska razmerja v civilnih in gospodarskih zadevah v primerih, ko pride do kolizije med zakonodajami več držav. Ne uporablja se zlasti v davčnih, carinskih in upravnih zadevah ter v zadevah, navedenih v drugem odstavku 1. člena uredbe.

Temeljno načelo v uredbi je avtonomija volje pogodbenih strank, po katerem lahko stranke same izberejo veljavno pravo za pogodbeno razmerja. Že iz 23. uvodne izjave izhaja, da bi v pogodbah, pri katerih velja ena pogodbeno stranka za šibkejšo, morala biti ta zaščiten s kolizijskimi pravili, ki so za varstvo njenih interesov ugodnejša od splošnih pravil.

³² Avstrija, Belgija, Bolgarija, Češka, Danska, Estonija, Finska, Francija, Nemčija, Madžarska, Italija, Latvija, Luksemburg, Malta, Nizozemska, Poljska, Romunija, Slovaška, Španija, Švedska, Hrvaška, Ciper in Litva.

³³ Ciper, Grčija, Litva, Portugalska in Slovenija.

³⁴ V izvirniku *short-term right to reject*.

³⁵ Uredba (ES) 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (Rim I), UL L 177, z dne 4. julija 2008.

³⁶ Konvencija o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih, na voljo za podpis 19. junija 1980 v Rimu, UL L 266, z dne 9. oktobra 1980.

3.1. Uporaba Uredbe Rim I za določitev veljavnega prava pri potrošniških pogodbah

Uredba v prvem odstavku 6. člena definira potrošniško pogodbo kot pogodbo, ki jo fizična oseba sklene za namen, ki ga ni mogoče obravnavati kot poslovno ali poklicno dejavnost te osebe (potrošnik), z drugo osebo, ki opravlja svojo poslovno ali poklicno dejavnost (podjetnik).

Pod pogojem, da podjetnik izvaja poslovne ali poklicne dejavnosti v državi, v kateri ima potrošnik običajno prebivališče, ali na kakršenkoli način usmerja take dejavnosti v to državo ali v več držav, vključno s to državo, pogodba pa spada v okvir takih dejavnosti, se kot veljavno pravo uporabi pravo države, v kateri ima potrošnik običajno prebivališče.³⁷ Namen je zaščititi šibkejšo stranko v potrošniški pogodbi, saj je običajno, da sta pogodbeni stranki v neenakopravnem položaju, pri čemer potrošnik velja za gospodarsko šibkejšo in pravno manj izkušeno pogodbeno stranko.³⁸

Drugi odstavek 6. člena sicer dopušča avtonomijo strank, da izbereta veljavno pravo za pogodbeno razmerje, vendar izbira potrošniku ne sme odvzeti varstva, ki mu ga zagotavljajo določbe, od katerih ni dovoljeno odstopanje z dogovorom, po pravu države njegovega prebivališča.³⁹

Iz četrtega odstavka 6. člena nadalje izhaja, da posebno materialno varstvo v korist potrošnika ne pride v poštev: (1) za pogodbe o opravljanju storitev, če se storitve za potrošnika opravijo izključno zunaj države potrošnikovega običajnega prebivališča, (2) za prevozne pogodbe, razen za pogodbe o paketnih potovanjih, (3) za pogodbe, katerih predmet je stvarna pravica na nepremičnini, razen za pogodbe časovnega zakupa, (4) za pravice in obveznosti, ki tvorijo finančni instrument, ter pravice in obveznosti, ki tvorijo pogoje, ki urejajo izdajanje ali javne ponudbe in javne prevzemne ponudbe prenosljivih vrednostnih papirjev ter vpis in odkup enot v kolektivnih naložbenih podjetjih, kolikor te dejavnosti ne predstavljajo finančnih storitev, ter (5) za pogodbe, sklenjene v okviru večstranskega sistema, ki združuje ali omogoča združevanje več nakupnih in prodajnih interesov tretjih oseb v zvezi s finančnimi instrumenti.

Posebne varovalne določbe v korist potrošnika torej pridejo v poštev samo, kadar je pogodba rezultat komercialne dejavnosti podjetnika v državi prebivališča potrošnika, in sicer v primeru, da podjetnik usmerja svojo dejavnost v državo

³⁷ Prvi odstavek 6. člena Uredbe Rim I.

³⁸ Galič (2015), str. 225.

³⁹ Gre za kogentne predpise materialnega potrošniškega prava po pravu države potrošnikovega prebivališča; Galič (2014), str. 188.

prebivališča potrošnika in pri tem računa na to, da bodo njegovo blago kupovali tudi kupci iz te države.⁴⁰

3.2. Pogoj usmerjanja dejavnosti v državo prebivališča potrošnika

V 24. uvodni izjavi k Uredbi Rim I je navedeno, da bi moral biti zaradi usklajenosti z Uredbo 44/2001 (Bruselska uredba)⁴¹ pogoj za uporabo pravila za varstvo potrošnika sklicevanje na koncept usmerjanja dejavnosti ter da bi bilo treba ta koncept v obeh uredbah usklajeno razlagati,⁴² ob upoštevanju, da Skupna izjava Sveta in Komisije v zvezi s 15. členom Bruselske uredbe⁴³ navaja, da za uporabo točke c prvega odstavka tega člena ni dovolj, da podjetje usmerja svojo dejavnost v državo članico, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče, ali v več držav, vključno s to državo članico, poleg tega mora pogodba spadati v okvir te dejavnosti. Izjava opozarja na to, da samo dejstvo, da je spletna stran dostopna, ni dovolj za uporabo navedene določbe, saj je poleg tega potrebno še, da spletna stran vabi k sklepanju pogodb na daljavo in da je bila na tak ali drugačen način pogodba dejansko sklenjena na daljavo. V tem pogledu jezik ali valuta, uporabljena na spletni strani, nista pomembna elementa.

Stališče glede problematike v zvezi s pojmom usmerjanja dejavnosti v določeno državo pri poslovanju prek interneta je v nadaljevanju podalo Sodišče EU (SEU) v spodaj navedenih sodbah. Njegovo stališče v teh sodbah je sicer vezano na določbe 15. člena Bruselske uredbe oziroma 17. člena prenovljene Bruselske uredbe, vendar je problematika tako rekoč ista kot v Uredbi Rim I.

3.2.1. Združeni zadevi *Pammer in Hotel Alpenhof*

SEU je v združenih zadevah *Pammer in Hotel Alpenhof*⁴⁴ zastopalo stališče, da je za ugotovitev, ali prodajalec, čigar dejavnost je predstavljena na njegovi (ali

⁴⁰ Prav tam, str. 178.

⁴¹ Uredba Sveta (ES) 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (Bruselska uredba oziroma Bruselj I).

⁴² Tudi Sodišče EU je večkrat zapisalo, da je treba iste pojme, ki se pojavljajo v obeh uredbah, razlagati enako; Galič (2015), str. 247.

⁴³ Bruselska uredba je bila prenovljena z Uredbo (EU) 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (prenovitev), UL L 351, z dne 20. decembra 2012. Prenovljena Bruselska uredba se je začela uporabljati 1. januarja 2015, določbe, zajete v točki c prvega odstavka 15. člena Bruselske uredbe, so v prenovljeni uredbi zapisane v točki c prvega odstavka 17. člena.

⁴⁴ Sodba SEU v združenih zadevah C-585/08, *Peter Pammer proti Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG*, in C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH proti Oliverju Hellerju*, ECLI:EU:C:2010:740. V zadevi Pammer je avstrijski potrošnik prek posredniške agencije, ki je dejavnost prodajalca oglaševala na internetu, navezal stik, pogodbo za prevoz s tovorno ladjo iz Italije na Daljni vzhod pa je nato sklenil z nemškim ladjarjem. Po ogledu ladje je ugotovil, da oglaševani opis ne ustreza razmeram

posrednikovi) spletni strani, svojo dejavnost usmerja v državo članico, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče, treba preveriti, ali je s spletnih strani in iz celotne dejavnosti prodajalca razvidno, da je nameraval poslovati s potrošniki s stalnim prebivališčem v eni ali več državah članicah (vključno s tisto, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče), in sicer tako, da je bil pripravljen skleniti pogodbo z njimi. Pri tem je treba upoštevati indice, ki jih je navedlo sodišče: mednarodni obseg dejavnosti, navedba poti iz drugih držav članic do kraja sedeža prodajalca, uporaba jezika ali valute, ki se običajno ne uporablja v državi članici, v kateri ima prodajalec sedež, z možnostjo rezervacije oziroma potrditve rezervacije v tem drugem jeziku, navedba telefonske številke z mednarodno klicno kodo, izdatki za storitev internetnega referenciranja, da bi se potrošnikom s stalnim prebivališčem v drugih državah članicah olajšal dostop do spletne strani prodajalca (ali njegovega posrednika), uporaba domenskega imena najvišje ravni, ki ni domensko ime države članice, v kateri ima prodajalec sedež, in omemba mednarodnih strank s prebivališčem v različnih državah članicah. Nasprotno pa zgolj okoliščina, da je prodajalčeva (ali posrednikova) spletna stran dostopna v državi članici, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče, ne zadostuje za sklep, da prodajalec usmerja svoje komercialne dejavnosti v to državo. Enako velja za navedbo elektronskega naslova (in drugih podatkov) in za uporabo jezika ali valute, ki sta jezik in valuta, ki se običajno uporabljata v državi članici, v kateri ima prodajalec sedež.

3.2.2. Zadeva *Mühlleitner*

V zadevi *Mühlleitner*⁴⁵ je SEU presojalo vprašanje, ali se točka c prvega odstavka 15. člena Bruselske uredbe uporablja le za pogodbe, sklenjene na daljavo, in oblikovalo odklonilno stališče. Pri tem se je oprlo na razlago, da iz omenjenega člena izhajata le dva pogoja, in sicer da mora podjetnik opravljati gospodarske

na njej, zato se na ladjo ni vkrcal in je zahteval vračilo celotnega vplačanega zneska. Tožbo je vložil v Avstriji, prodajalec pa je ugovarjal, da svojih komercialnih aktivnosti ni usmerjal v Avstrijo in zato avstrijsko sodišče ni pristojno. V zadevi *Hotel Alpenhof* je nemški potrošnik na podlagi oglaševanega avstrijskega hotela na internetu po elektronski pošti s hotelom sklenil pogodbo. Ker računa za nastanitev ni plačal, ga je prodajalec tožil v Avstriji. Potrošnik je ugovarjal, da bi ga moral tožiti v državi njegovega prebivališča, saj je prodajalec z oglaševanjem na internetu usmerjal svoje komercialne aktivnosti v Nemčijo.

⁴⁵ Sodba SEU v zadevi C-190/11, *Daniela Mühlleitner proti Ahmadu in Wadatu Yusufiju*, ECLI:EU:C:2012:542. Avstrijska potrošnica je na internetu iskala vozilo nemške znamke. Ko se je povezala na nemški iskalnik www.mobile.de, je izbrala znamko in model zelenega vozila in tako pridobila seznam vozil. Ko je izbrala vozilo, ki je najbolj ustrezalo njenim iskalnim merilom, je bila napotena na ponudbo nemškega prodajalca rabljenih vozil. Po nadaljnji komunikaciji je odpotovala v Nemčijo, si tam ogledala ponujeno drugo vozilo ter sklenila prodajno pogodbo. Potrošnica je v nadaljevanju vložila tožbo za razveljavitev pogodbe in vračilo kupnine v Avstriji, prodajalec pa je ugovarjal, da svojih komercialnih aktivnosti ni usmerjal v Avstrijo in da je bila pogodba dejansko sklenjena na njegovem sedežu v Nemčiji.

in poklicne dejavnosti v državi članici, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče, ali na kakršenkoli način usmerjati te dejavnosti v to državo članico ali v več držav, vključno s to državo članico, ter da mora sporna pogodba spadati v okvir takšnih dejavnosti. Sklenitev pogodbe na daljavo torej ni pogoj za ugotovitev, da prodajalec usmerja komercialne dejavnosti v drugo državo. S sodbno v zadevi *Mühlleitner* je sodišče tako dopolnilo seznam indicov in dodalo še druge, ki se med drugim nanašajo na navezavo stika na daljavo, rezervacijo blaga ali storitve na daljavo in sklenitev potrošniške pogodbe na daljavo, kar vse lahko dokazuje, da je pogodba povezana z dejavnostjo, usmerjeno v državo članico, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče.

3.2.3. Zadeva *Emrek*

V zadevi *Emrek*⁴⁶ je SEU zagovarjalo stališče, da določba 15. člena Bruseljske uredbe, zajeta v točki c prvega odstavka, ne zahteva vzročne zveze med načinom usmerjanja gospodarske ali poklicne dejavnosti v državo članico, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče, in sicer spletno stranjo, ter sklenitvijo pogodbe s tem potrošnikom. Zahteva po izkazu vzročne zveze bi namreč nasprotovala cilju učinkovitega varstva potrošnikov, saj bi bilo pogosto težko dokazovati, da je potrošnik v času pred sklenitvijo pogodbe obiskal spletno stran prodajalca. Sodišče dodaja, da čeprav navedena vzročna zveza ni pogoj, od katerega bi bila odvisna uporaba navedenega člena, je kljub temu lahko pomemben indic za presojanje o tem, ali je dejavnost dejansko usmerjena v državo članico, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče. Tako je tudi okoliščina, da podjetnik, ki sicer posluje v drugi državi, vendar na obmejnem območju, in pri tem uporablja tudi telefonsko številko druge države članice in jo daje na voljo potencialnim strankam s stalnim prebivališčem v tej državi, s čimer jim omogoča prihranek stroškov mednarodnega klica, indic, ki dokazuje, da je podjetnikova dejavnost usmerjena v to drugo državo članico.

Stališče SEU v zadevi *Emrek* seznam indicov dopolnjuje in širi, vendar je hkrati povezano z vsebinskimi pomisleki o praktičnih posledicah. Kot smo že omenili, se namreč 24. uvodna izjava k Uredbi Rim I sklicuje na nekoliko drugačna stališča, pojavljajo pa se tudi pomisleki, da je stališče SEU v tej zadevi v nasprotju s 25. uvodno izjavo k Uredbi Rim I, ki izrecno govori o pogoju, da mora

⁴⁶ Sodba SEU v zadevi C-218/12, *Lokman Emrek proti Vladu Sabranovicu*, ECLI:EU:C:2013:666. Nemški potrošnik je v Franciji (v mestu blizu nemške meje) pri prodajalcu rabljenih avtomobilov kupil vozilo. Pri tem ni vedel, da francoski prodajalec oglašuje tudi na internetu. Da ima prodajalec spletno stran, prek katere izkazuje namero poslovanja s potrošniki iz Nemčije, je izvedel šele pozneje, po nastanku spora. Potrošnik je tožbo vložil v Nemčiji, prodajalec pa je ugovarjal, da med oglaševanjem na internetu in sklenjeno pogodbo ni bila podana vzročna zveza in zato ne pride v poštev sklicevanje na 15. člen Bruseljske uredbe.

biti sklenitev potrošniške pogodbe rezultat opravljanja gospodarskih in poklicnih dejavnosti podjetnika v tej državi.⁴⁷

Ne glede na to, da v potrošniških pogodbah s čezmejnim elementom Bruseljska uredba glede določitve mednarodne pristojnosti uveljavlja podobna merila, kot jih za opredelitev veljavnega prava uveljavlja Uredba Rim I,⁴⁸ ter je pogoj usmerjanja dejavnosti v prvem odstavku 6. člena Uredbe Rim I v bistvu enak kot v točki c prvega odstavka 15. člena Bruseljske uredbe oziroma točki c prvega odstavka 17. člena prenovljene Bruseljske uredbe, bo za dokončno rešitev vprašanja, v kolikšni meri je stališče iz omenjenih sodb mogoče uporabiti tudi za razlago Uredbe Rim I, vseeno treba počakati na sodno prakso SEU.⁴⁹

3.3. (Ne)poštenost splošnih pogojev poslovanja, s katerimi je kot veljavno pravo izbrano pravo države članice, v kateri ima prodajalec sedež

3.3.1. Zadeva *Amazon*

Julija 2016 je SEU izdalo sodbo v zadevi *Verein für Konsumenteninformation* (VKI)⁵⁰ proti podjetju Amazon EU Sarl,⁵¹ v kateri je v predhodnem odločanju odgovorilo na vprašanja glede razlage uredb Rim I in Rim II⁵² ter direktiv o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah⁵³ in varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov.⁵⁴

Amazon EU je družba s sedežem v Luksemburgu in je del mednarodne skupine za prodajo na daljavo, ki se med drugim prek spletne strani z domensko končnico .de obrača na potrošnike s prebivališčem v Avstriji in z njimi v elektronski obliki sklepa prodajne pogodbe. V Avstriji nima niti sedeža niti poslovne enote.

Splošni pogoji družbe so določali, da se za pogodbe, sklenjene na spletni strani Amazon.de, kot veljavno pravo uporabi luksemburško pravo, zato je VKI⁵⁵

⁴⁷ Galič (2014), str. 186–187.

⁴⁸ Galič (2015), str. 225.

⁴⁹ Galič (2014), str. 187.

⁵⁰ Združenje za obveščanje potrošnikov.

⁵¹ Sodba SEU v zadevi C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation proti Amazon EU Sarl*, ECLI:EU:C:2016:612.

⁵² Uredba (ES) 864/2007 Evropskega parlamenta in sveta z dne 11. julija 2007 o pravu, ki se uporablja za nepogodbene obveznosti (Rim II), UL L 199, z dne 31. julija 2007.

⁵³ Direktiva Sveta 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah, UL L 95, z dne 21. aprila 1993.

⁵⁴ Direktiva 95/46/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 24. oktobra 1995 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov, UL L 281, z dne 23. novembra 1995.

⁵⁵ Subjekt, ki je v smislu Direktive 2009/22/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. aprila 2009 o opustitvenih tožbah zaradi varstva interesov potrošnikov (UL L 110, z dne 1. maja 2009) upravičen za vložitev opustitvenih tožb.

pri avstrijskih sodiščih vložil predlog za izdajo odredbe o prepovedi uporabe teh pogojev v splošnih pogojih, saj je menil, da so v nasprotju z zakonskimi prepovedmi in dobrimi poslovnimi običaji.

Avstrijsko vrhovno sodišče, na katero se je obrnil VKI, je SEU v predhodno odločanje med drugim⁵⁶ predložilo vprašanje, ali je pogoj, naveden v splošnih pogojih poslovanja, ki so del pogodbe, sklenjene v elektronski obliki med prodajalcem in potrošnikom, in v skladu s katerim se za to pogodbo uporablja pravo države sedeža prodajalca, nepošten.⁵⁷

Glede pogoja, kakršen je bil do sredine leta 2012 pogoj št. 12 splošnih pogojev podjetja Amazon, ki se je nanašal na veljavno pravo, ki se uporabi za sklenjene prodajne pogodbe, je SEU poudarilo, da zakonodaja EU načeloma dopušča pogodbenne pogoje o izbiri prava. Drugi odstavek 6. člena Uredbe Rim I namreč določa, da imajo stranke možnost dogovoriti se o pravu, ki se uporabi za potrošniško pogodbo, če je zagotovljeno spoštovanje varstva, do katerega je potrošnik upravičen na podlagi določb prava pristojnega sodišča, od katerih ni mogoče odstopiti z dogovorom. V teh okoliščinah je vnaprej sestavljeni pogodbeni pogoj o izbiri prava, ki določa, da se uporabi pravo države članice sedeža prodajalca, nepošten samo, če ima njegovo besedilo ali njegov okvir značilnosti, ki povzročijo znatno neravnovesje med pravicami in obveznostmi strank.

Pri tem lahko nepoštenost pogoja izhaja iz ubeseditve, ki ne izpolnjuje zahteve po jasnosti in razumljivosti,⁵⁸ ki jo je treba ob upoštevanju tega, da je potrošnik v razmerju do prodajalca v podrejenem položaju, razlagati široko. Če so učinki

⁵⁶ Predložitveno sodišče želi s prvimi tremi vprašanji izvedeti, kako je treba razlagati uredbi Rim I in Rim II, da bi se določilo pravo, ki se uporabi za opustitveno sodbo v smislu Direktive 2009/22, usmerjeno zoper domnevno nedovoljene pogodbenne pogoje, ki jih uporablja podjetje s sedežem v državi članici, ki sklepa pogodbe v elektronskem poslovanju s potrošniki, ki imajo prebivališče v drugih državah članicah, zlasti v državi pristojnega sodišča. Iz odgovora SEU na prva tri vprašanja izhaja, da je treba uredbi razlagati tako, da se pravo, ki se uporabi za opustitveno tožbo v smislu navedene direktive, določi v skladu s prvim odstavkom 6. člena Uredbe Rim II, kadar je zatrjevana kršitev zakonodaje, katere namen je varstvo potrošnikov pred uporabo nepoštenih pogojev v splošnih pogojih poslovanja, medtem ko se pravo, ki se uporabi pri presoji danega pogodbenega pogoja, določi na podlagi Uredbe Rim I, ne glede na to, ali se ta presoja opravlja v okviru posamične ali kolektivne tožbe.

⁵⁷ Gre za nepošten pogoj v smislu prvega odstavka 3. člena Direktive 93/13. Iz navedene določbe je razvidno, da je pogodbeni pogoj, o katerem se stranki nista dogovorili posamično, nepošten, če v nasprotju z zahtevo dobre vere v škodo potrošnika povzroči znatno neravnovesje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank. Drugi odstavek 3. člena direktive določa, da se pogodbeni pogoj šteje za pogoj, o katerem se stranki nista dogovorili posamično, če ga je prodajalec sestavil vnaprej in potrošnik zato ni mogel vplivati na njegovo vsebino, zlasti v okviru vnaprej oblikovane tipске pogodbe. Splošni pogoji poslovanja, obravnavani v postopku o glavni stvari, so tak primer.

⁵⁸ Iz 5. člena Direktive 93/13.

pogodbenega pogoja odvisni od kogentnih zakonodajnih določb, je poleg tega bistveno, da prodajalec potrošnika seznani s temi določbami.⁵⁹

SEU je torej zastopalo stališče, da bo ob upoštevanju zavezujoče narave zahteve iz drugega odstavka 6. člena Uredbe Rim I moral sodnik, ki bo obravnaval pogodbeni pogoj o izbiri veljavnega prava, v primeru, ko gre za potrošnika s prebivališčem v Avstriji, uporabiti tiste avstrijske zakonske določbe, od katerih po avstrijskem pravu ni dovoljeno odstopati z dogovorom.

Na postavljeno predhodno vprašanje je tako SEU odgovorilo, da je treba prvi odstavek 3. člena Direktive 93/13 razlagati tako, da je pogoj v splošnih pogojih poslovanja prodajalca, o katerem se stranki nista dogovorili posamično in v skladu s katerim se za pogodbo, sklenjeno s potrošnikom v okviru elektronskega poslovanja, uporablja pravo države članice sedeža prodajalca, nepošten, če potrošnika zavaja, tako da pri njem ustvari vtis, da se za pogodbo uporablja samo pravo navedene države članice, ne da bi bil potrošnik seznanjen s tem, da je na podlagi drugega odstavka 6. člena Uredbe Rim I upravičen tudi do varstva, ki mu je zagotovljeno s kogentnimi določbami prava, ki bi se uporabljalo, če ne bi bilo tega pogoja.

3.4. Praktični primeri uveljavljanja pravic pri neskladnosti blaga s pogodbo pri čezmejnem poslovanju

Kot smo že zapisali, pravice potrošnikov v zvezi z neskladnostjo blaga s pogodbo pri čezmejnih nakupih na ravni EU ureja Direktiva 1999/44/ES. Ker pa se zaradi načela minimalne harmonizacije nacionalne določbe, ki implementirajo to direktivo, precej razlikujejo, v praksi pogosto pride do težav pri reševanju sporov oziroma do spora o jamčevalnih zahtevkih, ki jih ima na voljo potrošnik. S takšnimi primeri se pri svojem delu srečuje tudi Evropski potrošniški center Slovenija (EPC Slovenija).⁶⁰ Kot je razvidno iz naslednjih praktičnih primerov, je uveljavljanje pravic potrošnikov lahko precej težavno.

3.4.1. Spletni prodajalec iz Madžarske

Na EPC Slovenija se je obrnila slovenska potrošnica, ki je pri madžarskem spletnem prodajalcu septembra 2015 kupila mobilni telefon. Po mesecu in pol je ekran prenehal delovati, telefon je sicer zvonil, vendar ekrana ni bilo mogoče

⁵⁹ Gre za primer iz drugega odstavka 6. člena Uredbe Rim I, ki določa, da izbira prava, ki se uporabi, potrošnika ne sme prikrajšati za zaščito, ki mu jo zagotavljajo določbe, od katerih po pravu, ki bi se uporabljalo, če izbire ne bi bilo, ni dovoljeno odstopiti z dogovorom.

⁶⁰ EPC Slovenija je del mreže EPC, ki nudi potrošnikom strokovno pomoč pri uveljavljanju njihovih pravic pri čezmejnih nakupih blaga in storitev ter si prizadeva za mirno reševanje čezmejnih potrošniških sporov.

aktivirati in se zato na klice ni mogla oglasiti. O napaki je po e-pošti obvestila prodajalca, njegova kurirska služba je telefon prevzela v popravilo. Čez nekaj tednov je potrošnica prejela e-pošto prodajalca, da so mobilni telefon na popravilo prejeli s poškodovanim ekranom, da zakonsko jamstvo za mehanske poškodbe ne velja in da ji bodo telefon vrnili. Kot dokaz so posredovali sliko telefona s poškodovanim ekranom, ki pa ni ustrezal modelu potrošničinega telefona. Prodajalec se ni več odzival na nadaljnja pisanja potrošnice, nedelujoč telefon, katerega ekran ni bil poškodovan, pa so ji poslali nazaj.

Tudi po posredovanju EPC Slovenija in EPC Madžarska se je prodajalec izogibal odgovornosti glede jamčevanja za stvarne napake, zato je potrošnica po nasvetu EPC Slovenija pri Okrajnem sodišču v Ljubljani⁶¹ začela evropski postopek v sporih majhne vrednosti (EPSMV).⁶²

Na dejstvo, da prodajalec usmerja svojo gospodarsko dejavnost tudi v Slovenijo, je kazalo več indicjev: njegova spletna stran je bila dostopna v slovenščini, prav tako je komunikacija po e-pošti med njim in potrošnico potekala v slovenščini, za pomoč strankam je ponujal slovensko telefonsko številko in na spletni strani ceno izdelkov označeval z valuto evro, ki se na Madžarskem običajno ne uporablja.

Na podlagi navedenih indicjev je potrošnica v skladu s točko b prvega odstavka 6. člena Uredbe Rim I utemeljila uporabo slovenskega prava, in sicer določbo od 37. do 37.č člena ZVPot.⁶³

Glede na to, da slovensko pravo v nasprotju z madžarskim⁶⁴ pri jamčevalnih zahtevkih ne pozna hierarhije zahtevkov in ima potrošnik na podlagi 37.c člena

⁶¹ Pristojnost sodišča v Sloveniji je potrošnica utemeljila na podlagi točke c prvega odstavka 17. člena Uredbe 1215/2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah.

⁶² Evropski postopek v sporih majhne vrednosti, ki ga ureja Uredba (ES) 861/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. julija 2007 o uvedbi evropskega postopka v sporih majhne vrednosti (UL L 199, z dne 31. julija 2007), je alternativa nacionalnim sodnim postopkom ter omogoča državljanom in podjetjem, da reševanje spora, ki ga imajo s tujim podjetjem, predajo sodišču. Glavni cilji EPSMV so pospešitev in poenostavitev reševanja sporov s čezmejnim elementom, zmanjšanje sodnih stroškov ter olajšanje dostopa do pravnega varstva. Sodba, izdana v okviru EPSMV, se prizna in izvrši v drugi državi članici EU brez potrila o izvršljivosti in brez vsakršne možnosti nasprotovanja njenemu priznanju.

⁶³ Potrošnica je na podlagi e-komunikacije dokazovala notificiranje stvarne napake v roku dveh mesecev od odkritja ter dejstvo, da se je napaka pojavila v prvih šestih mesecih od nakupa. (37.a člen ZVPot: Potrošnik lahko uveljavlja svoje pravice iz naslova stvarne napake, če o napaki obvesti prodajalca v roku dveh mesecev od dneva, ko je bila napaka odkrita; in 37.b člen ZVPot: Šteje se, da je napaka na stvari obstajala že v času izročitve, če se pojavi v roku šest mesecev od izročitve.)

⁶⁴ Mreža EPC je leta 2015 izdala poročilo, ki vsebuje osnovne podatke o ureditvi zakonskih jamstev za blago z napako in razširjenih jamstev v posameznih državah članicah ter seznam možnih prednosti razširjenih jamstev. Iz poročila izhaja, da na Madžarskem pri zahtevkih iz naslova jamčevanja za stvarne napake velja hierarhija zahtevkov, to pomeni, da ima potrošnik najprej pravico od prodajalca

ZVPot od prodajalca pravico zahtevati, da ta ali odpravi napako na blagu ali vrne del plačanega zneska v sorazmerju z napako ali blago z napako zamenja z novim brezhibnim blagom ali vrne plačani znesek, je potrošnica odstopila od pogodbe in od prodajalca zahtevala vračilo plačanega zneska. Sodišče sodbe še ni izdalo.

3.4.2. Spletni prodajalec iz Nemčije

EPC Slovenija je obravnaval pritožbo slovenskega potrošnika, ki je v nemški spletni prodajalni avgusta 2015 kupil desko za deskanje z veslom (SUP).⁶⁵ Težave so se pokazale v dveh mesecih od nakupa, ko so se na deski začeli pojavljati zračni mehurčki, zaradi katerih površina ni bila več gladka, kar je vplivalo na samo hitrost deskanja. Potrošnik je o napaki po e-pošti obvestil spletnega prodajalca in mu posredoval slikovno in video dokumentacijo, ta pa je odgovoril, da bodo v zvezi z napako stopili v stik s proizvajalcem. V naslednjih dveh mesecih je potrošnik večkrat po e-pošti pisal prodajalcu, vendar se ta ni odzval, prav tako je potrošnik stopil v stik s proizvajalcem, vendar mu je ta odgovoril, da mora zahtevek v zvezi z uveljavljanjem neskladnosti blaga s pogodbo uveljavljati pri prodajalcu. Po posredovanju EPC Slovenija in EPC Nemčija je prodajalec odgovoril, da mu mora potrošnik desko poslati nazaj, da jo bo lahko pregledal in se seznanil z obstojem napake ter jo po potrebi v nadaljevanju tudi popravil. Potrošnik se s popravilom ni strinjal, temveč je zahteval vračilo celotne kupnine. Hkrati ga je zanimalo, kdo bi kril stroške pošiljanja deske v Nemčijo, če bi se odločil za to možnost.

EPC Slovenija je potrošniku pojasnil, da v nemškem pravu, drugače kot v slovenskem, glede jamčevalnih zahtevkov velja hierarhija. Potrošnik ima tako od prodajalca najprej pravico zahtevati, da mu brezplačno popravi ali zamenja izdelek v razumnem času. Sorazmerno znižanje kupnine ali odstop od pogodbe in posledično vračilo kupnine prideta v poštev le, če popravilo ali zamenjava izdelka nista mogoča v razumnem času, pri čemer je razumen čas odvisen od vsakega posameznega primera.⁶⁶

EPC Slovenija je potrošniku tudi pojasnil, da je prodajalcu v zvezi z uveljavljanjem jamčevalnih zahtevkov treba dati možnost, da stvar pregleda in se

zahtevati, da ta v razumnem času in brezplačno za potrošnika izdelek popravi ali zamenja, v nadaljevanju lahko zahteva sorazmerno znižanje kupnine ali pod določenimi pogoji odstopi od pogodbe in zahteva vračilo celotne kupnine, če sta popravilo ali zamenjava nemogoča. (Poročilo mreže EPC: Razširjena jamstva – ali so vredna plačila?)

⁶⁵ SUP je kratica za *stand up paddling*.

⁶⁶ V že omenjenem poročilu mreže EPC je zapisano, da je pomembno, da potrošnik prodajalcu pri uveljavljanju jamčevalnih zahtevkov določi rok, v katerem morata biti popravilo ali zamenjava opravljena, in ga hkrati obvesti, da bo v primeru prekoračitve roka zahteval odstop od pogodbe oziroma sorazmerno znižanje kupnine.

seznani z obstojem napake. Če bi se prodajalec strinjal z obstojem napake, bi potrošnik naknadno lahko uveljavljal tudi povračilo stroškov pošiljanja deske nazaj v Nemčijo, kajti kot smo že omenili, Direktiva 1999/44/ES določa neodplačno vzpostavitev skladnosti s prodajno pogodbo. Če se prodajalec z obstojem stvarne napake ne bi strinjal, bi potrošniku ostala le še sodna pot in dokazovanje napake s pomočjo izvedenskega mnenja. Vendar v tem primeru posebno materialno varstvo potrošnika iz Uredbe Rim I najverjetneje ne bi prišlo v poštev, saj ni indicev, na podlagi katerih bi potrošnik lahko utemeljil, da je nemški spletni prodajalec svojo dejavnost prek spletne strani usmerjal v Slovenijo kot državo stalnega prebivališča potrošnika.⁶⁷

4. Poskusi poenotenja ureditve na ravni EU

Razlike v nacionalnih ureditvah obveznih jamstev in težave potrošnikov, s katerimi se zaradi teh razlik srečujejo pri čezmejnem poslovanju, se lahko odpravijo le s sprejetjem novega akta EU, s katerim bi na evropski ravni popolnoma uskladili ta pravila. S sprejetjem skupnih pravil bi potrošniki tudi pri čezmejnih spletnih nakupih vedeli, kaj lahko pričakujejo v primeru ugotovljenih neskladnosti, za podjetja pa bi se znižali stroški, povezani z različnimi pravnimi ureditvami. Vse to bi pripomoglo k odpravljanju ovir za delovanje notranjega trga in povečalo čezmejno poslovanje. Predvsem zaradi slednjega je Evropska komisija pripravila že več zakonodajnih predlogov, ki bi na tem področju poenotili nacionalne ureditve, vendar zaradi pomislekov številnih držav članic poenotena ureditev še ni bila sprejeta.

4.1. Direktiva o pravicah potrošnikov

Prvi poskus polne harmonizacije obveznih in prostovoljnih jamstev je iz leta 2008, ko je Evropska komisija predložila Evropskemu parlamentu in Svetu predlog direktive o pravicah potrošnikov, ki naj bi med drugim nadomestila Direktivo 1999/44/ES. V njem je izbrala nov pristop na področju potrošniške zakonodaje. Predlog je tako pomenil odstop od minimalne uskladitve iz prejšnjih direktiv, v skladu s katerimi so države članice lahko ohranile ali sprejele strožja nacionalna pravila.

Predlog glede poenotenja ureditve na področju jamstev je bil umaknjen že v zgodnji fazi obravnave,⁶⁸ zaradi nestrinjanja držav članic, negativno mnenje pa

⁶⁷ Kot že rečeno, za posebno varstvo potrošnikov ni dovolj samo okoliščina, da je prodajalec prisoten na spletu in ima svojo spletno stran.

⁶⁸ Umaknjen je bil tudi v delu, ki je urejal nepošteno pogodbene pogoje.

je podal tudi Evropski ekonomsko-socialni odbor,⁶⁹ saj naj bi predlog obravnaval vprašanja, katerih obravnava v okviru popolne uskladitve se jim je zdel neustrezna glede na takratno fazo razvoja zakonodaje Skupnosti. Direktiva o pravicah potrošnikov je bila v okrnjeni obliki sprejeta leta 2011 in harmonizira področje predpogodbenih informacij, izpolnitev prodajne pogodbe ter pravice potrošnikov pri pogodbah, sklenjenih prek spleta ali zunaj poslovnih prostorov.

4.2. Predlog uredbe o skupnem evropskem prodajnem pravu

Drugi poskus poenotenja ureditve je bil predlog uredbe o skupnem evropskem prodajnem pravu, predstavljen leta 2011. Evropska komisija je predlagala izbirno skupno evropsko prodajno pravo, ki bo prispevalo k odstranitvi ovir za čezmejno poslovanje podjetij, ki izvirajo iz različnih pravnih ureditev pogodbenega prava, ter s tem potrošnikom zagotovilo večjo izbiro in višjo raven varstva.

V tem primeru je Evropska komisija izbrala unikaten pristop, saj naj bi uredba predstavljala nov vzporedni nacionalni sistem pogodbenega prava, ki bi ga lahko izbrali stranki v čezmejnih razmerjih. Če bi se stranki dogovorili o uporabi skupnega evropskega prodajnega prava, bi bile njegove določbe edine določbe nacionalnega prava, ki se bodo uporabljale, saj je bila pravna narava predlagane uredbe takšna, da bi skupno evropsko prodajno pravo pomenilo drugi režim pogodbenega prava v nacionalnem pravu vsake države članice.⁷⁰ Predlog je bil zelo obširen in je obsegal vse pogodbene faze ter je tako urejal večino področij, ki so pomembna pri sklepanju čezmejnih pogodb.⁷¹

Zaradi celovitega urejanja pogodbenih razmerij je bil predlog uredbe izjemno kompleksen, pri čemer pa ni bilo jasno razmerje med tem predlogom in Uredbo Rim I. Pojavljali so se tudi pomisleki o praktični uporabnosti predlagane uredbe. Če bi ta zagotavljala previsoko raven zaščite potrošnikov, je podjetja ne bi uporabljala, v primeru nižje ravni varstva potrošnikov pa bi slednje prikrajšali za že pridobljene pravice. Za večino držav članic tudi ni bilo sprejemljivo dejstvo, da bi na tak način ustvarili dve ravni zaščite potrošnikov. Tako bi bili potrošniki iz

⁶⁹ EESO je posvetovalno telo Evropske unije, ustanovljeno leta 1957, ki s strokovnimi nasveti pomaga večjim institucijam EU (Evropski komisiji, Svetu in Evropskemu parlamentu). V ta namen pripravlja mnenja o predlagani zakonodaji EU, pa tudi mnenja na lastno pobudo o vprašanjih, za katera meni, da bi jih bilo treba obravnavati.

⁷⁰ Navedeno izhaja iz 3. poglavja obrazložitvenega memoranduma Predloga uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o skupnem evropskem prodajnem pravu, COM/2011/0635 konč.

⁷¹ Predlog so sestavljali uvodni del in dve prilogi. Uvodni del (16 členov) je določal cilje, opredelil pojmove in področje uporabe uredbe. Priloga I je vsebovala 186 členov, ki so urejali splošna načela, sklenitev pogodbe, vsebino pogodbe, obveznosti in zahtevke strank, odškodnine in obresti, vračilo, zastaranje itd. Priloga II pa je določala standardno obvestilo z opisom potrošniških pravic, ki bi ga prodajalec moral predložiti potrošniku ob sklenitvi pogodbe.

iste države članice deležni različne ravni zaščite glede na to, katero pravo bi izbral prodajalec. Po dolgotrajni obravnavi na Svetu EU je bil predlog uredbe zaradi navedenih razlogov leta 2014 umaknjen z dnevnega reda.

4.3. Predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nekaterih vidikih pogodb o spletni in drugi prodaji blaga na daljavo

Najnovejši predlog poenotenja ureditve na področju jamstev je bil predstavljen v okviru strategije za enotni digitalni trg, s katero so določeni številni ukrepi za odpravo ovir za razvoj digitalnega trga, s čimer se bodo svoboščine enotnega trga širile tudi na digitalno področje. Eden izmed ukrepov v tem paketu je predlog direktive o nekaterih vidikih pogodb o spletni in drugi prodaji blaga na daljavo, s katero naj bi poenotili nekatera pravila in s tem olajšali in spodbudili čezmejno poslovanje podjetij. Pravna podlaga predlagane direktive je 114. člen Pogodbe o delovanju Evropske unije, njen glavni cilj pa je izboljšati ureditev in delovanje notranjega trga.

Bistvene materialne določbe predloga zajemajo glavne razlike med prisilnimi določbami nacionalnih predpisov potrošniškega prava, ki izhajajo iz implementacije minimalnih harmonizacijskih pravil Direktive 1999/44/ES. Osnova predloga so torej določbe navedene direktive, vendar pa je predvidena popolna uskladitev pravil, tako da nacionalni pravni sistemi ne bodo smeli več določati strožjih standardov.

Predvsem je zanimiv pristop glede področja uporabe direktive. V predlogu je namreč določeno, da enotna pravila glede neskladnosti blaga s pogodbo veljajo le za spletno prodajo in drugo prodajo blaga na daljavo. Takšna ureditev bi pomenila uvedbo dveh režimov obveznih jamstev, in sicer bi veljal poseben režim za prodajo na daljavo in poseben režim za neposredno prodajo blaga po Direktivi 1999/44/ES. Ker takšna rešitev ni ustrezna in pomeni različno obravnavo potrošnika pri nakupu istega blaga, obstaja verjetnost, da bi se, če bi predlagano besedilo države članice podprle, področje uporabe razširilo tudi na druge prodajne oblike.

Predlog direktive natančneje določa kriterije skladnosti blaga s pogodbo. Podobno kot pri Direktivi 1999/44/ES je predvidena kombinacija objektivnih in subjektivnih kriterijev, pri čemer je dodatno določeno, da blaga v trenutku, v katerem se ugotavlja skladnost s pogodbo,⁷² ne sme bremeniti nobena pravica tretje osebe, vključno s pravicami intelektualne lastnine.

⁷² Prodajalec je odgovoren za vsako neskladnost s pogodbo, ki obstaja v trenutku, ko potrošnik ali tretja oseba, ki jo določi potrošnik in ki ni prevoznik, pridobi fizično posest na blagu ali ko se blago izroči prevozniku, ki ga izbere potrošnik, kadar prodajalec ne predlaga prevoznika ali načinov prevoza.

Ključna prednost, ki jo direktiva prinaša potrošnikom, je podaljšanje domneve o obstoju napake s šestih mesecev na dve leti. Ker predlog direktive ohranja dvoletni jamčevalni rok, to pomeni, da se v celotnem jamčevalnem roku šteje, da je napaka obstajala že v času izročitve, in je prodajalec tisti, ki mora dokazati, da neskladnost ni obstajala v času izročitve.

Besedilo predloga direktive ohranja hierarhijo zahtevkov. Potrošniku najprej daje pravico do popravila ali zamenjave blaga v razumnem roku in brez znatnih neprijetnosti. Potrošnik lahko prosto izbira med popravilom in zamenjavo, razen če bi bila izbrana možnost nesorazmerna v primerjavi z drugo razpoložljivo možnostjo,⁷³ nemogoča ali protipravna. V drugi fazi pa ima pravico do znižanja cene ali do odstopa od pogodbe, če neskladnost ni odpravljena s popravilom ali zamenjavo ali je ni mogoče odpraviti na tak način. Predlagani člen daje potrošniku tudi pravico, da zadrži izpolnitev obveznosti, dokler ni zagotovljena skladnost blaga s pogodbo.

Pravica do sorazmernega znižanja kupnine in pravica do odstopa od pogodbe zaradi neskladnosti predstavljata drugo raven zahtevkov, ki se uveljavlja, kadar druge oblike odprave neskladnosti niso izvedljive ali niso bile uspešne. Potrošnik lahko odstopi od pogodbe z obvestilom prodajalcu, ki ga poda na kakršenkoli način. Kadar se neskladnost nanaša le na del blaga, dobavljenega na podlagi pogodbe, je možen le delni odstop od pogodbe.

Predlog direktive ureja tudi posledice odstopa zaradi neskladnosti s pogodbo. Najpozneje v 14 dneh mora prodajalec potrošniku na lastne stroške povrniti plačano kupnino, potrošnik pa na stroške prodajalca vrniti blago z napako. Ta člen prav tako ureja obveznosti potrošnika, da pod določenimi omejenimi pogoji plača denarno vrednost blaga, kadar blaga ni mogoče vrniti, in v omejenem obsegu tudi za zmanjšano vrednost blaga. Pri tem je drugače kot v Direktivi 1999/44/ES določeno, da ima potrošnik pravico do odstopa tudi v primeru manjše neskladnosti.

Pri tržnih garancijah predlog določa obliko in vsebino garancijske izjave. Garancija zavezuje prodajalca skladno s pogoji, navedenimi v oglasih, predpogodbenih informacijah in garancijski izjavi. Dodatno je določeno, da v primeru razlike v pogojih, navedenih v oglasih, in tistih iz garancijske izjave, prevladajo tisti, ki so za potrošnike ugodnejši.

Kadar je blago montiral prodajalec ali je bil ta odgovoren za montažo, se kot trenutek, ko potrošnik pridobi fizično posest na blagu, šteje trenutek, ko je montaža končana. Kadar bi blago moral montirati potrošnik, se kot trenutek, ko potrošnik pridobi fizično posest na blagu, šteje trenutek, ko je potrošnik imel razumen rok za montažo, vendar najpozneje 30 dni od trenutka, navedenega v prejšnjem odstavku.

⁷³ Pri tem se upoštevajo vrednosti, ki bi jo imelo blago, če ne bi bilo neskladno s pogodbo, pomen neskladnosti in vprašanje, ali bi lahko potrošnik brez znatnih neprijetnosti uveljavljal drug zahtevek.

5. Sklep

Potrošniki imajo že na podlagi Direktive 1999/44/ES vzpostavljen kogentni sistem pravic v primeru neskladnosti blaga s pogodbo na območju celotne EU. Ker ta direktiva določa načelo minimalne harmonizacije in se ureditev med posameznimi državami razlikuje, se postavi vprašanje, katero materialno pravo se uporablja v prodajnih pogodbah s čezmejnim elementom. Tudi na to vprašanje evropska ureditev že daje odgovor. Vendar iz prakse jasno izhaja, da niti potrošniki niti podjetja ne poznajo dovolj dobro nacionalnih predpisov o varstvu potrošnikov, še manj pa evropske predpise, ki določajo kolizijska pravila. Zato potrošniki tudi v primerih, ko bi se moralo uporabljati slovensko materialno pravo, težko uveljavljajo določbe slovenskega ZVPot, ki jim na področju obveznih jamstev večinoma zagotavlja višjo raven zaščite. V teh primerih se za nasvet in pomoč med drugim lahko obrnejo na Evropski potrošniški center, ki sicer lahko posreduje pri podjetju, vendar nima pooblastil za izrekanje sankcij ali izvajanje drugih prisilnih ukrepov proti kršiteljem.

Ker je neučinkovito uveljavljanje pravic potrošnikov precejšnja ovira za čezmejno trgovanje, je bila sprejeta Uredba 524/2013 o spletnem reševanju sporov,⁷⁴ ki na ravni EU uvaja mehanizem izvensodnega reševanja sporov. Uredba je začela veljati 9. januarja 2016. Sodelovanje v postopkih izvensodnega reševanja sporov je prostovoljno, zaradi česar se postavlja vprašanje učinkovitosti sheme, kar se bo pokazalo, ko bo zaživela v praksi.

Ker prostovoljni mehanizmi pogosto niso dovolj učinkoviti, je treba postaviti sistem nadzora državnih organov tudi pri čezmejnem poslovanju. V ta namen je Evropska komisija lani predlagala revizijo Uredbe o sodelovanju med organi, odgovornimi za področje varstva potrošnikov,⁷⁵ s katero želijo izboljšati sodelovanje med pristojnimi organi in potrošnikom olajšati uveljavljanje pravic pri čezmejnih sporih. Izkazalo se je namreč, da uredba ne vsebuje dovolj učinkovitih mehanizmov za reševanje čezmejnih sporov. Večjo učinkovitost naj bi dosegli z uvedbo minimalnih pristojnosti, ki bi jih morali imeti pristojni nacionalni organi.⁷⁶ S takšnim predlogom bi precej civilnopravnih zadev prenesli na upravne organe, zaradi česar je pri obravnavi mogoče pričakovati pomisleke številnih

⁷⁴ Uredba (EU) 524/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. maja 2013 o spletnem reševanju potrošniških sporov ter spremembi Uredbe (ES) 2006/2004 in Direktive 2009/22/ES, UL L 165, z dne 18. junija 2013.

⁷⁵ Uredba (ES) 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. oktobra 2004 o sodelovanju med nacionalnimi organi, odgovornimi za izvrševanje zakonodaje o varstvu potrošnikov, UL L 364, z dne 9. decembra 2004.

⁷⁶ Med drugim se predlagata pooblastilo za odreditev povračila škode potrošniku in odvzem protipravno pridobljene koristi.

držav članic, katerih pravni sistemi takšnih rešitev ne poznajo. Vendar pa bo področje uporabe uredbe predvidoma omejeno na varstvo kolektivnih interesov potrošnikov, torej na kršitve predpisov s področja varstva potrošnikov, ki zadevajo večje število potrošnikov, ne bo pa se uporabljala za individualne spore, ki izvirajo iz pogodbenega razmerja med potrošnikom in prodajalcem. V slednjih primerih bodo potrošniki še vedno imeli na voljo le prostovoljne sheme za reševanje sporov in sodno varstvo.

Sedanji evropski pravni sistem potrošnikom torej zagotavlja visoko raven zaščite v vseh državah članicah, vendar razdrobljenost pravnega reda ustvarja pravno negotovost in odvrča potrošnike in tudi podjetja od čezmejnega poslovanja. Za potrošnike je posebna ovira izvrševanje pravic, ki je v čezmejnih primerih precej zahtevnejše. Zaradi navedenega potencial enotnega trga ni izkoriščen v celoti, naloga Evropske komisije in tudi držav članic pa je, da zagotovijo pravne okvire, ki bodo to omogočili.

Literatura in viri

- Commission staff working document: Impact assessment for Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD%3A2015%3A274%3AREV1> (13. 10. 2016).
- GALIČ, Aleš, Elektronsko poslovanje in mednarodna pristojnost za potrošniške spore. V: Matija Damjan (ur.), Pravo v informacijski družbi. Ljubljana: IUS Software (GV Založba), 2014, str. 177–190.
- GALIČ, Aleš, Mednarodna pristojnost za reševanje potrošniških sporov. V: Ana Vlahhek (ur.), Matija Damjan (ur.), Pravo in politika sodobnega varstva potrošnikov. Ljubljana: IUS Software (GV Založba), Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti, 2015, str. 225–249.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina, Obligacijski zakonik s komentarjem. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- MOŽINA, Damjan, Garancija za brezhibno delovanje in odgovornost za stvarne napake. Zbornik znanstvenih naprav, 2009, str. 143–167.
- MOŽINA, Damjan, Kaj je narobe z Zakonom o varstvu potrošnikov. Podjetje in delo, 2012, št. 6-7, str. 1437. (Citirano 2012a.)
- MOŽINA, Damjan, Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi. Pravni letopis, 2012, str. 85–104. (Citirano 2012b.)
- Poročilo mreže Evropskih potrošniških centrov: Razširjena jamstva – ali so vredna plačila?, <http://epc.si/pages/topics/porocilo-mreze-epc-razsirjena-jamstva-ali-so-vredna-placila.php?lang=SI> (13. 10. 2016).

Prodaja digitalnih vsebin po elektronski poti

Matija Damjan

1. Uvod

Elektronske komunikacijske tehnologije so potrošnikom občutno olajšale naročanje dobrin in storitev na daljavo. Potrošnik odda naročilo prek interneta ali mobilnega telefona in tako po elektronski poti sklene pogodbo s ponudnikom brez fizičnega stika z njim, ponudnik pa poskrbi za dobavo naročenega blaga po pošti oziroma za opravo naročene storitve. Takšna transakcija se povsem prilega institutu prodaje na daljavo, ki ga je uvedla Direktiva 97/7/ES o varstvu potrošnikov glede sklepanja pogodb pri prodaji na daljavo,¹ čeprav je bila direktiva pripravljena v času, ko je prodaja na daljavo pretežno potekala še v obliki kataloške in televizijske prodaje.² Pač pa ta ureditev ni zadovoljivo urejala novejših oblike transakcije, kjer elektronska komunikacijska tehnologija ni le sredstvo za sklenitev pogodbe, ampak tudi za njeno izpolnitev. To se zgodi, kadar je predmet pogodbe digitalna vsebina, ki je podjetje potrošniku ne dostavi na fizičnem nosilcu (na primer CD ali DVD), ampak potrošnik vsebino po elektronski poti sam prenese na svojo napravo (računalnik, igralno konzolo, mobilni telefon ali tabličnik). Pri tem gre lahko za prenos v obliki datoteke, ki se jo na napravo shrani za poznejšo uporabo (*download*), ali za takojšnji ogled vsebine s sprotnim pretakanjem podatkov prek vzpostavljene povezave (*streaming*). S povečevanjem dostopnosti širokopasovnih internetnih povezav, brezžičnih omrežij in hitrega prenosa podatkov po mobilnih omrežjih (HSDPA, LTE) dobava digitalnih vsebin po elektronski poti hitro izpodriva klasično prodajo glasbe, filmov, računalniških programov in iger na fizičnih medijih. Nekatere vrste digitalnih vsebin, na primer aplikacije za mobilne telefone, elektronske knjige in revije oziroma plačljivi članki v spletnih izdajah časopisov, pa se, že odkar obstajajo, dobavljajo izključno

¹ Direktiva 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 1997 o varstvu potrošnikov glede sklepanja pogodb pri prodaji na daljavo, UL L 144, z dne 4. junija 1997.

² Priloga I direktive je kot sredstva komuniciranja na daljavo navajala nenaslovljeno ali naslovljeno tiskovino, natisnjeno navadno pismo, oglaševanje v tisku z naročilnico, katalog, telefon s človeškim posredovanjem ali avtomatsko klicno napravo, radio, videofon, videoteks, elektronsko pošto, faks in televizijo.

v elektronski obliki.³ Takšno obliko prodaje na daljavo je prvič izrecno uredila Direktiva 2011/83/EU o pravicah potrošnikov,⁴ ki je nadomestila prej veljavni direktivi o prodaji na daljavo in o prodaji zunaj poslovnih prostorov. Direktiva temelji na pristopu popolne uskladitve nacionalnih predpisov, s čimer naj bi se uveljavila enotna evropska pravila o pravicah potrošnikov in tako spodbudilo čezmejno nakupovanje na notranjem trgu Evropske unije, zlasti s spletno prodajo (5. uvodna izjava direktive). Vsebina direktive je bila v slovenski Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot)⁵ prenesena z novelo ZVPot-F,⁶ ki je začela veljati 13. junija 2014.

V prispevku bomo preučili posebna pravila za varstvo potrošnikov, ki na podlagi Direktive 2011/83/EU o pravicah potrošnikov veljajo pri pogodbah o elektronski dobavi digitalnih vsebin. Analizirali bomo, katera od splošnih pravil slovenskega in evropskega potrošniškega prava je mogoče uporabiti tudi za tovrstne pogodbe in glede katerih vprašanj je varstvo potrošnikov še vedno pomanjkljivo v primerjavi z ureditvijo pri klasični pogodbi o dobavi blaga oziroma opravi storitev. Direktiva 1999/44/ES o prodaji potrošniškega blaga in garancijah⁷ ter Direktiva 85/374/ES o odgovornosti za proizvode z napako⁸ namreč še vedno veljata samo za fizično blago, v slovenskem ZVPot pa odgovornost za napake elektronsko prenesene digitalne vsebine ni jasno urejena.

2. Opredelitev digitalne vsebine

Mnoga pravila potrošniškega prava (na primer o odstopu od pogodbe) razlikujejo med tem, ali je predmet pogodbe blago (oziroma izdelek) ali pa storitev. Ker digitalnih vsebin, ki se ne dobavijo na fizičnih nosilcih, ampak prenesejo po elektronski povezavi, ni mogoče jasno umestiti niti med blago niti med storitve, dolgo ni bilo jasno, katere od teh določb potrošniškega prava naj bi veljale za

³ Levovnik, str. II–V.

⁴ Direktiva 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2011 o pravicah potrošnikov, spremembi Direktive Sveta 93/13/EGS in Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter razveljavitvi Direktive Sveta 85/577/EGS in Direktive 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta, UL L 304, z dne 22. novembra 2011.

⁵ Ur. l. RS, št. 98/04 – uradno prečiščeno besedilo, 114/06 – ZUE, 126/07, 86/09, 78/11, 38/14 in 19/15.

⁶ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o varstvu potrošnikov – ZVPot-F (Ur. l. RS, št. 38/14).

⁷ Direktiva 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij, UL L 171, z dne 7. julija 1999.

⁸ Direktiva 85/374/ES Sveta z dne 25. julija 1985 o približevanju zakonov in drugih predpisov držav članic v zvezi z odgovornostjo za proizvode z napako, UL L 210, z dne 7. avgusta 1985.

nematerializirano digitalno vsebino.⁹ Tudi Evropska komisija je v strokovnih izhodiščih za pripravo nove potrošniške direktive ugotavljala, da glede elektronske dobave digitalne vsebine v pravu EU obstaja pravna praznina (*consumer protection lacuna*), pogosto tudi zato, ker se digitalna vsebina licencira, ne pa prodaja.¹⁰ V javni razpravi o Zeleni knjigi so potrošniške organizacije in strokovnjaki iz akademske sfere, pa tudi večina držav članic, podpirali enotno ureditev varstva potrošnikov v zvezi z digitalnimi vsebinami na evropski ravni. Zlasti programerska industrija pa se je upirala splošni širitvi pravil potrošniškega prava na področje digitalnih vsebin, češ da se računalniški programi razlikujejo od oprijemljivih dobrin, saj je njihova brezhibnost odvisna od rednega posodabljanja, za katero morajo poskrbeti uporabniki, in od povezovanja z drugimi programskimi aplikacijami.¹¹

V prvem predlogu direktive o pravicah potrošnikov, ki ga je Evropska komisija pripravila leta 2008¹² in je predvideval združitev štirih potrošniških direktiv v eno, digitalne vsebine niso bile izrecno zajete. Pozneje je bil obseg direktive zožen, tako da ne zajema več vprašanj potrošniške prodaje blaga in garancij ter nepoštenih poslovnih pogojev (to je še naprej urejeno v ločenih direktivah), pač pa je bila veljavnost nove direktive izrecno razširjena tudi na pogodbe za dobavo digitalne vsebine. V 19. uvodni izjavi Direktiva 2011/83/EU o pravicah potrošnikov pojasnjuje: »Digitalna vsebina so podatki, ki nastanejo in so posredovani v digitalni obliki, kot so računalniški programi, aplikacije, igrice, glasba, video posnetki ali besedilo, ne glede na to, ali se do njih dostopa s pomočjo prenosa podatkov ali sprotne predvajanja, iz oprijemljivih medijev ali na kakšen drug način. Če je digitalna vsebina dobavljena na oprijemljivem mediju, kot je CD ali DVD, bi to moralo škodeti kot blago v smislu te direktive. Podobno kot pri pogodbah za dobavo vode, plina ali električne energije, ki niso naprodaj v omejenem obsegu ali določeni količini, ali daljinsko ogrevanje, se za namen te direktive pogodbe za digitalno vsebino, ki se ne dobavi na oprijemljivem mediju, ne bi smele opredeliti niti kot prodajne pogodbe niti kot pogodbe o opravljanju storitev.«

Skladno s tem 11. točka 2. člena direktive pri opredelitvi pojmov določa, da izraz »digitalna vsebina« pomeni podatke, ki nastanejo in so posredovani v digitalni obliki. Ta opredelitev glede nastanka podatkov pravzaprav ni najbolj točna, saj lahko digitalne vsebine izvirno nastanejo tudi v analogni obliki in so

⁹ Možna bi bila razlaga, da je datoteka, ki jo potrošnik prenese in shrani na svojo napravo, blago, saj je mogoča njena poznejša uporaba, pretakanje iste vsebine brez shranjevanja pa storitev, saj omogoča le sprotni ogled vsebine.

¹⁰ Zelena knjiga o pregledu pravnega reda Skupnosti o varstvu potrošnikov, Bruselj, z dne 8. februarja 2007, COM(2006) 744 final, str. 24.

¹¹ Commission staff working paper, str. 11; Analytical Report, str. 15–16.

¹² COM(2008) 614 konč., Bruselj, 8. 10. 2008.

nato pretvorjene v digitalno obliko, na primer pri digitalni vnovični obdelavi (*remastering*) starih glasbenih posnetkov z vinilnih plošč ali filmov s filmskega traku, pri čemer gre v bistvu za iste podatke, a v drugačni obliki zapisa. Ker ni videti, da bi takšne vsebine evropski zakonodajalec želel izločiti iz okvirov potrošniškega varstva, je treba kot nastanek podatka v smislu navedene definicije upoštevati šele trenutek pretvorbe analognega zapisa vsebine v digitalni zapis – tedaj torej v smislu direktive nastane tudi digitalna vsebina. Čeprav to v direktivi ni izrecno zapisano, je iz konteksta in uvodnih pojasnil direktive povsem jasno, da je z izrazom »digitalna oblika« mišljen le binarni elektronski zapis, kakršnega uporabljajo sodobni računalniki in druge elektronske komunikacijske naprave, niso pa zajete druge oblike neelektronskega zapisa podatkov v digitalnem (diskretnem, nezveznem) sistemu,¹³ kot so na primer Morsejeva koda, Braillova pisava ali dimni signali. To ustreza pomenu besede »digitalno« v splošnem pogovornem jeziku, v katerem se uporablja kot sopomenka za računalniško elektronsko obliko. Iz pojma digitalne vsebine v smislu direktive pa so izključeni analogno zapisani podatki, tudi če se uporabljajo z elektronsko napravo. Če bi nekdo ponujal storitev, da za plačilo po telefonu predvaja glasbo z vinilne plošče,¹⁴ pri tem ne bi šlo za dobavo digitalne vsebine. Vendar to lahko z gotovostjo trdimo samo, če obe stranki posla uporabljata klasičen analogni telefonski priključek, medtem ko na primer pri mobilnem telefonu, stacionarnem telefonskem priključku tipa ISDN ali IP-telefoniji med prenosom podatkov pride do pretvorbe signala v digitalno obliko, tako da že lahko govorimo o nastanku podatkov v digitalni obliki. Prav tako gre za digitalno vsebino, če se na internetu v obliki živega pretakanja (*live streaming*) prenaša koncert ali drug hkrati potekajoči dogodek, kjer prav tako pride do pretvorbe podatkov v digitalno obliko tako rekoč sočasno s samim prenosom podatkov do uporabnika.

Pojem »blago« je v 3. točki 2. člena direktive opredeljen kot vsi premični in otipljivi predmeti, razen predmetov, prodanih v okviru izvršbe ali drugih sodnih ukrepov; za blago v smislu te direktive veljajo tudi voda, plin in električna energija, če se prodajajo v omejeni prostornini ali določeni količini. Pojma »storitev« direktiva izrecno ne definira, posredno je razviden iz opredelitve pojma »pogodba o opravljanju storitev«, ki pomeni vsako pogodbo razen prodajne, na podlagi katere podjetje opravi storitev za potrošnika ali se temu zaveže, potrošnik pa za to plača ceno ali se temu zaveže. Elektronska ali digitalna oblika pri blagu in storitvah ni omenjena.

¹³ Beseda »digitalno« v širšem smislu pomeni, da so podatki predstavljeni v obliki niza ločenih numeričnih vrednosti s končno mnogo vrednostmi, na primer z vrednostma 0 in 1 pri dvojiškem zapisu. Nasprotje digitalnega je analogna, torej zvezna predstavitev podatkov.

¹⁴ Predpostavljajmo, da bi imel za to urejene avtorske pravice.

Digitalne vsebine na oprijemljivih nosilcih podatkov so torej po direktivi blago; digitalne vsebine, ki so dobavljene po elektronski poti, pa se v smislu direktive ne štejejo niti za blago niti za storitve, ne glede na to, ali gre za prenašanje datoteke na računalnik ali za pretočni prenos, ampak tvorijo posebno kategorijo predmetov pogodbe. Iz tega sledi, da za elektronsko dobavljene digitalne vsebine ne veljajo določbe direktive o blagu ali storitvah, temveč le tiste določbe, pri katerih je posebej omenjena digitalna vsebina, ki ni dobavljena na oprijemljivem mediju.¹⁵ Za tovrstne digitalne vsebine direktiva uvaja posebna pravila o pravicah potrošnika do odstopa od pogodbe in o dolžnosti trgovca, da potrošnika obvesti o funkcionalnosti in ustrezni interoperabilnosti digitalne vsebine.

V skladu z izbranim zakonodajnim pristopom popolne uskladitve 4. člen direktive določa, da države članice v svojem nacionalnem pravu ne ohranijo ali uvedejo določb, ki se razlikujejo od določb iz te direktive, vključno z bolj ali manj strogimi določbami za zagotavljanje različne ravni varstva potrošnikov, razen če v tej direktivi ni določeno drugače. Glede na to je presenetljivo, da slovenski zakon pri opredelitvi pojma blaga delno odstopa od direktive, in sicer v petem odstavku 1. člena ZVPot določa: »Po tem zakonu se za blago štejejo vse premične stvari razen tistih, ki so prodane v okviru izvršbe ali drugih sodnih postopkov. Za blago se štejejo tudi voda, plin in električna energija, če se prodajajo v omejeni prostornini ali določeni količini, *ter digitalna vsebina*.« Dostavek, da se med blago šteje tudi digitalna vsebina, je v nasprotju z direktivo, ker pojma blaga ne omejuje le na tisto digitalno vsebino, ki je dobavljena na oprijemljivem nosilcu podatkov. Predlog novele ZVPot-G iz zakonodajnega postopka tega odstopanja od direktive ne pojasnjuje, ampak navaja, da je blago v predlogu zakona opredeljeno v skladu s tretjim odstavkom 2. člena Direktive 2011/83/EU o pravicah potrošnikov,¹⁶ kar pa ne drži povsem in lahko po nepotrebnem ustvarja nejasnosti pri uporabi nekaterih zakonskih določb. Menim, da je treba na podlagi načela konformne razlage nacionalne zakonodaje šteti, da vsaj glede vprašanj, ki jih ureja Direktiva 2011/83/EU o pravicah potrošnikov (informacije za potrošnike, pravica do odstopa od pogodbe na daljavo in pogodbe, sklenjene zunaj poslovnih prostorov, dostava, stroški plačilnih sredstev itd.), izraz blago tudi po ZVPot obsega le tisto digitalno vsebino, ki je potrošniku dobavljena na oprijemljivem mediju. V prid tej razlagi govori to, da zakon o teh vprašanjih za elektronsko dobavljeno digitalno vsebino določa posebna pravila, ki v celoti izključujejo uporabo določb o blagu in storitvah. Glede vprašanj, ki ne spadajo v

¹⁵ V uvodnem delu direktiva govori o oprijemljivih medijih, v normativnem delu pa o otipljivih nosilcih podatkov. Štejemo lahko, da sta izraza sopomenki.

¹⁶ Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o varstvu potrošnikov, EVA 2013-2130-0022, z dne 19. marca 2014, str. 31.

vsebinski okvir Direktive 2011/83/EU o pravicah potrošnikov, pa takšna posebna pravila ne obstajajo, zato ni jasno, ali je morda nova zakonska definicija blaga na drugih področjih razširila domet norm ZVPot, ki se nanašajo na blago, tudi na neopredmetene digitalne vsebine.

3. Uporaba splošnih pravil potrošniškega prava za digitalne vsebine

Že pred sprejetjem Direktive 2011/83/EU o pravicah potrošnikov so splošna pravila slovenskega in evropskega potrošniškega prava veljala tudi za pogodbe o elektronski dobavi digitalnih vsebin, sklenjene med potrošnikom in ponudnikom digitalnih vsebin, ki je podjetje v smislu 1. člena ZVPot.

V skladu z 2. členom ZVPot mora podjetje s potrošniki poslovati v slovenskem jeziku, pri označevanju izdelkov pa jim mora v splošno razumljivi jezikovni ali simbolni obliki posredovati potrebne informacije glede značilnosti, prodajnih pogojev, uporabe in namembnosti izdelka. V tržni komunikaciji s potrošniki se mora nedvoumno identificirati, vsaj s skrajšano firmo, če je ta vpisana v register, in krajem poslovanja ali naslovom spletnih strani. Za sklepanje pogodb na daljavo po elektronski poti so posebej pomembne določbe četrtega odstavka 2. člena ZVPot, ki pravi, da je ponudnik storitev informacijske družbe dolžan omogočiti enostaven, neposreden in stalen dostop do svojih podatkov, vključno s svojim elektronskim naslovom, podatki o vpisu v register, članstvu v zbornici, posebnih dovoljenjih, obveznosti plačila davka na dodano vrednost in s tem povezanimi predpisanimi podatki. Če ponudnik s potrošniki posluje na daljavo po elektronski poti, mora torej tudi te podatke zagotoviti v elektronski obliki, navadno z objavo na svoji spletni strani.

Za elektronsko dobavo digitalnih vsebin veljajo tudi pravila petega poglavja ZVPot o varstvu potrošnikov v zvezi s pogodbenimi pogoji, ki jih podjetje določi v obliki formularne pogodbe ali splošnih pogojev poslovanja, na katere se pogodba sklicuje. Takšni pogodbeni pogoji morajo biti potrošniku v celoti dostopni na spletni strani elektronske trgovine še pred sklenitvijo pogodbe, potrošnik pa mora biti nanje izrecno opozorjen. Pogodbeni pogoji morajo biti jasni in razumljivi, nejasna določila pa je treba razlagati v korist potrošnika. Podjetje ne sme postavljati pogodbenih pogojev, ki so nepošteni do potrošnika, sicer so takšni pogoji nični. Pogodbeni pogoji se po prvem odstavku 24. člena ZVPot štejejo za nepošteno, če v škodo potrošnika povzročijo znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank, če povzročijo, da je izpolnitev pogodbe neutemeljeno v škodo potrošnika ali da je izpolnitev

pogodbe znatno drugačna od tistega, kar je potrošnik utemeljeno pričakoval, ali če nasprotujejo načelu poštenja in vestnosti.¹⁷

Menim, da je za oglaševanje digitalnih vsebin treba uporabiti tudi določbe tretjega poglavja ZVPot o pravilih oglaševanja. Čeprav naslov poglavja govori o oglaševanju blaga in storitev, ta besedna zveza v nadaljevanju ni odločilna, saj je iz določb razvidna namera, da se zajamejo vse komercialne komunikacije, katerih namen je spodbuditi potrošnika k poslovni odločitvi. Poleg tega ni videti nobenega razloga, zakaj bi zakonodajalec dopuščal zavajajoče ali nedostojno oglaševanje digitalnih vsebin.¹⁸ Podobno je mogoče argumentirati v zvezi s splošnimi pravili o prodaji blaga in opravljanju storitev, določenimi v šestem poglavju ZVPot (členi od 25 do 27b): veljati morajo tudi za elektronsko dobavo digitalnih vsebin, četudi je ne kvalificiramo med blago ali storitve. Večina v tem poglavju predpisanih obveznosti za ponudnika digitalnih vsebin že tako izvira iz splošnih obligacijskih in davčnih predpisov (na primer glede označevanja cen z vključenim davkom).

Na podlagi Zakona o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami (ZVPNPP)¹⁹ so tudi pri sklepanju pogodb med podjetji in potrošniki o elektronski dobavi digitalnih vsebin prepovedane zavajajoče poslovne prakse (zavajajoča dejanja in zavajajoče opustitve) in agresivne poslovne prakse (uporaba nadlegovanja, prisile in nedopustnega vplivanja). Zakon sicer v 4. členu prepoveduje nepošteno poslovne prakse pred, med in po sklenitvi posla, ki je povezan z nakupom izdelka. Vendar je pojem »izdelek« v tretji alineji 3. člena opredeljen kot blago ali storitev, vključno z nepremičninami, pravicami in obveznostmi. Glede na takšno široko definicijo, ki v pojem izdelka vključuje tudi neopredmetene pravice in obveznosti, lahko za namene ZVPNPP pod ta pojem uvrstimo tudi digitalne vsebine, zato se zakon nedvomno uporablja tudi zanje.²⁰

¹⁷ Poleg te generalne klavzule je v tretjem odstavku 24. člena ZVPot navedenih še 20 primerov nepoštenih pogodbenih pogojev.

¹⁸ Direktiva 2006/114/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o zavajajočem in primerjalnem oglaševanju (UL L 376, z dne 27. decembra 2006) med uvodnimi izjavami pojasnjuje, da je zavajajoče in nedovoljeno primerjalno oglaševanje treba regulirati, ker lahko povzroči izkrivljanje konkurence na notranjem trgu. Oglaševanje, ne glede na to, ali pride do sklenitve pogodbe, namreč vpliva na ekonomsko blaginjo potrošnikov in trgovcev.

¹⁹ Ur. l. RS, št. 53/07. Ta zakon prenaša v slovenski pravni red Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu (UL L 149, z dne 11. junija 2005).

²⁰ Takšna razlaga je skladna z namenom, da se neposredno ščiti ekonomske interese potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami podjetij v razmerju do potrošnikov in s tem posredno ščiti tudi podjetja, ki poslujejo zakonito, pred njihovimi konkurenti, ki ne upoštevajo teh pravil, s čimer se zagotavlja poštena konkurenca. Glej 8. uvodno izjavo Direktive 2005/29/ES o nepoštenih poslovnih praksah.

4. Posebna pravila za pogodbe o elektronski dobavi digitalnih vsebin

4.1. Predpogodbene informacije

ZVPot v 25.b členu določa, da mora podjetje potrošniku pred sklenitvijo pogodbe oziroma preden potrošnika zavezuje ponudba, na jasen in razumljiv način zagotoviti nekatere temeljne informacije o blagu, trgovcu, načinu plačila in pravicah kupca (predpogodbene informacije), če te niso jasne že iz okoliščin:

1. glavne značilnosti blaga ali storitev v obsegu, ki ustreza nosilcu podatkov in blagu ali storitvam;
2. firmo, sedež podjetja in telefonsko številko podjetja, kadar je ta na voljo;
3. končno ceno blaga ali storitve, vključno z davki, ali način izračuna cene, če je zaradi narave blaga ali storitve ni mogoče izračunati vnaprej;
4. informacije o morebitnih dodatnih stroških prevoza, dostave ali pošiljanja ali opozorilo, da taki stroški lahko nastanejo, če jih ni mogoče vnaprej izračunati;
5. plačilne pogoje ter pogoje dostave in izvedbe storitve, rok dostave blaga ali izvedbe storitve, kadar je to potrebno;
6. informacije o pritožbenem postopku pri podjetju;
7. seznanitev z odgovornostjo za stvarne napake;
8. možnost in pogoje poprodajnih storitev in prostovoljne garancije, kadar je to potrebno;
9. trajanje pogodbe, kadar je to primerno, in pogoje za odstop od pogodbe, sklenjene za nedoločen čas, ali pogodbe s samodejnim podaljševanjem;
10. funkcionalnost, vključno z veljavnimi ukrepi za tehnično zaščito digitalne vsebine, kadar je to primerno;
11. informacijo o združljivosti digitalne vsebine s strojno in programsko opremo, s katero je podjetje seznanjeno oziroma bi moralo biti seznanjeno.

