

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Eraõiguse osakond

Kristen Leppik

**DIGITAALSISU ÜLEANDMISE LEPINGU SISU KUJUNEMINE JA TARBIJA
VÕIMALUSED TUGINEDA DIGITAALSISU MITTEVASTAVUSELE**

Magistritöö

Juhendaja
prof. dr. iur. Irene Kull

Tartu
2017

SISUKORD

Sissejuhatus	3
1. Digitaalsisu üleandmise lepingute reguleerimise vajadus	7
1.1. Digitaalsisu üleandmise lepingute sõlmimine ja lepingu sisu kujunemine	7
1.1.1. Digitaalsisu üleandmise lepingu sõlmimisel kasutatavad meetodid.....	7
1.1.2. Digitaalsisu lepingu sisu kujunemine, lepingu sõlmimine tüüptingimustel ja tüüptingimuste kehtivus.....	10
1.1.3. Digitaalsisu leping ja seos klassikalised lepingutüübid.....	12
1.2. Tarbija positsioon digitaalsisu lepingute sisu kujunemisel	16
1.2.1. Tarbija teadatus lepingu sõlmimisest	16
1.2.2. Lepingutingimuste arusaadavavus ja maht.....	18
1.2.3. Võimalikud lahendused digitaalsisu lepingute tarbija jaoks hoomatavaks tegemisel	23
2. Komisjoni ettepanek digitaalsisu üleandmise lepingutele reguleerimiseks	27
2.1. Puudujäägid kehtivas digitaalsisu üleandmise lepingute definitsioons	27
2.2. Digitaalsisu mõiste direktiivi ettepanekus	30
2.3. Direktiivi ülevõtmine siseriiklikusse õigusesse ja digitaalsisu üleandmise lepingute kvalifitseerimine	32
2.4. Tarbija andmed lepingulise vastutasuna digitaalsisu lepingutes	35
2.4.1. Tarbija andmetele kohalduva regulatsiooni vajadus	35
2.4.1. Tarbija andmed vastutatu liigina digitaalsisu lepingutes	36
2.4.2. Passiivne andmeedastus, millele ettepanek ei laiene	38
2.5. Tarkvarauuendused	43
2.5.1. Tarkvarauuenduste kasutamine digitaalsisu lepingutes.....	43
2.5.2. Ettepaneku puudujäägid tarkvarauuenduste õiguslikul reguleerimisel	43
3. Tarbija õiguskaitsevahendid digitaalsisu lepingutes ja nende kohaldamise eeldused	46
3.1. Õiguskaitsevahendite kohaldamise eeldused digitaalsisu lepingutes	46
3.2. Digitaalsisu nõuetekohasust reguleerivad subjektiivsed kriteeriumid	47
3.2.1. Digitaalsisu vastavus lepingus sätestatud kriteeriumitele.....	47
3.2.2. Lepingu eseme sobivus otstarbeks, mida tarbija sellelt ootab	49
3.3. Objektivesed kriteeriumid	52
3.3.1. Sobivus otstarbeks, milleks digitaalsisu tavaliselt kasutatakse	52
3.3.2. Lepingulise vastutatu käsitlus digitaalsisu lepingutingimustele vastavuse hindamisel	54
3.3.3. Digitaalsisu vastavus väljakujunenud standarditele	57
3.4. Subjektiivsete ja objektivesed kriteeriumite tasakaal digitaalsisu lepingu eseme nõuetekohasuse hindamisel	59
3.5. Digitaalsisu üleandja vastutus ja tõendamiskoormis lepingu rikkumise korral	60
3.5.1. Digitaalsisu üleandja vastutus digitaalsisu mittevastavuse korral	60
3.5.2. Tõendamiskoormise jagunemine digitaalsisu mittevastavuse korral	63
KOKKUVÕTE	66
THE FORMATION OF CONTRACTUAL TERMS AND ASCERTAINING NON-CONFORMITY IN CONTRACTS TO SUPPLY DIGITAL CONTENT	70
KASUTATUD LÜHENDID	76
KASUTATUD KIRJANDUS	77
KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA	79
MUUD KASUTATUD ALLIKAD	79

Sissejuhatus

Tänapäevases digitaalses maailmas on kujutlematu, et igapäevaseid toiminguid, tööd või tehinguid ei tehtaks tahvel- ja sülearvutite või nutitelefoni abil. Digitaalne infosisu, milles on hõlmatud näiteks muusika, videod, rakendused, mängud, filmid, pilvsalvestusteenused või spordisündmuste ülekanded¹ on tarbijaga igal uuel hiireklikil sülearvutis, sõrmepeudutusel telefonis või tahvelarvutis. Seega on digitaalse infosisu tarbimine muutunud tarbijate jaoks tavapäraseks ja ei sõltu seejuures nende vanusest, erialast või muust näitajast.² Täna digiühistut kirjeldab kõige paremini informatsiooni suur hulk ja selle kiire kättesaadavus. Tänapäeval kasutatavat tehnikat toetab järjest suurenev tootevalik, mis võimaldab informatsiooni digitaalselt töödelda – seda edastada, talletada või muuta.

Euroopa Komisjon (edaspidi: Komisjon) on märkinud, et Euroopa e-kaubanduse turg on üldises jaekaubandussektoris viimastel aastatel kiiresti kasvanud ning e-kaubanduse turg on Euroopa Liidu majanduskasvu peamine tõukejõud.³

Tulenevalt sellest, et digitaalselt edastatav informatsiooni maht on mõõtmatu ning üha arenev tehnika võimaldab järjest laialdasemat informatsiooni edastamist, on juurde tekkinud ning digiühiskonna arenedes tekib veelgi probleeme, millele kehtivast regulatsioonist lahendusi ei leia. Tehnika arenedes on pidevas muutumises ka ülejäänud sektorid, millega kaasneb vajadus kaasajastada õigusakte, mis tarbijate ja ettevõtjate käitumist reguleerivad. Seega on vajalik luua regulatsioon, mis võimaldab digitaalse sisu üleandmise lepinguid reguleerida nii, et eksisteeriks konkreetseid tarbija õigusi kaitsvad sätted.

Kuigi tarbijad võtavad üha enam osa digitaalsest turust, leidub siiski olulisi takistusi ja õiguslikke ebakindlusi tarbijakaitsenormides. Eriti prevalentne on see digitaalsisuga seonduvate toodete puhul, näiteks muusika, tarkvararakendused, tarkvara, e-raamatud ja filmid. Põhilised probleemid tarbija jaoks seisnevad aga selles, et Euroopa Liidu (edaspidi: EL) tasandil ei ole siiani kehtestatud regulatsioone, mis kehtestaks üksikasjalikud normid

¹ Euroopa Komisjon. Ettepanek Euroopa Parlamendi ja Euroopa Nõukogu direktiiv digitaalse sisu üleandmise lepingutega seonduvate teatavate aspektide kohta. COM(2015)634final. 09.12.2015, lk 3.

² M. B. M. Loos, N. Helberger, L. Guibault, C. Mak. The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law - European Review of Private Law 2011 nr 6. Arvutivõrgus: http://www.ivir.nl/publications/Guibault/ERPL_2011_6.pdf, lk 729.

³ Euroopa Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule ning Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele. Digitaalsed lepingud Euroopas - e-kaubanduse võimaluste avaldamine. Dokumendi nr 15261/15. Brüssel, 11.12.2015, lk 2. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15261-2015-INIT/et/pdf>

digitaalse sisu üleandmiseks. Hoolimata nende massilisest piiriülesest sõlmimisest on digitaalsisu lepingud reguleeritud ikka valdavas enamuses riigisiseste õigusaktidega, mis on põhjustanud mitmeid ebakõlasid nii õigusteadlaste kui ka liikmesriikide vahel.

Euroopa Komisjon on avaldanud 6. mail 2015 digitaalse ühtse turu strateegia, millega on kavas luua vaba ja turvaline digitaalne ühtne turg, kus inimesed saavad teha Internetis piiriüleseid oste ning ettevõtjad saavad müüa oma tooteid või teenuseid kogu ELis olenemata ettevõtja füüsilisest asukohast. See on otsene reaktsioon järjest enamkasvavale Interneti vahendusel tehatavate tehingute arvule. Üks komisjoni digitaalse strateegia alustaladest on 9. detsembril 2015.a Nõukogule esitatud Komisjoni ettepanek direktiivi vastuvõtmiseks, mis reguleerib digitaalse sisu üleandmist (edaspidi: ettepanek). Nimetatud ettepaneku eesmärk on katta ühe ja sama regulatsiooniga digitaalsisu müüki, rentimist ja digitaalsete teenuste osutamist.⁴

Käesoleva töö kirjutamisel on põhiallikatena kasutatud digitaalsisu ekspertide teoreetilisi töid, rahvusvaheliste organisatsioonide raporteid ja analüüse ning teisest allikatena siseriiklikke ja EL tarbijakaitseregulatsioone ning kohtupraktikat.

Töö kirjutamisel on peamiseks meetodiks allikate analüüsimisel analüütiline ja süsteemne tõlgendamine. Eestis kehtiva regulatsiooni ning ettepaneku kohaselt digitaalsisule kohalduvate vastavusnõuete võrdlemiseks kasutab töö autor kvalitatiivset ja võrdlevat meetodit.