Zadnji dve točki se nanašata posebej na digitalno vsebino, in sicer mora podjetje zagotoviti podatke o njeni funkcionalnosti in združljivosti. Direktiva 2011/83/EU o pravicah potrošnikov v 19. uvodni izjavi pojasnjuje, da se pojem funkcionalnosti nanaša na načine, na katere se digitalna vsebina lahko uporabi, na primer za sledenje vedenja potrošnikov (relevantno zlasti pri aplikacijah za mobilne telefone); nanaša se tudi na odsotnost ali prisotnost kakršnihkoli tehničnih omejitev, kot so zaščita prek upravljanja z digitalnimi pravicami ali regijsko kodiranje. Pojem združljivosti (interoperabilnosti) pa je namenjen opisu informacij o standardnem strojnem in programskem okolju, s katerim je sklad-

na digitalna vsebina, kot so operacijski sistem, potrebna različica in določene lastnosti strojne opreme.

Za pogodbe, ki se sklepajo na daljavo, mora podjetje poleg predpogodbениh informacij iz 25.b člena ZVPot potrošniku zagotoviti še predpogodbene informacije, ki jih za to vrsto pogodb predpisuje 43.b člen ZVPot in se nanašajo predvsem na specifičen način izvršitve te pogodbe in uveljavljanja potrošnikovih pravic. Potrošnik mora torej prejeti informacijo o:

1. naslovu, na katerem podjetje dejansko opravlja dejavnost, telefonski številki, številki telefaksa in naslovu elektronske pošte podjetja, kadar so na voljo, po potrebi pa tudi o firmi in sedežu podjetja, v imenu katerega deluje in na katerega lahko potrošnik naslovi pritožbo;
2. naslovu sedeža podjetja, če se razlikuje od naslova iz prejšnje točke, in po potrebi o naslovu podjetja, v imenu katerega deluje in na katerega lahko potrošnik naslovi pritožbo;
3. stroških, povezanih z uporabo komunikacijskega sredstva, če se razlikujejo od osnovne tarife;
4. pogojih, rokih in postopku za uveljavljanje pravice do odstopa od pogodbe skupaj z obrazcem za odstop od pogodbe;
5. navedbi, da potrošnik krije stroške vračila blaga v primeru odstopa od pogodbe, če je potrebno;
6. stroških vračila blaga, če ga pri pogodbah, sklenjenih na daljavo, zaradi njegove narave ni mogoče vrniti po pošti;
7. stroških, ki jih mora potrošnik plačati podjetju, če odstopi od pogodbe;
8. neobstoju pravice do odstopa od pogodbe oziroma okoliščinah, v katerih potrošnik izgubi pravico do odstopa od pogodbe;
9. obstoju kodeksov ravnanja in dostopnosti do morebitnih kodeksov ravnanja;
10. minimalnem trajanju obveznosti potrošnika na podlagi pogodbe, če je potrebno;
11. možnosti zunajsodnega reševanja sporov in drugih pravnih sredstev, ki se uporabljajo za podjetja, ter njihovi dostopnosti, če je potrebno.

Informacije o funkcionalnosti in združljivosti digitalne vsebine, vključno z drugimi podatki iz 25.b in 43.b člena ZVPot, mora podjetje potrošniku zagotoviti ne glede na to, ali mu digitalno vsebino dobavlja po elektronski poti ali na oprijemljivem nosilcu.

Preden pogodba, ki se sklepa na daljavo z uporabo elektronskih sredstev, zavezuje potrošnika k plačilu (torej še preden potrošnik odda naročilo), ga mora podjetje jasno in v vidni obliki opozoriti na informacije o glavnih značilnostih predmeta pogodbe, končni ceni z vključenimi davki, morebitnih dodatnih stroških

dostave, trajanju pogodbe in pogojih za odstop od nje ter minimalnem trajanju obveznosti potrošnika na podlagi pogodbe, če je potrebno. Podjetje mora zagotoviti, da potrošnik v postopku oddaje naročila pri sklenitvi pogodbe na daljavo z uporabo elektronskih sredstev izrecno potrdi, da se z oddajo naročila strinja s plačilom. Funkcija, ki sproži oddajo naročila, mora biti označena z besedami »naročilo z obveznostjo plačila« ali drugo izjavo, iz katere nedvoumno izhaja, da je z oddajo naročila povezana obveznost plačila podjetju. Če podjetje ne spoštuje določil tega odstavka, potrošnika pogodba ali naročilo ne zavezuje.

Zakon pa upošteva, da pri nekaterih sredstvih komuniciranja na daljavo obstajajo tehnične omejitve glede prostora ali časa za prikaz zahtevanih predpogodbenih informacij (na primer omejitev števila znakov na zaslonu nekaterih mobilnih telefonov ali časovna omejitev prodajnih oglasov na televiziji). V teh primerih zadošča, da podjetje izpolnjuje minimalni sklop zahtev po informacijah (informacije v zvezi z glavnimi značilnostmi blaga ali storitev, identiteta trgovca, končna cena, pravica do odstopa od pogodbe, trajanje pogodbe, pri pogodbi za nedoločen čas pa tudi pogoji za odpoved pogodbe). Glede preostalih predpogodbenih informacij mora podjetje potrošnika napotiti k drugemu viru informacij, na primer z zagotovitvijo brezplačne telefonske številke ali povezave na spletno stran, na kateri so ustrezne informacije neposredno in preprosto dostopne.²¹

V skladu s šestim odstavkom 43.c člena ZVPot mora podjetje v razumnem času po sklenitvi pogodbe na daljavo, vendar najpozneje pred dostavo blaga ali začetkom opravljanja storitve, zagotoviti potrošniku potrdilo o sklenjeni pogodbi na trajnem nosilcu podatkov. Potrdilo mora vsebovati predpogodbene informacije iz prvega odstavka 43.b člena ZVPot (pri digitalni vsebini torej tudi podatke o funkcionalnosti in združljivosti) in soglasje potrošnika, da se z izvrševanjem pogodbe odpoveduje pravici do odstopa od nje. Glede na to, da pri pogodbi za dobavo digitalne vsebine po elektronski poti do izpolnitve navadno pride takoj po sklenitvi pogodbe, mora podjetje to potrdilo potrošniku posredovati nemudoma. Vendar zahteva po uporabi trajnega nosilca podatkov ne pomeni, da mora potrdilo biti na papirju ali drugem oprijemljivem mediju, ampak je lahko posredovano tudi po elektronski pošti, kar je pri spletni trgovini najbolj običajno. Osmi odstavek 1. člena ZVPot namreč pojasnjuje, da je trajni nosilec podatkov vsak nosilec podatkov, ki potrošniku omogoča trajno shranjevanje nanj naslovljenih podatkov ali informacij, trajen dostop do njih in njihovo reprodukcijo. Opredelitev istega pojma v 10. točki 2. člena Direktive 2011/83/EU o pravicah potrošnikov je nekoliko drugačna, vendar z enakim vsebinskim jedrom: »trajni nosilec podatkov« pomeni vsak instrument, ki potrošniku ali trgovcu omogoča, da njemu osebno namenjene informacije shrani tako, da so mu dostopne

²¹ 36. uvodna izjava Direktive 2011/83/EU o pravicah potrošnikov.

za prihodnje potrebe za obdobje, ki je ustrezno za namene informiranja, in ki omogoča nespremenjeno reprodukcijo shranjenih informacij. V 23. uvodni izjavi direktive pa je pojasnjeno, da bi trajni nosilci podatkov potrošniku morali omogočati shranjevanje informacij, dokler je to potrebno za zaščito njegovih interesov, ki izhajajo iz odnosa s trgovcem. Takšni nosilci bi morali vključevati zlasti papir, ključ USB, CD-ROM-e, DVD-je, spominske kartice ali trde diske računalnikov ter e-pošto.

4.2. Pravica do odstopa od pogodbe

Pred sprejetjem Direktive 2011/83/EU o pravicah potrošnikov je bilo zaradi nejasnosti, ali je digitalno vsebino, ki ni dobavljena na oprijemljivem nosilcu, mogoče kvalificirati kot blago oziroma kot storitev, nerešeno vprašanje, ali in po katerih pravilih lahko potrošnik odstopi od pogodbe o nakupu takšne vsebine. Pravila ZVPot, ki so bila uvedena na podlagi Direktive 97/7/ES o pogodbah na daljavo,²² namreč določajo štirinajstdnevni rok, v katerem si lahko potrošnik premisli in odstopi od pogodbe, ki jo je sklenil na daljavo, ne da bi mu bilo treba navesti razlog za svojo odločitev (*cooling-off period*). Začetek tega roka je odvisen od tega, ali je predmet pogodbe blago ali storitev. Pri prodajni pogodbi začne odstopni rok teči, ko je predmet pogodbe izročen kupcu, pri pogodbi o opravljanju storitev pa že z dnem sklenitve pogodbe. Ena od razlag, ki so se ponujale, je bila, da je datoteka, ki jo potrošnik prenese in shrani na svojo napravo (*download*), blago, pretakanje vsebin brez shranjevanja (*streaming*) pa storitev, čeprav je v obeh primerih za potrošnika dejansko pomembna predvsem vsebina, ne pa način dostopa do nje. Druga težava, povezana z uporabo pravil o pogodbah na daljavo tudi za elektronsko dobavo digitalnih vsebin, je, da je čas uporabe mnogih digitalnih vsebin (filmi, igre, glasba itd.) precej krajši od štirinajstdnevnega odpovednega roka, zato bi lahko potrošnik vedno odstopil od pogodbe po tem, ko je kupljeno vsebino dejansko že v celoti konzumiral. Ponudnik vsebin pa tudi ne bi imel nobenega jamstva, da bo potrošnik to vsebino po odstopu od pogodbe res izbrisal s svoje naprave in je ne bo več uporabljal, saj vračilo digitalnih vsebin nima praktičnega smisla. Glede na to se je zastavljalo vprašanje, ali bi bilo za digitalne vsebine mogoče uporabiti katero od izjem od potrošnikove pravice do odstopa (na primer izjemo za hitro pokvarljivo blago ali za avdio in video posnetke z varnostnim pečatom).²³ Odsotnost izrecne določbe o tem, v kakšnem obsegu direktiva velja za digitalno vsebino, je kot eno od pomanjkljivosti Direktive

²² Direktiva 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 1997 o varstvu potrošnikov glede sklepanja pogodb pri prodaji na daljavo, UL L 144, z dne 4. junija 1997.

²³ Podrobno analizo glede potrošnikove pravice do odstopa od pogodbe o elektronski dobavi digitalne vsebine glej Levovnik, str. II–V.

97/7/ES o pogodbah na daljavo in drugih potrošniških direktiv ocenila tudi primerjalna študija o evropskem potrošniškem pravu iz leta 2008.²⁴

ZVPot sedaj v skladu z rešitvijo iz Direktive 2011/83/EU o pravicah potrošnikov jasno določa, da ima potrošnik tudi pri pogodbah o elektronski dobavi digitalnih vsebin pravico do odstopa od pogodbe brez obrazložitve.²⁵ V opredelitvi pogodb, sklenjenih na daljavo, ki jo določa prvi odstavek 43. člena ZVPot, je bila črtana določba, da gre pri tem za pogodbe o dobavi blaga ali opravljanju storitev. Pogodba, sklenjena na daljavo, je tako opredeljena kot pogodba, sklenjena med podjetjem in potrošnikom na podlagi organizirane prodaje na daljavo ali sistema opravljanja storitev brez istočasne fizične prisotnosti pogodbenih strank, ki ga vodi podjetje, ki za namen sklenitve uporablja izključno enega ali več sredstev za komuniciranje na daljavo vse do takrat in vključno s trenutkom, ko je pogodba sklenjena. V 43.č členu ZVPot določa, da ima pri pogodbah, sklenjenih na daljavo, potrošnik pravico, da v štirinajstih dneh obvesti podjetje, da odstopa od pogodbe, ne da bi mu bilo treba navesti razlog za svojo odločitev in ne da bi ga bremenili stroški, razen stroškov vračila blaga (ki jih pri elektronski dobavi digitalne vsebine navadno sploh ni). V skladu s četrtem odstavkom tega člena pri pogodbah o dobavi digitalne vsebine, ki ni zapisana na otipljivem nosilcu, začne odstopni rok teči z dnem sklenitve pogodbe. Če podjetje potrošnika ni ustrezno obvestilo o pravici do odstopa, se odstopni rok izteče dvanajst mesecev po izteku začetnega odstopnega roka oziroma v štirinajstih dneh od dneva, ko podjetje potrošniku naknadno posreduje ustrezne informacije o možnosti odstopa.²⁶

Potrošnik lahko od pogodbe odstopi s kakršnokoli nedvoumno izjavo o odstopu, podano v kakršnikoli obliki, ali z uporabo vzorčnega odstopnega obrazca, ki ga lahko podjetje potrošniku ponudi v elektronski obliki. Podjetje lahko na svoji spletni strani ponudi potrošniku možnost, da elektronsko izpolni in predloži tak obrazec ali da poda nedvoumno izjavo, iz katere izhaja potrošnikova volja za odstop od pogodbe. V takem primeru mu mora podjetje nemudoma potrditi prejem obvestila o odstopu od pogodbe na trajnem nosilcu podatkov, na primer po elektronski pošti ali s SMS-sporočilom. Dokazno breme glede uveljavljanja pravice do odstopa nosi potrošnik.

Obliko in vsebino odstopnega obrazca, ki mora vsebovati tudi informacije za potrošnika o načinu uveljavljanja njegovih pravic, je na podlagi zakonskega

²⁴ Schulte-Nölke, Twigg-Flesner, Ebers, str. 481, 615.

²⁵ Direktiva v 19. uvodni izjavi pojasnjuje, da bi pogodbe za dobavo digitalne vsebine morale biti znotraj področja uporabe te direktive in da bi potrošnik zanje moral imeti pravico do odstopa.

²⁶ Pri pripravi člena a43d ZVPot, kjer je določeno to pravilo, se je očitno zgodila redakcijska napaka, saj se besedilo prvih dveh odstavkov ponovi v tretjem in četrtem odstavku. Prvi odstavek tega člena je tako identičen tretjemu, drugi pa četrtemu odstavku.

pooblastila predpisal minister za gospodarstvo v prilogi Pravilnika o obrazcih v zvezi z uveljavljanjem pravice do odstopa od pogodbe, sklenjene na daljavo ali zunaj poslovnih prostorov.²⁷ Pravilnik z obrazcem ne določa dodatnih formalnosti, ampak le opredeli minimalno vsebino odstopne izjave. Ta mora vsebovati ime in naslov podjetja in potrošnika ter formulacijo »Obveščam/obveščamo vas, da odstopam/odstopamo od pogodbe za prodajo tega blaga/za zagotovitev te storitve – naročeno dne/prejeto dne«.²⁸ Vsebina obrazca sicer ni popolna glede informacij za potrošnika, saj ne predvideva posebnega opozorila zanj v primerih, ko je potrošnikova pravica do odstopa od pogodbe izključena oziroma predčasno preneha, kot to na podlagi 13. točke petega odstavka 43.č člena ZVPot velja za digitalno vsebino.

Ne glede na to, da sedaj ZVPot tudi za pogodbe o dostavi digitalnih vsebin po elektronski poti izrecno določa potrošnikovo pravico do odstopa od pogodbe v štirinajstdnevem roku, pa potrošnik v tipičnem položaju, ko se sklepa takšna pogodba, dejansko ne bo imel na voljo štirinajst dni za razmislek o odstopu od nje. V skladu s 13. točko petega odstavka 43.č člena ZVPot namreč potrošnik izgubi pravico do odstopa od pogodbe o dobavi digitalne vsebine, ki se ne dostavi na otipljivem nosilcu podatkov, če se je opravljanje storitve²⁹ začelo na podlagi potrošnikovega izrecnega predhodnega soglasja in s privolitvijo, da s tem izgubi pravico do odstopa od pogodbe. Potrošnikovo izrecno predhodno soglasje za začetek opravljanja storitve mora biti zapisano tudi v potrdilu o sklenjeni pogodbi, ki ga mora v skladu s šestim odstavkom 43.c člena ZVPot podjetje poslati potrošniku na trajnem nosilcu podatkov (na primer po elektronski pošti).

Potrošnik torej po tem, ko je sprožil prenos digitalne vsebine na svojo napravo, ne more več odstopiti od pogodbe. S tem je upoštevano, da je štirinajstdnevno obdobje za preizkus digitalnih vsebin navadno predolgo in omogoča zlorabe. Vendar zakonska rešitev (prevzeta iz direktive) po drugi strani bistveno zožuje praktični pomen pravice do odstopa pri digitalnih vsebinah v primerjavi z blagom in jo približuje ureditvi, ki velja za storitve. Vprašanje je, koliko

²⁷ Ur. l. RS, št. 43/14.

²⁸ Tak pristop je skladen z izhodiščem iz 44. uvodne izjave Direktive 2011/83/EU o pravicah potrošnikov, ki poudarja, da naj bi usklajen vzorčni odstopni obrazec poenostavil odstopni postopek in zagotovil pravno varnost, zato bi se morale države članice vzdržati dodajanja kakršnihkoli predstavitvenih zahtev vzorčnemu obrazcu Unije, na primer glede velikosti pisave. Potrošnik bi moral ohraniti možnost, da prostovoljno odstopi od pogodbe na podlagi lastne izjave trgovcu, pod pogojem, da je izjava, iz katere izhaja odločitev o odstopu od pogodbe, nedvoumna. Tej zahtevi bi lahko ustrezalo pismo, telefonski klic ali vračilo blaga z jasno izjavo, vendar pa bi dokazno breme glede odstopa od pogodbe v rokih, določenih s to direktivo, moralo biti na strani potrošnika. Prav zato je v interesu potrošnika, da trgovcu sporoči odstop od pogodbe na trajnem nosilcu podatkov.

²⁹ Pojem »storitev« je v tej določbi treba razumeti kot storitev dobave digitalne vsebine. Storitve tu torej označuje izpolnitveno ravnanje, ne pa sam predmet pogodbe, ki je digitalna vsebina.

bo namen pravice do odstopa na ta način sploh lahko dosežen. V 37. uvodni izjavi Direktive 2011/83/EU o pravicah potrošnikov je poudarjeno, da mora imeti potrošnik pri prodaji na daljavo pravico do odstopa od pogodbe, ker ne more videti blaga pred sklenitvijo pogodbe. Potrošnik bi moral imeti možnost, da, če je potrebno, preizkusi in pregleda blago, ki ga je kupil, da se prepriča o njegovi naravi, lastnostih in delovanju. Ta cilj pri digitalnih vsebinah torej ne bo dosežen, saj v trenutku začetka prenosa potrošnik vsebine še ne more niti delno pregledati ali preizkusiti, da bi se na podlagi tega odločil o odpovedi.³⁰ Potrošnik bo imel v odstopnem roku le možnost, da še enkrat premisli o svoji odločitvi za nakup, vendar na podlagi istih podatkov o digitalni vsebini, ki so mu bili na voljo že ob naročilu.

Treba se je tudi zavedati, da bo ta čas za razmislek navadno precej kratek, saj pri spletnem nakupovanju prenos digitalnih vsebin običajno takoj sledi oddaji naročila in izvedbi plačila. Pravica odstopa bo tako trajala samo od klika, s katerim potrošnik odobri nakup digitalne vsebine, do klika, s katerim začne elektronski prenos podatkov na svojo napravo. Čas, ki preteče med tema klikoma, pa je odvisen predvsem od tega, kako hitro potrošnik vnese podatke svoje kreditne kartice v spletni obrazec za plačilo, torej največ nekaj minut. Če ima pri ponudniku že ustvarjen uporabniški račun, pa je te podatke lahko že prej vpisal, zato sta oba klika lahko združena v enega (na primer nakupovanje z enim klikom v spletni trgovini Amazon). Potrošnik se pri takšni tehnični rešitvi spletne trgovine pravici do odstopa od pogodbe odpove v istem trenutku, ko jo je pridobil, torej že s samo sklenitvijo pogodbe na daljavo.

Rešitev, ki jo je na podlagi direktive uzakonil ZVPot, je torej predvsem odprava teoretični problem zaradi nejasnosti glede odstopa od pogodbe pri elektronsko dostavljenih digitalnih vsebinah. Večje praktične koristi za potrošnike od tako zasnovane pravice do odstopa ni pričakovati. Preizkus kupljene digitalne vsebine pred odločitvijo o odstopu od pogodbe bi bil potreben predvsem pri zahtevnejših in dražjih računalniških programih – za te pa so pogosto na voljo brezplačne preizkusne različice, ki potrošniku omogočajo omejeno uporabo programa še pred sklenitvijo pogodbe. Pri glasbi in filmih vnaprejšnji pregled ni potreben, zato bi obratna zakonska rešitev, ki bi potrošniku dala daljše obdobje za preizkus kupljene digitalne vsebine, lahko pretirano posegla v interese ponudnikov takih vsebin.

4.3. Določbe o pogodbah na daljavo, sklenjenih z elektronskimi sredstvi

Za elektronsko dobavo digitalnih vsebin so seveda aktualne tudi druge določbe ZVPot, ki urejajo varstvo potrošnikov pri pogodbah, sklenjenih na daljavo.

³⁰ Podobno meni Levovnik, str. V.

Če potrošnik s pogodbo na daljavo prevzame obveznost plačila, mora v skladu s tretjim odstavkom 43.c člena ZVPot podjetje zagotoviti, da v postopku oddaje naročila z uporabo elektronskih sredstev potrošnik izrecno potrdi, da se z oddajo naročila strinja s plačilom. To se zagotovi tako, da je gumb na spletni strani ali druga podobna funkcija, ki sproži oddajo naročila, označena z besedami »naročilo z obveznostjo plačila« ali drugo izjavo, iz katere nedvoumno izhaja, da je z oddajo naročila povezana obveznost plačila podjetju. Če podjetje ne spoštuje določil tega odstavka, potrošnika pogodba ali naročilo ne zavezuje. Navedena določba naj bi potrošnike obvarovala pred prikritimi stroški na internetu. Ta namen ima tudi določilo 25.č člena ZVPot, ki je sicer uvrščeno med splošna pravila o prodaji blaga in storitev in določa, da mora podjetje navesti skupno ceno z vsemi vključenimi stroški. Če se potrošnik s pogodbo poleg plačila za glavno pogodbeno obveznost zaveže k dodatnim plačilom, mora podjetje za tako plačilo pridobiti potrošnikovo izrecno soglasje, preden ga pogodba zavezuje. Takšnega potrošnikovega soglasja pa ne sme pridobiti z uporabo vnaprej privzetih možnosti v obrazcih, ki bi jih moral potrošnik zavrnil, da se izogne dodatnemu plačilu. Podjetje mora na svojih spletnih straneh najpozneje na začetku postopka za naročanje jasno in razločno navesti, ali obstajajo omejitve glede dostave in katere so sprejete oblike plačila. Stroški, ki jih prejemnik plačila zaračuna potrošniku za uporabo določenega plačilnega instrumenta, pa ne smejo presegati dejanskih stroškov, ki jih ima prejemnik plačila z uporabo tega instrumenta.

Pravilo, da je potrošnik oproščen obveznosti plačila v primeru nenaročene dobave blaga ali izvedbe storitev, je v 45. členu ZVPot izrecno razširjeno tudi na nenaročeno dobavo digitalne vsebine.

Bolj tehnični vidiki pravne ureditve sklepanja pogodb na daljavo v elektronski obliki z uporabo informacijske in komunikacijske tehnologije so urejeni v Zakonu o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu (ZEPEP)³¹ in Zakonu o elektronskem poslovanju na trgu (ZEPT).³² Njune določbe niso primarno namenjene varstvu potrošnikov, zagotavljajo pa pravni okvir elektronskega poslovanja, ki je pomemben tudi za zagotovitev pravne varnosti potrošnikov na tem področju. ZEPEP ureja zlasti pojem elektronskega sporočila in njegovega prejema, hrambo podatkov v elektronski obliki in pogoje za izenačitev elektronske oblike s pisno, ZEPT pa zlasti vprašanja storitev informacijske družbe kot gospodarskih dejavnosti, ki potekajo po internetu in so stalno dostopne, s čimer so zajete vse gospodarske dejavnosti podjetij, usmerjene k potrošnikom.

³¹ Ur. l. RS, št. 98/04 – uradno prečiščeno besedilo, 61/06 – ZEPT in 46/14.

³² Ur. l. RS, št. 96/09 – uradno prečiščeno besedilo in 19/15.

ZEPT določa splošno obveznost zagotavljanja podatkov, ki zavezuje vse ponudnike storitev informacijske družbe, torej vse subjekte, ki ponujajo storitev, »ki se po navadi zagotavlja za plačilo, na daljavo, z elektronskimi sredstvi in na posamezno zahtevo prejemnika storitev«.³³ Potemtakem so zavezana tako rekoč vsa podjetja, ki poslujejo na internetu. Izraz »ponudnik storitev« v ZEPT se torej ne nanaša samo na podjetja, ki z uporabo elektronskih sredstev ponujajo svoje storitve, ampak tudi na podjetja, ki prodajajo blago ali digitalne vsebine. Po 5. členu ZEPT mora ponudnik storitev na svojih spletnih straneh prejemnikom storitve in pristojnim organom poleg drugih zahtev v zvezi s podatki v skladu z veljavnimi predpisi zagotavljati lahek, neposreden in stalen dostop do:

- podatkov o podjetju in sedežu ponudnika storitev,
- veljavnega elektronskega naslova za hitro in učinkovito komuniciranje,
- matične in davčne številke,
- podatkov o dovoljenjih, ki jih potrebuje za opravljanje svoje dejavnosti, in pristojnih nadzornih organih,
- pri reguliranih poklicih pa tudi do navedbe poklicnega združenja, v katero je ponudnik včlanjen, poklicnega naziva in države, v kateri je bil podeljen naziv, ter napotila k uporabnim poklicnim pravilom v državi članici, v kateri je registrirana dejavnost, in načinom dostopa do njih.

Ta obveznost se deloma prekriva z določilom 2. točke prvega odstavka 25.b člena ZVPot, ki pravi, da mora podjetje potrošniku pred sklenitvijo pogodbe zagotoviti informacije o svoji firmi, sedežu in telefonski številki. Za pogodbe na daljavo pa 43.b člen ZVPot predpisuje, da mora potrošnik, še preden ga pogodba zavezuje, prejeti še informacije o naslovu, na katerem podjetje dejansko opravlja dejavnost, telefonski številki, številki telefaksa in naslovu elektronske pošte podjetja, kadar so na voljo, po potrebi pa tudi o firmi in sedežu podjetja, v imenu katerega deluje in kamor lahko potrošnik naslovi pritožbo.

V tretjem odstavku 5. člena ZEPT vsem ponudnikom storitev informacijske družbe predpisuje, da morajo prejemnikom storitve in pristojnim organom poleg drugih zahtev, povezanih s podatki v skladu z veljavnimi predpisi, jasno in nedvoumno označiti ceno storitve ter navesti, ali so v njej vključeni davek, stroški dobave in morebitne druge dajatve. Potrošniško pravo pa med drugim zahteva, da so ti podatki potrošniku zagotovljeni v obliki predpogodbenih informacij, in sicer mora po tretji in četrti točki 25.b člena ZVPot podjetje potrošniku pred sklenitvijo pogodbe zagotoviti končno ceno blaga ali storitve, vključno z davki, ali način izračuna cene, če je zaradi narave blaga ali storitve ni mogoče izračunati vnaprej, ter informacije o morebitnih dodatnih stroških

³³ Tako opredeljuje storitve informacijske družbe 11. točka 3. člena ZEPT.

prevoza, dostave ali pošiljanja ali opozorilo, da taki stroški lahko nastanejo, če jih ni mogoče vnaprej izračunati.

V 7. členu pa ZEPT splošno ureja sklepanje pogodb v elektronski obliki. Najprej določa, da mora ponudnik storitev, ki sklepa pogodbe v elektronski obliki, pogodbeno določila in splošne pogoje zagotoviti v taki obliki, da jih prejemnik storitve lahko shrani in reproducira. To je širše od zahtev ZVPot, ki v 22. členu nalaga podjetju, da potrošnika seznani s celotnim besedilom pogodbenih pogojev, pri čemer zadošča, da je potrošnik nanje opozorjen in so mu dostopni brez težav, ne pa tudi, da jih lahko shrani in reproducira. Seveda možnost shranitve in reproduciranja pogodbenih določil pride v poštev zlasti na področju elektronskih komunikacij, torej pri sklepanju pogodb na daljavo. Kot smo že omenili, 43.c člen ZVPot zahteva, da podjetje po sklenitvi take pogodbe potrošniku zagotovi potrdilo o sklenjeni pogodbi na trajnem nosilcu podatkov, ne pa tudi, da mu zagotovi celotne pogodbene pogoje. Tudi 7. člen ZEPT ne zahteva pošiljanja pogodbenih pogojev po elektronski pošti, ampak le dopolnjuje 22. člen ZVPot glede načina seznaitve potrošnika s pogodbenimi pogoji. Ti morajo biti dostopni na ponudnikovi spletni strani v takšnem formatu, ki potrošniku omogoča njihovo preprosto shranitev v elektronski obliki in naknadno reproduciranje. Ta pogoj je najjasneje izpolnjen, če so pogodbeni pogoji na spletni strani dostopni v ločenem dokumentu v formatu pdf ali splošno uveljavljenem tekstovnem formatu. Vendar menim, da zakonski zahtevi ustreza tudi objava pogodbenih pogojev neposredno na spletni strani v obliki html, ki omogoča označitev in kopiranje besedila oziroma shranitev spletne strani. Če sta ti funkciji onemogočeni ali če je besedilo dostopno samo v slikovni obliki, v formatu flash ali v formatu, ki ga je mogoče uporabljati le s posebnimi plačljivimi programi, pa podjetje krši svoje obveznosti po ZEPT.

V istem členu ZEPT določa še, da mora ponudnik storitve pred oddajo naročila prejemnika storitve v elektronski obliki, jasno, razumljivo in nedvoumno:

- opisati tehnične postopke za sklenitev pogodbe,
- navesti, ali bo shranil besedilo pogodbe in ali bo dostopno prejemniku storitve,
- opisati tehnična sredstva za prepoznavanje in popravo napak pred oddajo naročila ter
- navesti druge jezike poleg slovenščine, v katerih je mogoče skleniti pogodbo.

Ponudnik storitev mora prejemniku storitve omogočiti uporabo ustreznih, učinkovitih in dostopnih elektronskih sredstev, s katerimi lahko prepozna in popravi napake pri vnosu pred oddajo naročila. Prejem naročila v elektronski obliki mora takoj potrditi s potrdilom o prejemu v elektronski obliki. Kadar ponudnika storitev zavezujejo kodeksi ravnanja, jih mora navesti ter zagotoviti ali opisati elektronski dostop do njih. Te obveznosti glede načina sklepanja pogodb

v elektronski obliki pa ne veljajo, če se pogodba sklene izključno z izmenjavo elektronske pošte ali s primerljivimi posamičnimi sporočili, torej ko sklepanje pogodbe ni avtomatizirano, ampak se odvija z neposredno komunikacijo med strankama, kar je bolj podobno klasičnemu sklepanju pogodb. Izjema velja le, če se je tako odvil celoten postopek sklepanja pogodbe, in ne če sta si stranki v sicer avtomatiziranem postopku izmenjali le posamezna elektronska sporočila, na primer zaradi dodatne specifikacije naročila ali njegove naknadne spremembe.

Podjetje, ki se loti prodaje digitalnih vsebin po elektronski poti, mora torej že pri tehničnem vzpostavljanju svoje storitve upoštevati vsebinsko povezana pravila več zakonov, zlasti določbe ZEPT glede splošne obveznosti zagotavljanja podatkov in sklepanja pogodb v elektronski obliki, splošne določbe ZVPot o pogodbenih pogojih ter prodaji blaga in opravljanju storitev, posebne določbe ZVPot o pogodbah, sklenjenih na daljavo, in znotraj tega še obveznosti glede zagotavljanja posebnih predpogodbenih informacij o digitalni vsebini in ustreznega obveščanja potrošnika o posebnostih glede uveljavljanja pravice do odstopa od pogodbe. Nomotehnična ureditev ni posrečena, ker se določbe, ki so razbite med več zakonov, vsebinsko deloma prekrivajo, hkrati pa medsebojno niso povsem usklajene. Med njimi sicer ni zaznati vsebinskih nasprotij, vendar ponudnike po nepotrebnem lahko spravljajo v negotovost glede vprašanja, ali pri poslovanju ustrezno izpolnjujejo obveznosti po vseh predpisih hkrati.³⁴ Vir teh težav je sicer že v evropski ureditvi, ki je prav tako razbita na več direktiv, ki izvirajo iz različnih obdobj in medsebojno prav tako niso usklajene.

5. Odgovornost za napake digitalne vsebine

5.1. Jamčevanje za stvarne napake

Kljub prvotnim nameram Evropske komisije Direktiva 2011/83/EU o pravicah potrošnikov ni zajela tudi vprašanja odgovornosti za napake digitalne vsebine, ki se ne dobavi na oprijemljivem nosilcu, ampak po elektronski poti. To vprašanje postaja vse pomembnejše, saj se prek interneta ne dobavljajo več le igre in druge zabavne aplikacije za mobilne telefone, temveč vse pogostejše tudi programi za poslovno uporabo, na primer pisarniški paketi programske opreme in programi za grafično oblikovanje, katerih cena je razmeroma visoka, njihovo brezhibno delovanje pa za kupca bistvenega pomena. Vendar klasična pravila o odgovornosti za stvarne napake niso povsem ustrezna za digitalno vsebino, pri kateri pogosto sploh ne moremo govoriti o določenem končnem izdelku, ampak njen proizvajalec navadno določeno obdobje po nakupu zagotavlja redne

³⁴ Prim. Možina, str. 20.

posodobitve, ki odpravljajo zaznane napake in pomanjkljivosti v programski kodi, in sicer ne glede na to, ali jih je kateri od kupcev grajal ali ne. To je značilno zlasti za funkcionalno digitalno vsebino, torej programsko opremo, manj pa za glasbo, filme ali elektronske knjige, vendar je tudi glede teh možno odpraviti napake po elektronski poti, če ne drugače, s ponovljeno dostavo. Vsekakor pa tudi glede digitalne vsebine potrošniku ne bi smelo ostati na voljo le čakanje, da bo proizvajalec sam odkril napako in jo odpravil ob naslednji posodobitvi, če se mu bo to zdelo potrebno. Potrošnik bi moral pri digitalni vsebini prav tako imeti primerljivo možnost kot pri fizičnem blagu, da graja napake digitalne vsebine, ki jih sam opazi, in od podjetja zahteva njihovo odpravo oziroma uveljavlja druge zahteve iz naslova jamčevanja za napake.

V evropskem potrošniškem pravu je odgovornost prodajalca za napake še naprej urejena v Direktivi 1999/44/ES o prodaji potrošniškega blaga in garancijah, ki ne vsebuje določb o digitalni vsebini, ampak se omejuje na napake na potrošniškem blagu. Ta pojem opredeljuje drugi odstavek 1. člena direktive, ki pravi, da potrošniško blago pomeni premične materialne predmete, razen blaga, prodanega v okviru izvršbe ali drugih sodnih ukrepov, vode in plina, če se ne prodajata v omejeni prostornini ali določeni količini, in elektrike.³⁵ Zaradi omejitve blaga na materialne predmete in izključitve elektrike iz pojma blaga je jasno, da pojem potrošniškega blaga po direktivi lahko zajema samo digitalno vsebino, ki se dobavi na oprijemljivem materialnem mediju, ne pa tudi tiste, ki se dobavi z elektronskimi sredstvi.

Do novele ZVPot-F bi enaka ugotovitev lahko veljala za slovensko potrošniško pravo. Kot smo že omenili, je bila s to novelo vpeljana definicija blaga, ki pa se od opredelitve v obeh direktivah razlikuje po določilu, da se za blago šteje tudi digitalna vsebina. Pri uvodni razpravi o opredelitvi digitalne vsebine smo že zastopali stališče, da je glede vprašanj, ki jih ureja Direktiva 2011/83/EU o pravicah potrošnikov, zaradi načela popolne uskladitve nacionalnih predpisov treba pojem blaga tudi po ZVPot razlagati tako, da obsega le digitalno vsebino, ki je potrošniku dobavljena na oprijemljivem mediju. Na področju Direktive 1999/44/ES o prodaji potrošniškega blaga in garancijah pa ni določena popolna uskladitev nacionalnih zakonodaj, ampak direktiva v 8. členu pravi, da lahko države članice na vsebinskem področju direktive sprejmejo ali ohranijo strožje določbe, da zagotovijo višjo raven varstva potrošnikov. To odpira manevrski prostor za razlago, da slovenski zakon pri odgovornosti za stvarne napake določa višji standard varstva potrošnikov, tako da to odgovornost širi tudi na stvarne

³⁵ Direktiva 2011/83/EU o pravicah potrošnikov vključuje v pojem blaga tudi električno energijo, če se prodaja v omejeni količini, torej enako kot pri dobavi vode ali plina. V preostalem sta definiciji identični.

napake digitalne vsebine. Če je bil to namen zakonodajalca, pa je izražen zelo nerodno in prikrito, saj ni bil niti nakazan v razlagi predloga zakona, poleg tega ureditev v ničemer ne upošteva posebnosti digitalnih vsebin.

Ne glede na ureditev v ZVPot prodajalec za napake digitalne vsebine kupcu odgovarja po splošnih pravilih Obligacijskega zakonika (OZ)³⁶ o odgovornosti za stvarne in pravne napake izpolnitve pri vzajemnih pogodbah (100. člen OZ), na uporabo katerih napotuje tudi četrti odstavek 37. člena ZVPot. So pa roki za grajanje napak po OZ za potrošnika manj ugodni kot po ZVPot, saj mora kupec po OZ grajati napake v osmih dneh, po ZVPot pa v dveh mesecih od dneva, ko je bila napaka odkrita. Po OZ prodajalec odgovarja za napake, ki se pokažejo v šestih mesecih od izročitve stvari, medtem ko po ZVPot ta odgovornost traja dve leti, pri čemer se šteje, da je napaka na stvari obstajala že v času izročitve, če se pojavi v roku šestih mesecev od izročitve. Za kupca je ugodnejša tudi izbira med zahtevki iz naslova stvarne napake po ZVPot.

5.2. Odgovornost za izdelek

ZVPot določa pravila produktne odgovornosti v 4. členu, kjer pravi, da je v skladu s splošnimi pravili o odgovornosti za škodo in s pravilom o odgovornosti proizvajalca stvari z napako dolžan proizvajalec izdelka, kadar napaka na izdelku povzroči smrt, telesno poškodbo ali okvaro človekovega zdravja ali kadar zaradi napake na izdelku nastane škoda na drugi stvari, povrniti nastalo škodo, če je poškodovana stvar običajno namenjena in pretežno uporabljena za zasebno uporabo in če škoda presega 500 evrov.³⁷

Nedvomno lahko škoda v tej višini na drugi stvari nastane tudi zaradi napake digitalne vsebine, na primer če ta vsebuje računalniški virus, ki povzroči izgubo potrošnikovih podatkov, shranjenih na isti napravi, ali če digitalna vsebina vsebuje napako v programski kodi, ki sproži napačno delovanje elektronske naprave, tako da se ta pregreje, vname in povzroči požar. Seveda je tveganje povzročitve škode ali nevarnosti za človeka večje pri napakah na programsko vodenih industrijskih napravah, za katere pravila ZVPot ne veljajo. Vendar je tudi vse več modernih gospodinjskih proizvodov računalniško vodenih in uporabniku omogočajo, da prek interneta (po mobilni podatkovni povezavi, domačem brezžičnem omrežju ali podatkovnem kablu) posodablja njihovo programsko opremo ali nalaga nove programe (aplikacije), ki usmerjajo delovanje naprave. Očiten primer so mobilni

³⁶ Ur. l. RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo in 64/16 – odl. US.

³⁷ V skladu z 11.a členom ZVPot ta ureditev produktne odgovornosti velja tudi v razmerju do oseb, ki niso potrošniki, zato določbe ZVPot v celoti izključujejo uporabo 155. člena OZ o odgovornosti proizvajalca stvari z napako. Glej Možina, str. 24. Primerjaj sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 1397/2016 z dne 19. oktobra 2016.

telefoni, tablice, prenosni računalniki in igralne konzole, nastajajo pa vedno nove kategorije »pametnih naprav«, kot so avtonomni robotski sesalniki, pametni hladilniki, pametni televizorji, avtonomni avtomobili in podobne naprave, ki fizično posegajo v svoje okolje in pri katerih je zato več možnosti za povzročitev škode na stvareh, ki niso naprava sama.

Vprašanje je, v katerih primerih pravila o produktni odgovornosti zajemajo tudi odgovornost za napake digitalne vsebine same po sebi. V 5. členu ZVPot je namreč pojem »izdelek« omejen na premične stvari (enako kot v 2. členu Direktive 85/374/ES o odgovornosti za proizvode z napako), kar očitno ne zajema nematerializirane digitalne vsebine. Seveda ni dvoma o tem, da proizvajalčeva odgovornost za izdelek po 4. členu ZVPot obsega tudi odgovornost za napake programske opreme, ki je vsebovana v napravi, kot jo proizvajalec dobavi kupcu (potrošniku). V takšnem položaju je programska oprema sestavina izdelka in napake na njej je treba obravnavati kot napake izdelka. Prav tako je podana odgovornost za digitalno vsebino, dobavljeno na oprijemljivem mediju (na primer na DVD-plošči), saj je treba obravnavati kot izdelek ta medij. Vprašanje pa je, kako je z digitalno vsebino, ki ni dobavljena na materialnem nosilcu, ampak z elektronskim prenosom podatkov, torej v neopredmeteni obliki. Digitalno vsebino lahko v tej obliki dobavlja proizvajalec elektronske naprave, ki zanjo prek interneta zagotovi posodobitve programske opreme. Lahko pa po elektronski poti digitalno vsebino dobavlja drug neodvisni ponudnik aplikacij, zemljevidov, iger, avdiovizualnih del itd.

Takšne neopredmetene digitalne vsebine so samostojen predmet prodaje z lastno premoženjsko vrednostjo in, kot rečeno, lahko zaradi svojih napak povzročijo škodo. Če so izvzete iz produktne odgovornosti, je kupec elektronsko prenesenih digitalnih vsebin na slabšem od kupca oprijemljivega blaga, tudi od tistega, ki je isto digitalno vsebino kupil na oprijemljivem mediju. Takšno razlikovanje je očitno nesmiselno, saj v obeh primerih škoda izvira iz iste napake digitalne vsebine, razlika je le v načinu dobave te vsebine od proizvajalca do kupca. Pravnopolitično bi bilo torej nujno oba položaja obravnavati enako. To bi bilo mogoče doseči z razširjajočo razlago pojma izdelek, na podlagi tega, da 5. člen ZVPot in 2. člen Direktive 85/374/ES o odgovornosti za proizvode z napako v pojem izdelka vključujeta tudi električno energijo.³⁸ Ta je torej neke vrste neopredmetena premičnina, podobno kot digitalna vsebina.³⁹ Vendar oba člena izrecno govorita o električni energiji (in ne na primer o elektriki ali električnem toku), pri digitalnih vsebinah pa elektrika ni dobavljena za energetske namene,

³⁸ Rešitev je ravno obratna kot pri Direktivi 1999/44/ES o prodaji potrošniškega blaga in garancijah, ki iz pojma »potrošniško blago« izrecno izključuje elektriko.

³⁹ Primerjaj Rihtar, str. 867.

ampak je le sredstvo elektronskega zapisa digitalne vsebine. Poleg tega je električna energija vključena v pojem blaga tudi pri Direktivi 2011/83/EU o pravicah potrošnikov, pa ta direktiva elektronsko dobavljeno digitalno vsebino izrecno obravnava ločeno od blaga. Podlage za subsumpcijo digitalnih vsebin pod pojem izdelka po Direktivi 85/374/ES o odgovornosti za proizvode z napako so torej bolj šibke. Glede na to bi bilo smotno, da bi se pojem produktne odgovornosti v zakonodaji izrecno razširil še na digitalno vsebino.⁴⁰

6. Nadaljnji razvoj

Iz dosedanjega razvoja je mogoče zaključiti, da se pravno obravnavanje digitalnih vsebin kot predmeta pogodbe vendarle postopoma približuje pravnemu obravnavanju blaga. Ni torej prevladalo stališče nekaterih proizvajalcev digitalnih vsebin, da so te izvete iz potrošniških pravil o dobavi blaga ali opravljanju storitev, češ da se za digitalno vsebino sklepajo le licenčne pogodbe. Tako stališče je zavrnilo tudi Sodišče Evropske unije v zadevi C-128/11, *UsedSoft proti Oracle International*, z dne 3. julija 2012 (EU:C:2012:407), v kateri je odločilo, da se pravica distribuiranja kopije računalniškega programa izčrpa tudi, če program ni bil kupljen na fizičnem nosilcu, ampak je bila elektronska kopija s soglasjem imetnika avtorske pravice naložena s spleta in je bila za uporabo programa sklenjena licenčna pogodba. Proizvajalec kot imetnik avtorskih pravic zato zakonitemu pridobitelju elektronskega izvoda programa ne more preprečiti, da tak izvod programa proda naprej. Resda to velja samo za računalniške programe, ker se je sodišče izrecno oprlo na člene Direktive 2009/24/ES o pravnem varstvu računalniških programov,⁴¹ vendar si je težko predstavljati, da bi dolgoročno za druge kategorije avtorskih vsebin veljala povsem drugačna ureditev, saj je izčrpanje pravice distribuiranja splošen institut prava intelektualne lastnine.⁴²

Pričakovati je torej, da se bo razvoj pravil evropskega potrošniškega prava, ki veljajo za digitalne vsebine, še nadaljeval. V tem smislu že Direktiva 2011/83/EU o pravicah potrošnikov v 19. uvodni izjavi napoveduje, da bo Evropska komisija preučila potrebo po dodatnem usklajevanju predpisov, povezanih z digitalno vsebino, in če bo treba, pripravila zakonodajni predlog v zvezi s tem.

⁴⁰ Podobno ugotavlja že Evropska komisija v Zeleni knjigi o pregledu pravnega reda Skupnosti o varstvu potrošnikov iz leta 2007, navedeno delo, str. 24.

⁴¹ Direktiva 2009/24/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. aprila 2009 o pravnem varstvu računalniških programov (kodificirana različica), UL L 111, z dne 5. maja 2009.

⁴² Glej na primer 43. člen Zakona o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP), Ur. l. RS, št. 16/07 – uradno prečiščeno besedilo, 68/08, 110/13, 56/15 in 63/16 – ZKUASP. Podrobneje o možnem razvoju načela izčrpanja pravic na digitalnih dobrinah razpravlja Savič, str. 427–429.

V strategiji za enotni digitalni trg iz maja 2015 je Komisija napovedala zakonodajno pobudo o usklajenih pravilih za dobavo digitalnih vsebin in spletno prodajo blaga. Decembra 2015 je objavila predlog direktive o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalnih vsebin, ki poleg klasične dobave programov, digitalne glasbe, elektronskih knjig in filmov obsega tudi digitalne storitve, zlasti najem spletnih računalniških programov, računalništvo v oblaku in družbena omrežja. Predlog direktive ugotavlja, da obstajajo številni načini dobave digitalnih vsebin, kot so prenos na trajnem nosilcu podatkov, prenos na naprave potrošnikov, pretakanje s spleta, omogočanje dostopa do pomnilniških zmogljivosti digitalnih vsebin in dostop do uporabe družbenih medijev, in glede na to sklene, da bi se morala direktiva uporabljati za vse digitalne vsebine, ne glede na medij, uporabljen za njihov prenos. Razlikovanje med različnimi kategorijami na tem tehnološko hitro spreminjajočem se trgu ni zaželeno, saj bi se bilo tako rekoč nemogoče izogniti diskriminaciji med dobavitelji. Predlagana direktiva naj bi v celoti (s pristopom popolne harmonizacije) uskladila posebna pravila o skladnosti digitalnih vsebin, pravna sredstva, ki so na voljo potrošnikom v primeru neskladnosti digitalnih vsebin s pogodbo (torej stvarnih in pravnih napak digitalne vsebine), nekatere načine za uveljavljanje teh pravnih sredstev, nekatere vidike v zvezi s pravico do odpovedi dolgoročne pogodbe in nekatere vidike v zvezi s spremembami digitalnih vsebin. Predlog direktive ne uvaja klasične produktne odgovornosti za digitalno vsebino, ampak posebno (komplementarno) pravico potrošnika, da mu dobavitelj digitalne vsebine povrne kakršnokoli gospodarsko škodo za njegovo digitalno okolje zaradi neskladnosti s pogodbo ali nezagotovitve dobave digitalnih vsebin.

Takšen razvoj pravnega obravnavanja digitalnih vsebin se mi zdi pravilen. Potrošnikom je treba zagotoviti primerljivo raven pravnega varstva ne glede na to, ali je predmet pogodbe digitalna ali fizična vsebina, seveda pa je treba pri zakonskem urejanju ustrezno upoštevati tudi tehnološke posebnosti digitalnih vsebin.

Literatura in viri

Analytical Report on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis submitted by the Consumer Policy Evaluation Consortium, 6. 11. 2007, http://ec.europa.eu/consumers/rights/detailed_analysis_en.pdf (20. 12. 2016).

Commission staff working paper: Report on the outcome of the public consultation on the Green paper on the review of the consumer acquis, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/acquis_working_doc.pdf (20. 12. 2016).

LEVOVNIK, Jure, Odstop potrošnika od pogodbe o elektronski dobavi digitalne vsebine. Pravna praksa, 2011, let. 30, št. 3, Priloga, str. II–V.

- LOOS, Marco B. M., in drugi, Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts: Final report. Amsterdam: University of Amsterdam, 2011, http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/legal_report_final_30_august_2011.pdf (20. 12. 2016).
- MOŽINA, Damjan, Kriza slovenskega prava varstva potrošnikov. V: A. Vlahek (ur.), M. Damjan (ur.), Pravo in politika sodobnega varstva potrošnikov. Ljubljana: IUS Software (GV Založba), Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti, 2015, str. 13–30.
- Predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalnih vsebin, COM(2015) 634 final, Bruselj, 9. 12. 2015.
- Predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta o pravicah potrošnikov, COM(2008) 614 konč., Bruselj, 8. 10. 2008.
- RIHTAR, Kevin, Odgovornost proizvajalca za proizvod: aktualna vprašanja. Podjetje in delo, 2015, let. 41, št. 5, str. 863–895.
- SAVIČ, Maša, The Legality of Resale of Digital Content after UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law. European Intellectual Property Review, 2015, letn. 37, št. 5, str. 414–429.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans, TWIGG-FLESNER, Christian, EBERS, Martin (ur.), EC Consumer Law Compendium: Comparative Analysis. Bielefeld: Universität Bielefeld, 2008, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf (20. 12. 2016).
- Strategija za enotni digitalni trg za Evropo: Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij, COM(2015) 192 final, Bruselj, 6. 5. 2015.
- The proposal for a directive on consumer rights: Scope, relationship with national general contract law and relationship with other community legislation, Bruselj, 9. 10. 2009, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/note_CDR_en.pdf (20. 12. 2016), str. 3.
- Zelena knjiga o pregledu pravnega reda Skupnosti o varstvu potrošnikov, COM (2006) 744 final, Bruselj, 8. 2. 2007.

Common EU Rules on Digital Content: Future challenges for domestic legislator¹

Róbert Dobrovodský

1. Introduction

In 2011 the European Commission published a proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (CESL).² The European Parliament adopted in its first reading a legislative resolution on the proposal in February 2014, proposing substantial amendments. However, the proposal did not receive the Council's backing. In its Work Programme for 2015, the European Commission stated that it would be modifying the CESL proposal, and the two legislative proposals under examination here are the result of that process. The 2015 Work Programme announced that the European Commission was preparing a strategy to identify and tackle the major challenges towards a digital single market, undertaking, amongst other things, to simplify the rules for consumers making online and digital purchases.³

On 9 December 2015, the European Commission adopted two proposals for Directives relating to contract law: a proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (hereinafter Directive on the supply of digital content or Proposal)⁴ and a proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods (hereinafter Directive on online sales of goods). The Proposal is part of the Digital Single Market Strategy for Europe.⁵ The Digital Single Market Strategy adopted by the Commission on 6 May 2015 announced a legislative initiative on harmonised rules for the supply of digital content and online sales of goods.

There is a need for regulation of digital content contracts, because over the last years the consumption of digital content has become common for consumers

¹ This article was elaborated as a part of project Nr. APVV-14-0061 supported by The Slovak Research and Development Agency (APVV); Article has been presented on 16th of June 2016 at international conference organized by the Faculty of Law in Ljubljana, Slovenia.

² See Jurčová, Štefanko.

³ Staudenmayer.

⁴ Document Nr. COM(2015) 634 final 2015/0287 (COD).

⁵ COM (2015) 192 final, <http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/> (30. 5. 2017).

of all ages, professions, and levels of experience in many European countries. Consumers download music and ringtones, subscribe to podcasts, watch a TV programme or a movie online, game and gamble online, purchase e-books, and so on. In short, the consumption of digital content has become an integral part of the daily life of Europe's digital consumers. By demanding and consuming these products, digital consumers are the engine of the information economy. Growing consumer demand for all kinds of digital content stimulates the digital content sector to become one of the most dynamic, innovative, and prospering economies within and outside the EU.⁶

2. Legislative challenge: broad definition of the digital content

The Proposal raises some legislative challenges for national legislators, when implementing the future directive on digital content. One of the challenges is the determination of the scope of the Proposal. The substantive scope of the Proposal is linked to the notion of digital content. Digital content means

- a) data which is produced and supplied in digital form, for example, video, audio, applications, digital games and any other software,
- b) a service allowing the creation, processing, or storage of data in digital form, where such data is provided by the consumer, and
- c) a service allowing sharing of and any other interaction with data in digital form provided by other users of the service.⁷

Comparing with the Consumer Rights Directive (CRD)⁸ the Proposal regulates a broader notion of digital content. Digital content as regulated by the CRD means data which are produced and supplied in digital form.⁹ The first element of the definition (data which is produced and supplied in digital form) of digital content¹⁰ corresponds to the definition of digital content in the CRD. The Proposal gives examples of video, audio, applications, digital games and

⁶ Loos, Helberger, Guibault, Mak, pp. 729–730.

⁷ Art. 2 Para. 1.

⁸ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, OJ L 304, 22. 11. 2011. See also Jurčová 2017.

⁹ See Recital 19 of the Proposal: Digital content means data which are produced and supplied in digital form, such as computer programs, applications, games, music, videos or texts, irrespective of whether they are accessed through downloading or streaming, from a tangible medium or through any other means. Contracts for the supply of digital content should fall within the scope of this Directive. If digital content is supplied on a tangible medium, such as a CD or a DVD, it should be considered as goods within the meaning of this Directive.

¹⁰ Article 2 Para. 1 a.

any other software, and explicitly includes visual modelling files required in the context of 3D printing.¹¹ The European Commission's argumentation for broader notion of digital content was based on fast technological developments and necessary to maintain the future-proof nature of the notion of digital content. In the third element of the definition, the Proposal covers also services allowing sharing of and any other interaction with data in digital form provided by other users of the service. Here it is neither the supplier nor the consumer who actually supplies the data, since the data comes from third parties - other users of the service.

The most significant difference between the Proposal and the CRD is the inclusion, under the umbrella of supply of digital content - not only sale-like transactions in which the consumer receives digital content from the supplier, but also digital service contracts.

2.1. The independence of the medium (storage)

The Proposal should cover digital content independently of the medium for its transmission. Various categories of digital content can be supplied differently, for example, by transmission on a durable medium, by web-streaming, or by downloading by consumers on their devices. The way of the supply (supply of digital content) is described in paragraph 10 of Article 2 of the Proposal and is understood as providing access to digital content or making digital content available. It seems that both concepts (provision of access and making available) are actually synonyms.

We can understand that European Commission favours the broader notion of digital content. The broad definition is technologically neutral and prevents circumvention of the rules by, for instance, a simple change in the design or technical concept of the digital content or the use of a different distribution channel.

2.2. Legislative challenge in the stage of implementation

The Proposal aims at maximum harmonization which means that Member States would not be allowed to provide for more consumer-friendly rules in their national legal systems within the Proposal's scope. Even if the Proposal will enumerate examples of digital content, the national legislator will face the task to define the digital content in national contract law in a way that covers a very large range of the digital content that currently exist on the market remaining open to future technical developments. We believe it will not be easy to guarantee

¹¹ See Recital 16 of the Proposal.

foreseeability and legal clarity. It can bring legal disputes on national level. Services and digital content are enjoyed in different ways by consumers and understood to be different offerings. This has resulted in, for example, the Slovak legislator separating services from other offerings.

For example, the Slovak legislator has already included digital contracts under the existing concepts for tangible contracts (sale and rental contract). In Slovakia, there aren't special rules for the supply of digital content. In this case, the relation to Slovak private law is regulated in paragraph 9 of Article 3 of the Proposal. This article provides that, in so far as not regulated in the Proposal, it shall not affect national contract laws such as rules on formation, the validity or effects of contracts, including the consequences of the termination of a contract. Whilst the Proposal creates a new type of contract (supply of digital content) it does not require the Slovak legislator to do so. We do assume that the national legislator is free to implement the specific rules of the Proposal within the existing rules on the sale of goods, rental or services.

One could say that the national legislator could use the definition of the digital content as defined in the CRD. But the fact is that the notion of digital in the CRD content doesn't determine the full scope of application of the CRD. The Proposal brings with its applicability serious consequences for relationships governed by national contract law such as:

- Conformity test
- Rules on the supply (delivery) of the digital content
- Liability of the supplier in the event of a lack of conformity
- Burden of proof, and
- Remedies in the event of non-conformity¹²

In our opinion, the further analysis on the definition is needed, particularly we have to be careful so that we would not regulate something that we actually do not wish to regulate.

¹² Apart from remedies for non-conformity the Proposal also provides for the supplier's liability in damages towards the consumer. This is possible whenever the non-conforming digital content caused economic damage to the digital environment of the consumer. The same applies if such economic damage was caused by the non-delivery of the digital content by the supplier. The rule on damages provides that they are intended to 'put the consumer as nearly as possible into the position' in which they would have been had the digital content been duly supplied in conformity with the contract. The concept of economic damage is not defined and the Recital merely explains that the harm suffered by the consumer can extend to both software and hardware. The Proposal provides that detailed rules on the exercise of the right to damages are to be laid down by the Member States (to the topic right to damages in Slovak law, see: Jurčová (2016b), pp. 160–167; Novotná, Jurčová, pp. 139–160; Maslák, pp. 511–520).

3. Legislative challenge: delineation between the scope of two regimes (directives)

The Proposal should not apply to digital content which is embedded in goods in such a way that it operates as an integral part of the goods and its functions are subordinate to the main functionalities of the goods. This would mean that the rules on sale of goods would apply to such digital content embedded in goods.

The everyday life shows that more and more goods contain embedded digital content. The diversity of such products is vast and the extent to which the digital content contributes to their functioning varies. This is the case of simple household appliances, smart cars, the Internet of things,¹³ smart goods, or smart homes. The range stretches from household appliances, such as washing machines, where the digital content basically only controls the primary function of the item (to run the washing cycle in the example of the washing machine) to goods which are equipped with additional applications that make such goods smart products (for example, a smart fridge that, in addition to cooling its content, checks the stock and creates a shopping list or even orders the shopping). Such products also include goods where the digital content could be considered predominant compared to the tangible part of the product (for example, smart home device which controls the heating, air conditioning, etc.).

The sale of movable items applies in particular when it comes to any movable item that includes software as a permanent integral part (e.g. smartphones, tablets). Of course, there are certain cases, where it is quite clear that the rules on sale of goods apply (for example, washing machine) or that the rules on the supply of digital content apply (for example, DVD).

There are, however, borderline cases, where it is difficult to say, whether the only purpose or at least the main purpose of the tangible medium is to be a carrier of digital content or if there are other functions as well. For example, a GPS-device or an e-book reader seem, at least to me, devices whose main purpose is to carry digital content.

There is a risk of creating two different conformity regimes for the same digital content, when digital content is pre-installed in the goods. For example: A laptop with Microsoft Office installed, if Microsoft Office no longer works, falls

¹³ Generally speaking, it refers to a global, distributed network (or networks) of physical objects that are capable of sensing or acting on their environment, and able to communicate with each other, other machines or computers. Such 'smart' objects come in a wide range of sizes and capacities, including simple objects with embedded sensors, household appliances, industrial robots, cars, trains, and wearable objects such as watches, bracelets or shirts. Their value lies in the vast quantities of data they can capture and their capacity for communication, supporting real time control or data analysis that reveals new insights and prompts new actions. (Davies.)

under the goods regime. If Microsoft Office was bought separately (downloaded or on a CD/DVD) it would fall under the digital content regime. This could lead to confusion for consumers and traders. This could have an impact on the business model and selling methods of traders.

How to resolve this potential dilemma should be further examined. One option could be to apply the rules on the sale of goods to products which contain embedded software (integrated digital content) in such a way that its functions are subordinate to the main functionalities of the goods. United Kingdom has already adopted legislation specifically on digital content.¹⁴

We believe that the goods rights should apply as far as the functioning of the goods is concerned, but digital content rights should also apply to the digital content to the extent that “an update significantly adversely affects the functioning of the goods so that rights are available in the circumstances described”.

4. Legislative challenge: personal data or any other data as a counter-performance

The Proposal would apply not only to any contract where the supplier supplies digital content to the consumer or undertakes to do so in exchange of a price, but also when the consumer actively¹⁵ provides counter-performance other than money, particularly in the form of personal data or any other data. Paragraph 4 of Article 3 of the Proposal excludes the data that are strictly necessary for the performance of the contract, or for meeting legal requirements, except if the data are processed in a way incompatible with these purposes or for commercial purposes. This paragraph paraphrases the definition of data provided as counter-performance, by creating a presumption that data used for other purposes than for the performance of the contract, for ensuring that the digital content is in conformity with the contract, or for meeting legal requirements, are data used as counter-performance.

In general, we understand and support that the use of data in the manner as provided in the Proposal, in principle, becomes more and more important in the future, and it might be considered as a so-called future currency.¹⁶ The scope of the Proposal is so defined in order to ensure that ostensibly free contracts can also benefit from certain protections of the Proposal. In reality, those contracts cannot be considered as “free”. Services which are generally considered as free

¹⁴ Consumer Rights Act 2015.

¹⁵ Recital 14 of the Proposal excludes several categories of data such as IP address, cookies, but also location data, which are not actively provided by the consumer.

¹⁶ Olšovská, Švec, Mura, pp. 273–282.

are based on an economic model. In model where personal data are collected by the providers in order to create value from the data processed.

Therefore, we welcome the intention of the European Commission to make sure that the so-called free services (contracts) are subject to the same protection for the consumers when they do not pay a price for a service or content. The Proposal refers to the need to avoid discrimination between business models where the consumer pays a price and business models where a counter-performance is given in another form, such as personal data.¹⁷ On the other hand, we think that personal data cannot be compared to a price or money. Personal information is related to a fundamental right and cannot be considered as a commodity. The right to protection of personal data is enshrined in Article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the EU and Article 16 of the Treaty on the Functioning of the European Union. According to paragraph 2 of Article 8 of the Charter, data must be „processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified”.

The principles of Article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union are further specified in secondary EU legislation.¹⁸ It is the Directive 95/46¹⁹ to be replaced by the GDPR²⁰ which will be applicable as of 25 May 2018. These texts lay down the requirements for a consent to be valid, provide for the key principles such as the purpose limitation principle, and establish data subjects' rights, such as the right of access. Under paragraph 1 of Article 4

¹⁷ See Recital 13 of the Proposal: “In the digital economy, information about individuals is often and increasingly seen by market participants as having a value comparable to money. Digital content is often supplied not in exchange for a price but against counter-performance other than money i.e. by giving access to personal data or other data. Those specific business models apply in different forms in a considerable part of the market. Introducing a differentiation depending on the nature of the counter-performance would discriminate between different business models; it would provide an unjustified incentive for businesses to move towards offering digital content against data. A level playing field should be ensured. In addition, defects of the performance features of the digital content supplied against counter-performance other than money may have an impact on the economic interests of consumers. Therefore, the applicability of the rules of this Directive should not depend on whether a price is paid for the specific digital content in question.”

¹⁸ Varga, pp. 250–260.

¹⁹ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ L 281, 23. 11. 1995.

²⁰ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4. 5. 2016.

of the GDPR personal data means "any information relating to an identified or identifiable natural person (data subject); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person". This definition is very similar to the one of Directive 95/46, and has been extensively commented in an Opinion of the Article 29 Working Party.²¹ The notion of personal data is very broad and encompasses any information that can be linked to an individual. Paragraph 1 of Article 3 of the Proposal states that the Directive shall apply to any contract where a price is paid or where the "consumer actively provides counter-performance other than money, in the form a personal data or any other data". In the light of the broad definition of personal data, it is likely that almost all data provided by the consumer to the provider of the digital content will be considered as personal data. The same conclusion is valid regarding the application of Article 13 of the Proposal regarding the end of the processing of data and the obligation of restitution of the data. The Proposal contains detailed rules on parties' rights and duties upon termination of the contract. First of all, the supplier must reimburse the consumer without undue delay, but within no more than 14 days. If the consumer provided a counter-performance other than money (personal data and other data), the supplier must take any appropriate measures to refrain from the use of that counter-performance. The same applies to content uploaded by the consumer, except for content generated jointly by the terminating consumer and other users, if those other users are still using that content. Furthermore, the supplier must provide the consumer with technical means to retrieve all the content they provided, as well as any other data produced or generated by the consumer, to the extent that data has been retained by the supplier. This must be returned to the consumer free of charge, within a reasonable time and in a commonly used format.

4.1. Delineation between personal data and other data

In our opinion, the pivotal problem of concept of the GDPR is that the GDPR covers personal data only.²² Other data is left out of the scope. It means that the Proposal would not apply in conjunction with the GDPR to contracts where the supplier supplies digital content to the consumer in exchange of counter-perfor-

²¹ Opinion 4/2007 on the concept of personal data, WP 136, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_en.pdf (30. 5. 2017).

²² See Jurčová, Novotná, Adamová, Dobrovodský; Jurčová (2016a), pp. 158–161; Jurčová, Novotná (2016), pp. 126–138.

mance other than money, in the form of other data. The delineation between personal data and other data appears to remain difficult in practice. Our opinion corresponds to the explanation of Article 29 of the Data Protection Working Party. In its Opinion 4/2007 on the concept of personal data was stated that “in different circumstances information may be considered not to be personal data. This is the case where the data cannot be considered to relate to an individual, or because the individual cannot be considered to be identified or identifiable. Determining whether this is the case or not requires a case-by-case test, taking into account all means that are reasonably likely to be used to identify a person through the information provided. This test is a dynamic one. Identification may not be possible today, with the means likely reasonably to be used today. But this would not rule out such possibility becoming available in the future.”²³

If we do not know exactly where the delineation between personal data and other data lies, we have doubts whether other data as counter-performance given by the consumer would have an economic value for the supplier. Would the supplier undergo the obligation to provide for the contractual remedies laid down in the Proposal in the event of a defect in the digital content?

Literature

- DAVIES, Ron, *The Internet of Things: Opportunities and Challenges*, 2015, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/557012/EPRS_BRI\(2015\)557012_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/557012/EPRS_BRI(2015)557012_EN.pdf).
- JURČOVÁ, Monika, *Nové pravidlá pre zmluvy na jednotnom digitálnom trhu – čo ponúkajú spotrebiteľom a podnikateľom?* Právny obzor, 2016, Nr. 2. (2016a)
- JURČOVÁ, Monika, *Porušenie alebo nesplnenie? (Breach of contract or non-performance?)*. In: *Zákonník práce a jeho variácie*. Bratislava: Veda vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 2016. (2016b)
- JURČOVÁ, Monika, *Unfair commercial practices und unfair contract terms in the Slovak Republic and their reflection in the Slovak case law*. In: *Societas et iurisprudentia*, 2017, Nr. 1, pp. 38–63.
- JURČOVÁ, Monika, NOVOTNÁ, Marianna, *Od spoločného kúpneho práva k digitálnej Európe*. In: Peter Vojčík (ed.), Vladimír Filičko (ed.), Peter Koromház (ed.), *Košické dni súkromného práva*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2016.
- JURČOVÁ, Monika, NOVOTNÁ, Marianna, ADAMOVÁ, Zuzana, DOBROVODSKÝ, Robert, *Od spoločného kúpneho práva k digitálnej Európe*, Právny obzor, 2017, Nr. 2.

²³ See http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_en.pdf (30. 5. 2017).

- JURČOVÁ, Monika (ed.), ŠTEFANKO, Jan (ed.), Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: A New Legal Regime for Domestic and Cross-Vorder Trade. 1st ed. Trnava: Trnava University, 2013.
- LOOS, Marko, HELBERGER, Natali, GUIBAULT, Lucie, MAK, Chantal, The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law. *European Review of Private Law*, 2011, Nr. 6.
- MASLÁK, M., Náhrada škody pri porušení zmluvnej povinnosti v občianskoprávných a obchodnoprávných vzťahoch a možnosti zlúčenia právnej úpravy (Compensation of damage after violation of contractual obligation in civil and commercial relations and possibilities of fusion of legal regulations). In: *Justičná revue*, 2017, Nr. 4, pp. 511–520.
- NOVOTNÁ, Marianna, JURČOVÁ, Monika, Concept of Prerequisites for Establishing Liability for Damage in European Tort Law de lege ferenda. In: *Forum iuris Europaeum*, 2014, Nr. 2.
- OLŠOVSKÁ, Andrea, ŠVEC, Marek, MURA, Ladislav, Protection of an “Average Consumer” in the Digital Society – European Context. In: Jozef Matúš (ed.), Dana Petranová (ed.), *Marketing Identity*. Trnava: University of Ss. Cyril and Methodius in Trnava, 2015.
- STAUDENMAYER, D., Digitale Verträge: Die Richtlinienvorschläge der Europäischen Kommission. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2016, Nr. 3.
- VARGA, Peter, Komunitárna dimenzia ochrany osobných údajov v Slovenskej republike. In: *Slovensko a Európska únia – minulosť, súčasnosť a perspektívy*. Bratislava: SLZA – Občianske združenie pri Akadémii Policajného zboru, 2006.

Payday Loans in Latvia: APR

Inese Druviete

1. Introduction

Consumer credit financial instruments have become easy to obtain but increasingly complex to understand and even more difficult to regulate. There are instruments readily available to suit every need. Especially when there is no need, the availability and easy access may prompt one, including the need to borrow money fast and easy. Growth of the payday loan sector has been rapid in Latvia, and subsequently the proportion of non-secured fast non-bank distance consumer loans in the overall loan portfolio is growing. The volume advertising of *SMS credits*, as they are known in Latvia, is immense and omnipresent. The industry has been blamed for abuse of consumers, which has increased poverty, driven workforce into the shadow economy, emigration, and even prompted people to commit suicides. Although the payday lenders' image is not as untarnished as it was a decade ago, the industry is still growing, the know-how is being exported, and it attracts many advocates. The struggle between those promulgating the freedom of choice and minimal intervention in the loan market and those calling for greater state role in protecting society's interests has been evident in the payday loan regulation in Latvia. Even if the balance of power clearly rests with the industry, the Latvian regulators still seem to hold high the principle of freedom of contract and party autonomy, assuming that the consumers are able and will make the correct choices. This paper briefly looks at the Latvian experience of regulating the payday loan industry, looking also at the implementation of the annual percentage rate of charge (the APR)¹ provided for by the Consumer Credit Directive.²

¹ The Consumer Credit Directive states that "annual percentage rate of charge" means the total cost of the credit to the consumer, expressed as an annual percentage of the total amount of credit.

² Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, OJ L 133, 22. 5. 2008.

2. Background

The industry of non-secured fast non-bank distance consumer loans has rapidly grown both due to the macroeconomic factors and due to limited regulation and law enforcement. The main factors producing this success are widespread financial hardship, lack of available bank loans, low levels of financial literacy, intensive advertising, and minimal regulation.

The macro-economic climate has favoured the payday loan industry. For more than a decade, the industry has done remarkably well. That is clearly evident when looking at the weight of pay day loans in the overall consumer credit portfolio. The scale of the market is considerable. In the first quarter of 2016, the non-bank distance consumer loans accounted for 42% of the overall consumer loans, with the sector as such showing an increase of 20% in comparison to the previous year.³ The sector shows documented growth every year since 2012, the first year when such data was gathered by the Consumer Rights Protection Centre of Latvia. Of course, such a rapid growth does not correlate with the overall growth of the Latvian economy. Even though Latvia boasts itself as a regional finance centre and as a country that is keen to use digital services in all spheres of life,⁴ ideally second only to our e-neighbours Estonians, the greatest results are yet to come.⁵ Thus, in the slow to recover economy, the loan market is booming.

The growth of the non-bank consumer credit market boomed as a post-crisis consequence. The widely publicised Latvian success story⁶ about a country that was hit hardest by the global financial crisis and yet managed to recover from losing approximately 25% of its GDP between 2008 and 2010 may look differently from the perspective of an individual. Austerity measures and stricter bank regulations hit the population hard and thus provided favourable climate for the development of non-bank financiers. People who fully or partly lost their income and who had a bad credit history due to the collapse of the real estate bubble could not obtain any loans from the banks. The payday loans were abundant, and one could obtain them within minutes. Frequently that lead into a debt spiral and

³ Combined data on Non-Bank Credit Issuers from the Latvian Consumer Rights Protection Centre on the first half of 2016 and 2015, available in Latvian at <http://www.ptac.gov.lv/lv/content/statistika-par-nebanku-kreditesanas-sektoru> (30. 5. 2017).

⁴ For example, the National Development Plan 2014–2020 envisages raising “human securability” along with growth of the national economy in many aspects, see http://www.pkc.gov.lv/images/NAP2020%20dokumenti/NAP2020_infografikaEN.pdf (30. 5. 2017).

⁵ For example, ranking 52nd in 2016/17 in the Global Financial Centres Index (GFCI) published by the Z/Yen Group. Also, Latvia ranks as 19th in DESI 2017 (Digital Economy and Society Index), European Commission.

⁶ Åslund, Dombrovskis.

loosing whatever remaining property. Until this day, there is no common register for customers who default in these types of loans.

Currently, almost ten years after the crisis, the population income has still not reached pre-crisis levels and banks are increasingly prudent in assessing the credit worthiness of their clients in light of stricter regulations. A considerable proportion of shadow-economy workers and those who do not have a positive balance in the regular banking sector still need loans. This presents good grounds for the payday loan issuers to justify their *raison d'être* as almost fulfilling a social function. The payday loan industry representative NGO, the Latvian Alternative Financial Service Association,⁷ regularly provides surveys on reasons why consumers take their loans. The unsurprising majority of loan-takers state unexpected expenses and delay in their regular income as their main reasons for taking a loan.⁸ There is no data on how many consumers resort to taking the payday loans on a regular basis, but the data does show that 30% of loans are reported as late and 35% are reported as prolonged up to three times. Therefore, it is not incorrect to assume that some consumers are in a poor financial situation, possibly even for lengthy periods. This is one of the factors that should be regarded as highly significant when considering consumer rights protection. Poverty and lack of choice cannot be remedied by ensuring availability of more information for consumers.

Another factor besides the hardship of post-crisis financial environment is consumers' ability to critically assess the financial side of the deal. The assumption that the consumers will make the correct choices if information is available for them does not work in the post-socialist set up where financial literacy is minimal.⁹ The World Bank has found that 46% of consumers "were concerned that they lacked sufficient knowledge about such basic issues as consumer credit¹⁰" and the Latvian banking regulator has indicated very low levels of financial literacy on credits overall and "credits for a portion of inhabitants are an ever increasing burden more than previously as they opt for expensive short term solutions¹¹".

⁷ Formerly known as Latvian Non-Bank Finance Association, www.lafpa.lv (30. 5. 2017).

⁸ Non-Bank Consumer Crediting, 2016 Four Months Data, published on 9 February 2016, available in Latvian at <http://www.lafpa.lv/lv/nozares-dati> (30. 5. 2017).

⁹ The Case for Financial Literacy in Developing Countries, Promoting Access to Finance by Empowering Consumers, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2009, available at https://www.globalbrigades.org/media/Financial_Literacy.pdf (30. 5. 2017).

¹⁰ The World Bank, Latvia Diagnostic Review of Consumer Protection and Financial Capability, Volume 2, Comparison against Good Practices, April 2010, p. 3, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/25904> (30. 5. 2017).

¹¹ FKTK Klientu skola, National Survey Points on Financial Literacy, available in Latvian at <http://www.klientuskola.lv/lv/petijumi/finansu-pratibas-indekss.html> (30. 5. 2017).

Financial literacy is a large-scale problem especially in combination with the belief that the state has to ensure consumer protection and any abusive practices would not be existent in any widely advertised services.

The very fact that the advertising and PR is undoubtedly intensive and virtually omnipresent¹² is a major factor in acquiring consumer approval as a socially responsible sector. Not only is the payday loan industry one of the major advertisers, but it has also assumed some public functions of high visibility, for example, sponsoring sport and culture events such as Olympic team members or the annual music prize.¹³ The industry PR and advocates include many respected professionals, ranging from a professor and a current Constitutional court judge¹⁴ opposing the initiatives for industry regulation, to the Vice-mayor of the City of Riga buying obligations issued by a payday lender.¹⁵ In addition to the intensive presence of payday loan advertising, efficiency is maximised by tailoring it to different consumer groups. The Consumer Rights Protection Centre monitors inappropriate advertising, though eliminates only the most blatant practices, such as “take a loan – get a free pizza” or “free pop-star concert only for payday loan customers”.

3. Legislative framework

With surrounding socio-economic framework failing to promote consumers' ability to assess the aspects of payday loans, the fairness of transaction and consumer protection remains with the regulator and law-enforcement. Among other lesser significant provisions, Latvian regulators have encompassed a few more safeguards for consumer protection that extend beyond the ones set by the Consumer Credit Directive. Currently the most notable of these additions are licensing, interest-rate caps, night time ban on loan issue (11 p.m. to 7 a.m.), regulation of overall loan expenses, and a cap of 36% on the maximum contractual penalty.

In general, the regulation of the industry could have taken the form of an indirect or direct intervention. The indirect intervention did not establish itself as the courts did not apply usury standards to these contracts and the number

¹² The third most advertised brand was smscredit.lv in 2015, with the payday loan sector taking the second place. The fifth biggest advertiser in Latvian media in 2014 was “4 Finance Group”, a payday loans company. TNS Latvia Survey on Latvian Advertising Market 2014 and 2015.

¹³ <https://www.smscredit.lv/sociala-atbildiba/atbalsts-sportam-un-kulturai/> (30. 5. 2017).

¹⁴ Rezevska.

¹⁵ Financenet, Ameriks iegādājas ātro kredītu firmas obligācijas 600 000 dolāru vērtībā, 6. 5. 2014, http://financenet.tvnet.lv/finansu_zinas/508720-ameriks_iegadajas_atro_kreditu_firmas_obligacijas_600_000_dolaru_vertiba (30. 5. 2017).

of cases even brought before the courts was insignificant. Therefore, in addition to the general notions present in the framework of the civil law,¹⁶ the main legislative effort to regulate payday loans is envisaged in the Consumer Protection Law¹⁷ along with bylaws and communications of the Consumer Rights Protection Centre¹⁸ and the Cabinet of Ministers Regulations “Rules on Consumer Credits¹⁹”.

Developing of an all-encompassing specific regulatory framework is hampered both by internal factors, such as lobbyists and business interests, and by the prevailing consumer protection philosophical notions. In a situation where the business has a significant say over the local legislator, the EU law is of utmost importance. The EU is known for its slightly nanny-like pro-consumer attitude and its great concern for the internal market interests. The various interests may be hard to please all at once. The EU regulation concerning the payday loan sector is aimed at the creation of an internal credit market focusing on competition and consumer choice. This seemingly assumes the position that a well-informed consumer is able to make wise choices. Thus there is a requirement for transparency and information duty placed on both contractual parties – responsible lending on the part of lenders and responsible borrowing on part of borrowers. In this spirit, the Directive contains information duty requirements of giving a list for compulsory items in advertisements. Of course, it is not limited to it as there are more items, such as the 14-day withdrawal period or the right of early re-payment and the undetermined requirement of the need to assess creditworthiness. The latter has been much contested by the industry with the Consumer Rights Protection Centre in Latvia, since the EU legislator has kept silent as to the extent of this duty to explain and disclose, and this notion has only recently been touched by the Court of Justice of the European Union,²⁰ leaving Member States to decide on what is the necessary supporting evidence in addition to consumer’s own declaration.

¹⁶ Civil Law, in Latvian *Civillikums*, adopted 28. 1. 1937, available also in English at <https://likumi.lv/doc.php?id=225418> (30. 5. 2017).

¹⁷ Consumer Rights Protection Law, in Latvian *Patērētāju tiesību aizsardzības likums*, adopted 18. 3. 1999, and amendments. Available in Latvian at <https://likumi.lv/doc.php?id=23309> (30. 5. 2017).

¹⁸ See www.ptac.gov.lv (30. 5. 2017).

¹⁹ Rules on Consumer Credit, in Latvian *Noteikumi par patērētāju kredītēšanu*. Ministru kabineta, 25 10. 2016, noteikumi Nr. 691/LV, 213 (5785), 1. 11. 2016. Available in Latvian at <https://likumi.lv/ta/id/285975-noteikumi-par-pateretaja-kreditesanu> (30. 5. 2017).

²⁰ Judgment of the Court of 18 December 2014, *CA Consumer Finance v Ingrid Bakkaus and Others*, case C-449/13, ECLI:EU:C:2014:2464, stating that “Article 8(1) of Directive 2008/48 must be interpreted to the effect that, first, it does not preclude the consumer’s creditworthiness assessment from being carried out solely on the basis of information supplied by the consumer, provided that that information is sufficient and that mere declarations by the consumer are also accompanied by supporting evidence and, secondly, that it does not require the creditor to carry out systematic checks of the veracity of the information supplied by the consumer.”

4. APR

The trust in transparency as a measure to protect consumer interests is clearly apparent when considering the requirement to state the APR (Annual Percentage Rate of Charge). The Commission has intended this measure as “a single figure, harmonised at EU level, representing the total cost of the credit²¹”. The initial purpose of improving transparency in consumer credit market aims at enabling the consumer to compare different offers and products. That, of course, requires that the consumers have certain financial literacy and other options available. Currently, Latvia has opted for a direct and absolute regulation approach, setting the APR at 100% with a requirement to indicate it in all informational material.

The APR can be used as an absolute or a relative ceiling. An absolute ceiling is a legislator-imposed cap applied to consumer credits. However, a relative ceiling is not statutory but utilises market conditions to lower the rates. In the latter case, the assumption is that the market will operate as a self-weeding garden as the APR is a pre-contractual regulative measure that can in principle effectively limit the lenders who have higher rates. That would be the case if the APR covered all the potential costs. However, the very nature of contractual relationships envisages that deviations from the perfect scenario may occur and before the contract is concluded the parties cannot envisage all events. This regulation does not prevent lenders from charging exorbitant costs associated with the contract, such as fees for loan extension, renewal, charges for additional services, such as notifications and contractual penalties. Thus the APR does not show the real costs that a substantial share of consumers will incur. The usefulness of this well-meant indicator is limited as it is not only hard to understand but also does not show the real-world picture correctly.

In the early years of the payday industry in Latvia, there was no capping of the interest rates. From 2007, when the first company issuing distance payday loans was registered, until it reached approximately fifty companies in 2011, when the requirement for licencing was introduced,²² the industry operated in the framework of general contract law without any specific regulatory restriction. The gains from licencing in terms of restricting the abusive practices were minimal. Licencing limited the competition as it ensured that the existing market

²¹ Commission Directive 2011/90/EU of 14 November 2011 amending Part II of Annex I to Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council providing additional assumptions for the calculation of the annual percentage rate of charge, OJ L 296, 15. 11. 2011.

²² Rules on Consumer Credit, in Latvian Noteikumi par patērētāju kredītēšanu. Ministru kabineta, 25 10. 2016, noteikumi Nr. 691/LV, 213 (5785), 1. 11. 2016. Available in Latvian at <https://likumi.lv/ta/id/285975-noteikumi-par-pateretaja-kreditesanu> (30. 5. 2017).

players prevailed, resulting in a substantial market concentration. In addition, some businesses operated illegally as the penalty for operating without a licence is comparatively low.²³ With the structure of licencing fees, Latvia opted for a high-entry low-maintenance approach.²⁴ This restricts the entry quantity of market players, rather than putting the main financial burden on the operation permitting a greater number of market players. This approach is the complete opposite of that of the UK, for example, where the low entry threshold permits easier entry of new market players. Secondly, supervision and monitoring of these companies was allocated to the Consumer Rights Protection Centre and not to the Financial and Capital Markets Commission,²⁵ which regulates most other financial institutions, including credit unions where the systemic risk or the risk of abusive practices is considerably lower. Allocating the supervision of this industry to an institution with limited investigative experience, capacity, and resources may not be the most efficient way to ensure good business practices in a situation where the law is lacking and the balance of power is clearly against the consumer.

Therefore, with structural elements failing, the option of efficient use of procedural elements has to compensate. As the number of consumer complaints increased²⁶ and the abusive practices lead to negative socio-economic outcomes, it was clear that government intervention was necessary. The first formal action was taken in February 2013 by the Minister of Economics at the time, Daniels Pavļuts, who formed a working group for improving the regulation. As a result, a number of amendments were prepared, which also included a cap on the APR. The initiative was strongly opposed by the industry, and during the political process many suggestions were waived or modified. The APR remained, making it an interesting case study.

²³ Administrative penalty is 700 euro. The Ministry of Justice objected to the Consumer Rights Protection Centre's request to raise it.

²⁴ Share capital of 300,000 lats compared to 2000 for a regular limited liability company in addition to a licence fee of 50,000 lats. Currently these sums are 71,000 for entry and 14,000 for annual maintenance.

²⁵ See www.fktk.lv (30. 5. 2017).

²⁶ The consumers have shown reluctance to file formal complaints and bring action to the court. Thus even the cases that gained media attention were frequently never filed officially or contested in the courts. There is no data, but the reasons mentioned by drafters range from low financial literacy and lack of knowledge about one's rights to fear of being stigmatised as reckless or lacking judgement. In accordance with Annotation of the Draft Law in 2012, there were 276 complaints on consumer credit filed with the Consumer Rights Protection Centre, of which a hundred were for payday loans. Within the first half of the following year, there were 111, of which 68 were for payday loans.

In 2013, the working group came up with an initial suggestion of a 100% cap on the APR. It was in line with the spirit of the time, as Lithuanians had opted for 200% and the Finns had determined it at 50% at that time. The practice of extreme costs that were commonplace in the initial years (of up to 600%) had stabilised by 2014 at around 200–300% with an occasional exception. This was substantial in comparison with the average 16–30% of similar loans in banks. The drafters claimed that the APR cap will ensure the following main benefits: a reduction of credit costs to the consumers as there will be a cap on most expenses that will prevent hidden costs, such as costs of contract drafting, contract servicing, developing of payment schedule, and so forth. Application of APR to any loans would motivate the lenders to assess the creditworthiness properly, rather than accept a mere unilateral declaration from the borrower (usually in form of ticking a box). This was fiercely contested by the industry that threatened with an increase of costs for short-term loans issued for a period of less than 30 days, because the costs associated with contracting would not be covered under these conditions. The Ministry acknowledged that the threshold of profitability is 21 days, but dismissed the argument that the consumers will have to pay more or be forced into taking loans for longer periods, as the right to return the loan before the deadline, paying only for the actual time when the money was used, will solve this issue. As a result, the draft law was passed to the Parliament in 2014²⁷ and it included the APR of 100%. The industry reacted by advertising 0% loans, thus circumventing the necessity to indicate the APR and ensuring revenues from other charges, which are not components in the APR calculations.

A discussion regarding the scope of the APR or, more precisely, the scope of Latvian requirements is still on-going. The Latvian Consumer Rights Protection Centre and the industry have differing opinions as to what the Latvian cap refers to. The industry considers the APR to be what the Latvian law specifies, but the Centre speaks of “the APR and the overall cost to the consumer”. The Consumer Credit Directive refers only to the “annual percentage rates of charge²⁸”. The industry lawyers rely upon the opinion of the European Commission that “for the purposes of calculation of the APR, the total cost of credit will not include: fees for early repayment, for cancellation of the credit, and for changes in the contractual terms and conditions of the credit agreement, made at the consumer’s request, fees and charges incurred as a result of failure to comply with the terms

²⁷ Likumprojekts „Grozījums Patērētāju tiesību aizsardzības likumā”, Nr. 1018/Lp11.

²⁸ Art. 3(g).

of the agreement²⁹ and as such the indication of the APR is sufficient and none of the other costs should be.

The Consumer Protection Law regulates “the overall cost of credit to the consumer”³⁰ and “any expense in regard to the credit, including interest, interest for late payment, contractual penalty, commissions, postponement of re-payment date, and the sum of other payments in regard to the credit, may not exceed the sum of the overall credit”³¹ in Article 8. The application measure of this article³² is the abovementioned Cabinet of Ministers’ Regulations, referring to the calculation of “the annual percentage rate”, thus seemingly returning to the APR in the understanding of the Directive rather than to the broader version of the Latvian law.

5. Conclusion

Latvia has opted for a strict approach of setting a limit to the APR similar to a number of the EU Member States. However, the Latvian experience shows that the industry is able to circumvent the list of expenses regulated by the APR, keeping it within the limits, while continuing to impose additional costs on the consumer. Thus the desired goal of making the APR as a tool for comparison of costs is limited both due to the fact that a substantial part of costs likely to be incurred in reality are not included in the information provided to the consumer, which is already of limited use because of the low financial literacy of consumers. This prompts among many the question of whether provision of the information is an effective tool for ensuring consumer rights or if other legal measures are needed.

Literature

Alternative financial services association of Latvia, Non-Bank Consumer Crediting, 2016 Four Months Data, 9. 2. 2016, <http://www.lafpa.lv/lv/nozares-dati> (30. 5. 2017).

ÅSLUND, Anders, DOMBROVSKIS, Valdis, How Latvia came through the Financial Crisis, Peterson Institute for International Economics: Special Report, 2011.

²⁹ Commission staff working document Guidelines on the application of Directive 2008/48/EC (Consumer Credit Directive) in relation to costs and the Annual Percentage Rate of charge, Brussels, 8 May 2012 SWD(2012) 128 final, p. 17.

³⁰ Art. 8.2.2.

³¹ Art. 8.2.4.

³² Art. 8.2.3.

- Consumer rights protection centre of Latvia, Combined data on Non-Bank Credit Issuers from the Latvian Consumer Rights Protection Centre on the first half of 2016 and 2015, <http://www.ptac.gov.lv/lv/content/statistika-par-nebanku-kreditesanas-sektoru> (30. 5. 2017).
- Cross-sectoral coordination centre of Republic of Latvia, National Development Plan 2014–2020, http://www.pkc.gov.lv/images/NAP2020%20dokumenti/NAP2020_infografikaEN.pdf (30. 5. 2017).
- Financenet, Ameriks iegādājas ātro kredītu firmas obligācijas 600 000 dolāru vērtībā, 6. 5. 2014, http://financenet.tvnet.lv/finansu_zinas/508720-ameriks_iegadajas_atro_kreditu_firmas_obligacijas_600_000_dolaru_vertiba (30. 5. 2017).
- FKTK klientu skola, National Survey Points on Financial Literacy, <http://www.klientuskola.lv/lv/petijumi/finansu-pratibas-indekss.html> (30. 5. 2017).
- REZEVSKA, Daiga, LU profesore: Ja pieņems EM grozījumus nebanku kredītēšanā, visticamāk, komersanti vērsīsies ST, Diena, 22. 4. 2013, <https://www.diena.lv/raksts/latvija/viedokli/lu-profesore-ja-pienems-em-grozijumus-nebanku-kreditesana-visticamak-komersanti-versisies-st-14004560/comments> (30. 5. 2017).
- The international bank for reconstruction and development/The world bank, The Case for Financial Literacy in Developing Countries, Promoting Access to Finance by Empowering Consumers, 2009, https://www.globalbrigades.org/media/Financial_Literacy.pdf (30. 5. 2017).
- The world bank, Latvia Diagnostic Review of Consumer Protection and Financial Capability: Volume 2, Comparison against Good Practices, April 2010, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/25904> (30. 5. 2017).

Izbrani pravni vidiki pogodbe o računalništvu v oblaku

Peter Grilc

1. Izhodišča

Komercialni modeli računalništva v oblaku (*cloud computing*, v nadaljevanju CC)¹ so raznoliki in fleksibilni, celo tako, da ponudniki pri sklepanju pogodb, ki sicer temeljijo na splošnih pogodbenih pogojih, klasično načelo »vzemi ali pusti« lahko nadomestijo s stranki prilagojeno storitvijo. Četudi v sklepanje pogodb o CC vse bolj vstopa pogajalska faza, razprava ostaja na ravni iskanja skupnih značilnosti vseh pogodb o CC in po potrebi opozarja na posebnosti posameznih modelov. CC je tehnični in poslovni model, ki zagotavlja uporaben dostop (tako imenovani dostop na zahtevo) prek spleta do zaprtih ali medsebojno deljenih ter konfiguracijsko prilagodljivih računalniških zmogljivosti, ki so na voljo zelo hitro, z minimalno upravljavsko aktivnostjo ali interakcijo ponudnika storitev.² S poslovnega in tehničnega stališča se analize domala ne razlikujejo in so precej enotne v tem, da je prihodnost v oblaku in da področje odpira vrsto problemov. Med prednostmi navajajo hiter razvoj, fleksibilno razširljivost, nizke začetne stroške, skrb pa zbujajo tveganja, povezana z lokacijo podatkov in njihovim lastništvom, ravno storitev, varovanjem podatkov, varnostno infrastrukturo. Za uporabnike, ki so s skrbnim pregledom opravili prvi korak k sklenitvi pogodbe, prednosti praviloma odtehtajo tveganja.³

V prispevku se ukvarjamo z nekaterimi pogodbenimi vidiki, a se uvodoma vendar velja dotakniti širšega konteksta. Ena od možnosti za to je sporočilo

¹ Da bi bili nazorni, avtorji uporabljajo ilustracije termina oblak (*cloud*) iz poimenovanja pogodbe. Opozarjajo na izrazito podobnost podatkov s kapljicami vode. Ti se dejansko obnašajo kot oblaki, ki pa so meteorološko oziroma fizikalno lahko zelo različni, pod različnimi pogoji povzročajo posledice, zlasti padavine, se selijo po nebu in prehajajo med različnimi agregatnimi stanji. Oprava imamo s tehnično dodelanim konceptom, ne z maksimo »z mislimi v oblakih«.

² Definicija Nacionalnega inštituta za standarde in tehnologije ZDA (National Institute of Standards and Technology): »CC is ... a model for enabling convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service-provider interaction.« Special Publication 800-145, <http://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf> (30. 5. 2017).

³ Trappier.

Komisije Evropskemu parlamentu, iz katerega izhaja, da razdrobljenost enotnega digitalnega trga zaradi različnih nacionalnih pravnih okvirov in negotovosti v zvezi z zakonskimi rešitvami, digitalno vsebino in lokacijo podatkov zahteva poudarjeno skrb za udeležence na tem trgu. Zlasti gre za kompleksnost upravljanja storitev, problematiko več jurisdikcij, zaupanja in varnosti na področjih, kot so varovanje podatkov, pogodbe, varstvo potrošnikov in kazensko pravo. Tudi po tem dokumentu se pogodbeni problematika nanaša na dostop do podatkov, zamenjavo nadzora in lastništvo podatkov. Opozoriti velja na odgovornost in nadomestilo škode zaradi neadekvatne storitve, kot so čas izpada (*downtime*) ali izguba podatkov, uporabnikove pravice v zvezi z enostranskim nadgrajevanjem sistema, lastništvo podatkov v aplikacijah v oblaku in reševanje sporov. Standardi niso poenoteni in ustvarjajo nepreglednost, zaznati je pomanjkanje gotovosti glede standardov za interoperabilnost podatkovnih formatov, ki omogočajo prenosljivost, ni jasno, ali so zagotovljeni ustrezni ukrepi za varstvo osebnih podatkov, kakšna je varnost pred spletnimi napadi in podobno.⁴

1.1. Pravna narava, replikacija klasike?

Pred pojavom CC so na storitvenem delu (ne pri nakupu strojne opreme) posamezne storitve pokrivala posamezne pogodbe, pretežno pogodbe o razvoju programske opreme, vzdrževalne pogodbe, pogodbe o gostovanju,⁵ pogodbe o zunanjem izvajanju (*outsourcing*) določenih funkcij,⁶ licenčne pogodbe, druge storitvene pogodbe, pogodbe o preprodaji opreme⁷ in podobno. Ilustrativni pregled omogoča okvirno določitev pogodbenih tipov, ki vstopajo v integralne pogodbe o CC. To ne pomeni, da oznaka pogodbeni tip v uporabljenem kontekstu pomeni, da gre za take tipične pogodbe, kot so zakonsko (urejene) tipične pogodbe, ki so take lahko zaradi dogmatične nespornosti, definirane pravne narave, relativne

⁴ Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European Social and Economic Committee and the Committee of the Regions – Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe (Text with EEA relevance), SWD(2012) 271 final.

⁵ Storitve gostovanja zajemajo večinoma platforme, storitve elektronske pošte, domen, certifikate SSL (*secure socket layer*), vsebinsko pa opredelijo storitve, določajo morebitne posebne tehnologije, vire, ki so na voljo stranki (skladiščne zmogljivosti, hitrost prenosa podatkov, moč procesorja), posledice strankinih prekoračitev in omejitve virov, klavzule o omejitvah, posebej glede osebnih podatkov, zaveze in odškodovanja v gostiteljevo korist v primeru strankine kršitve ter druge zaveze strank in dogovore za primer prenehanja pogodbe. Za primer natančnejše opredelitve glej <https://www.contractstandards.com/contracts/hosting-agreement> (18. 5. 2017).

⁶ Zunanje izvajanje (*outsourcing*) kot dogovor, s katerim podjetje zagotovi storitve drugemu podjetju, ki je prej samo (*in-house*) pokrivalo te storitve, v obdobju CC, velikega podatkovja in mobilnih tehnologij pa zlasti kot možnost nadomeščanja storitev lastnega IT-oddelka. Prim. Raysman, Brown, par. 10, 10-3 in nasl.

⁷ Prim. Raysman, Brown.

dokončanosti v razvoju, s čimer so lahko postale zakonsko urejene. Zakonska tipičnost namreč pogodbo ukalupi v zakon, kar je z vidika njene predvidljivosti in s tem pravne varnosti ugodno, hkrati pa jo naredi razvojno precej rigidno, kar je za razvojno tako turbulentno področje, kot so pogodbe s področja računalništva, povsem neprimerno.⁸

Glede na navedeno je teoretično in praktično osrednji problem, kakšna je pravna narava pogodbe o CC. Ali gre za replikacijo in integriranje naštetih uveljavljenih, v računalništvu domala klasičnih pogodb ali za pogodbo s popolnoma novo fiziognomijo? Ali so potemtakem našteje prejšnje pogodbe neke vrste temeljni tipi, ki z mešanjem, spojitvijo ali združevanjem preidejo v novo pogodbo o CC, v kateri izgubijo svojo prejšnjo fiziognomijo, kavzo in namen, ali pa je novokreirano pogodbo o CC vendarle mogoče razstaviti nazaj na elemente vstopajočih pogodbenih tipov? Izhodiščno lahko ugotovimo, da storitve CC spominjajo na klasične poslovne modele v informacijski tehnologiji, prav njihovo združevanje in prehajanje pogodbene vsebine uveljavljenih tipov drug v drugega, hierarhiziranje pogodbenih vsebin, ne nazadnje pa različni poslovni in tehnični modeli (v nadaljevanju po le dveh kriterijih: IaaS/PaaS/SaaS⁹ ter zasebni/skupnostni/javni/hibridni oblak) pripeljejo tudi do vrste pravnih specifik, s tem pa do problemov hierarhiziranja in določanja pravne narave take združene pogodbene kreacije. Z vidika čiste teorije pravne narave se velja opreti na primerjalnopravne poglede. Ob vzorčenju¹⁰ zakonodaja ne predvideva izrecne klasifikacije tovrstnih pogodb. Tudi sodna praksa o tem praviloma molči, pravna literatura pa se bolj ukvarja z drugo problematiko. Teoretični pristopi vendarle pokažejo, da pogodbe o CC uvrščajo med pogodbe o storitvah, pogodbe o lizingu, pogodbe o dobavi storitev, nekatere tudi k pogodbam o delu.

1.2. Modeli CC

Ponudnik ponuja omrežja, strežnike, skladiščenje in aplikacije, ki so na voljo znotraj interneta (v oblaku). CC je model zunanje izvajanja dejavnosti v dveh osnovnih oblikah: (1) programska oprema kot storitev (*software as a*

⁸ Prim. dela o tipologiji novih pogodbenih tipov v gospodarskem pravu, na primer Martinek in Grilc.

⁹ Tudi če še ne analiziramo pravne narave pogodbe, so razlike pri zagotavljanju skladnosti (*compliance*): v modelu IaaS so na primer pomembne obveznosti v zvezi z varovanjem in zadrževanjem podatkov, davčne zahteve v zvezi s skladiščenjem podatkov, zahteve delovnega prava v zvezi s hrambo oziroma skladiščenjem podatkov, medtem ko so v SaaS bolj poudarjeni vidiki zakonodaje o elektronskem zaračunavanju, elektronskem poslovanju in elektronskem podpisovanju.

¹⁰ Na primer v Sloveniji, Italiji, Franciji, Nemčiji in Veliki Britaniji, za vse razen Slovenije prim. projekt Slalom – Legal & open model terms for cloud SLA and contracts, <http://slalom-project.eu/sites/slalom/files/content-files/article/SLALOM%20D2.3%20FINAL13June2016.pdf> (30. 5. 2017), str. 49–50.

system – SaaS) in (2) ponujanje programskih storitev (*application service providing* – ASP). Modela ne zajemata le potreb, ki jih pokrivajo že znani tipi pogodbe o IT-storitvah z enim izvajalcem storitev, temveč podjetje, ki išče zunanje izvajanje dejavnosti, svoje potrebe pokrije z večjim številom pogodb z več izvajalci.¹¹

Izhodiščno je pri obravnavi z vidika prenesenih funkcij v oblak govor o treh modelih.¹² Prvi je infrastruktura kot storitev (*infrastructure as a service* – IaaS). V njem uporabnik zadrži dobršen del prej avtonomnih funkcij (5/9), ponudnik pa pokrije slabo polovico (4/9). Klientu so ponujeni obdelava, skladiščenje, mreže in druge temeljne računalniške storitve, lahko uporablja programsko opremo, ki vključuje operacijski sistem in aplikacije po izbiri. Drugi je platforma kot storitev (*platform as a service* – PaaS); tu klient opravlja le še dve od prejšnjih funkcij (2/9), ponudnik jih prevzame sedem (7/9). Uporabnik na ponudnikovi infrastrukturi uporablja svoje (lastna kreacija) ali pridobljene (nakup, najem) aplikacije, nastale z uporabo programskih jezikov, datotek, storitev in orodij, ki jih zagotovi ali omogoči ponudnik oblaka. Tretji je SaaS, pri čemer klient ne opravlja nobene funkcije, saj so v oblaku vse (klient 0/9, ponudnik 9/9). Ponudnik oblaka zagotavlja aplikacije, ki delujejo v njegovem operacijskem sistemu.¹³ Kljub več tipom razmerij CC (SaaS, IaaS, PaaS) je mogoče pogodbene vidike vseh obravnavati v štirih kategorijah: pogodbe o storitvah (*service level agreements*), obdelovanje podatkov in skladiščenje (*data processing and storage*), infrastrukturni in varnostni problemi ter razmerje s ponudnikom.

Modeli se razlikujejo tudi glede na to, ali gre za zasebni, skupnostni, javni ali hibridni oblak.¹⁴ V zasebnem oblaku se infrastruktura zagotovi izključno za uporabo ene organizacije in vsebuje več potrošnikov (na primer poslovne enote). Lahko je v lasti, upravljanju in vodenju organizacije, tretje osebe ali kombinacije obeh. Obstaja lahko v poslovnih prostorih ali zunaj njih.

¹¹ Sury.

¹² Povzeto po: Smart Cloud Webinar, Introduction to Softlayer IaaS MDB, 13. 2. 2014, <http://www.slideshare.net/manoloDB/smart-cloud-webinar-20140213-introduction-to-softlayer-iaas-mdb> (30. 5. 2017).

¹³ Naj za ponazoritev navedemo izpeljanke oziroma alternative: Unlayered IaaS (Amazon Web Services, RackSpace, GoGrid, or Google Compute Engine); Unlayered PaaS (Google App Engine, Microsoft Windows Azure, Salesforce's Force.com); PaaS na IaaS (dotCloud, Engine Yard, Heroku – vsi zgrajeni na Amazon IaaS); Unlayered SaaS (socialna omrežja Facebook, Flickr; spletna pošta Gmail, Outlook.com); SaaS na IaaS (Dropbox, Mozy – oba na Amazon IaaS); SaaS na PaaS (SaaS na App Engine ali Azure); SaaS na PaaS na IaaS (katerakoli storitev SaaS na storitvi IaaS-PaaS). Povzeto po: Millard, str. 15.

¹⁴ Definicije Nacionalnega inštituta za standarde in tehnologije ZDA (National Institute of Standards and Technology), Special Publication 800-145, <http://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf> (30. 5. 2017).

V skupnostnem oblaku se infrastruktura oblaka zagotovi za izključno uporabo določene skupnosti uporabnikov, od organizacij, ki jih družijo ista problematika (na primer varnostne zahteve, programi skladnosti oziroma *compliance*). Lahko so v lasti ali upravljanju ene ali več organizacij v skupnosti, tretje osebe ali njihove kombinacije in lahko obstajajo v poslovnih prostorih ali zunaj njih. V javnem oblaku je infrastruktura namenjena odprti uporabi širše javnosti. Je v lasti, vodenju ali upravljanju poslovne, akademske ali vladne organizacije ali njihove kombinacije. Obstaja v prostorih izvajalca oblaka. V hibridnem oblaku infrastrukturo oblaka sestavljata dva ali več prejšnjih oblakov (zasebni, skupnostni, javni), ki še vedno obstajajo kot samostojne entitete, povezani pa so s standardno ali zaščiteno tehnologijo, ki omogoča prenosljivost podatkov ali aplikacij. Taka kombinacija ponudnika javnega oblaka (na primer Amazon Web Services, Google Cloud) s platformo nastane za uporabo posamezne organizacije. Hibridni oblak torej povezuje samostojna oblaka s standardizirano tehnologijo, da se uravnotežijo bremena med oblaki.¹⁵

Pravna problematika je glede na navedeno v vseh funkcionalnih ali zasebnih oziroma javnih modelih deloma podobna, deloma pa specifična. Specifična področja so varstvo (osebnih) podatkov, zagotavljanje varnosti, problematika intelektualne lastnine, varstvo potrošnikov, problem mednarodnega zasebnega prava ipd.

CC omogoča dosegljivost vrste storitev (skladiščne zmogljivosti, programske funkcije) v realnem času in brez tehnološkega zamika, obstoječe storitve pa so vnaprej sestavljene (smiselno podobno kot vnaprejšnja montaža), lahko podaljšljive in med seboj povezane.

2. Pravna problemska področja

Ta rudimentarna predstavitev nakazuje, da ima CC velik pravni potencial, med drugim na področju splošnega obligacijskega prava (problematika splošnih pogojev poslovanja), ožjem pogodbenem področju (določitev pogodbenega partnerja, vrste pogodb in pravna narava pogodb), v zvezi z varstvom osebnih podatkov in podatkov nasploh, pravicami intelektualne lastnine, varstvom potrošnikov, tu so še problemi mednarodnega zasebnega prava ipd.¹⁶ Pred natančnejšo

¹⁵ Osnovna definicija Nacionalnega inštituta za standarde in tehnologije ZDA, ki pa ne zajema vseh vidikov hibridnih oblakov, ga pojasnjuje tako: »a composition of two or more clouds (private, community or public) that remain unique entities but are bound together, offering the benefits of multiple deployment models«. Hybrid cloud: What it is, why it matters, <http://www.zdnet.com/article/hybrid-cloud-what-it-is-why-it-matters/> (30. 5. 2017).

¹⁶ Prav tam.

analizo ilustrativno preletimo nekaj problemskih sklopov in se oprimo na zlasti osnovnejše, bolj priročniške vire, ki pred sklenitvijo pogodbe svetujejo upoštevanje vrste zlatih pravil, povezanih s pravno problematiko.¹⁷

2.1. Pogodbeni vidiki

2.1.1. Predpogodbena opravila, boniteta in skrbni pregled¹⁸

Zaradi pogajalskih omejitev pri določanju pogojev, ki so praviloma vnaprej opredeljeni in jih ponudnik pripravi v obliki splošnih pogojev,¹⁹ mora uporabnik storitve pred sklenitvijo posla obširno preveriti ponudnikovo boniteto in opraviti ustrezen skrbni pregled (*due diligence*) geolokacije, lokacije podatkov, kolokacije,²⁰ varovanja tajnosti podatkov in osebnih podatkov,²¹ opravljanja storitev in uporabnosti, varnostnega kopiranja in kopij, prenosnosti in vidikov obnavljanja podatkov, nadaljevanja poslovanja, izstopne strategije s prenosom podatkov in standardi ponudnikove reference, historiata, bonitete, financiranja in stabilnosti.

Pogodba je seveda nujni dokument, pot do nje pa je v primeru CC izrazito multidisciplinarna in zahteva sodelovanje ekspertov s področja informatike, ekonomije, poslovnega in/ali tehničnega področja, ki se prenaša v oblak, in prava. Opozoriti velja, da zaradi kompleksnosti poslovnega modela klasična znanja naštetih ekspertov ne zadostujejo. Vloga računalniškega eksperta (v podjetju je pri sklepanju pogodbe to praviloma vodja informatike, *chief information officer* – CIO) se v primeru sklepanja posla CC spremeni iz prejšnjega tehničnega pristopa k iskanju rešitve v pogodbeno podprto iskanje rešitve.²²

¹⁷ Prim. McKendrick, Hon in McLean.

¹⁸ McLean. Glej tudi (1) splošno: Everett, str. 5–7; Zhang, Wuwong, Li, Zhang; Cloud Computing Due Diligence Checklist, <https://landing.clio.com/rs/themissolutionsinc/images/Cloud%20Computing%20Due%20Diligence%20Checklist.pdf> (30. 5. 2017); (2) Microsoft: Cloud Services Due Diligence Checklist.

¹⁹ Primeri splošnih pogojev največjih ponudnikov, na primer Amazon Web Services, <https://aws.amazon.com/agreement/>; Google Apps for Education, https://gsuite.google.com/terms/education_terms.html, Microsoft Windows Azure, Salesforce.com, <https://www.microsoft.com/en-us/trustcenter/Compliance/Due-Diligence-Checklist>; Cisco http://www.cisco.com/c/dam/en_us/about/doing_business/legal/privacy_compliance/docs/CloudComplianceChecklist.pdf (30. 5. 2017).

²⁰ Prim. v točki 2.3.

²¹ Na primer upoštevanje varovanja skrivnosti na ravni klient – odvetnik, izrecno spoštovanje intelektualne lastnine, garancije za varovanje, če pride do zahteve s strani tretje osebe, tudi države, avtentifikacije, IP-monitoring, zahteve po močnih geslih.

²² Iz »I build it, I maintain it« v »Someone else is doing this for me; how do I ensure they're doing what they're supposed to?«. Povzeto po Trappler.

2.1.2. Način sklepanja posla

Značilnost CC je, da razmeroma neobsežno pogodbeno besedilo povzroči veliko odgovornost.²³ Predvsem storitve CC kljub izdelanim varnostnim mehanizmom postavljajo precej nizke vstopne ovire. Najprej je tu problematika sklepanja posla na poenostavljeni način *click-wrap*,²⁴ kar ob uspešni sklenitvi posla povzroči takojšnje pravne posledice. Vrsta javno dostopnih oblakov ponudnikovo odgovornost omejuje tudi pod raven, ki bi zagotavljala uravnotežena pogodbeni bremena in porazdelitev tveganj. Pogodbe o CC velikokrat pripravijo po zgledu ali celo na podlagi vzorcev tipičnih licenčnih pogodb za programsko opremo, čeprav sta obseg pogodbenih obveznosti in s tem predmet pogodbe bistveno širša, tveganja pa znatno povečana.²⁵

2.1.3. Pomembnost pogodbe

Drugi sklop problemov izhaja iz zakonske neurejenosti pogodbe. Ni splošne in zakonske zahteve, ki bi ponudniku nalagala obveznosti v zvezi z izvozom podatkov iz oblaka, in problematika je prepuščena pogodbeni ureditvi. Za prenehanje se v praksi praviloma uporablja enostransko odstopno upravičenje z določenim odpovednim rokom, tu pa so morda vključene še morebitne tretje osebe, podizvajalci²⁶ najetih skladiščnih zmogljivosti. Vse to brez natančnega pogodbenega dogovora lahko vpliva, spremeni ali delno zabriše razmerja med osnovnima strankama.

Navedenih je le nekaj primerov, ki ilustrirajo, kako pomembna je konkretna pogodba, ker pogodba o CC ni zakonsko urejena. Tudi če konkretna pogodba zajame vse, ostaja negotovo, ali je uravnotežena, saj njen pretežni del sestavljajo splošni pogoji, ki jih je pripravil in v sprejem predložil ponudnik (dodatna

²³ Van Aecke.

²⁴ Uporabnik sprejme ponujene pogoje s klikom na polje, predvideno za ta namen. Več o tem na www.techopedia.com/definition/4243/clickwrap-agreement (30. 5. 2017).

²⁵ Na primer osnovna klavzula: »We and our licensors shall not be responsible for any service interruptions, including, without limitation, power outages, system failures or other interruptions, including those that affect the receipt, processing, acceptance, completion or settlement of any payment services. (...) Neither we nor any of our licensors shall be liable to you for any direct, indirect, incidental, special, consequential or exemplary damages, including, but not limited to, damages for loss of profits, goodwill, use, data or other losses (...).« Vir: Van Aecke.

²⁶ Primer v splošnih pogojih: »__ lahko za zagotavljanje storitev v njegovem imenu najame podizvajalce. Vsi taki podizvajalci lahko strankine podatke pridobijo izključno za zagotavljanje storitev, ki jih je __ pri njih naročil, podizvajalci pa strankinih podatkov ne smejo uporabljati za noben drug namen. __ ostaja odgovoren za ravnanje njegovih podizvajalcev skladno z __ obveznostmi, ki so določene v pogojih za spletne storitve. Stranka soglaša, da lahko __ prenese strankine podatke podizvajalcem, kot je opisano v pogojih za spletne storitve.« Vir: Microsoft, Pogoji za spletne storitve, januar 2017 (del Pogoji glede zasebnosti in varnosti).

okolščina – brez pogajalskega manevrskega prostora za klienta in njegovega *ius variandi* na predloženo besedilo). Modifikacija predloženih splošnih pogojev *ab initio* ni izključena.

2.1.4. Možnost naknadne spremembe pogodbenih pogojev

Med izhodiščnimi opornimi točkami za sklepanje pogodb je možnost, da ponudnik naknadno spremeni pogodbene pogoje. Tega splošni pogoji ne izključujejo, nasprotno, možnost je v njih praviloma zapisana. To ni le značilnost splošnih pogojev pri CC, temveč tudi pri drugih pravnih poslih, ki se sklepajo na tak način (morda najbližji so splošni pogoji za kabelsko televizijo, dostop do interneta, mobilno telefonijo ipd.). Pogodba lahko predvidi njihovo spremembo kadarkoli in brez predhodne napovedi. Gre zlasti za višino in strukturo plačila oziroma obseg storitev. Če so splošni pogoji zapisani po načelu »vzemi ali pusti«, uporabnik nima manevrskega prostora, vendar to ne preprečuje vsaj pogajalskega poskusa, posebej v smeri obveznih vnaprejšnjih notifikacij sprememb in zlasti v pogodbenem modelu PaaS, v katerem so posegi v uporabnikovo podjetje precej globoki.²⁷

2.1.5. Pogodbena določitev storitve in klavzuriranje tehničnih parametrov

Izhodišče za določitev tehničnih parametrov je pogodbena določitev storitve. Biti mora jasno določena, opisana, zajeti mora vse storitve, funkcionalnosti, ki jih omogočajo, in opredeliti, ali se v času veljavnosti pogodbe lahko spreminjajo in koliko. Izhodišče so predvidljivost, tehnična, ekonomska in pravna varnost ter stabilnost teh elementov.²⁸ Uporabnik bi v nekaterih primerih želel uporabljati starejšo verzijo, ponudnik pa mu pogodbeno omogoča najnovejšo. Druga situacija je, ko starejšo še omogoča, a zanjo ne skrbi več. Taka situacija je za uporabnika pogajalsko in pogodbeno precej neugodna in v njej nima veliko manevrskega prostora. Pravno klavzuriranje tehničnih parametrov je eden nadaljnjih osrednjih problemov. Gre za definiranje obsega in kakovosti storitve ponudnika oblaka, tudi opreme in parametrov, ki jih mora zagotoviti klient. Če ostanemo pri prvih: za vsako pogodbo o storitvah je pomembno, za pogodbo o CC pa odločilno, da mora dobra pogodba vsebovati na primer določbe, kako ponudnik določi dostopnost (*performance and response time*), kako se izračunavajo izpadi,²⁹ o določanju

²⁷ Mc Kendrick: »... as these reach deeper into enterprises, and could result in users having to rewrite application code created to integrate with proprietary provider application programming interfaces.«

²⁸ Gilbert.

²⁹ Pogodbeno in dejansko vprašanje ni, ali bo sistem »padel«, temveč kako pogosto in za koliko časa. Glej Van Aecke: »How is the availability calculated by the provider? e.g. 10 outages of 6 minutes versus 1 outage of 1 hour. Independent measurement of performance? Are service credits

neprekinjenega delovanja (*uptime*) in časa izpada (*downtime*),³⁰ dogovor o času odprave napak (*error correction time*) ter o infrastrukturi in varnosti.³¹

2.1.6. Posledice nedelovanja ali delovanja zunaj dogovorjenih parametrov

Pogodbe o storitvah natančno definirajo posledice nedelovanja ali delovanja zunaj dogovorjenih parametrov. Dogovorjeni so lahko pogodbena kazni, penali, možnost spremembe penalov v dobropis za bodoče storitve oziroma prenos podatkov.³² Za postavitev zahtevka uporabnik potrebuje podatke o odstopanjih od pogodbeno dogovorjenih parametrov, za kar je treba predvideti pogodbene in tehnične mehanizme. Zato mora pogodba vsebovati uporabnikovo pravico, da vpogleduje v podatke in pregleduje podatke o izvajanju storitev pri izvajalcu ter ima dostop do njegovih dnevnih statističnih podatkov o kakovosti storitev. Ponudniki sami omogočajo vpogled in pomoč pri spremljanju in izpolnjevanju svojih storitev,³³ spremljanje pa lahko zaupajo tudi tretji osebi.³⁴

the 'sole remedy'?» Primer pogodbene klavzule pogodbe o storitvah (vir: Google Apps Service Level Agreement, <http://assets.simplymailsolutions.com/uploads/shared-google-apps-service-level-agreement.pdf>, 30. 5. 2017): »Google Apps SLA. During the Term of the applicable Google Apps Agreement, the Google Apps Covered Services web interface will be operational and available to Customer at least 99.9% of the time in any calendar month (the 'Google Apps SLA').« Storitvena pogodba mora določiti specifične potrebe uporabnika. V primeru gornje klavzule je to 0,72 ure na mesec, vendar to ni edina omejitev, saj dostop do storitve dodatno omeji dostopnost do interneta, ki ni v sferi ponudnika storitev CC. Povzeto po: Trappler.

³⁰ V ilustracijo pomembnosti in kompleksnosti problematike s tehničnega vidika naj navedemo le definicijski del termina čas izpada (*downtime*) v pogodbi: (i) »Downtime« means, for a domain, if there is more than a five percent user error rate. Downtime is measured based on server side error rate. (ii) 'Downtime Period' means, for a domain, a period of ten consecutive minutes of Downtime. Intermittent Downtime for a period of less than ten minutes will not be counted towards any Downtime Periods. (iii) 'Monthly Uptime Percentage' means total number of minutes in a calendar month minus the number of minutes of Downtime suffered from all Downtime Periods in a calendar month, divided by the total number of minutes in a calendar month. (iv) 'Scheduled Downtime' means those times where Google notified Customer of periods of Downtime at least five days prior to the commencement of such Downtime. There will be no more than twelve hours of Scheduled Downtime per calendar year. Scheduled Downtime is not considered Downtime for purposes of this Google Apps SLA, and will not be counted towards any Downtime Periods.«

³¹ Literatura kot primer dobre prakse navaja Exhibit A of the City of Los Angeles' Google Apps contract (vir: http://clkrep.lacity.org/onlinecontracts/2009/C-116359_c_11-20-09.pdf, 30. 5. 2017, str. 83). Po: Trappler.

³² Na primer: »If Google does not meet the Google Apps SLA, and if Customer meets its obligations under this Google Apps SLA, Customer will be eligible to receive the Service Credits described below ...« (16. 7. 2017). Po: Trappler.

³³ Primeri take asistence na spletnih straneh ponudnikov: za Salesforce <https://status.salesforce.com/status>, za Microsoft Azure <https://azure.microsoft.com/en-us/status/>, za Google <https://www.google.com/appsstatus#hl=en> ipd. (17. 7. 2017). Po: Trappler.

³⁴ Na primer <https://www.rackspace.com/cloud/monitoring> in <https://www.appneta.com/>. Po: Trappler.

2.1.7. Izbira ponudnika in razumevanje njegovih (splošnih) pogojev

Izhodišče za sklepanje pogodb o CC je, da je delujoča in funkcionalna IT-podpora eksistencialni pogoj za vsako podjetje. V primeru zunanjega izvajanja obstaja odvisnost od zunanjega ponudnika, kar ima lahko velike posledice, saj je v izvajanje ene storitve oziroma naročila lahko vključenih veliko število izvajalcev (en pogodbeni partner in vrsta podizvajalcev), posledica česar je včasih »rudarjenje« po razmerjih in več jurisdikcij. Storitve v oblaku se praviloma zagotavljajo po ponudnikovih pogojih. Avtorji v literaturi opozarjajo, da so ti velikokrat nejasni. Omenjajo tudi kompleksnost splošnih pogojev, pogodbe, ki so kot celota sestavljene iz vrste dokumentov, ter ne vedno osvežene in slabo zapisane splošne pogoje.³⁵ Navajajo, da so za pogajanja bolj zaprte storitve v javnih oblakih, čeprav tudi pri njih pogajanja niso popolnoma izključena. Če so pogajanja možna, naj se po stališčih stroke dotaknejo uporabnikovega nadzora glede dajanja storitev podizvajalcem; navaja se, da ponudnik tu manevrskega prostora skorajda ne omogoča in da je praviloma zadržan pri razkrivanju, ali je podizvajalec sploh vključen, in če je, ne razkrije njegove identitete. Drugi pogajalski sklop je omejena možnost, da bi uporabnik spremenil naravo storitve. Pogajalski nasveti se navezujejo na uporabnikovo usmerjanje na komercialne vidike tovrstnih sprememb, manj pa na samo pravico do sprememb, saj je ta odvisna od tehnologije, ki je praviloma poenotena in s tem slabo spremenljiva. Dodatni sklopi so ponudnikove zaveze glede zasebnosti in varovanja podatkov, ponudnikove pravice, da ustavi izvajanje storitve zaradi neplačila ali neupoštevanja politike uporabe, omejitev odgovornosti, izhodna strategija in možnost prehoda k drugemu ponudniku.³⁶

2.1.8. Ponudnikove obveznosti

Določitev obveznosti ni preprosta in izhodišče zanjo naj bo zagotovilo, da je raven izvajanja storitev zagotovljena in da je to ustrezno prelito v pogodbeno besedilo. Iz analiz izhaja, da so pogodbe v tem segmentu precej odprte, zlasti zato, ker se merjenje zagotavljanja storitev usmerja predvsem na dostopnost.³⁷ V tem delu je pri analizi pogodbe nujno tesno sodelovanje med pravnikom in

³⁵ McLean: »Technical areas don't tend to lend themselves to negotiation given the commoditised nature of cloud solutions – and you can show your naivety by asking for changes that directly contradict the services model.« Prav tam: »In particular, don't assume that you know what's in a provision based on its heading. For example, in some terms, 'force majeure' seems to be elastic-sided enough to capture 'changes in the taxation basis of services delivered via the Internet' as a force majeure event!«

³⁶ McLean.

³⁷ Gilbert.

tehničnim ekspertom.³⁸ Velja pa,³⁹ da je v praksi pri sklepanju pogodb o ravni storitve (*service level agreement* – SLA) na podlagi pristopa »več kot plačaš, boljše storitev dobiš« mogoče s pogajanjem (*SLA contracts are highly negotiable*) regulirati raven storitve. Večji uporabniki v pogajanjih vključujejo večje število indikatorjev, manjši pa ostajajo pri petih do desetih merilih uspešnosti, ki jih ponuja že sam ponudnik storitve.

V ta sklop se uvršča analiza garancij in jamstev, na katere se lahko sklicuje druga stranka. Izhodišči sta njihova realnost in resničnost, v izpeljavi pa pogodbeni dogovori o posledicah v primerih, da so izjave in obljube neresnične ali jih ponudnik ne izpolni. V tem kontekstu je pomembna individualna kavza posla v smislu 39. člena OZ, torej odgovor na vprašanje, ali bi bila pogodba, kot je bila sklenjena, sklenjena tudi, če bi bil standard storitve nižji, kot je bil obljubljen oziroma napovedan (obljuba ali izjava, ki je prešla v subjektivno kavzo posla). Če ne, je uporabnik, ki dokaže, da pogodbe sicer ne bi sklenil oziroma da jo je sklenil prav zaradi ponujene ravni storitve, izražene v izjavah ali obljubah ponudnika, upravičen do odškodnine od ponudnika. Jamstva in garancije se ne nanašajo le na raven in obseg storitev kot takih, temveč tudi na to, kje in kako bodo storitve opravljene, kakšna sta usposobljenost posameznikov, ki opravljajo storitve, in zanesljivost tehnologije, ki se uporablja za opravljanje storitev, ter lastništvo pravic intelektualne lastnine.⁴⁰

2.1.9. Odgovornost za nezakonite podatke

V več državah je ponudnik storitev v oblaku odgovoren za nezakonite podatke, ki preidejo vanj.⁴¹ Na ravni EU je to posebej urejeno. Tako Direktiva o elektronskem poslovanju⁴² glede gostiteljstva v 14. členu določa, da države članice zagotovijo, da ponudnik storitve, če se storitev informacijske družbe nanaša na shranjevanje podatkov, ki jih zagotovi prejemnik storitve, ni odgovoren za podatek, ki ga je shranil na zahtevo prejemnika storitve. Odgovoren pa ni le pod pogojem, da ponudnik dejansko ne ve za nezakonito dejavnost ali podatek in da mu glede odškodninskih zahtevkov niso znana dejstva ali okoliščine, iz katerih je očitno, da gre za nezakonito dejavnost ali podatek, ali da ponudnik nemudoma, ko za to izve ali se tega zave, ukrepa in odstrani ali onemogoči dostop do podatka.

³⁸ Prav tam: »... watch out for references to service levels designed to be available, target service levels, etc.«

³⁹ Hon, Millard, Walden.

⁴⁰ Prav tam.

⁴¹ Van Aecke.

⁴² Direktiva 2000/31/ES o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu, UL L 178, z dne 17. julija 2000.

2.1.10. Prekinitev ali znižanje kakovosti storitve; odgovornost, odgovorna oseba

Ponudniki svojo odgovornost praviloma omejujejo⁴³ ali jo pogodbeno tudi izključijo.⁴⁴ Tipični primeri so odgovornost za ponudnikovo programsko opremo, odgovornost za izdelek, odgovornost v zvezi z licenciranjem, odgovornost za skladnost z zakoni (*compliance*), odgovornost za kršitev obveznosti zaupnosti, odgovornost za zasebnost podatkov, odgovornost za varnost in varovanje podatkov, odgovornost za izgubljene, poškodovane ali uničene nosilce podatkov, odgovornost za točnost podatkov, odgovornost za shranjevanje, odgovornost za integriteto podatkov, odgovornost za ravnanje lastniško povezanih podjetij skladno s splošnimi pogoji obvestila. Zato po navedbah analitikov v praksi celo velikim uporabnikom težko uspe spremeniti to pozicijo ponudnikov.⁴⁵ Strokovnjaki ocenjujejo, da je ponudnikov vsaj delni prevzem odgovornosti že lep pogajalski uspeh.⁴⁶ Omejitve se navadno navezujejo na določen tip izgube, omejitev sama pa je vsebinska in/ali vrednostna.⁴⁷ Pogodbeni pogoji pogosto posežejo v ponudnikovo odgovornost z uvajanjem deljene odgovornosti zaradi klientovega delovanja

⁴³ Hon. Odgovornost se praviloma omejuje. Primer iz splošnih pogojev: »Do mere, ki jo dovoljuje upoštevna zakonodaja, je skupna odgovornost vsake pogodbene stranke za vse zahtevke, povezane s strokovnimi storitvami, omejena na zneske, ki jih je stranka morala plačati za strokovne storitve, ali na omejitev odgovornosti za spletno storitev, s katero so bile ponujene strokovne storitve, odvisno, kaj je več. Pogodbeni stranki nista v nobenem primeru odgovorni za posredno, naključno, posebno, kaznovalno ali posledično škodo, vključno z izgubo zmožnosti uporabe, izgubo dobička ali prekinitev poslovanja, ne glede na to, kako nastane, ali na kateri koli teoriji odgovornosti v povezavi s strokovnimi storitvami. Za odgovornost, ki nastane zaradi (1) obveznosti katere koli pogodbene stranke za varovanje zaupnosti ali (2) kršitve pravic intelektualne lastnine druge pogodbene stranke, ne velja nobena omejitev ali izključitev.« Vir: Microsoft, Pogoji za spletne storitve, januar 2017 (del Pogoji glede zasebnosti in varnosti).

⁴⁴ Splošno klavzulo glej primeroma v: Microsoft, Pogoji za spletne storitve, januar 2017 (del Pogoji glede zasebnosti in varnosti), Klavzula 6 (odgovornost), v: Dodatek 3 – Standardne pogodbene klavzule (obdelovalci).

⁴⁵ McKendrick: »... with one global user stating that generally it had to lump it, and another saying, they won't move. Some users pushed back in some deals, however, stating that refusal to accept any liability was as a deal breaker.«

⁴⁶ Povzeto po: Hon.

⁴⁷ Primer klavzule: »... do mere, ki jo dovoljuje upoštevna zakonodaja, je skupna odgovornost vsake pogodbene stranke za vse zahtevke, povezane s strokovnimi storitvami, omejena na zneske, ki jih je stranka morala plačati za strokovne storitve, ali na omejitev odgovornosti za spletno storitev, s katero so bile ponujene strokovne storitve, odvisno, kaj je več. Pogodbeni stranki nista v nobenem primeru odgovorni za posredno, naključno, posebno, kaznovalno ali posledično škodo, vključno z izgubo zmožnosti uporabe, izgubo dobička ali prekinitev poslovanja, ne glede na to, kako nastane, ali na kateri koli teoriji odgovornosti v povezavi s strokovnimi storitvami. Za odgovornost, ki nastane zaradi (1) obveznosti katere koli pogodbene stranke za varovanje zaupnosti ali (2) kršitve pravic intelektualne lastnine druge pogodbene stranke, ne velja nobena omejitev ali izključitev ...« Vir: Microsoft, Pogoji za spletne storitve, januar 2017 (del Pogoji glede zasebnosti in varnosti).

ali opustitve. V primeru podizvajalcev ponudnik v praksi prevzame odgovornost proti klientu po načelu kanalizacije.⁴⁸

2.1.11. Pogodbena odškodnina in omejitev odgovornosti

Pogodbeni dogovor o odškodnini opredeli, v katerih primerih in koliko mora povzročitelj škode povrniti drugi stranki zaradi izgube, ki je posledica opustitve ali dejanja. V pogodbah o storitvah v oblaku je uveljavljen dogovor o odškodnini za primer, da ponudnik s svojo tehnologijo krši pravice intelektualne lastnine tretje osebe, uporabnik pa se lahko podredi odškodninski obveznosti zaradi škode na podlagi zahtevka tretje osebe, ki izhaja iz njegove malomarnosti ali kršitve predpisov.⁴⁹ Pogoste so klavzule o omejitvi odgovornosti, ki določijo oziroma omejijo obseg škode, ki jo mora plačati pogodbeni stranka zaradi kršitve pogodbe, storitve ali opustitve.⁵⁰

2.1.11.1. Določitev ravni pogodbe o storitvah

Gre za problematiko določitve, katere storitve se izvajajo na kateri ravni, saj se univerzalni standardi še niso razvili. Pogodbena razmerja se sicer zasnujejo na podlagi splošnih pogojev poslovanja ponudnikov, je pa po drugi strani v praksi vendarle odprt razmeroma širok pogajalski prostor, ki je odvisen zlasti od cene za storitev po načelu za višje plačilo več storitev.⁵¹

2.1.12. Dostopnost do oblaka in dostopnost do podatkov v njem

Za uporabnika je dostop do podatkov, ki so v oblaku, samoumeven, saj to izhaja iz navedb ponudnikov. Kljub temu se uporabnikom svetuje visoko stopnjo lastne skrbnosti in poglobljen pregled.⁵² V praksi ponudniki privolijo v varnostne

⁴⁸ Primer klavzule: »... __ lahko za zagotavljanje storitev v njegovem imenu najame podizvajalce. Vsi taki podizvajalci lahko strankine podatke pridobijo izključno za zagotavljanje storitev, ki jih je __ pri njih naročil, podizvajalci pa strankinih podatkov ne smejo uporabljati za noben drug namen. __ ostaja odgovoren za ravnanje njegovih podizvajalcev skladno z __ obveznostmi, ki so določene v pogojih za spletne storitve ...« Vir: Microsoft, Pogoji za spletne storitve, januar 2017 (del Pogoji glede zasebnosti in varnosti).

⁴⁹ Gilbert.

⁵⁰ Prav tam.

⁵¹ McKendrick opozarja na razlike med velikim in manjšimi uporabniki storitev: »Larger cloud customers prefer to tag SLAs to key performance indicators, while smaller customers tend to get 5-10 key performance metrics, usually already stipulated by the cloud provider.«

⁵² Pri tem se zaradi lažjega razumevanja navaja primerjava s pogodbo o požarnem zavarovanju, po kateri v primeru nastanka škodnega dogodka zavarovalnica izplača odškodnino za vzpostavitev poškodovane ali uničene infrastrukture, ne pa za poškodovane vsebine.

kopije, ne pa v zagotavljanje integritete podatkov, in ne sprejemajo odgovornosti za izgubo podatkov.

2.2. Problematika več jurisdikcij (mednarodno zasebno pravo, pogodbeno, funkcionalno)

V praksi se svetuje, da potencialni uporabnik v eksploratorni in pogajalski fazi dobi odgovore na več vprašanj: (1) na katerih strežnikih so vaši (in s tem moji) podatki, kje so ti strežniki, ali je možen dogovor za konkretni strežnik, (2) ali ponudnik premešča podatke med strežniki, (3) kako so urejena razmerja s posameznimi državami, kjer so strežniki, (4) kakšen je dostop države, v kateri je strežnik, do podatkov (Direktiva EU, ZDA, tretje države ...), (5) kakšni so relevantni elementi poslovne ali nacionalne varnosti, (6) kako je razporejena odgovornost med izvajalci storitve (kanalizacija odgovornosti, solidarna, subsidiarna), (7) kje so varnostne kopije. Treba je preveriti boniteto ponudnika na vrhu in vseh podizvajalcev ali povezanih izvajalcev ter preučiti pogoje nacionalne oziroma nadnacionalne zakonodaje.⁵³ Razčistiti in pogodbeno dogovoriti je treba zahteve v zvezi z nadzorom in auditom. Pogodbe sicer lahko vsebujejo možnost fizične inšpekcije, v zvezi s tem pa se postavljajo vprašanja, kako to storiti, če se podatki premeščajo med geografsko oddaljenimi strežniki. Splošni pogoji, ki so ocenjeni kot dobri za uporabnika, vsebujejo klavzule o določitvi geografskega prostora države ipd., kar je ustrezno, a problematike ne uredi v celoti; spet je geografsko alociranje povezano z relevantnim pravom, vprašanjem stroškov postopka zunaj državnih meja, problematiko morebitnega stečaja ponudnika ipd.

Jurisdikcije in relevantnega prava ter ožjega področja mednarodnega zasebnega prava zaradi osredotočanja na določene probleme in omejitve obsega tega prispevka ne obravnavamo posebej, opozorimo pa naj na nujnost določitve s pogodbo, saj v nasprotnem primeru lahko nastanejo težko rešljive situacije.⁵⁴ V vrsti primerov utegne biti ugotavljanje, katero pravo se bo uporabilo, če ga stranki s pogodbo o oblaku nista izbrali, zelo problematično,⁵⁵ opozoriti pa velja

⁵³ McKendrick.

⁵⁴ Kot primer lahko uporabimo hipotetično situacijo, ko sta osrednja problema prav relevantno pravo in jurisdikcija, na primer podjetje obdeluje podatke v prvi državi članici EU, jih naloži na strežnik v drugi državi članici EU, tja pa jih pošlje prek tretje države članice EU, v kateri ima podružnico.

⁵⁵ Za B2C-pogodbo o CC glej na primer Dorraji, za B2B pa Jurisdiction and Applicable Law in Cloud, <https://prezi.com/e9hv41p1xuyh/jurisdiction-and-applicable-law-in-cloud/> (30. 5. 2017). Za splošno pristojnost prim. uredbo Bruselj I, člene 2–4 in 60(1), za posebno pristojnost pa za B2B Bruselj I, člena 5 in 5(1)(b), in za B2C člene 15–17. Za relevantno pravo prim. za B2B Uredbo (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (Rim I), člen 3(1), za B2C pa člen 6(1)(2). Za primer, da pravo ni izbrano, prim. člena 4(1)(a)(b) in 19(1).

tudi na splošne pogoje, torej pogodbeni dogovor, ki naj to problematiko ureja tako, da ni praznine.⁵⁶

2.3. Lokacija in kolokacija podatkov

Lokacija podatkov (kje so strežniki) je posebej pomembna. Čeprav pogodba lahko zelo natančno določi mesto obdelave,⁵⁷ ni izključeno, da uporabnik ne ve, kje v ponudnikovem oblaku so locirani ali kolocirani njegovi podatki, torej kje so postavljeni strežniki, ali se podatki premeščajo med strežniki, kje so varnostne datoteke. Od tega je odvisno marsikaj, na primer pristojnost, zakonodajna pokritost, morebitni prenos osebnih podatkov na lokacije v drugih jurisdikcijah ipd.⁵⁸

2.4. Omejitev uporabe podatkov

Dostop do podatkov in njihovo uporabo uporabniki želijo omejiti. Praviloma se ponudniki že v splošnih pogojih izrecno zavežejo, da so podatki striktno uporabnikovi in jih ponudnik ne uporablja za noben namen, niti iz njih ne kreira novih baz, velikega podatkovja (*big data*), jih ne predeluje ipd. Del tovrstnih zahtev izhaja že iz zakonodaje o varstvu podatkov in osebnih podatkov.

2.5. Pravice intelektualne lastnine

Zunanje izvajanje (*outsourcing*) v okviru CC trči na vrsto področij intelektualne lastnine, zlasti v zvezi s programsko opremo, slikami, koncepti, besedili.

⁵⁶ Primer: »Klavzula 7: Mediacija in pristojnost: 1. Če posameznik, na katerega se nanašajo osebni podatki, na podlagi klavzul zoper uvoznika podatkov uveljavlja pravice kot upravičena tretja stranka in/ali odškodninski zahtevek, uvoznik podatkov soglaša, da bo sprejel odločitev posameznika, da: (a) spor predloži v mediacijo ...; (b) da spor predloži sodiščem v državi članici, v kateri je sedež izvoznika podatkov. Klavzula 9: Pravo, ki se uporablja: Za klavzule velja pravo države članice, v kateri je sedež izvoznika podatkov. Izvoznik podatkov definicijah iz klavzule 1 (b) pomeni upravljavca, ki prenaša osebne podatke ...« Vir: Microsoft, Pogoji za spletne storitve, januar 2017, Dodatek 3 – Standardne pogodbene klavzule (obdelovalci).

⁵⁷ Primer klavzule: »Če ni drugače določeno drugje v teh pogojih za spletne storitve, je strankine podatke, ki jih __ obdeluje v strankinem imenu, mogoče prenesti, shraniti in obdelati v ZDA ali kateri koli drugi državi, v kateri imajo __ ali njegova lastniško povezana podjetja oziroma podizvajalci svoje prostore. Stranka pooblašča __ za izvedbo katerega koli takega prenosa strankinih podatkov v katero koli tako državo ter za shranjevanje in obdelavo strankinih podatkov, in sicer za namene zagotavljanja spletnih storitev. __ bo upošteval zahteve zakonodaje o varstvu podatkov EGP in Švice glede zbiranja, uporabe, prenosa, hranjenja in druge obdelave osebnih podatkov iz EGP in Švice ...« Vir: Microsoft, Pogoji za spletne storitve, januar 2017, Dodatek – 1 Obvestila.

⁵⁸ Hon, Millard, Walden, str. 101, navajajo: »Users were not concerned about colocation within a third party's data center, so much as geographical location of data centers. Many users were concerned about the location of data center(s) employed by their providers, particularly if using data centers outside the European Economic Area. Conversely, other users specifically wanted data kept offshore, such as in the Channel Islands, but never in the US.«

Zunanji partner mora zagotoviti ravnanje v skladu s predpisi.⁵⁹ Tudi v okviru CC se pravice intelektualne lastnine pojavijo v več oblikah. Storitev lahko omogoča objavo uporabnikovih fotografij, video materiala, besedil in podobnih vsebin. Če je storitev CC brezplačna, je pogodba praviloma neodplačna tudi v tem delu. Nekatere storitve CC uporabniku omogočajo uporabo ponudnikove intelektualne lastnine; taka licenca je lahko le ozka, omejena na uporabo tehnologije ali aplikacije z vključeno prepovedjo sprememb, kar pomeni, da se uporabljajo samo generične in standardizirane vsebine, ki onemogočajo prilagoditve, ki bi jih uporabnik individualiziral.⁶⁰ Individualizacija sicer ni izključena, lahko pa je le posledica pogodbenega dogovora. Zato je med prvimi koraki in pogodbenimi dogovori v zvezi s pravicami intelektualne lastnine razmejevanje med vsebinami, ki so v oblaku in izvirajo izključno iz uporabnikove sfere, in drugimi vsebinami. Pri prvih uporabnik sam v celoti odgovarja za pravice intelektualne lastnine. Nejasna je lahko razmejitev med uporabnikovo aplikacijo in ponudnikovo platformo in integracijskimi orodji.⁶¹ Če integrator razvije aplikacijo za svoje stranke, te od njega lahko zahtevajo pridobitev pravice intelektualne lastnine ali vsaj pravico do neomejene uporabe programske opreme po prenehanju pogodbe. Dodatna nevtralgina točka je vprašanje, kdo je lastnik izboljšav storitev, ki izvirajo iz uporabnikovega opazanja in zahtev po odpravi napak v programski opremi. Problematično je, da ponudnik, ki ima aplikacijo oziroma platformo, za napake ne bi izvedel, če ga nanje ne bi opozoril uporabnik, in jih torej ne bi mogel odpraviti. Zaplet delno odpravi pogodbeni dogovor, da tovrstne izboljšave ostajajo v sferi ponudnika, po drugi strani pa uporabniki lahko zahtevajo, da tako izboljšane storitve ponudnik ne omogoča uporabnikom konkurentom.⁶² Na splošno je torej problematično razmejevanje, ali ima partner pravice intelektualne lastnine, kakšni so zahtevki, kako lahko ponudnikova nepooblaščen uporaba pravic intelektualne lastnine (na primer nepooblaščen uporaba programske opreme v njegovem oblaku) prizadene naročnika, kakšne so možnosti začasne odredbe tretjega, ki lahko prizadenejo naročnikove podatke, ali je mogoče sklicevanje na neobstoje pravice oziroma licence kot razlog za razvezo pogodbe.⁶³

2.6. Zasebnost, zaupnost, varstvo podatkov

V tem delu opozarjamo le na izbrane vidike, saj je problematika tako globoka in kompleksna, da bi njen obseg presegel namen razprave. Varstvo podatkov

⁵⁹ Določbe ZIL in ZASP.

⁶⁰ Gilbert.

⁶¹ McKendrick.

⁶² Prav tam.

⁶³ Sury.

je eno osrednjih vprašanj na področju CC in pomeni presek med tehničnimi zahtevami glede zagotavljanja zaupnosti, izpolnjevanjem varnostnih zahtev glede podatkov,⁶⁴ pravili v zvezi z osebnimi podatki, zakonodajo, ki na splošno ureja varnost, in predpisi v zvezi z zagotavljanjem splošne, tudi nacionalne varnosti.⁶⁵ Treba je ugotoviti in preleteti v pogodbo, kako je razporejena odgovornost za varstvo podatkov med naročnikom in ponudnikom storitev, kar vsebuje tudi problematiko varnosti podatkov. Ponudniki praviloma prevzamejo odgovornost za integriteto mreže in se čim bolj razbremenijo odgovornosti za same podatke. V zadnjem obdobju se to razmerje nagiba k večji odgovornosti ponudnikov, zlasti s pripravljenostjo slediti modelnim določbam EU za prenos podatkov tudi s ponujanjem evropskih lokacij podatkovnih centrov.⁶⁶ Uporabnik želi biti čim prej obveščen o nevarnostih ali vdorih, ki bi lahko ogrozili njegove podatke, zato naj pogodba opredeli tveganja, standarde in ponudnikove obveznosti glede zagotavljanja varnosti in zaupnosti, razmeji odgovornost med strankama, notifikacije, možnost uporabnikovega spremljanja, če je to smiselno, in posledice kršitev. Med jurisdikcijami so velike razlike na področjih varstva podatkov, varstva osebnih podatkov, zakonskih ali pogodbenih obveznosti za ohranitev poslovne skrivnosti, bančne tajnosti, zaupnosti v skladu z zakonom o zavarovalništvu, obveznosti varovanja tajnosti zdravnikov in odvetnikov, varovanja tajnosti poslovnih skrivnosti in pogajanj, katerih vsebina je preseljena v CC. Te vidike je treba proučiti že pred sklenitvijo pogodbe na splošni ravni, pa tudi na primer na ravni posamezne skupine (prenos zdravstvenih podatkov, podatkov odvetnikov; prim. zgoraj), saj prenos podatkov v oblak v vsakem primeru pomeni izgubo nadzora nad njimi in tudi nad standardom njihovega varovanja.

Kdor obdeluje osebne podatke, mora to početi v skladu z zakonskimi predpisi. Odgovornost se razteza na procesiranje podatkov, na podjetje in na posamično odgovorne fizične osebe. V tem kontekstu je poseben problem merodajno pravo.⁶⁷

⁶⁴ Gilbert.

⁶⁵ Če sledimo le zelo poenostavljenim opomnikom (razprava zaradi obsežnosti problematike ne dopušča globlje obravnave in analize), glede transferja podatkov zunaj EU velja, da se Direktiva o varstvu podatkov nanaša na države EEA (EU, Islandija, Liechtenstein, Norveška), pri prenosu osebnih podatkov zunaj EEA pa velja posebna previdnost, brez katere bi bila učinkovitost in doseg direktive sicer hitro spodkopana. Sama direktiva določa, da so lahko osebni podatki preneseni iz EU in EEA le, če je zagotovljena primerna stopnja varnosti. Glej http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/index_en.htm (30. 5. 2017). Še ožje: »... no transfer of data to countries outside the EU that do not offer an 'adequate level of protection' only Switzerland, Argentina and Canada. Exceptions: ask permission from every 'data subject' involved if transfer is necessary to execute contract with the data subjects for US: subscribing to 'safe harbour list', Binding Corporate Rules, European Commission's model agreement.« Glej Van Aecke.

⁶⁶ McLean.

⁶⁷ Van Aecke: »An EU Member State's national law will apply when: establishment of EU-based controller located in its territory processes personal data controller outside EU uses 'equipment'

Prenos odgovornosti načeloma povzroča težave, saj je tisti, ki odda obdelavo podatkov, odgovoren in mora zagotoviti, da njegov zunanji (*outsourcing*) partner spoštuje ustrezna načela obdelave podatkov, potrebno pa je tudi redno nadzorovanje, ali izvajalec dejansko posluje skladno z navodili.⁶⁸

Uporabnika in izvajalca pri obdelovanju podatkov vežejo potrebni varnostni ukrepi, zlasti zakonska obveznost zagotavljanja varnosti, ki je povezana z dolžnostjo skrbnega upravljanja podjetij, in zakonodaja v zvezi z intelektualno lastnino. Zagotavljanje skladnosti s temi varnostnimi standardi se razporedi na več različnih udeležencev v oblaku, kar pa posameznega udeleženca ne razbremeni obveznosti. Pri ocenjevanju rešitev CC se svetuje klasificiranje podatkov, tudi glede na njihovo občutljivost in presojo, kakšne so posledice njihovega razkritja, izgube ali okvare, presoditi je treba, kakšen vpliv imajo razkritje, izguba ali okvara podatkov na poslovanje, preveriti, ali ponudnik deluje v skladu s standardi,⁶⁹ in zagotoviti, da CC deluje v skladu s smernicami⁷⁰ in zakonodajo.⁷¹

2.7. Trajanje in podaljšanje pogodbe, izstopna strategija

Kar zadeva trajanje in podaljšanje, je pogodba lahko kratko-, srednje- ali dolgoročna in jo je mogoče podaljšati ali tudi predčasno prekiniti. Prekinitev je praviloma posledica odpovedi, njeno odvisnost od enega ali več pogojev, ki jih tiste stranke, ki bi v pogodbenem razmerju želele ostati oziroma bi v njem želele ostati čim dlje, ne le pri pogodbah o storitvah v oblaku, temveč nasploh, pa tolmačijo restriktivno. Pri odpovedovanju se pogodbeni stranki gibljeta v manevrskem prostoru, ki je seveda odvisen od pogodbenega dogovora, da jo je dopustno odpovedati kadarkoli in ne glede na razlog, prek avtomatičnega podaljševanja in vse do izpolnitve vrste pogojev, ki so naloženi s pogodbo.