Käesoleva töö eesmärgiks on tuvastada, kuidas on tarbijate õiguste kaitse reguleeritud digitaalse sisu üleandmise lepingute puhul ning milliseid muutusi toob tarbija õiguste kaitseks kaasa Komisjoni poolt digitaalse sisu üleandmise lepingutega seonduva direktiivi ettepanek. Sellest tulenevalt on esmalt oluline analüüsida, millistel viisidel digitaalse sisu üleandmise lepinguid praktikas sõlmitakse, kuidas kujuneb digitaalsisu lepingu sisu ning milline on tarbija positsioon hetkel kehtiva regulatsiooni alusel digitaalsisu lepingute sõlmimisel. Seejärel on vajalik tuvastada, millised uuendused direktiivi ettepanekuga kaasnevad ning kas ettepanekuga on hõlmatud kõik digitaalsisu üleandmise lepingud. Lisaks sellele on oluline analüüsida, kas tarbijatele antakse uue direktiivi ettepanekuga efektiivsed võimalused tugineda digitaalsisu mittevastavusele, käsitledes sealjuures kriteeriume, millele lepinguga üleantav digitaalsisu peab vastama ning kõrvutades ettepanekus sedastatud vastavuse sätteid

⁴ R. Manko. European Parliamentary Research Service. Briefing (April 2016). PE 581.980, lk 1.

Eesti võlaõigusseaduse (edaspidi: VÕS) analoogsete sätetega analüüsima, kas tarbijatel on efektiivselt võimalik tugineda digitaalsisu mittevastavusele ettepaneku alusel või on see mingil moel piiratud.

Magistritöö eesmärkidest lähtuvalt on püstitatud magistritöö hüpoteesid, et digitaalse infosisu olemuslikud eripärade tõttu ei ole tarbija õigused digitaalsisu lepingute puhul käesoleva regulatsiooni alusel piisavalt kaitstud ning Komisjoni esitatud direktiivi ettepanekuga tarbijate õiguslik positsioon digitaalse sisu üleandmise lepingutes ei parane.

Käesolev magistritöö on struktureeritud vastavalt kirjeldatud hüpoteesidele. Töö esimeses peatükis analüüsib autor, millised on digitaalse sisu üleandmise lepingute sõlmimise viisid ja lepingu osad. Samuti, kuidas kujuneb lepingu sisu, millal on lepingus sisalduvad tüüptingimused tühised ja milline on tekkinud lepingulise suhte seos klassikaliste võlaõiguslike lepinguliikidega. Lisaks eelnevale leiab esimeses peatükis käsitlemist tarbija positsioon digitaalse sisu lepingute sisu kujunemisel, st tarbija võimalused digitaalsisu üleandmise lepingu tingimustest mõistlikult aru saada ning lepingute mahtu hoomata. Samuti on peatükis esitatud lahendused, mille rakendamisel oleks võimalik tarbija positsiooni lepingutingimuste mõistmisel parandada.

Töö teises peatükis analüüsitakse, milles seisneb digitaalse sisu üleandmise lepingute regulatsiooni puudus senises praktikas, kuidas on digitaalse sisu üleandmise lepingu mõiste ettepanekuga sisustatud ja millised digitaalse sisu lepingud on hõlmatud uue direktiiviga kaitsealaga. Samuti käsitleb autor probleemkohti, mis võivad tekkida seoses jõustunud direktiivi ülevõtmisega.

Töö kolmandas peatükis analüüsib autor, millised on õiguskaitsevahendite kohaldamise eeldused digitaalsisu lepingutes ning kas ettepanekus sätestatud mittevastavuse kriteeriumite abil on võimalik efektiivselt tagada tarbija õiguste kaitse. Sellest johtuvalt tuleb analüüsida digitaalsisule ettepanekus sätestatud subjektiivseid ja objektiivseid vastavuskriteeriume ning käsitleda nende vahet vastavalt EL institutsioonides toimunud viimastele arengutele. Vastavuskriteeriumid digitaalsisule jagunevad ettepanekus sätestatu kohaselt kaheks: subjektiivsed kriteeriumid ehk nõuded, mis on digitaalsisule seatud tarbija ja digitaalsisu üleandja vahelises lepingus. Selliste nõuete puudumisel lepingus kohalduvad objektiivsed kriteeriumid, mille all mõistetakse kohustuslikke, ettepanekus sätestatud digitaalsisu vastavusnõudeid, millele iga digitaalsisu peab vastama. Kui digitaalsisu üleandja poolne

rikkumine on tuvastatud, tuleb järgnevalt analüüsida ettepanekus sisalduvaid norme vastutuse ja digitaalsisu vastavuse tõendamiskoormise kohta.

1. Digitaalsisu üleandmise lepingute reguleerimise vajadus

1.1. Digitaalsisu üleandmise lepingute sõlmimine ja lepingu sisu kujunemine

1.1.1. Digitaalsisu üleandmise lepingu sõlmimisel kasutatavad meetodid

Selleks, et analüüsida, mil määral on vajalik digitaalsisu üleandmise lepinguid siseriiklikus õiguses või Euroopa Liidu tasandil reguleerida, tuleb tuvastada ning hinnata nende lepingute sõlmimise viise ja analüüsida lepingute sisu kujunemist ja selleks kasutatavaid meetodeid.

Klassikalist lepingu sõlmimise protsessi on D. Looijen⁵ kirjeldanud kui läbirääkimiste tulemusel saavutatud kokkulepet kahe iseseisva ja mõistliku inimese vahel, milles mõlemal on teineteisele midagi väärtuslikku pakkuda ja kus mõlemad saavad tehingu tegemisest kasu. Digitaalajastu tulekuga on sellised stsenaariumid aga igapäevatehingute puhul jäänud tagaplaanile, kuigi on jätkuvalt kasutusel suure väärtusega tehingute tegemisel. Igapäevatehingute tegemisel kasutatakse üha enam küberruumi, kus reaalseid läbirääkimisi lepingutingimuste üle enam ei peeta.

Tehingute tegemise mahu kasvu küberruumis toetab digitaalsete vahendite lihtne kättesaadavus ja nende kiire areng. Komisjon viis 2015. aastal, vahetult enne ettepaneku Euroopa Nõukogule esitamist läbi Eurobaromeetri uuringu⁶, millest selgus, et 82% uuringus osalenutest omavad regulaarset ligipääsu Internetile ning kasutavad seda iganädalaselt, et tarbida Interneti vahendusel muusikat, audiovisuaalseid teoseid, voogedastada spordisündmusi ja mängida mängu. Interneti multifunktsionaalsusest tulenevalt on tarbijal võimalik arvutivõrgu kaudu väga kerge vaevaga osta kontserdipilet, broneerida hotellituba, tellida kolmandatest riikidest kaupu või osta auto. Tarbija saab lepingulistesse suhetesse astuda oma mugavustsoonis, näiteks magamistoas või muus kohas, mida tarbija üldjuhul ei seosta võlaõiguslikesse kohustustesse sisenemisega. Sellise seose puudumise tõttu jääb tihti tähelepanu pööramata ka olulistele detailidele, mille teadvustamine on vastavate teenuste kasutamisel vajalik.

Digitaalsisu leping on praktikas ühe nupuvajutusega sõlmitav leping ja nõuab tarbijalt vaid üksikute isikuandmete sisestamist enne seda, kui leping on nupulevajutusega sõlmitud.

⁵ Vt D. Looijen. Time for a Change: The Schema of Contract in the Digital Era, The Schema of Contract in the Digital Era, Journal on Telecommunications and High Technology Law. Vol 8-2010, p. 548.

⁶ European Commission. Cross-Border Access to Online Content. Report. August 2015, lk 4.

Peamiselt ongi digitaalsisuga lepingute sõlmimise vorm selline, et tarbijal tuleb täita lüngad konkreetsete isikuandmete osas, vajutada nupule „registreeru“ ning digitaalsisu leping on sõlmitud. Isikuandmed, mida tarbijalt enne lepingu sõlmimist küsitakse, on üldist laadi ja seostuvad pigem andmetega tarbijaga kontakteerumiseks. Seejuures on enne „registreerumist“ viide ka sellele, et kasutajaks registreerumisel nõustub tarbija lepingutingimustega, mille sätted on tegelikkuses jaotatud mitme erineva koondnime alla ja praktikas annab tarbija „registreeru“ nupule vajutamiselega nõusoleku olenevalt teenusepakkujast mitmele dokumendile. Üldiselt võib eristada kasutustingimusi (ingl. k *terms and conditions*) ning privaatsussätteid (ingl. k *privacy policy*). Lepingutingimuste tarbijale esitamise viis sõltub digitaalsisu lepingu liigist.

Praktikas kasutatakse digitaalsisu lepingute sõlmimisel valdavalt *click-wrap*-meetodit (tuntud ka *click-through*-meetodina), mille kohaselt on tarbija kohustatud tutvuma lepingu tingimustega ning märgistama vastavad kastikesed linnukesega, avaldades nii oma tahet olla kättesaadavaks tehtud tingimustega seotud.⁷ Lepingut ei loeta sõlmituks, kui tarbija ei ole märkinud, et nõustub lepingutingimustega. Näiteks kasutab *click-wrap*-meetodit Google, mis tarbija kasutajaks registreerimisel küsib isikuandmeid ning seejärel on järgmise sammuna tarbijale kuvatud mõned punktid privaatsus- ja kasutajatingimustest, hüperlink nimetatutele ning rõhutatult on esitatud, et „vajutades nuppu "nõustun", nõustute kasutajatingimustega ja privaatsussätetega“.⁸

Click-wrap-meetodil sõlmitud lepingute kõrval kasutatakse ka *browse-wrap*-meetodit, mille puhul on lepingu sõlmimisel lepingutingimused kättesaadavad hüperlingi kaudu, klientidelt ei nõuta kinnitust tingimustega nõustumise või nendega tutvumise kohta.⁹ *Click-wrap* meetodist eristab *browse-wrap* meetodit see, et tarbija ei saa digitaalsisu lepingutingimustest teadlikuks, kui ta ei ava veebilehel asuvat hüperlinki.¹⁰ Seega, kui *click-wrap*-meetodi puhul on tarbijale lepingutingimused enne lepingu sõlmimist samal veebilehel nähtavad, nendele juhitakse tähelepanu ning tarbija on kohustatud märkima, et ta on nendega tutvunud, siis *browse-wrap*-meetodi puhul tuleb tarbijal lepingutingimustega tutvumiseks avada teine veebileht, mis lepingutingimusi sisaldab. *Browse-wrap*-meetodit kasutab näiteks Facebook, mille kasutajaks registreerimise eelselt esitatakse tarbijale väikeses kirjas tekst: „vajutades registreerimise

⁷ Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne (2016), lk 63.