Drugi problemski sklop je kompleksen in možnost izstopa iz pogodbenega razmerja povezuje z izstopno strategijo in vnaprejšnjim razmislekom o preprečevanju vezanosti na obstoječega ponudnika. Izstopna strategija z določitvijo pravic in obveznosti zaradi izstopa iz tedaj obstoječega oblaka ter prehod v drugega zahtevata razmislek v fazi sklepanja pogodbe, ki sega najdlje v pri-

within territory Applied to cloud computing: using EU-based data centre = becoming subject to the very strict EU data protection rules? Most authorities interpret 'equipment' in an extremely broad way (even browser cookies).«

⁶⁸ Sury zanimivo ilustrira dolžno skrbnost: »Um bei der Metapher der Wolke zu bleiben, müssen Cloud-Kunden Acht geben, dass sie nicht nass werden.«

⁶⁹ Na primer ISO/IEC 27001/2, za javne ponudnike ISO/IEC 27018.

⁷⁰ Na primer EU Data Protection Working Party 29's opinion on cloud, the EU Cloud Standardisation Guidelines and the ICO's guidance on cloud computing.

⁷¹ McLean.

hodnost. Problematika ni značilna le za pogodbe za storitve v oblaku, ampak za dolgoročne pogodbe, in se navezuje na pristop morebitnega pogodbenega oteževanja izstopa, zlasti tako, da se vanjo vključuje kaskadna lestvica plačevanja izstopnih plačil. Te lestvice določajo obvezna izstopna plačila, ki so višja, kadar je obdobje do prenehanja veljavnosti pogodbe daljše, s trajanjem pogodbe pa se znižujejo. Take klavzule niso nujno problematične, če temeljijo na objektivnih, praviloma stroškovno utemeljenih kriterijih, ki jih predstavi ponudnik. V pogodbah je mogoče najti tudi določbe, ki od uporabnika zahtevajo notifikacijo o nepodaljšanju v določenem obdobju pred iztekom, nepravčasnost pa je sankcionirana z nemožnostjo izstopa. Teorija (Hon, Millard in Walden) uporabniku svetuje, naj se ujetju v pogodbo izogne z razpršitvijo na več ponudnikov, vendar pa tak pristop v fazi izvrševanja pogodb zahteva aktivno skrbništvo nad več pogodbami, ne le nad eno.⁷² Del izstopne strategije in posledic prenehanja pogodbe so skrb za podatke, dostop do njih, tehnična določitev oblike in formatov dostopa do njih, določitev prehodnega obdobja med prenehanjem pogodbe in izvozom podatkov. Navedeno mora biti pogodbeno zagotovljeno in predvidljivo.

Najpogostejši razlog za prenehanje veljavnosti pogodbe je uporabnikovo neplačilo. Drugi razlogi so še kršitev pogodbeno dogovorjenih obveznosti, pritožbe tretjih oseb, kršitev pravic intelektualne lastnine, kršitve v zvezi z zagotavljanjem varnosti in zaupnosti, z lokacijo podatkov in nedoseganjem tehničnih parametrov. Od pogodbenega dogovora je odvisno, katere od kršitev pogodbe se določijo kot bistvene.

3. Sodna praksa

Analiza sodne prakse ni predmet te razprave, opozarjamo pa na nekaj izhodiščnih zbirnih virov.⁷³

⁷² McKendrick.

⁷³ Glej Wittow, *Cloud Computing: Recent Cases and Anticipating New Types of Claims*; Pinguelo, Muller, *Avoid the Rainy Day: Survey of US Cloud Computing Caselaw*; članek *Europäische Datenwolken als beliebte Lösung*, z dne 23. maja 2014, <https://www.nzz.ch/wirtschaft/europaeische-datenwolken-als-beliebte-loesung-1.18308010> (30. 5. 2017). Primerjalnopravno glej projekt Slalom, <http://slalom-project.eu/sites/slalom/files/content-files/article/SLALOM%20D2.3%20FINAL13June2016.pdf> (16. 7. 2017). Glej tudi sodbo BGH VI ZR 93/10 z dne 25. oktobra 2011, sklepne predloge generalnega pravobranilca Bota v zadevi SEU C-362/14, *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner*, z dne 23. septembra 2015, ECLI:EU:C:2015:627, in sodbo SEU v združenih zadevah C-293/12 in C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources in drugi in Kärntner Landesregierung in drugi*, z dne 8. aprila 2014, ECLI:EU:C:2014:238.

Literatura in viri

- BRADSHAW, Simon, MILLARD, Christopher, WALDEN, Ian, Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper, 2010, št. 63.
- BRADSHAW, Simon, MILLARD, Christopher, WALDEN, Ian, The Terms They Are A-Changin' ... Watching Cloud Contracts Take Shape. Issues in Technology Innovation, 2011, št. 7.
- CALDEIRA NEVES, Pedro, SCHMERL, Bradley, BERNARDINO, Jorge, CÁMARA, Javier: Big Data in Cloud Computing: features and issues. V: Muthu Ramachandran (ur.) in drugi, Proceedings of the 2016 International Conference on Internet of Things and Big Data, IoTBD 2016.
- DORRAJI, Seyed Ebrahim, Validity of Choice of Law and Jurisdiction Clauses in Consumer Cloud Contracts under European Law. Oslo: University of Oslo, Faculty of Law, 2016.
- EVERETT, Catherine, Cloud Computing – A Question of Trust. Computer Fraud & Security, 2009, št. 6.
- Evropska komisija: Comparative Study on Cloud Computing Contracts, final report, Bruselj 2015.
- GILBERT, Françoise, Ten Key Provisions in Cloud Computing Contracts, <http://searchcloudsecurity.techtarget.com/tip/Ten-key-provisions-in-cloud-computing-contracts> (20. 3. 2017).
- GRILC, Peter, Moderni tipi pogodb. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1996.
- HON, W. Kuan, MILLARD, Christopher, WALDEN, Ian, Negotiating Cloud Contracts: Looking at Clouds from both Sides now. Stanford Technology Law Review, 2012, št. 1.
- HON, W. Kuan, Negotiating Cloud Contracts + UK G-Cloud i Case Study, CERN, maj 2014, https://indico.cern.ch/event/306750/attachments/584160/804128/Hon_CERN_Negotiating_Cloud_Contracts_UK_G-Cloud.pdf (20. 3. 2017).
- KALA, Kaspar, Analysis on the Remedial Situation of Cloud Contracts from a Consumers' Perspective. Tilburg: Tilburg University, Faculty of Law, 2014.
- MARTINEK, Michael, Moderne Vertragstypen. Bd. I, II, III. München: C. H. Beck, 1991.
- McKENDRICK, Joe, 9 Questions to Ask Before Signing a Cloud Computing Contract. Forbes. 14. 1. 2013, <http://www.forbes.com/sites/joemckendrick/2013/01/14/9-questions-to-ask-before-signing-a-cloud-computing-contract/#2474039378b6> (20. 3. 2017).
- McLEAN, Sue, Five Key Legal Considerations when Negotiating Cloud Contracts, 4. 4. 2016, <http://www.computerworlduk.com/cloud-computing/5-key-legal-considerations-when-negotiating-cloud-contracts-3637604/> (20. 3. 2017).

- MILLARD, Christopher (ur.), *Cloud Computing Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- NOBLE FOSTER, T., Navigating through the Fog of Cloud Computing Contracts. *The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law*, 2013, št. 1
- PINGUELO, Fernando M., MULLER, Bradford W., Avoid the Rainy Day: Survey of U.S. Cloud Computing Caselaw. *Boston College Intellectual Property & Technology Forum*, 2011, <http://bciprf.org/wp-content/uploads/2011/07/1-avoid-the-rainy-day.pdf> (20. 3. 2017).
- PIRNAT BATTELLI, Tadeja, *Pravna analiza pogodbe o računalništvu v oblaku*. *Pravnik*, 2015, št. 9-10.
- RAYSMAN, Richard, BROWN, Peter, *Computer Law: Drafting and Negotiating Forms and Agreements*. E-knjiga, 2016.
- SILALAH, Manatar Raja Mada, *Drafting a Cloud Computing Contract*. Oslo: University of Oslo, Faculty of Law, 2011.
- Slalom, *Legal & Open Model Terms for Cloud SLA and Contracts*, <http://slalom-project.eu/sites/slalom/files/content-files/article/SLALOM%20D2.3%20FINAL13June2016.pdf> (20. 3. 2017).
- SURY, Ursula, *Cloud Computing und Recht*. *Informatik-Spektrum*, 2009, št. 2.
- The Law Society, *Cloud Computing*, 7. 4. 2014, <http://www.lawsociety.org.uk/support-services/advice/practice-notes/cloud-computing/> (20. 3. 2017).
- TRAPPLER, Thomas, It's in the Cloud, Get It on Paper: Cloud Computing Contract Issues. *Educause Review*, 24. 6. 2010, <http://er.educause.edu/articles/2010/6/if-its-in-the-cloud-get-it-on-paper-cloud-computing-contract-issues> (20. 3. 2017).
- US National Institute of Standards and Technology, Special Publication 800-145, <http://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf> (20. 3. 2017).
- VAN AECKE, Patrick, *Cloud Computing Legal issues*, http://www.isaca.org/Groups/Professional-English/cloud-computing/GroupDocuments/DLA_Cloud%20computing%20legal%20issues.pdf (20. 3. 2017).
- WAGLE, Shyam S., *Cloud Computing Contracts: Regulatory Issues and Cloud Providers' Offer – An Analysis*. V: Anja Lehman (ur.) in *drugi, Privacy and Identity Management. Facing up to Next Steps 2016*, https://ifip-summerschool2016.hotell.kau.se/wp-content/uploads/2016/08/IFIP-SC-2016_pre_paper_11.pdf (20. 3. 2017).
- WITTOW, Mark H., *Cloud Computing: Recent Cases and Anticipating New Types of Claims*. *The Computer & Internet Lawyer*, 2011, št. 1.
- ZHANG, Xuan, WUWONG, Nattapong, LI, Hao, ZHANG, Xuejie, *Information Security Risk Management Framework for the Cloud Computing Environments*, *Computer and Information Technology (CIT)*, IEEE, 10th International Conference, 2010.

Pravica do pozabe na internetu

Gregor Dugar

1. Internet ne pozabi

Obseg podatkov, ki so na voljo na internetu, je enormen. Po nekaterih ocenah naj bi bilo spletnih strani več kot trilijon, pri čemer so zajete le tiste, ki so prosto dostopne vsem.¹ Glede na obseg podatkov, ki so vsak dan dodani na internet, nekateri napovedujejo, da v kratkem ne bo več uradno priznane merske enote, s katero bi bilo mogoče označiti količino podatkov na internetu.² Razvoj digitalne tehnologije za shranjevanje podatkov omogoča, da se na internetu shranjujejo čedalje večje količine za nižjo ceno. Z razvojem digitalne tehnologije se povečuje tudi zmožnost shranjevanja velike količine podatkov za daljše obdobje. Zato ne preseneča splošno znana krilatica, da internet ne pozabi.³ Čeprav je dvomljivo, ali vsi podatki na internetu res ostanejo za vedno, pa se je mogoče strinjati, da ostanejo zelo dolgo.⁴

Zaradi velikanskega obsega podatkov na internetu so pridobili iskalniki zelo pomembno vlogo. Šele z iskalnikom lahko uporabnik enostavno in hitro najde spletne strani z želenimi informacijami. Množična uporaba internetnih iskalnikov je imela za posledico razvoj in rast njihovih upravljavcev. Pri tem velja poudariti, da upravljavci iskalnikov ne ponujajo le storitve dostopa do informacij in podatkov na internetu, temveč tudi sami ustvarjajo nove informacije in podatke. Tako na primer med drugim shranjujejo podatke o tem, katere informacije iščejo uporabniki na internetu. Iz teh informacij je mogoče izdelati natančne profile uporabnikov, ki so v današnjem času pomembna tržna dobrina, saj proizvajalcem dobrin oziroma ponudnikom storitev omogočajo natančno spremljanje želja uporabnikov. Na podlagi podatkov o iskanih informacijah je mogoče tudi izdelati napovedi za prihodnje družbene trende uporabnikov.⁵

¹ Blog This is how big the internet really is, 10. 2. 2012, www.techeblog.com/index.php/tech-gadget/this-is-how-big-the-internet-really-is (14. 6. 2016).

² Trenutno je za najvišjo številko uradno določena predpona jota, in sicer je to številka s 24 ničlami. Več o tem Walford.

³ Holznagel, Hartmann, str. 228; Rosen, str. 88.

⁴ Boehme-Neßler, str. 825.

⁵ Prav tam, str. 826.

Glede na to, da internet ničesar ne pozabi, se postavi vprašanje, ali ga lahko s pravnimi sredstvi prisilimo, da določene podatke pozabi. S tem vprašanjem se je ukvarjalo Sodišče Evropske unije (SEU) v zadevi *Google Spain SL in Google Inc. proti Agencia Espanola de Proteccion de Datos (AEPD) in Mariu Costeji Gonzalezu* (v nadaljevanju *Google proti Costeji Gonzalezu*)⁶ in v sodbi postavilo temelje za razvoj tako imenovane pravice do pozabe na internetu. Navedena sodba je bila nedvomno tudi zgled za ureditev pravice do pozabe na internetu v Uredbi 2016/679 Evropskega parlamenta in Sveta o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov, s katero se razveljavi Direktiva 95/46/ES.

2. Zadeva *Google proti Costeji Gonzalezu*

2.1. Dejansko stanje

Mario Costeja Gonzalez, španski državljan s stalnim prebivališčem v Španiji, je 5. marca 2010 pri španski Agenciji za varstvo osebnih podatkov (AEPD) vložil pritožbo proti družbi La Vanguardia Ediciones SL, ki izdaja dnevnik z veliko naklado zlasti v Kataloniji, in družbama Google Spain in Google Inc. Pritožba je temeljila na tem, da internetni uporabnik, ki v iskalnik skupine Google (Google Search) vpiše ime M. Costeja Gonzalez, najde povezave na strani dnevnika družbe La Vanguardia z dne 19. januarja in 9. marca 1998, na katerih je bilo objavljeno obvestilo o nepremičninski dražbi v zvezi s postopkom izvršbe zaradi neplačila socialnih prispevkov, v katerem je omenjeno ime Maria Costeje Gonzaleza.

Costeja Gonzalez je s pritožbo od AEPD zahteval, naj družbi La Vanguardia odredi, da navedeni strani izbriše ali spremeni tako, da njegovi osebni podatki ne bodo več prikazani, ali uporabi nekatera orodja iskalnikov za zaščito teh podatkov. Poleg tega je zahteval, naj AEPD družbi Google Spain ali Google Inc. odredi, da izbriše ali prekrije njegove osebne podatke, tako da ne bodo več prikazani v zadetkih iskanja in v povezavah družbe La Vanguardia. V zvezi s tem je navedel, da je bil postopek izvršbe proti njemu končan že pred več leti in da je njegovo omenjanje od takrat brezpredmetno.

AEPD je z odločbo z dne 30. julija 2010 pritožbo Costeje Gonzaleza zavrnila v delu, v katerem se je nanašala na La Vanguardio, ker je ugotovila, da je bila objava spornih podatkov, ki jo je izvedla ta družba, pravno utemeljena, saj je bila izvedena po odredbi ministrstva za delo in socialne zadeve, njen namen pa je bil zagotoviti čim večjo obveščenost o javni dražbi in pritegniti čim več dražiteljev.

⁶ Sodba C-131/12, z dne 13. maja 2014, EU:C:2014:317.

Je pa AEPD pritožbi ugodila v delu, v katerem se je nanašala na družbi Google Spain in Google Inc. V zvezi s tem je ugotovila, da za družbe, ki upravljajo iskalnike, velja zakonodaja o varstvu podatkov, ker opravljajo obdelavo podatkov, za katero so odgovorne, in imajo vlogo posrednikov informacijske družbe. AEPD je menila, da lahko družbam, ki upravljajo iskalnike, odredi odstranitev podatkov in prepoved dostopa do nekaterih podatkov, če ugotovi, da lahko njihova lokacija in širjenje ogrozita temeljne pravice varstva podatkov in dostojanstvo oseb, kar zajema tudi preprosto željo zainteresirane osebe, da ti podatki niso dostopni tretjim osebam. Prav tako je menila, da se ta obveznost lahko odredi neposredno družbam, ki upravljajo iskalnike, ne da bi bilo treba podatke ali informacije izbrisati s spletnega mesta, na katerem so, med drugim, kadar je ohranitev teh informacij na tem spletnem mestu upravičena na podlagi pravnega predpisa.

Družbi Google Spain in Google Inc. sta zoper navedeno odločbo vložili ločeni tožbi pri španskem nacionalnem sodišču (Audiencia Nacional), to pa ju je združilo in prekinilo postopek ter Sodišču EU postavilo več predhodnih vprašanj.⁷

2.2. Odločitev in argumenti Sodišča EU

SEU v sodbi ugotavlja, da se pri vseh predhodnih vprašanjih postavlja vprašanje, katere obveznosti veljajo za družbe, ki upravljajo iskalnike, glede varstva osebnih podatkov zainteresiranih oseb, ki nočejo, da so informacije s spletnih strani tretjih oseb, ki vsebujejo njihove osebne podatke, locirane, indeksirane in dokončno dane na voljo internetnim uporabnikom. Bistveno vprašanje zadeva je, ali lahko posameznik od upravljavca spletnega iskalnika zahteva, da odstrani iz rezultatov iskanja informacije in povezave do spletnih strani zaradi preteka časa, pa čeprav so bile te informacije zakonito objavljene. Odgovor je odvisen od tega, kako je treba Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 95/46/ES z dne 24. oktobra 1995 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov⁸ razlagati v okviru tehnologij, ki so bile razvite po njeni objavi.⁹

Pri ugotavljanju, ali ima oseba zoper upravljavca spletnega iskalnika zahtevek za izbris podatkov, je moralo Sodišče EU odgovoriti na tri bistvena vprašanja. Najprej je moralo proučiti, ali je upravljavec spletnega iskalnika oseba, ki obdeluje osebne podatke. Potem je moralo ugotoviti, kdaj mora upravljavec spletnega iskalnika, ki ima sedež zunaj EU, pri opravljanju dejavnosti v eni ali več državah članicah upoštevati določbe prava EU in nacionalnega prava s področja varstva

⁷ Povzeto iz sodbe C-131/12, točke 14–18.

⁸ UL L 281, z dne 23. novembra 1995.

⁹ Sodba C-131/12, točka 19.

osebnih podatkov. Na koncu pa je moralo še opredeliti, pod katerimi pogoji ima posameznik na podlagi Direktive 95/46 pravico zahtevati izbris podatkov iz spletnega iskalnika.¹⁰

2.2.1. Stvarno področje uporabe Direktive 95/46

Najprej je Sodišče EU presojalo, ali se dejavnost spletnega iskalnika šteje za obdelovanje osebnih podatkov po točki b 2. člena Direktive 95/46, če te informacije vsebujejo osebne podatke.¹¹ Značilnost spletnih iskalnikov je, da na internetu samodejno in sistematično preiskujejo na njem objavljene informacije, jih zbirajo in nato s svojimi programi za indeksiranje urejajo in shranjujejo na svoje strežnike ter jih posredujejo oziroma dajejo na voljo uporabnikom v obliki seznamov zadetkov iskanja.¹²

Po točki b 2. člena Direktive 95/46 je obdelava osebnih podatkov opredeljena kot »kakršenkoli postopek ali niz postopkov, ki se izvajajo v zvezi z osebnimi podatki z avtomatskimi sredstvi ali brez njih, kakršno je zbiranje, beleženje, urejanje, shranjevanje, prilagajanje ali predelava, iskanje, posvetovanje, uporaba, posredovanje s prenosom, širjenje ali drugo razpolaganje (dajanje na voljo), prilagajanje ali kombiniranje, blokiranje, izbris ali uničenje«. Po mnenju Sodišča EU ni dvoma, da dejavnost spletnega iskalnika, ki informacije samodejno indeksira, začasno shrani in da na voljo uporabnikom po prednostnem vrstnem redu, pomeni obdelavo osebnih podatkov v smislu točke b 2. člena Direktive 95/46. Pri tem ni pomembno, da družba, ki upravlja iskalnik, uporablja enak postopek indeksiranja za vse vrste informacij in torej ne razlikuje med osebnimi in drugimi podatki.¹³ Prav tako ni pomembno, da so ti podatki že objavljeni na internetu in jih iskalnik ne spreminja.¹⁴

Po mnenju Sodišča EU nadalje tudi ni sporno, da so med podatki, ki jih iskalniki najdejo, indeksirajo, shranjujejo in dajejo na voljo svojim uporabnikom, tudi podatki, ki se nanašajo na določene ali določljive fizične osebe, in so torej »osebni podatki« v smislu točke a 2. člena te direktive.¹⁵ Osebni podatek je namreč po navedeni določbi Direktive 95/46 katerakoli informacija, ki se nanaša na določeno ali določljivo fizično osebo. Določljiva oseba je v tem smislu oseba, ki se lahko neposredno ali posredno identificira, predvsem s sklicevanjem na identifikacijsko številko ali na enega ali več dejavnikov, ki

¹⁰ Nolte, str. 2239.

¹¹ Sodba C-131/12, točka 21.

¹² Prav tam, točki 28, 29.

¹³ Prav tam, točka 28.

¹⁴ Prav tam, točka 29.

¹⁵ Prav tam, točka 27.

so značilni za njeno fizično, fiziološko, duševno, ekonomsko, kulturno ali socialno identiteto.

Pri vprašanju, ali je družbo, ki upravlja iskalnik, treba šteti za upravljavca osebnih podatkov, ki jih obdela ta iskalnik v okviru dejavnosti, SEU opozarja, da upravljavec pomeni fizično ali pravno osebo, javni organ, agencijo ali katerokoli drugo telo, ki samo ali skupaj z drugimi določa namene in sredstva obdelave osebnih podatkov (točka d 2. člena Direktive 95/46). Družba, ki upravlja spletni iskalnik, se zato šteje za upravljavca obdelave navedenih podatkov.¹⁶

Upravljavca spletnega iskalnika se obveznosti, ki mu jih nalaga Direktiva 95/46 v zvezi z obdelovanjem osebnih podatkov, ne more razbremeniti na način, da bi jo prevelil na osebo, ki upravlja spletno stran, na kateri je informacija objavljena.¹⁷ Obdelava osebnih podatkov, ki se izvede v okviru dejavnosti spletnega iskalnika, se razlikuje od obdelave, ki jo izvedejo izdajatelji spletnih mest in s katero se ti podatki vnesejo na internetno stran. Ta razlika se pokaže zlasti v tem, da spletni iskalnik s kopičenjem in organiziranjem na internetu objavljenih informacij omogoča strukturiran pregled na internetu dostopnih informacij o določeni osebi in s tem izdelavo bolj ali manj podrobnega profila te osebe.¹⁸

2.2.2. Ozemeljsko področje uporabe Direktive 95/46

SEU je v zadevi *Google proti Costeji Gonzalezu* moralo poleg vprašanja stvarne uporabe Direktive 95/46 rešiti tudi vprašanje, pod katerimi predpostavkami je podjetje, ki ima sedež zunaj EU, dolžno spoštovati predpise EU in nacionalne predpise držav članic, če podatke državljanov EU shranjuje, obdeluje ali uporablja zunaj EU. Pri tem je sodišče sprejelo široko interpretacijo določb direktive v zvezi z njeno ozemeljsko veljavnostjo.

Pri odločitvi o uporabi Direktive 95/46 je izhajalo iz naslednjih dejstev. Google Search je na svetovni ravni na voljo na spletnem mestu www.google.com. V številnih državah članicah EU obstajajo lokalne različice v nacionalnem jeziku. Različica v španskem jeziku je na voljo na spletnem mestu www.google.es. Google Search upravlja družba Google Inc., ki je matična družba skupine Google in ima sedež v Združenih državah Amerike. Google Search indeksira spletna mesta z vsega sveta, med katerimi so tudi španska. Podatki, ki jih indeksirajo njegovi spletni pajki ali roboti za indeksiranje,¹⁹ se začasno shranijo na strežnikih, katerih

¹⁶ Prav tam, točka 41.

¹⁷ Nolte, str. 2239.

¹⁸ Sodba C-131/12, točka 37.

¹⁹ To so informacijski programi, ki se uporabljajo za metodično in samodejno iskanje ter čiščenje vsebine spletnih strani.

država namestitve ni znana, saj ta informacija ostane tajna iz konkurenčnih razlogov. Bistvo Google Searcha pa ni le posredovanje informacij o spletnih straneh z iskanimi informacijami, ampak to dejavnost izkorišča tako, da za plačilo vključi z iskanimi izrazi uporabnikov spletnega iskalnika povezane oglase podjetij, ki hočejo uporabiti to orodje in svoje storitve ponuditi internetnim uporabnikom. Družba Google Spain je samostojna pravna oseba in ima sedež v Madridu. Njena dejavnost je osredotočena na španska podjetja, pri čemer nastopa kot trgovski posrednik skupine Google v tej državi članici. Namen njenega delovanja so promocija, poenostavljenje in izvajanje prodaje proizvodov in storitev spletnega oglaševanja tretjim osebam in trženje tega oglaševanja. Dejavnost trženja in prodaje oglasnega prostora, ki jo je opravljal Google Spain, je pomenila bistveni del tržne dejavnosti skupine Google, zato jo je bilo mogoče šteti za tesno povezano z Google Searchem. Ni pa Google Spain v Španiji opravljal dejavnosti, ki bi bila neposredno povezana z indeksiranjem in hranjenjem informacij ali podatkov s spletnih mest tretjih oseb.

Eden izmed primerov, ko po Direktivi 95/46 država članica EU uporabi nacionalne predpise, sprejete na podlagi te direktive, je, kadar se obdelava osebnih podatkov izvaja v okviru dejavnosti upravljavca, ki je bil ustanovljen na ozemlju države članice.²⁰ Ustanovitev na ozemlju države članice EU pomeni, da upravljavec učinkovito in dejansko izvaja dejavnost obdelovanja osebnih podatkov, pri čemer pravna oblika ustanovitve ni pomembna. Lahko gre tudi za izpostavo ali podružnico, ki je pravna oseba.²¹ Pomembno pa je, da upravljavec obdelavo osebnih podatkov izvaja v okviru dejavnosti svoje poslovne enote na ozemlju države članice.²²

Družbi Google Spain in Google Inc. sta se sklicevali na dejstvo, da je dejavnost obdelave podatkov izvajala le družba Google Inc., ki je dejavnost indeksiranja opravljala zunaj EU, namen družbe Google Spain pa je bil samo pomoč družbi Google Inc. pri trženju oglaševalske dejavnosti.²³ SEU navedenemu argumentu ni pritrdilo, ampak je menilo, da je treba ozemeljsko področje uporabe Direktive 95/46 opredeliti široko, zato da se prepreči možnost zaobiti varstvo. Poudarilo je, da je namen podružnice Google Spain, da s trženjem in prodajo oglasnega prostora na spletnem iskalniku Google zagotovi, da ta postane donosen. Dejavnost iskalnika in dejavnost trženja oglasnega prostora sta zato tako neločljivo povezani, da je po mnenju sodišča treba šteti, da tudi družba Google Spain, ki je skrbela le za trženje oglasnega prostora, obdeluje osebne podatke v smislu Direktive

²⁰ Točka a prvega odstavka 4. člena Direktive 95/46.

²¹ Uvodna izjava 19 Direktive 95/46.

²² Sodba C-131/12, točka 50.

²³ Prav tam, točka 51.

95/46.²⁴ Sodišče EU s takšno interpretacijo želi čim bolj zaščititi državljane EU, saj bi se sicer lahko podjetja izognila uporabi Direktive 95/46, čeprav bi obdelovala osebne podatke državljanov EU.²⁵

2.2.3. Obseg odgovornosti upravljavca spletnega iskalnika

Bistveno vprašanje, s katerim se je ukvarjalo SEU, je, ali je treba Direktivo 95/46 razlagati tako, da mora upravljavec iskalnika s seznama zadetkov, ki se prikaže po iskanju, opravljenem na podlagi imena osebe, odstraniti povezave do spletnih strani tretjih oseb, ki vsebujejo informacije o tej osebi, tudi če to ime ali te informacije niso predhodno ali sočasno izbrisane s teh spletnih strani in tudi če je njihova objava na navedenih straneh sama po sebi zakonita.²⁶

Sodišče je najprej poudarilo, da je namen Direktive 95/46 zagotoviti visoko stopnjo varstva temeljnih pravic in svoboščin fizičnih oseb in predvsem pravice do zasebnosti pri obdelavi osebnih podatkov.²⁷ Pri tem je opozorilo na nevarnost, ki jo lahko za osebne pravice posameznikov pomenijo spletni iskalniki. Spletni iskalnik bistveno olajša možnost najti spletno stran, na kateri so osebni podatki določene osebe, in zato bistveno pripomore k širjenju teh podatkov. Tako omogoča, da vsak internetni uporabnik na podlagi seznama zadetkov dobi strukturiran pregled na internetu dostopnih informacij o določeni osebi, ki se lahko z več vidikov nanašajo na njeno zasebno življenje in ki jih brez navedenega iskalnika ne bi bilo mogoče povezati ali pa zelo težko, in tako sestavi bolj ali manj podroben profil te osebe. V sodobni družbi imajo spletni iskalniki pomembno vlogo, saj so informacije, vsebovane na seznamu zadetkov, vseprisotne.²⁸ Ker spletni iskalnik bistveno olajša dostopnost do informacij vsem internetnim uporabnikom, ki iščejo informacije o določeni osebi, lahko pomeni hujši poseg v pravico do zasebnosti posameznika kot pa objava podatka na spletni strani.²⁹

Sodišče je pri odločitvi moralo pretehtati različne pravice in interese udeleženih oseb. Poseg v zasebnost posameznika ne more biti upravičen zgolj zaradi poslovnega interesa upravljavca iskalnika, da z obdelavo osebnih podatkov trži oglasni prostor in pridobiva dobiček. Opozorilo je tudi na legitimni interes javnosti, da dostopa do informacij. Pri vprašanju, ali lahko posameznik zahteva izbris povezav, ki se nanašajo nanj, s seznama zadetkov v spletnem iskalniku, je treba najti ustrezno ravnotežje med osebnostnimi pravicami posameznikov

²⁴ Prav tam, točka 60.

²⁵ Nolte, str. 2239.

²⁶ Sodba C-131/12, točka 62.

²⁷ Prav tam, točka 66.

²⁸ Prav tam, točka 80.

²⁹ Prav tam, točka 87.

in interesom javnosti do obveščenosti. Po pretehtanju vseh pravic in interesov vseh vpletenih je sodišče zaključilo, da ima pravica posameznika do zasebnosti načeloma prednost pred pravico uporabnikov interneta, da z uporabo iskalnika najdejo podatke o določeni osebi. Zgolj izjemoma in v posebnih primerih lahko prevlada interes javnosti do obveščenosti. To je odvisno predvsem od narave zadevne informacije, od tega, kako občutljiva je informacija za zasebnost zadevne osebe, in od interesa javnosti, da razpolaga s to informacijo, ki je med drugim lahko odvisen od vloge te osebe v javnem življenju.³⁰

Nadzorni ali sodni organi lahko pri presoji pogojev po točki b 12. člena in točki a prvega odstavka 14. člena Direktive 95/46 upravljavcu odredijo, da mora s seznama zadetkov odstraniti povezave do spletnih strani, ki jih objavijo tretje osebe in ki vsebujejo podatke te osebe, ne da bi se s tako odredbo predpostavljalo, da se to ime ali te informacije na podlagi odločitve izdajatelja ali odredbe teh organov predhodno ali sočasno izbrišejo s spletne strani, na kateri so bile objavljene.³¹

2.2.4. Obseg pravice do pozabe v spletnem iskalniku

SEU se je v zadevi *Google proti Costeji Gonzalezu* ukvarjalo tudi z vprašanjem, v kakšnem obsegu ima posameznik pravico do izbrisa podatkov po Direktivi 95/46. Odgovoriti je moralo torej na vprašanje, ali je treba Direktivo 95/46 razlagati tako, da lahko posameznik od upravljavca iskalnika zahteva, da s seznama zadetkov v spletnem iskalniku odstrani povezave do spletnih strani, ki so jih zakonito objavile tretje osebe in ki vsebujejo resnične informacije o njem, ker bi bil lahko zaradi teh informacij oškodovan ali pa ker želi, da bi bile te informacije po določenem času le pozabljene.³²

V zvezi z obsegom pravice do pozabe v spletnem iskalniku je sodišče poudarilo, da je obdelava podatkov lahko nezdružljiva z Direktivo 95/46, pri čemer je taka nezdružljivost lahko posledica ne le tega, da so ti podatki netočni, ampak zlasti tega, da so neprimerni, neustrezni ali pretirani glede na namene obdelave, niso ažurirani ali so shranjeni dalj časa, kot je treba, razen če je hranjenje potrebno zaradi zgodovinskih, statističnih ali znanstvenih namenov.³³ Iz teh zahtev, določenih v točkah od c do e v prvem odstavku 6. člena direktive, izhaja, da celo izvirno zakonita obdelava točnih podatkov lahko sčasoma postane nezdružljiva s to direktivo, če ti podatki niso več potrebni za namene, zaradi

³⁰ Prav tam, točka 81.

³¹ Prav tam, točka 82.

³² Prav tam, točka 89.

³³ Prav tam, točka 92.

katerih so bili zbrani ali obdelani. Med drugim, če so neprimerni, neustrezni ali ne več ustrezni ali pretirani glede na te namene in pretečen čas.³⁴ Načeloma ima torej pravica osebe, da zadevna informacija ni več na voljo splošni javnosti prek vključitve na seznam zadetkov, prednost pred interesom javnosti, da navedeno informacijo najde z iskanjem na podlagi imena te osebe. Ne prevlada pa zasebnost posameznika, če bi se izkazalo, da je zaradi posebnih razlogov, kot je na primer vloga navedene osebe v javnem življenju, poseg v njene temeljne pravice upravičen zaradi prevladujočega interesa javnosti, da ima dostop do informacij o tej osebi.³⁵

Čeprav se na podlagi zahteve posameznika lahko ugotovi, da so med zadetki v spletnem iskalniku povezave do spletnih strani, na katerih so bile sicer zakonito objavljene informacije o prizadeti osebi in ki vsebujejo resnične informacije o njej, je to še vedno lahko nezdržljivo z Direktivo 95/46, če so te informacije glede na vse okoliščine konkretnega primera neprimerne, neustrezne ali ne več ustrezne in pretirane glede na namene zadevne obdelave, ki jo je izvedel upravljavec iskalnika. V tem primeru ima prizadeti posameznik pravico, da od upravljavca iskalnika zahteva odstranitev povezav do takšnih spletnih strani s seznama zadetkov. Sodišče je tudi izrecno poudarilo, da pravica do izbrisa s seznama zadetkov ni odvisna od tega, ali vključitev zadevne informacije na seznam zadetkov prizadeti osebi povzroča škodo.³⁶

Po pretehtanju vseh okoliščin konkretnega primera je SEU v zadevi *Google proti Costeji Gonzalez* sklenilo, da ima Mario Costeja Gonzalez pravico zahtevati od družbe Google, da s seznama zadetkov v spletnem iskalniku Google izbriše povezave do spletnih arhivov dnevnika, ki se nanašajo na objavo obvestila o dražbi nepremičnin v postopku izvršbe zaradi neplačila socialnih prispevkov. Tako odločitev je utemeljilo na dejstvu, da so bila obvestila o dražbi, ki imajo kot informacija o določeni osebi pomemben vpliv na njeno zasebno življenje, objavljena pred šestnajstimi leti in je postopek izvršbe že zdavnaj končan, prav tako pa ni posebnih razlogov, s katerimi bi bil utemeljen interes javnosti do dostopa do teh informacij.³⁷

3. Pravica do pozabe na internetu – nova pravica?

SEU je v zadevi *Google proti Costeji Gonzalez* tlakovalo pot novi pravici posameznika v evropskem pravnem prostoru, in sicer pravici do pozabe na

³⁴ Prav tam, točka 93.

³⁵ Prav tam, točka 97.

³⁶ Prav tam, točka 96.

³⁷ Prav tam, točka 98.

internetu.³⁸ Temeljna pravna podlaga za pravico do pozabe na internetu je Listina Evropske unije o temeljnih pravicah.³⁹ Po 7. členu te listine ima vsakdo pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja ter komunikacij, po drugem odstavku 8. člena pa ima vsakdo pravico do dostopa do podatkov, zbranih o njem, in pravico zahtevati, da se ti podatki popravijo.

Pravico do pozabe na internetu je sodišče v zadevi *Google proti Costeji Gonzalezu* utemeljilo z interpretacijo Direktive 95/46, saj ta pravica sicer v direktivi ni izrecno urejena. V Uredbi 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/ES,⁴⁰ pa je pravica do pozabe izrecno urejena v določbi z naslovom pravica do izbrisa oziroma »pravica do pozabe«. Posameznik, ki ne želi več, da se njegovi osebni podatki obdelujejo, lahko od upravitelja zahteva, da se izbrišejo, pod pogojem, da ne obstajajo več legitimni razlogi za njihovo obdelavo, kot je na primer uresničevanje pravice do svobode izražanja in obveščanja.⁴¹ Poleg tega je v Uredbi 2016/679 zdaj izrecno določeno, da velja tudi za upravljavce, ustanovljene zunaj EU, ki obdelujejo osebne podatke posameznikov zaradi ponujanja blaga posameznikom v EU, ne glede na to, ali gre za odplačno ponujanje blaga (na primer s pomočjo spletne strani v nacionalnem jeziku te države članice ali če dobavlja blago v eno od držav članic). V tem primeru se uporabi Uredba 2016/679 ne glede na to, ali obdelava podatkov poteka v EU ali zunaj nje.⁴²

Pravica do pozabe na internetu se ne nanaša na vse podatke, temveč le na osebne. Osebni podatki so vsi podatki, ki so povezani oziroma se nanašajo na določeno fizično osebo. To niso samo podatki o imenu in naslovu, temveč tudi zvočni zapisi, videoposnetki, prstni odtisi in genetski material. Za kvalifikacijo podatka kot osebnega podatka je odločilno, da je mogoče s takšnim podatkom neposredno ali posredno identificirati določeno fizično osebo.⁴³ Čeprav je na prvi pogled razlikovanje med osebnimi in neosebnimi podatki enostavno, pa je v dobi, ko je vedno več podatkov v digitalni obliki, ta meja vse bolj zabrisana. Teorija pri tem opozarja na posebno značilnost interneta. Vsako ravnanje na internetu

³⁸ Boehme-Nefler, str. 827.

³⁹ UL C 83, z dne 30. marca 2010.

⁴⁰ UL L 119, z dne 4. maja 2016. Uredba velja od 24. maja 2016, uporabljati pa se bo začela 25. maja 2018.

⁴¹ Določba 17. člena Uredbe 2016/679.

⁴² Določba 3. člena Uredbe 2016/679.

⁴³ Boehme-Nefler, str. 827.

pusti sled, zato je možno, da se sčasoma iz množice neosebnih podatkov sestavi natančen profil posameznika.⁴⁴

Naslednja značilnost pravice do pozabe na internetu je, da mora za uveljavitev te pravice preteči določen čas. Le zato, ker je pretekel določen čas, se lahko zahteva izbris informacij. Ni pomembno, ali je bila informacija na internetu objavljena zakonito ali protipravno. Prav tako ni pomembno, ali je objavljena informacija prizadeti osebi povzročila oziroma ji utegne povzročiti škodo.⁴⁵

Koliko časa mora preteči, da posameznik lahko zahteva izbris podatkov, Sodišče EU v zadevi *Google proti Costeji Gonzalez* ni opredelilo. Nedvomno tega obdobja ni mogoče določiti z natančnim številom let, temveč je njegova dolžina odvisna od upoštevanja in tehtanja več okoliščin konkretnega primera. Bolj ko je informacija intimna, krajši je rok za uveljavljanje pravice do izbrisa. Če je bila informacija objavljena s soglasjem osebe, bo moralo preteči več časa. Pri osebah javnega življenja bo moralo preteči daljše obdobje, preden bo posameznik lahko zahteval izbris podatkov z interneta, saj bo interes javnosti do obveščenosti močnejši.⁴⁶

Pravica do pozabe na internetu lahko pride v nasprotje z drugimi pravicami po Listini EU o temeljnih pravicah. Pri pravici do pozabe na internetu prideta v poštev predvsem pravica do svobode izražanja in pravica do obveščenosti (prvi odstavek 11. člena listine). Izbris določenih informacij lahko pomeni poseg v pravico do svobode izražanja, pod pogojem, da ta informacija predstavlja izraženo mnenje. Pravica do izbrisa z interneta pa poseže tudi v pravico do obveščenosti, ki zagotavlja pravico do sprejemanja in širjenja vesti ali idej brez vmešavanja javnih organov in ne glede na državne meje. Če so namreč informacije z interneta izbrisane, so s tem odtegnjene svobodnemu razpolaganju in možnosti posameznikov, da bi izrazili svoje mnenje o teh informacijah.⁴⁷

Pravica do izbrisa lahko pride v nasprotje s pravico do medijske svobode, ki jo zagotavlja drugi odstavek 11. člena Listine. Zahtevke za izbris je namreč lahko usmerjen tudi zoper medij, kar pomeni zanj določeno omejitev. V praksi se pojavljajo predvsem primeri, ko posamezniki, za katere je bilo v mediju objavljeno, da so utajili davke, zahtevajo od medija, da takšno informacijo izbriše. Takšna zahteva po izbrisu je mogoča le po skrbnem tehtanju svobode medijev na eni strani in pravice do izbrisa z interneta na drugi.⁴⁸

⁴⁴ Prav tam, str. 827.

⁴⁵ Prav tam, str. 828.

⁴⁶ Prav tam, str. 828.

⁴⁷ Prav tam, str. 829.

⁴⁸ Prav tam, str. 829.

V zvezi s pravico do pozabe na internetu se je po odločitvi SEU v zadevi *Google proti Costeji Gonzalezu* v praksi odprlo še eno zanimivo in sporno vprašanje, povezano z internetom nasploh. Po tej sodbi se je Google odstranjevanja spornih povezav do spletnih strani lotil zelo selektivno in jih odstranil samo iz spletnih iskalnikov evropskih domen, pa še to le na različici iskalnikov iz tiste države, iz katere je prišla zahteva, medtem ko so bili rezultati še vedno vidni na drugih domenah in na globalni domeni google.com. Septembra 2014 je prvostopenjsko sodišče v Parizu ugotovilo, da družba Google ne spoštuje Direktive 95/46 in sodbe SEU v zadevi *Google proti Costeji Gonzalezu*, saj je sporne povezave odstranila iz francoske različice iskalnika (www.google.fr), ne pa globalno. Francosko sodišče je šlo korak naprej in je Googlu naložilo, da mora sporne povezave odstraniti iz vseh različic spletnega iskalnika. Enako je junija 2015 storil Francoski nacionalni urad za varstvo podatkov in od družbe Google zahteval odstranitev spornih povezav iz vseh različic iskalnika. Februarja 2016 je družba Google začela odstranjevati rezultate iskanja sicer na vseh svojih domenah, vendar selektivno.⁴⁹ Tako na primer, če dobi zahtevo za odstranitev sporne povezave iz Francije, to odstrani na način, da je nobeden od uporabnikov iz držav EU ne more najti med zadetki na nobeni od domen, niti na google.com, uporabniki, ki dostopajo do spleta iz držav zunaj EU, pa lahko sporno povezavo še vedno vidijo, če vtipekajo ime in priimek iskane osebe v iskalnik katere od neevropskih domen.⁵⁰ Toda po mnenju francoskega urada za varstvo osebnih podatkov iz marca 2016 to ni dovolj, saj od družbe Google zahteva, da odstrani sporne povezave iz vseh domen globalno (torej tudi na primer iz avstralskega iskalnika). Družba Google se je temu ostro uprla. Kot argument navaja, da po enem od temeljnih pravil prava velja, da posamezna država nima pravice vsiliti prava drugi državi. Rezultat tega je, da je lahko informacija, ki je v eni državi nezakonita, v drugi državi zakonita. Družba Google meni, da zahteva francoskega urada za varstvo osebnih podatkov po odstranitvi podatkov iz rezultatov iskanja o posamezni osebi iz vseh iskalnikov, ne glede na to, iz katere države se dostopa do interneta, vodi do tega, da ljudje ne bodo več mogli dostopati do informacij, ki so po pravu njihove države povsem zakonite. Zato se je družba Google marca 2016 zoper odločitev francoskega urada za varstvo osebnih podatkov pritožila na francosko Vrhovno sodišče, na odločitev katerega še čakamo.⁵¹ Zaenkrat torej ostaja odprto vprašanje, ali lahko posamezna država odredi upravljavcu iskalnika, da odstrani s seznama zadetkov podatke o določeni osebi na vseh različicah spletnih iskalnikov, ne glede na to, iz katere države se dostopa do spletne strani.

⁴⁹ Hern.

⁵⁰ Fleischer.

⁵¹ Walker.

4. Sklep

Odločitev Sodišča EU v zadevi *Google proti Costeji Gonzalezu* je pomembna z več vidikov. Sodišče je razširilo varstvo posameznikov v zvezi z osebnimi podatki tudi na podjetja, ki imajo sedež zunaj EU, vendar v EU opravljajo pridobitno dejavnost. Pomembna pa je tudi, kar zadeva razmejitev in uravnoteženje med pravico posameznika do varstva osebnih podatkov na eni strani ter pravico javnosti do obveščenosti in pridobitnimi interesi upravljavcev spletnih iskalnikov na drugi.⁵²

SEU v zadevi *Google proti Costeji Gonzalezu* ne govori o pravici do pozabe na internetu. Sodba se ukvarja z zahtevkom za izbris podatkov, kadar ne obstaja več upravičen interes javnosti po dostopu do teh informacij. Pri odločitvi ne gre za pozabo posameznika na internetu, čeprav po izbrisu podatkov iz iskalnika določenih podatkov tako rekoč ne bo več mogoče najti. Sodišče je jasno poudarilo, da četudi podatek ostane dosegljiv na izvorni spletni strani, je lahko njegovo indeksiranje in prikazovanje med rezultati spletnega iskalnika nedopustno.⁵³

Sklenemo lahko, da SEU ni ustvarilo splošne pravice do izbrisa z interneta.⁵⁴ Splošna pravica do izbrisa z interneta bi pomenila, da obstaja pravica posameznika, da izbriše vse svoje navedbe na internetu, da torej izbriše svojo zgodovino na internetu. Sodišče EU je s sodbo le odločilo, da je upravljavec iskalnika dolžan iz zadetkov iskanja odstraniti povezave do spletnih strani, kjer se pojavljajo zastarele informacije o iskani osebi. To torej ne pomeni, da se bodo o osebi z interneta izbrisale vse informacije, ampak bodo izbrisane le iz zadetkov iskalnika. Informacije o osebi bodo še vedno ostale na spletnih straneh, do katerih je iskalnik prikazal povezave. Do navedene spletne strani bo mogoče priti s pomočjo drugih iskalnih besed, ne pa več na podlagi imena in priimka osebe. Za izbris teh informacij s spletnih strani se mora prizadeta oseba obrniti neposredno na upravljavca spletne strani in od njega zahtevati izbris, če so te informacije objavljene nezakonito ali če so zastarele. Posameznik torej nima pravice do izbrisa z interneta, ampak le pravico do izbrisa iz spletnega iskalnika. Nekdo, ki bo želel najti informacije o določeni osebi, jih bo sicer še vedno lahko našel, vendar bo porabil bistveno več časa. Prav tako posameznik ne bo mogel zahtevati izbrisa vseh povezav, ampak le tistih, ki vsebujejo nezakonite ali zastarele informacije. V prihodnjih letih teorijo in prakso nedvomno čaka še veliko dela pri tehtanju pravice do pozabe na internetu na eni strani ter pravice do izražanja in pravice javnosti do obveščenosti na drugi.

⁵² Nolte, str. 2238.

⁵³ Prav tam, str. 2240.

⁵⁴ Holznagel, Hartmann, str. 231, Jandt.

Literatura in viri

- BOEHME-NEßLER, Volker, Das Recht auf Vergessenwerden – Ein neues Internet Grundrecht im Europäischen Recht. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2014, št. 13, str. 825–830.
- FLEISCHER, Peter, Adapting our approach to the European right to be forgotten, <http://googlepolicyeurope.blogspot.si/2016/05/a-principle-that-should-not-be-forgotten.html> (13. 6. 2016).
- HERN, Alex, Google takes right to be forgotten battle to France's highest court, <https://www.theguardian.com/technology/2016/may/19/google-right-to-be-forgotten-fight-france-highest-court> (13. 6. 2016).
- HOLZNAGEL, Bernd, HARTMANN, Sarah, Das »Recht auf Vergessenwerden« als Reaktion auf ein grenzenloses Internet – Entgrenzung der Kommunikation und Gegenbewegung. *Multimedia und Recht Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht*, 2016, št. 4, str. 228–232.
- JANDT, Silke, EuGH stärkt den Schutz der Persönlichkeitsrechte gegenüber Suchmaschinen. *MMR-aktuell*, 2014, št. 12.
- NOLTE, Norbert, Das Recht auf Vergessenwerden – mehr als nur eine Hype?. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2014, št. 31, str. 2238–2242.
- ROSEN, Jeffrey: The right to be forgotten. *Stanford Law Review*, februar 2012, <https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-the-right-to-be-forgotten> (13. 6. 2016).
- This is how big internet really is, 10. 2. 2012, www.techblog.com/index.php/tech-gadget/this-is-how-big-the-internet-really-is (14. 6. 2016).
- WALFORD, Charles: Information overload: There is so much data stored in the world that we may run out of ways to quantify it, 13. 4. 2015, www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-2247081/There-soon-words-data-stored-world.html (3. 6. 2016).
- WALKER, Kent: A principle that should not be forgotten, 19. 5. 2016, <http://google-policyeurope.blogspot.si/2016/05/a-principle-that-should-not-be-forgotten.html> (13. 6. 2016).

Nova Direktiva o plačilnih storitvah (PSD2) in tretji ponudniki plačilnih storitev

Kaja Batagelj, Boštjan Koritnik

»Tehnologija je ustvarila povsem novo poslovno okolje finančnih storitev.«¹

»Bančništvo potrebujemo. Bank ne.«²

1. Uvod

Od sprejetja prve direktive o plačilnih storitvah³ (PSD) so se na trgu plačil malih vrednosti zgodile pomembne tehnične inovacije s hitrim naraščanjem števila elektronskih in mobilnih plačil ter pojavom novih vrst plačilnih storitev, ki pomenijo izziv za veljavni pravni okvir. Mnogi inovativni plačilni produkti in storitve v področje uporabe PSD v veliki meri ali v celoti niso bili zajeti.⁴ Hkrati se je področje uporabe PSD in zlasti elementov, izvzetih iz njenega področja uporabe, kot so nekatere s plačili povezane dejavnosti, »v nekaterih primerih izkazalo za preveč dvoumno, presplošno ali preprosto zastarelo glede na razvoj trga«.⁵ To je po mnenju normodajalca povzročalo pravno negotovost, morebitna varnostna tveganja v plačilni verigi in pomanjkljivo varstvo potrošnikov na nekaterih področjih. Ponudniki plačilnih storitev so s težavo uveljavljali inovativne in varne digitalne plačilne storitve, ki so preproste za uporabo, ter potrošnikom in prodajalcem na drobno zagotovili učinkovite, priročne in varne načine plačevanja v Uniji.⁶

¹ Warwick-Ching.

² Bill Gates, po Amberber. To naj bi Gates vizionarsko izjavil že v 90. letih (glede natančne letnice je med Filkoronom in Hellströmovo razhajanje, po prvem je bilo to leta 1994, druga meni, da leta 1990, kar pa za namen tega prispevka ni bistveno in drznosti Gatesove misli ne zmanjšuje).

³ Direktiva 2007/64/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. novembra 2007 o plačilnih storitvah na notranjem trgu in o spremembah direktiv 97/7/ES, 2002/65/ES, 2005/60/ES in 2006/48/ES ter o razveljavitvi Direktive 97/5/ES, UL L 319, z dne 5. decembra 2007.

⁴ Uvodna izjava 4 Direktive (EU) 2015/2366 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2015 o plačilnih storitvah na notranjem trgu, spremembah direktiv 2002/65/ES, 2009/110/ES ter 2013/36/EU in Uredbe (EU) 1093/2010 ter razveljavitvi Direktive 2007/64/ES, UL L 337, z dne 23. decembra 2015.

⁵ Prav tam.

⁶ Prav tam.

Ker je stalen razvoj integriranega notranjega trga za varna elektronska plačila ključnega pomena, da se podpre rast gospodarstva Unije ter da se potrošnikom, trgovcem in podjetjem omogoči izbira in zagotovi preglednost plačilnih storitev, da bodo lahko v celoti izkoristili vse prednosti notranjega trga,⁷ je bila sprejeta nova Direktiva o plačilnih storitvah⁸ (PSD2), ki jo morajo države članice EU v svoj pravni red prenesti do 13. januarja 2018. Z namenom povečanja konkurence na trgu plačilnih storitev in spodbujanja cenovne ugodnosti plačil PSD2 poleg številnih drugih novosti razširja obseg plačilnih storitev in njihovih ponudnikov na doslej neurejene storitve odreditve plačil in storitve zagotavljanja informacij o računih ter njihove ponudnike – tretje ponudnike storitev.⁹ Evropski zakonodajalec poudarja, da je treba tradicionalnim in novodobnim ponudnikom plačilnih storitev zagotoviti enake pogoje poslovanja, ki bodo omogočili, da dosežejo novi načini plačevanja širši trg, in zagotovili visoko raven varstva potrošnikov pri uporabi teh plačilnih storitev po vsej Uniji.¹⁰

Ta razširitev ne pomeni le temeljite prevetritve trga plačilnih storitev z uvedbo novih akterjev, temveč tudi nove obveznosti za banke in druge ponudnike plačilnih storitev, ki zagotavljajo in vodijo plačilne račune.¹¹ Zaradi obsežnosti nove direktive namen tega prispevka ni predstaviti vseh novosti, ki jih PSD2 prinaša, temveč se osredinja na nove plačilne storitve (s posebnim poudarkom na položaju potrošnikov): njihovo urejanje je ena najpomembnejših novosti z daljnosežnimi posledicami in bo pomembno vplivalo na poslovanje bank v prihodnosti, saj prinaša na trg bančnih storitev dobrodošlo konkurenco.

Britanski organ za varstvo konkurence je na primer v svojem poročilu ugotovil, da banke z večjimi tržnimi deleži in dolgotrajnimi (zvestimi) strankami zaradi pomanjkanja konkurence svoje produkte ponujajo po višjih cenah kot novejša banke z manjšimi tržnimi deleži.¹² Omogočanje reguliranega dostopa na trg tretjim ponudnikom je torej po eni strani dobrodošla novost za uporabnike plačilnih storitev, ki jim bo na voljo večji spekter plačilnih storitev po nižjih cenah, po drugi strani pa poslovni izziv in priložnost za banke in druge ponudnike plačilnih storitev, ki vodijo račune. Ti bodo namreč morali,

⁷ Prav tam, 5. uvodna izjava.

⁸ Direktiva (EU) 2015/2366 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2015 o plačilnih storitvah na notranjem trgu, spremembah direktiv 2002/65/ES, 2009/110/ES ter 2013/36/EU in Uredbe (EU) 1093/2010 ter razveljavitvi Direktive 2007/64/ES, UL L 337, z dne 23. decembra 2015.

⁹ Točke 3, 15, 16, 18 in 19 četrtega člena PSD2 v povezavi s Prilogo I, zlasti 7. in 8. točko.

¹⁰ Uvodni izjavi 6 in 21 PSD2.

¹¹ Izraz »tretji ponudniki« plačilnih storitev meri prav na to, da ti ne zagotavljajo in vodijo plačilnih računov uporabnikov njihovih storitev.

¹² Competition & Markets Authority, povzetek na straneh x–xii.

če bodo želeli ostati konkurenčni, ne le zagotoviti minimum, tj. skladnost s PSD2, temveč izkoristiti PSD2 kot priložnost za nadgradnjo svoje ponudbe: potencialno razširiti svojo ponudbo na nove storitve odreditve plačil in zagotavljanja informacij o računih ter v tem smislu torej postati tretji ponudniki. V nasprotnem primeru bodo banke postale zgolj infrastruktura, na kateri bodo bolj inovativni tretji ponudniki plačilnih storitev gradili svoje produkte.¹³ Pri tem tvegajo upad prihodkov zaradi zmanjšanega števila uporabnikov spletnega bančništva, manj zaračunanih provizij za izvedbo transakcij s plačilnimi karticami, manj možnosti *cross-sellinga*, tj. navzkrižne in vzporedne prodaje drugih, bančnih in nebančnih produktov (na primer zavarovanja, naložbe), in podobno,¹⁴ ob že tako povečanih stroških informacijske tehnologije, ki bodo nastali kot posledica novih varnostnih zahtev in uvedbe komunikacijskih vmesnikov za dostop do računov.

Današnji uporabnik plačilnih storitev sicer ni nagnjen k »preskakovanju« med različnimi ponudniki¹⁵ in kljub morebitni višji ceni uporablja storitve, ki jih ponuja njegov tradicionalni ponudnik. A prihod inovativnih, preprostih, večinoma v celoti digitaliziranih in do uporabnika prijaznih rešitev, ki doslej na trgu niso bile dostopne, pa tudi spremenjene potrebe uporabnikov plačilnih storitev v digitalni dobi ter drugačne potrebe in navade mlajših potrošnikov¹⁶ bodo gotovo spremenili gibanje povpraševanja.¹⁷ To potrjujejo tudi raziskave, saj bi denimo kar 37 odstotkov evropskih potrošnikov zamenjalo ponudnika plačilnih storitev, če jim trenutni ponudnik ne bi zagotavljal najnovejše tehnologije.¹⁸ Banke se tega, tako domnevava, kljub svoji pregovorni konservativnosti že zavedajo.

¹³ Axway in Finextra.

¹⁴ Ob pričakovanem zmanjšanju števila transakcij je treba upoštevati tudi Uredbo (EU) 2015/751 o medbančnih provizijah za kartične plačilne transakcije, ki od junija 2016 (datum začetka uporabe) omejuje možnost zaračunavanja provizij in so prihodki bank tudi zaradi tega nižji. Pričakuje se, da bodo prihodki britanskih bank iz naslova plačil malih vrednosti zaradi storitev odreditve plačil do leta 2020 upadli za 9 odstotkov, pričakovano skupno zmanjšanje prihodkov iz naslova plačil malih vrednosti pa je zaradi kombinacije različnih dejavnikov, med drugim omejitve provizij, še bistveno višje, in sicer 43 odstotkov (Accenture, str. 3).

¹⁵ Približno 32 odstotkov prebivalcev EU ni nikoli zamenjalo banke, 54 odstotkov pa jih ne čuti potrebe po dodatnih storitvah drugih ponudnikov in uporabljajo zgolj storitve ene banke (Fujitsu, str. 19).

¹⁶ Kar 61 odstotkov prebivalcev EU, starih med 22 in 29 let, je v zadnjih petih letih zamenjalo banko (Fujitsu, str. 20).

¹⁷ Evry, Deloitte. Okoli 97 odstotkov potrošnikov je zadovoljnih s tem, da so njihovi podatki na voljo tretjim ponudnikom, če se bodo uporabili za oblikovanje storitev z dodano vrednostjo, 46 odstotkov pa bi jih uporabljalo storitve različnih ponudnikov z namenom zadovoljevanja različnih finančnih potreb (Fujitsu, str. 20).

¹⁸ Fujitsu, str. 20.

2. Nove plačilne storitve

Od sprejetja PSD so se pojavile nove vrste plačilnih storitev: storitve odreditve plačil na področju e-trgovanja in storitve zagotavljanja informacij o računih, ki jih PSD2 izrecno ureja.

Storitev odreditve plačil (*payment initiation service*, PIS) je opredeljena kot storitev za odreditev plačilnega naloga na zahtevo uporabnika plačilnih storitev v zvezi s plačilnim računom, odprtim pri drugem ponudniku plačilnih storitev, storitev zagotavljanja informacij o računih (*account information service*, AIS) pa pomeni spletno storitev za zagotavljanje konsolidiranih informacij o enem ali več plačilnih računih, ki jih ima uporabnik plačilnih storitev pri drugem ponudniku plačilnih storitev ali pri več kot enem ponudniku plačilnih storitev.¹⁹ Ker ponudniki teh storitev ne vodijo plačilnih računov strank, se zanje uporablja izraz tretji ponudniki plačilnih storitev.

PIS z vzpostavitvijo programske povezave med spletnim mestom trgovca in spletno bančno platformo plačnikovega ponudnika plačilnih storitev, ki vodi račune, plačniku omogoča takojšnje plačilo (odreditev plačila) spletnih rezervacij in nakupov, ne da bi za to potreboval kreditno kartico. Na drugi strani bo ponudnik PIS e-trgovcu nemudoma posredoval informacijo o odreditvi plačila, ta pa bo po prejemu informacije takoj odpremil blago ali zagotovil storitev. Ker mora plačnik razpolagati zgolj s plačilnim računom, ki je dostopen prek spleta, so PIS zelo preprosto dostopne (in cenovno ugodne) plačilne storitve in dobra alternativa kreditnim karticam (v tem pogledu je zanimiv podatek, da približno 60 odstotkov prebivalcev EU nima kreditne kartice, kar odpira široke možnosti ponudnikom PIS²⁰).

AIS zagotavlja uporabniku preprost in celovit pregled nad vsemi plačilnimi računi in s tem finančnim položajem, poleg tega pa mu omogoča, da svojo potrošnjo razvrsti v različne kategorije (hrana, najemnina, prosti čas in podobno), spremlja svoje potrošniške navade, si zastavi varčevalne cilje, prejme sporočilo, ko te cilje preseže, in podobno, kar prispeva k bolj učinkovitemu finančnemu načrtovanju.²¹

Integracija obeh vrst storitev, PIS in AIS, lahko uporabnikom na podlagi zbranih informacij omogoči preprost prenos denarnih sredstev z enega plačilnega računa na drugega,²² hkrati pa se lahko uporabnik obnaša kot v svoji siceršnji spletni banki, kjer na enem mestu iz vseh računov odreja plačila. Možnosti, ki

¹⁹ Točki 15 in 16 4. člena PSD2.

²⁰ Evropska komisija.

²¹ Uvodni izjavi 27 in 28 PSD2; Evropska komisija; Simont Braun; Deutsche Bank in PPI, str. 16.

²² Payments UK, str. 10.

jih ponujajo storitve PIS in AIS, je seveda že zdaj veliko, trenutno pa so verjetno tudi še nepredstavljive.

3. Reguliran vstop tretjih ponudnikov na trg

Čeprav ponudniki tovrstnih plačilnih storitev že obstajajo,²³ so zaradi neurejenosti njihovega položaja prisiljeni delovati v »sivem območju«. Da bi na primer dostopali do plačilnih računov, morajo od svojih strank pridobiti podatke za dostop do računov, nato pa v bankah nastopajo (se »predstavljajo«) kot njihove stranke, kar pa je običajno v nasprotju s pogoji poslovanja bank, ki zahtevajo, da osebni varnostni elementi ostanejo osebni.²⁴ Take, v praksi bolj ali manj nepremostljive ovire tem ponudnikom preprečujejo, da bi inovativne, učinkovite in priročne načine plačevanja ponujali v večjem obsegu in v več državah članicah. Hkrati pomeni odsotnost regulacije tudi odsotnost nadzora pristojnih organov, kar vzbuja vrsto pomislov glede varnosti in odgovornosti.²⁵

PSD2 z jasno ureditvijo obveznosti ponudnikov plačilnih storitev, ki vodijo račune (*account servicing payment service providers*, ASPSP ali ponudniki AS, na primer banke), v razmerju do ponudnikov PIS in AIS – tretjih ponudnikov storitev – ne le odpravlja ovire za vstop inovativnih tretjih ponudnikov na trg, temveč zagotavlja tudi višjo raven zaščite uporabnikov.

Tretji ponudniki se morajo za opravljanje in izvajanje plačilnih storitev, odvisno od vrste ponujenih storitev, registrirati ali pridobiti dovoljenje. Zahteve, ki jih morajo kot pogoj za to izpolnjevati, so sorazmerne z operativnimi in finančnimi tveganji, s katerimi se srečujejo pri svojem poslovanju, in upoštevajo zlasti, da tretji ponudniki ne razpolagajo s sredstvi uporabnikov plačilnih storitev. Ker torej pri njihovem poslovanju nastajajo tveganja, ki so manjša in lažje obvladljiva od tistih, ki nastanejo pri dejavnosti kreditnih institucij, so zahteve za opravljanje dejavnosti blažje (na primer nižje kapitalske zahteve).²⁶

Ponudniki PIS morajo za opravljanje dejavnosti pridobiti dovoljenje, kot pogoj za izdajo dovoljenja pa izpolnjevati nekatere varnostne, kapitalske (ustanovni kapital in tekoči kapital ne smeta biti nižja od 50.000 evrov²⁷), organizacijske in druge zahteve, kot je na primer sklenitev zavarovanja poklicne odgovornosti

²³ Ponudniki AIS so na primer angleška First Direct in Money Dashboard ter francoska Boursorama, ponudniki PIS pa med drugim nemški Sofort, švedski Trustly in nizozemski IDEal, pri čemer je zanimiv podatek, da se na Nizozemskem kar 55 odstotkov internetnih plačil opravi prek ponudnikov PIS (Evropska komisija).

²⁴ Anderson; Simont Braun.

²⁵ Uvodni izjavi 4 in 29 PSD2; Evropska komisija.

²⁶ Uvodni izjavi 31 in 34 PSD2.

²⁷ Člena 7 in 8 PSD2.

ali zagotavljanje primerljivega jamstva.²⁸ Poleg tega morajo biti registrirani v matični državi članici in v elektronskem centralnem registru, ki ga bo postavil Evropski bančni organ (EBA).²⁹ Ponudnikom, ki zagotavljajo le storitve zagotavljanja informacij o računih, za opravljanje te dejavnosti zaradi nižje stopnje tveganja ni treba pridobiti dovoljenja, temveč morajo biti registrirani. Poleg tega zanje ne veljajo nekateri pogoji za opravljanje storitev plačilne institucije, kot na primer kapitalske zahteve, ker pa je kljub temu pomembno, da so sposobni kriti obveznosti, povezane z njihovimi dejavnostmi, velja na primer zahteva po zavarovanju poklicne odgovornosti.³⁰ Nanje se nadalje ne nanaša omejitev dejavnosti, ki jih lahko plačilne institucije opravljajo poleg plačilnih storitev, ki sicer velja za ponudnike storitev odreditve plačil.³¹

Temeljni svoboščini prava EU, pravica do ustanavljanja in svoboda opravljanja storitev, tretjim ponudnikom omogočata, da po pridobitvi dovoljenja oziroma registraciji v domači državi članici svojo dejavnost pod pogoji iz PSD2 opravljajo v katerikoli državi članici (čezmejno opravljanje plačilnih storitev z enotnim dovoljenjem ali *passporting*),³² drugače kot na primer banke, ki morajo pridobiti licenco za poslovanje v vsaki državi članici.³³

4. Obveznost bank, da zagotovijo dostop do plačilnega računa in do informacij o plačilnih računih

Da bi tretjim ponudnikom omogočila izvajanje PIS in AIS, PSD2 določa pogoje, v skladu s katerimi morajo ASPSP ali ponudniki AS tretjim ponudnikom omogočiti dostop do plačilnih računov in informacij o plačilnih računih, ne da bi od njih zahtevali uporabo posebnega poslovnega modela na podlagi neposrednega ali posrednega dostopa (zahteva po zagotavljanju nevtralnosti poslovnega modela).³⁴ Izrecno je določena prepoved diskriminacije tretjih ponudnikov: ASPSP obravnava plačilne naloge, posredovane prek storitev ponudnika PIS, enako kot plačilne naloge, ki jih prejme neposredno od plačnika, razen če je drugačna obravnava potrebna iz objektivnih razlogov. Enako velja za obravnavo zahtev za posredovanje informacij o računih.³⁵

²⁸ Četrta točka 4. člena in Naslov II, prvo poglavje PSD2.

²⁹ Člena 14 in 15 PSD2.

³⁰ Člen 33 PSD2; 35. in 48. uvodna izjava PSD2.

³¹ Člen 18 v povezavi s 33. členom PSD2.

³² Uvodna izjava 41 PSD2.

³³ Člen 28 PSD2.

³⁴ Uvodna izjava 93 PSD2.

³⁵ Točka c četrtega odstavka 66. člena in točka b tretjega odstavka 67. člena PSD2.

ASPSP opravljanja PIS in AIS ne sme pogojevati z obstojem pogodbenega razmerja v ta namen.³⁶ Dostop tretjega ponudnika je med drugim pogojen s tem, da je plačilni račun dostopen prek spleta, da je dal uporabnik storitev izrecno soglasje za izvedbo plačila oziroma zbiranje informacij o računih, da tretji ponudnik ob vsaki odreditvi plačila oziroma ob vsaki komunikaciji dokaže svojo istovetnost pri ASPSP in na varen način komunicira z ASPSP, uporabnikom storitve in (v primeru PIS) prejemnikom plačila.³⁷ Države članice morajo zagotoviti, da uporabljajo ponudniki plačilnih storitev za elektronske plačilne transakcije na daljavo, tudi ko so te odrejene prek ponudnika PIS, močno avtentikacijo strank, ki vsebuje elemente za dinamično povezavo transakcije z določenim zneskom in določenim prejemnikom plačila. Nadalje morajo države članice v primerih, ko je obvezna močna avtentikacija stranke,³⁸ zagotoviti, da imajo ponudniki plačilnih storitev na voljo ustrezne varnostne ukrepe, s katerimi zavarujejo zaupnost in celovitost osebnih varnostnih elementov stranke. To velja tudi v primeru, ko se plačilne storitve, za katere je obvezna močna avtentikacija, opravljajo prek tretjih ponudnikov.³⁹

Cilj teh določb je preprečiti negativne posledice morebitnega povečanja varnostnih tveganj, kar bi se lahko zgodilo zaradi omogočanja dostopa do računov tretjim ponudnikom.

5. Regulativni tehnični standardi s področja avtentikacije in komunikacije

5.1. Uvodno

Način komunikacije mora biti v skladu z zahtevami, ki jih vsebujejo zavezujoči regulativni tehnični standardi s področja avtentikacije in komunikacije (Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2), v nadaljevanju Varnostni standardi po PSD2), katerih pripravo direktiva nalaga Evropskemu bančnemu organu (EBA),⁴⁰ pri čemer ga posebej opozarja, da mora omogočiti uporabo vseh vrst naprav (na primer računalnikov, tablic in mobilnih

³⁶ Peti odstavek 66. člena in četrti odstavek 67. člena PSD2.

³⁷ Člena 66 in 67 PSD2.

³⁸ Prvi odstavek 97. člena PSD2.

³⁹ Člen 97 PSD2.

⁴⁰ Točka d tretjega odstavka 66. člena in točka c drugega odstavka 67. člena v povezavi z 98. členom PSD2.

telefonov) za izvajanje različnih plačilnih storitev,⁴¹ kar bo nedvomno prispevalo h kakovosti uporabniške izkušnje in razvoju za uporabnika dostopnih, prijaznih in inovativnih plačilnih sredstev. EBA je 23. februarja 2017 objavila končni osnutek teh regulativnih tehničnih standardov,⁴² katerih zahteve⁴³ povzemava v nadaljevanju.

Ponudniki AS morajo tretjim ponudnikom plačilnih storitev zagotavljati vsaj en komunikacijski vmesnik, ki omogoča identifikacijo tretjih ponudnikov (*screen scraping*⁴⁴ bo tako prepovedan⁴⁵) in varen način komunikacije – posredovanje zahteve za informacije o računih in z njimi povezanih plačilnih transakcijah oziroma odreditev plačila in prejem informacij o odreditvi in izvedbi plačilne transakcije – med ASPSP in tretjim ponudnikom. Nadalje mora v skladu s petim odstavkom 97. člena PSD2 tretjim ponudnikom omogočati, da za namen avtentikacije uporabnika plačilnih storitev upoštevajo postopke avtentikacije, ki jih zagotavlja ASPSP, pri čemer ostaja postopek avtentikacije v celoti v domeni ponudnika AS.⁴⁶ Tehnične specifikacije komunikacijskega vmesnika morajo biti dokumentirane. Zaradi varnostnih tveganj je EBA iz končnega osnutka Varnostnih standardov po PSD2 odstranila zahtevo, da mora biti na spletni strani ASPSP javno objavljena celotna dokumentacija,⁴⁷ objavljen mora biti le njen povzetek. Mora pa biti celotna dokumentacija tretjim ponudnikom brezplačno na voljo na njihovo zahtevo.

ASPP se lahko prostovoljno odloči, ali bo komunikacijski vmesnik namenjen posebej komunikaciji s tretjimi ponudniki (poseben vmesnik) ali pa jim bo dostop zagotavljal prek vmesnika, s pomočjo katerega do plačilnih računov dostopajo uporabniki njegovih plačilnih storitev (spletno bančništvo). S tem se lahko izogne stroškom vzpostavitve in vzdrževanja posebnega vmesnika. V prvem primeru je dolžan zagotoviti, da ima poseben vmesnik enako raven razpoložljivosti in zmogljivosti, vključujoč podporo, in enako raven zagotavljanja ukrepov ob nepredvideni nedostopnosti vmesnika kot vmesnik, prek katerega uporabniki plačilnih storitev dostopajo do svojih plačilnih računov neposredno prek spleta. Poseben vmesnik mora za finančna sporočila uporabljati elemente standarda ISO

⁴¹ Uvodna izjava 93 PSD2.

⁴² EBA, Final Report.

⁴³ Drugi oddelek 5. poglavja osnutka Varnostnih standardov po PSD2 (EBA, Final Report, str. 32–36). Glej tudi EBA, Consultation Paper, str. 20, 21, 40–44.

⁴⁴ Gre za postopek zbiranja podatkov, prikazanih na zaslonu s pomočjo enega programa, in njihovega »prevoda« na način, ki nato omogoča njihov prikaz v drugem programu. Techopedia, geslo *screen scraping*, www.techopedia.com/definition/16597/screen-scraping (20. 2. 2017). Več v šestem razdelku.

⁴⁵ EBA, Final Report, str. 4; Enria, str. 6.

⁴⁶ Axway in Finextra, str. 11.

⁴⁷ Primerjaj s 4. točko drugega odstavka 19. člena prvega osnutka Varnostnih standardov po PSD2 (EBA, Consultation Paper, str. 41). EBA, Final Report, str. 119.

20022, pri čemer ta zahteva velja zgolj za telo oziroma format besedila, ne pa tudi za način prenosa sporočila s tem besedilom.⁴⁸ Ker se ti standardi v plačilnem sektorju v državah članicah in med njimi že zdaj široko uporabljajo, na primer za izvajanje kreditnih prenosov SEPA,⁴⁹ bi po mnenju EBA njihova uporaba zagotovila interoperabilnost med različnimi tehnološkimi komunikacijskimi rešitvami, kar je eden od ciljev PSD2.⁵⁰

Če ne gre za poseben vmesnik, je zahteva opredeljena splošneje: komunikacijski vmesnik mora upoštevati komunikacijske standarde, ki jih izdajajo mednarodne in evropske organizacije za standardizacijo. Več od tega, na primer uporabe drugih industrijskih standardov ali vmesnikov aplikacijskih programov (*application programming interfaces*, API; možnost uporabe teh sicer deležniki omenjajo najpogosteje,⁵¹ saj jih številne banke kot odziv na potrebe strank že uporabljajo oziroma jih uvajajo v svoje poslovanje⁵²), EBA ne zahteva. Čeprav je vprašljivo, ali bo ob odsotnosti vsem zapovedanega natančno definiranega standarda interoperabilnost resnično zagotovljena, saj taka ureditev omogoča različne tehnološke rešitve, bi preveč podrobna ureditev po mnenju EBA in nekaterih deležnikov⁵³ ogrozila tehnološko nevtralnost, nevtralnost poslovnih modelov in razvoj inovacij v prihodnosti.⁵⁴ Prav zaradi tovrstnih pomislekov je EBA zahtevo po uporabi elementov standarda ISO 20022 skrčila zgolj na posebne vmesnike.⁵⁵

Kljub temu pa so znotraj panoge enako močni pomisleki glede negativnih posledic, ki jih bo neenotnost v praksi implementiranih komunikacijskih vmesnikov pri različnih ponudnikih AS imela za dostop tretjih ponudnikov do računov. Različen način dostopanja do računov pri različnih ponudnikih AS bo za tretje ponudnike lahko precejšen izziv, zato so pobude za standardizacijo, ki se pojavljajo v praksi, dobrodošle.⁵⁶ Taka je na primer dejavnost britanske skupine Open banking working group, ustanovljene na zahtevo britanskega ministrstva za gospodarstvo in finance, ki je oblikovala odprt bančni standard (*open banking*

⁴⁸ EBA, Final Report, str. 127.

⁴⁹ Prav tam.

⁵⁰ EBA, Consultation Paper, str. 17 in 20; 93. uvodna izjava PSD2.

⁵¹ Glej tudi EBA, Final Report, str. 118.

⁵² Axway in Finextra, str. 21–23. Primer sta danska Saxo Bank in britanska Capital One.

⁵³ Axway in Finextra, str. 25, 26.

⁵⁴ EBA, Final Report, str. 113, 129. Glej tudi drugi odstavek 98. člena PSD2.

⁵⁵ V primerjavi s prvim osnutkom Varnostnih standardov po PSD2, ko je ta zahteva veljala ne glede na vrsto komunikacijskega vmesnika (tretji odstavek 19. člena prvega osnutka Varnostnih standardov po PSD2, EBA, Consultation Paper, str. 41). EBA, Final Report, str. 8.

⁵⁶ Axway in Finextra, str. 4 in 24–27.

standard), skupek priporočil za dostop do podatkov, s katerimi razpolagajo banke, pri čemer je poudarek na uporabi odprtega API.⁵⁷

ASPSP in tretji ponudniki morajo ob izmenjavi podatkov prek spleta med celotno komunikacijsko sejo zagotoviti uporabo močnih in široko razširjenih metod šifriranja. Podatkovni elementi, ki jih ASPSP zagotavlja tretjim ponudnikom, morajo vsebovati enake informacije, kot so na voljo stranki, ko prek spleta neposredno dostopa do dotičnega plačilnega računa ali ko neposredno odredi plačilno transakcijo. S tem je v primeru zagotavljanja dostopa tretjim ponudnikom prek posebnih komunikacijskih vmesnikov zagotovljeno, da so jim na voljo enaki podatki kot uporabnikom plačilnih storitev prek spletne bančne platforme ASPSP. Nadaljnji izziv, ki se je v preteklosti pokazal pri delovanju tretjih ponudnikov, je tveganje nenehnega poizvedovanja o informacijah o računih, ki vodi v znatno obremenitev informacijskega sistema ASPSP.⁵⁸ V Varnostnih standardih po PSD2 je zato število teh poizvedb, ko uporabnik ni podal izrecne zahteve zanje, omejeno na štiri poizvedbe v 24 urah, lahko pa se ASPSP in AISP dogovorita drugače.⁵⁹

5.2. Prepoved uporabe metode *screen scraping*

V poročilu o končnem osnutku Varnostnih standardov po PSD2 je EBA izrecno pojasnila, da tretji ponudniki za dostop do računov uporabnikov plačilnih storitev ne bodo smeli uporabljati metode *screen scraping*, ki jo EBA definira kot način dostopa do plačilnega računa uporabnika, pogosto z uporabo napredne robotske tehnologije, pri katerem se tretji ponudnik ne identificira, temveč nastopa kot uporabnik.⁶⁰ ASPSP torej v tem primeru ni seznanjen s tem, da se nanj z zahtevo za izvedbo storitve obrača ponudnik PIS in AISP, ne pa uporabnik (lažno predstavljanje ali *phishing*). Vprašanje o dopustnosti uporabe te metode se je pred objavo poročila o končnem osnutku Varnostnih standardov po PSD2 pogosto pojavljalo,⁶¹ čeprav izhaja ta prepoved iz številnih določb PSD2, na primer iz zahteve po identifikaciji tretjega ponudnika, zahteve po varnem načinu komunikacije, zahtev po omogočanju upoštevanja postopkov avtentikacije, ki jih zagotavlja ASPSP, ter omejitev dostopa tretjih ponudnikov do podatkov o uporabnikih plačilnih storitev in do informacij o plačilnih računih in povezanih plačilnih transakcijah.⁶²

⁵⁷ Open Data Institute.

⁵⁸ Axway in Finextra, str. 11.

⁵⁹ Peti odstavek 31. člena končnega osnutka Varnostnih standardov po PSD2 (EBA, Final Report, str. 36).

⁶⁰ EBA, Final Report, str. 110.

⁶¹ Prav tam, str. 11, 46, 118.

⁶² Prav tam, str. 11. Glej tudi 66., 67. in peti odstavek 97. člena PSD2.

V postopku oblikovanja končnega osnutka Varnostnih standardov po PSD2 so številni tretji ponudniki, zlasti ponudniki PIS, izrazili pomisleke glede prepovedi uporabe metode *screen scraping*. Po njihovem mnenju bi se namreč ob tovrstni prepovedi lahko pojavila težava z učinkovitim dostopanjem do plačilnih računov in posledično zagotavljanjem zanesljivih storitev strankam, zlasti ker bi se lahko zgodilo, da ASPSP zaradi odsotnosti spodbude za zagotavljanje učinkovitega dostopa ne bi skrbeli za pravilno delovanje posebnega vmesnika.⁶³ EBA se zaveda pomena zagotavljanja dostopa tretjih ponudnikov do plačilnih računov, ko izvajajo storitve za stranke, in ob tem poudarja nujnost uravnoteženega zagotavljanja nevtralnosti poslovnega modela in poštene konkurence na eni strani ter visoke ravni varnosti, ki navsezadnje izhaja tudi iz zahtev PSD2, na drugi strani. Zato je v končnem osnutku Standardov po PSD2 ponudnikom AS naložila nekatere dodatne obveznosti, če se odločijo zagotavljati dostop tretjim ponudnikom prek posebnega vmesnika:⁶⁴

- prej omenjena zahteva po enaki ravni razpoložljivosti in zmogljivosti posebnega vmesnika,
- obveznost spremljanja razpoložljivosti in zmogljivosti ter poročanja pristojnim organom glede tega, zlasti glede nižje stopnje razpoložljivosti in zmogljivosti od zahtevane,
- nujnost takojšnjega ukrepanja v tem primeru, tj. ponovna vzpostavitev enake ravni storitve brez neupravičenega odlašanja in sprejetje potrebnih preventivnih ukrepov, ki naj preprečijo ponoven upad.

V zasnovo posebnega vmesnika morajo biti vgrajeni strategija in načrti ustreznih ukrepov za primere nepredvidene nedostopnosti oziroma zmanjšane dostopnosti, vključno z načrtom obveščanja tretjih ponudnikov o okvarah, ukrepi za ponovno vzpostavitev normalnega delovanja in opisom alternativnih možnosti, ki so tretjim ponudnikom na voljo v času izpada. Poleg tega Varnostni standardi po PSD2 vključujejo zahtevo po takojšnji potrditvi ponudnika AS, ali je na računu uporabnika dovolj sredstev za izvedbo plačilne transakcije.⁶⁵

5.3. Začetek veljavnosti Varnostnih standardov po PSD2

Osnutek Varnostnih standardov po PSD2 je morala EBA pripraviti in predložiti Evropski komisiji, ki je pristojna za njihovo sprejetje, do 13. januarja 2017.⁶⁶

⁶³ EBA, Final Report, str. 46, 110.

⁶⁴ Člen 28 končnega osnutka Varnostnih standardov po PSD2 (EBA, Final Report, str. 33).

⁶⁵ EBA, Final Report, str. 46, 110. Glej tudi 28. in 31. člen končnega osnutka Varnostnih standardov po PSD2 (EBA, Final Report, str. 33, 36).

⁶⁶ Četrti odstavek 98. člena PSD2.

Komisija jih bo po posvetovanju z Evropskim parlamentom in Svetom sprejela in jih objavila v Uradnem listu EU. Dvajset dni po objavi bodo začeli veljati, uporabljali pa se bodo po izteku 18 mesecev od dne začetka veljavnosti,⁶⁷ pri čemer je po mnenju EBA najzgodnejši možen datum začetka veljavnosti novembra 2018,⁶⁸ zavleče pa se lahko v leto 2019, odvisno od tega, koliko časa bo potrebnega za njihovo dokončanje in objavo v Uradnem listu EU.⁶⁹

Odložena veljavnost Varnostnih standardov po PSD2 ni le tehnična podrobnost, temveč ima pomemben vpliv na veljavnost nekaterih določb PSD2, vključno z določbami, ki urejajo dostop tretjih ponudnikov. Do začetka veljavnosti Varnostnih standardov po PSD2 se namreč ne uporabljajo določbe o varnostnih ukrepih, katerih izvajanje je od njih odvisno.⁷⁰ Ta vmesni čas je namenjen razvoju industrijskih standardov oziroma tehnoloških rešitev, ki bodo skladne z Varnostnimi standardi po PSD2.⁷¹ Ni pa še jasno, kako bo ta določba vplivala na možnost dostopa tretjih ponudnikov do računov v času do začetka uporabe določb PSD2. Edina usmeritev, ki jo je v zvezi s prehodnim obdobjem dala EBA, je namreč, da se bodo v tem obdobju še naprej uporabljale smernice o varnosti spletnih plačil, za oblikovanje natančnejših smernic pa PSD2 EBA ne pooblašča.⁷²

6. Položaj potrošnikov in PSD2

Kakor sva poudarila že v uvodu, so bili položaj in interesi potrošnikov⁷³ v ospredju že v izhodišču sprejemanja PSD2. Namen PSD2 je bil zagotoviti visoko raven varstva potrošnikov pri uporabi plačilnih storitev po vsej Uniji, hkrati pa okrepiti zaupanje potrošnikov v harmonizirani trg plačil.⁷⁴

Zaščiti uporabnika plačilnih storitev so namenjene določbe, ki od tretjega ponudnika zahtevajo, da zagotovi, da osebni varnostni elementi uporabnika niso dostopni drugim pogodbenim strankam, razen uporabniku in izdajatelju osebnih varnostnih elementov, in da jih ASPSP posreduje po varnih in učinkovitih kanalih, da se vse druge informacije o uporabniku plačilnih storitev, pridobljene pri opravljanju PIS, zagotovijo le plačniku in le z izrecnim soglasjem uporabnika plačilnih storitev in da ne hrani oziroma (pri izvajanju AIS) zahteva občutljivih

⁶⁷ Člen 33 končnega osnutka Varnostnih standardov po PSD2 (EBA, Final Report, str. 37).

⁶⁸ EBA, Final Report, str. 4.

⁶⁹ Payments UK, str. 7.

⁷⁰ Četrty odstavek 115. člena PSD2.

⁷¹ EBA, Final Report, str. 4.

⁷² Prav tam, str. 150.

⁷³ Potrošnik je v skladu z 20. točko 4. člena fizična oseba, ki pri pogodbah o plačilnih storitvah iz PSD2 deluje zunaj področja svoje trgovske, poslovne ali poklicne dejavnosti.

⁷⁴ Uvodna izjava 6 PSD2.

plačilnih podatkov uporabnika plačilnih storitev.⁷⁵ Banke bodo morale tehnično razmejiti med vpogledom v stanje na računu in vpogledom v posamezne transakcije – od bank bo to zahtevalo zelo podrobno »razbitje« razpoložljivih podatkov na osnovne elemente in njihovo razdelitev ter dodelitev različnih pravic pristopa oziroma dostopa za tretje ponudnike.⁷⁶ Ponudniki PIS bodo namreč dostopali le do podatka o razpoložljivosti sredstev (»stanje zadošča za transakcijo«/»stanje ne zadošča za transakcijo«), z izrecnim soglasjem plačnika in zgolj v obsegu, ki bo nujen za izvedbo storitve za plačnika.⁷⁷ Dinamično generirana koda, veljavna zgolj za to konkretno transakcijo (vezana na višino zneska in prejemnika), bo morala biti uporabljena v postopku avtentikacije.⁷⁸ Podobno bodo ponudniki AIS dostopali le do podatkov o računu, za katere je uporabnik dal izrecno soglasje.

Breme dokazovanja pristnosti in izvedbe plačilne transakcije je oblikovano potrošniku naklonjeno. V skladu z veljavnimi pravili glede transakcij »ob fizično neprisotni bančni kartici« (angl. *card not present transactions*) so trgovci odgovorni predvsem za neavtorizirane oziroma goljufile transakcije.⁷⁹ PSD2 pa prinaša prenos odgovornosti. Čim kupec oziroma plačnik ni goljufal, je odgovornost na odgovornem tretjem ponudniku storitev, tj. tistem ponudniku plačilnih storitev v plačilni verigi, katerega napaka je povzročila neavtorizirano transakcijo, bodisi zaradi izostanka ustrezno močne avtentikacije bodisi zaradi njene neučinkovitosti; banka mora povrniti škodo plačniku, odgovorni ponudnik plačilnih storitev pa potem povrne škodo zaradi take transakcije drugim ponudnikom plačilnih storitev oziroma v transakciji udeleženi posrednikom (vključno z banko).⁸⁰

Kadar uporabnik plačilne storitve trdi, da ni odobril izvedene plačilne transakcije ali da ta ni bila izvedena pravilno, mora tako ponudnik plačilnih storitev dokazati, da je bila opravljena avtentikacija plačilne transakcije, da je bila plačilna transakcija pravilno evidentirana in knjižena ter da na njeno izvršitev ni vplivala nikakršna tehnična okvara ali druga pomanjkljivost storitve, ki jo je opravil ponudnik plačilnih storitev; enako velja, če je plačilna transakcija odrejena prek ponudnika storitev odreditve plačil, za tega ponudnika.⁸¹

Kadar uporabnik plačilne storitve trdi, da ni odobril izvedene plačilne transakcije, zgolj uporaba plačilnega instrumenta, ki jo evidentira ponudnik plačilnih storitev, vključno s ponudnikom storitev odreditve plačil, če je to

⁷⁵ Payments UK, str. 10. Glej predvsem 66. in 67., 71. do 77. ter 89. in 90. člen PSD2.

⁷⁶ Glej Axway in Finextra, str. 10.

⁷⁷ Evropska komisija, odgovor na 23. vprašanje.

⁷⁸ Prav tam.

⁷⁹ Plaitakis, razdelek Liability Shift.

⁸⁰ Prav tam.

⁸¹ Prvi odstavek 72. člena PSD2. Glej tudi Payments UK, str. 11.

ustrezno, ni nujno zadosten dokaz, da je plačnik odobril plačilno transakcijo ali da je goljufal ali da naklepno ali iz hude malomarnosti ni izpolnil ene ali več svojih obveznosti iz 69. člena PSD2; ponudnik plačilnih storitev oziroma, če je to ustrezno, ponudnik storitev odreditve plačil priskrbi dokaze, da je uporabnik plačilne storitve goljufal ali ravnal hudo malomarno.⁸² Še zlasti če plačilnega instrumenta ni na prodajnem mestu, na primer pri spletnih plačilih, se je zdelo normodajalcu primerno, da mora ponudnik plačilnih storitev zagotoviti dokaz domnevne malomarnosti, saj ima plačnik v takih primerih zelo omejene možnosti, da to stori.⁸³

Pri presoji morebitne malomarnosti ali hude malomarnosti uporabnika plačilnih storitev je treba upoštevati vse okoliščine. Dokazi in stopnja domnevne malomarnosti se ocenjujejo v skladu z nacionalno zakonodajo.⁸⁴ Medtem ko pojem malomarnosti pomeni kršitev dolžnosti skrbnega ravnanja, bi morala huda malomarnost pomeniti več kot le navadno malomarnost in vključevati ravnanje, ki priča o veliki nepazljivosti, na primer hramba elementov, potrebnih za odobritev plačilne transakcije, poleg plačilnega instrumenta v odprti obliki, ki jo tretje stranke zlahka odkrijejo.⁸⁵ Pogodbeni pogoji v zvezi z zagotavljanjem in uporabo plačilnega instrumenta, ki bi posledično povečali dokazno breme za potrošnika ali zmanjšali dokazno breme za izdajatelja, bi se morali šteti za nične in neveljavne.⁸⁶

Ker potrošniki in podjetja niso v enakem položaju, ne potrebujejo enake stopnje zaščite.⁸⁷ Čeprav je pomembno pravice potrošnikov zaščititi z določbami, od katerih s pogodbo ni mogoče odstopati, je primerno, da se podjetjem in organizacijam dovoli drugačen dogovor, kadar ne poslujejo s strankami.⁸⁸ Nadalje se za uporabnike plačilnih storitev, ki niso potrošniki, lahko uporabljajo drugačne določbe za porazdelitev izgub v primeru neodobrenih plačilnih transakcij, ker so taki uporabniki običajno zmožni bolje presoditi tveganje goljufije in sprejeti izravnalne ukrepe.⁸⁹ Zaradi zagotavljanja visoke ravni varstva potrošnikov bi moral imeti plačnik vedno pravico, da zahtevek za povračilo naslovi na svojega

⁸² Drugi odstavek 72. člena PSD2. Glej tudi 72. uvodno izjavo PSD2.

⁸³ Uvodna izjava 72 PSD2.

⁸⁴ Prav tam.

⁸⁵ Prav tam.

⁸⁶ Prav tam.

⁸⁷ Uvodna izjava 53 PSD2.

⁸⁸ Vseeno pa normodajalec meni, da bi morale imeti države članice možnost določiti, da se mikropodjetja, kot so opredeljena v Priporočilu Komisije 2003/361/ES z dne 6. maja 2003 o opredelitvi mikro, malih in srednjih podjetij (UL L 124, z dne 20. maja 2003), obravnavajo enako kot potrošniki. Glej drugi odstavek 38. člena PSD2.

⁸⁹ Uvodna izjava 73 PSD2.

ponudnika plačilnih storitev, ki vodi račun, tudi če pri plačilni transakciji sodeluje ponudnik storitev odreditve plačil, saj to ne posega v porazdelitev odgovornosti med ponudniki plačilnih storitev.⁹⁰

Zanimiva je tudi dodatna varovalka za potrošnike, ki je določena v 85. členu, in sicer kadar potrošnik položi gotovino na plačilni račun pri ponudniku plačilnih storitev v valuti navedenega plačilnega računa, ponudnik plačilnih storitev zagotovi, da je ta znesek na voljo in knjižen takoj po prejemu sredstev; kadar pa uporabnik plačilne storitve ni potrošnik, je znesek na voljo in knjižen najpozneje naslednji delovni dan po prejemu sredstev.

Da bi se izognili različnim pristopom v državah članicah v škodo potrošnikov, je normodajalec poudaril, da bi se morale, če je to primerno, določbe te direktive o preglednosti in o zahtevah glede informacij za ponudnike plačilnih storitev ter tiste o pravicah in obveznostih v zvezi z opravljanjem in uporabo plačilnih storitev uporabljati tudi za transakcije, pri katerih se eden od ponudnikov plačilnih storitev nahaja zunaj Evropskega gospodarskega prostora (EGP).⁹¹ Hkrati bi morali, kjer je to primerno, te določbe razširiti na transakcije v vseh uradnih valutah med ponudniki plačilnih storitev, ki se nahajajo v EGP.⁹²

PSD2 zagotavlja tudi ustrezen položaj potrošniških organizacij, saj v 99. členu od držav članic zahteva, da zagotovijo vzpostavitev postopkov, ki uporabnikom plačilnih storitev in drugim zainteresiranim stranem, vključno z združenji potrošnikov, omogočajo vlaganje pritožb pri pristojnih organih v zvezi z domnevnimi kršitvami te direktive na strani ponudnika plačilnih storitev.

7. Sklep

Smo v obdobju preboja disruptivnih⁹³ poslovnih modelov, ki imajo osnovo v delitveni ekonomiji (Uber, Airbnb, Kickstarter). Množično investiranje (*crowdinvesting*) in množično financiranje (*crowdfunding*), po mnenju Evropske komisije⁹⁴ eni ključnih oblik delitvene ekonomije, sta alternativa za dva izmed najbolj klasičnih bančnih produktov – depozit in posojilo. Hitra rast tega sektorja delitvene ekonomije že danes trese temelje tradicionalne ekonomije

⁹⁰ Prav tam.

⁹¹ Uvodna izjava 8 PSD2.

⁹² Prav tam.

⁹³ Že prevod iz angleškega pridevnika *disruptive* pove, da gre za moteče poslovne modele, tj. moteče za tradicionalne oblike poslovanja.

⁹⁴ Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij: Evropska agenda za sodelovalno gospodarstvo, Evropska komisija, Bruselj, junij 2016.

in poslovanja.⁹⁵ Kot se zdi, bo za bančništvo leto 2018 revolucionarno. Nova direktiva PSD2 naj bi odpravila monopol bank nad podatki o računih in transakcijah njihovih strank, kar pomeni, da bo lahko v ta posel kot posrednik vstopil še kdo drug.⁹⁶ Ena od ne tako neverjetnih napovedi je, da bomo v bližnji prihodnosti plačevali račune s pomočjo družabnega omrežja Facebook ali brskalnika Google, opravljali transferje P2P (angl. *peer-to-peer*), analizirali svojo potrošnjo (finance), denar pa bomo imeli še naprej na varnem na bančnih računih.⁹⁷ Ključ je v možnostih, ki jih PSD2 odpira drugim, tj. tretjim ponudnikom finančnih storitev: uporaba in nadgradnja finančnih storitev na bančnih podatkih in bančni infrastrukturi bank,⁹⁸ osnovna mantra delitvene ekonomije pa je že omenjeno P2P-poslovanje, s čimer imajo novi poslovni modeli težnjo iz transakcij izključiti velike posrednike (banke). In prav šokantno se zdi, da tradicionalne banke, ki so dolgo uporabljale informacijsko tehnologijo za podporo in avtomatizacijo svojih poslovnih procesov, na področju digitalnih inovacij zaostajajo.⁹⁹ A verjetno še ni prepozno in ta nova možnost lahko postane dejavnik uspeha in ohranitve (vsaj dela) monopola tradicionalnih bančnih institucij, če bodo seveda svoje storitve nadgradile in v celoti izkoristile možnosti, ki jih digitalno poslovanje ponuja.

Za potrošnika se zdi napredek ne glede na to, kateri od ponudnikov bo najbolj izkoristil nove možnosti, vsekakor pozitiven, predvsem z vidika poenostavitve poslovanja. Na podlagi storitve odreditve plačil lahko denimo PISP prejemniku plačila jamči, da je bilo plačilo odrejeno, z namenom spodbuditi prejemnika plačila, da nemudoma sprosti blago ali opravi storitev. Take storitve so za trgovce in potrošnike poceni rešitev ter omogočajo spletno nakupovanje tudi potrošnikom brez plačilnih kartic. Ker za storitve odreditve plačil Direktiva 2007/64/ES trenutno ne velja, ni nujno, da jih nadzira pristojni organ in da so v skladu z zahtevami te direktive. To vzbuja vrsto pravnih vprašanj s področij varstva potrošnikov, varnosti in odgovornosti ter konkurence in varstva podatkov, zlasti kar zadeva varstvo podatkov uporabnikov plačilnih storitev v skladu s pravili Unije o varstvu podatkov. Zato bi se morali z novimi pravili odzvati na ta vprašanja.¹⁰⁰

⁹⁵ Marsden in Merc.

⁹⁶ Hellström.

⁹⁷ Prav tam.

⁹⁸ Marsden.

⁹⁹ Filkorn. Se pa na tem področju banke, tudi v Sloveniji, vse bolj zavedajo pomena novih poslovnih modelov in za njihov položaj grozečega vpliva disruptivnih poslovnih modelov, tako da pospešeno pridobivajo informacije o možnostih za ohranitev svojega tržnega položaja.

¹⁰⁰ Uvodna izjava 29 PSD2.

Potrošnike bi bilo treba zaščititi pred nepoštenimi in zavajajočimi praksami v skladu z Direktivo 2005/29/ES,¹⁰¹ kot tudi z direktivami 2000/31/ES,¹⁰² 2002/65/ES,¹⁰³ 2008/48/ES, 2011/83/EU¹⁰⁴ in 2014/92/EU¹⁰⁵ Evropskega parlamenta in Sveta.¹⁰⁶ Določbe iz navedenih direktiv še vedno veljajo, a bi bilo treba zlasti jasno opredeliti razmerje med zahtevami v zvezi z informacijami pred sklenitvijo pogodbe iz PSD2 in Direktive 2002/65/ES.¹⁰⁷

Tudi sicer bo z vidika položaja potrošnika ključno, da bodo potrošniki jasno in razumljivo obveščeni o svojih pravicah in obveznostih v skladu s to direktivo, zaradi česar je normodajalec že predvidel, da bo Evropska komisija pripravila (»uporabnikom prijazno«¹⁰⁸) brošuro o teh pravicah in obveznostih. Dotlej, tj. do 13. januarja 2018, ko je rok za pripravo brošure,¹⁰⁹ pa je še nekaj časa, da se na bistveno spremenjene razmere poslovanja in nove modele finančnih storitev pripravijo tako banke kot tudi novi akterji na trgu.

Literatura in viri

Accenture, Seizing the Opportunities Unlocked by the EU's Revised Payment Services Directive, PSD2: A Catalyst for New Growth Strategies in Payments and Digital Banking, 2016, [www.accenture.com/t20160505T180127__w_/ca-fr/_acnmedia/PDF-15/PSD2-Seizing-Opportunities-EU-Payment-Services-Directive%20\(1\)%20\(1\).pdf](http://www.accenture.com/t20160505T180127__w_/ca-fr/_acnmedia/PDF-15/PSD2-Seizing-Opportunities-EU-Payment-Services-Directive%20(1)%20(1).pdf) (19. 2. 2017).

¹⁰¹ Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta, UL L 149, z dne 11. junija 2005.

¹⁰² Direktiva 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu, UL L 178, z dne 17. julija 2000.

¹⁰³ Direktiva 2002/65/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. septembra 2002 o trženju finančnih storitev potrošnikom na daljavo in o spremembi Direktive Sveta 90/619/EGS ter direktiv 97/7/ES in 98/27/ES, UL L 271, z dne 9. oktobra 2002.

¹⁰⁴ Direktiva 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2011 o pravicah potrošnikov, spremembi Direktive Sveta 93/13/EGS in Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter razveljavitvi Direktive Sveta 85/577/EGS in Direktive 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta, UL L 304, z dne 22. novembra 2011.

¹⁰⁵ Direktiva 2014/92/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. julija 2014 o primerljivosti nadomestil, povezanih s plačilnimi računi, zamenjavi plačilnih računov in dostopu do osnovnih plačilnih računov, UL L 257, z dne 28. avgusta 2014.

¹⁰⁶ Uvodna izjava 55 PSD2.

¹⁰⁷ Prav tam.

¹⁰⁸ Prvi odstavek 106. člena PSD2.

¹⁰⁹ Drugi odstavek 106. člena PSD2.

- AMBERBER, Emanuel, Banking is necessary, banks are not – 7 quotes from Bill Gates on mobile banking, Your story, 22. 1. 2015, <https://yourstory.com/2015/01/quotes-bill-gates-mobile-banking/> (2. 2. 2017).
- ANDERSON, Ross, Risk and Privacy Implications of Consumer Payment Innovation in the Connected Age, Consumer Payment Innovation in the Connected Age, Kansas City Fed, 2012, www.kansascityfed.org/publications/research/pscp/pscp-2012.cfm (19. 2. 2017).
- Axway in Finextra, PSD2 and Open Banking: Defining your Role in the Digital Ecosystem, 2016, <https://www.finextra.com/surveys/survey.aspx?surveyguid=7268867c-b49e-4a19-85ba-ef40e79d6340> (19. 2. 2017).
- Competition & Markets Authority, Retail banking market investigation, Final report, 9. 8. 2016, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ac9667e5274a0f6c00007a/retail-banking-market-investigation-full-final-report.pdf> (16. 2. 2017).
- Deloitte, Payments Disrupted, The Emerging Challenge for European Retail Banks, 2015, www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/financial-services/deloitte-uk-payments-disrupted-2015.pdf (19. 1. 2017).
- Deutsche Bank in PPI, Payment Services Directive 2, Directive on Payment Services in the Internal Market »(EU) 2015/2366«, 2016, http://cib.db.com/docs_new/White_Paper_Payments_Services_Directive_2.pdf (10. 2. 2017).
- EBA, Consultation Paper On the Draft Regulatory Technical Standards Specifying the Requirements on Strong Customer Authentication and Common and Secure Communication under PSD2, 12. 8. 2016, [www.eba.europa.eu/documents/10180/1548183/Consultation+Paper+on+draft+RTS+on+SCA+and+CSC+\(EBA-CP-2016-11\).pdf](http://www.eba.europa.eu/documents/10180/1548183/Consultation+Paper+on+draft+RTS+on+SCA+and+CSC+(EBA-CP-2016-11).pdf) (14. 2. 2017).
- EBA, Final Report, Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and Common and Secure Communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2), 23. 2. 2017, [www.eba.europa.eu/documents/10180/1761863/Final+draft+RTS+on+SCA+and+CSC+under+PSD2+\(EBA-RTS-2017-02\).pdf](http://www.eba.europa.eu/documents/10180/1761863/Final+draft+RTS+on+SCA+and+CSC+under+PSD2+(EBA-RTS-2017-02).pdf) (19. 2. 2017).
- ENRIA, Andrea, Govor predsednika uprave EBA na Westminster forumu, 21. 2. 2017, www.eba.europa.eu/documents/10180/1760799/Andrea+Enria+speech+on+PSD2+at+Westminster+Forum+210217.pdf (19. 2. 2017).
- Evropska komisija, Fact Sheet, Payment Services Directive: Frequently Asked Questions, 8. 10. 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5793_en.htm?locale=en (8. 2. 2017).
- Evry, Whitepaper, PSD2 – Strategic Opportunities beyond Compliance: How PSD2 will Open up the European Financial Landscape and Strategies for how Banks can Take the Leading Positions, 2016, www.evry.com/globalassets/files/financialservices/psd2.pdf (1. 3. 2017).
- FILKORN, Markus, Banking is Necessary, Banks are not; How Bank Can Survive in the Digital Age, Capgemini Consulting, 5. 7. 2016, www.capgemini-consulting.com

- com/blog/customer-experience/2016/07/banking-is-necessary-banks-are-not-how-banks-can-survive-in-the (15. 2. 2017).
- Fujitsu, The Fujitsu European Financial Services Survey, 2016, www.newpaceofchange.com/Fujitsu%20European%20Financial%20Services%20Survey%202016.pdf (1. 2. 2017).
- HELLSTRÖM, Viola, PSD2 – The Directive that will Change Banking as we Know it, Evry-com, 2017, www.evry.com/en/news/articles/psd2-the-directive-that-will-change-banking-as-we-know-it/ (7. 2. 2017).
- MARSDEN, Paul, The 10 Business Models of Digital Disruption (and how to respond to them), Digital Intelligence Today, 26. 8. 2015, <http://digitalintelligencetoday.com/the-10-business-models-of-digital-disruption-and-how-to-respond-to-them/> (15. 2. 2017).
- MERC, Peter, Množično financiranje kot alternativa bančnim posojilom?, Bančni vestnik, 2016, št. 6.
- Open Data Institute, Introducing the Open Banking Standard, 2016, <http://theodi.org/open-banking-standard> (19. 2. 2017).
- Payments UK, The Second Payment Services Directive (PSD2), 2016, www.payment-suk.org.uk/sites/default/files/PSD2%20report%20June%202016.pdf (11. 2. 2017).
- PLAITAKIS, Ariadne, The »Win« Side of the PSD2: Security Opportunities, Mondato, 26. 10. 2016, <http://blog.mondato.com/security-opportunities-the-psd2-2/> (6. 4. 2017).
- Simont Braun, Third Party Payment Service Providers: Will banks become the infrastructure of the payment industry?, 2016, www.simontbraun.eu/en/news/news-general/2027-third-party-payment-service-providers (13. 3. 2017).
- WARWICK-CHING, Lucy, Technology Redefines Financial Services, Financial Times, 30. 8. 2013, www.ft.com/content/e8aebafe-0fc4-11e3-99e0-00144feabdc0 (12. 3. 2017).

Odgovornost za neodobrene plačilne transakcije pri spletnem poslovanju

Katarina Zajc, Luka Markelj

1. Uvod

Z razvojem informacijske tehnologije in spletne trgovine klasične gotovinske in kartične transakcije s predložitvijo plačilne kartice (na primer plačila prek POS-terminala) vedno bolj zamenjujejo elektronski plačilni instrumenti, kjer uporabnikom ni treba predložiti plačilne kartice. Razvijajo se spletne transakcije z debetnimi in kreditnimi karticami, elektronsko bančništvo in drugi sodobni načini plačila (PayPal in podobni). Nedvomno so prednosti elektronskega poslovanja hitrost, učinkovitost in enostavnost, pri čemer mora takšen način poslovanja zagotavljati tudi varnost. Z razširjenostjo svetovnega spleta je spletno poslovanje postalo dosegljivo povprečnemu potrošniku in s tem običajen del življenja, vendar po drugi strani razvoj informacijske družbe še ni dosegel takšne ravni, da bi se povprečen potrošnik zavedal nevarnosti in tveganj, povezanih s spletnim poslovanjem, in jih razumel. Posebnost spletnih plačilnih transakcij je odsotnost fizičnega stika med kupcem – plačnikom in trgovcem. Odsotnost potrebe po fizičnem stiku močno znižuje transakcijske stroške spletnih plačilnih transakcij, ki so steber razvoja spletne trgovine, vendar hkrati pomeni večje tveganje za zlorabe elektronskih plačilnih instrumentov. Povprečen uporabnik ne razume delovanja informacijske tehnologije, ki omogoča spletne plačilne transakcije, in vseh tveganj, povezanih z njeno uporabo (predvsem pa ga niti ne zanima). Nasprotno so storilci, ki poskušajo zlorabiti plačilne instrumente uporabnikov, večji informacijske tehnologije ter izkoriščajo tako nevednost in naivnost povprečnega uporabnika kot tudi varnostne pomanjkljivosti informacijske tehnologije. Zaradi velikega pomena sodobnih načinov plačilnih transakcij za gospodarstvo in nasprotujočih si ciljev (enostavnosti uporabe in z njo povezane množičnosti uporabe na eni strani ter varnosti na drugi) so se uveljavila posebna pravila, ki urejajo razdelitev tveganja zlorab tako imenovanih neodobrenih plačilnih transakcij med potrošnike in finančne institucije.

V prispevku obravnavamo pravne vidike sodobnih elektronskih plačilnih instrumentov, predvsem z vidika posebnega varstva potrošnikov v primeru zlorabe, tako imenovanih neodobrenih plačilnih transakcij, ter presoje (ekonomske)

učinkovitosti trenutne pravne ureditve. Po predstavitvi pravne ureditve varstva potrošnikov pri uporabi sodobnih plačilnih instrumentov sledita presoja ureditve z vidika ekonomske učinkovitosti, pri čemer se sprašujemo, ali je sedanja ureditev elektronskega plačilnega prometa v Evropi učinkovita, in nato sklep.

2. Posebna odgovornost za neodobrene plačilne transakcije

Informacijska varnost je in bo vedno bolj pomemben element življenja povprečnega potrošnika na vseh ravneh, zlasti na področju finančnih storitev. Navedeno potrjujejo empirične raziskave Evropske komisije, iz katerih izhaja, da je leta 2015 v EU četrtnina uporabnikov izkusila varnostne težave, povezane z uporabo spleta. Zaradi varnostnih razlogov na ravni EU spletne trgovine ni uporabljalo 19 odstotkov uporabnikov interneta; v Romuniji je bilo takih uporabnikov 35 odstotkov, v Češki republiki 5 odstotkov in v Sloveniji 24 odstotkov. Nadalje v povprečju 18 odstotkov uporabnikov interneta ni uporabljalo storitev spletnega bančništva, pri čemer je bilo v Nemčiji takih uporabnikov 27 odstotkov, v Sloveniji 18 odstotkov, najmanj pa v Latviji (4 odstotki).¹

V Sloveniji je bilo po podatkih Banke Slovenije² leta 2015 izdanih 2,2 milijona kreditnih in 2,4 milijona debetnih kartic, pri čemer je bilo s kreditnimi karticami opravljenih 62 milijonov plačil v skupni vrednosti 2,4 milijarde evrov, z debetnimi pa 94 milijonov plačil v skupni vrednosti 2,8 milijarde evrov. S slovenskimi plačilnimi karticami je bilo v tujini izvedenih 17 milijonov plačil, skupaj vrednih milijardo evrov. Leta 2015 je bilo 898.977 uporabnikov elektronskega spletnega bančništva in so opravili za 87,8 milijarde evrov plačilnih transakcij (od tega fizične osebe in s. p. za 2,7 milijarde, pravne osebe pa za 85,1 milijarde evrov). Mnogo manjši je obseg poslovanja prek telebanke in mobilnih telefonov, tako je bilo leta 2015 opravljenih 386.300 plačilnih transakcij v skupni vrednosti 85 milijonov evrov. Po oceni Evropske centralne banke³ je leta 2013 škoda zaradi zlorab plačilnih kartic, izdanih v evroobmočju (Single Euro Payments Area, SEPA), znašala 1,44 milijarde evrov, pri tem je 66 odstotkov škode nastalo kot rezultat plačil brez predložitve plačilne kartice (spletna plačila, plačila prek pošte in plačila prek telefona), 20 odstotkov z zlorabami plačilnih kartic prek POS-terminalov ter 14 odstotkov z zlorabami plačilnih kartic na bankomatih. V primerjavi z letom prej so se zmanjšale zlorabe prek POS-terminalov in bankomatov, medtem ko so se zlorabe brez predložitve

¹ Podatki Eurostata, 9 February: Safer Internet Day (29. 1. 2016), <http://ec.europa.eu/eurostat/news/themes-in-the-spotlight/safer-internet-day> (30. 5. 2017).

² Banka Slovenije (2016a).

³ Evropska centralna banka (2015).

plačilne kartice povečale za kar 21 odstotkov, pri čemer je rast zlorab hitrejša od rasti števila transakcij. Škoda zaradi zlorab pri transakcijah brez predložitve plačilne kartice je leta 2013 znašala 958 milijonov evrov ter predstavlja 75 odstotkov vse škode zaradi zlorab kreditnih in debetnih kartic z odloženim plačilom ter 61 odstotkov vse škode zaradi zlorab debetnih kartic (upoštevaje vse plačilne kartice zlorabe brez predložitve plačilne kartice predstavljajo 66 odstotkov vse škode zaradi zlorab). V območju SEPA je bilo zlorab leta 2013 za 0,039 odstotka vrednosti transakcij s plačilnimi karticami. S karticami, izdanimi v območju SEPA, je bilo zunaj tega območja izvedenih 2 odstotka plačilnih transakcij, pri čemer pa te predstavljajo 22 odstotkov vseh zlorab plačilnih kartic. V Sloveniji je bilo leta 2013 v uporabi 1,6 plačilne kartice na prebivalca, ki je letno opravil 92 transakcij v vrednosti 5.013 evrov. Zlorabe plačilnih kartic so obsegale 0,011 odstotka vrednosti vseh transakcij in 0,004 odstotka števila vseh transakcij s plačilnimi karticami, tako da je bilo na tisoč državljanov 3,1 zlorabe plačilne kartice oziroma je vrednost zlorab plačilnih kartic dosegla 404 evre. Glede na navedeno lahko sklenemo, da je Slovenija z vidika zlorab bančnih kartic varna država, saj je bilo v območju SEPA na tisoč prebivalcev 20,3 zlorabe plačilnih kartic v vrednosti 2.599 evrov, od tega največ v Veliki Britaniji, kjer je bilo leta 2013 na tisoč prebivalcev 67,5 zlorabe plačilnih kartic v vrednosti 8.132 evrov.

Predstavljeni podatki potrjujejo, da je bistveno vprašanje sodobnih spletnih plačilnih storitev poleg enostavnosti, hitrosti in učinkovitosti predvsem njihova varnost, saj potrošniki ne bodo uporabljali storitev, če bodo menili, da niso varne. Razvoju spletne trgovine ne koristi, če so potrošniki med spletnim nakupovanjem pretirano zaskrbljeni, komu posredujejo bančne podatke, kaj bo naslovnik z njimi počel, ali jih bo shranil ali jih bo mogoče celo zlorabil, ali jih je dobro zaščitil in onemogočil vdor tretjim osebam, ter kakšne bodo finančne posledice, če pride do zlorabe teh podatkov. Varnost spletnih plačilnih transakcij ali točneje pravni mehanizmi za utrditev zaupanja potrošnikov v spletne plačilne transakcije so predmet tega prispevka. Zlorabe plačilnega instrumenta prek spleta večinoma izvajajo storilci iz tujine oziroma so vsaj transakcije pretežno izvršene v tujini. Glede na okoliščine zlorab je malo verjetno, da bi storilca odkrili, kljub temu da ima njegovo ravnanje vse elemente kaznivega dejanja. Še manj verjetno je, da bi oškodovani potrošnik zoper storilca sprožil sodne postopke ali da bi v razmerju do storilca celo dosegel povračilo škode. Ker pa je zaupanje uporabnikov bistveno za delovanje plačilnega sistema ter z njim tesno povezanega gospodarskega sistema, se je uveljavila pravna rešitev, ki v razmerju med ponudniki plačilnih storitev in uporabniki (potrošniki) večino tveganja neodobrenih plačilnih transakcij nalaga prvim, medtem ko so potrošniki pri tej škodi udeleženi v manjšem

deležu oziroma sploh niso.⁴ Na svetovni ravni sta se uveljavila dva modela, evropski in ameriški. Oba odgovornost po obvestilu potrošnika o izgubi, kraji ali zlorabi plačilnega instrumenta nalagata ponudniku plačilnih storitev, razlikujeta pa se glede odgovornosti uporabnika do trenutka obvestitve ponudnika plačilnih storitev. Evropski model omejuje potrošnikove odgovornosti na največ 150 evrov pogojuje z njegovim skrbnim ravnanjem, medtem ko ameriški model višine potrošnikove odgovornosti ne veže na vprašanje njegove skrbnosti, ampak na časovni trenutek, ko obvesti ponudnika plačilnih storitev o izgubi, kraji ali zlorabi plačilnega instrumenta. Če potrošnik ponudnika plačilnih storitev obvesti v dveh dneh, odkar je izvedel za izgubo, krajo ali zlorabo, je njegova odgovornost omejena na 50 dolarjev, sicer je odgovoren za škodo do 500 dolarjev, če pa ga ne obvesti niti v 60 dneh po prejemu mesečnega bančnega izpiska, odgovarja za celotno škodo, nastalo po izteku 60 dni do trenutka obvestila. V primeru zlorabe kreditne kartice je v ZDA na zakonski ravni odgovornost potrošnika omejena na 50 dolarjev, ne glede na to, kdaj obvesti finančno institucijo.⁵

3. Pravna ureditev neodobrenih plačilnih transakcij v Sloveniji

Evropska unija je na področju plačilnih storitev sprejela Direktivo 2007/64/ES o plačilnih storitvah na notranjem trgu.⁶ Pred tem na ravni EU odgovornost za neodobrene plačilne transakcije ni bila urejena, obstajale so zgolj neobvezujoče smernice Evropske komisije,⁷ ki pa jih razen Belgije⁸ in Danske⁹ države članice niso uradno prenesle v nacionalni pravni red. Direktiva je začela veljati 25. julija 2007, medtem ko se je rok za prenos v nacionalno zakonodajo iztekel 1. novembra 2009. Za direktivo velja načelo popolne harmonizacije, kar pomeni, da države članice ne smejo predpisati dodatnih ali drugačnih zahtev, kot jih predvideva direktiva. Enotna ureditev je posebej pomembna in nujna zaradi učinkovitejšega oziroma enotnega opravljanja plačil v okviru notranjega trga

⁴ Končnega nosilca škode, nastale zaradi zlorabe plačilne kartice, določajo pravila izdajatelja plačilnih kartic, ki večinoma pogodbeno urejajo notranja razmerja med vsemi udeleženi subjekti – izdajateljem plačilne kartice, potrošnikom, finančno organizacijo potrošnika, trgovcem in finančno organizacijo trgovca.

⁵ Steennot (2008), str. 441–561.

⁶ Direktiva 2007/64/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. novembra 2007 o plačilnih storitvah na notranjem trgu in o spremembah direktiv 97/7/ES, 2002/65/ES, 2005/60/ES in 2006/48/ES ter o razveljavitvi Direktive 97/5/ES, UL L 319, z dne 5. decembra 2007.

⁷ 97/489/EC: Commission Recommendation of 30 July 1997 concerning transactions by electronic payment instruments and in particular the relationship between issuer and holder, UL L 208, z dne 2. avgusta 1997.

⁸ Steennot (2008), str. 441–561.

⁹ Herveg in drugi, str. 71.

Evropske unije. Slovenija je Direktivo 2007/64/ES prenesla v svoj pravni red z Zakonom o plačilnih storitvah in sistemih,¹⁰ ki je bil sprejet 15. julija 2009 in se je začel uporabljati 1. novembra 2009.

3.1. Osnovni pojmi ter opredelitev temeljnih dolžnosti uporabnika in ponudnika plačilnih storitev

Zakon o plačilnih storitvah in sistemih (ZPlaSS) ureja ustanovitev, poslovanje, nadzor in prenehanje plačilnih institucij, opravljanje plačilnih storitev v RS ter pravice in obveznosti porabnikov in ponudnikov plačilnih storitev v zvezi z opravljanjem plačilnih storitev. Bistvena načela zakona so načela varnega, skrbnega in preglednega poslovanja ponudnikov plačilnih storitev ter varstva potrošnikov. Za lažje razumevanje odgovornosti ponudnika plačilnih storitev in uporabnika v primeru neodobrenih plačilnih transakcij je treba najprej pojasniti osnovno shemo plačilnih transakcij.

Ponudnik plačilnih storitev in uporabnik sta v okviru opravljanja plačilnih storitev v medsebojnem obligacijskem razmerju na podlagi pogodbe o plačilnih storitvah, s katero se dogovorita o izvršitvi plačilne transakcije oziroma več plačilnih transakcij (76. člen ZPlaSS). Običajno uporabnik in ponudnik plačilnih storitev skleneta okvirno pogodbo o plačilnih storitvah, ki vključuje tudi dogovor o izdaji elektronskega denarja in dogovor o odprtju plačilnega računa (drugi odstavek 76. člena). Klasičen primer okvirne pogodbe o plačilnih storitvah je med banko in uporabnikom sklenjena pogodba o vodenju transakcijskega računa,¹¹ za katero je bistveno, da se z njo banka zaveže imetniku računa, da mu bo odprla in vodila transakcijski račun, izvrševala plačilne transakcije in pogosto tudi druge plačilne storitve, uporabnik pa bo za te storitve plačal. Poleg bank so še drugi ponudniki plačilnih storitev, pri katerih imajo uporabniki odprt plačilni račun – status plačilne institucije ima na primer Telekom Slovenije,¹² ki uporabnikom ponuja Moneto. Plačilna transakcija je vrsta plačilne storitve,¹³ in sicer dejanje

¹⁰ Zakon o plačilnih storitvah in sistemih (ZPlaSS), Ur. l. RS, št. 58/09, 34/10, 9/11, 32/12 in 81/15.

¹¹ Transakcijski račun je plačilni račun, ki ga odpre banka s sedežem v Republiki Sloveniji ali podružnica banke države članice v Republiki Sloveniji v imenu enega ali več uporabnikov za namene izvrševanja plačilnih transakcij in za druge namene, povezane z opravljanjem bančnih storitev za uporabnika. Denarna sredstva na transakcijskem računu se štejejo kot vpogledni denarni depozit (prvi odstavek 13. člena ZPlaSS).

¹² Banka Slovenije, Seznam plačilnih institucij, 2. junij 2016, www.bsi.si/placilni-sistemi.asp?MapaId=1465 (9. 9. 2016).

¹³ Plačilna storitev po ZPlaSS je v skladu s prvim odstavkom 5. člena katerakoli od naslednjih aktivnosti, ki jo ponudnik plačilnih storitev opravlja v okviru svoje poslovne dejavnosti:

1. aktivnosti, ki omogočajo polog gotovine na plačilni račun, in vse aktivnosti, ki so potrebne za upravljanje tega računa;

pologa, prenosa ali dviga denarnih sredstev, ki ga odredi plačnik ali prejemnik, pri čemer navodilo za izvedbo plačilne transakcije poda s plačilnim nalogom (8. člen). Plačilni nalog uporabnik poda s plačilnim instrumentom, ki ga zakon definira kot vsako napravo ali niz postopkov oziroma oboje, ki so dogovorjeni med posameznim uporabnikom in njegovim ponudnikom plačilnih storitev, in je vezan le na tega uporabnika z namenom, da ga uporabi za odreditev plačilnega naloga (prvi odstavek 15. člena). Plačilne instrumente nadalje delimo na klasične in elektronske. Elektronski plačilni instrumenti so plačilni instrumenti, ki uporabniku omogočajo podajanje plačilnih nalogov z uporabo elektronske naprave oziroma elektronskih komunikacijskih poti. Klasični plačilni instrument je na primer pisni nalog za plačilo, ki ga uporabnik osebno izroči ponudniku plačilnih storitev, medtem ko je elektronski plačilni instrument spletna banka, kjer uporabnik plačilne naloge posreduje prek elektronskih komunikacijskih poti v namenski aplikaciji. Plačilne kartice (debetne in kreditne) pa je mogoče uporabiti kot klasični ali kot elektronski plačilni instrument.

Osnovne obveznosti uporabnika in ponudnika plačilnih storitev so urejene na ravni zakona, natančnejša ureditev pa je, kolikor ne gre za kogentno zakonsko ureditev, prepuščena pogodbenemu urejanju med ponudnikom plačilnih storitev in uporabnikom. Uporabniku ZPlaSS v 116. členu nalaga tri ključne dolžnosti: plačilni instrument mora uporabljati v skladu s pogoji, ki urejajo izdajo in uporabo plačilnega instrumenta, zagotoviti mora vse razumne ukrepe za zavarovanje tistih elementov plačilnega instrumenta, ki bi lahko omogočili nepooblaščenno uporabo osebnih varnostnih elementov (bančna kartica in številka PIN, elektronski certifikat in geslo za dostop do spletne banke), ter brez odlašanja obvestiti ponudnika plačilnih storitev o izgubi, kraji ali zlorabi plačilnega instrumenta. Komplementarno obveznostim uporabnika ZPlaSS ponudnikom plačilnih storitev v 117. členu nalaga obveznost, da so osebni varnostni elementi poznani

2. aktivnosti, ki omogočajo dvig gotovine s plačilnega računa, in vse aktivnosti, ki so potrebne za upravljanje tega računa;
3. aktivnosti, ki omogočajo izvrševanje plačilnih transakcij v breme in v dobro plačilnega računa pri ponudniku plačilnih storitev, ki vodi plačilni račun, ali pri drugem ponudniku plačilnih storitev;
4. aktivnosti, ki omogočajo izvrševanje plačilnih transakcij, pri katerih so denarna sredstva zagotovljena z odobritvijo posojila uporabniku;
5. izdajanje in/ali pridobivanje plačilnih instrumentov;
6. izvrševanje denarnih nakazil;
7. aktivnosti, ki omogočajo izvrševanje plačilnih transakcij, pri katerih plačnik poda soglasje za izvršitev plačilne transakcije z uporabo katerekoli telekomunikacijske, digitalne ali informacijsko-tehnološke naprave, plačilo pa se izvede upravitelju telekomunikacijskega, digitalnega ali informacijsko-tehnološkega omrežja, ki deluje zgolj kot posrednik med uporabnikom plačilnih storitev ter ponudnikom blaga in storitev.

izključno uporabniku, da zagotovi sistem za posredovanje obvestila o izgubi, kraji ali zlorabi plačilnega instrumenta in da po takem obvestilu prepreči vsakršno nadaljnjo uporabo plačilnega instrumenta. Ponudnik plačilnih storitev se poklicno ukvarja z izvajanjem plačilnih transakcij in razpolaga z znanji in informacijami, s katerimi uporabniki ne razpolagajo, zato mu ZPlaSS nalaga tudi dolžnost informiranja uporabnika. Tako mora uporabniku že pred sklenitvijo pogodbe o plačilnih storitvah (na primer pogodbe o vodenju transakcijskega računa ali pogodbe za posamezno plačilno kartico) zagotoviti informacije o zaščitnih in drugih ukrepih v zvezi z izvrševanjem plačilnih transakcij (5. točka prvega odstavka 79. člena). V okviru predhodnega obvestila ga je dolžan seznanimi z ukrepi, ki jih mora uporabnik zagotoviti za zaščito plačilnega instrumenta, načinom obveščanja o izgubi, kraji ali zlorabi plačilnega instrumenta ter o uporabnikovih zakonskih pravicah in obveznostih v zvezi z neodobrenimi plačilnimi transakcijami.

3.2. Krajevna in osebna veljavnost ZPlaSS

Skladno z načelom ozemeljske suverenosti držav se določbe ZPlaSS glede odgovornosti za neodobrene plačilne transakcije lahko uporabljajo za plačilne transakcije, opravljene prek ponudnikov plačilnih storitev, ki svoje storitve izvajajo v Republiki Sloveniji. Na podlagi prvega odstavka 17. člena lahko na območju Republike Slovenije plačilne storitve opravljajo banke,¹⁴ družbe za izdajo elektronskega denarja,¹⁵ plačilne institucije,¹⁶ plačilne institucije z opustitvijo, Banka Slovenije, Uprava RS za javna plačila ter drugi državni organi in organi samoupravnih lokalnih skupnosti v skladu s predpisi, ki urejajo izvajanje njihovih

¹⁴ Banke, ki so pridobile dovoljenje Banke Slovenije za opravljanje plačilnih storitev v skladu z zakonom, ki ureja bančništvo, in banke držav članic, ki so pridobile dovoljenje pristojnega nadzornega organa države sedeža za opravljanje plačilnih storitev, in so v skladu z zakonom, ki ureja bančništvo, ustanovile podružnico na območju Republike Slovenije ali neposredno opravljajo plačilne storitve na območju Republike Slovenije ter banke tretjih držav, ki so pridobile dovoljenje Banke Slovenije za opravljanje plačilnih storitev in so v skladu z zakonom, ki ureja bančništvo, ustanovile podružnico na območju Republike Slovenije (1. točka prvega odstavka 17. člena ZPlaSS).

¹⁵ Družbe za izdajo elektronskega denarja, ki so pridobile dovoljenje Banke Slovenije za opravljanje storitev izdajanja elektronskega denarja v skladu s tem zakonom in družbe za izdajo elektronskega denarja držav članic, ki so pridobile dovoljenje pristojnega nadzornega organa države sedeža za opravljanje storitev izdajanja elektronskega denarja in so v skladu s tem zakonom ustanovile podružnico na območju Republike Slovenije ali neposredno opravljajo storitve izdajanja elektronskega denarja na območju Republike Slovenije, ter družbe za izdajo elektronskega denarja tretjih držav, ki so pridobile dovoljenje Banke Slovenije za opravljanje storitev izdajanja elektronskega denarja in so v skladu s tem zakonom ustanovile podružnico na območju Republike Slovenije (2. točka prvega odstavka 17. člena ZPlaSS).

¹⁶ Plačilne institucije in plačilne institucije držav članic, ki so v skladu s tem zakonom ustanovile podružnico na območju Republike Slovenije ali opravljajo plačilne storitve na območju Republike Slovenije preko zastopnika ali neposredno (3. točka prvega odstavka 17. člena ZPlaSS).

nalog in pristojnosti. Opredelitev ponudnikov plačilnih storitev je široka. Klasični predstavniki ponudnikov plačilnih storitev so banke s sedežem v Sloveniji, ki imajo po Zakonu o bančništvu¹⁷ dovoljenje Banke Slovenije za opravljanje bančnih, vzajemno priznanih in dodatnih finančnih storitev. Ponudnik znane plačilne platforme PayPal, PayPal (Europe),¹⁸ neposredno opravlja plačilne storitve na območju Republike Slovenije v skladu z ZBan-2.¹⁹ V registru plačilnih institucij je vpisan na primer tudi Telekom Slovenije,²⁰ ki uporabnikom ponuja Moneto.

3.3. Odškodninska odgovornost za neodobrene plačilne transakcije

Uporabnik in ponudnik plačilnih storitev sta v primeru opravljanja plačilnih transakcij v obligacijskem razmerju na podlagi pogodbe o plačilnih storitvah. Kadar sta stranki pred nastankom škodnega dogodka v obligacijskem razmerju in do škodnega dogodka pride v okviru tega obligacijskega razmerja, govorimo o poslovni odškodninski odgovornosti. Poslovna odškodninska odgovornost je obligacijsko razmerje, v katerem je pogodbeni stranka, ki je kršila svojo pogodbeno (poslovno) obveznost opraviti izpolnitveno ravnanje, ki se ga je s pogodbo zavezala opraviti, dolžna drugi pogodbeni stranki povrniti škodo, ki ji jo je s to kršitvijo povzročila, druga pogodbeni stranka pa je upravičena zahtevati njeno povrnitev.²¹ Poslovna odškodninska odgovornost je na splošno urejena v Obligacijskem zakoniku,²² ZPlaSS pa ureja poslovno odškodninsko odgovornost v primeru neodobrene plačilne transakcije.

Poslovna odškodninska odgovornost je v OZ urejena v členih od 239 do 246. Po večinskem stališču pravne teorije²³ in sodne prakse je poslovna odškodninska odgovornost objektivna odgovornost, zlasti v primeru profesionalnih oseb. Za obstoj pogodbene odškodninske odgovornosti morajo biti izpolnjene naslednje temeljne predpostavke:²⁴ (i) kršitev pogodbene obveznosti, ki ima znake proti-

¹⁷ Zakon o bančništvu (ZBan-2), Ur. l. RS, št. 25/15 in 44/16.

¹⁸ Banka države članice, ki je pridobila dovoljenje pristojnega nadzornega organa države sedeža za opravljanje plačilnih storitev in v skladu z ZBan-2 neposredno opravlja plačilne storitve na območju Republike Slovenije.

¹⁹ PayPal (Europe) S.à r.l. et Cie, S. C. A. je v Republiki Sloveniji nostrificiral neposredno opravljanje dejavnosti kot kreditna institucija, ki je v državi članici EU upravičena opravljati vse oziroma posamezne vzajemno priznane finančne storitve iz Priloge I (Seznam dejavnosti, za katere velja vzajemno priznavanje) k Direktivi 2013/36/EU in lahko te storitve opravlja tudi na območju Republike Slovenije bodisi preko podružnice bodisi neposredno. Vir: Banka Slovenije (2016b).

²⁰ Banka Slovenije, Seznam plačilnih institucij, 2. 6. 2016, www.bsi.si/placilni-sistemi.asp?MapaId=1465 (9. 9. 2016).

²¹ Juhart in drugi (2003), komentar k 239. členu.

²² Obligacijski zakonik (OZ), Ur. l. RS, št. 83/01, 32/04, 28/06, 40/07 in 97/07.

²³ Juhart in drugi (2003), komentar k 239. členu.

²⁴ Prav tam.

pravnega stanja, (ii) vzrok za kršitev izvira iz sfere pogodbene stranke, ki bi morala opraviti izpolnitev obveznosti, (iii) vzročna zveza med kršitvijo pogodbene obveznosti in nastalo škodo ter (iv) škoda, ki jo v sferi pogodbi zveste stranke povzroči kršitev pogodbene obveznosti druge stranke. Skladno z določbo 240. člena OZ se dolжник razbremeni pogodbene odškodninske odgovornosti v primeru višje sile, če do kršitve pogodbenih obveznosti pride zaradi okoliščin, nastalih po sklenitvi pogodbe, ki jih ni mogel preprečiti, ne odpraviti in se jim tudi ne izogniti. V zvezi z razlago ekskulpacijskih razlogov za profesionalne osebe pravna teorija²⁵ zastopa stališče, da je ta dolžna nositi vsa notranja tveganja, to je tveganja,²⁶ ki izvirajo iz njene sfere in jih lahko obvladuje oziroma jih mora obvladovati. Tako se profesionalna oseba lahko razbremeni le za zunanja tveganja, ki so zunaj njene sfere in jih ne more oziroma jih ni dolžna obvladovati.

Iz razlogov, povezanih z nemožnostjo uveljavljanja odgovornosti zoper storilca, ZPlaSS posebej ureja oziroma pravilneje razširja splošno poslovno odškodninsko odgovornost ponudnika plačilnih storitev, in sicer z objektivno odškodninsko odgovornostjo ponudnika plačilnih storitev s soprispevkom uporabnika. Upošteva zakonsko ureditev,²⁷ stališče pravne teorije²⁸ in sodno prakso²⁹ v primeru posebne ureditve po ZPlaSS ni dvoma, da gre za objektivno poslovno odškodninsko odgovornost ponudnika plačilnih storitev s soudeležbo uporabnika ter korekcijo objektivne odgovornosti ponudnika plačilnih storitev s povečano krivdno odgovornostjo uporabnika. Za obstoj poslovne odškodninske odgovornosti morajo biti podane temeljne predpostavke odškodninske odgovornosti po OZ. Razmejitev bremena neodobrene plačilne transakcije med ponudnikom plačilnih storitev in uporabnikom pa je urejena v 119. in 120. členu ZPlaSS. Skladno z načelom varstva potrošnikov in zaradi prevladujoče tržne moči ponudnikov plačilnih storitev ZPlaSS zagotavlja minimum pravic uporabnikov, saj je ureditev kogentne narave, če ima uporabnik položaj potrošnika. Pravna ureditev pa dopušča, da je pogodbeni ureditev razmerja med ponudnikom plačilnih storitev in uporabnikom ugodnejša za potrošnika (peti odstavek 120. člena).

Avtorja meniva, da pravna ureditev ZPlaSS ne izključuje splošne ureditve pogodbene odškodninske odgovornosti OZ ter da se glede vprašanj in pravnih

²⁵ Prav tam.

²⁶ Tveganje je ravnanje drugih subjektov ali naravni dogodek, ki nastopi v fazi izpolnjevanja pogodbe in prepreči, da bi pogodbeni stranka dosegla (deloma ali v celoti) namen, zaradi katerega je bila pogodba sklenjena.

²⁷ Določba razbremenitvenega razloga iz 2. točke četrtega odstavka 119. člena ZPlaSS je v primerjavi z določbo oprostive poslovne odškodninske odgovornosti iz 240. člena OZ bližje določbi oprostive odgovornosti zaradi višje sile v primeru objektivne odgovornosti iz 153. člena OZ.

²⁸ Juhart, str. 1201.

²⁹ Sodba Višjega sodišča v Mariboru I Cp 1364/2014 z dne 10. marca 2015.

položajev, ki niso posebej urejeni v ZPlaSS, uporabljajo določbe OZ. Navedeno stališče potrjuje peti odstavek 119. člena ZPlaSS, ki uporabnika glede povrnitve nadaljnje škode, ki ni urejena v tem zakonu, napotuje na splošna pravila obligacijskega prava, torej na določbe OZ. Posebna ureditev ZPlaSS tudi ne izključuje odškodninske³⁰ in kazenskopravne odgovornosti povzročitelja škode, to je osebe, ki je dejansko izvedla neodobreno plačilno transakcijo (oziroma zlorabila plačilni instrument uporabnika). Tako je v razmerju do uporabnika za isto škodo podana odgovornost ponudnika plačilnih storitev in storilca, zato ta subjekta uporabniku (potrošniku) odgovarjata solidarno.³¹ Ponudnik plačilnih storitev, ki na podlagi pravil ZPlaSS nosi breme škode neodobrene plačilne transakcije, po plačilu škode uporabniku pridobi regresni zahtevek zoper storilca v višini povračila škode uporabniku.³² Prav tako pa lahko tudi uporabnik uveljavlja odškodninski zahtevek zoper storilca, če je moral skladno s pravili 120. člena ZPlaSS v razmerju do ponudnika plačilnih storitev sam nositi nastalo škodo ali del nje.

Za obstoj pogodbene odškodninske odgovornosti za neodobreno plačilno transakcijo morajo biti izpolnjene že predstavljene klasične predpostavke poslovne odškodninske odgovornosti. Ključna predpostavka plačilne transakcije je soglasje plačnika (103. člen ZPlaSS), ki v primeru neodobrene plačilne transakcije ni podano, kar pomeni kršitev pogodbenih obveznosti ponudnika plačilnih storitev, ki utemeljuje protipravnost njegovega ravnanja. Neposredna posledica izvedbe takšne plačilne transakcije je zmanjšanje stanja na plačilnem računu uporabnika za znesek izvedene plačilne transakcije in znesek stroškov izvedbe te transakcije, s čimer sta izpolnjeni predpostavki vzročne zveze in škode. Do bistvene nadgradnje splošne pogodbene odškodninske odgovornosti pa pride glede predpostavke, ki se nanaša na vprašanje, iz sfere katere stranke izvira vzrok za neodobreno plačilno transakcijo. Določbe ZPlaSS razširjajo obseg tveganj, ki bremenijo ponudnika plačilnih storitev, tudi na tveganja, ki primarno ne izvirajo iz njegove sfere, vendar jih je na podlagi izrecnih določb ZPlaSS dolžan nositi. Razloge za pravno razširitev pripisljivosti posledice ponudniku plačilnih storitev je treba iskati v tem, da se ponudnik plačilnih storitev profesionalno ukvarja z izvajanjem plačilnih transakcij, zato lažje predvidi in obvlada tveganja, povezana s plačilnimi transakcijami, ali s preprečitvijo ali prerazporeditvijo tveganj (več o tem v četrtem poglavju).

³⁰ V razmerju med storilcem, ki je izvedel neodobreno plačilno transakcijo, in uporabnikom ter v razmerju med storilcem in ponudnikom plačilnih storitev gre za razmerje neposlovne odškodninske odgovornosti, saj uporabnik in storilec ter storilec in ponudnik plačilnih transakcij pred tem niso bili v obligacijskem razmerju.

³¹ Glej tretji odstavek 186. člena OZ.

³² Glej 188. člen OZ.

Upoštevanje navedeno lahko ugotovimo, da je ključna razlika med splošno pogodbeno odškodninsko odgovornostjo ponudnika plačilnih storitev po OZ in odgovornostjo ponudnika plačilnih storitev za neodobrene plačilne transakcije po ZPlaSS v razporeditvi tveganj med ponudnika plačilnih storitev in uporabnika, saj določbe ZPlaSS nalagajo ponudniku plačilnih storitev odgovornost tudi za tveganja, ki primarno ne izvirajo iz njegove sfere, vendar jih je na podlagi izrecne ureditve ZPlaSS dolžan nositi, ter tako pravno razširjajo obseg notranjih tveganj ponudnika plačilnih storitev.

3.3.1. Razdelitev bremena odgovornosti za neodobreno plačilno transakcijo med ponudnika plačilnih storitev in uporabnika

Prvi odstavek 119. člena ZPlaSS ponudniku plačilnih storitev nalaga objektivno odgovornost za škodo, nastalo zaradi izvršitve neodobrene plačilne transakcije. Objektivne odgovornosti se lahko razbremenijo le v treh primerih, taksativno naštetih v četrtem odstavku tega člena:

1. v tistem delu, ko izgubo krije uporabnik v skladu z ZPlaSS,
2. ko je izvršitev neodobrene plačilne transakcije posledica izjemnih in nepredvidljivih okoliščin, na katere ponudnik plačilnih storitev ne more vplivati, oziroma bi bile posledice takšnih okoliščin kljub vsem nasprotnim prizadevanjem ponudnika plačilnih storitev neizogibne,
3. ko obveznost izvršitve plačilne transakcije brez soglasja plačnika izhaja iz drugih predpisov, ki zavezujejo ponudnika plačilnih storitev.

Največji pomen za razmejitev bremena neodobrenih plačilnih transakcij med ponudnika plačilnih storitev in uporabnika bo praviloma imel prvi razbremenilni razlog, to je razbremenitev odgovornosti za škodo v tistem delu, ki jo skladno s 120. členom ZPlaSS krije uporabnik. Uporabnikova odgovornost za neodobrene plačilne transakcije je v skladu z navedenim členom praviloma omejena na škodo, nastalo do trenutka obvestitve ponudnika plačilnih storitev o izgubi, kraji ali zlorabi plačilnega instrumenta, ter je navzgor omejena na največ 150 evrov, kar pa ne velja v primeru povečane krivdne odgovornosti uporabnika. Drugi razbremenitveni razlog se nanaša na primer višje sile ter je skladen s splošno oprostitvijo objektivne odgovornosti na podlagi 153. člena OZ, medtem ko je v razmerju do razbremenitve poslovne odškodninske odgovornosti iz 240. člena OZ strožji, kar potrjuje, da je odgovornost ponudnika plačilnih storitev za neodobrene plačilne transakcije objektivna. Prav tako ni sporna oprostitev odgovornosti ponudnika plačilnih storitev, kadar obstaja zakonska podlaga za izvedbo plačilne transakcije brez soglasja plačnika (izvršitev sklepa o izvršbi, izvršitev sklepa o davčni izvršbi ...), saj je v teh primerih z zakonom izključena protipravnost stanja, ki sicer pomeni kršitev pogodbene obveznosti ponudnika plačilnih storitev.

Skladno s prvim odstavkom 120. člena ZPlaSS uporabnika bremeni škoda, nastala do trenutka obvestitve ponudnika plačilnih storitev, oziroma največ v znesku 150 evrov, če je izvršitev neodobrenih plačilnih transakcij, zaradi katerih je škoda nastala, posledica uporabe ukradenega ali izgubljenega plačilnega instrumenta ali plačilnega instrumenta, ki je bil zlorabljen, ker uporabnik ni zavaroval osebnih varnostnih elementov. Uporabnika bremeni izguba do trenutka obvestitve oziroma največ do zneska 150 evrov tudi, če mu ni mogoče očitati krivde v zvezi z odtujitvijo, izgubo ali zlorabo plačilnega instrumenta. Juhart³³ zastopa stališče, da gre v tem primeru za objektivno odgovornost uporabnika in da je uporabnikova odgovornost za ukraden ali izgubljen plačilni instrument podana tudi v primeru, ko denimo storilec s tehničnimi pripomočki na bankomatu pridobi podatke o uporabnikovi plačilni kartici in osebni številki (PIN-številk). Avtorja meniva, da jezikovna razlaga 2. točke prvega odstavka 120. člena ZPlaSS, ki poudarja uporabnikovo odgovornost zaradi nezavarovanja osebnih varnostnih elementov, nasprotuje zaključku, da gre za uporabnikovo popolno objektivno odgovornost, vendar pa je odgovornost uporabnika za varovanje plačilnega instrumenta vsekakor treba presojati zelo strogo, tako da se zelo približa objektivni odgovornosti. Zato je pri razlagi prvega odstavka 120. člena ZPlaSS za odgovor na vprašanje, komu pravno pripisati odgovornost za zlorabo plačilnega instrumenta, ali uporabniku ali ponudniku plačilnih storitev, po najinem mnenju ključno upoštevati, iz čigave sfere primarno izvira vzrok tveganja, ki se je kasneje realiziralo v škodi, in katera od strank to tveganje lažje obvladuje.³⁴ Ugotoviti je torej treba, katera od strank ima možnost oziroma bi lažje in z manj stroški uspešno preprečila odtujitev osebnih varnostnih elementov plačilnega instrumenta oziroma plačilnega instrumenta. In šele če tveganje objektivno izvira iz sfere uporabnika, je utemeljena uporaba 120. člena ZPlaSS. Avtorja meniva, da v primeru odtujitve osebnih varnostnih elementov plačilnega instrumenta zaradi na bančnem avtomatu nameščenih tehničnih sredstev (na primer *skimming* naprav)³⁵ odgovornosti v smislu soprispevka po prvem odstavku 120. člena ZPlaSS praviloma ni mogoče pripisati uporabniku, ampak ponudniku plačilnih storitev. Ponudnik plačilnih storitev namešča in vzdržuje bančne avtomate in za to prejme plačilo od uporabnika, ima v primerjavi z uporabnikom več informacij glede delovanja bančnih avtomatov in *skimming* naprav ter edini lahko izvede ukrepe za preprečevanje nameščanja *skimming* naprav in njihovo odkrivanje. Posledično je v primeru *skimming* naprav treba ugotoviti, da tveganje izvira iz

³³ Juhart, str. 1201.

³⁴ Tako Vrhovno sodišče v sodbi II Ips 149/2003 z dne 11. marca 2004.