⁸ Teave avaldatud Google-i kasutajakonto tegemisel.

⁹ Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne (2016), lk 63.

¹⁰ R. A. Hillman, J. J. Rachlinski. Standard-Form Contracting in the Electronic Age. NYU Law Review, Vol. 77, No. 2, 2002, lk 63.

nappu, nõustute meie kasutajatingimustega ning sellega, et olete tutvunud meie andmekasutuspoliitikaga, seejuures ka küpsiste kasutamisega“.¹¹

Clickwrap-meetodit lepingute sõlmimisel on aktsepteerinud ka Euroopa Kohus. Näiteks luges kohus kohtuasjas Jaouad El Majdoub v CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH kehtivaks kohtualluvuse kokkuleppe Brüssel 1 bis määruse art 23 lg 2 järgi, mis oli eelnevalt sätestatud ühe osapoolle kasutajatingimustes. Olgugi, et tegemist oli kahe majandus- ja kutsetegevuses tegutseva isiku vahelise vaidlusega ning tarbija puhul ei ole sellised kohtualluvuse kokkulepped siduvad, pidas kohus kõige tähtsamaks võimalust ligi pääseda ja salvestada kõik lepingut reguleerivad dokumendid enne lepingu sõlmimist.¹² Tarbijalemüügilepingute kohta on kohus märkinud, et sellisel juhul on vajalik esitada andmed püsival andmekandjal, mis võimaldab lepingutingimusi salvestada, töödelda ning taasesitada.¹³ Seega põhimõttelisi takistusi *clickwrap*-meetodi kasutamisel lepingute sõlmimiseks kohtupraktikast ei tulene. Erinevalt *click-wrap*-meetodist ei ole Euroopa Kohus digitaalse infosisu üleandmise lepingute sõlmimise kohta *browse-wrap* viisil selget seisukohta võtnud.

Kokkuvõtlikult tuleb siiski asuda seisukohale, et kuigi mõlema meetodi puhul on tulemuseks nn võta-või-jäta stiilis leping, nõuab *click-wrap*-meetod siiski, et enne lepingu sõlmimist on tarbijale lepingutingimused samal veebilehel teatavaks tehtud, tarbija on kasutajatingimustega tutvunud ning kinnitab seda. Tarbija on halvemas positsioonis võrreldes digitaalsisu üleandjaga, kuivõrd tarbijal ei ole võimalik lepingutingimusi läbi rääkida ja seetõttu on oluline, et digitaalsisu üleandja teavitaks tarbijat lepingutingimuste olemasolust viisil, et tarbijalt nõutakse lepingutingimustega nõustumise eraldi väljendamist vastavasse kasti linnukese tegemisega. Seega tuleks tarbijaga digitaalsisu üleandmise lepingu sõlmimisel eelistada *click-wrap*-meetodit *browse-wrap*-meetodile, kuivõrd *browse-wrap*-meetodil sõlmitud lepingu puhul ei pruugi tarbija endale teadvustada lepingu sõlmimist ja seega ka kasutajatingimustega kaasnevaid kohustusi. Sellest väljendub ka vajadus tagada tarbijale vähemalt temale teise lepingupoole poolt edastatud teabe selgus ja üheseltnõistetus olemasoleva või tulevikus jõustuva regulatsiooni kohaselt.

¹¹ Sellekohane teave avaldatud Facebook-i kodulehel <https://www.facebook.com>

¹² EKo C-322/14, Jaouad El Majdoub vs CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH, p 36.

¹³ *Ibid*, p 37.

1.1.2. Digitaalsisu lepingu sisu kujunemine, lepingu sõlmimine tüüptingimustel ja tüüptingimuste kehtivus

Lepingutingimused on üldiselt vajalikud selleks, et välja selgitada lepingupoolte vastastikused õigused ja kohustused. H.-W. Micklitz ja N. Reich on selgitanud, et digitaalsisuga on toimunud eemaldumine traditsioonilisest lähenemisest ning see on põhjendatav digitaalsisu ühetaolise kättesaadavaks tegemisega moodsate tehnoloogiate kaudu, millest tingituna on digitaalsisust saanud tüüplepingu objekt.¹⁴ Kuivõrd digitaalsisu üleandmise lepingud on standardiseeritud ja nn võta-või-jäta stiilis lepingud, ei ole tarbijal võimalik kaubelda lepingutingimuste üle, et jõuda kompromissini, mis mõlemat lepingupoolt võrdselt rahuldab ja tarbija on võrreldes digitaalsisu üleandjaga halvemas positsioonis. Interneti vahendusel pakutava teenuse kasutamiseks peab tarbija oma tegevuse kohandama vastavalt teenusepakkuja kehtestatud tingimustele ja talle ei olegi jäetud võimalust lepingutingimuste osas läbi rääkida.

Kuivõrd tarbijal puudub võimalus lepingutingimusi läbi rääkida, on digitaalsisu lepinguid reguleerivad tingimused võlaõigusseaduse § 35 lõike 1 mõttes tüüptingimused ehk lepingutingimused, mis on eelnevalt välja töötatud tüüplepingutes kasutamiseks või mida lepingupooled muul põhjusel eraldi läbi rääkinud ja mida tüüptingimust kasutav lepingupool kasutab teise lepingupoolte suhtes, kes ei ole seepärast võimeline mõjutama tingimuste sisu.

Kui tarbija soovib osta teatud kaupa veebis või saada ligipääsu Internetis vahendatavale teenusele, ei ole tal muud valikut, kui eranditult nõustuda teise osapoole kõikide kindlaksmääratud tingimustega, vastasel juhul puudub tarbijal võimalus tehing lõpule viia ja soovitud teenust või kaupa tarbida.¹⁵ Mitmed ettevõtted, kes oma teenust Interneti vahendusel tarbijale pakuvad, on lisanud vastava klausli ka oma kasutajatingimustesse. Näiteks helifailide voogedastusplatform Spotify on märkinud oma veebilehel avaldatud kasutajatingimustes, et kui tarbija ei ole lepingutingimustega nõus või ei saa neid järgida, ei tohi ta Spotify teenust kasutada ega selle sisu tarbida.¹⁶

¹⁴ H.-W. Micklitz, N. Reich. The Commission Proposal for a “Regulation on a Common European Sales Law (CESL)”. Too Broad or Not Broad Enough?- EUI Working Papers, Department of Law, 2012/04, Part I, No. 24, p. 15. Kättesaadav arvutivõrgus: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2013183.

¹⁵ Euroopa Komisjon. Study on consumers’ attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs), 21.03.2016, lk 25. Kättesaadav arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/behavioural_research/docs/terms_and_conditions_final_report_en.pdf

¹⁶ Spotify kasutajatingimused, allalaaditud 16.04.2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.spotify.com/ee/legal/end-user-agreement/>

Kuigi võib nõustuda, et tüüptingimuste kasutamine võib olla ka praktiline ning aidata kokku hoida nii aega kui ka kulutusi ning võib seeläbi olla kaudselt kasulik ka tarbijatele,¹⁷ ei saa eitada, et digitaalsisu lepingute puhul on küsitav, kas tüüptingimused on kehtivad ning kas tüüptingimused saavad alati lepingu osaks.

VÕS § 37 lõike 1 kohaselt saavad tüüptingimused lepingu osaks, kui tingimuse kasutaja enne lepingu sõlmimist või sõlmimise ajal neile kui lepinguosale selgelt viitas ja teisel lepingupoolel oli võimalus nende sisust teada saada. Tüüptingimused on lepingu osaks ka siis, kui lepingu sõlmimise viisist tulenevalt võis nende olemasolu eeldada ja teisel lepingupoolel oli võimalus nende sisust teada saada.¹⁸ Tulenevalt eelmises alapeatükis viidatule saab digitaalsisu lepingute puhul tarbija tüüptingimuste sisust teada teenusepakkuja veebilehel viidatud hüperlingile vajutades. Võlaõigusseaduse kommenteeritud väljaande järgi peab olema aga raskusteta arusaadav, et tegemist on lepingu tingimustega, mis ei ole läbiräägitavad. Arvutivõrgu abil sõlmitavate lepingute tüüptingimused peavad olema kättesaadavad veebilehel enne lepingu sõlmimiseks vajalike toimingute tegemist selliselt, et neid on võimalik sealt enda andmekandjale salvestada.¹⁹

Kuigi tüüptingimused saavad tarbijale digitaalsisu lepingute puhul üldiselt teatavaks alles tarbijapoolse nupulevajutusega, juhivad siiski *click-wrap*-meetodit kasutavad teenusepakkujad tarbijate tähelepanu veebilehel tüüptingimuste olemasolule ja selgelt nõuavad nendega nõustumist. Seega on tarbijale tagatud võimalus ka lepingutingimustega tutvumiseks. Sarnaselt *click-wrap*-meetodile juhib ka *browse-wrap*-meetodi puhul teenusepakkuja tarbija tähelepanu tüüptingimuste olemasolule enda veebilehel. Samas ei nõuta *browse-wrap*-meetodi puhul tarbijalt kinnitust teenusepakkuja sätestatud tingimustega nõustumise kohta. Samuti on teenusepakkujaid, kelle puhul on viide lepingutingimustele väiksemas kirjas ning tarbijale alati mitte nii märgatav.

Eelnevast tulenevalt on töö autor seisukohal, et Eesti õiguse kohaselt saavad *click-wrap*-meetodil sõlmitud digitaalsisu lepingute puhul tüüptingimused lepingu osaks. Seega on eelkõige *browse-wrap*-meetodil digitaalsisu üleandmise lepingu sõlmimisel küsitav, kas tüüptingimused saavad lepingu osaks. Siiski, kuivõrd VÕS § 37 lõike 1 kohaselt saavad tüüptingimused lepingu osaks ka juhul, kui nende olemasolu on sõlmimise viisist tulenevalt

¹⁷ C. Ginter. Tüüptingimustest VÕS ja direktiivis 93/13/EMÜ. - *Juridica* 7/2001, lk 512.

¹⁸ VÕS § 37 lõige 1

¹⁹ I. Kull jt. Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207) Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura. Tallinn 2016, lk 200.

eeldatav ja tarbijal on võimalus nende sisust teada saada, võib olla võimalik jõuda seisukohale, et Eesti õiguse järgi saavad tüüptingimused ka *browse-wrap*-meetodi puhul lepingu osaks. Siiski jääb kahtlus, kas tarbija jaoks on alati *browse-wrap*-meetodi puhul tüüptingimuste olemasolu eeldatav. Ka M. Loos on selgitanud, et Euroopa Kohtu otsuse C-49/11 järgi on digitaalse infosisu üleandmise lepingu sõlmimisel *browse-wrap*-meetodil tüüptingimuste saamine lepingu osaks pigem kaheldav.²⁰ Viidatud kohtulahendis asus Euroopa Kohus seisukohale, et kui teave on kättesaadavaks tehtud üksnes asjaomase ettevõtja veebilehel asuva hüperlingi kaudu, ei vasta see teave kaugmüügi direktiivi art 5 lõike 1 nõuetele, kuivõrd teave ei ole tarbijale ettevõtja poolt „edastatud” ning tarbija ei ole seda „saanud”.²¹

Isegi juhul, kui tüüptingimused on saanud digitaalsisu lepingu osaks, ei pruugi digitaalsisu üleandja saada neile tingimustele tugineda, kuivõrd tüüptingimused võivad olla VÕS § 42 sätete alusel tühised. Nimelt on VÕS § 42 lõike 1 kohaselt tühine selline tüüptingimus, mis on teist lepingupoolt ebamõistlikult kahjustav.²² Seejuures on tarbijaga sõlmitud lepingu puhul tüüptingimuse tühistuse tuvastamiseks VÕS § 42 lõikes 3 toodud keelatud tüüptingimuste loetelu. Juhul, kui keelatud tüüptingimuste loetelu konkreetset lepingutingimust ei sisalda, tuleb kontrollida, kas tingimus on tühine lõikes 1 sätestatud üldklausli alusel.²³

1.1.3. Digitaalsisu leping ja seos klassikalised lepingutüübid

Eelnevast järeldub, et tarbija ja digitaalsisu üleandja vahel lepingulise suhte tekkimiseks piisab ükskõik millisele veebisaidile kasutajaks registreerimisest. Kohe, kui tarbija registreerib ennast näiteks Google või Facebook-i kasutajaks ning alustab vastava teenuse kasutamist, tekivad kasutajal lepingu sõlmimise eeldusena nõustunud kasutajatingimustest, privaatsussätetest ja muudest dokumentidest teenusepakkuja ees nii õigused kui ka kohustused. Digitaalsisu lepingute puhul tähendavad tarbija lepingulised õigused eelkõige saada ligipääs digitaalsisu tootele, saada lepingutingimustele vastavat digitaalset teenust ja muud sellist.

²⁰ M. Loos. The regulation of digital content B2C contracts in CESL. Amsterdam Law School Studies Research Paper No 2013-60, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2013-10, lk 11.

²¹ EKO nr C-49/11, *Content Services Ltd vs Bundesarbeitskammer*, 05.07.2012, p 45-54.

²² VÕS § 42 lõige 1 kohaselt on tüüptingimus tühine, kui see lepingu olemust, sisu, sõlmimise viisi, lepingupoolte huvisid ja teisi olulisi asjaolusid arvestades kahjustab teist lepingupoolt ebamõistlikult, eelkõige siis, kui tüüptingimusega on lepingust tulenevate õiguste ja kohustuste tasakaalu teise lepingupoole kahjuks oluliselt rikutud. Ebamõistlikku kahjustamist eeldatakse, kui tüüptingimusega kaldutakse kõrvale seaduse olulisest põhimõttest või kui tüüptingimus piirab teise lepingupoole lepingu olemusest tulenevaid õiguseid ja kohustusi selliselt, et lepingu eesmärgi saavutamine muutub küsitavaks. Tüüptingimuse tühisust ja sellega seotud asjaolusid hinnatakse lepingu sõlmimise aja seisuga.

²³ I. Kull jt. Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207) Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura. Tallinn 2016, lk 221.

Teisalt määravad nimetatud lepingut reguleerivad dokumendid kindlaks eelkõige tarbija kohustused digitaalsisu üleandja ees, milleks on näiteks digitaalsisu kasutamise lubatud tingimused ja digitaalsisu koopiade tegemise keeld. Sellest tulenevalt saab väita, et ka digitaalsisu üleandmisel tekib lepinguline suhe selle klassikalises mõttes - mõlemale lepingupoolele tekivad õigused ja kohustused teineteise ees.

Jõustunud tarbijadirektiivides ei ole kindlaks määratud, millises vormis sõlmitud lepingud on kehtivad. Näiteks ei reguleerita tarbija õiguste direktiivis²⁴ nõudeid lepingu sõlmimisele, kuivõrd see on jäetud direktiiviga liikmesriikide pädevusse. Direktiivi selgituste punkt 14 kohaselt ei sätesta direktiiv piiranguid siseriiklikule õigusele selles osas, millega reguleeritakse näiteks lepingu sõlmimist või kehtivust. Lisaks viitab tarbija õiguste direktiivi art 8 lg 9 omakorda direktiivi 2000/31/EÜ²⁵ artiklile 9, mille lõike 1 järgi peavad liikmesriigid tagama, et lepingu sõlmimise protsessi suhtes kohaldatavad õigusnormid ei takista Interneti vahendusel sõlmitud lepingute kasutamist, samuti ei tohi lugeda lepinguid kehtetuks ainult selle tõttu, et need on sõlmitud Interneti vahendusel.

Eelnevast tulenevalt võib järeldada, et kehtivaks loetakse kõik võlaõiguslikud lepingud sõltumata nende vormist või sõlmimise kohast. Seega ei too Interneti vahendusel sõlmitud kaugmüügileping või teenuse osutamise leping kaasa teistsuguseid õiguslikke tagajärgi kui nende lihtkirjalikul viisil sõlmitud vasted. Tendents võrdsustada Interneti vahendusel sõlmitud lepingud lihtkirjalike lepingutega on kindlasti tänuväärne, sest sellega on võimalik kokku hoida nii aega kui raha, võimaldades tarbijatel teha tehinguid oluliselt kiiremini, mugavamalt ja odavamalt. Olgugi, et tegemist on lepinguliste suhetega, on digitaalsisu üleandmise lepingud minimiseeritud kujul jõudnud meie igapäevaellu juba mitu aastakümnet tagasi, alustades Interneti vahendusel edastatud uudiste ja mobiiltelefonide personaliseerimisega taustapiltide ja helinate näol.

Seevastu ei ole ühest selgust selle osas, millise võlaõigusliku lepinguna tuleks digitaalsisu üleandmise lepinguid kvalifitseerida. Selgus puudub nii Eesti kui ka teiste liikmesriikide tasandil – ei ole üheselt selge, kas digitaalsisu lepinguid tuleb käsitada teenuse osutamise lepinguna, müügilepinguna või millegi kolmandana.²⁶ Siiski on tarbija seisukohalt oluline

²⁴ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2011/83/EL, 25. oktoober 2011 tarbija õiguste kohta. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:et:PDF>

²⁵ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2000/31/EÜ elektroonilise kaubanduse kohta. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:en:HTML>

²⁶ R. I. Ortiz, P. P. Viscasillas. The scope of the Common European Sales Law: B2B, goods, digital content and services. *Journal of International Trade Law & Policy*, vol 11 no 3. 2012, lk 251.

teada, millise lepingutüübi alla tema sõlmitud digitaalsisu leping liigitub, kuivõrd iga lepingutüübi puhul on erinev nii lepinguese, õigused, kohustused kui ka rikkumise puhul kasutatavad õiguskaitsevahendid.

Kuivõrd digitaalsisu lepinguga üleantu ei ole asi, vaid immateriaalne hüve,²⁷ oleks müügilepingu tunnuseid võrreldes asjakohane eelkõige võrrelda seda õiguse müügilepinguga. VÕS § 208 lõike 3 kohaselt peab õiguse müüja ostjale võimaldama müügilepingu esemeks oleva õiguse omandamise. Lepingu eseme omandiõigus aga ei lähe tavaliselt digitaalsisu lepinguga üle tarbijale²⁸, vaid tarbija võib saada ka üksnes õiguse lepingu kehtivuse ajal lepingu esemeks olevale digitaalsisule ligi pääseda. Seega ei saa asuda seisukohale, et digitaalsisu lepingute puhul on alati tegemist müügilepingutega.