³⁵ Napravo za *skimming* običajno sestavljata dva dela, čitalnik magnetnega zapisa, nameščen ob reži za vstavljanje kartice, ki prestreže magnetni zapis na bančni kartici, in kamera, ki snema tipkovnico bančnega avtomata in posname vneseno številko PIN.

sфере ponudnika plačilnih storitev, in mu pripisati tudi odgovornost za celotno nastalo škodo. Izjemoma, če bi bila nameščena tehnična sredstva takšna, da bi bilo mogoče uporabniku očitati, da bi lahko preprečil nastanek škode, če ne bi ravnal malomarno, oziroma da bi posebno skrben uporabnik bančnega avtomata opazil nameščena tehnična sredstva in preprečil nastanek škode, bi utemeljeno šteli, da je treba odgovornost pripisati uporabniku, in bi uporabnik nosil del škode do največ 150 evrov (ob predpostavki, da ne bi ravnal z veliko malomarnostjo ali naklepom). Po drugi strani je treba odgovornost za nastalo škodo v obsegu prvega odstavka 120. člena ZPlaSS (do 150 evrov) pripisati uporabniku, če je do neodobrene plačilne transakcije prišlo zaradi odtujitve osebnih varnostnih elementov plačilnega instrumenta na strani prejemnika plačila (na primer spletno trgovino), čeprav uporabniku ni vedno mogoče pripisati krivde, saj gre v tem primeru za tveganje, ki izvira iz sfere uporabnika in na katero ponudnik plačilnih storitev ne more vplivati.

Uporabnika bremeni celotna škoda, nastala do obvestitve ponudnika plačilnih storitev, če je izvršitev neodobrene plačilne transakcije posledica uporabnikovega naklepnega ravnanja ali hude malomarnosti v zvezi z uporabo in varovanjem plačilnega instrumenta ali obveščanjem o izgubi, kraji ali zlorabi plačilnega instrumenta (drugi odstavek 120. člena ZPlaSS). V zgoraj obravnavanem primeru tehničnih naprav na bančnem avtomatu bi to pomenilo, da bi bil uporabnik odgovoren v celoti, če bi pri uporabi bančnega avtomata ravnal s hudo malomarnostjo oziroma v nasprotju z ravnanjem povprečno skrbnega uporabnika bančnega avtomata in bi denimo uporabljal bankomat, čeprav bi se očitno razlikoval od pravega bankomata, ali če po odtujitvi plačilne kartice na bankomatu (na primer zaradi tako imenovane libanonske zanke³⁶) ne bi nemudoma obvestil ponudnika plačilnih storitev. V primeru dokazane velike malomarnosti pri uporabi in varovanju plačilnega instrumenta ali pri obveščanju ponudnika plačilnih storitev je uporabnik odgovoren za vso škodo, nastalo do trenutka obvestitve ponudnika plačilnih storitev o izgubi, kraji ali zlorabi plačilnega instrumenta. Tako je odgovoren tudi za škodo, nastalo v času, ko še ni vedel za izgubo, krajo ali zlorabo plačilnega instrumenta, in mu za to obdobje ni mogoče očitati malomarnosti. Če na primer izgubi plačilno kartico 1. maja ter to ugotovi šele 5. maja, vendar o tem ponudnika plačilnih storitev ne obvesti vse do 25. maja, je s tem podana velika malomarnost, zato uporabnik odgovarja v celoti za vse neodobrene plačilne transakcije do trenutka obvestila, tudi za tiste pred 5. majem. Še strožja pa je odgovornost uporabnika, če je izguba posledica njegovega goljufivega ravnanja (četrti odstavek 120. člena ZPlaSS), saj v tem primeru odgovarja za celotno škodo,

³⁶ Libanonska zanka je tehnična ovira, nameščena na reži za bančno kartico, ki preprečuje, da bi bankomat kartico vrnil uporabniku, tako da ta ostane v bankomatu.

tudi tisto eventualno nastalo po obvestitvi ponudnika plačilnih storitev. Seveda pa mora ponudnik plačilnih storitev tudi v tem primeru po uporabnikovem obvestilu o izgubi, kraji ali zlorabi plačilnega instrumenta s skrbnostjo dobrega strokovnjaka izvesti vse ukrepe za preprečitev nadaljnje uporabe plačilnega instrumenta, sicer se svoje odgovornosti ne bo razbremenil.

Obvestilo o izgubi, kraji ali zlorabi plačilnega instrumenta je ključno za preprečitev nastanka škode zaradi neodobrene plačilne transakcije, zato zakon ponudniku plačilnih storitev nalaga odgovornost za celotno škodo, če ni zagotovil mehanizma za obveščanje o izgubi, kraji ali zlorabi plačilnega instrumenta (tretji odstavek 120. člena ZPlaSS), oziroma celotno izgubo, ki nastane po tem, ko ga je uporabnik obvestil o izgubi, kraji ali zlorabi plačilnega instrumenta (četrti odstavek istega člena), razen če je izguba v teh primerih posledica uporabnikove prevare ali goljufivega ravnanja. Slednje bi bilo podano denimo v primeru, ko bi uporabnik ponudnika plačilnih storitev obvestil o domnevni izgubi plačilne kartice, dejansko pa bi neposredno po tem obvestilu sam opravil plačilno transakcijo s to plačilno kartico. V drugih primerih ponudnik plačilnih storitev nosi vso škodo, nastalo po obvestilu, ne glede na to, ali lahko nemudoma prepreči nadaljnjo uporabo plačilnega instrumenta. Na podlagi izrecne zakonske določbe je na strani ponudnika plačilnih storitev tudi tveganje pošiljanja plačilnega instrumenta ali kakršnihkoli osebnih varnostnih elementov plačilnega instrumenta uporabniku (drugi odstavek 117. člena ZPlaSS). Zato za celotno škodo, nastalo zaradi neodobrene plačilne transakcije, v razmerju do uporabnika odgovarja ponudnik plačilnih storitev tudi v primeru, ko bi do odtujitve oziroma razkritja osebnih varnostnih elementov plačilnega instrumenta nepooblaščen tretji osebi prišlo v postopku prenosa plačilnega instrumenta do uporabnika.

3.3.2. Dokazno breme in relativna prepoved domneve velike malomarnosti uporabnika

Skladno z načelom varstva informacijsko šibkejše stranke, torej uporabnika, ZPlaSS dokazno breme nalaga ponudniku plačilnih storitev in prepoveduje pogodbeno prevajitev na uporabnika, če ima uporabnik položaj potrošnika. Prvi odstavek 129. člena jasno določa, da mora v primeru, ko uporabnik trdi, da ni odobril izvršene plačilne transakcije ali da plačilna transakcija ni bila izvršena pravilno, ponudnik plačilnih storitev dokazati, da je bila preverjena pristnost plačilne transakcije, da je bila ta pravilno evidentirana in knjižena ter da na njeno izvršitev ni vplivala nikakršna tehnična okvara ali druga napaka. Poleg prenosa dokaznega bremena na ponudnika plačilnih storitev zakon dodatno varuje uporabnikov pravni položaj z relativno prepovedjo domneve velike malomarnosti uporabnika. Tretji odstavek 129. člena določa, da če uporabnik trdi, da

ni odobril izvršene plačilne transakcije, zgolj uporaba plačilnega instrumenta, ki jo evidentira ponudnik plačilnih storitev, ni nujno zadosten dokaz, da je plačnik odobril plačilno transakcijo ali da je goljufal ali da naklepno ali iz hude malomarnosti ni izpolnil ene ali več svojih obveznosti v zvezi z varovanjem plačilnega instrumenta. Relativna prepoved domneve malomarnega ravnanja odločitev o malomarnem ravnanju uporabnika prepušča presoji sodišča v vsakem primeru posebej.

3.3.3. Velika malomarnost uporabnika (potrošnika) skozi sodno prakso

V sistemu razdelitve bremena škode zaradi neodobrene plačilne transakcije na podlagi standarda dolžne skrbnosti je ključno vprašanje, kakšen standard ravnanja mora izpolnjevati uporabnik (potrošnik), da mu pravna norma ne naloži pravne posledice. ZPlaSS v prvem odstavku 120. člena soprispevek oškodovanca pri škodi, nastali zaradi neodobrene plačilne transakcije, omejuje na največ 150 evrov, vendar zgolj pod pogojem, da uporabniku ni mogoče očitati naklepa ali velike malomarnosti. V primeru naklepnega ravnanja, torej ko je uporabnik vedel, da bo zaradi njegovega ravnanja (storitve ali opustitve) prišlo do neodobrene plačilne transakcije, ne glede na to, ali je to posledico želel ali ne,³⁷ ni dvoma, da mora škodo, nastalo zaradi neodobrene plačilne transakcije, nositi uporabnik (škodo, nastalo do trenutka obvestitve ponudnika plačilnih storitev o izgubi, kraji ali zlorabi plačilnega instrumenta). Za razmejitev bremena neodobrene plačilne transakcije med uporabnika in ponudnika plačilnih storitev je zato ključno vprašanje opredelitve standarda velike malomarnosti. Pravni standard velike malomarnosti z ZPlaSS ni urejen. Do neke mere lahko uporabnik prevzame zavezo določenega ravnanja s pogodbo o plačilnih storitvah, vendar ponudnik plačilnih storitev uporabniku ne more nalagati pretiranih obveznosti, saj prvi odstavek 116. člena ZPlaSS uporabnikovo obveznost omejuje na razumne ukrepe za zavarovanje plačilnega instrumenta. Pretirano stroge določbe splošnih pogojev, ki bi presegale razumne ukrepe, bi morale biti zato v sodnih postopkih ugotovljene za nične oziroma bi sodišče moralo zavrniti njihovo uporabo na podlagi določb OZ in Zakona o varstvu potrošnikov,³⁸ če ima uporabnik status potrošnika.³⁹ Prav

³⁷ Plavšak in drugi, str. 528.

³⁸ Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot), Ur. l. RS, št. 20/98, 25/98, 23/99, 110/02, 14/03, 51/04, 98/04, 114/06, 126/07, 86/09, 78/11, 38/14 in 19/15.

³⁹ OZ v 121. členu določa, da so nična določila splošnih pogojev, ki nasprotujejo samemu namenu sklenjene pogodbe ali dobrim poslovnim običajem, ter da sodišče lahko zavrne uporabo posameznih določil splošnih pogojev, ki drugi stranki jemljejo pravico ugovorov, ali tistih določil, na podlagi katerih izgubi pravice iz pogodbe ali roke ali so sicer nepravilna ali pretirano stroga zanj. V primeru, da je uporabnik potrošnik, pa 23. člen ZVPot določa, da so nični pogodbeni pogoji, ki so nepošteni do potrošnika.

tako določbe 129. člena ZPlaSS prepovedujejo domnevo velike malomarnosti uporabnika in dokazno breme nalagajo ponudniku plačilnih storitev.

Uporabnik ima v razmerju do ponudnika plačilnih storitev položaj laika, zato se pri presoji njegovega ravnanja uporablja standard skrbnosti razumnega človeka. Pravna teorija⁴⁰ definira standard skrbnosti razumnega človeka kot standard, po katerem velja, da bi posameznik lahko predvidel škodljivo posledico svojega ravnanja, če bi bila večina razumnih ljudi v enakih okoliščinah sposobna predvideti, da lahko tako ravnanje povzroči škodljivo posledico. Če je neodobrena plačilna transakcija običajna (najpogostejša) posledica nekega ravnanja, je skoraj vsak razumen človek sposoben predvideti, da tako ravnanje lahko povzroči škodo. Uporabniku je zato veliko malomarnost mogoče očitati, če je neodobrena plačilna transakcija običajna posledica ravnanja, ki se v konkretnem primeru očita uporabniku. Za pravilno razumevanje standarda skrbnosti je treba izhajati iz abstrakcije *večine razumnih ljudi v enakih okoliščinah*, kar pomeni, da moramo v primeru spletnih plačilnih transakcij upoštevati povprečno razumevanje delovanja strojne in programske opreme elektronskih naprav (osebnega računalnika, tablice, pametnega telefona ...) večine razumnih uporabnikov. In ravno v zvezi z zagotavljanjem informacijske varnosti elektronskih naprav in programske opreme, ki se uporabljajo za opravljanje spletnih plačilnih transakcij, Clarke in Maurushat⁴¹ utemeljeno opozarjata na vrsto varnostnih tveganj, povezanih s strojno in programsko opremo elektronskih naprav, vključenih v izvajanje spletnih plačilnih transakcij, ki se jih povprečni uporabniki ne zavedajo in niti nimajo vpliva na odpravo teh tveganj. Upošteva je navedeno uporabnikove dolžne skrbnosti v povezavi z zagotavljanjem informacijske varnosti elektronskih naprav ne smemo razlagati pretirano strogo, ampak jo je treba interpretirati glede na trenutno stanje razvoja informacijske družbe. Avtorja pričakujeva, da se bo z razvojem informacijske družbe zaostroval tudi standard dolžne skrbnosti uporabnikov. Tem izhodiščem sledi dikcija ZPlaSS, ki v prvem odstavku 116. člena uporabnika zavezuje k zagotavljanju vseh razumnih ukrepov za zavarovanje varnostnih elementov plačilnega instrumenta, ki omogočajo identifikacijo uporabnika in so vezani osebno nanj.

Domača sodna praksa je skromna, po javno objavljenih evidencah obsega dve sodni odločbi višjega sodišča, ki zadevata skrbnost uporabnika pri uporabi spletne banke. Višje sodišče v Ljubljani je v sodbi II Cp 417/2014 z dne 28. maja 2014 obravnavalo problematiko lažne spletne strani spletne banke ter zavrnilo povečano odgovornost uporabnika. Uporabnik je svoje podatke za dostop do spletne banke vpisal na lažno spletno stran banke, vendar je sodišče zavrnilo

⁴⁰ Plavšak in drugi, str. 528.

⁴¹ Clarke.

očitek hude malomarnosti uporabnika, ki je svoje podatke vpisal v lažno spletno stran. Huda malomarnost bi bila po stališču sodišča podana šele v primeru, da bi bila lažna spletna stran opazno drugačna od prave spletne strani banke, pa bi uporabnik kljub temu pošiljal podatke na takšno lažno spletno stran. Sodišče uporabniku ni pripisalo velike malomarnosti niti zaradi neoptimalne izbire protivirusnega programa (za uporabljeni protivirusni program ni bilo splošno znano, da naj bi bil neustrezen) in niti zaradi neuporabe požarnega zidu, zlasti ker ga banka ni poučila o tej obveznosti oziroma nevarnosti. Višje sodišče v Mariboru pa je v sodbi I Cp 1364/2014 z dne 10. marca 2015 obravnavalo vdor v spletno banko uporabnika s pomočjo zlonamerne programske opreme in prav tako ni ugotovilo velike malomarnosti uporabnika. Na uporabnikovem računalniku je prišlo do vdora, o čemer ga je obvestil ponudnik dostopa do interneta. Uporabnik je upošteval njegova navodila in zamenjal geslo za dostop do interneta, nato pa normalno uporabljal računalnik za dostop do spleta in tudi do spletne banke. V presojani zadevi je bilo sporno, ali bi moral uporabnik obvestiti banko že ob vdoru v njegov računalnik ali je bilo pravočasno obvestilo, ko je opazil primanjkljaj sredstev na računu. Med sodnim postopkom so ugotovili, da je bila na računalnik ob vdoru nameščena zlonamerna programska oprema, zaradi česar je prišlo do odtujitve digitalnega potrdila in gesla za dostop do spletne banke. Sodišče je zapisalo, da pri tako prefinjenem posegu v uporabnikovo spletno banko ta ob skrbnosti povprečnega človeka vse do odtujitve denarja s transakcijskega računa ni mogel vedeti za zlorabo njegovega plačilnega instrumenta – spletne banke in o tem ni bil dolžan obvestiti ponudnika plačilnih storitev. Presodilo je, da se od povprečnega človeka ne more pričakovati vednost, da bo že z vdorom v računalnik prek svetovnega spleta, po menjavi gesla, še vedno možen vdor v spletno banko, ki je varovana z digitalnim potrdilom in posebnim pripadajočim geslom, zato zahteva o obveščanju banke o vdoru v računalnik presega skrbnost povprečnega človeka. V obeh zadevah sta višji sodišči upoštevali, da uporabnik računalnik uporablja zunaj svoje poklicne dejavnosti in na tem področju ni strokovnjak, ter v luči navedenega po mnenju avtorjev tudi pravilno presojali standard skrbnosti povprečnega človeka.

Iz slovenske sodne prakse izhaja, da je presoja standarda velike malomarnosti iz prvega odstavka 120. člena ZPlaSS razmeroma stroga ter za očitek velike malomarnosti ne zadošča že golo neskrbno ravnanje uporabnika. Presoja standarda dolžne skrbnosti v sodni praksi upošteva dosežen razvoj informacijske družbe in stopnjo razumevanja povprečnega uporabnika o delovanju in tveganjih, povezanih s strojno in programsko opremo elektronskih naprav, ki se uporabljajo za opravljanje spletnih plačilnih transakcij. Uporabnik ravna z veliko malomarnostjo zgolj, ko gre za ravnanje, ki ga povprečen razumen posameznik ne bi nikoli storil.

Iz tuje sodne prakse⁴² izhaja, da je sodišče na primer uporabniku očitalo veliko malomarnost, ko je PIN vključil v telefonsko številko in jo zapisano na papir shranil v denarnici, medtem ko velika malomarnost ni bila podana, ko je uporabnik PIN vključil v telefonsko številko in jo skupaj z več telefonskimi številkami imel shranjeno v rokovniku v denarnici. Sodišče ni ugotovilo velike malomarnosti uporabnika, ki je denarnico in plačilni instrument pustil v predalu v zaklenjenem avtomobilu, medtem ko je videlo veliko malomarnost v ravnanju stare gospe, ki je med pregledom v bolnišnici pustila kreditno kartico v svoji sobi, in sicer zlasti zato, ker je pacientka gotovino za čas pregleda shranila v sefu. Tudi glede trenutka obvestitve ponudnika plačilnih storitev ni šlo za veliko malomarnost, ko je uporabnik šele po enem mesecu opazil, da nima več plačilne kartice, prav tako ne, ko je uporabniku denarnica padla iz žepa in ni nemudoma po vračilu denarnice preveril, ali je plačilna kartica še v njej.

3.3.4. Obseg pravno priznane škode zaradi neodobrene plačilne transakcije

Skladno s splošno ureditvijo pogodbene odškodninske odgovornosti v 243. členu OZ je v primeru pogodbene odškodninske odgovornosti pravno priznana škoda samo premoženjska škoda, in sicer navadna škoda ter izgubljeni dobiček v povprečni (razumno previdljivi) višini. Za primer neodobrenih plačilnih transakcij obseg pravno priznane škode ureja ZPlaSS v drugem odstavku 119. člena. Ta plačnikovemu ponudniku plačilnih storitev, ki je odgovoren za izvršitev neodobrene plačilne transakcije, nalaga, da plačniku takoj povrne znesek neodobrene plačilne transakcije in, če je bila ta izvršena v breme njegovega plačilnega računa, vzpostavi tako stanje plačnikovega plačilnega računa, kakršno bi bilo, če neodobrena plačilna transakcija ne bi bila izvršena. Skladno s četrtrim odstavkom istega člena mora povrniti plačniku tudi vsa zaračunana nadomestila in obresti, do katerih je upravičen plačnik v zvezi z izvršitvijo neodobrene plačilne transakcije. Peti odstavek tega člena pa zavezuje ponudnika plačilnih storitev k povrnitvi nadaljnje škode, ki je posledica neodobrene plačilne transakcije, za katero je odgovoren ponudnik plačilnih storitev, v skladu s splošnimi pravili obligacijskega prava.

3.3.5. Notifikacijska dolžnost uporabnika in zastaralni roki

ZPlaSS uporabniku nalaga tako imenovano notifikacijsko dolžnost in v drugem odstavku 130. člena določa, da mora ponudnika o neodobreni plačilni transakciji obvestiti brez odlašanja, ko ugotovi, da je do nje prišlo (subjektivni rok), oziroma najkasneje v 13 mesecih po dnevu obremenitve (objektivni rok). Gre

⁴² Steennot (2009).

za materialni prekluzivni rok, saj če uporabnik v roku iz 130. člena ponudnika plačilnih storitev ne obvesti o neodobreni plačilni transakciji, izgubi zahtevek zoper njega iz naslova odgovornosti za neodobrene plačilne transakcije iz 119. člena istega zakona. Objektiven rok 13 mesecev ne velja, če ponudnik plačilnih storitev uporabnika o tej obveznosti ni obvestil že pred sklenitvijo pogodbe (tretji odstavek 130. člena). Ob pogoju pravočasne notifikacije ponudnika plačilnih storitev je terjatev po svoji vsebini odškodninska terjatev iz naslova pogodbene odškodninske odgovornosti, za katero po 352. členu OZ velja triletni relativni oziroma petletni objektiven zastaralni rok.⁴³

3.3.6. Odgovornost za neodobreno plačilno transakcijo, ki objektivno izvira iz sfere ponudnika plačilnih storitev

ZPlaSS v 119. členu ponudniku plačilnih storitev nalaga objektivno odgovornost za neodobreno plačilno transakcijo. Dodatno v 120. členu ureja položaje, ko vzrok za nastanek škode objektivno izvira iz sfere uporabnika, vendar je breme tega s pravno normo vseeno preneseno na ponudnika plačilnih storitev, uporabnik pa je za nastalo škodo omejeno (so)odgovoren. Ureditev je podobna kot v 244. členu OZ, ki določa, da se odškodnina sorazmerno zmanjša, če za nastalo škodo ali njeno velikost ali otežitev dolžnikovega položaja odgovarja tudi upnik.

Upošteva je jezikovno razlago prvega odstavka 120. člena ZPlaSS bi določbo sicer lahko razlagali tako, da je uporabnikova soodgovornost podana tudi v primeru odtujitve plačilnega instrumenta pri ponudniku plačilnih storitev (1. točka) ali da je uporabnikova soodgovornost v primeru zlorabe plačilnega instrumenta podana zgolj, če mu je mogoče očitati krivdo v zvezi z varovanjem osebnih varovalnih elementov plačilnega instrumenta (2. točka). Vendar takšno razumevanje navedene določbe ni pravilno. Prvi odstavek 120. člena namreč ponudniku plačilnih storitev nalaga breme tveganj, ki jih sicer po splošnih pravilih poslovne odškodninske odgovornosti ne bi bil dolžan nositi, saj ta tveganja objektivno gledano ne izvirajo iz njegove sfere, ampak iz sfere uporabnika, in jih je ponudnik plačilnih storitev dolžan nositi na podlagi zakonske ureditve. Ravno zato, ker gre za tveganja, ki objektivno gledano izhajajo iz sfere uporabnika in jih do neke mere ta lažje in z manj stroški obvladuje kot ponudnik plačilnih storitev, vendar so ta tveganja s pravno normo prenesena na ponudnika plačilnih storitev, prvi odstavek 120. člena določa, da uporabnik soodgovarja za škodo, nastalo zaradi neodobrene plačilne transakcije, toda največ do 150 evrov.

Prvo točko prvega odstavka 120. člena, po kateri uporabnik krije škodo zaradi neodobrene plačilne transakcije največ do 150 evrov, če je neodobrena plačilna

⁴³ Sodba Višjega sodišča v Mariboru I Cp 1364/2014 z dne 10. marca 2015.

transakcija posledica ukradenega ali izgubljenega plačilnega instrumenta, je torej treba pravilno razlagati tako, da se uporablja zgolj v primerih, ko je do tatvine ali izgube plačilnega instrumenta prišlo v sferi uporabnika. Kadar je do tatvine ali izgube plačilnega instrumenta prišlo v sferi ponudnika plačilnih storitev, je za celotno nastalo škodo na podlagi prvega odstavka 119. člena odgovoren ponudnik plačilnih storitev. Tako bi bil denimo za celotno škodo zaradi neodobrene plačilne transakcije v razmerju do uporabnika odgovoren ponudnik plačilnih storitev, če bi do odtujitve plačilnega instrumenta prišlo zaradi vdora v njegov informacijski sistem ali če bi ponudnikov uslužbenec izgubil USB-ključek, na katerem bi bili shranjeni plačilni instrumenti, ki bi jih kasneje zlorabil storilec.

Prav tako smo za 2. točko prvega odstavka 120. člena, po kateri uporabnik krije škodo zaradi neodobrene plačilne transakcije največ do 150 evrov, če je bil plačilni instrument zlorabljen, ker uporabnik ni zavaroval osebnih varnostnih elementov plačilnega instrumenta, že v okviru razdelka 3.3.1 ugotovili, da jezikovna razlaga določbe sicer nasprotuje zaključku, da gre za popolno objektivno odgovornost uporabnika, vendar je uporabnikovo odgovornost za varovanje plačilnega instrumenta vsekakor treba presoјati zelo strogo, tako da se zelo približa objektivni odgovornosti. Drugo točko prvega odstavka 120. člena je torej treba razlagati tako, da je uporabnikova soodgovornost do največ 150 evrov podana tudi v primeru, ko sicer uporabniku ni mogoče očitati krivde za odtujitev ali izgubo osebnih varnostnih elementov plačilnega instrumenta (številke PIN, gesla in elektronskega certifikata za vstop v spletno banko), če je denimo do odtujitve prišlo na strani spletnega trgovca, saj gre za tveganje, ki izvira iz sfere uporabnika. Pri tem se je treba zavedati, da je uporabnik laik in je zato krog tveganj, ki jih mora nositi, bistveno ožji od kroga tveganj, ki jih mora nositi ponudnik plačilnih storitev.

Glede na navedeno je treba določbi 119. in 120. člena ZPlaSS razumeti in razlagati tako, da je ponudnik plačilnih storitev v celoti odgovoren za neodobreno plačilno transakcijo, če tveganje, ki se je uresničilo v obliki neodobrene plačilne transakcije, izvira iz sfere ponudnika plačilnih storitev. Ker se poklicno ukvarja z izvajanjem plačilnih storitev, je treba skladno s skrbnostjo dobrega strokovnjaka iz drugega odstavka 6. člena OZ šteti, da je krog tveganj, ki jih mora nositi, razmeroma širok. Skladno s standardom profesionalne skrbnosti velja, da bi ponudnik plačilnih storitev lahko predvidel tveganja in jih zato tudi lažje obvladal, če bi bila večina strokovnjakov s področja njegovega profesionalnega delovanja v enakih okoliščinah sposobna predvideti, da tako ravnanje lahko povzroči škodljivo posledico.⁴⁴ Dejstvo, da soodgovornost uporabnika za škodo zaradi neodobrene plačilne transakcije po 120. členu ZPlaSS ni podana, če

⁴⁴ Plavšak in drugi, str. 528.

škoda izvira iz uresničitve tveganja, ki spada v sfero ponudnika plačilnih storitev, potrjuje tudi določbi tretjega in četrtega odstavka tega člena. Ti sankcionirata pogodbeno kršitev ponudnika plačilnih storitev, s tem ko ni zagotovil mehanizma za obveščanje (tretji odstavek) oziroma s tem ko po uporabnikovem obvestilu ni preprečil nadaljnje uporabe plačilnega instrumenta (četrty odstavek), ter mu nalagata povračilo celotne škode oziroma povračilo celotne škode, nastale po uporabnikovem obvestilu. V primeru iz tretjega odstavka ponudnika plačilnih storitev bremeni celotna škoda, nastala zaradi neodobrene plačilne transakcije, in ne morebiti le škoda od trenutka, ko ga je uporabnik poskusil obvestiti o izgubi, kraji ali zlorabi plačilnega instrumenta, pa tega ni mogel, ker ponudnik plačilnih storitev tega sistema ni zagotovil. Če bi bila med strankama dogovorjena omejitev porabe v določenem obdobju (tako imenovani dnevni limit) po prvem odstavku 118. člena ZPlaSS, bi bila odškodninska odgovornost ponudnika plačilnih storitev podana v celoti tudi za eventualni znesek neodobrene plačilne transakcije nad omejitvijo porabe v določenem obdobju.

Odgovornost ponudnika plačilnih storitev je, skladno s 119. členom ZPlaSS, objektivna, uporaba razbremenitvenih razlogov iz 120. člena pa je kot izjemo od objektivne odgovornosti ponudnika plačilnih storitev treba razlagati strogo, torej tako, da so razbremenilni razlogi iz prvega in drugega odstavka tega člena podani zgolj v primeru, ko je neodobrena plačilna transakcija posledica tveganja, ki objektivno izvira iz sfere uporabnika.

Z vidika izključitve razbremenitve odgovornosti ponudnika plačilnih storitev zaradi kršitev standarda profesionalne skrbnosti se pojavlja vprašanje, ali bi bilo temu mogoče očitati kršitev dolžne skrbnosti v primeru neustreznega delovanja sistema za preprečevanje zlorab (*fraud monitoring system*), katerega delovanje omogoča drugi odstavek 118. člena ZPlaSS. Sistemi za spremljanje zlorab zaznavajo uporabnikove plačilne navade, geografsko lociranje transakcij, zneske transakcij, hitrost transakcij ... ter na podlagi vnaprej določenih pravil (*fraud rules*) prepoznavajo potencialno neodobrene plačilne transakcije. Delovanje sistema nedvomno spada v sfero ponudnika plačilnih storitev, zato se postavi vprašanje, ali je mogoče ponudniku plačilnih storitev pripisati odgovornost na temelju nede-lovanja sistema za preprečevanje zlorab ter s tem izključiti njegovo razbremenitev zaradi izgube plačilnega instrumenta ali osebnih varnostnih elementov plačilnega instrumenta (prvi odstavek 120. člena) iz razlogov, ki jih je sicer mogoče pripisati uporabniku, ali celo izključiti razbremenitev ponudnika plačilnih storitev, če je uporabnik ravnal naklepno ali z veliko malomarnostjo, ne pa z namenom prevare (drugi odstavek 120. člena). Ob predpostavki, da bi uporabniku uspelo izkazati neustrezno delovanje sistema za preprečevanje zlorab, je uporabnikovemu ravnanju v teh primerih po oceni avtorjev treba pripisati zgolj naravo okoliščine, ki

ustvarja ugodne razmere za škodljivo delovanje neposrednih (glavnih, odločilnih) vzrokov,⁴⁵ ki so v nepravilnem delovanju sistema za preprečevanje zlorab. Sicer je skoraj nemogoče, da bi uporabnik dokazal, da ob pravilnem delovanju sistema za preprečevanje zlorab do neodobrene plačilne transakcije z verjetnostjo, ki meji na gotovost, ne bi prišlo. Uporabnik nima dostopa niti do načina delovanja sistema niti do podatkov, ki zadevajo konkreten primer neodobrene plačilne transakcije. Vendar pa bi bilo treba v teh izjemnih primerih, zlasti ker se je ponudnik plačilnih storitev s pogodbo zavezal aktivno preprečevati neodobrene plačilne transakcije, šteti, da je pogodbeno prevzel dodatna tveganja.

4. Ekonomska utemeljitev posebne odgovornosti za neodobrene plačilne transakcije

Glede na pravno ureditev odgovornosti za neodobrene plačilne transakcije, ki veliko tveganj, ki bi jih sicer nosili potrošniki, nalaga ponudnikom plačilnih storitev, se zastavi vprašanje, ali je omenjena ureditev posledica paternalizma države in gre za pavšalno opredelitev potrošnika kot šibkejše stranke, ki jo je treba varovati, ali pa gre za ekonomsko učinkovita pravila, ki minimizirajo stroške odgovornosti in vzpostavljajo sistem učinkovitih spodbud pogodbenih strank, ponudnikov (spletnih) plačilnih storitev in potrošnikov. Z ekonomskega vidika bomo najprej odgovorili na vprašanje, ali je poseg države z ureditvijo odgovornosti za neodobrene plačilne transakcije potreben, in nato, ali je pravna ureditev področja neodobrenih plačilnih transakcij optimalna ali pa bi ga bilo mogoče urediti bolj učinkovito.

4.1. Utemeljenost posega države na trg plačilnih storitev – ureditev odgovornosti za neodobrene plačilne transakcije

Z ekonomskega stališča prosti trg v idealnih razmerah prek tržnega mehanizma samodejno vodi do učinkovite prerasporeditve dobrin oziroma do najvišje mogoče stopnje družbene blaginje. Zato ekonomska teorija primarno zavrača posege države na trg, vendar razmere niso vedno idealne; v primeru javnih dobrin, eksternalij, negotovosti in asimetrije informacij ter odsotnosti popolne konkurence, torej v primeru napak trga (*market failure*), tržni mehanizem vodi do ravnotežja, ki ni družbeno učinkovito. Ob nepravilnostih trga je za doseglo učinkovite prerasporeditve dobrin in s tem največje družbene blaginje potrebna regulacija trga.⁴⁶ V ekonomski analizi trga spletnih plačilnih transakcij prevla-

⁴⁵ Tako Vrhovno sodišče v sodbi II Ips 153/2007 z dne 13. marca 2008.

⁴⁶ Zajc, Markelj.

dujeta dve smeri, ki svoje teorije utemeljuje na različnih predpostavkah glede popolnosti trga plačilnih storitev. Prva smer, katere predstavnika sta Epstein in Brown, trdi, da je trg plačilnih transakcij konkurenčen in tako pogodbene stranke, torej ponudniki plačilnih storitev in potrošniki, lahko, ker je trg učinkovit in deluje brez napak, učinkovito pogodbeno urejajo medsebojne odnose. Zagovorniki prve smeri zastopajo stališče, da je pogodbeni ureditev razmerij med ponudniki plačilnih storitev in potrošniki učinkovita, zato bi bila vsaka zakonodaja odveč in bi poslabšala položaj.⁴⁷ Druga smer izhaja s predpostavke, da trgi niso učinkoviti in da je zakonodajna intervencija države ekonomsko učinkovita, ter na tej podlagi skuša podati odgovore, katera pravila bi bila v tem primeru najučinkovitejša, torej katera pravila bi motivirala stranki, da bi se obnašali učinkovito.

Iz analize trga plačilnih transakcij izhaja, da na njem nastopajo potrošniki ter ponudniki plačilnih storitev, ki so večinoma banke in podobne finančne institucije. Že na prvi pogled je očitno, da se na trgu plačilnih transakcij ne pojavljata dva enakovredna subjekta, ki bi se enakovredno dogovarjala, ampak da finančne institucije močno nadvladujejo potrošnike z vidika tržne moči, informacijskega vidika (asimetrija informacij), vidika upravljanja in odnosa do tveganj. Zato avtorja meniva, da je na področju regulacije odgovornosti za neodobrene plačilne transakcije poseg države na trg potreben in ekonomsko učinkovit.

4.2. Ekonomska učinkovitost ureditve odgovornosti za neodobrene plačilne transakcije med potrošniki in ponudniki plačilnih storitev⁴⁸

Cooter in Ulen sta analizirala učinkovitost pravnih pravil, ki ponudniku plačilnih storitev nalagajo objektivno odgovornost za škodo zaradi neodobrenih plačilnih transakcij, medtem ko je odgovornost potrošnika omejena do trenutka obvestila o izgubi, kraji ali zlorabi plačilnega instrumenta in največ do določenega pavšalnega zneska glede na trenutek obvestitve ponudnika plačilnih storitev o izgubi, kraji ali zlorabi plačilnega instrumenta. Njuna teorija temelji na predpostavki, da trgi na področju (spletnih) plačilnih transakcij ne delujejo učinkovito, in sicer zaradi neproporcionalnih stroškov pogajanj finančnih institucij in potrošnikov ter asimetrije informacije med potrošniki in finančnimi institucijami. V ta namen sta Cooter in Ulen analizirala tri vrste izgube oziroma škode, ki nastane pri zlorabi plačilnih instrumentov, in podala ugotovitve, kakšna pravna ureditev bi seštevek izgub kar najbolj zmanjšala. Te vrste so: sposobnost prerazporeditve izgube, možnost zmanjšanja izgube ter izguba, ki nastane pri uveljavljanju škode, nastale potrošniku oziroma finančni instituciji.

⁴⁷ Epstein, Brown.

⁴⁸ Povzeto po Cooter, Rubin.

4.2.1. Učinkovita prerazporeditev izgub (nevtralen odnos do tveganja)

Z vidika ekonomske teorije prava je učinkovito, da pravna ureditev breme naloži tistemu udeležencu razmerja, ki ima nevtralen odnos do tveganja. Poglejmo, katere izgube lažje oziroma z nižjimi stroški prerazporedi ena od pogodbenih strank v plačilnem prometu oziroma katera lahko z nižjimi stroški doseže nevtralen odnos do tveganja, ki je odvisen od relativne velikosti izgube pri posamezni transakciji ter zmožnosti to izgubo alocirati glede na število transakcij. Ugotovimo lahko, da je prerazporeditev izgub najverjetneje cenejša za ponudnika plačilnih storitev kot za potrošnika, saj ima prvi ogromno istovrstnih transakcij in lahko izgubo prerazporedi po transakcijah (tako kot zavarovalnica razporedi tveganje nastanka škode med veliko zavarovanci). Potrošnik na drugi strani opravi razmeroma malo plačilnih transakcij in škode zaradi neodobrene plačilne transakcije ne more učinkovito prerazporediti med več transakcijami. Nadalje za ponudnika plačilnih storitev izguba v eni od plačilnih transakcij pomeni razmeroma majhno izgubo v seštevku vseh transakcij, ki jih opravi, medtem ko za potrošnika izguba pri eni od transakcij lahko pomeni razmeroma veliko škodo glede na obseg transakcij, ki jih opravlja. Povzamemo lahko, da nevtralnost do tveganja lažje doseže ponudnik plačilnih storitev, ki lažje prerazporedi izgube kot potrošnik ter je hkrati izpostavljen nižjim relativnim izgubam. Glede na povedano lahko sklenemo, da je z vidika učinkovite prerazporeditve izgub ekonomsko učinkovito, da bi odgovornost za škodo zaradi neodobrene plačilne transakcije nosil ponudnik plačilnih storitev in ne potrošnik.

4.2.2. Sposobnost zmanjšanja izgub oziroma stroški preventive

Obe pogodbeni stranki, tako ponudnik plačilnih storitev kot potrošnik, imata možnost, da s svojim ravnanjem zmanjšata izgube, povezane z zlorabo spletnih plačilnih transakcij. Naloga pravnih pravil je, da spodbudijo obe stranki k skrbnemu ravnanju. Odgovornost za določena ravnanja morajo pravna pravila naložiti tisti stranki, ki lahko zmanjša stroške izgube z najnižjimi stroški. Na primer, če zaradi zlorabe spletne plačilne transakcije nastane izguba v višini 1000 evrov in ugotovimo, da bi ponudnik plačilnih storitev to škodo lahko preprečil z ukrepom, ki bi ga stal 100 evrov, potrošnika pa bi izognitev tej izgubi stala 200 evrov, potem je z vidika ekonomske analize prava učinkovito, da pravna pravila odgovornost za skrbno ravnanje naložijo ponudniku plačilnih storitev. Če bi bili stroški obrnjeni, bi bilo z vidika ekonomske analize prava učinkovito, da bi pravna pravila breme odgovornosti naložila potrošniku.

Če breme preventivnih dejanj nosi samo ena pogodbeni stranka, se pojavi problem, ker druga nima ustrezne motivacije, da bi ravnala zadosti skrbno, kar pomeni, da je objektivna odgovornost učinkovita le v okoliščinah, ko se lahko

samo ena stranka izogne nastanku škodnega dogodka (neodobreni plačilni transakciji). Kadar lahko obe pogodbeni stranki preprečita nastanek škode, je zato učinkovitejša krivdna odgovornost, saj sta obe motivirani, da ravnata skrbno. V obravnavanem primeru spletnih plačilnih transakcij je brez empiričnih podatkov težko določiti, katera stranka bi lahko preprečila zlorabe spletnih plačilnih transakcij oziroma bi to lahko storila z najmanj stroški, zato je tudi težko vnaprej podati stališče, ali je učinkovitejša krivdna ali objektivna odgovornost. To bi pokazali šele empirični podatki.

4.2.3. Stroški uveljavljanja škode

Sodno oziroma zunajsodno uveljavljanje odškodnine v primeru neodobrenih plačilnih transakcij je drago in tudi škoda zaradi neodobrene plačilne transakcije ni vedno visoka. Vodenje sodnega postopka od potrošnika zahteva izbiro in plačilo odvetnika, sodelovanje pri pripravah na sodni postopek, iskanje in zbiranje dokazov, udeležbo na narokih za glavno obravnavo, zalaganje stroškov za sodne izvedence in podobno, poleg tega je izid postopka negotov. Potrošnikom se tako marsikdaj ne izplača tožiti ponudnikov plačilnih storitev za povračilo škode zaradi neodobrene plačilne transakcije. Pravna pravila so z vidika stroškov uveljavljanja izgub učinkovita, če so ti stroški čim manjši. Tako bo, ko bodo pravna pravila glede odgovornosti, nastale škode in višine odškodnine jasna in preprosta. To lahko dosežemo z objektivno odgovornostjo, ki ne zahteva dolgotrajnega in s stroški povezanega dokazovanja krivde, ter z navzgor omejeno škodo oziroma zakonsko določeno odškodnino, saj v tem primeru odpade tudi drago ugotavljanje višine škode.

Zaradi teh dveh razlogov bi lahko sklenili, da je model objektivne odgovornosti finančnih institucij ter navzgor omejenega soprispevka uporabnika – potrošnika optimalen, torej ekonomsko učinkovit. Vendar ne smemo pozabiti, da objektivna odgovornost ni vedno najbolj učinkovita, da omejena odgovornost lahko ustvari neučinkovite spodbude ter da potrošniki zaradi stroškov sodnega uveljavljanja pravic ne uveljavljajo oziroma jih ne uveljavljajo v optimalni količini.

5. Sklep

Statistični podatki kažejo, da kar dve tretjini škode zaradi zlorab plačilnih kartic nastane kot posledica zlorab na spletu in da lahko pričakujemo dodatno rast spletnih zlorab plačilnih kartic. Slovenija se v območju SEPA trenutno uvršča med bolj varne države, za kar se moramo najbrž zahvaliti predvsem slovenskemu jeziku, vendar po drugi strani sodi med države v območju SEPA z rastjo obsega zlorab plačilnih kartic. Zato je problematika odgovornosti za neodobrene plačilne

transakcije relevantna tudi za slovenske potrošnike. Učinkovit in varen sistem spletnih plačilnih transakcij je pomemben za razvoj spletne trgovine, zato ni presenetljiva pravna ureditev v ZPlaSS, ki velik del tveganj, povezanih s spletnimi plačilnimi transakcijami, ki bi jih sicer nosili potrošniki, nalaga ponudnikom plačilnih storitev. Evropski model odgovornosti za neodobrene plačilne transakcije, ki je uveljavljen tudi pri nas, vzporedno z objektivno odgovornostjo ponudnika plačilnih storitev pozna soprispevek potrošnika do 150 evrov, pod pogojem, da temu ni mogoče očitati velike malomarnosti. Z vidika ekonomske analize prava lahko ugotovimo, da je pravna ureditev področja neodobrenih plačilnih transakcij potrebna in da je ureditev v veliki meri tudi učinkovita z vidika družbene blaginje. Finančne institucije se poklicno ukvarjajo z izvajanjem plačilnih transakcij, poznajo tveganja, povezana s spletnimi plačilnimi transakcijami, zato lahko tveganja obvladujejo z nižjimi stroški kot potrošniki. Hkrati so finančne institucije tiste, ki določajo raven varnosti spletnih plačilnih transakcij (na primer kakšni so varnostni mehanizmi za podajo plačilnega naloga prek spleta), zato je objektivna odgovornost ustrezna spodbuda finančnim institucijam k uvajanju strožjih varnostnih standardov za spletne plačilne transakcije (na primer uvedba močne avtentikacije strank za spletne plačilne transakcije v letu 2015 na podlagi priporočil ECB).⁴⁹ Obenem lahko predpostavimo, da za večino potrošnikov soprispevek v višini 150 evrov z dodatno grožnjo v primeru velike malomarnosti zelo verjetno pomeni učinkovito spodbudo, da ravnajo skrbno. Glede na navedeno je mogoče zaključiti, da je objektivna odgovornost ponudnikov plačilnih storitev v kombinaciji s soprispevkom potrošnikov z vidika ekonomske analize prava učinkovita ureditev odgovornosti za neodobrene plačilne transakcije, ki obe stranki spodbuja k učinkovitemu in skrbnemu ravnanju ter s tem povečuje blaginjo družbe kot celote.

Literatura in viri

Banka Slovenije, Bilten, 2016, let. 25, št. 4. (Citirano 2016a.)

Banka Slovenije, Kreditne institucije držav EGP v Sloveniji, <https://www.bsi.si/nadzor-bank.asp?MapaId=523> (9. 9. 2016). (Citirano 2016b.)

CLARKE, Roger; MAURUSHAT, Alana, The Feasibility of Consumer Device Security, UNSW Law Research Paper, 2009, št. 5.

COOTER, Robert D., RUBIN, Edward L., A Theory of Loss Allocation for Consumer Payments, Texas Law Review, 1987, let. 66, št. 1.

Evropska centralna banka, Fourth report on card fraud, 2015

Evropska centralna banka, Priporočila za varnost spletnih plačil, 2013.

⁴⁹ Evropska centralna banka (2013).

- EPSTEIN, Richard A., BROWN, Thomas P., Cybersecurity and the Payment Card Industry, *University of Chicago Law Review*, 2008, let. 75, št. 1.
- HERVEG, Jean, LEROUGE, Jean-François, SALAÜN, Anne, EDGAR, Laura, REED, Chris, GONZALO, Sonia, SPAEY, Dominique, Study on the Implementation of Recommendation 97/489/EC Concerning Transactions Carried out by Electronic Payment Instruments and in Particular the Relationship between Holder and Issuer, *Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, Queen Mary University of London, Centre for Commercial Law Studies*, 2001.
- JUHART, Miha, Odškodninska odgovornost bank za neodobrene plačilne transakcije. Podjetje in delo, 2012, št. 6-7.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (ur.), *Obligacijski zakonik (splošni del) s komentarjem*, 2. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (ur.), *Obligacijski zakonik (posebni del) s komentarjem*, 4. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- PLAVŠAK, Nina, JUHART, Miha, VRENČUR, Renato, *Obligacijsko pravo (splošni del)*. Ljubljana: GV Založba, 2009.
- STEENNOT, Reinhard, Allocation of Liability in Case of Fraudulent Use of an Electronic Payment Instrument: The new Directive on Payment Services in the Internal Market, *Computer Law & Security Report*, 2008, let. 24, št. 6.
- STEENNOT, Reinhard, Legal Aspects of Credit Transfers and Electronic Payments: A Belgian Perspective, *Banking & Finance Law Review*, 2009, let. 24, št. 3.
- ZAJC, Katarina, MARKELJ, Luka, *Ekonomski in pravni pogled na prirejanje spletnih iger na srečo – zakaj je monopol lahko boljši kot prosti trg*, *Zbornik znanstvenih razprav*, 2011, let. 71, str. 237–258.

Depozitno jamstvo za sredstva na spletnih računih v tujini

Meta Ahtik, Mišo Drobež¹

1. Uvod

V finančno in ekonomsko čedalje bolj integriranem svetu potrošnikov ne omejujejo več meje držav, v katerih prebivajo. To velja tudi pri izbiri banke, v prihodnje pa bo veljalo še bolj. Te svoje poslovanje selijo tudi na splet, kar potrošnike izpostavlja nekaterim dodatnim tveganjem (na primer hekerskim napadom), hkrati pa pred računalnikom tudi hitreje sprejmejo nepremišljeno odločitev. Kot kažejo na primer izkušnje pri nalaganju sredstev v podrejene dolžniške instrumente, se mnogi potrošniki ne zavedajo tveganj, s katerimi se v finančnem svetu srečujejo. Prav hitro se lahko zgodi, da v želji po oplemenitenju oziroma ohranitvi vrednosti svojih sredstev pozabijo, da so višji donosi navadno povezani z večjimi tveganji. Večina potrošnikov precej slabo pozna lastnosti finančnih produktov, v katere nalagajo svoja sredstva. Načeloma manj varni nebančni ponudniki pa se pogosto trudijo, da bi jih potrošniki prepoznavali kot bančne ponudnike in jim zaradi percepcije višje ravni varnosti namenili več sredstev. Prav tako utegnejo ponudniki kakšen finančni produkt, ki ni bančni depozit in zato ne uživa ustreznega jamstva, prikazati tako, da nepoučeni varčevalci menijo, da gre za depozit. Nepoučeni potrošnik poleg tega zlahka zamenja banko ali hranilnico s katero od drugih finančnih institucij, na primer s plačilno institucijo ali družbo za izdajo elektronskega denarja, saj te izvajajo nekatere podobne storitve.

V članku bodo prikazani motivi za poslovanje potrošnikov v tujini in pripadajoča tveganja. Predstavljene bodo posebnosti varstva potrošnikov pri spletnem poslovanju s finančnimi institucijami. Največ pozornosti bo namenjene varstvu sredstev pri bankah, ker pa potrošniki pogosto ne razlikujejo med različnimi finančnimi institucijami z različnim obsegom in ravno jamstva za zaupana jim sredstva, bodo predstavljene tudi osnovne značilnosti poslovanja in jamstva, ki jih uživajo uporabniki storitev plačilnih institucij ali družb za izdajo elektronskega denarja.

¹ Stališča avtorjev, izražena v prispevku, niso nujno stališča institucij, v katerih sta zaposlena.

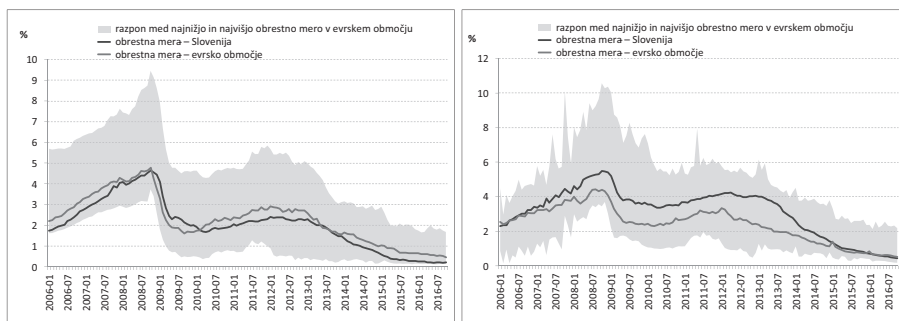
2. (Spletni) bančni računi v tujini

Odprtje bančnega računa v tujini je za posameznike lahko zanimivo zato, ker zaradi krajšega ali daljšega bivanja v tujini potrebujejo račun v drugi državi, ali pa zato, ker so s takim računom povezane ali pogojene različne ugodnosti. Spletni nakupi so včasih mogoči le s kartico, izdano v določeni državi. Račun v tujini lahko ponuja obrestovanje po višji obrestni meri, kot jo potrošnik lahko doseže doma, ali pa je povezano z nižjimi stroški. V primeru bivanja v tujini lahko potrošnik bančni račun odpre neposredno pri banki. Če želi tuj bančni račun uporabljati iz motivov, ki niso povezani z bivanjem v tujini, pa je lahko odprtje računa neposredno pri tuji banki povezano s stroški, ki presegajo koristi, povezane z odprtjem računa (na primer stroški potovanja v tujino). Čedalje več bank po svetu ponuja možnost odprtja računa samo prek spleta. Navadno to možnost omejijo na rezidente države, v kateri imajo banke sedež oziroma podružnico, vendar pa nekatere izkušnje kažejo, da ne preverjajo, ali so imetniki računov navedli resnične podatke.² Glede na veliko harmonizacijo zlasti bančne zakonodaje v evropskih državah je odpiranje računov v Evropski uniji (v nadaljevanju EU) oziroma Evropskem gospodarskem prostoru (v nadaljevanju EGP) za potrošnika preprostejše in povezano z manjšimi tveganji kot odpiranje računov v nečlanicah.

Pomemben motiv za sklepanje pogodb o depozitu v tujini so razlike v višini depozitnih obrestnih mer, zato bi bilo mogoče pričakovati, da med potrošniki obstaja motivacija za nalaganje sredstev v tujini. Obrestne mere za depozite nad enim letom so bile med januarjem 2006 in oktobrom 2016 v Sloveniji večinoma višje od povprečja evrskega območja, medtem ko so bile za depozite z ročnostjo do enega leta v večini obdobja nižje od povprečja evrskega območja. Trenutno so tudi obrestne mere za depozite z ročnostjo, daljšo od enega leta, približno enake povprečnim obrestnim meram v evrskem območju. V obeh primerih pa je, kot je vidno tudi na spodnjih grafih, ki prikazujeta razpon med najvišjimi in najnižjimi obrestnimi merami, še vedno precej možnosti za iskanje višjih donosov na depozite v tujini, saj so obrestne mere v slovenskih bankah med nižjimi.

² Running.

Slika 1: Obrestna mera v Sloveniji in evrskem območju ter razpon med najnižjo in najvišjo obrestno mero v državah evrskega območja za depozite z ročnostjo do vključno enega leta (leva slika) in depozite z ročnostjo nad enim letom (desna slika)



Vir: ECB, lastni izračuni. Zadnji podatek se nanaša na oktober 2016.

Obseg sredstev je v tujini izjemno skromen. Deponenti iz držav evrskega območja imajo trenutno v drugih državah evrskega območja v povprečju le okrog 1 odstotek vseh depozitov. Ta delež je bil pred krizo nekoliko višji.³ Potrošniki se pri poslovanju v tujini srečujejo s še večjo informacijsko asimetrijo kot sicer, saj so v večini slabše poučeni o možnostih nalaganja denarnih sredstev pri bankah v tujini, prav tako jih pri tem omejujejo nepoznavanje lokalnih jezikov in zakonodaje ter transakcijski stroški. Tudi možnosti za čezmejno elektronsko poslovanje so za zdaj omejene, saj banke svoje poslovanje pogosto omejujejo na rezidente. Za boljše seznanjene vlagatelje pa je poleg tega na voljo več finančnih produktov, ki so bolj donosni kot bančni depoziti. Ne glede na to je vzporedno z večanjem integracije finančnih trgov, iskanjem donosov v dalj časa trajajočih razmerah nizkih obrestnih mer ipd. mogoče pričakovati, da bodo tudi potrošniki čedalje več poslovali prek računov v tujini. Kot bo predstavljeno v nadaljevanju, se tudi ponudniki vse bolj približujejo povpraševalcem tako, da znižujejo stroške čezmejnega poslovanja.

Potrošniki se pri poslovanju v tujini srečujejo z več tveganji, nekatera so splošna, druga pa vezana na spletno poslovanje.⁴

Med splošnimi tveganji je smiselno posebej omeniti valutno tveganje. Obrestne mere v državah, v katerih evro ni uradna valuta, so lahko višje kot v državah z evrom in s tem privlačne za deponente, zlasti če se ne zavedajo tveganj,

³ ECB, str. 36.

⁴ Tveganja, povezana s spletnim poslovanjem, bodo predstavljena v nadaljevanju.

ki so lahko povezani z depoziti v tuji valuti.⁵ Sredstva v tuji valuti so namreč lahko izpostavljena tveganju znižanja vrednosti zaradi nihanja deviznega tečaja.

Razsežnost teh tveganj je močno odvisna od deviznega režima, ki ga država uporablja. Če je valuta vezana na evro, je verjetnost za spremembo majhna in povezana le z večjimi spremembami in morebitnimi nestabilnostmi v državi. Kot kaže odločitev švicarske centralne banke z začetka leta 2015, pa takšnih sprememb ni mogoče izključiti.⁶ Če država uporablja katerega od manj stabilnih režimov deviznega tečaja, na primer čisti drseči tečaj, se vrednost depozita, izražena v evrih, vsak dan spreminja. Po drugi strani valutnih tveganj tako rekoč ni, če ima država valutni odbor oziroma celo uporablja »tujco« valuto kot uradno plačilno sredstvo. Tabela 1 prikazuje režime deviznih tečajev v članicah Evropske unije in nekaterih drugih za deponente potencialno zanimivih državah, razporejene po katalogizaciji IMF od bolj stabilnih k manj stabilnim. Za varčevalce so tako z vidika valutnega tveganja varni depoziti v Črni gori, na Kosovu, v Bosni in Hercegovini ali Bolgariji, nihanjem tečaja domače valute v razmerju do evra pa so lahko izpostavljeni depoziti v nacionalnih valutah, naloženi v čeških, norveških, poljskih, švedskih, britanskih ali ameriških bankah.

Tabela 1: Režimi deviznega tečaja v izbranih državah

BOLJ STABILEN  MANJ STABILEN	Naziv deviznega režima	Država
	uporaba evra kot uradne valute	Črna gora, Kosovo
	valutni odbor	Bosna in Hercegovina, Bolgarija
	konvencionalni fiksni tečaj	Danska
	stabiliziran tečaj	Makedonija
	plazečemu tečaju podoben sistem	Hrvaška, Švica
	drseči tečaj	Madžarska, Romunija, Rusija, Srbija
	čisti drseči tečaj	Norveška, Poljska, Švedska, Združeno kraljestvo, ZDA
	druge oblike upravljanega tečaja, ki ne ustrezajo nobeni od klasifikacij	Češka

Vir: IMF, str. 80–88.⁷

⁵ Ravnanje posojilojemalcev, ki so si sposodili denar v švicarskih frankih, potem pa jih je prizadel ukrep švicarske centralne banke, ki je sprostila tečaj franka, kaže, da se potrošniki le redko zavedajo finančnih tveganj, s katerimi se srečujejo.

⁶ Glej SNB.

⁷ Za opis režimov deviznih tečajev glej IMF, str. 69–71.

3. Poslovanje finančnih institucij prek spleta in varstvo potrošnikov

Poslovanje finančnih institucij prek spleta je vse bolj priljubljeno, vendar ne vedno tudi varno. Prek spletnih strani je namreč mogoče dostopati do ponudb finančnih institucij iz različnih držav, pogosto nevede. Potrošniki lahko spletne bančne storitve uporabljajo varno in se izognejo spletnim prevarantom le, če se zagotovi transparentnost poslovanja finančnih institucij. Potrošniku mora biti ob začetku uporabe spletnih bančnih storitev jasno predstavljeno, da gre za finančno institucijo z dovoljenjem pristojnega nadzornega organa, za kateri tip finančne institucije gre (banko ali plačilno institucijo), v katero vrsto produkta vlaga svoj denar (depozite ali naložbe v finančne instrumente), pa tudi, pravila katere države mora ta finančna institucija spoštovati pri svojih aktivnostih (to je predvsem država sedeža). V nadaljevanju bodo ti vidiki podrobneje predstavljeni.

3.1. Transparentnost informacij pri spletnem poslovanju

Na področju transparentnosti obstaja več iniciativ nadzornikov in mednarodnih organizacij. Evropski bančni organ (EBA) je na primer predlagal uvedbo označevanja finančnih produktov z lahko razumljivo barvno shemo glede na njihovo kompleksnost in nevarnost izgub, uvedbo dovoljenj za oglaševanje in ponujanje takšnih produktov na trgu ter zagotovitev predpogodbenih informacij predvsem glede kompleksnejših varčevalno/investicijskih produktov.⁸

Z uvedbo nove vrhnje domene .bank pa so se pojavili tudi novi izzivi v varstvu potrošnikov. Podjetja, ki imajo tako domeno na svoji spletni strani, namreč zbujajo vtis, da so pridobila ustrezno dovoljenje za opravljanje bančnih storitev. Koordinator registrarjev takšnih domen je fTLD Registry Services LLC, ki je skupni projekt Ameriške zveze bankirjev (American Bankers Association, ABA) in BITS kot predstavnika stotih največjih akterjev na področju financ. Ta je v svoji politiki izrecno poudaril, da so do takšne domene upravičene le banke, ki so za svoje aktivnosti pridobile dovoljenje ustreznega nacionalnega nadzornika.⁹ V EU je že več kot 500 finančnih institucij zaprosilo za pridobitev te vrhnje domene, kot glavni razlog pa navajajo prav varovanje potrošnikov, ki naj bi bili predvsem v zadnjem času pogosta tarča spletnih zlorab.¹⁰

⁸ EBA, str. 15.

⁹ fTLD Registry Services.

¹⁰ Gibbs.

4. Varstvo sredstev pri bankah

4.1. Varstvo za vloge pri bankah

Primarna dejavnost bank je sprejemanje depozitov in drugih vračljivih sredstev od javnosti ter dajanje kreditov za svoj račun.¹¹ Sredstva strank pri bankah so pogosto predmet varstva v okviru sistemov jamstva za vloge. Vsa sredstva strank pri bankah niso zavarovana. Do zavarovanja so navadno upravičene le vloge fizičnih in pravnih oseb (ne nujno vseh), ki jih lahko okvalificiramo kot pozitivni saldo, ki je posledica sredstev, ostalih na računu, ali začasnih stanj, ki so posledica običajnih bančnih transakcij, in jih mora kreditna institucija vrniti po veljavnih pravnih in pogodbenih pogojih, vključno z vezanim depozitom in hranilno vlogo.¹² Nekatere vloge glede na svojo naravo niso zajamčene, na primer vloge, ki izhajajo iz finančnih instrumentov, vloge, ki se glede na svoje lastnosti upoštevajo pri izračunu kapitala banke. Druge niso zavarovane zaradi narave imetnika vloge, na primer vloge bank in investicijskih podjetij ter drugih finančnih institucij, vloge zavarovalnic, pozavarovalnic in zavarovalnih holdingov, vloge držav in centralnih bank ter vloge subjektov, ki so uporabniki (posredni ali neposredni) državnega proračuna. Tudi oblike sistemov jamstva za vloge pri kreditnih institucijah so lahko različne, na primer (1) zakonsko predpisane, (2) pogodbene in (3) institucionalne sheme za zaščito vlog.¹³

4.2. Globalni standardi

Z vidika globalnega pristopa k sistemom jamstva za vloge velja omeniti predvsem temeljna načela Mednarodnega združenja depozitnih shem (International Association of Deposit Insurers, IADI),¹⁴ ki so bila v sodelovanju z Baselskim odborom za bančni nadzor (Basel Committee on Banking Supervision, BCBS) zasnovana že leta 2009. Temeljna načela IADI določajo standarde za nacionalne jurisdikcije ob vzpostavljanju in vzdrževanju sistemov jamstva za vloge. Zasnovana so z namenom pokrivanja širokega spektra različnih nacionalnih okoliščin in pristopov k ureditvi sistemov jamstva za vloge ter zajemajo elemente, kot so višina kritja, financiranje sheme, pristojnosti sheme in njihova organiziranost, članstvo finančnih institucij v shemi ter sama izvedba in hitrost izplačil. V njihovi zadnji različici je upoštevan tudi vidik sodelovanja shem za

¹¹ Glej prvi odstavek 5. člena Zakona o bančništvu (ZBan-2), Ur. l. RS, št. 25/15.

¹² Glej 3. točko prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/49/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. aprila 2014 o sistemih jamstva za vloge, UL L 173, z dne 12. junija 2014.

¹³ Glej drugi odstavek 1. člena Direktive 2014/49/EU.

¹⁴ IADI, Core Principles.

jamstvo vlog pri režimih reševanja.¹⁵ Temeljna načela IADI so t. i. mehko pravo (*soft law*) in kot taka niso zavezujoča, zapisana pa so tudi tako, da nacionalnim zakonodajalcem pri implementaciji dopuščajo veliko mero diskrecije. Na globalni ravni tako ne moremo govoriti o poenotenem režimu sistema jamstva za vloge, na kar morajo biti varčevalci pozorni zlasti, če bi se odločili odpreti račun v državi, ki ni članica EGP.

4.3. Evropski pravni okvir

4.3.1. Direktiva 2014/49/EU

Direktiva 94/19/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 30. maja 1994 o sistemih zajamčenih vlog¹⁶ je bila prelomni dokument na evropski ravni, ki je določal harmoniziran pristop k vzpostavitvi in vzdrževanju nacionalnih shem za jamstvo vlog. Sledila je Direktiva 2009/14/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. marca 2009 o spremembah Direktive 94/19/ES o sistemih zajamčenih vlog glede stopnje kritja in rokov za izplačilo,¹⁷ zadnja sprememba pa je nastopila s sprejemom trenutno aktualne Direktive 2014/49/EU.

Vloge pri bankah s sedežem v državah članicah EU so zajamčene do višine 100.000 evrov.¹⁸ Nova direktiva je močno skrajšala roke za izplačilo zajamčenih vlog imetnikom, z 20 na sedem dni, in povečala zahteve po informiranju vlagateljev glede jamstva pred sklenitvijo pogodbe v zvezi z vlogo in po njej.¹⁹ Bistveno spremenjen je bil tudi sam sistem izplačevanja vlog. V Republiki Sloveniji je bil do uvedbe Direktive 2014/49/EU vzpostavljen sklad za jamstvo vlog po sistemu *ex-post*. Zaradi zagotavljanja likvidnih sredstev, potrebnih za izplačilo zajamčenih vlog, so morale banke sredstva v višini, sorazmerni z njenim deležem, ki ga je glede na vsoto zajamčenih vlog pri vseh bankah, zmanjšano za vsoto zajamčenih vlog, ki so predmet jamstva, predstavljala vsota zajamčenih vlog pri tej banki, naložiti v vnaprej določene tipe finančnih instrumentov. Banka Slovenije bi v primeru aktiviranja jamstva bankam naložila, da vplačajo ustrezen del sredstev, potrebnih za izplačilo zajamčenih vlog, kritje za aktiviranje jamstva pa bi lahko zagotovila tudi z unovčenjem ali drugačnim razpolaganjem v breme omenjenih naložb.²⁰ Direktiva 2014/49/EU predvideva *ex-ante* pristop k financiranju shem za jamstvo vlog, ki zahteva vzpostavitev posebnega sklada za jamstvo vlog z

¹⁵ Prav tam.

¹⁶ UL L 135, z dne 31. maja 1994.

¹⁷ UL L 68, z dne 13. marca 2009.

¹⁸ Za zgodovinski pregled višine jamstva za vloge v Republiki Sloveniji glej Leljak.

¹⁹ Glej 16. člen Direktive 2014/49/EU.

²⁰ Glej 314. in 316. člen Zakona o bančništvu (ZBan-1), Ur. l. RS, št. 99/10, s spremembami.

neposrednimi predhodnimi vplačili finančnih institucij članic sistema jamstva za vloge. Države članice morajo zagotoviti, da imajo sistemi jamstva za vloge na voljo zadostna finančna sredstva ali ustrezne sheme financiranja, da lahko izpolnjujejo svoje obveznosti.²¹

Direktiva 2014/49/EU dopušča razmeroma malo manevrskega prostora pri njeni implementaciji, zato lahko v okviru EU govorimo o močno poenotenem režimu za jamstvo vlog, ki ga sicer še vedno izvajajo pristojni nacionalni organi.

Vseeno pa tendenca k poenotenju pravil sama po sebi še ne zagotavlja nujno, da bodo v vseh državah, ki so jih implementirale, postopki izvedeni enako učinkovito. Poleg primera Islandije in propada banke Icesave²² lahko navedemo na primer tudi Veliko Britanijo in propad banke Northern Rock. Tu so finančne institucije sicer subvencionirale depozitno jamstvo, vendar pa je bila višina jamstva zelo omejena, kar je prispevalo k pospešenemu dvigovanju depozitov in slabo vplivalo na že sicer slab položaj banke.²³ Ob neukrepanju države pa bi lahko prizadelo tudi finančno stabilnost v vsej državi ali celo širše.

4.3.2. Evropski sistem jamstva za vloge (EDIS)

Kot tretji steber Bančne unije (poleg nadzora in reševanja) je predvidena vzpostavitev enotnega evropskega sistema jamstva za vloge (European Deposit Insurance Scheme), ki naj bi povečal odpornost na prihodnje krize in bil fiskalno nevtralen.²⁴ V zvezi z vzpostavitvijo EDIS je že bil predstavljen predlog uredbe, ki temelji na obstoječem okviru nacionalnih sistemov jamstva za vloge, kot ga določa Direktiva 2014/49/EU, vendar z novoustanovljenim enotnim skladom za jamstvo vlog in novim centralnim organom, pristojnim za odločanje, spremljanje in izvrševanje drugih nalog v zvezi z okvirom za jamstvo vlog.²⁵

4.4. Varstvo depozitov pri čezmejnem poslovanju

4.4.1. Direktiva 2014/49/EU

Z vidika potrošnika je pomembna predvsem informacija, kje je sedež kreditne institucije, ki ji bo potrošnik zaupal denar. Ta informacija je pomembna že pri običajnem bančnem poslovanju, še toliko bolj pa pri poslovanju z bankami

²¹ Glej tretji odstavek 1. člena Direktive 2014/49/EU.

²² Bergmann, str. 50. Več v nadaljevanju.

²³ Shin, str. 101.

²⁴ Juncker in drugi, str. 11.

²⁵ Uredba Evropskega parlamenta in Sveta o spremembi Uredbe (EU) št. 806/2014 za vzpostavitev evropskega sistema jamstva za vloge (Predlog), COM(2015) 586 final, 2015/0270(COD).

prek spleta. Bančne storitve se lahko v državah članicah opravljajo v samostojnih institucijah s sedežem v eni izmed držav članic, v drugi državi članici pa tudi prek podružnice ali neposredno. Skladno s 14. členom Direktive 2014/49/EU sistemi jamstva za vloge varujejo vlagatelje pri podružnicah, ki jih včlanjene kreditne institucije ustanovijo v drugih državah članicah. Vlagatelji pri podružnicah, ki jih ustanovijo kreditne institucije v drugi državi članici, dobijo izplačilo iz sistema jamstva za vloge v državi članici gostiteljici v imenu sistema jamstva za vloge v matični državi članici. Sistem jamstva za vloge države članice gostiteljice obvešča vlagatelje v imenu sistema jamstva za vloge matične države članice ter opravlja druga dejanja v skladu z navodili sistema jamstva za vloge matične države članice. Sistem jamstva za vloge matične države članice zagotovi potrebna sredstva za izplačilo zajamčenih vlog.

Za podružnice, ki jih na ozemlju države članice ustanovijo kreditne institucije s sedežem zunaj Unije, države članice preverijo, ali uživajo zaščito, enakovredno zaščiti, ki je predpisana v Direktivi 2014/49/EU.²⁶ Če zaščita ni enakovredna, lahko zahtevajo, da se morajo podružnice, ki jih ustanovi kreditna institucija s sedežem zunaj Unije, vključiti v sisteme jamstva za vloge, ki delujejo na njihovem območju. Med preverjanjem te okoliščine države članice pregledajo vsaj, ali imajo vlagatelji enako raven kritja in obseg zaščite, kot sta predvidena v EU.

V zvezi s čezmejnimi aktivnostmi finančnih institucij s sedežem v EU torej velja, da se terjatve posameznega vlagatelja do banke v matični državi upoštevajo pri izračunu vloge tudi, če so vplačane pri podružnici banke v drugi državi članici ali v zvezi z neposrednim opravljanjem storitev banke v drugi državi članici. Skladno s petim odstavkom 9. člena Zakona o sistemu jamstva za vloge (ZSJV)²⁷ lahko banka države članice na območju Republike Slovenije sprejema vloge le, če je včlanjena v sistem jamstva za vloge v tej državi članici. Terjatve posameznega vlagatelja do banke, ki so vplačane pri podružnici banke v tretji državi, se upoštevajo pri izračunu vloge posameznega vlagatelja, razen če je banka v zvezi z vlogami, ki se vplačajo pri podružnici banke v tretji državi, vključena v sistem jamstva za vloge, ki je vzpostavljen v tej tretji državi.²⁸

4.4.2. Tveganja, povezana s čezmejnimi jamstveni shemami

Večina držav ima neko obliko jamstva za vloge, saj IADI navaja kar 125 držav z vzpostavljenim sistemom depozitnih jamstev.²⁹ Vendar pa je za potrošnika

²⁶ Glej prvi odstavek 15. člena Direktive 2014/49/EU.

²⁷ Ur. l. RS, št. 27/16.

²⁸ Glej drugi odstavek 7. člena ZSJV.

²⁹ IADI, DIS-Worldwide.

informacija, da je banka članica sistema jamstva za vloge, relativno nezadostna. Pomembni so namreč posamezni elementi slednje, na primer, ali ima sistem jamstva za vloge na voljo zadostna sredstva za izplačilo (vplačila v sklad za jamstvo vlog oziroma likvidne naložbe bank, rezervirane za ta namen), višina jamstva in morebitne izjeme od upravičenosti do jamstva, morebitno jamstvo države (vključno z njenimi zmogljivostmi in pripravljenostjo za izplačilo zlasti tujim deponentom), tip jamstvene sheme (zakonsko predpisana, pogodbeno ali institucionalna) in podobno.

Nekatera od omenjenih tveganj bodo natančneje predstavljena v nadaljevanju.

Višina jamstva za vloge je v državah članicah EGP poenotena, vendar pa, kot opozarja ECB,³⁰ v primeru sistemske krize ni mogoče pričakovati, da bi depozitna jamstvena shema zmogla poplačati vse deponente, ki so do tega upravičeni. V takem primeru bi se morala vključiti država in vsaj začasno prevzeti poplačilo deponentov, ki so po plačilu sredstev iz jamstvene sheme ostali brez zagotovljenega zneska. V tem sicer skrajnem primeru je zelo pomembna tudi fiskalna moč države. Previdni deponenti, ki razmišljajo tudi o taki malo verjetni možnosti, bodo, vsaj dokler ne bo uveljavljena depozitna shema na naddržavni ravni,³¹ pri odločitvi o naložbi svojih sredstev v banke v tujini upoštevali tudi fiskalno zdravje države, v kateri ima banka sedež. Tveganje sicer ni omejeno na tuje države, vendar je dogajanje v preteklosti pokazalo, da države svoje državljane oziroma rezidente navadno obravnavajo ugodneje. Ker je ob razsežnejših krizah običajno na voljo le omejen obseg sredstev za poplačilo deponentov, so ta sredstva namenile za državljane oziroma rezidente države. Očiten primer se je nedavno zgodil v Islandiji. Do drugačne, manj ugodne obravnave tujih varčevalcev je v tem primeru prišlo kljub navidezno jasnim pravilom, ki jih je postavljalo evropsko pravo. Prav ta primer nakazuje, da tudi zelo natančna evropska zakonodaja v razmerah velike krize morda ne bo zadoščala, da bi obvarovala »evropsko idejo«, saj glede na pretekle izkušnje³² v takih razmerah vsaka država ščiti interese svojih državljanov (volivcev).

Islandske banke so oktobra 2006 začele ponujati spletne varčevalne račune prek britanskih podružnic, tik pred izbruhom krize, maja 2008, pa še prek nizozemskih.³³ Deponente so pritegnile s primerjalno izjemno visokimi obrestnimi merami. V tujini so te banke poslovale izključno prek spleta, fizičnih poslovalnic niso imele. Delovale so v skladu z evropsko zakonodajo, ki se razteza tudi na

³⁰ ECB, str. 39–40.

³¹ Vsaj na ravni članic enotnega nadzornega mehanizma; te se trenutno ujemajo s članicami evrskega območja.