Alternatiivselt võib teatud digitaalsisu lepinguid käsitleda litsentsilepinguna. VÕS § 368 kohaselt annab litsentsiandja litsentsisaajale õiguse teostada intellektuaalsest varast tulenevaid õigusi kokkulepitud ulatuses ja kokkulepitud territooriumil, litsentsisaaja aga kohustub maksma selle eest tasu. Ka digitaalsisu lepingute puhul saab tarbija õiguse kokkulepitud ulatuses ja kokkulepitud territooriumil kasutada vastavat digitaalsisu ning seejuures tuleb tal maksta selle eest tasu. Seejuures eristab VÕS § 370 lihtlitsentsilepingut ja ainulitsentsilepingut. Kuivõrd digitaalsisu lepingute puhul on litsentsiandjal õigus sõlmida lihtlitsentsilepinguid ka teiste isikutega, vastab digitaalsisu lepingu paremini VÕS § 370 lõikes 1 sätestatud lihtlitsentsilepingu määratlusele. Näiteks on litsentsilepinguga tegemist juhul, kui tarbija ostab iTunesi vahendusel endale muusikateose.

Kuivõrd digitaalsisu lepinguga üleantav digitaalsisu ei ole asi, vaid immateriaalne hüve, ei saa digitaalsisu lepingu puhul olla tegemist üürilepinguga VÕS § 271 alusel. Seda põhjusel, et üürilepingu esemeks saavad olla vaid asjad.²⁹ Võlaõigusseaduse kommenteeritud väljaande kohaselt saavad õigused olla mitte üüri-, vaid rendilepingu esemeks.³⁰

VÕS § 339 sätestab, et rendilepinguga kohustub rendileandja andma rentnikule kasutamiseks rendilepingu eseme. Võlaõigusseaduse kommenteeritud väljaande kohaselt võivad rendilepingu esemeks olla mistahes esemed, sh õigused.³¹ Seega on rendilepingu objekt

²⁷ Vt ptk 2.1.

²⁸ Näiteks heliteoste voogedastusteenuse Spotify kasutustingimuste punktis 4 on otsesõnu märgitud, et Spotify poolt vahendatava teenuse kasutamiseks antakse tarbijale lihtlitsents. Spotify kasutajatingimused seisuga 19.04.2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.spotify.com/ee/legal/end-user-agreement/>

²⁹ Võlaõigusseadus II. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura. Tallinn 2007, lk 145.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, lk 283.

üürilepingu objektist laiem ja objektist lähtuvalt saab digitaalsisu lepingut rendilepinguna käsitleda. Samuti saaks objektist ja rentniku kohustustest lähtuvalt käsitleda rendilepinguna ka sellist digitaalsisu lepingut, mille puhul ei tasuta mitte rahas, vaid andmetega.³² Kuivõrd käesoleva magistritöö eesmärgiks on analüüsida selliste digitaalsisu lepingutega seonduvat, mille puhul on digitaalsisu üleandmise vastusoorituseks tarbijapoolne rahas või andmetega tasumine, ei kvalifitseeru magistritöös analüüsitavad digitaalsisu lepingud tasuta kasutamise lepinguna.³³

Olukorras, kus digitaalsisu leping vastab rohkema kui ühe võlaõigusseaduses sätestatud lepinguliigi tunnusele, võib see liigituda VÕS § 1 lõike 2 kohaselt segalepinguks. Kuivõrd kõik digitaalsisu lepingud ei sisalda endas piisaval määral ühisosa, ei ole võimalik digitaalsisu lepinguid ka ühtselt segalepinguna klassifitseerida.

Eelnevalt tulenevalt on raskendatud kehtiva regulatsiooni kohaselt digitaalsisu üleandmise lepingute klassifitseerimine mõne konkreetse VÕS-s reguleeritud lepinguliigi alla. Digitaalsisu lepingute kvalifitseerimisel mingi kindla olemasoleva VÕS-s reguleeritud lepingutüübi alla ei tekita seega tarbija jaoks probleeme asjaolu, et olemasolevaid sätteid ei ole võimalik sobitada digitaalsisuga. Pigem on ebaselgust põhjustav digitaalsisu lepingute erinevus, mistõttu neid ei ole võimalik ühe kindla lepingutüübi alla kvalifitseerida. See tekitab aga tarbijates ebakindlust ning viib olukorrani, kus tarbijal ei ole võimalik mõista, millised on tema õigused ja kohustused digitaalsisu lepingu raames. Samuti on tarbijal keeruline tuvastada, milles seisneb digitaalsisu üleandja poolne lepingurikkumine. Sellest tulenevalt ei saa tarbijal ka aru, milliseid õiguskaitsevahendeid ta lepingu rikkumisel kasutada saab. Selleks on tulevikus jõustuvates regulatsioonides vajalik kas leida moodus digitaalsisu lepingute kvalifitseerimiseks, et tagada tarbijale efektiivne õiguskaitse ning võimalus kõrvutada juba kinnistunud õigusnorme digitaalsisu lepingute eripäradega või luua uus abstraktne lahendus, mis ei erista digitaalsisu lepinguid ning tagab erinevatele digitaalsisu lepingutele võrdsed reeglid. Autor analüüsib digitaalsisu üleandmise lepingute liigitamist uue direktiivi ettepaneku valguses töö 2. peatükis.

Selleks, et hinnata digitaalsisu üleandmise lepingute reguleerimise vajadust, on vajalik analüüsida lisaks eelnevalt käsitletule ka digitaalsisu üleandmise lepingute sisu kujunemist

³² VÕS kommenteeritud väljaande kohaselt ei pea rendi maksmine seisnema raha maksmisses. Võlaõigusseadus II. Kommenteeritud väljaanne, lk 282.

³³ Võlaõigusseaduse kommentaaride kohaselt tekib tasuta kasutamise lepingust võlasuhe, mille järgi omandab üks isik kohustuse anda asi teisele isikule üle kasutamiseks ilma, et teisel isikul tekiks kohustust selle eest tasuda. Võlaõigusseadus II. Kommenteeritud väljaanne, lk 367.

tarbija seisukohalt ja tuvastada, kas kasutajatingimusi on võimalik tarbija jaoks mõistetavamaks ja hoomatavamaks teha.

1.2. Tarbija positsioon digitaalsisu lepingute sisu kujunemisel

1.2.1. Tarbija teadmatus lepingu sõlmimisest

Tavaliselt viitab tarbija poolt antud allkirjaga kinnitatud nõusolek lepingu sõlmimiseks kõrgemale informeerituse tasemele lepingu sõlmimise faktist kui ühe lahtri ristikesega märkimine Interneti vahendusel. Kui tarbija osaleb lepinguliste tingimuste läbirääkimise protsessis ning talle selgitatakse lepingu sõlmimisega kaasnevat õigusi ja kohustusi, on palju tõenäolisem, et tarbija teadvustab endale lepingulisse suhtesse astumist. Seevastu on EL tasandil antud nii lepingu käsikirjalisele allkirjastamisele kui ka ühe lahtri märkimisele, võrdne staatus lepingu kehtivuse jaoks. Tarbija jaoks on lepingu sõlmimise teadvustamine problemaatiline, sest lepingutingimuste selgitamine on asendunud iseseisva kohustusega end kurssi viia lepingut reguleerivate dokumentide sisuga.

Olukorras, kus tarbija ei loo digitaalsisu üleandmise lepingu sõlmimise ajal seost ühegi õiguslikult reguleeritud lepingutüübiga, ei pruugi tarbija endale teadvustada õigusi ja kohustusi, mis ta on lepingu sõlmimisega omandanud, samuti ei ole isegi välistatud tema teadmatus digitaalsisu üleandjaga lepingu sõlmimisest. Näiteks ei pruugi tarbija AirBnB või eBay veebiplatvormide kasutajaks registreerimisel või selle kaudu kaupade või teenuste ostmisel mõista, et on astunud vastava teenusepakkujaga lepingulisse suhtesse, mistõttu ei pea ta vajalikuks ka tutvuda kasutajatingimustega, et saada aru kaasnevatest õigustest ja kohustustest.

Komisjoni poolt koostatud raportis tarbijate käitumise kohta seoses kasutajatingimustega on leitud, et varasemate uuringute kohaselt aktsepteerib suurem enamus tarbijatest Interneti vahendusel kaupade ja teenuste ostmisel kasutajatingimused ilma neid lugemata.³⁴ See tähendab, et tarbijad kas ei ole teadlikud lepingu sõlmimisest ja seetõttu ei pea vajalikuks kasutajatingimusi lugeda ning nendega kaasnevat õigusi ja kohustusi mõista või peavad nad kaasnevat kohustusi ja lepingulist suhet vähetähtsaks, mistõttu ei pea tarbija vajalikuks kasutajatingimustega tutvuda. Samuti on võimalik, et tarbijal ei ole aega lepingutingimustega tutvuda või ei ole lepingutingimuste sisu tarbijale mõistetav, mistõttu on lugemisest loobutud.

³⁴ *Ibid*, lk 4.