³² O tem pričajo tudi izkušnje iz begunske krize.

³³ Sibert.

EGP, kar pomeni, da bi islandska jamstvena shema v primeru njihovega propada morala kriti tudi depozite teh bank.³⁴

Islandija je kot članica EGP sicer vzpostavila depozitno jamstveno shemo, kot je to zahtevala Direktiva 94/19/ES, vendar zbrana sredstva niso zadoščala za poplačilo vseh deponentov. Ukrepala je država, ki je aktivno in pasivo propadlih bank (Landskibank, Glitnir Bank in Kaupthing Bank) razdelila v dva dela, t. i. staro in novo banko. Depozite, zbrane na ozemlju Islandije, so oktobra 2008 prenesli na novoustanovljeno banko. Depoziti, zbrani v podružnicah na Nizozemskem in v Združenem kraljestvu, pa so ostali v bilancah starih bank. Islandija je zavrnila zahteve po izplačilu teh depozitov, saj je menila, da v skladu s preambulo Direktive 94/19/ES od držav članic ali njihovih pristojnih organov ni mogoče uveljavljati odgovornosti do vlagateljev, če so države poskrbele za ustanovitev in uradno priznanje enega ali več sistemov, ki ščitijo vloge ali kreditne institucije in zagotavljajo plačilo odškodnin ali zaščito vlagateljev pod pogoji iz te direktive. Nasprotno stališče, da ima država obveznost rezultata, ne le obveznosti prizadevanja, je sprejel tudi Nadzorni organ EFTE, medtem ko je Sodišče EFTE odločilo drugače. Menilo je, da država ni dolžna zagotoviti izplačila, če jamstvena shema zaradi razsežnosti krize tega ni sposobna storiti sama. Jamstvene sheme so torej namenjene zaščiti deponentov ob propadu posamezne banke, ne ob sistemski krizi.³⁵ Sodišče je nadalje odločilo, da v primeru Islandije ni prišlo do (posredne) diskriminacije na podlagi nacionalnosti, saj ukrep ni bil izveden na podlagi direktive oziroma ga ni izvedla depozitna shema, ampak je šlo za ukrepe reševanja bank.³⁶ Z ekonomskega vidika so te ugotovitve povsem smiselne, a zbujajo dvome o učinku takšnih shem na zaupanje potrošnikov, ki je ključno za vzdrževanje finančne stabilnosti. Njeno zagotavljanje je namreč eden od dveh³⁷ ključnih ciljev depozitnih jamstvenih shem. V islandskem primeru sta depozite prav zaradi strahu pred finančno nestabilnostjo na območju svoje države izplačali državni gostiteljici. Izplačilo sta sicer šteli za posojilo; Islandija je njegove zadnje obroke vrnila na začetku leta 2016, torej osem let po finančnem zlomu.³⁸

Kot kažejo tudi izkušnje Slovenije s poplačilom vlog hrvaških in bosanskih varčevalcev Ljubljanske banke (te v sicer nekoliko drugačni obliki kot v opisanem primeru), je reševanje tovrstne problematike lahko zelo dolgotrajno ter ima

³⁴ Economist.

³⁵ EFTA Court, E-16/11, z dne 28. januarja 2013, str. 21–29.

³⁶ EFTA Court, E-16/11, z dne 28. januarja 2013, str. 29–35.

³⁷ Drugi je varstvo potrošnikov.

³⁸ Guardian.

za gospodarske in siceršnje odnose med vpletenimi državami tudi negativne posledice.

V luči morebitnega odhoda Združenega kraljestva iz Evropske unije je zanimivo tudi vprašanje, kako bo v primeru izstopa države iz Evropske unije urejena jamstvena shema take države. Načela IADI se sicer v splošnem ujemajo z načeli, ki jim sledi evropska zakonodaja, vendar posamezna država teh načel v nasprotju z evropskim pravnim redom seveda ni zavezana spoštovati, poleg tega pa so oblikovana na abstraktni ravni načel. Ključno odprto vprašanje ostaja tudi višina jamstev. Ta v nečlanici EU ni določena z evropsko zakonodajo. Malo verjetno je sicer, da bi država doseženo raven jamstva znižala, ni pa to povsem nemogoče, saj se je to v Združenem kraljestvu že zgodilo. Če bi odhajajoča država članica denarne unije evro nadomestila z novo valuto, pa bi se varčevalci srečali tudi z opisanim valutnim tveganjem.

Višina jamstva je za države članice EGP sicer opredeljena v Direktivi 2014/49/EU, vendar lahko njena praktična implementacija privede do razlik v dejanski višini jamstva, ki so povezane s tveganjem nihanja deviznih tečajev. Možnosti za udejanjenje tovrstnega tveganja so v veliki meri odvisne od režima deviznega tečaja, ki ga ima neka država (več v točki 2.3), in od definicije višine depozitnega jamstva, za katero se je država odločila.

Nekatere države (na primer Češka,³⁹ Danska,⁴⁰ Hrvaška,⁴¹ Madžarska,⁴² Romunija⁴³) višino depozitnega jamstva definirajo kar v evrih. Pogosto velja, da se izplačilo izvede v domači valuti, čeprav je deponent varčeval v kateri drugi valuti.⁴⁴ Zajamčena vsota se tako ob potrebi po izplačilu preračuna v domačo valuto po deviznem tečaju, ki velja v opredeljenem trenutku. Za varčevalce, katerih sredstva banka preračuna v domačo valuto, je zelo pomembno, kdaj natančno se preračun opravi,⁴⁵ saj je zlasti v primeru, da težave posamezne banke prerastejo v globljo finančno ali celo valutno krizo, mogoče pričakovati večje spremembe deviznega tečaja. Deponentu lahko nastane izguba, če želi prejeti znesek zame-

³⁹ DIF.

⁴⁰ The Guarantee Fund.

⁴¹ Državna agencija za osiguranje štednih uloga i sanacijo banaka.

⁴² National Deposit Insurance Fund of Hungary.

⁴³ FGDB.

⁴⁴ Direktiva 2014/49/EU sicer določa, da države članice zagotovijo, da se izplačila izvršijo v valuti države članice, v kateri je lociran sistem jamstva za vloge, v valuti države članice, v kateri ima imetnik računa običajno prebivališče, v evrih, v valuti računa ali v valuti države članice, v kateri je lociran račun. Vlagatelji so o valuti izplačila obveščeni. To je pomembno zlasti za varčevalce podružnic, ki so vključene v jamstveno shemo matične države.

⁴⁵ Med možnostmi so dan, ko so depoziti postali nerazpoložljivi, dan razglasitve insolventnosti institucije, dan pred izvedbo izplačila ipd.

njati v evre, saj je možno, da zaradi bančne krize tečaj domače valute deprecira oziroma devalvira.⁴⁶

Za definiranje zajamčene vsote v nacionalni valuti so se odločili na primer Bolgarija,⁴⁷ Švedska⁴⁸ in Združeno kraljestvo.⁴⁹ Višina zajamčenih sredstev v Bolgariji je zaradi režima valutnega odbora praktično opredeljena na 100.000 evrov, medtem ko je na Švedskem in v Združenem kraljestvu lahko potrjena nihanjem, saj državi uporabljata drseči devizni tečaj (tabela 1). V tem primeru se lahko vrednost zavarovanih sredstev v evrski protivrednosti v skladu z gibanjem deviznega tečaja precej spreminja. Direktiva 2014/49/EU sicer v preambuli zahteva, da se mora za vse vlagatelje »uporabljati enaka stopnja kritja, ne glede na to, ali je v državi članici valuta evro. Države članice, katerih valuta ni evro, bi morale imeti možnost, da zneske po valutni pretvorbi zaokrožijo, pri čemer pa ne smejo ogroziti enake zaščite vlagateljev.« V 6. členu direktiva določa, da države članice ravni kritja, pretvorjene v drugo valuto, vsakih pet let prilagodijo znesku 100.000 evrov. Zaradi nepredvidenih dogodkov, kot je nihanje tečajev, lahko raven kritja prilagodijo že prej.

Države se torej lahko odločijo za znižanje jamstva, zato da veljavno jamstvo uskladijo z jamstvom, ki ga zahteva direktiva. Takšno odločitev je leta 2015 sprejelo Združeno kraljestvo. Zaradi krepitve funta je jamstvo v višini 85.000 funtov namreč precej presežlo zahtevano višino jamstva v protivrednosti 100.000 evrov. Združeno kraljestvo je jamstvo zato znižalo na 75.000 funtov. Sprememba ni bila nenadna, ampak je do nje prišlo po nekajmesečnem prehodnem obdobju, v katerem so imeli deponenti možnost, da strukturo svojih vlog prilagodijo.^{50, 51} Ne glede na to, da bi se vse države prilagoditve verjetno lotile na podoben način, je za imetnike računov v tujini (v primerjavi z domačimi deponenti) bolj verjetno, da so o spremembi pomanjkljivo obveščeni oziroma se nanjo ne odzovejo pravočasno. Tudi oblastveno ravnanje, kot reakcija na nihanje tečajev, je za deponente torej lahko tvegano.

Kot je vidno na sliki 2, je bilo jamstvo, opredeljeno v funtih, po višini le redko enako jamstvu, ki so ga opredeljevale direktive o sistemih zajamčenih vlog, kar lahko pomeni negotovost za deponenta, ki se zanaša na v Direktivi zagotovljeno raven jamstva.

⁴⁶ Odvisno tudi od režima deviznega tečaja in odločitve države o tem, ali ga bo vzdrževala.

⁴⁷ Bulgarian Deposit Insurance Fund.

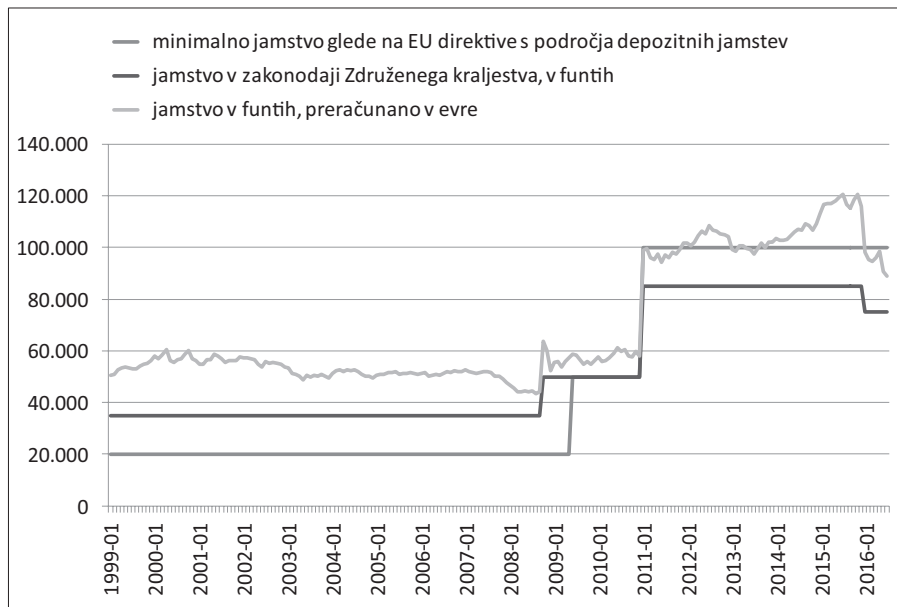
⁴⁸ Riksgälden.

⁴⁹ FSCC.

⁵⁰ Če imajo na primer v eni banki 85.000 funtov, 10.000 funtov prenesejo v drugo banko. Na ta način si zagotovijo jamstvo za celoten znesek.

⁵¹ Bank of England.

Slika 2: Višina jamstva za depozite v Združenem kraljestvu



Vir: ECB, lastni.

Opomba: Združeno kraljestvo je do leta 2007 uporabljalo sistem sozavarovanja; za vrednost depozitov pod 2.000 je kritje znašalo 100 %, za vrednost med 2.000 in 35.000 funti pa 90 %.

Še težje pa je o višini jamstva sklepati v primeru nečlanic EU oziroma EGP, saj, kot je že bilo omenjeno, višina jamstva na globalni ravni ni poenotena. Potrošnik se mora torej natančno pozanimati, kolikšen obseg jamstva mu omogoča tuja shema in kako je urejeno jamstvo za nerezidente in varčevalce v podružnicah. V tabeli 2 so prikazane zajamčene vrednosti v nekaterih nečlanicah Evropske unije, v zadnjem stolpcu pa so preračunane v evre, da je mogoča primerjava. Višina jamstva se med državami precej razlikuje, saj sega od le nekaj več kot 18.000 evrov v Albaniji do 224.578 evrov v ZDA oziroma celo neomejenih zneskov v nekaterih kanadskih provincih.

Tabela 2: Višina jamstva v izbranih državah nečlanicah EU

Država	V nacionalni valuti	V evrih
Albanija	2.500.000 albanskih lekov	18.179
Avstralija	250.000 avstralskih dolarjev	168.850
Bosna in Hercegovina	50.000 konvertibilnih mark	25.565
Črna gora	50.000 evrov	50.000

Država	V nacionalni valuti	V evrih
Guernsey	50.000 britanskih funtov	58.958
Islandija	3.081.000 islandskih kron	20.887
Isle of Man	50.000 britanskih funtov	58.958
Japonska	10.000.000 jenov	86.949
Jersey	50.000 britanskih funtov	58.958
Kanada	100.000 kanadskih dolarjev/neomejeno	68.573
Lihtenštajn	100.000 švicarskih frankov	91.266
Makedonija	1.845.000 makedonskih denarjev	30.002
Norveška	2.000.000 norveških kron	215.599
Rusija	1.400.000 rubljev	19.267
San Marino	50.000 evrov	50.000
Srbija	50.000 evrov	50.000
Švica	100.000 švicarskih frankov	91.266
Turčija	100.000 turških lir	30.367
ZDA	250.000 ameriških dolarjev	224.578

Vir: IADI Annual Survey (e-vir).

Opomba: Pri preračunih v evrske zneske je bil uporabljen devizni tečaj, objavljen na spletnih straneh ECB in nacionalnih centralnih bank za 31. 8. 2016. V nekaterih kanadskih provincah je znesek višji, v drugih pa celo ni omejen.

5. Varstvo sredstev pri drugih finančnih institucijah

Potrošniki lahko v praksi svoja sredstva vede ali nevede (misleč, da gre za banko) naložijo tudi pri drugih finančnih institucijah, ki niso banke. Taka sredstva ne uživajo zaščite v okviru prej opisanega sistema jamstva za vloge.

5.1. Varstvo sredstev pri plačilnih institucijah

Plačilna institucija pomeni pravno osebo, ki je v skladu z 10. členom Direktive 2007/64/ES⁵² pridobila dovoljenje za opravljanje in izvrševanje plačilnih storitev v EU. Kot plačilna storitev se štejejo med drugim storitve, ki omogočajo gotovinske pologe na plačilni račun, storitve, ki omogočajo gotovinske dvige s plačilnega računa, izvrševanje plačilnih transakcij, vključno s prenosom sredstev na plačilnem računu pri ponudniku plačilnih storitev uporabnika ali pri drugem ponudniku plačilnih storitev, izvrševanje plačilnih transakcij s plačilno kartico ali

⁵² Direktiva 2007/64/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. novembra 2007 o plačilnih storitvah na notranjem trgu in o spremembah direktiv 97/7/ES, 2002/65/ES, 2005/60/ES in 2006/48/ES ter o razveljavitvi Direktive 97/5/ES, UL L 319, z dne 5. decembra 2007.

podobno napravo ipd.⁵³ Direktiva je bila v slovenski pravni red implementirana primarno prek določb Zakona o plačilnih storitvah in sistemih (ZPlaSS).⁵⁴

Plačilne institucije v EU morajo varovati sredstva, ki so jih od uporabnikov plačilnih storitev oziroma prek drugega ponudnika plačilnih storitev prejele za izvršitev plačilnih transakcij. Varstvo teh sredstev se zagotovi bodisi tako, (1) da se prejeta sredstva položijo na ločen račun pri kreditni instituciji ali vložijo v varna, likvidna sredstva z nizkim tveganjem, in (2) so sredstva v skladu z nacionalno zakonodajo v korist teh uporabnikov plačilnih storitev izvzeta iz zahtevkov drugih upnikov plačilne institucije, zlasti v primeru nesolventnosti, ali (3) so krita z zavarovalno polico ali drugo primerljivo garancijo, ki jo je izdala zavarovalnica ali kreditna institucija.⁵⁵

S potrošnikovega stališča utegnejo biti pomembne informacije, ali je plačilna institucija ustrezno zavarovala sredstva, ki jih je prejela od svojih uporabnikov, pri kateri kreditni instituciji so shranjena (ali je ta dolgoročno stabilna), v katero likvidna sredstva so bila naložena (ali gre res za naložbe z nizkim tveganjem), kakšna je vsebina zavarovalne police ali druge primerljive garancije, ki jo je izdala zavarovalnica ali kreditna institucija, ipd.

5.2. Varstvo sredstev pri izdajateljih elektronskega denarja

Institucija za izdajo elektronskega denarja pomeni pravno osebo, ki je v skladu z naslovom II Direktive 2009/110/ES⁵⁶ pridobila dovoljenje za izdajanje elektronskega denarja. Pri tem elektronski denar pomeni denarno vrednost, shranjeno v elektronski obliki, vključno z magnetno, ki pomeni terjatev do izdajatelja, ki je izdana na podlagi prejema denarnih sredstev za namen izvrševanja plačilnih transakcij. Tudi ta direktiva je bila v slovenski pravni red implementirana primarno prek določb ZPlaSS. Institucija za izdajo elektronskega denarja mora zaščititi sredstva, ki jih je prejela v zameno za izdan elektronski denar, v skladu s prvim in drugim odstavkom 9. člena Direktive 2007/64/ES. Glede zaščitnih ukrepov za prejeta sredstva strank torej velja enak režim kot za plačilne institucije.

S potrošnikovega stališča so tako enako kot pri plačilnih institucijah lahko pomembne informacije, ali je plačilna institucija ustrezno zavarovala sredstva, ki jih je prejela od svojih uporabnikov, pri kateri kreditni instituciji so shranjena (ali

⁵³ Glej prilogo Direktive 2007/64/ES.

⁵⁴ Ur. l. RS, št. 58/09, 34/10, 9/11, 32/12 in 81/15.

⁵⁵ Glej prvi odstavek 9. člena Direktive 2007/64/ES.

⁵⁶ Direktiva 2009/110/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. septembra 2009 o začetku opravljanja in opravljanju dejavnosti ter nadzoru skrbnega in varnega poslovanja institucij za izdajo elektronskega denarja ter o spremembah direktiv 2005/60/ES in 2006/48/ES in razveljavitvi Direktive 2000/46/ES, UL L 267, z dne 10. oktobra 2009.

je ta dolgoročno stabilna), v katera likvidna sredstva so bila naložena (ali gre res za naložbe z nizkim tveganjem), kakšna je vsebina zavarovalne police ali druge primerljive garancije, ki jo je izdala zavarovalnica ali kreditna institucija, ipd.

6. Primeri spletnih ponudnikov finančnih storitev

V nadaljevanju bodo predstavljeni primeri ponudnikov finančnih storitev, ki spadajo v prej opisane kategorije. Na konkretnih primerih bodo natančneje ilustrirani potencialni problemi in tveganja, s katerimi se deponenti lahko srečajo, če se odločijo za takšno obliko spletnega poslovanja.

6.1. Diba (Zveza bank)

V Sloveniji je bila razmeroma dobro znana spletna banka Diba, ki je začela poslovati junija leta 2008 in je delovala pod okriljem ljubljanske podružnice Zveze bank iz Celovca.⁵⁷ Zveza bank je bila kreditna institucija, ki je v državi članici EU upravičena opravljati vse oziroma posamezne vzajemno priznane finančne storitve iz Direktive 2013/36/EU⁵⁸ in je lahko te storitve opravljala tudi na območju Republike Slovenije bodisi prek podružnice bodisi neposredno.

Matična enota Zveza bank v Celovcu je bila deželna zveza slovenskih kreditnih in blagovnih zadrug na območju (avstrijske) Koroške. Poslovala je kot banka in revizijska zveza. Kot taka je bila članica Avstrijske Raiffeisnove zadruge za zavarovanje vlog (Österreichische Raiffeisen-Einlagensicherung eGen).⁵⁹ Bila je članica zakonsko predpisanega sistema jamstva za vloge skladno z določbami Direktive 2014/49/EU, ter institucionalne sheme za zaščito vlog, članice katere se medsebojno podpirajo, da bi preprečile plačilno nesposobnost.⁶⁰ Zgornja meja zaščite je bila 100.000 evrov za vlagatelja na kreditno institucijo.

Spletna banka Diba je v Sloveniji opustila svoje aktivnosti 30. decembra 2015, kasneje je prenehala poslovati tudi podružnica Zveze bank v Ljubljani. Shema za jamstvo vlog v omenjenem primeru ni bila aktivirana. Komitenti so bili pozvani, da uredijo prenos sredstev z Dibinega računa (prenakazilo na svoj račun pri eni od drugih bank v Sloveniji oziroma preko Zveze bank v Avstriji).⁶¹

⁵⁷ Kačič.

⁵⁸ Direktiva 2013/36/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. junija 2013 o dostopu do dejavnosti kreditnih institucij in bonitetnem nadzoru kreditnih institucij in investicijskih podjetij, spremembi Direktive 2002/87/ES in razveljavitvi direktiv 2006/48/ES in 2006/49/ES, UL L 176, z dne 27. junija 2013.

⁵⁹ Raiffeisen.

⁶⁰ Zveza bank.

⁶¹ E. N.

Nevarnost za potrošnika bi se v primeru propada Dibe (Zveze bank) izkazala predvsem v zmožnosti avstrijske jamstvene sheme, da vlagateljem izplača njihove zjamčene vloge.

6.2. Ipagoo

Ipagoo je med spletnimi ponudniki finančnih storitev precej novo ime. Njihove storitve naj bi bile namenjene predvsem tistim, ki pogosteje izvajajo mednarodna plačila in potujejo po Evropi ter zaradi tega želijo odpreti račun pri eni izmed finančnih institucij v EU.⁶² Ipagoo LLP je nebančni ponudnik storitev, ki uporabnikom omogoča odpiranje plačilnih računov v različnih valutah in državah z enkratno prijavo v sistem, ki omogoča med drugim tudi pregled nad vsemi odprtimi računi in prenos sredstev med njimi.⁶³

Ipagoo je povezan z družbo Orwell Union Partners LLP, ki ima sedež v Veliki Britaniji. Družba Ipagoo LLP ima dovoljenje tamkajšnjega nacionalnega nadzornega organa Financial Conduct Authority kot institucija za izdajo elektronskega denarja (skladno z angleškim pravom).⁶⁴ Po določbi prvega odstavka 3. člena Direktive 2009/110/ES se deveti odstavek 10. člena, sedmi odstavek 17. člena in 25. člen Direktive 2007/64/ES smiselno uporabljajo za institucije za izdajo elektronskega denarja. To jim dopušča izvajanje storitev (neposredno ali prek podružnic) v vseh državah članicah EU, brez zahteve po posebnem dovoljenju vsake izmed njih (t. i. *passporting*). Družba Ipagoo LLP je svoje storitve notificirala tudi pri Banki Slovenije.⁶⁵ Pravno razmerje se v tem primeru sklene neposredno z družbo Ipagoo LLP s sedežem v Veliki Britaniji.

Kot tudi sicer velja za izdajatelje elektronskega denarja, sredstva pri teh institucijah niso predmet sistema jamstva za vloge, kot se uporablja za kreditne institucije.⁶⁶ Institucija za izdajanje elektronskega denarja mora zaščititi sredstva, ki jih je prejela v zameno za izdan elektronski denar, v skladu s prvim in drugim odstavkom 9. člena Direktive 2007/64/ES. V primeru propada družbe Ipagoo je nevarnost za potrošnika povezana predvsem z vprašanjem, ali je institucija za izdajanje elektronskega denarja pravilno zavarovala prejeta sredstva strank (pravočasni prenos in odločitev za stabilno kreditno institucijo za shranjevanje sredstev oziroma ustrezna pogodba o zavarovanju).

⁶² Dunkley.

⁶³ Deloitte.

⁶⁴ Ipagoo.

⁶⁵ Banka Slovenije, Seznam

⁶⁶ Ipagoo, str. 2, točka 2.5.

6.3. Raisin in Weltsparen

Storitve Raisin⁶⁷ in Weltsparen⁶⁸ strankam omogočajo, da se prek spletne platforme družbe Raisin GmbH (prej SavingGlobal GmbH) povežejo z banko posrednico, prek katere nato svoj denar naložijo pri eni izmed partnerskih bank znotraj EU. Privlačnost tega sistema so predvsem višje obrestne mere za depozite, ki jih ponujajo nekatere države v EU, glede na obrestne mere, ki jih na primer ponujajo banke v Nemčiji.⁶⁹

V obeh primerih gre za poslovanje prek spletne platforme družbe Raisin GmbH, ki sama sicer ni registrirana kot kreditna institucija. Platforma je povezana z banko posrednico (pod imenom Weltsparen z banko MHB Bank⁷⁰ s sedežem v Nemčiji in pod imenom Raisin z banko Keytrade Bank⁷¹ kot belgijsko podružnico Arkéa Direct Bank SA s sedežem v Franciji), pri kateri stranka odpre račun za namen prenosa sredstev k partnerskim bankam (banke, ki ponujajo obljubljeno obrestovanje po višjih obrestnih merah). Portfelj spletne platforme Raisin je konec leta 2016 zajemal pet, portfelj Weltsparen pa 23 partnerskih bank. Med njimi je tudi portugalska Novo Banco, ki je bila ustanovljena v okviru reševalnih ukrepov zoper Banco Espírito Santo⁷² (eno izmed ključnih vprašanj v tem okviru je bila med drugim usoda nekaterih lastnikov obveznic iz Banco Espírito Santo)⁷³.

Stranka za uporabo platform Raisin in Weltsparen sklene tri pogodbe: (1) z Raisin GmbH kot spletno platformo, (2) z banko posrednico (MHB Bank ali Keytrade Bank) in (3) s partnersko banko (eno ali več iz ponujenega nabora). V primeru propada omenjenega sistema bi se v okviru sistema jamstva za vloge, ki velja za kreditne institucije, upoštevala sredstva, ki jih ima stranka pri banki posrednici oziroma pri posamezni partnerski banki. V vseh primerih bi bila stranka obravnavana v okviru sistema jamstva za vloge, ki velja v državi sedeža banke (v primeru bank posrednic tako Nemčija oziroma Francija, v preostalih primerih pa na primer Poljska, Bolgarija, Češka itd.).

V primeru propada storitev Raisin in Weltsparen bi bila nevarnost za potrošnika predvsem v pripravljenosti in zmožnosti pokritja naloženih sredstev strank s strani nacionalnih shem za jamstvo vlog v državah, v katerih imajo banke posrednice ali partnerske banke sedež. Potrošniki pa morajo biti v primeru, da

⁶⁷ Raisin GmbH, General ...

⁶⁸ Raisin GmbH, Allgemeine

⁶⁹ Hagen in Hackhausen.

⁷⁰ MHB Bank.

⁷¹ Key Tradebank.

⁷² STA.

⁷³ Banco de Portugal.

so njihova sredstva naložena v valuti, ki ni evro, pozorni tudi na izpostavljenost valutnemu tveganju.

7. Sklep

Spletno poslovanje postaja za potrošnike čedalje bolj privlačno, saj znižuje denarne in nedenarne stroške poslovanja. Toda prinaša tudi nova tveganja. Ta so lahko še posebej velika pri nalaganju prihrankov na spletne račune, saj potrošnik ob uporabi spletnega računa drugače kot na primer pri nakupu posamezne dobrine ali storitve z nepremišljenim ravnanjem lahko izgubi življenjske prihranke.

Poleg običajnih tveganj, povezanih s spletnim poslovanjem, poslovanje s spletnimi finančnimi institucijami prinaša dodatna tveganja, ki so še večja, če potrošnik posluje s tujimi institucijami. Prav na spletu z njimi tudi najlažje pride v stik. Vloge (depoziti) pri bankah so še vedno najpogostejša in tudi najvarnejša naložba gospodinjestev. Pri (spletnem) poslovanju v tujini morajo biti potrošniki pozorni na nekatera dodatna tveganja, med katerimi je v članku posebej opozorjeno na valutno tveganje. Potrošnike namreč lahko zavedejo višje obrestne mere na depozite v valuti, ki ni evro. Toda vrednost takega depozita v domači valuti lahko zaradi spreminjanja deviznega tečaja precej niha, kar povsem izniči prednosti višje obrestne mere. Tveganje je manjše pri članicah Evropskega gospodarskega prostora, za katere velja poenotena višina jamstva, medtem ko je v drugih državah višina jamstva precej različna, saj sega od nič do neomejenega jamstva. Potrošnik mora torej zelo natančno proučiti, pravilom katere države je podvrženo jamstvo, ki velja za njegovo vlogo. Kot je pokazala islandska bančna kriza, pa jamstvo za vloge včasih tudi navkljub relativno jasnim določbam (evropske) zakonodaje ni nujno udejanjeno. V Evropski uniji so bile za zmanjševanje tega tveganja sicer uveljavljene zakonodajne spremembe, povsem izključiti pa ga vseeno ni mogoče.

Potrošniki pogosto vlagajo sredstva tudi v finančne institucije, ki niso banke oziroma hranilnice. Upoštevajoč naravo storitev, ki jih le te izvajajo, se lahko zgodi, da potrošniki sploh ne vedo, da v tem primeru ne velja enak sistem jamstva kot v primeru kreditnih institucij. Tovrstne finančne institucije, ki niso banke oziroma hranilnice, morajo prejeta sredstva uporabnikov ustrezno zavarovati. Zato je z vidika potrošnika pomembno predvsem, pri kateri pri kreditni instituciji so sredstva shranjena (ali je ta dolgoročno stabilna), v katera likvidna sredstva so bila naložena (ali gre res za naložbe z nizkim tveganjem), kakšna je vsebina zavarovalne police, s katero so zavarovana, ipd.

Raznolikost finančnih produktov, ki so potrošnikom na voljo v zadnjem času, prikazujejo primeri spletne banke Diba, podružnice Zveze bank, ki je poslovala v Sloveniji, družbe Ipagoo LLP, ki je dejansko družba za izdajo elektronskega denar-

ja, in storitev družbe Raisin GmbH, ki strankam omogočajo, da se prek spletne platforme povežejo z banko posrednico, prek katere nato naložijo svoj denar pri eni izmed partnerskih bank znotraj EU. Še bolj raznolika kot sama ponudba finančnih produktov pa je paleta tveganj, s katerimi se srečujejo potrošniki. In z njimi so pogosto premalo seznanjeni.

Literatura in viri

- Banco de Portugal, Banco de Portugal approves decisions that complete the resolution measure applied to BES, <https://www.bportugal.pt/en-US/OBancoeoEurosistema/ComunicadoseNotasdeInformacao/Pages/comb20151229-2.aspx> (3. 7. 2016).
- Bank of England, Banking information, <http://www.bankofengland.co.uk/pr/Pages/authorisations/fscs/bankingandsavings.aspx> (16. 8. 2016).
- Banka Slovenije, Kreditne institucije držav EGP v Sloveniji, <https://www.bsi.si/nadzor-bank.asp?MapaId=523> (27. 6. 2016).
- Banka Slovenije, Seznam notifikacij družb za izdajo elektronskega denarja, <https://www.bsi.si/library/includes/datoteka.asp?DatotekaId=4662> (2. 7. 2016).
- BERGMANN, Eirikur, Iceland and the International Financial Crisis: Boom, Bust and Recovery. London: Palgrave Macmillan, 2014.
- Bulgarian deposit insurance fund, For Depositors, <http://dif.bg/en/depositors/> (1. 9. 2016).
- DUNKLEY, Emma, Pan-European digital current account launched. Financial Times, <http://www.ft.com/cms/s/0/a3dcf9d8-ad50-11e4-bfcf-00144feab7de.html#axzz4DBipzwsE> (1. 7. 2016).
- Deloitte LLP, Payments Disrupted – The Emerging Challenge for European Retail Banks, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/financial-services/deloitte-uk-payments-disrupted-2015.pdf> (1. 7. 2016).
- DIF, How Much Is Insured?, <https://www.fpv.cz/en/how-much-is-insured.html> (1. 9. 2016).
- Državna agencija za osiguranje štednih uloga i sanaciju banaka, Osiguranje depozita, <http://www.dab.hr/osiguranje-depozita> (1. 9. 2016).
- ECB, Financial Integration in Europe, april 2016, <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/financialintegrationineurope201604.en.pdf> (12. 4. 2017).
- E. N., Vrata zapira še ena banka: razkrivamo, kaj bo z vašim denarjem. Slovenske novice, <http://m.slovenskenovice.si/novice/slovenija/vrata-zapira-se-ena-banka-razkrivamo-kaj-bo-z-vasim-denarjem> (27. 6. 2016).
- EBA – European banking authority, Financial Innovation and Consumer Protection – An overview of the objectives and work of the EBA's Standing Committee on Financial Innovation (SCFI) in 2011–2012, <http://www.eba.europa.eu/docu->

- ments/10180/15962/EBA-BS-2012-003-Financial-Innovation-and-Consumer-Protection--Overview-of-EBA-work-in-2011-2012.pdf (20. 8. 2016).
- Economist, The Icesave bill, 13. 8. 2009, <http://www.economist.com/node/14214986> (17. 8. 2016).
- FGDB, How much is insured?, <http://www.fgdb.ro/en/pages/cât-asigurăm> (16. 8. 2016).
- FSCC, Compensation Limits, <http://www.fscs.org.uk/what-we-cover/compensation-limits/> (1. 9. 2016).
- ftLD Registry Services, Registrant Eligibility Policy, Version 1.0, Draft 20141217, <https://www.ftld.com/WP/wp-content/uploads/2015/01/ftLD-Registrant-Eligibility-Policy-BANK-20141217.pdf> (25. 6. 2016).
- Guardian, Britain has been fully reimbursed for Icesave bank collapse, Iceland says, <https://www.theguardian.com/business/2016/jan/13/britain-has-been-fully-reimbursed-for-icesave-bank-collapse-iceland-says> (1. 9. 2016).
- GIBBS, Alexandra, Why banks are ditching 'com' for 'bank', <http://www.cnn.com/2015/12/17/why-banks-are-ditching-com-for-bank-domain-name.html> (25. 6. 2016).
- HAGEN, Jens, in HACKHAUSEN, Jörg, Kampf um Konditionen – Hoher Zins, hohes Risiko, <http://www.handelsblatt.com/finanzen/vorsorge/altersvorsorge-sparen/kampf-um-konditionen-hoher-zins-hohes-risiko/9475046.html> (3. 7. 2016).
- IADI, Annual Survey, <http://www.iadi.org/en/assets/File/Deposit%20Insurance%20Surveys/2015%20Annual%20Survey.xlsx> (1. 9. 2016).
- IADI, Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems, <http://www.iadi.org/docs/cprevised2014nov.pdf> (25. 6. 2016).
- IADI, DIS-Worldwide, <http://www.iadi.org/en/deposit-insurance-systems/dis-worldwide> (1. 9. 2016).
- IMF, Annual Report on Exchange Arrangements and Exchange Restrictions, 2014, <http://www.imf.org/external/pubs/nft/2014/areaers/ar2014.pdf> (17. 8. 2016).
- IPAGOO, <http://www.ipagoo.com/wp-content/uploads/2015/02/ipagoo-TCs-EN-02-02-2015-V150202-CLEAN.pdf>, (1. 7. 2016).
- JUNCKER, Jean-Claude, in drugi, Dokončanje evropske ekonomske in monetarne unije, Poročilo petih predsednikov, https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/5-presidents-report_sl.pdf (26. 6. 2016).
- KACZOROWSKA-IRELAND, Alina, European Union Law. 4. izdaja. London, New York: Routledge, 2016.
- KAČIČ, Matej, Kako varna je sploh spletna banka Diba? Finance, 17. 12. 2008, <http://www.finance.si/232809> (27. 6. 2016).
- Key tradebank, <https://www.keytradebank.be> (3. 7. 2016).

- LELJAK, Nika, Sistem bančnih depozitov v Republiki Sloveniji in EU. Maribor: Ekonomsko-poslovna fakulteta, 2012.
- MHB Bank, <http://www.mhb-bank.de/en/> (3. 7. 2016).
- National deposit insurance fund of Hungary, Compass to Deposit Insurance, http://www.oba.hu/images/stories/downloads/iranytu/en/oba_compass_2014_a5_0722_4.1.pdf (1. 9. 2016).
- Raiffeisen, www.raiffeisen-einlagensicherung.at (27. 6. 2016).
- Raisin GMBH, General Information, General Terms and Conditions and Fee Schedule for the Raisin Product, https://www.raisin.com/content/uploads/2015/04/terms_and_conditions-raisin_apr_2016.pdf (3. 7. 2016).
- Raisin GMBH, Allgemeine Informationen, Geschäftsbedingungen und Preis- und Leistungsverzeichnis zum Produkt WeltSparen. https://banking.weltsparen.de/savingglobal/cms/b/1061794/Geschaeftsbedingungen_WeltSparen.pdf?language=de&_ga=1.38458656.2039515311.1467497065 (3. 7. 2016).
- Riksgälden, Deposit insurance, https://www.riksgalden.se/en/Deposit_insurance/About-deposit-insurance/ (1. 9. 2016).
- RUNNING, Thomas K., The world's best bank accounts for international travelers and nomads, <https://medium.com/nomad-gate/the-world-s-best-bank-accounts-for-international-travelers-and-nomads-3257e6839cff#.yevmpyvvgm> (16. 8. 2016).
- SHIN, Hyun Song, Reflections on Northern Rock: The Bank Run that Heralded the Global Financial Crisis, V: Yale Journal of Economic Perspectives, 2009, letn. 23, št. 1, str. 101–119.
- SIBERT, Anne, The Icesave dispute, 13. 2. 2010, <http://voxeu.org/article/icesave-dispute> (17. 8. 2016).
- SNB, Swiss National Bank discontinues minimum exchange rate and lowers interest rate to -0.75% , https://www.snb.ch/en/mmr/reference/pre_20150115/source/pre_20150115.en.pdf (16. 8. 2016).
- STA, Portugalska s petimi milijardami evrov rešuje največjo zasebno banko, <http://www.finance.si/8807233> (3. 7. 2016).
- The guarantee fund (Garantiformuen), Depositor and Investor Guarantee Scheme in Denmark, http://www.gii.dk/Admin/Public/DWSDownload.aspx?File=%2fFiles%2fFiles%2fGarantifonden%2fGuarantee_Fund.pdf (1. 9. 2016).
- Zveza bank, Informacije za vlagatelja, <http://www.zvezabank.com/eBusiness/services/resources/media/957750229082105819-NA-1126469149710630344-1-3-SL.pdf> (27. 6. 2016).

Spletno reševanje potrošniških sporov

Neža Pogorelčnik Vogrinc

1. Uvod

Število uporabnikov interneta v Evropski uniji iz leta v leto narašča. Vzporedno s tem se povečuje delež tistih, ki na spletu tudi nakupujejo, le počasi pa se večja število spletnih nakupov pri prodajalcih iz drugih držav članic.¹ Med razlogi, kaj jih odvrta od spletnega nakupovanja, potrošniki navajajo strah pred nastankom spora in težavami, ki se pojavijo pri njegovem reševanju,² pri čemer bi večina nakupovala prek spleta, če bi obstajala enostavna pot reševanja sporov, za kar bi bili pripravljeni uporabiti spletni mehanizem.³

Z namenom izboljšanja položaja potrošnikov ob nastanku spora je bila tako na ravni Evropske unije sprejeta Direktiva 2013/11/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. maja 2013 o alternativnem reševanju potrošniških sporov ter spremembi Uredbe (ES) št. 2006/2004 in Direktive 2009/22/ES (imenovana tudi Direktiva o alternativnem reševanju potrošniških sporov, v nadaljevanju Direktiva ARPS),⁴ v skladu s katero so morale države članice zagotoviti ustanovitev oziroma registracijo vsaj enega organa za vodenje zunajsodnih postopkov reševanja potrošniških sporov, nastalih v poslovnih razmerjih s trgovci z njihovega ozemlja (drugi odstavek 24. člena Direktive ARPS). Razen področja uporabe, procesnih jamstev ter smernic glede cen postopka⁵ direktiva ureditev drugih vprašanj glede

¹ Podatki Eurostata, dostopni na www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics_for_individuals#Proportion_of_e-shoppers_growing_steadily.2C_with_the_biggest_increase_among_young_people (7. 7. 2016).

² Podatki Eurostata, dostopni na [www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Reasons_for_not_buying_over_the_internet_EU-28_2015_\(%25_of_individuals_who_did_not_buy_or_order_goods_or_services_over_the_internet_for_private_use_in_the_previous_12_months\).png](http://www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Reasons_for_not_buying_over_the_internet_EU-28_2015_(%25_of_individuals_who_did_not_buy_or_order_goods_or_services_over_the_internet_for_private_use_in_the_previous_12_months).png) (7. 7. 2016).

³ Commission staff working paper, Impact Assessment, Accompanying the document, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Dispute Resolution for consumer disputes (Directive on consumer ADR) and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Online Dispute Resolution for consumer disputes (Regulation on consumer ODR), SEC(2011) 1408 final, (v nadaljevanju Impact Assessment, SEC(2011) 1408 final).

⁴ UL L 165, z dne 18. junija 2013.

⁵ Podrobneje glej Pogorelčnik Vogrinc, str. 251–282.

zunajsodnih postopkov (procesna pravila, moč rezultata postopka itd.) prepušča državam članicam oziroma posameznim izvajalcem tovrstnih postopkov. Evropski zakonodajalec pa je šel še korak dlje in zunajsodno reševanje potrošniških sporov prenesel na internet. Registrirane nacionalne izvajalce tovrstnih postopkov je povezal v virtualno zbirališče, kjer lahko evropski potrošniki vložijo elektronsko pritožbo proti kateremukoli prodajalcu iz EU. Sprejeta je bila Uredba (EU) št. 524/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. maja 2013 o spletnem reševanju potrošniških sporov ter spremembi Uredbe (ES) št. 2006/2004 in Direktive 2009/22/ES⁶ (v nadaljevanju Uredba SRPS), na podlagi katere je tako februarja 2016 začela delovati evropska platforma (dostopna na <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/?event=main.home.show>).

2. Platforma

Platforma potrošniških sporov ne rešuje sama, ampak je virtualno zbirališče nacionalnih izvajalcev; teh je bilo v času pisanja prispevka (maj 2017) že 283 iz 25 držav članic EU, pri čemer Hrvaška, Romunija in Španija še niso javili nobenega. Ti izvajalci, ki izpolnjujejo zahteve Direktive ARPS in so se v posameznih državah članicah registrirali za vodenje »navadnih, fizičnih« zunajsodnih postopkov za potrošniške spore, tovrstne spore, nastale v spletnih kupoprodajnih razmerjih, rešujejo v spletnih zunajsodnih postopkih. Glavni namen platforme je pritožniku omogočiti identificiranje izvajalcev, pristojnih za konkretni potrošniški spor, enostavno vložitev pritožbe z izpolnitvijo standardiziranega obrazca ter nadalje zagotavljanje (elektronske) komunikacijske poti s prodajalcem in izvajalcem postopka. Platforma, katere uporaba je brezplačna in ki je dostopna v vseh uradnih jezikih EU, pomeni velik korak v razvoju varstva evropskih potrošnikov.

Tovrstna platforma pa v svetu ni novost. Podobne elektronske sisteme za reševanje potrošniških sporov je že mogoče najti v posameznih državah (na primer v Concilianetu v Mehiki)⁷ ter pri velikih spletnih trgovcih (kot so Amazon, Ebay in Alibaba),⁸ obstajajo pa tudi povsem samostojni zasebni sistemi zunajsodnega reševanja sporov, ki poskušajo na trgu pritegniti čim več potrošnikov in trgovcev (na primer Smartsettle, dostopen na <www.smartsettle.com>)⁹. Poleg tveganja pristranskosti pri odločanju so bistvena slabost teh visoki stroški postavitve in

⁶ UL L 165, z dne 18. junija 2013.

⁷ Raymond, str. 135.

⁸ Shackelford in Raymond, str. 621, 624; Raymond, str. 135–136.

⁹ Nekateri od teh sistemov iz delovanja izločajo človeški dejavnik, ki predstavlja najvišji strošek pri tovrstnem reševanju sporov, in vodenje postopkov prepuščajo računalnikom. Glej Shackelford, str. 629–630.

vzdrževanja sistema, zaradi česar so v preteklosti nekateri poskusi tovrstnih mehanizmov že spodleteli.¹⁰ Pri evropski platformi za spletno reševanje sporov, ustanovljeni z Uredbo SRPS, pa tega bremena za potrošnike (vsaj neposredno) ne bo. Organizacijo in financiranje postavitve platforme (stroški česar so ocenjeni na 2 milijona evrov)¹¹ je namreč nosila Evropska komisija, ki bo zagotavljala tudi njeno delovanje,¹² vzdrževanje (300.000 evrov na leto¹³), spremljanje njene uporabe in poročanje o tem (21. člen Uredbe SRPS).

Uredba SRPS predvideva vsesplošno dostopnost platforme, njeno prijaznost do uporabnikov in uporabnost tudi za ranljivejše skupine (»design for all«) (prvi odstavek 5. člena). Z obliko in preglednostjo spletne strani poskuša doseči, da bi se potrošniki na spletni platformi znašli in da jih morebitna zapletenost uporabe ne bi odvrčala od uporabe ponujenih zunajsodnih postopkov. Glede na to, da je mogoče prek platforme reševati le spore, nastale v spletnih kupoprodajnih razmerjih, v kar se večinoma spustijo subjekti z izkušnjami pri uporabi interneta, menim, da je strah pred tem, da se potrošniki pri njeni uporabi ne bi znašli, odveč.

3. Potek spletnega reševanja potrošniških sporov

Spletni postopek glede potrošniškega spora lahko začne potrošnik proti trgovcu, le če posamezna država članica to izrecno predvidi, pa tudi trgovec proti potrošniku.¹⁴ V obeh primerih je nujno, da imata obe stranki spora sedež oziroma prebivališče v državi članici EU – lahko tudi v isti. Novi mehanizem reševanja potrošniških sporov je potrošnikom tako na voljo le v sporih proti trgovcem, ki imajo sedež v kateri od držav članic EU, kar se določi glede na kraj, kjer ima svojo poslovno enoto, če je trgovec fizična oseba, oziroma glede na kraj, kjer ima statutarni sedež, glavno upravo ali poslovno enoto, vključno s podružnico, agencijo ali katerokoli drugo poslovno enoto, če je trgovec podjetje, druga pravna oseba ali združenje fizičnih ali pravnih oseb (drugi odstavek 4. člena Uredbe SRPS in drugi odstavek 4. člena Direktive ARPS). Pri nakupovanju prek spleta je tako na strani potrošnikov potrebna previdnost. Četudi je spletna stran prodajalca v

¹⁰ Shackelford, str. 617 in 628.

¹¹ Impact Assessment, SEC(2011) 1408 final, str. 58.

¹² S tem namenom je bilo na Evropsko komisijo preneseno pooblastilo za sprejetje izvedbenih aktov (sedmi odstavek 5. člena, sedmi odstavek 7. člena, četrti odstavek 8. člena in 32. uvodna določba Uredbe SRPS). Tako je bila 1. julija 2015 sprejeta Izvedbena uredba Komisije (EU) 2015/1051 o podrobnostih izvajanja nalog platforme za spletno reševanje sporov, podrobnostih elektronskega obrazca za pritožbe in podrobnostih sodelovanja med kontaktnimi točkami v skladu z Uredbo SRPS, UL L 171, z dne 2. julija 2015.

¹³ Impact Assessment, SEC(2011) 1408 final, str. 58.

¹⁴ Drugi odstavek 2. člena Uredbe SRPS. Ob pisanju prispevka maja 2017 so tako možnost (»svojim« trgovcem) omogočali Luksemburg, Belgija, Nemčija in Poljska.

»izključno« evropskem jeziku (na primer slovenščini), je dobro preveriti kraj njegovega sedeža, da se bo pozneje ob morebitnem nastanku spora mogoče zanesti na reševanje po tej poti. Poleg tega je platformo mogoče uporabiti le, če spor izhaja iz pogodbe o spletni prodaji ali spletnih storitvah, torej ko je trgovec blago ali storitev ponujal, potrošnik pa naročil na spletu ali prek drugih elektronskih sredstev (točka e prvega odstavka 4. člena Uredbe SRPS).¹⁵

3.1. Vložitev pritožbe

Kot pogoj za vložitev pritožbe na spletni platformi se ne zahteva predhoden (neuspešen) poskus rešitve spora neposredno med strankama, vendar Uredba SRPS v 17. uvodni določbi svetuje, da države članice potrošnike k temu spodbujajo. Pritožnik lahko tako tudi brez poprejšnjega poskusa rešitve spora z nasprotno stranko vloži pritožbo, razen če ta pogoj zahteva posamezni izvajalec sam (točka a četrtega odstavka 5. člena Direktive ARPS).¹⁶ Pritožba se vloži z izpolnitvijo in oddajo elektronskega obrazca,¹⁷ ki ga zagotavlja platforma. V njem mora potrošnik kot pritožnik navesti podatke:

1. o trgovcu (ime in naslov sedeža, elektronski naslov, spletna stran, država njegovega sedeža),
2. o sporni zadevi (vrsta spornega blaga oziroma storitve, datum nakupa, cena, številka naročila, vrsta pritožbe, podrobnejše pojasnilo glede pritožbe, zahtevke, ali je pred tem že prišlo do poskusa rešitve spora pri trgovcu ali z zunaj sodno poravnavo ali na sodišču, ali želi potrošnik določenega izvajalca postopka in katerega) ter
3. svoje osebne podatke (ime, priimek, naslov, elektronski naslov,¹⁸ telefonska številka, jezik, v katerem želi prejemati sporočila s platforme, ali potrošnika zastopa zastopnik, in če ga, vsi ti podatki še zanj).

Obrazec je v Uredbi SRPS označen kot »uporabnikom prijazen in enostavno dostopen« (prvi odstavek 8. člena), s čimer se zasleduje namen, da bi potrošnik

¹⁵ Uvodna določba št. 14 Uredbe SRPS sem uvršča tudi primere, ko je potrošnik do spletnega mesta ali druge storitve informacijske družbe dostopal prek mobilne elektronske naprave, na primer mobilnega telefona. Drugi spori pa se bodo lahko reševali v »fizičnih« zunaj sodnih postopkih, kot to zagotavlja Direktiva ARPS. Vsebinsko bodo pri teh sporih torej zagotovljeni enaki postopki, vendar zanje ni predvideno, da se rešijo elektronsko, torej brez osebne stika.

¹⁶ Podrobneje o razlogih, zaradi katerih lahko izvajalec zavrne obravnavo potrošniškega spora, glej pod poglavje 3.5.

¹⁷ Dostopen na www.webgate.ec.europa.eu/odr/main/?consumer-question1=Y&consumer-question2=Y&consumer-question3=N&complaintType=1&event=main.complaints.new (17. 5. 2016). Osnutek pritožbe lahko potrošnik na platformi shrani do šest mesecev, po poteku tega roka pa je izbrisan (2. člen Uredbe 2015/1051).

¹⁸ Za vložitev pritožbe potrošnik obvezno potrebuje veljaven elektronski naslov, na katerega bo prejemal obvestila glede postopka.

pritožbo lahko vložil sam, kar ohranja stroške postopka na nizki ravni. Lahko pa ga v postopku zastopa pooblaščenec, za katerega se ne zahteva, da ima pravno izobrazbo ali da je odvetnik, stroške zanj pa v vsakem primeru nosi potrošnik sam.

Izpolnjen elektronski obrazec se odda na spletni platformi, priložiti pa mu je mogoče tudi relevantno dokumentacijo (drugi odstavek 8. člena Uredbe SRPS). Obvestilo o vloženi pritožbi platforma nemudoma posreduje prodajalcu na elektronski naslov, pri čemer ga opozori, da se morata s potrošnikom dogovoriti o pristojnem izvajalcu postopka in da se pritožba ne bo dalje obravnavala, če stranki o tem ne bosta dosegli dogovora, poleg tega navede seznam izvajalcev, ki so glede na podatke v elektronski pritožbi pristojni za konkretni spor,¹⁹ podatke o nacionalni kontaktni točki za spletno reševanje potrošniških sporov in opis pomoči, ki jo ta zagotavlja (tretji odstavek 9. člena Uredbe SRPS).

3.2. Kontaktna točka

Vsaka država članica mora določiti kontaktno točko za spletno reševanje potrošniških sporov (7. člen Uredbe SRPS). V Sloveniji je to Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo,²⁰ ki glede tovrstnih postopkov zagotavlja podporo in pomoč strankam (na primer pomoč pri vložitvi pritožbe, zagotavljanje splošnih informacij o pravicah potrošnikov glede na nacionalno zakonodajo o pogodbah o prodaji ali storitvah, zagotavljanje informacij o delovanju platforme, razlaga postopkovnih pravil izbranega izvajalca, obveščanje pritožnika o drugih pravnih sredstvih, če spora ni mogoče rešiti na ta način) in izvajalcu ter Evropski komisiji vsaki dve leti poroča o svoji dejavnosti (7. člen Uredbe SRPS).

3.3. Jezik postopka

Sodno reševanje potrošniških sporov je za stranki postopka, ki prihajata iz različnih držav članic (oziroma vsaj tisto, ki mora sodelovati v sodnem postopku v tuji državi članici), problematično tudi z vidika jezika postopka, ta ovira pa je pri zunajsodnih postopkih, ki tečejo prek evropske platforme, odpravljena. Vsaka stranka lahko v njem sodeluje v kateremkoli uradnem jeziku EU, če prejme pisanja drugih udeležencev postopka v jeziku, ki ga ne razume, pa platforma zagotavlja prevajanje z avtomatskim prevajalnikom (točka e četrtega odstavka

¹⁹ Na podlagi v obrazcu navedenih informacij platforma namreč določi enega ali več izvajalcev, ki so glede na zemljepisno lego in vrsto spora pristojni za izvedbo tovrstnega postopka v konkretnem sporu – prvi odstavek 4. člena Uredbe 2015/1051.

²⁰ Na Ministrstvu za gospodarski razvoj in tehnologijo od leta 2014 deluje tudi Evropski potrošniški center Slovenija, ki je del mreže Evropskih potrošniških centrov, združevanje obeh, nacionalnega Evropskega potrošniškega centra in nacionalne kontaktne točke za spletno reševanje sporov, pa priporoča tudi sama Uredba SRPS (25. uvodna določba).

5. člena Uredbe SRPS). Tako lahko vsak (potrošnik, trgovec in izvajalec) v postopku sodeluje v svojem jeziku, kar mu omogoča, da brez prevajalca ali odvetnika sodeluje v postopku pred tujim izvajalcem proti trgovcu iz tuje države članice. Se pa pri tem porajajo dvomi o kakovosti avtomatskega prevajalnika, še posebej pri prevajanju med »manjšimi« jeziki (na primer iz estonščine v slovenščino). Poleg tega lahko vsaka stranka enkrat v postopku zahteva uraden prevod enega dokumenta, kar zagotavlja Evropska komisija. Pričakuje se, da bodo zahtevani predvsem prevodi končnih odločb, izdanih v postopkih.

3.4. Izbira izvajalca zunajsodnega postopka

Za vodenje elektronskega postopka lahko stranki potrošniškega spora izbirata med izvajalci s seznama, objavljenega na platformi in oblikovanega na podlagi seznamov posameznih držav članic,²¹ te pa morajo pred njihovo uvrstitvijo na seznam preveriti, ali izpolnjujejo zahteve kakovosti, ki jih določa Direktiva ARPS. Pri izbiranju med njimi si stranki lahko pomagata z relevantnimi informacijami glede posameznih izvajalcev, objavljenimi na spletni platformi, to so višina pristojbine, ki jo zahteva za izvedbo postopka, jezik, v katerem vodi postopek, povprečno trajanje postopka, način vodenja postopka, (ne)zavezujoča narava rezultata postopka in razlogi za zavrnitev vodenja postopka. Poleg tega so za vsakega izvajalca navedeni sektorji, za spore glede katerih izvaja postopek, in za trgovce iz katere države je pristojen.

Izbira izvajalca za elektronski postopek v posameznem primeru je odvisna predvsem od tega, ali je trgovec, udeležen v sporu, za izvedbo zunajsodnih postopkov že vnaprej priznal katerega od izvajalcev. Podatek o tem, ali tovrstno obliko reševanja sporov sploh priznava, in če jo, katerega od izvajalcev je izbral, morajo namreč trgovci objaviti na svoji spletni strani (13. člen Direktive ARPS).²²

²¹ Države članice so imele obveznost do 9. januarja 2016 Evropski komisiji sporočiti seznam izvajalcev, ta pa skupni seznam posodobi vsakič, ko jo države članice obvestijo o spremembah (drugi odstavek 24. člena in četrti odstavek 20. člena Direktive ARPS).

²² Trgovci morajo na spletni strani objaviti obvestilo. Tako je na primer Telekom na www.telekom.si/info-in-obvestila/izvensodno-resevanje-potrosniskih-sporov-5-2016 (16. 5. 2016) dne 13. maja 2016 objavil obvestilo Izvensodno reševanje potrošniških sporov: »V skladu s točko 7.12. Splošnih pogojev uporabe elektronskih komunikacijskih storitev družbe Telekom Slovenije, d. d., in točko 8.5. Pogojev nakupa blaga in storitev, Telekom Slovenije ne priznava nobenega izvajalca izvensodnega reševanja potrošniških sporov, kot pristojnega za reševanje potrošniškega spora, ki bi ga zasebni uporabnik lahko sprožil v skladu z Zakonom o izvensodnem reševanju potrošniških sporov. Telekom Slovenije za izvajalca izvensodnega reševanja potrošniških sporov, kot pristojnega za reševanje potrošniškega spora, ki bi ga potrošnik lahko sprožil v zvezi z uporabo Monete kot storitve plačevanja, v skladu z Zakonom o izvensodnem reševanju potrošniških sporov ter Zakonom o plačilnih storitvah in sistemih, priznava: Evropski center za reševanje sporov, Tomšičeva 6, Ljubljana, e-naslov info@ecdr.si, telefonska številka 08 205 65 90. Telekom Slovenije kot ponudnik, ki se ukvarja s spletno prodajo, na svoji spletni strani objavlja elektronsko povezavo na platformo za spletno reševanje potrošniških

Slovenski Zakon o izvensodnem reševanju potrošniških sporov (ZIsRPS),²³ ki implementira Direktivo ARPS, to obveznost nalaga pod grožnjo denarne kazni, kar potrošnikom omogoča, da lahko, še preden vstopijo v pravno razmerje s trgovcem, preverijo, ali bo tovrsten način reševanja morebitnih sporov mogoč. Pri tem lahko prodajalci za izvedbo zunajsodnih postopkov izberejo tudi izvajalca iz druge države članice, vendar v praksi ni pričakovati, da bi se to dogajalo pogosto. Bolj verjetno je, da bodo prodajalci izbrali izvajalca, ki vodi zunajsodne postopke v jeziku prodajalca, in bosta torej izvajalec in prodajalec iz iste države članice. Pri čezmejnih sporih bo to za potrošnika pomenilo sodelovanje v zunajsodnem postopku pred izvajalcem iz druge države članice, kar bo zanj bolj neznano okolje v primerjavi s sodnim postopkom, ki teče v državi članici njegovega stalnega prebivališča²⁴ in v katerem se uporablja njegovo domače pravo (to je pravo njegovega običajnega prebivališča)²⁵.

Poleg tega mora spletni prodajalec na svoji spletni strani objaviti povezavo do evropske platforme ter svoj elektronski naslov, na katerega mu bo pozneje lahko posredovano obvestilo o potrošnikovi pritožbi. Trgovci, ki svoje storitve oziroma blago ponujajo prek elektronskih sporočil, pa morajo povezavo do platforme objaviti tudi v teh (14. člen Uredbe SRPS). Tako se zagotavlja, da bodo potrošniki (četudi prodajalec v konkretnem primeru ne bo privolil v zunajsodno reševanje spora) seznanjeni z možnostjo tovrstnega reševanja sporov, s čimer se bo večala njihova ozaveščenost in posledično priljubljenost tega mehanizma. Šele ko bodo potrošniki to dojemali kot eno od dejanskih možnosti za reševanje spora, je mogoče pričakovati, da bodo prodajalce, ki ne bodo hoteli sodelovati v teh zunajsodnih postopkih, »kaznovali« tako, da pri njih ne bodo več nakupovali, kar bo ustvarjalo pritisk in nazadnje pripeljalo do njihovega soglasja za sodelovanje v tovrstnih postopkih.

Ne glede na vnaprejšnjo (na spletni strani objavljeno) privolitev v tovrstno reševanje sporov pa lahko prodajalec po potrošnikovi vložitvi pritožbe odtegne svoje soglasje za sodelovanje. Izjema so situacije, kjer država sama določa obvezno sodelovanje trgovcev,²⁶ splošne obveznosti pa niti Direktiva ARPS niti Uredba SRPS ne določata. Prodajalec se tako na obvestilo platforme o vloženi pritožbi

sporov (SRPS). Platforma je na voljo na elektronski povezavi www.ec.europa.eu/odr. Ureditev izhaja iz Zakona o izvensodnem reševanju potrošniških sporov ter Uredbe SRPS.«

²³ Ur. l. RS, št. 81/15.

²⁴ Člen 18 Uredbe (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (prenovitev) – BU I bis, UL L št. 351, z dne 20. decembra 2012.

²⁵ Člen 6 Uredbe (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obilgacijska razmerja (Rim I), UL L 177, z dne 4. julija 2008.

²⁶ Drugi odstavek 2. člena Uredbe SRPS.

lahko sploh ne odzove (elektronskega sporočila na primer niti ne odpre), kar bo negativno vplivalo na mnenje potrošnikov o platformi. Če bodo namreč ti sprva množično vlagali pritožbe, od prodajalcev pa ne bodo dobili nobenega odgovora, bodo možnost tovrstnega reševanja sporov začeli obravnavati kot neresno in je ne bodo več uporabljali.

Prodajalec je ob posredovanju pritožbe pozvan, da v 10 koledarskih dneh izjavi, ali se zavezuje oziroma je že zavezan k uporabi katerega od izvajalcev zunajsodnih postopkov reševanja potrošniških sporov, in če ni, ali je pripravljen pristopiti k postopku pred katerim od pristojnih izvajalcev. Njegov odgovor platforma nemudoma posreduje pritožniku, ki mora nato v desetih koledarskih dni podati soglasje z izbranim izvajalcem. Glavno moč pri izbiri izvajalca imajo tako prodajalci, zaradi česar je njihov položaj v tem mehanizmu reševanja sporov razmeroma močan, kar lahko pozitivno vpliva na njihovo pripravljenost sodelovati v tovrstnih postopkih. Če stranki v 30 koledarskih dneh ne dosežeta soglasja o izbranem izvajalcu, se postopek šteje za končan, primer pa je po preteku šestih mesecev izbrisan s platforme.

3.5. Spletni postopek

Potem ko izbranega izvajalca potrdira obe stranki, se slednjemu pritožba posreduje samodejno in nemudoma (9. člen Uredbe SRPS), ta pa lahko stranka v treh tednih po njenem prejemu (četrti odstavek 5. člena Direktive ARPS) sporoči, da spora ne sprejema v obravnavo. Posamezni izvajalec lahko namreč v svojih pravilih predvidi, da posamezne pritožbe ne bo obravnaval zaradi katerega od v Direktivi ARPS navedenih razlogov: če potrošnik spora pred tem ni poskušal rešiti pri trgovcu samem, če je spor neresen ali nadležen, če spor obravnava ali ga je že prej obravnaval drug organ za alternativno reševanje sporov ali sodišče, če vrednost zahtevka ne dosega vnaprej določenega denarnega praga ali ta prag presega, če potrošnik pritožbe ni vložil v vnaprej določenem roku ali če bi obravnava te vrste spora resno ogrozila njegovo učinkovito delovanje (četrti odstavek 5. člena).

Po prejemu pritožbe izvajalec stranki obvesti o pravilih in stroških postopka. Ker izvajalci sami določajo pravila postopkov, ki jih vodijo, se postopki različnih izvajalcev po načinu izvedbe, pravilih in moči izida lahko bistveno razlikujejo, zato je smiselno, da stranke pri izbiri izvajalca upoštevajo tudi lastnosti posameznih postopkov. Ne glede na pravila posameznih postopkov pa morajo biti pri tem vedno spoštovani standardi, ki jih zahteva Direktiva ARPS (strokovnost, neodvisnost in nepristranskost, preglednost, učinkovitost, pravičnost ...), za kar skrbi država članica, ki ustreznost posameznega organa preveri pred njegovo uvrstitvijo na seznam izvajalcev. Poleg tega je v zunajsodnih postopkih, »katerih cilj

je rešitev spora z naložitvijo rešitve potrošniku»,²⁷ zaradi varstva slednjih nujno spoštovanje kogentnih določb potrošniškega prava države članice potrošnikovega običajnega prebivališča (načelo zakonitosti) – 11. člen Direktive ARPS se glede tega sklicuje na prvi in peti odstavek 5. člena Konvencije o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih z dne 19. junija 1980 (Rimska konvencija)²⁸ in prvi in drugi odstavek 6. člena Uredbe Rim I. Tako se kljub zunajsodni poti reševanja sporov ne izognemo vprašanju prava, ki se uporablja (kot se na primer izognemo vprašanju sodne pristojnosti), kar pa od izvajalcev tovrstnih postopkov zahteva znanje potrošniškega prava držav članic EU. Zato morajo postopke v tovrstnih organih izvajati ljudje z zahtevano izobrazbo in zadostnimi izkušnjami, še posebej kadar je v postopku izdana zavezujoča odločba.

V Direktivi ARPS oziroma Uredbi SRPS pa ni predvidena javnost tovrstnih zunajsodnih postopkov oziroma javna objava v njih izdanih odločb. Tako ni mogoče preveriti, kako posamezni izvajalec odloča v konkretnih primerih in ali oziroma kako uporablja kogentne določbe potrošniškega prava države članice potrošnikovega običajnega prebivališča, kar za potrošnike pomeni določeno negotovost. V primerjavi s temi so trgovci v boljšem položaju, tudi zato, ker se bodo sčasoma (ko bo proti njim pred izvajalcem, ki so ga izbrali sami, začelih že več postopkov – na primer zaradi slabe kvalitete določenega blaga) seznanili s prakso izvajalca in bodo zaradi večje informiranosti imeli v postopku prednost pred potrošnikom, ki bo v tovrstnem postopku sodeloval prvič. S tem se bo še dodatno povečala razlika v razmerju moči med trgovci in potrošniki, pri čemer so slednji že tradicionalno v šibkejšem (ekonomskem, informacijskem ...) položaju. Smiselno bi bilo tako zagotoviti večji nadzor nad delom izvajalcev zunajsodnih postopkov. Ta je sedaj zgolj v tem, da morajo izvajalci vsaki dve leti pristojnemu nacionalnemu organu poslati poročilo o številu sporov, ki so jim bili predloženi, vrsti pritožb, na katere so se nanašali, deležu postopkov, ki so bili ustavljeni pred uspešnim zaključkom, povprečnem trajanju reševanja predloženih sporov, ravni upoštevanja izida zunajsodnih postopkov, sistematičnih ali bistvenih težavah, ki se pogosto pojavljajo in povzročajo spore med potrošniki in trgovci, oceni učinkovitosti njihovega sodelovanja v mrežah izvajalcev zunajsodnih postopkov, ki podpirajo reševanje čezmejnih sporov, in usposabljanju fizičnih oseb, oceni učinkovitosti zunajsodnega postopka, ki ga ponuja organ, in možnosti za izboljšanje njegove uspešnosti (tretji odstavek 19. člena Direktive ARPS). Pri morebitnem povečanju nadzora nad izvajalci pa se je treba zavedati, da je prav zaupnost postopka in izida verjetno eden od dejavnikov, da se stranki (predvsem prodajalec) odločita za tak način reševanja spora.

²⁷ Prvi odstavek 11. člena Direktive ARPS. Podrobneje glej Pogorelčnik Vogrinc, str. 266.

²⁸ UL C 169, z dne 8. julija 2005.

Spletni postopek se lahko izvede prek platforme, ki brezplačno ponuja orodje za elektronsko vodenje postopkov, ni pa nujno (točka d četrtega odstavka 5. člena in točka d 10. člena Uredbe SRPS). Izvajalec ga lahko vodi tudi drugače, vendar pri tem ne sme (razen ob njunem soglasju) zahtevati fizične navzočnosti strank oziroma njunih zastopnikov (točka b 10. člena Uredbe SRPS). Tako se postopek praviloma izvede brez osebnega stika med izvajalcem zunajsodnega postopka in strankama, ki pa jima je zagotovljena možnost pisnega sodelovanja v postopku.

Za izvedbo postopka lahko izvajalec od potrošnika zahteva plačilo pristojbine, vendar zgolj v simboličnem znesku (točka c 8. člena Direktive ARPS). Po naključnem preverjanju višine pristojbin, ki jih zahtevajo izvajalci od potrošnikov, se zdi, da so ti pri večini plačila oproščeni oziroma znaša pristojbina le nekaj deset evrov. Stroški zunajsodnega postopka so tako, ne glede na izid postopka, preloženi na prodajalce, kar jih lahko odvrne od sodelovanja v tovrstnih postopkih.

Spletni zunajsodni postopek mora biti zaključen v 90 koledarskih dneh od prejema popolnega spisa (5. člen Uredbe št. 2015/1051 in točka e 8. člena Direktive ARPS). V zapletenih zadevah je rok mogoče podaljšati, vendar Direktiva ne določa, katere zadeve se štejejo za zapletene in za kako dolgo se v takih primerih rok lahko podaljša. Tudi sicer niso predvidene sankcije za izvajalca, če bi postopki trajali dlje, vendar menim, da je strah pred pretiranim podaljševanjem postopkov odveč. Na evropski platformi so objavljeni podatki o povprečni dolžini trajanja postopkov pri posameznih izvajalcih in mogoče je opaziti, da so večinoma bistveno krajši od predpisanih 90 dni. Izvajalci si tako očitno pri pritegnitvi strank konkurirajo z dolžino trajanja postopkov, zaradi česar ni pričakovati, da bi zgolj zaradi odsotnosti zagroženih sankcij po nepotrebnem prekoračevali predpisani rok.

Ali je izid postopka zavezujoč ali ne, je odvisno od postopka in izvajalca, vendar se o tem stranki lahko vnaprej podučita na spletni platformi še pred podajo soglasja za posamezni postopek. Četudi izvajalec postopka o sporu odloči in odločitev stranki zavezuje, pa se lahko pojavi problem njene (čezmejne) prisilne izvršbe. ZIsRPS sicer določa, da ima zavezujoča odločba (slovenskih izvajalcev tovrstnih sporov) pravni učinek arbitražne odločbe (tretji odstavek 22. člena), toda moč zavezujočih odločb, izdanih v tovrstnih postopkih, na splošno v Direktivi ARPS in Uredbi SRPS ni določena. Tako je mogoče, da ostane, če prodajalec obveznosti ne izpolni prostovoljno, neizvršljiva, potrošnik pa mora začeti sodni postopek.

Takoj ko je postopek končan, izvajalec platformi (v elektronskem obrazcu, dostopnem na platformi) sporoči datum prejema spisa, predmet spora, datum zaključka in njegov izid (točka f četrtega odstavka 5. člena, točka c 10. člena Uredbe SRPS in četrti odstavek 5. člena Uredbe št. 2015/1051). Platforma je torej

vedno obveščena o koncu postopka, šest mesecev po tem pa lahko stranki na platformi podata povratne informacije o delovanju platforme ter o izvajalcu, ki je obravnaval konkretni spor (točka g četrtega odstavka 5. člena Uredbe SRPS in 8. člen Uredbe št. 2015/1051).

3.6. Spletno reševanje domačih potrošniških sporov

Predstavljeno pot prek platforme do spletnega postopka reševanja spora je mogoče uporabiti tudi za domači potrošniški spor. Slovenski potrošnik tako lahko (elektronsko) pritožbo vloži tudi proti trgovcu s sedežem v Sloveniji. Vsi tisti, katerih navedbo o tem, katerega izvajalca priznavajo, sem našla med naključnim iskanjem, so se odločili za izvajalca, registriranega v Sloveniji, pri čemer jih je na seznamu izvajalcev postopkov izvensodnega reševanja potrošniških sporov Ministrstva za gospodarski razvoj in tehnologijo trenutno sedem, pet od njih pa jih je Slovenija javila Evropski komisiji kot izvajalce spletnih postopkov.²⁹

4. Sklep

Uvedba spletne platforme na ravni EU je izjemno pomembna in bo bistveno olajšala pot do uveljavljanja pravic 500 milijonov evropskih potrošnikov, predvsem v čezmejnih sporih. Za stranki potrošniškega spora reševanje tega v zunajsodnem postopku, tudi spletnem, ni obvezno (četudi je kje določena obveznost za trgovca, se tak postopek ne sme končati z zavezujočim izidom), zaradi česar ni poseženo v njuno pravico do učinkovitega pravnega sredstva in nepristranskega sodišča.³⁰ Potrošnik se za tako pot odloči prostovoljno, k čemur ga spodbujajo številne prednosti. Ker je celoten postopek elektronski in je njegovo trajanje omejeno na 90 dni, bo bistveno hitrejši kot sodni postopek. Poleg tega bo tudi cenejši. Čeprav je skupni strošek tovrstnih postopkov (upoštevajoč stroške postavitve platforme) velik, potrošniki plačajo le nizko pristojbino. Postopki tečejo brez osebnega srečanja strank, kar jim prihrani stroške poti, poleg tega pa so tako enostavni, da lahko v njih sodelujejo sami, brez odvetnika. S tovrstno možnostjo enostavnega reševanja potrošniških sporov naj bi se po predvidevanjih Evropske komisije povečalo zaupanje potrošnikov v nakupovanje prek interneta, pri čemer bi jim omogočila primerjavo cen različnih ponudnikov in nakup pri najcenejšem od njih (četudi tujem). Ocenjeno je, da bodo s tem evropski potrošniki, ki kupujejo na internetu, skupno prihranili 2,5 milijarde evrov,³¹ izboljšan pa bo

²⁹ Glej www.mgrt.gov.si/si/delovna_podrocja/notranji_trg/sekter_za_varstvo_potrosnikov_in_konkurence/seznam_izvajalcev_irps/ (29. 5. 2017).

³⁰ Člen 47 Listine o temeljnih pravicah. Tako 26. uvodna določba Uredbe SRPS.