Kuivõrd kirjeldatud kasutajatingimuste aktsepteerimine toimub tavaliselt üksnes ühes lahttris ristikese märkimisega, sõlmitakse väga suur osa lepinguid tänapäeval ühe hiireklikiga, mis asendab senini lepinguõigusega seostatud kauplemist, vahetamist ja läbirääkimist.³⁵ Seega on digitaalsisu lepingute sõlmimise protsess võrreldes klassikalise lepinguõigusega, kus lepingu esemeks on teatud kauba müük või teenuse osutamine, muutunud tarbija jaoks kordades mugavamaks. Kuigi dokumentide maht on jäänud samaks, saab tarbija lepingutingimustega tutvuda endale sobival ajal, kohas ja ulatuses. Siiski ei ole lepingute sõlmimise mugavusega kaasnenud tarbija lepinguliste kohustuste vahekorra muutumine. Lepingutingimused, mille läbirääkimisel klassikalise lepingu puhul selgitatakse välja lepingupoolte vastastikused õigused ja kohustused, on asendunud tüüptingimustega, mille puhul tarbijal puudub võimalus digitaalsisu üleandjaga läbirääkimiste pidamiseks.

Seega, kuigi lepingu sõlmimist on traditsiooniliselt iseloomustanud mõlemapoolne võimalus lepingu tingimuste üle kaubelda ning jõuda kokkuleppeni, mis kõige enam mõlemat poolt rahuldab, on digitaalsisu üleandmise lepingud, mis võimaldavad kliendile ligipääsu lepingu esemele, võta-või-jäta stiilis tüüptingimustel sõlmitud lepingud. Ka seetõttu võib tarbijale tunduda, et kasutajatingimuste lugemine ja nende mõistmine ei ole niivõrd oluline, kuivõrd puudub võimalus lepingutingimusi kuidagi mõjutada ning soov teenust kasutada kaalub üles need kahjulikud tingimused, mille mõju ei pruugi kunagi saabuda. Eelnevast tulenevalt on oluline, et näiteks juba veebilehel kasutajaks registreerimisel juhitaks tarbija tähelepanu sellele, et tegemist on digitaalsisu lepingu sõlmimisega ja oleks kohustuslik see, et tarbija kinnitab nõustumise lepingutingimustega. Seega oleks üheks võimaluseks see, kui oleks üldisemalt reguleeritud, et digitaalsisu lepingute sõlmimisel tarbijatega tuleb kasutada *click-wrap*-meetodit, mis juhib tarbija tähelepanu ning tutvustab talle enne lepingu sõlmimist lepinguga kaasnevaid õigusi ja kohustusi. See võimaldab tagada, et digitaalsisu üleandja vähemalt juhib tarbija tähelepanu lepingutingimuste nõustumise vajalikkusele enne digitaalsisu üleandmist. Samuti oleks vajalik, et tarbijaga digitaalsisu üleandmise lepingu sõlmimisel kuvataks tarbijale kõik lepingutingimused enne nendega nõustumist. See tagab, et tarbija näeb juba enne „nõustun“ nupu vajutamist lepingutingimusi ning teadvustab, et astub lepingulisse suhtesse. Tarbijat ei saa kohustada lepingutingimusi lugema, kuid lepingutingimuste kuvamine annab vähemalt võimaluse lepingutingimustega tutvumiseks, kuivõrd tarbijale on juba lepingutingimused ekraanil automaatselt kuvatud ning ta ei pea selleks tegema eraldi pingutust.

³⁵ D. Looijen (2010), lk 565.

1.2.2. Lepingutingimuste arusaadavavus ja maht

Valdav enamik tarbijaid, kes digitaalsisu üleandmise lepinguid sõlmivad, omistavad suurema tähenduse sellele, mille nad võlasuhte tulemusena vastu saavad, jättes kõrvale selle, mille nad ise loovutavad või millised õigused ja kohustused neil lepingu sõlmimise tulemusena tekivad. Probleemi tuum seisneb selles, et olles Internetiga ühendatud, on igal tarbijal võimalik hoomata väga lühikese aja jooksul tohutul hulgal informatsiooni, mistõttu ei omistata arvutiekraanil kuvatud sõnadele suuremat tähendust kui möödaminnes kõneletud lausetele.³⁶

Eriti prevalentne on see digitaalsisu üleandmise lepingute puhul, kus kasutajad ei maksa digitaalse teenuse kasutamise eest rahas, vaid teevad selle asemel muu vastusoorituse. Sellist ärimudelit kasutavad valdav enamus sotsiaalmeediaplatforme.³⁷ Üldjoontes teavad kasutajad, mille nad lepingu tulemusena saavad ning kuna vastusooritus ei seisne rahalistes maksetes, siis ei pööra nad suurt tähelepanu kasutajatingimustele ja muudele dokumentidele, mis nende õigusi ja kohustusi kindlaks määravad. Uudisteagentuuri Sky News korraldatud uuringu kohaselt mõistavad ka noored, et sotsiaalmeediaplatformide kasutajatingimuste lugemata jätmisel on omad ohud, kuid peavad teenust ikkagi piisavalt turvaliseks, niikaua kui seda õigesti kasutada ja end liigsesse ohtu panemata ei tohiks midagi kahjulikku tarbijaga juhtuda.³⁸

Erinevate uuringute andmetel loevad digitaalsisu üleandmise lepingute kasutajatingimusi läbi vähem kui 1% vastava teenuse kasutajatest. Erialakirjanduses on sellele tendentsile toodud seletuseks mitmeid erinevaid põhjuseid. Tarbijad tunnevad, et nad ei saa lepingutingimuste lugemisest hoolimata neid tingimusi mõjutada, et seadus aitab nende õigusi kaitsta ka ilma end oluliste dokumentidega kurssi viimast ning tõdemus, et keegi teine vastavaid kasutajatingimusi ka ei loe.³⁹

See on tõsi, et tarbijad on EL-is mõnevõrra enam kaitstud kui näiteks sama veebiteenuse kasutajad USA-s. Näiteks Facebook-i kasutajatingimustes on ette nähtud, et kõik vaidlused

³⁶ D. Looijen (2010), lk 554.

³⁷ Aastatel 2008-2016 on 18 kõige enam külastatud sotsiaalmeediaplatformi Internetis kõik olnud ligipääsetavad ilma rahalist makset tegemata. Graafiku kõige enam külastatud sotsiaalmeediaplatformidest on koostanud P. Kallas. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://www.dreamgrow.com/wp-content/uploads/2016/03/Top-10-Social-Networking-Sites-by-Market-Share-of-Visits-February-2016.png>

³⁸ T. Cheshire. Social Media Terms and Conditions "incomprehensible" to Children. Sky News, 05.01.2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://news.sky.com/story/social-media-terms-and-conditions-incomprehensible-to-children-10718275>

³⁹ Euroopa Komisjon. Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs), lk 4, 20-22.

lahendatakse California osariigi San Mateo maakonna kohtus⁴⁰, kuid Brüsseli 1 uuesti sõnastatud määruse⁴¹ art 17 lg 1 punkti (c) ja art 18 lg 1 kohaselt on tarbijal õigus pöörduda vaidluste lahendamiseks oma elukohariigi järgsesse kohtusse. Käesolev näide on pigem erandlik, sest Facebook on registreeritud Iirimaal⁴² ja liikmesriikide kodanikel ei olekski vaja USA kohtutesse vaidlusi lahendada minna. Sellest olenemata aitaks tarbijat kõige rohkem see, kui EL tasandil oleks sätestatud valdkonnaspetsiifilised normid, mis puudutavad konkreetselt digitaalsisu lepingute selgust.

Probleemid digitaalsisu üleandmist reguleerivatele dokumentidele ligipääsemisega ning puuduseid, ebakõlasid ja mõistetamatuid tingimusi on nimetatud kõige aktuaalsemateks puudujääkideks seda liiki lepingute osas.⁴³ Informatsiooni puudus või selle madal kvaliteet, millele võib lisada tarbija jaoks tähtsa informatsiooni peitmine mahukatesse dokumentidesse on põhjused, miks tarbijad tunnevad end digitaalsisu lepinguid sõlmides ebakindlalt. Vajadus suurema läbipaistvuse järgi on üks kõige enam soovitatud meetoditest tarbijate olukorra parandamiseks.⁴⁴

Teenusepakkujal tarvitseb lepingu sõlmimise ajal kõigest viidata selliste tingimuste või sätete olemasolule ja nende kättesaamise kohale veebis ning sellega piirduvad tema kohustused lepingueelse teabe edastamisel. Seevastu on digitaalsed turud üleküllastunud toodetega, mida pakuvad erinevad kauplejad paljudest riikidest ning igal ühel neist on omad kasutajatingimused ja meetodid, kuidas teavet tarbijale edastada. Tarbija jaoks on aga see hulk teavet, mida ta peab omale selgeks tegema, ebamõistlikult suur ning uuringud näitavad, et tarbija ei suuda ega soovi kogu temale edastatud informatsioonist aru saada.⁴⁵ Eelnevat ilmestab New Yorki ülikoolis läbiviidud uuring, milles leiti, et üks või kaks tarbijat tuhandest soovisid enne kaugmüügilepingu sõlmimist lugeda veebiteenuse kasutajatingimusi ning enamik, kes seda soovisid, ei veeda sellel lehel piisavalt aega, et läbi lugeda rohkem kui väike osa tekstist.⁴⁶ Sellest järeldub, et mõistlik tarbija kas ei soovi tutvuda lepingutingimustega, mis tarbija ja vastava teenuse või toote pakkuja lepingulist suhet reguleerivad või esinevad

⁴⁰ Veebiportaali Facebook kasutajatingimused, p 15.1

⁴¹ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL) nr 1215/2012, 12. detsember 2012, kohtualluvuse ning kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusajades. - ELT 351.

⁴² Veebiportaali Facebook kasutajatingimused, p 18.1.