³¹ Impact Assessment, SEC(2011) 1408 final, str. 83–84.

tudi položaj trgovcev. Te namreč pri prodaji blaga v tuje države članice EU ovira tveganje, da se bodo s potrošnikom znašli v sporu, zaradi česar jim grozijo visoki stroški, povezani s sodnimi postopki v tuji državi članici. Sedaj bodo tovrstne ovire za čezmejno prodajo manjše (v državah članicah, kjer postopek lahko začne tudi trgovec proti potrošniku, pa jih sploh ne bo več), saj bodo potrošniki uporabljali spletne postopke, ki bodo v primerjavi s sodnimi cenejši tudi za trgovce. Uvedba tovrstnega mehanizma bo torej pomenila finančni prihranek na strani strank (predvsem potrošnikov), hkrati pa se bo krepil notranji trg EU in večala gospodarska rast.³²

Literatura in viri

- POGORELČNIK VOGRINC, Neža, Implementacija Direktive 2013/11 o alternativnem reševanju potrošniških sporov v slovenski pravni red. V: Ana Vlahek (ur.), Matija Damjan (ur.), Pravo in politika sodobnega varstva potrošnikov. Ljubljana: IUS Software (GV Založba), Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti, 2015.
- RAYMOND, Anjanette H., Yeah. But did you see the gorilla? Creating and protecting an informed consumer in cross-border online dispute resolution. *Harvard Negotiation Law Review*, 2014, št. 19, str. 129–171.
- SHACKELFORD, Scott J., RAYMOND, Anjanette H., Building the virtual courthouse: Ethical considerations for design, implementation, and regulation in the world of ODR. *Wisconsin Law Review*, 2014, št. 3, str. 615–657.

³² Impact Assessment, SEC(2011) 1408 final, str. 29.

The Disputable Scope of EU Competence to Regulate Consumer Law

David Sehnálek¹

1. Introduction

The main aim of this chapter is to question the scope of the competence of the European Union to regulate matters related to consumer protection and specifically the way in which this competence is exercised. In the first part, general remarks on the EU competence will be made, whereas the second part will outline several specific problems related to online contracts. Issues concerning consumer protection regulation in the Czech Republic will be elaborated therein as well.

The goal of this chapter is to point out that the current EU legislation is not proper for several reasons. Firstly, its scope is too broad and by adopting it the European Union went far beyond its competences. Secondly, it is too formalistic, which limits the free will and autonomy of parties. And thirdly, its effectiveness is limited in practice. Possible solutions will be discussed in the final part of this chapter.

2. General remarks on EU competence to regulate consumer law

The purpose of the consumer protection law might appear different if perceived from the perspective of national law and from the perspective of the EU law. Whereas the first one focuses primarily on the policy itself, the second should deal also with the question of who shall be responsible for the formulation of this policy. The perspective of national law is focused primarily on the protection itself and does not need to question the competence to legislate. The perspective of the EU law is different though. It is closely related to cross-border trade on one side, and the legal basis establishing the competence of the European Union to act on the other.

¹ This text was published as an outcome of the scientific project European Private Law within the Time and Espace (Evropské soukromé právo v čase a prostoru).

It is generally accepted or even taken for granted that consumers must be protected as much as possible. The prevailing opinion is that this protection has to be achieved by means of the EU law. However, the true reasons for the EU involvement are often overlooked. It is therefore necessary to address this issue first.

Historically, certain pieces of national laws that aimed at consumer protection had a hindering effect on trade between Member States. The problem may be well demonstrated on the example of the famous case *Cassis de Dijon*.² The dispute in this case was caused by the existence of different legal standards in Member States. Various approaches to similar or even the same issues are natural due to different historical, cultural and legal systems and traditions of the Member States. The need to regulate and to protect, and subsequently the level and intensity of such regulation, are not perceived the same among Member States. Such disparity may nevertheless become an obstacle to cross-border trade if they are not mutually compatible.³

The general solution to the existing divergence introduced by the Court of Justice acknowledged that certain level of protection of some important values might be necessary.⁴ The protection of consumers was declared to be one of such mandatory requirements.⁵ However, the Court of Justice also ruled that foreign goods must be generally accepted even if they do not meet local standards of protection. Same conclusions can be extended to services.

In other words, and to put it in a simple way, the perception of what is necessary to protect the consumer varied between Member States. These differences had a negative impact on intra-EU trade and the solution introduced within the EU law was in principle based on the principle of mutual recognition and thus in favour of free trade. From here, it is quite close to harmonisation of national laws. The European Union's competence to act is easier to justify. It is safer as well as easier for Member States to identify and negotiate within the structure of the European Union one common standard rather than blindly rely on one other.⁶ And this was also the point where something had gone wrong.

² Judgment of the Court of Justice of 20 February 1979, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, case 120/78, EU:C:1979:42.

³ Prohibited by Article 34 TFEU.

⁴ This approach was confirmed in many decisions of this court and can be regarded as settled case law. See for example judgment of the Court of Justice of 6 July 1995, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. v Mars GmbH*, case C-470/93, EU:C:1995:224, and judgment of the Court of Justice of 2 February 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb eV v Clinique Laboratoires SNC and Estée Lauder Cosmetics GmbH*, case C-315/92, EU:C:1994:34.

⁵ Šišková, p. 28.

⁶ An alternative would be the horizontal coordination of national policies between Member States. Adopting a common approach at EU level is not only more effective, but also means joint discussion

The legal basis for such harmonisation or even unification of consumer law became Article 114 TFEU. This provision, however, does not empower the European Union with general law-making competence, as it is related only to the internal market and its functioning. Mere existence of disparities between national rules is not sufficient to enable the European Union to harmonise law of the Member States.⁷ Emergence of obstacles must be likely, and the EU legislation must be designed to prevent them.⁸ Although such an approach seems rather restrictive, in practice, the Court of Justice interprets the competence of the European Union in a broad sense.⁹ The same is true for the Commission when drafting new pieces of EU legislation.

Another provision of the TFEU that touches upon the protection of consumers is Article 169. However, this provision does not establish general competence of the EU to legislate and regulate this policy. It only enables the EU to support Member States in this area.¹⁰ Almost all EU acts regulating the consumer protection are therefore based primarily on Article 114 TFEU, and not on Article 169 TFEU.

To put it in a narrower way, the historical grounds, as well as current legal basis are vitally connected with the internal market and with the trade between Member States. There is, however, no legal basis for EU legislation on consumer protection in general where there is no link to proper functioning of internal market. This is true in the case of both on-line and off-line transactions.

of the Member States and their consensus, or at least the approval of a qualified majority of them in voting within the Council, and is ultimately a reflection of their shared sovereignty. That is why I prefer to speak about Member States negotiating one common standard through the institutional structure of the European Union rather than about the Union forcing Member States to adopt its own standards. See also Hamulák, p. 54.

⁷ Judgment of the Court of Justice of 5 October 2000, *Federal Republic of Germany v European Parliament and Council of the European Union*, case C-376/98, EU:C:2000:544, Sec. 99.

⁸ Judgment of the Court of Justice of 8 June 2010, *The Queen, on the application of Vodafone Ltd and Others v Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, case C-58/08, Sec. 33.

⁹ Weatherill, p. 1307.

¹⁰ According to Article 169 sec. 2 b) TFEU the European Union may adopt *measures which support, supplement and monitor the policy pursued by the Member States*. The national policy as well as laws thus shall not be replaced by the EU law. There are, however, also different opinions which I do not share. According to Mak, the harmonisation based on this provision is possible. The argumentation is based on pre-Lisbon wording of Article 169 TFEU, its wording remains nevertheless in principle the same. The fact that consumer protection policy belongs to shared competences according to Article 4 sec. 4 f) TFEU supports such view. Mak, p. 64.

3. Does the consumer want to be protected? And does he deserve strong protection?

It is generally accepted that the consumer must be protected. It is also generally accepted that the need for consumer protections is even stronger in cyberspace. The EU legislation indeed reflects both these demands. In contract law, the most important standards are provided in a number of EU directives. From the perspective of this chapter, the most relevant are Directive on consumer rights¹¹ and Directive on unfair contract terms.¹² Both have been adopted under Article 114 TFEU and thus with close connection to the internal market. However, both of them in fact protect a consumer even if there is no link to cross-border trade. They also go far beyond what is necessary to achieve the aim of consumer protection under the EU law. Their negative impact is even stronger in case of on-line transactions. Let me mention some examples of (Czech) consumers' unfair behaviour from the Czech Republic:

1. Some goods serve their purpose only for a limited period during the calendar year. They are simply needed only temporarily, just for several days, a week or two for example, during the summer vacation. A quite common practice in the Czech Republic is to purchase such goods (quite often expensive electronics such as cameras) online right before the vacation starts. Such goods are later, after the vacation ends, returned. Such behaviour is unfortunately formally legal, and thus it is quite hard to fight against it. However, the true intent of the legislator was not to enable the consumer free use of the goods concerned, but to try it and test its parameters and qualities.¹³ Some goods once used can hardly be sold again, even if returned with no damage, which was, for example, a case of one e-shop that was selling women underwear.
2. The current legislation enables the consumer to take advantage from it in many other ways. Some consumers tend to order goods from several traders and choose to pay by cash on delivery but never actually take over the goods. The trader then bears costs of packaging and delivery. From the legal perspective, the *pacta sunt servanda* principle was sacrificed in favour of *first come, first served* choice of the consumer.

¹¹ Directive 2011/83/EU of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 304, 22. 11. 2011.

¹² Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95, 21. 4. 1993.

¹³ Directive 2011/83/EU, Sec. 37 of the Preamble.

3. Another quite common practice is to buy electronics, most often cell phones, and to intentionally damage them after several months.¹⁴ The damage must be done to parts that are not easy to identify or replace. The costs of expert opinion proving that the damage was covert and intentional must be at this point borne by trader; such costs are considerable and the result not always predictable. Thus, in many cases, the claims are successful. However, the need to replace the damaged goods with new ones results in higher prices for everybody. It also affects the policy of the trader and its willingness to solve these problems in an amicable manner. As a result, it generally becomes harder to claim consumer rights, thus affecting honest consumers the most.

These are only a few most common examples of abuse of the consumer protection granted by the EU consumer law, which happen mostly in online transactions. These are also examples of how the legislation, which was introduced for the good of consumers to protect them against abuse by a trader, is abused by the one who was once thought to be the victim.

This text does not aim to dispute the fact that there is a need for consumer protection. However, it should be also emphasised that the legislation sometimes protects someone who:

1. does not want to be protected, or
2. does not deserve to be protected

3.1. Consumers sometimes do not want to be protected

Referring to the first category, current legislation protecting consumers seems to be too absolute as it does not take into account that human beings sometimes want to make choices that they might regret in the future and that they know of.¹⁵ Thus, the liberty of an individual was replaced by a common idea of a general good. As a result, the individual has only a limited free choice. Someone else, the legislator, has in advance decided for him what is (or what shall be) the best for him. The question in case of consumers is how much we trust an individual, to what extent we want to protect them against themselves? Choosing fair limit, balancing different needs, that is what matters and what is the most difficult. It should be always remembered that no choice at all might provide enough security, but is no different from a tyranny. Another question that must be asked is, what

¹⁴ In case of electronics, cell phones for example the easiest way to damage the mis to burn their motherboard. This is not that hard to do and it possible to do it at home with no or limited costs. Sometimes, instructing videos can be found online.

¹⁵ See Article 25 of Directive 2011/83/EU which states: „Any contractual terms which directly or indirectly waive or restrict the rights resulting from this Directive shall not be binding on the consumer.”

kind of protection should be introduced? And does the legislator really know better what is good or best for individuals? Here, again, it might be tempting for a legislator to work for greater good, but is a legislator the one who possesses all the qualities to decide what is the best for others?¹⁶ Sometimes, it is nice to have the free choice, even if it may result in a loss.

The current legislation also does not fully take into account that consumers are in reality people of different background, education, knowledge, beliefs, aspirations, and needs.¹⁷ Consequently, the level of protection shall also be somehow differentiated. I do not want to question the idea to protect the consumer as such. The problem cannot be solved easily in a binary way; it is not either *yes* or *no*. On the other hand, what shall be questioned is the extent of protection and its limits.¹⁸ The approach to very old or to the least educated cannot be the same as, for example, to well-educated young people. The legislation, however, does not differentiate at this (necessary) level.¹⁹

Sometimes, consumers do not want to be protected, since the consumer protection law prevents them from access to the only solution of their life situation. In such a case, it is quite easy to circumvent the consumer protection. However, additional costs occur and it is the consumer who bears them. In order to set away standards of protection that are too strict, consumers are for example sometimes asked to apply for trade certificates first. This shifts the contract, which was originally B2C, to the B2B category with no protection at all. This might seem a fair solution if consumers truly know consequences of their actions, are well informed and their action reflect their free will. It is, however, not consistent with the aim and purpose of the consumer protection law. Additionally, traders sometimes tend to misuse this solution and force the consumer to accept it, and the consumer indeed does, since there is often no other solution available. This situation subsequently constitutes a serious problem for Czech courts as they

¹⁶ As it was said in a quote attributed to Clive Staples Lewis "Of all tyrannies, a tyranny exercised for the good of its victims may be the most oppressive. It may be better to live under robber barons than under omnipotent moral busybodies. The robber baron's cruelty may sometimes sleep, his cupidity may at some point be satiated; but those who torment us for our own good will torment us without end, for they do so with the approval of their own conscience."

¹⁷ The EU legislation differentiates only between two normative concepts. Average consumer and vulnerable consumer are distinguished. The introduction of the concept of vulnerable consumer was a reaction on criticism of too simplistic approach which was typical for the average consumer concept. However, the question here is whether it is necessary to always protect every consumer. See Ippolito, Sanchez, p. 85, and Ondrejová, Sehnálek, pp. 205–2011.

¹⁸ Bejček, p. 23.

¹⁹ There are some exceptions, for example the concept of particularly vulnerable consumer in Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, OJ L 149, 11. 6. 2005.

tend to focus on simple (sometimes rather primitive) grammatical method of interpretation of laws. Their tendency to have everything proved beyond any reasonable doubt also does not help here, since the consumer often has no funds and means to prove that they were manipulated or deceived.

3.2. Consumers sometimes do not deserve to be protected

As to the second category, the approach to consumer protection seems to be too one-sided. We tend to presume that it is always the consumer who is the weaker party and that they are thus the one who deserves the protection. By doing so, we tend to forget that there is a huge difference between a small or mid-sized business on one side and a multinational company on the other. The consequence of strict protection is that small and mid-sized business must face the pressure from two sides. Competition from big business on one side and economic pressure from consumers on the other. What should be noted here is that trader is one, whereas consumers, if I can use the biblical quotation, “*are legion for they are many*”. Their fully legal, though unfair, behaviour that was described above in this text may have a serious negative impact on smaller sized traders. Something that a big company may sustain might be devastating for the smaller ones. In the end, the consumer law becomes an effective barrier to trade and competition. This is quite ironic, since it was trade that gave rise to the consumer protection law in the first place, as we have already seen from the case law of the Court of Justice.

The trader is the one who is presumed to have a certain stronger position over the consumer and, as such, its actions are regulated in a very strict manner. However, such regulation enables consumers to take unfair advantage from it as has been already demonstrated. Consumer is not always the victim, they can also be a very intelligent being and as such think rationally and act purposefully in order to take even unfair advantage from the protection they were granted.

All the above-mentioned arguments were aimed mainly against the consumer protection itself, or in other words, against the policy. Nevertheless, the justification of the EU competence to adopt such legislation is also weak and may be disputed based on empiric arguments. Statistically, the majority of all transactions as well as disputes remain purely national, as there are fully executed within one state only. Thus, the subsidiarity principle²⁰ may be well used as a strong argument to prioritise the legal regulation via the national law.²¹ Unfortunately, this

²⁰ Article 5 TEU.

²¹ The centre of gravity of the problem is on the level of the Member State, thus I am convinced that it is for the Member State and for the EU to deal with this problem.

principle is often neglected.²² In practice, it is almost impossible to invoke this principle to contest the existence of the EU competence to legislate.²³

In addition to that, discrepancies between different legal standards may have some impact on consumers' decisions and thus full harmonisation may contribute to the increase of their legal certainty.²⁴ In practice, ordinary consumers do not even possess the knowledge about the laws of their own country. And to be honest, they often do not care what the legal standards are, nor do they read the terms of contract, especially when purchasing goods or services online. The price, speed, and varieties of delivery, other consumer reviews, variety of payment methods – those are the decisive factors for an average consumer. From this perspective, the cross-border trade, even if conducted via electronic means of communication, is disadvantaged as different national languages and length and costs of transportation (the distance in general)²⁵ constitutes true barriers to trade. And those are not easy to overcome.

The aforesaid demonstrates that the legislation may have gone too far from trade regulation within the internal market. It seems that consumer protection is always the first instance matter, even if there is a weak or no link at all with cross-border trade in EU. This is certainly not in accordance with the EU competences. This brings us back to the beginning of this chapter. The perspective of national law is different from the perspective of the EU law. The question “*Shall we regulate?*” must be within the EU always accompanied by additional one: “*Is it for the EU to legislate, or shall the legislation be adopted at the national level?*”

4. Is there a solution? And does it have to be an EU solution?

To sum up, the current EU regulation of consumer transactions might be defective for several reasons:

1. It shall contribute to better cross-border trade but fails to do so. It is too strict on traders and favours consumer too much. As such, it often creates a trade barrier rather than simplifies cross-border transactions.
2. It shall contribute to better functioning of the internal market. Cross-border trade was the first and the main reason for EU involvement in consumer

²² Pauknerová, p. 185.

²³ Weatherill, p. 1310.

²⁴ Directive 2011/83/EU Sec. 5–7 of the Preamble.

²⁵ The argumentation based on distance between the trader and the consumer applies in general, even within the same country. From a certain length, the distance is no longer relevant. For a consumer, even a trader residing in another region of one state may not be *de facto* accessible.

transactions regulation. However, in practice, the EU legislation is mostly applied to purely internal transactions. In addition to that, it does not allow to reflect national differences.

3. The regulation itself is too one-sided as it favours the consumer, and is in addition to that too casuistic.²⁶ EU directives bear more resemblance to encyclopaedias than laws. This is problematic as all the art of legal thinking and argumentation and creativity in trials is vanishing. This may also contribute to the tendency to accent grammatical interpretation over the teleological method. Some problems, however, can hardly be solved without the purposive approach.

A few years ago, the Commission has proposed a new regulation called “*Common European Sales Law*”.²⁷ The aim of this regulation was to create a set of rules that would be directly applicable to cross-border transactions, in particular sales of goods and digital services, both in B2C and B2B transactions. As such, this regulation would have had a great impact on online commerce transactions. However, the Commission has abandoned it due to the resistance from the Member States. The idea of a set of rules solely for cross-border transactions that would reflect online specifics is not that bad overall.²⁸

As a solution to what I see as a problem with the current EU legislation on consumer protection, I would like to suggest the following:

1. The EU shall take a step back. My impression is that consumers, their preferences, and level of legal awareness differ across Member States. The EU shall not fight this fact but rather accept it. Thus, we need to accept the shared nature of EU competence, and the EU shall legislate solely in cases involving cross-border elements. The rest shall be regulated by national laws.²⁹ There is always an option for the national legislator to extend the application of EU standards either wholly or to a certain extent also to purely national transactions.
2. The EU has lately shifted its approach from minimum to full harmonisation in consumer law.³⁰ There are certain reasons for which such a solution is

²⁶ Directive was once perceived as framework legislation. This is however, not true anymore. Křepelka, p. 231.

²⁷ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law.

²⁸ Some authors suggest that directive should be in future replaced by regulations in general. Mostly for political and practical reasons. See Křepelka, pp. 222 and 223.

²⁹ Unfortunately, the respect for different legal systems and traditions of the Member States (*right on diversity*) is as an imperative which is codified only in the area of freedom, security, and justice in Article 67 TFEU and not in Articles 114 TFEU and 169 TFEU. See Pauknerová, p. 185.

³⁰ Sec. 2 of the Preamble of Directive 2011/83/EU.

better. It seems to be more in line with Article 114 TFEU, since the approach based on minimum harmonisation allows stricter national standards that then constitutes obstacles to trade. However, current directives are so comprehensive that they seem to be “hidden or de facto regulations” rather than true directives.

3. Directives may seem more proportionate from the perspective of Member States.³¹ However, they cause many problems. It would be more practical to use regulations instead. There are political as well as legal reasons for that. According to my experience, Czech courts have only a limited capability and knowledge of direct and indirect effects of EU directives in practice. National law is often interpreted without any reference to directives that are behind it and thus incorrectly.³² With regulations, the true nature of the applicable standards would be revealed and their EU character would be more visible for practice.³³ Additionally, consumer protection is one of very practical and useful areas of activities of the EU. In Eurosceptic states, such as the Czech Republic, “visible” regulations would contribute to better perception of the European Union. Directives are hidden and the majority of population is not aware of their existence.
4. The rules shall be less casuistic. Furthermore, all rules shall be based more on principles of equality and fairness for both sides. In fact, many issues addressed by the EU consumer law can be solved through existing institutes of national law.³⁴ We shall trust judges and give them room for discretion. This is also true in states where the focus on grammatical interpretation is strong and where creative teleological approach does not have its place. The situation will gradually change. Every case is different and only judges can (and shall) fully assess all circumstances of each case. When it comes to legal regulation, sometimes less is more.

³¹ According to the principle of subsidiarity, directives may represent more compatible solution compared to regulations. It was expressly stated in Protocol No 30 on the application of the principles of subsidiarity and proportionality that “*The Community shall legislate only to the extent necessary. Other things being equal, directives should be preferred to regulations...*”. This text was, however, not taken over to the recent wording of this protocol. Since many directives are so comprehensive that they are not framework legislation anymore, the former wording of the protocol was no longer true. The omission of the text may be understood as a silent confirmation of this. Křepelka, p. 231.

³² Many examples of incorrect application of EU law by Czech courts are analysed by Stehlík et al. in Stehlík, 2014.

³³ Křepelka, p. 219.

³⁴ Many transactions where the consumer was harmed seem to be *contra bonos mores*, which is an institute present in many jurisdictions. Yet, its application in practice is very limited in the Czech Republic. Sadly, the focus on grammatical interpretation of recent codified standards leads to a further exclusion of this principle from practice.

5. With the switch from directives to regulations, additional transfer of competences shall be assessed. For cross-border transactions, especially those on the internet, enforcement by federal-like EU agency³⁵ might be a more effective way compared to current decentralised national enforcement. Such a change would most likely require the change of primary law, which is not likely in the near future, but from a longer perspective such possibility shall be taken into the account. The inspiration may be taken from the system of rules on competition and the role that the Commission has in this policy. Such EU agency could enforce especially the rules against unfair commercial practices in cross-border transactions. A list of problematic and banned traders as well as sites, which would be established on the EU level, would be helpful.
6. Instead of unifying national standards, the European Union should contribute to their better understanding. Only the EU has the sufficient resources to facilitate or even directly manage the translation of leading national commentaries into all national languages. Such an activity would promote a better understanding of the living law in practice in European Union and contribute to the completion of internal market.

5. Conclusion

To conclude, I am convinced that the EU shall focus more on trade regulation and less on consumer protection, regulate less but more effectively. To me, internet and online transaction are not something that might cause problems in functioning of the internal market due to differences in national regulations. We should remember that a “European consumer” and a common standard of a consumer applicable to all EU consumers is an illusion – people and their preferences differ significantly across European countries. It seems to me that the tendency to abide by the law and the tendency to look for loops and holes in law are different in different states. Purely internal situations would be better regulated on the national level.

Furthermore, internet and online transactions should be perceived as a challenge that may test the national laws, since it brings them into direct competition.³⁶ Problematic situations can be easily solved by current rules of private interna-

³⁵ Institution similar to Federal Trade Commission enforcing the Federal Trade Commission Act in United States.

³⁶ The EU law often contributes to such direct confrontation of national laws which may result in evolutionary processes in law. The developments in one legal order, if successful, will find their place in legal orders of other Member States. This influence of EU law can be demonstrated, for example, on the impact which the British company law had on regulation of company laws in Germany or the Czech Republic. Sehnálek, pp. 107–118.

tional law, as is done by Rome I Regulation³⁷ and the so-called materialisation of conflict rules.³⁸ The existence of this tool is underestimated in case of substantive consumer law.

Literature

- BEJČEK, Josef, *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*. 1. ed. Brno: Masarykova Univerzita, 2016.
- HAMULÁK, Ondrej, *Integrating Europe and the Sovereignty of the Czech Republic*. 1st ed. Olomouc: Palacky University in Olomouc, 2013. P. 132.
- IPPOLITO, Francesca, SANCHEZ, Sara I., *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework*. Hart Publishing, 2015.
- KŘEPELKA, Filip, *Nahrazování směrnice nařízeními (důvody, skutečnost, možnosti)*. *Právník*, 2017, no. 3, pp. 213–234.
- MAK, Vanessa, *Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonization?* *European Review of Private Law*, 2009, vol. 1, pp. 55–73.
- ONDREJOVÁ, Dana, SEHNÁLEK, David, *Vliv práva Evropské unie na českou regulaci nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik*. 1. ed. Brno: Masarykova univerzita, 2016.
- PAUKNEROVÁ, Monika, *Evropské mezinárodní právo soukromé a zamyšlení nad výročím Římských smluv*. *Právník*, 2017, no. 3, pp. 179–191.
- SEHNÁLEK, David, *Evoluční teorie a právo (státní a unijní)*. *Sociální studia*, 2015, vol. 12, no. 2, pp. 107–118.
- STEHLÍK, Václav, HAMULÁK, Ondrej, JIRÁSEK, Jan, BONČKOVÁ, Helena, PETR, Michal, *Unijní právo před českými soudy*. Praha: Leges, 2014.
- ŠÍŠKOVÁ, Naděžda et al., *Evropské právo 2. Jednotný vnitřní trh*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012.
- WEATHERILL, Stephen, *The Consumer Rights Directive: How and Why a Quest for “Coherence” has (Largely) Failed*. *Common Market Law Review*, 2012, no. 4, pp. 1279–1318.

³⁷ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177, 4. 7. 2008.

³⁸ Article 6 Sec. 2 of the Rome I Regulation.

Varstvo potrošnikov pri spletnem poslovanju

Povzetki

Kolizijskopravno varstvo potrošnikov pri sklepanju klasičnih in elektronskih pogodb

Jerca Kramberger Škerl

S postopnim uveljavljanjem globaliziranega trga, množičnim turizmom, uveljavitvijo štirih svoboščin v EU, predvsem pa vedno bolj razširjeno uporabo spletnega poslovanja skokovito raste število pogodb z mednarodnim elementom, ki jih sklepajo potrošniki, s tem pa tudi število čezmejnih potrošniških sporov. V drugi polovici 20. stoletja se je razvilo varstvo potrošnikov kot šibkejših pogodbenih strank tako v nacionalnih vsebinskih in procesnih predpisih, kot tudi na področju mednarodnega zasebnega prava. Posebne kolizijske norme s tem namenom so bile na ravni EU sprejete v Rimski konvenciji iz leta 1980, nato pa, z nekaterimi spremembami, ki med drugim upoštevajo razvoj elektronskih tehnologij, prevzete v aktualno Uredbo Rim I, ki je v Sloveniji nadomestila prej veljavna kolizijska pravila in se uporablja ne glede na to, ali je razmerje povezano z državo članico EU ali s tretjo državo.

Uredba Rim I področje uporabe varstvenih kolizijskih pravil določa z opredelitvijo pojmov potrošnika, podjetnika in okoliščin sklenitve pogodbe. Za elektronske pogodbe je najpomembnejši pogoj, da je podjetnik svojo dejavnost »usmerjal« v državo potrošnikovega običajnega prebivališča. Usmerjanje dejavnosti je pravni standard, ki ga z odgovori na vprašanja za predhodno odločanje napolnjuje tudi Sodišče EU, pri tem pa pazi na usklajenost varstva potrošnika v uredbah Rim I in Bruselj I bis.

Kadar so izpolnjeni pogoji za uporabo kolizijskoprnega varstva, Uredba Rim I kot temeljno navezno okoliščino uzakonja potrošnikovo običajno prebivališče. Stranki pa lahko tudi sami izbereta pravo, ki se naj se uporablja za njuno pogodbo, vendar s to izbiro potrošnik ne more biti prikrajšan za varstvo, ki mu ga nudijo kogentne norme države njegovega običajnega prebivališča. Pri presoji čezmejnih potrošniških sporov morajo torej sodišča včasih »sestaviti« norme izbranega prava in prava potrošnikove države, kar je lahko težavno. Kljub temu

teorija veljavno rešitev ocenjuje kot najboljši kompromis med pravnimi in ekonomskimi interesi obeh strank pogodbe.

Ključne besede: potrošnik, varstvo potrošnikov, Uredba Rim I, Rimska konvencija, Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku, kolizijsko pravo, kolizijske norme, pogodba, elektronska pogodba, mednarodno zasebno pravo, izbira prava

Uveljavljanje zahtevkov v primeru napake na blagu pri čezmejnem spletnem poslovanju

Miha Berdnik, Tadeja Žefran

Prispevek obravnava težave potrošnikov, s katerimi se srečujejo pri uveljavljanju garancij pri čezmejnem spletnem poslovanju. Te težave pogosto izvirajo iz razlik med posameznimi nacionalnimi ureditvami. Na eni strani imamo enotni evropski trg, na katerem velja prost pretok blaga in storitev, na drugi strani pa različne ureditve varstva potrošnikov po državah članicah EU, ki so posledica načela minimalne harmonizacije pri nekaterih ključnih direktivah s področja varstva potrošnikov. Zaradi različnih ureditev so potrebna kolizijska pravila, ki dajejo odgovor glede uporabe materialnega prava v posameznem primeru.

Posebej so izpostavljene tudi posebnosti slovenske ureditve in napor Evropske komisije za polno harmonizacijo področja. Prispevek poleg teoretičnega dela vsebuje tudi praktične primere, ki jih je v okviru svojega dela obravnaval Evropski potrošniški center. Ti primeri jasno kažejo, da je obstoječi sistem za potrošnike in podjetja preveč kompleksen in kličejo k poenotenju predpisov na tem področju.

Ključne besede: Varstvo potrošnikov, zakonsko jamstvo, stvarna napaka, čezmejno spletno poslovanje, kolizijska pravila, veljavno pravo, Uredba Rim I, Direktiva 1999/44/ES

Prodaja digitalnih vsebin po elektronski poti

Matija Damjan

Vse več digitalnih vsebin (digitalna glasba, filmi, računalniški programi, elektronske knjige itd.) se prodaja na daljavo, tako da prodajalec kupcu vsebino dobavi po elektronski poti, prek interneta. Takšna neopredmetena digitalna vsebina ne spada v klasični kategoriji blaga ali storitev, kar povzroča nejasnosti pri uporabi pravil potrošniškega prava za tovrstne transakcije. Direktiva 2011/83/EU o pravicah potrošnikov in slovenski Zakon o varstvu potrošnikov sta opredelila pojem digitalne vsebine in zanjo določila posebna pravila, zlasti glede predpogodbenih

informacij o funkcionalnosti in interoperabilnosti ter glede uveljavljanja pravice do odstopa od pogodbe. Digitalna vsebina, dobavljena z elektronskimi sredstvi, se po novi ureditvi obravnava ločeno od blaga in storitev. Pomanjkljiva pa ostaja zakonska ureditev odgovornosti za napake digitalne vsebine, ki je direktiva in zakon izrecno ne urejata.

Ključne besede: potrošniki, digitalna vsebina, pogodba na daljavo, odstop od pogodbe, jamčevanje za napake, produktna odgovornost, direktiva o pravicah potrošnikov

Skupna pravila EU o digitalnih vsebinah: izzivi za domačega zakonodajalca

Róbert Dobrovodský

Evropska komisija je predlagala direktivi o dobavi digitalne vsebine potrošnikom in o spletni prodaji blaga potrošnikom. Njun skupni cilj je doseči enotno raven varstva potrošnikov in spodbuditi več dobaviteljev za dobavo potrošnikom v drugih državah članicah. Članek obravnava posebne zakonodajne izzive za nacionalnega zakonodajalca, ki izhajajo iz izvajanja direktive o dobavi digitalne vsebine po njenem sprejetju. Probleme pri izvajanju lahko še posebej povzročijo širok pojem digitalne vsebine, nejasna razmejitev med dosegom predlaganih direktiv in vprašanje zagotavljanja nasprotne izpolnitve v nadenarni obliki, zlasti v obliki osebnih podatkov ali kakršnih koli drugih podatkov za digitalne vsebine.

Ključne besede: digitalni enotni trg; potrošnik; digitalna vsebina; dobavitelj; pravice potrošnikov; vgrajene digitalne vsebine; osebni podatki; drugi podatki; nasprotne dajatve; obdelava podatkov; Splošna uredba o varstvu podatkov; največje usklajevanje; digitalna oblika; video; zvok; digitalne igre; programska oprema; internet stvari; pametno blago; pametne hiše

Hitra nezavarovana posojila v Latviji: EOM

Inese Druviete

Sektor hitrih nezavarovanih posojil je po letu 2007 v Latviji hitro rasel, zlasti ga je pospešila finančna kriza. Trenutno je delež nezavarovanih hitrih nebančnih potrošniških posojil na daljavo v celotnem kreditnem portfelju več kot 40% in kaže trend naraščanja. Ponudniki hitrih kreditov so nastopili v trenutku, ko so banke nerade zagotavljale kratkoročno financiranje potrošnikom brez ali s slabo kreditno zgodovino. Posojila so bila na voljo, vendar po zelo visokih obrestnih merah. Vendar so pomanjkanje izbire in nizka finančna pismenost na eni strani

ter intenzivno oglaševanje in ohlapna regulacija oziroma dejavnost države na drugi strani pripeljali do težkih družbenih posledic. Tovrstno kreditno dejavnost se krivi za zlorabe potrošnikov, ki so povečale revščino in potisnile ljudi v sivo ekonomijo in izseljevanje. Zakonodaja je ta sektor začela urejati leta 2010, vendar razvoj vseobsegajočega specialnega regulatornega okvira ovirajo tako notranji dejavniki, kot so lobisti, in spoštovanje načel pogodbene svobode in avtonomije strank s prepričanjem, da so potrošniki zmožni sprejeti pravilno odločitev, če so jim zagotovljene vse informacije. Tako je eden od uvedenih ukrepov, ki veljajo od 1. januarja 2016, efektivna letna obrestna mera (EOM) 100%. Industrija izpodbija obseg ukrepa, saj so zaradi razlik med več akti možne različne razlage, kaj so skupni stroški potrošnika.

Ključne besede: Hitra nezavarovana potrošniška posojila, SMS kredit, oglaševanje, latvijsko pravo varstva potrošnikov

Pravni vidiki pogodbe o računalništvu v oblaku

Peter Grilc

Računalništvo v oblaku (*cloud computing*, CC) je sodoben poslovni model selitve podatkov v oblak. Uporabnik se razbremeni investicijskih stroškov za strojno in programsko opremo, skladiščne zmogljivosti, vzdrževanje sistemov in njihovo posodabljanje. Modeli CC so pravno zanimivi in prispevek analitično, zaradi obsežnosti problematike pa mestoma le pregledno obravnava vrsto pravnih problemov. Ukvarja se z vprašanjem, ali gre za popolnoma nov pravni posel ali pa le za replikacijo in združevanje že klasičnih in uveljavljenih računalniških pogodb v novo pogodbeno vsebino. Uvodoma so predstavljeni modeli CC, v nadaljevanju pa so obdelana vprašanja pogodbenega vidika prek obravnave predpogodbenih opravil z ugotavljanjem bonitete in skrbnim pregledom (*due diligence*), specifičnega načina sklepanja poslov, možnosti naknadne spremembe pogodbenih pogojev, pogodbene določitve storitve in določanja tehničnih parametrov. Obravnavane so tudi pravne posledice nedelovanja in delovanja zunaj dogovorjenih parametrov, problematika splošnih pogojev ponudnika, njegove obveznosti, odgovornost za nezakonite podatke, pogodbeni odškodnina in omejitev odgovornosti, dostopnost do oblaka in do podatkov v njem ter obširna problematika več jurisdikcij, lokacije, pravice intelektualne lastnine, zasebnost, zaupnost, varstvo podatkov in izstopne strategije ob prenehanju pogodbe.

Ključne besede: dostopnost do oblaka in dostopnost do podatkov, due diligence, Izstopna strategija, lokacija in kolokacija podatkov, možnost naknadne spremembe pogodbenih pogojev, pogajanja, odgovorna oseba, odgovornost

za nezakonite podatke, osebni podatki, pogodba, pogodbeni odškodnina, omejitve odgovornosti, posledice nedelovanja in delovanja izven dogovorjenih parametrov, intelektualna lastnina, prekinitev ali znižanje kakovosti storitve, problematika več jurisdikcij, računalništvo v oblaku, razlogi za prenehanje pogodbe in posledice prenehanja, splošni pogoji pogodbe, varstvo podatkov, zasebnost, zaupnost

Pravica do pozabe na internetu

Gregor Dugar

Sodišče Evropske unije je maja 2014 odločilo, da imajo državljani Evropske unije »pravico do pozabe«, kar pomeni, da lahko od upravljavca spletnega iskalnika zahtevajo odstranitev tistih povezav s seznama zadetkov, ki vsebujejo zasebne informacije, pa čeprav je informacija na izvorni spletni strani še vedno na voljo. Na podlagi navedene odločitve lahko posamezniki od upravljavca iskalnika zahtevajo, da s seznama zadetkov odstrani povezave do informacij, ki niso več pomembne ali so zastarele. Sodišče EU je poudarilo, da je pravici do zasebnosti treba dati prednost pred ekonomskimi interesi podjetij in v nekaterih primerih tudi prednost pred interesom javnosti do obveščenosti. Čeprav je namen pravice do pozabe utrditi pravico do zasebnosti, pa takšna pravica posega v odprto naravo interneta in prost pretok informacij. Avtor v prispevku analizira pravico do pozabe in poudarja, da pravica od upravljavca spletnega iskalnika zahtevati, da s seznama zadetkov odstrani določene povezave, še ne pomeni pravice do popolnega izbrisa posameznika z interneta.

Ključne besede: pravica do pozabe, internet, pravica do zasebnosti, pravica do izražanja, pravica do obveščenosti, Google, Costeja González, osebni podatki, Direktiva 95/46, Uredba 2016/679

Nova Direktiva o plačilnih storitvah (PSD2) in tretji ponudniki plačilnih storitev

Kaja Batagelj, Boštjan Koritnik

Od sprejetja prve Direktive 2007/64/ES o plačilnih storitvah so se pojavile nove vrste plačilnih storitev. Nova Direktiva (EU) 2015/2366 Evropskega parlamenta in Sveta o plačilnih storitvah na notranjem trgu z dne 25. novembra 2015 (PSD2), ki jo morajo države članice EU v svoj pravni red prenesti do 13. januarja 2018, uvaja dve novi možnosti: storitev odreditve plačil (*Payment Initiation Service*) je opredeljena kot storitev za odreditev plačilnega naloga na zahtevo uporabnika plačilnih storitev v zvezi s plačilnim računom, odprtem pri drugem

ponudniku plačilnih storitev, storitev zagotavljanja informacij o računih (*Account Information Service*) pa pomeni spletno storitev za zagotavljanje konsolidiranih informacij o enem ali več plačilnih računih, ki jih ima uporabnik plačilnih storitev pri drugem ponudniku plačilnih storitev ali pri več kot enem ponudniku plačilnih storitev. Ker ponudniki teh storitev ne vodijo plačilnih računov strank, se zanje uporablja izraz tretji ponudniki plačilnih storitev. PSD2 torej odpira tem tretjim ponudnikom finančnih storitev možnost uporabe in nadgradnje finančnih storitev na bančnih podatkih in bančni infrastrukturi bank, snovana pa je bila tudi z mislijo na poenostavitev in varnost poslovanja potrošnikov.

Ključne besede: plačilne storitve, storitev odreditve plačil, storitev zagotavljanja informacij o računih, tretji ponudnik plačilnih storitev, potrošnik

Odgovornost za neodobrene plačilne transakcije pri spletnem poslovanju

Katarina Zajc, Luka Markelj

Učinkovite in varne spletne plačilne transakcije so steber spletne trgovine, zato se je vzpostavil poseben pravni režim odgovornosti za neodobrene plačilne transakcije, ki odgovornost za velik del tveganj, ki bi jih sicer nosili potrošniki, naloži finančnim institucijam. Avtorja analizirata slovensko oziroma evropsko ureditev odgovornosti za neodobrene plačilne transakcije, ki temelji na objektivni odgovornosti ponudnika plačilnih storitev in potrošnikovem soprispevku, omejenem do največ 150 evrov, ob predpostavki skrbnega ravnanja. V drugem delu prispevka je pravna ureditev analizirana z vidika ekonomske analize prava, ki presoja, ali je poseg države na posamezen trg utemeljen in ali so pravna pravila, ki se vzpostavijo na trgu, učinkovita z vidika maksimiranja družbene blaginje. Končna ugotovitev je, da so pravna pravila odgovornosti za neodobrene plačilne transakcije potrebna in večinoma tudi optimalna.

Ključne besede: potrošniki, finančne institucije, neodobrena plačilna transakcija, zloraba plačilne kartice, kreditna kartica, debetna kartica, objektivna odgovornost, ekonomska učinkovitost

Depozitno jamstvo za sredstva na spletnih računih v tujini

Meta Ahtik, Mišo Drobež

Spletno poslovanje postaja za potrošnike čedalje bolj privlačno, saj znižuje denarne in nedenarne stroške poslovanja, a prinaša s seboj tudi nova tveganja. V članku so prikazana tveganja, s katerimi se srečujejo deponenti, ki sredstva nalo-

žijo v (spletne) banke v tujini, še posebej valutno tveganje in tveganje neučinkovitih sistemov za jamstva v razmerah sistemske krize. Nepoučeni potrošnik poleg tega zlahka zamenja banko ali hranilnico s katero od drugih finančnih institucij, na primer s plačilno institucijo ali družbo za izdajo elektronskega denarja, saj te izvajajo nekatere podobne storitve kot banke in hranilnice. Na primeru treh subjektov, ki ponujajo ali so ponujali spletne storitve, so prikazane značilnosti delovanja različnih inštitucij in tveganja, ki so jim vlagatelji izpostavljeni.

Ključne besede: jamstvo za vloge, spletno poslovanje, varstvo potrošnikov, banke, plačilne institucije, družbe za izdajo elektronskega denarja

Spletno reševanje potrošniških sporov

Neža Pogorelčnik Vogrinc

Iz leta v leto se povečuje delež uporabnikov interneta, med njimi pa tudi delež tistih, ki prek spleta nakupujejo. Ob tem se počasneje povečuje delež tistih, ki prek spleta nakupujejo od prodajalcev iz drugih držav članic Evropske unije. Eden od razlogov za to je strah pred nastankom spora v razmerju s tujim trgovcem in pred težavami pri njegovem reševanju. V izboljšanju in poenostavitvi dostopa potrošnikov do pravnega varstva je Evropska komisija prepoznala možnost za povečanje njihovih prihrankov ter hkrati izboljšanje notranjega trga Evropske unije. Tako je bila sprejeta Uredba (EU) št. 524/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. maja 2013 o spletnem reševanju potrošniških sporov ter spremembi Uredbe (ES) št. 2006/2004 in Direktive 2009/22/ES, s katero je bila uvedena evropska platforma, ki je začela delovati februarja 2016. Na njej so virtualno povezani vsi registrirani nacionalni izvajalci, ki potrošniške spore, nastale iz spletnih kupoprodajnih pravnih razmerij, rešujejo v spletnih izvensodnih postopkih reševanja sporov. Prispevek predstavlja delovanje platforme ter izpostavlja njene prednosti in slabosti.

Ključne besede: evropska platforma, izvensodni postopki, potrošniški spori, nacionalni izvajalci, nacionalna kontaktna točka

Sporni obseg pristojnosti EU za urejanje potrošniškega prava

David Sehnálek

Avtor se osredotoča na področja pristojnosti EU za urejanje zadev v zvezi z varstvom potrošnikov, še posebej na način izvajanja te pristojnosti. Razpravlja o tradicionalnem pristopu EU k ureditvi prava varstva potrošnikov, pri čemer avtor opozarja, da je trenutna pravna podlaga evropske zakonodaje o varstvu potrošni-

kov vitalno povezana z notranjim trgom in trgovino med državami članicami ter da ne obstaja pravna podlaga za splošno zakonodajo EU o varstvu potrošnikov, kjer ni nobene povezave s pravilnim delovanjem notranjega trga. Politika EU, ki jo nacionalne vlade pogosto brez zadržkov podpirajo, zanemarja to dejstvo in se bolj osredotoča na samo politiko. Avtor meni, da tak pristop ni pravilen tako iz pravnih kot iz praktičnih razlogov. Sporna pristojnost EU je glavni pravni argument proti splošni evropski ureditvi potrošniškega prava. Večina vseh poslov ima namreč zgolj notranji značaj brez kakršnekoli povezave z notranjim trgom. Uskladitev pravil vzpostavlja skupni standard potrošnika, ki se uporablja za vse potrošnike v EU, s čimer se ustvarja »himera« evropskega potrošnika, ki v praksi ne obstaja. Usklajevanje zakonodaj ne more v zadostni meri odražati različnih potreb in želj v evropskih državah. Vprašljiva je tudi ideja o varstvu potrošnikov na trenutni visoki ravni, saj lahko predstavlja oviro za prosto konkurenco na notranjem trgu in ustvarja breme, ki bi lahko bilo neznosno za majhna in srednje velika podjetja, kar se pogosto preveč zlahka spregleda.

Ključne besede: varstvo potrošnikov, pristojnosti EU, notranji trg, harmonizacija, mala in srednje velika podjetja

Consumer Protection in Online Commerce

Abstracts

Consumer Protection in Choice-of-Law in Classic and Electronic Contracts

Jerca Kramberger Škerl

The gradual introduction of a globalized market, the mass tourism, the enactment of the four EU freedoms, and, above all, the general utilisation of e-commerce, have resulted in a rapidly growing number of cross-border contracts and thus also of cross-border disputes. In the second half of the 20th century, the protection of the consumers as weaker contractual parties has developed in national substantial and procedural rules, as well as in the field of private international law. On the EU level, special choice-of-law rules were adopted first in the Rome Convention of 1980, and then, with several modifications, in the Rome I Regulation currently in force. In Slovenia, the latter has replaced the previously applicable choice-of-law rules and applies in cases connected with other EU Member States or with third States.

The Rome I Regulation determines the scope of application of the protective rules through the definition of the notions of consumer, professional and the circumstances of the conclusion of the contract. In electronic contracts the most important condition is that the professional has directed their activity to the country of the consumer's habitual residence. The "directing" of activity is a legal standard which has been further concretized also by the case-law of the Court of Justice of the EU, which watches over the harmonized interpretation of the consumer's protection in the Rome I and the recast Brussels I regulations.

When the conditions for the protection in choice-of-law are met, the Rome I Regulation enacts the consumer's habitual residence as the main connecting factor. The parties are allowed to choose the applicable law, but the consumer cannot thereby be deprived of the mandatory protection from the law of the state of his habitual residence. As a result, the courts must sometimes combine the rules of the chosen law and the law of the consumer's residence, which can prove to be a difficult task. Nevertheless, the doctrine deems that such solution is the best possible compromise between the legal and economic interests of both contractual parties.

Keywords: Consumer, consumer protection, Rome I Regulation, Rome Convention, Private International Law and Procedure Act, choice-of-law, conflict of laws, contract, electronic contract, private international law, party autonomy

Enforcing Claims in the Event of Defective Goods in Online Cross-Border Commerce

Miha Berdnik, Tadeja Žefran

The paper addresses problems that consumers encounter when exercising their legal guarantee rights in online cross border transactions. These problems often originate from differences between particular national legislations. On one hand there is the European Single Market, which guarantees the free movement of goods and services, but on the other hand, there are different consumer protection legislations between EU Member States as a result of minimum harmonisation principle of certain essential directives in the field of consumer protection. Due to different national legislations, rules on conflict of laws are needed, which give the answer which substantive law is applicable in each case.

The paper also highlights specific characteristic of Slovenian consumer legislation and efforts of European Commission to fully harmonize this area of law. In addition, the paper also includes specific consumer cases that have been handled by the European Consumer Centre. These cases clearly show that the current system is too complex for consumers and businesses and therefore calls for the unification of legislation in this area.

Keywords: Consumer protection, legal guarantee, non-conformity of goods, online cross border transaction, rules on conflict of laws, applicable law, Rome I Regulation, Directive 1999/44/EC

The Sale of Digital Content Via Electronic Means

Matija Damjan

Digital content (digital music, films, computer programmes, electronic books, etc.) is being increasingly sold at a distance, so that the seller supplies the content to the buyer by electronic means, via the Internet. Such intangible digital content does not fall into the classic categories of goods or services, which causes confusion in the application of consumer law rules to such transactions. The Directive 2011/83/EU on consumer rights and the Slovenian Consumer Protection Act have defined the concept of digital content and laid down certain specific rules that apply for it, in particular regarding pre-contractual information on the func-

tionality and interoperability of the content, and regarding the exercise the right of withdrawal. Under the new legislative regime, the digital content supplied by electronic means is regulated separately from goods and services. What remains lacking is a clear regulation of liability for defects of the digital content, which is not expressly covered either in the Directive or in the Consumer Protection Act.

Keywords: consumers, digital content, distance contract, right of withdrawal, product warranty for defects, product liability, Directive on Consumer Rights

Common EU Rules on Digital Content: Future challenges for domestic legislator

Róbert Dobrovodský

The European Commission proposed directives, one on the supply of digital content to consumers and the other on online sales of goods to consumers. The common aim is to achieve the common level of consumer protection and to encourage more suppliers to supply consumers in other Member States. The article deals with particular legislative challenges for national legislator arising from implementation of the Directive on the supply of digital content after its adoption. In particular, the implementation problem can be caused by broad notion of digital content, by vague delineation between the scope of proposed directives and when providing counter-performance other than money in the form of personal data or any other data for digital content.

Keywords: digital single market; consumer; digital content; supplier; consumer rights; embedded digital content; personal data; any other data; counter-performance; processing of data; General Data Protection Regulation; maximum harmonization; digital form; video; audio; digital games; software; the Internet of things; smart goods; smart homes

Payday Loans in Latvia: APR

Inese Druviete

Growth of the payday loan sector has been rapid in Latvia since 2007 only to be accelerated by the financial crisis. Currently the proportion of non-secured fast non-bank distance consumer loans in the overall loan portfolio accounts for more than 40% of the overall consumer credit and more so, showing an upward trend. The payday loan industry stepped in when the banks were reluctant to lend short-term finance to consumers without any or with bad credit history. The loans were easily available but at very high interest rates. However, lack of

choice and low financial literacy on one hand and intensive advertising and loose regulation or state involvement on the other side lead to heavy social consequence. The industry has been blamed for abuse of consumers, which increased poverty, drove workforce into the shadow economy and emigration. The legislator started to regulate the sector in 2010. Developing of an all-encompassing specific regulatory framework is hampered both by internal factors such as lobbyists and by the respect for the principle of freedom of contract and party autonomy with a belief that consumers are able and will make the correct choices if the information is provided to them. Thus as one of measures the annual percentage rate of charge (APR) of a 100% was introduced as from 1 January 2016. The scope of the measure is contested by the industry, as there are nuances in interpretation as the scope of what is the total cost to consumer is referred to differently in different acts.

Keywords: Payday loans, SMS credit, fast non-secured consumer credit, advertising, Latvian Consumer Law

Selected Legal Aspects of the Cloud Computing Contract

Peter Grilc

Cloud computing (CC) is widely known as modern business model for data migration into the cloud, relieving the user of investment costs for hardware, software and storage capacities, systems maintenance etc. CC models are interesting from the legal point of view. The article analyses several problems in this respect, however, due to the complexity, some of them remain at the level of the overview and enumeration, only. It deals with the question of whether CC is a completely new transaction, or only a replication and aggregation of classic and well-known computer contracts into the new content. It is introduced by a short presentation of CC models and deals with several contractual issues, namely pre-contractual problems, a specific way of doing business and entering into the contractual relationships, the possibility of subsequent changes to the contract terms, the determination of services and setting technical parameters. It deals with the legal consequences of failure to operate outside the agreed parameters, the problem of the general conditions of the provider's obligations, liability for illegal information, liquidated damages and limitation of liability, the accessibility of the cloud, and the widespread problem of multiple jurisdictions, location, intellectual property rights, privacy, confidentiality, data protection and exit strategies at the end of the contract, as well.

Keywords: access to data and access to the cloud, due diligence, cloud computing, confidentiality, consequences of inaction and operating outside

the agreed parameters, contract, contractual indemnification and limitation of liability, data protection, , exit strategy, illegal data, intellectual property rights, location and co-location, multiple jurisdictions, negotiation, personal data, possibility of subsequent changes in contractual conditions, privacy policy, reasons for termination of the contract and the consequences of termination, responsibility, termination or reduction in the quality of services, terms of contract

The Right to be Forgotten on Internet

Gregor Dugar

In May 2014, the European Court of Justice ruled that European Union citizens have a “Right to be forgotten,” which means that they could request that search engines remove links to pages deemed private, even if the pages themselves remain on the internet. As part of that decision, European users can submit a request to Google, asking the company to delist results that are no longer relevant or otherwise outdated. The Court found that the fundamental right to privacy is greater than the economic interest of the commercial firm and, in some circumstances, the public interest interest in access to Information. While the right to be forgotten aims to support personal privacy, the concern is that it conflicts with the open nature of the Web and the free flow of information. The Author analyses the Right to be forgotten and points out that the right to request that search engines remove links to certain pages does not mean that someone has the right to be completely erased from the internet.

Keywords: the right to be forgotten, internet, the right to privacy, the right to freedom of expression, the right to be informed, Google, Costeja González, personal data, Directive 95/46, Regulation 2016/679

New Payment Services Directive and Third Party Payment Service Providers

Kaja Batagelj, Boštjan Koritnik

Since the enactment of the first Payment Services Directive (2007/64/EC) new kinds of financial services have emerged. The New Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market (further on »PSD2«), which the Member States have to implement by 13 January 2018 enables two new possibilities. *Payment initiation service* means a service to initiate a payment order at the request of the payment service user with respect to a payment account held at another

payment service provider; *account information service* means an online service to provide consolidated information on one or more payment accounts held by the payment service user with either another payment service provider or with more than one payment service provider. Since these service providers do not hold accounts they are referred to as third payment service providers. For them PSD2 enables to build financial services on top of banks' data and infrastructure. Notwithstanding, PSD2 has been formed with the aim to simplify and make the consumers' use of payment services safe.

Keywords: payment services, payment initiation service, account information service, third party payment service provider, consumer

Liability in Case of Unauthorized Payment Transactions in E-commerce

Katarina Zajc, Luka Markelj

Efficient and secure online payment transactions are the backbone of the e-commerce. In view of that a special legal regime of liability for unauthorized online payment transactions was adopted. The legislation determined that a significant portion of the risks that would otherwise be borne by consumers is imposed on financial institutions. The article analyzes the Slovenian and European liability regime for unauthorized payment transactions based on the strict liability of the payment service provider and the consumer contribution capped to a maximum of EUR 150, assuming due care. The second part of the article uses economic analysis of law in determining the efficiency of the adopted rules, specifically assessing whether the interference with the country-specific market is justified and whether the legal rules are efficient from the perspective of maximization of social welfare. The conclusion of this paper is that the legal rules of liability for unauthorized payment transactions are necessary and mostly efficient.

Keywords: consumers, financial institutions, unauthorized payment transaction, credit card abuse, credit card, debit card, strict liability, economic efficiency.

Deposit Guarantee and Cross-Border Online Accounts

Meta Ahtik, Mišo Drobež

Online business is becoming increasingly attractive for consumers, because it lowers their pecuniary and non-pecuniary costs, but on the other hand, it also brings new risks. This paper shows the risks faced by depositors of (online) foreign credit institutions (banks), especially the exchange rate risk

and the risk of a non-functioning deposit guarantee schemes. Besides that, an uninformed consumer can easily confuse a bank or savings bank for other financial institutions, for example a payment institution or electronic money institution, as they perform some similar services as banks and savings banks. Three entities that offer or have offered online services are presented in order to illustrate their performance characteristics and the risks to which the investors are exposed to.

Keywords: deposit guarantees, online business, consumer protection, banks, payment institutions, electronic money institutions

Online Dispute Resolution for Consumer Disputes

Neža Pogorelčnik Vogrinc

Percentage of internet users increases every year. Paralelly increases the percentage of individuals who buy or order goods or services on the internet. But only smaller part of those are cross-border purchases from sellers from other EU Member States. One of the reasons for not buying on the internet and especially not buying from foreign sellers, are consumers' concerns regarding solving possible problems with these sellers. Improving and simplifying consumers' access to legal protection was therefore a possible way for an increase of their savings and at the same time for an improvement of the internal market of EU. Therefore, Regulation (EU) No 524/2013 of the European parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR) was enacted and on its basis European platform for online dispute resolution was launched in February 2016. The platform connects national dispute resolution bodies from all of the EU Member States that conduct online procedures regarding consumers' disputes. The article presents how the platform works and emphasizes its advantages and disadvantages.

Keywords: European platform, out-of-court procedures, consumer disputes, national dispute resolution bodies, national contact point

The Disputable Scope of EU Competence to Regulate Consumer Law

David Sehnálek

The author focuses on the scope of the competence of the EU to regulate matters related to consumer protection and specifically on the way in which this competence is exercised. The traditional approach of the EU to the regulation

of consumer law is discussed. The author reminds that the current legal basis of European consumer protection law is vitally connected with the internal market and with the trade between Member States and that there is no legal basis for EU legislation on consumer protection in general where there is no link to proper functioning of internal market. The EU policy, which is often too unreservedly supported by national governments, tends to ignore this fact and focuses more the policy itself. The author expresses the opinion that such approach is not correct for both legal and practical reasons. The disputable existence of EU competence is the main legal argument against a general EU regulation of consumer law. The majority of all transactions have a purely internal character with no link to the internal market whatsoever. Harmonization of rules establishes one common standard of a consumer applicable to all EU consumers, creating a “Chimera” of a “European consumer”, which in practice does not exist. Harmonization cannot sufficiently reflect the different needs and preferences in European countries. Questionable is also the whole idea of consumer protection at its current high level as it may represent an obstacle to free competition on internal market and generate a burden that might be unbearable for small and mid-sized business, which is often too easily overlooked.

Keywords: consumer protection, EU competences, internal market, harmonization, small and mid-sized business

Stvarno kazalo

A

advertising 94, 96, 100
Amazon 23, 26, 30, 48–50
annual percentage rate of charge 98–101
any other data, *glej* personal data
asimetrija informacij 14, 16, 180–181, 189
audio 84
avtonomija strank 13, 29, 43

B

big data, *glej* veliko podatkovje
boniteta 108, 116
Bruseljska uredba, *glej* Uredba (ES) 44/2001
business models 88–89

C

consumer credit 93, 97–98
consumer protection 96–97, 223–233
consumer right 95, 101, 227
Consumer Rights Protection Centre 94, 96–97, 99–100
Costeja Gonzáles 123–127
counter-performance 88–91
crowdfunding, *glej* množično financiranje
crowdinvesting, *glej* množično investiranje

Č

čezmejni spletni nakup 42, 53
čezmejni spor 11–12, 30, 57, 217, 219, 221

čezmejno poslovanje 53–55, 58, 189
– elektronsko 189
čista teorija 105

D

delitvena ekonomija 153–154
depozit 192
devizni režim 190
devizni tečaj 190
Diba 203
digital content 83–91
digital form 84–85
digital games 84
digital single market 83
digitalna tehnologija 125
digitalna vsebina 59–81
– napake 76
– nematerializirana vsebina 79
– sklepanje pogodb 75
digitalni trg 55, 81, 104
Direktiva 93/13/EGS 25, 48, 50
Direktiva 95/46/ES 48, 89–90, 126–137, 136
Direktiva 97/7/ES 59, 69–70
Direktiva 1999/44/ES 34–35, 39, 50, 52, 56, 60
Direktiva 2002/65/ES 155
Direktiva 2005/29/ES 155
Direktiva 2007/64/ES 139, 162
Direktiva 2009/22/ES 25, 211–212

Direktiva 2011/83/EU 27, 33, 59–81
Direktiva 2013/11/EU 211
Direktiva 2014/49/EU 193–195
Direktiva 2015/2366/EU 140–155
Direktiva o nedovoljenih pogojih v
potrošniških pogodbah, *glej* Direktiva
93/13/EGS
Direktiva o nekaterih vidikih prodaje
potrošniškega blaga in z njim povezanih
garancij, *glej* Direktiva 1999/44/ES
Direktiva o opustitvenih tožbah zaradi
varstva interesov potrošnikov, *glej*
Direktiva 2009/22/ES
Direktiva o plačilnih storitvah na
notranjem trgu, *glej* Direktiva 2007/64/
ES in Direktiva 2015/2366/EU
Direktiva o pravicah potrošnikov, *glej*
Direktiva 2011/83/EU
diskriminacija 81, 197
– prepoved 144
dobri poslovni običaji 48
dolžnost informiranja 33, 165
domneva
– o obstoju napake 37, 41–42, 56
– o obstoju neskladnosti 37
– obrnjeno dokazno breme 37
– velika malomarnost 172, 174
dostopnost 75, 81, 104, 111, 113, 117, 121,
127, 134, 148
– do informacij 14, 68, 74, 125, 133
– do osebnih podatkov 64, 68
– do podatkov v oblaku 115
– do pomnilniških zmogljivosti 81
– do računa 141, 143–145, 148
– do spleta 46, 110, 175
– do spletne banke 164, 174–175
dražba nepremičnine 126, 133
družba za izdajo elektronskega denarja
165, 187
družbena blaginja 180
due diligence, *glej* skrbni pregled
E
ekonomska analiza prava 182, 184

ekonomska analiza trga 180–181
ekonomska teorija 180, 182
ekonomska varnost 110
ekonomski interes, *glej* interes, ekonomski
elektronski denar 163, 202, 204, 206
elektronski plačilni instrument 159, 164
– ekonomska učinkovitost 160,
180–183
– elektronski plačilni promet 160–161
– plačilna kartica 160–161, 164, 171
– po ZPlaSS 163
– varstvo uporabnika 166–168,
170–171
– zloraba 161, 170–171, 182
elektronsko bančništvo 159, *glej tudi*
spletno bančništvo
elektronsko poslovanje 25, 30, 73, 159
embedded digital content 87
evropska domena 136
evropska platforma 212
Evropski bančni organ 144–145, 191
Evropski potrošniški center Slovenija 50,
57
evropsko potrošniško pravo 77, 80

F

fast non-secured consumer credit 94
financial hardship 94
financial literacy 95–96, 98, 101
finančni instrument 44, 192–193
finančni produkt 187, 189, 191, 206–207
finančno tveganje 143
first come, first served 226

G

garancija 37–38, 41, 56, 60–61, 66, 77, 113,
202–203
– obvezna 40–41
– prostovoljna 35, 41
– tržna 56
globalna domena 136
Google 126–137, 154

H

- harmonizacija 27, 188
 - minimalna 34, 39, 50, 55, 57
 - polna 53
 - popolna 81, 162
- harmonization 224–225
 - full 230–231
 - maximum 85
 - minimum 232
- hierarhija zahtevkov 36
- huda malomarnost, *glej* standard, velika malomarnost

I

- identiteta 68, 112, 129
- informacija 63–64, 125, 127–133, 135–137, 140–142, 144–146, 148, 165, 170, 194, 196, 202, 215–216
 - dostopnost 127, 129–131, 125, 137, 140, 142, 144–146
 - intimna 135
 - izbris 127, 135, 137
 - konsolidirana 142
 - nezakonita 137
 - občutljiva 132
 - pomanjkanje 14, 16, 170, 195–196
 - popolna 14
 - shranjevanje 68–69, 125, 130
 - transparentnost 191
- informacijska asimetrija, *glej* asimetrija informacij
- informacijska družba 64, 74, 113, 126, 159, 174–175
- informacijska simetrija 14
- informacijska varnost 160, 174
- informacijski sistem 148, 178
- infrastruktura kot storitev 106
- infrastruktura oblaka 107
- interes
 - ekonomski 15
 - javnosti 132–133, 137
- internal market 225
- intra-EU trade 224

- izbira prava 13–14, 23–25, 29, 49–50
- izključitvena klavzula 28
- izravnalni ukrep 152
- izstopna strategija 120–121
- izvensodno reševanje spora 30, 57, 216, 221

J

- jamčevalni zahtevek 40
- jamčevanje za napake 76–80
 - hierarhija zahtevkov 43, 56
 - notifikacijska dolžnost 42
 - rok 42, 56
 - stvarna napaka, *glej* stvarna napaka
- jamstvena shema 195–198, 204
 - avstrijska 204
 - čezmejna 195–201
 - depozitna 197
 - islandska 197
 - vrste 196
- jamstvo vlog 192–194, 196, 199, 203
 - čezmejno poslovanje 194–201
 - ex ante financiranje 193–194
 - ex post financiranje 193
 - finančna stabilnost 196
 - načela 192
 - neenaka obravnava deponentov 196
 - postopek izplačila 195, 197
 - raven kritja 198–200

K

- kartica 141, 151, 154, 159, 164, 170–172, 176, 188, 201
 - debetna 160–161
 - kreditna 72, 142, 160
 - zloraba 160–162, 183
- kolizijska norma 11, 13, 26–28, 30
- kolizijsko pravilo 13, 18, 25, 27, 43, 57
- kolizijskopravno varstvo 16–18, 21–23, 27, 29–30
- komercialna dejavnost v državi potrošnika 44, 46
- konkurenca 28, 41, 130, 140, 154
 - poštena 16, 149

- pomanjkanje 140, 180
- popolna 180

konkurenčnost, *glej* konkurenca
korist potrošnika 23, 44, 64
kršitev dolžne skrbnosti 152, 179

L

Latvian Consumer Rights Protection
Centre 100
Latvian experience 93, 101

M

macro-economic climate 94
mednarodna pristojnost 11–12, 18, 24, 30,
48
množično financiranje 153
množično investiranje 153
model odgovornosti 184
monopol bank 154

N

nacionalna kontaktna točka 215
načelo »vzemi ali pusti« 103
načelo ozemeljske celovitosti 165
načelo pogodbene svobode 14, 38
načelo popolne harmonizacije, *glej*
harmonizacija, popolna
načelo univerzalne uporabe 24
načelo vestnosti in poštenja 65
napaka trga 180
nebančni ponudnik 187, 201, 204
neodobrena plačilna transakcija 151–152,
162–184
nepoštene in zavajajoče prakse 34, 65, 155
nepošteni poslovni pogoji 61
neskladnost s pogodbo 33–35, 37–39,
41–42, 50, 52, 55–57, 81
norma neposredne uporabe 26–28, 30
notifikacijska dolžnost 35, 37, 42, 176
– države 42
– predpostavka 37

notranji trg 34, 60, 140, 162, 222

O

občutljiva informacija 132
oblak 105–107
– hibridni 107
– javni 107, 112
– skupnostni 107
– zasebni 106
obligacijsko pravo 107, 168, 176
obrestna mera 188–189, 196, 205–206
odgovornost
– neodobrene plačilne transakcije
168–169
– objektivna 166–167, 177, 179,
182–183
– odškodninska 115, 166–169, 176
– produktna 78–81
– za napake 78
– za nezakonite podatke 113
odprt bančni standard 147
odstop od pogodbe 34, 36, 40, 43, 52, 56,
63, 66–70, 72, 76, 152
oglaševanje digitalnih vsebin 65
omejitev potrošnikove odgovornosti 162
osebni podatek 48, 104, 107–108, 117, 119,
126–131, 134, 136–137, 143
osebni varnostni element 143, 145, 150,
164, 170–172, 177–179
outsourcing, *glej* zunanje izvajanje

P

pacta sunt servanda 226
paternalizem 180
payday loans 93–98
personal data 88–91
plačilna transakcija 151, 163, 165, 168, 172,
174, 176, 178–179, 184, 201
plačilne institucije 144, 163, 165, 201–202
plačilne storitve 139–140, 142, 145, 163,
165–166, 201

- storitev zagotavljanja informacij o računih 142, 146, 148
 - storitve odreditve plačil 142, 146, 164
 - plačilni račun 142, 144, 146, 148, 153, 176, 201
 - plačilni sektor 147
 - platforma kot storitev 106
 - podrejeni dolžniški instrument 187
 - pogajalski nasvet 112
 - pogodba
 - elektronska 75
 - kršitev 115, 121, 166–169, 179
 - o depozitu 188
 - o elektronski dobavi digitalnih vsebin 60, 64–66, 70
 - o nakupu blaga prek spleta 33
 - o opravljanju storitev 12, 44, 61–62, 69
 - o računalniškem oblaku 103–121
 - o vodenju transakcijskega računa 163
 - o zavarovanju 23, 204
 - potrošniška 12–15, 17–19, 21, 23, 25, 27–29, 44, 47–49
 - prevozna 12, 23, 44
 - prodajna 13, 48–49, 54–55, 61
 - sklenjena na daljavo 33, 45–47, 55, 59, 68
 - ponudnik storitev 64, 74–75, 113, 143–144, 146, 152–153, 176, 204
 - poslovna oziroma poklicna dejavnost 44
 - poslovna skrivnost 119
 - poslovni model 103, 105, 108, 144, 147, 149, 153–154
 - nevtralnost 147, 149
 - potrošnik
 - evropski 212, 221
 - fizična oseba 18
 - izbira prava 24–26, 29
 - kot šibkejša stranka 11, 14, 27, 33, 39, 180
 - mobilni 22
 - soglasje 71, 73
 - v potrošniški pogodbi 18–19
 - varstvo 16–18, 21–22, 35, 39–40, 45, 54, 58, 61, 63–64, 77, 104, 150, 152, 154, 159, 167, 187, 191
 - potrošnikov interes 34, 38
 - potrošniški spor 212–213, 215–218
 - čezmejni 11, 30
 - domači 221
 - pozitivni saldo 192
 - pravica
 - do izbrisa iz spletnega brskalnika 128, 137
 - do izbrisa z interneta 135, 137
 - do medijske svobode 135
 - do obveščenosti 135
 - do pozabe 125–137
 - do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja 134
 - do svobode izražanja 134–135
 - do zasebnosti 131
 - pravice intelektualne lastnine 55, 113, 115, 117–118, 121
 - pravna napaka 78, 81
 - predpogodbena dolžnost informiranja 66
 - predpogodbena informacija 54, 56, 66–68, 74, 76, 191
 - prepoved zlorabe pravic 40
 - pridržek javnega reda 26, 28
 - processing of data 90
 - profesionalna skrbnost, *glej* standard, skrbnost dobrega strokovnjaka
 - prostovoljna garancija, *glej* garancija, prostovoljna
 - protivirusni program 175
- ## R
- računalništvo v oblaku 81, 103–121
 - razbremenitev odgovornosti 37, 169, 179
 - regulacija 143, 180–181
- ## S
- internetni iskalnik, *glej* spletni iskalnik
 - screen scraping 148–149

skladnost s pogodbo 35, 38, 55, 56
skrbni pregled 103, 108
skrbništvo 121
skrbnost 37, 108, 110, 115, 162, 173, 190
– finančna 194, 197
sliding scale 20
small and mid-sized business 229
smart goods 87
smart homes 87
SMS credit 93
software 84–85, 87–88, 105
soprispevek
– oškodovanca 173
– potrošnika 184
– uporabnika 167, 183–184
spletna bančna storitev 191
spletna trgovina 68, 72, 159–161, 184
spletni iskalnik 125, 127–133, 136–137
spletno bančništvo 141, 146, 160
spletno plačilo 150, 152, 160–161
spletno poslovanje 11, 189, 203, 206
splošni pogoji 48, 103, 108–110, 112, 114, 116–117, 173
– poslovanja 25, 38, 48–50, 64, 108, 115
spor majhne vrednosti 18, 51
standard
– dolžna skrbnost 120, 173–175, 179
– skrbnost dobrega strokovnjaka 172, 178–179
– skrbnost povprečnega človeka 171, 175
– skrbnost razumnega človeka 174
– velika malomarnost 152, 171–176, 179, 184
stvarna napaka 39
supplier 85–86, 88, 90–91

T

tehtanje 24, 132–133, 135, 137
teorija odgovornosti 114
trajni nosilec podatkov 68–70, 75, 81

transaction 85, 96, 151, 162, 229
– off-line 225
– on-line 225–227, 230–231, 233
transakcijski stroški 159, 189
tretji ponudnik plačilnih storitev 139–155
trg plačil 139, 150
trg plačilnih storitev 140, 180–181
tržna dejavnost 130
tržna moč 167, 181
tveganje 78, 103, 119, 144, 148, 168–170, 175, 177–180, 183–184, 187–188, 190, 196, 202–203, 206, 222
– finančno 143
– goljufija 152
– nevtralen odnos 182
– nihanje deviznega tečaja 198, 206
– notranje 167, 169
– operativno 143
– razdelitev 109, 159
– valutno 189–190, 198, 206
– varnostno 139, 145–146, 174
– zunanje 169

U

univerzalni standard 115
upravljavec iskalnika 125, 127, 129, 131–133, 136–137
Uredba (ES) 2006/2004 57, 211–212
Uredba (ES) 44/2001 (Bruselj I) 11–30
Uredba (ES) 593/2008 (Rim I) 11–30, 43–54, 219
Uredba (ES) 861/2007 51
Uredba (ES) 864/2007 (Rim II) 25, 48
Uredba (EU) 1215/2012 (Bruselj I bis) 12, 17–30
Uredba (EU) 524/2013 57, 212
Uredba (EU) 806/2014 194
usmerjanje dejavnosti 44–45, 47–48, 51

V

varnostni standard 120, 184
varnostni standardi po PSD2 145–150

varstvo podatkov 117–120, 127, 154

veliko podatkovje 117

video 52, 61, 69, 84, 118, 134

Z

Zakon o varstvu potrošnikov 33, 39–41,
51–52, 57, 60, 63–75, 78–79

zasebnost 112, 114, 118, 131–133

zastaranje 37

zavarovanje 141, 164, 173–174, 192

– poklicne odgovornosti 143–144

– vlog 203

znižanje kupnine 36, 41, 43, 52, 56

zunajsodno reševanje sporov, *glej*
izvensodno reševanje sporov

zunanje izvajanje 104–106, 112, 117

VARSTVO POTROŠNIKOV
PRI SPLETNEM POSLOVANJU

Izdala in založila IUS SOFTWARE, d. o. o., GV Založba,
in Inštitut za primerjalno pravo pri
Pravni fakulteti v Ljubljani

Direktor mag. Tomaž Iskra

Direktorica založbe in dogodkov Alenka Zalar

Uredila Mateja Pogačar

Naslovnica Anja Tavčar

Prelom Vinko Kimovec

Tisk DEMAT, d. o. o.,
Ljubljana

Prvi natis 200 izvodov
Ljubljana 2017

Cena z DDV 62,00 EUR

IUS SOFTWARE, d. o. o.
Tivolska cesta 50, 1000 Ljubljana
E-pošta: zalozba@gvzalozba.si
Telefon: 01 30 91 820
Faks: 01 30 91 815

Spletna knjigarna:
www.gvzalozba.si