⁴³ Euroopa Komisjon. Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs), lk 4.

⁴⁴ N. Helberger, M.B.M. Loos, L. Guibault, C. Mak, L.W.P. Pessers. Digital Content Contracts for Consumers. Journal of Consumer Policy. 2012, 36(1), lk 40.

⁴⁵ N. Helberger jt, lk 49.

⁴⁶ Y. Bakos, F. Marotta-Wurgler, D. R. Trossen. "Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts" (2014). New York University Law and Economics Working Papers, lk 2. Kättesaadav arvutivõrgus: http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=nyu_lewp

muud takistused, millest tulenevalt tal seda teha ei ole võimalik. Samuti võib põhjuseks olla see, et tarbija jaoks ei ole lepingutingimused alati selgelt mõistetavad või muudavad lepingutingimuste sisust arusaamise tarbija jaoks ebamõistlikult koormavaks.

1.2.2.1. Digitaalsisu lepingutingimused ei ole tarbija jaoks alati mõistetavad

Interneti vahendusel teenuse kasutaja ja digitaalsisu üleandja vahelisi suhteid reguleerivad kasutajatingimused ei erine õiguslikus mõttes kirjalikult sõlmitud lepingute tingimustest. Interneti vahendusel osutatava teenuse kasutajatingimustes võivad lisanduda olulised piirangud tarbija õigustele: nendes võib ette näha kohustuslikku vahekohtumenetlust vaidluste tekkimise korral; ettekirjutust, kas veebilehel avaldatud digitaalsisu kopeerimist võib pidada tarbijapoolseks lepingurikkumiseks ning kas Interneti vahendusel pakutavat teenust võib kasutada mitteärilisteks eesmärkideks.⁴⁷

Nagu ka eelnevalt välja toodud, on digitaalsisu lepingu sõlmimisel tarbijal kerge jätta tähelepanuta, et vastaval veebilehel avaldatud või allalaaditud tarkvaraga on kaasas kasutajatingimused ja puutumatusnormid⁴⁸, mis määravad kindlaks eelkõige tarbija lepingulised kohustused ja teenuse või toote pakkuja õigused. Kuivõrd tegemist on tingimustega, mille sisu tarbija mõjutada ei saa, on tarbija sunnitud nõustuma teenusepakkuja poolt seatud tingimustega, vastasel juhul ei ole tal võimalik saada ligipääsu soovitud digitaalsisule. Mistahes mööndusteta nõustumine lepingutingimustega viib aga olukorrani, kus tarbija on digitaalsisu lepingu kehtivuse ajal paigutatud kasutajatingimuste ja puutumatusnormidega seatud raamistikku ehk tarbijal tuleb kohandada oma tegevus vastavates dokumentides seatud reeglitele.

Kui tarbija ei tutvu dokumentidega, mis reguleerivad tema ja teenusepakkuja vahelist õigussuhet, siis tal ei ole ka võimalik enda jaoks lahti mõtestada olulisi tarkvara litsenseerimise, veebilehe kasutamise, puutumatusnormide, müügieeskirjade ja teenuse kasutamise lõpetamise korra kohta, mis tavaliselt digitaalsisu üleandmise lepingutes sisalduvad. Ainult tarbija harimisest ning tema tähelepanu juhtimisest lepingute kasutajatingimustele ei piisa, kui taotletakse tarbija paremat kaitset vastavate dokumentide

⁴⁷ A. S. Brehm, C. D. Lee "Click Here to Accept the Terms of Service". Communications Lawyer, jaanuar 2015. Avaldatud USA Advokatuuri kodulehel, kättesaadav arvutivõrgus: http://www.americanbar.org/publications/communications_lawyer/2015/january/click_here.html

⁴⁸ Ingl. k - *privacy policy*.

kuritarvitamise eest. Seda seetõttu, et üksnes kasutajatingimuste olemasolust teadmine ei võimalda tarbijal oma õigusi efektiivselt kasutada. Praktikas on aga tihtipeale tarbija jaoks raskendatud selliste dokumentide sisu mõistmine nendes sisalduva informatsiooni rohkuse või tingimuste keerulise sõnastuse tõttu.

Seni ei ole maksimumharmoniseerivad direktiivid digitaalsisu reguleerimiseks kehtestanud arvutivõrgus pakutavate teenuste kasutajatingimustele nõudeid, mis hõlbustaksid tarbijal nendest realselt aru saada. Tarbija õiguste direktiivi art 7 lg 1 kohaselt peab lepinguga seotud oluline teave olema loetav ning esitatud lihtsas ja arusaadavas keeles. Nimetatud teabe hulka kuuluvad selgitused kauba või teenuse põhiomaduste, kauba või teenuse koguhind, lepingust taganemise tingimuste ja lepingu kestuse kohta. Tüüptingimuste regulatsioon kaitseb tarbijat ka arusaadavuse testi kaudu, st tingimuse tekst peab olema raskusteta arusaadav poolele, kelle suhtes seda kasutatakse. Kui teenusepakkujad jätavad lahtiseks tingimused, mille sisustamine võib tarbijat kahjustada, võib tingimus olla täidetav. Näiteks Facebook-i puutumatusnormide kogumiku tingimuste kohaselt võib teenusepakkuja edastada kasutajate isikuandmeid kolmandatele isikutele⁴⁹, kuid ei ole märkinud, kas teenusepakkuja seda ka teeb.

Lepinguvabadust ka tarbijalemüügilepingutes tuleb pidada absoluutseks ja seda tuleks säilitada ka lepingueseme kontekstis. Siiski peab tarbija olema positsioonis, et tal on võimalik lepingutingimustest aru saada ja tõlgendada neid vastavalt tarbija õiguslikule staatusele. Seetõttu tuleks pöörata enam rõhku sellele, et kasutajad saaksid täpselt aru, millega nad nõustuvad lepingut sõlmides.⁵⁰ Seega ei piisa sellest, kui tarbijatele tehakse mõistetavaks, et iga digitaalsisuga lepingu sõlmimisega kaasneb lepinguline suhe, vaid digitaalsisu lepingu sõlmimise eel tarbijale kättesaadavaks tehtud tingimused tuleb muuta tarbijale loetavaks viisil, et tarbijal on võimalik aru saada nende sätete sisust ja temale lepinguga kaasnevatest kohustustest ja õigustest. Selleks oleks vajalik sätestada reeglid, mis sätestaksid, kuidas ja millises vormis tuleb tarbija jaoks olulised sätted tingimustes esitada – kas rõhuasetusega, dokumendi alguses või muul viisil. Samuti peaks olema kehtestatud üldine maht, mis selliste dokumentide alla läheks.

Alternatiivselt võiks Komisjon läbi viia analüüsi populaarsemate teenusepakkujate kasutajatingimuste osas ja võrrelda seda ebaõigluse kriteeriumitega seda reguleerivas direktiivis. Sellisel moel on võimalik kehtestada EL ülesed standardid teenusepakkujatele, kes kasutavad tarbijatega sõlmitud lepingutes tingimusi, mis võivad tarbijat kahjustada.

⁴⁹ Veebiportaali Facebook kasutajatingimused, p 9.1.

⁵⁰ S. Whittaker. Distinctive Features of the New Consumer Contract Law. Law Quarterly Review. Jaanuar 2017, lk 57.

1.2.2.2. Digitaalsisu lepingute hoomamatu maht

Loogiliselt võib järeldada, et mõistlik tarbija peaks aru saama temale esitatud teabe sisust, tegemata selleks lisapingutusi või kasutades kolmanda isiku abi lepingu sisu mõistmiseks. Tarbija õiguste direktiiv on sätestanud väga üksiksasjalikud nõuded kaugmüügilepingute sisu osas⁵¹, ent teenusepakkujad ei piirdu tihti kohustusliku informatsiooni edastamisega, vaid tarbija jaoks esmatähtis informatsioon on justkui peidetud tohutu hulga muu teabe taha, mille kättesaamine väljub mõistlikuse piiridest ning püüe kõikide tema poolt sõlmitud lepingute kasutajatingimustega reaalselt tutvuda tekitab tõenäoliselt tarbijale kahju. Reaalsest elust on tuttav järgmine olukord: tarbija ostab uusima Apple telefoni ja teeb omales iTunes-i konto, et alla laadida lisarakendusi App Store-st, sh Spotify muusika kuulamiseks, Facebook-i sõpradega suhtlemiseks ja PayPal-i maksete tegemiseks. Mida aga nutitelefoni kasutaja endale ei teadvusta, on see, et tal tuleb enne Apple telefoniga kaasaskäiva tarkvara (iOS 10) ja nimetatud teenuste kasutamist lugeda läbi kõikide rakenduste ning telefoni operatsioonisüsteemi kasutajatingimused, mis kokku moodustavad ca 47 tuhat sõna või on sõnade arvult võrdsed F. Scott Fitzgeraldi kultusromaaniga „Suur Gatsby”.⁵²

Nõnda mahukaid kasutajatingimusi, mis reaalselt tarbija ja digitaalsisu üleandja vahelist lepingut reguleerivad, ei olegi tarbijal mõistlik läbi lugeda ja endale selgeks teha. Carnegie Melloni ülikooli uurimuses⁵³ keskenduti küsimusele: milline kulu kaasneks sellega, kui kõik USA internetikasutajad loeksid läbi iga unikaalse külastatud veebilehe puutumatusnormid? Selgus, et USA kannaks igal aastal 781 miljardi dollari suurust alternatiivkulu⁵⁴ kaotatud aja näol, mis kuluks internetikasutajatel puutumatusnormide lugemiseks. Peab märkima, et hinnang sellisele kulumäärale on antud 2007. aasta andmete põhjal. Praeguseks on nutitelefonide kasutajate ja seeläbi paigaldatud rakenduste ning nendega kaasaskäivate

⁵¹ Tarbija õiguste direktiivi art 7 lg 1 sisaldab tervelt 20 punkti teabe kohta, mis peab kauglepingus sisalduma, seitse punkti kohalduvad asjakohaste lepingute puhul.

⁵² Märkus: iOS 10, iTunes, Spotify, Facebook ja Paypal kasutajatingimused moodustavad kokku 47250 sõna, vastavad kasutajatingimused alla laaditud 6 märts. “Suur Gatsby” sõnade arv: 47 094, avaldatud veebiportaalis *Reading Length*. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://www.readinglength.com/book/isbn-0743273567/>

⁵³ A.M. McDonald, L.F. Cranor. The Cost of Reading Privacy Policies. A Journal of Law and Policy for the Information Society. 2008 Privacy Year in Review, lk 19. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf>

⁵⁴ Ingl. k - *opportunity cost*.

puutumatusnormide ja kasutajatingimuste arv kordades suurenenud⁵⁵, millest võib järeldada ka mitmekordset alternatiivkulu suurenemist võrreldes 2007. aasta andmetega.

Eelnevast tulenevalt on oluline, et lisaks lepingutingimuste arusaadavusele peavad lepingud oma mahult olema tarbija jaoks ka hoomatavad. Paraku ei ole võimalik ette näha konkreetset mahupiirangut tarbijalepingute jaoks, kuivõrd lepingud on igakordselt erinevad ja võivad vajada seetõttu ka tingimuste esitamiseks erinevat mahtu. Siiski tuleks tarbijatega digitaalsisu üleandmise lepingute sõlmimiseks ette näha, et lepingutingimused ei või olla ebamõistlikult mahukad, arvestades sealjuures lepingu eset ja selle eeldatavat regulatsiooni mahtu. Tundub mõistetu, et tasuta allalaaditava rakenduse nagu Angry Birds kasutajatingimused ei saa olla sama mahukad kui Paypali tingimused, kuivõrd viimase puhul on tarbijale üleantav digitaalsisu palju laiahaardelisem ning seetõttu on vajalik ka rohkem selle üleandmist ning kasutamist reguleerida. Siiski peaks kehtima teatav standard, mis võimaldaks vähendada tarbija kulutatavat aega kasutajatingimustega tutvumiseks.

1.2.3. Võimalikud lahendused digitaalsisu lepingute tarbija jaoks hoomatavaks tegemisel

Amsterdami ülikooli digitaalsisu analüütikud peavad tarbija harimisel kõige tähtsamaks tema võimalust teha enesele teadvustatud valikuid. Eksperdid leidsid ühe võimaliku lahendusena lepingute kasutajatingimuste teatud standardiseerimise, et tarbijatel oleks võimalik efektiivselt nendes sisalduvat informatsiooni võrrelda. See võimaldaks digitaalsisu lepinguid võrdlevatel veebilehtedel töödelda, võrrelda ja teha valikuid lähtudes standardiseeritud kasutajatingimustest. Seega ei pea uurimuse autorid piisavaks, et tarbijatele teenusepakkuja poolt edastatud informatsioon oleks selge ja ühemõtteline – teavet tuleb edastada efektiivselt sellisel moel ja vormis, mis võimaldab tingimuste võrdlust nii tarbijatel kui ka kolmandatel osapooltel.⁵⁶ Selline võrdlev meetod annaks tarbijale võimaluse, et kui ta on juba varasemalt digitaalsisu üleandmise lepingu tingimustega tutvunud ning need endale selgeks teinud, võrrelda järgmise lepingu tingimusi eelnevalt läbi töötatud lepingutega ning selle pinnalt hinnata endal lasuvaid kohustusi ja õigusi.

2016. aasta märtsis avaldatud raportis on Komisjon nentunud kasutajatingimuste liigset mahtu ja keerukat sõnastust ning nõustunud varasemate uuringutega, et kauplejad ei soovigi

⁵⁵ Nutitelefonide müük on alates 2007. aastast eksponentsiaalselt kasvanud, 2016. aastal ületas aasta jooksul müüdüd nutitelefonide arv 2007. aastaga võrreldes kümnekordselt 2007. aasta müüginumbrid. Statistika kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.statista.com/statistics/263437/global-smartphone-sales-to-end-users-since-2007/>

⁵⁶ N. Helberger jt, lk 42.

koostada lühikesi ja konkreetseid kasutajatingimusi, kuna nad soovivad maandada vastutusega seonduvaid riske.⁵⁷ Seega on ka Komisjoni arvates tegemist aktuaalse probleemiga ning selle leevendamiseks on ka katsetatud lahendusi, mis võivad ka praktikas tulemusi tuua. Autor kirjeldab järgnevalt pakutud lahendusi ja nende efektiivsust.

Esmalt aitaks kasutajatingimuste hoomatavamaks ja arusaadavamaks tegemisele kaasa informatsiooni olulisusest sõltuv kirja suurus ja värv, pealkirjade kasutamine ja tingimuste üldine struktuur.⁵⁸ Lähtudes eeldusest, et tarbijad on nõus kasutajatingimusi lugema, peaksid tarbijad saama enda jaoks olulise informatsiooni kätte ilma üleliigse vaeva ja kuluta. Kasutajatingimused peaksid olema lühemad ja kirjutatud viisil, millest igal tarbijal, olenemata tema haridusest, kogemusest ja vaimsest võimekusest, oleks võimalik efektiivselt aru saada.

Lisaks prooviti tõsta tarbijate teadlikkust veebilehele märgise lisamisega, mis viitas ausatele ja õiglastele kasutajatingimustele.⁵⁹ Mõlemad meetodid praktikas töötasid: uuringutes osalejad tundsid eksperimendi tulemusena end mugavamalt Interneti vahendusel tehinguid tehes ning omasid lõpuks paremaid teadmisi oma õigustest. Seevastu tundub, et nõnda mahuka uurimuse kõrvalt on Komisjon jätnud tähelepanuta teise, veelgi olulisema probleemi. Tarbijate harimine veebiteenuste kasutajatingimuste lugemisel on kindlasti pikas perspektiivis kasulik, kuid nende võimatuse tõttu lepingu tingimusi teenusepakkujaga läbi rääkida jätab siiski lepingu teisele poolele võimaluse lisada tehingusse klausleid, mis ei ole selged ega tõenäoliselt ka õiglased.

Seega, kui võrd digitaalsisu muutub üha enam tarbitavamaks ja sellega kaasneb suur hulk kasutajatingimusi, võib nende lepingute mahu hoomamatus ja tingimustega lihtne nõustumine endaga kaasa tuua teadvustamatust lepingute sõlmimisel. Samas ei tingi tarbijate teadmatus või tahtmatus end kurssi viia digitaalsisu üleandmise lepingute kasutajatingimustega just niivõrd fundamentaalsete lepinguõiguslike dogmaatikate nagu nõusoleku või kokkuleppe saavutamise vajadus lepingu sõlmituks tunnistamiseks EL-i ülest harmoniseerimist. Kui proovida tõsta tarbijate teadlikkust lepingu sõlmimise faktist ajal, kui nad teatud veebisaidile kasutajat loovad, lisades iga registreerimisankeedi lõppu teavituse, et tarbija on sõlmimas lepingut teenusepakkujaga ja nende omavahelisi lepingulisi suhteid reguleerivad kasutajatingimused, ei pruugi olla kõige efektiivsem lahendusmuutuks laiemas pildis midagi. Seda just seetõttu, et tarbijad, kes harjumuspäraselt neid dokumente ei loe, ei pruugi neid

⁵⁷ Euroopa Komisjon. Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs), lk 20.

⁵⁸ *Ibid*, lk 26-27.

⁵⁹ *Ibid*, lk 49.

lugema hakata ka pärast näitena toodud teate nägemist. Pigem tuleks seadusandlikul tasandil tööd teha selle nimel, et neil, kes huvituvad lepingu sõlmimise tagajärgedest ja loevad digitaalsisu üleandmise lepingute kasutajatingimusi, oleks nimetatud tingimustest võimalik mõistlikult aru saada.

Arvestades käesolevas peatükis käsitletud Facebook-i tüüptingimuse, mille kohaselt võtab teenusepakkuja omale voli tarbijate andmeid kolmandatele osapooltele edasi anda⁶⁰, jätkuvat kehtivust, siis võib pidada tarbija õiguste direktiivi nõuet sätestada lepingutingimused selgel ja arusaadaval viisil pigem ebaefektiivseks. Tulemusi tarbijakaitse edendamisel on võimalik saavutada juhul, kui tarbija või tarbijaid esindav organisatsioon pöördub siseriiklikku kohtusse ning taotleb kasutajatingimuste ebaõigluse tuvastamist.

M. Loosi ja J. Luzaki poolt avaldatud uurimuses analüüsi kohaselt kasutavad vähemalt neli suurimat digitaalsisuga seonduvat veebiteenuse tüüptingimusi, mis tõenäoliselt ei läbiks ebaõigluse testi⁶¹ ebaõiglase tingimuste direktiivi art 3 lg 1 alusel. Lahendusena pakuvad autorid välja, et potentsiaalselt ebaõiglaseid tingimusi tuleks lasta kohtutel tõlgendada ja siseriiklikud kohtud peaksid esitama eelotsuse taotluse Euroopa Kohtule ebaõigluse testi tõlgendamiseks. Samuti oleksid tarbijate õigused paremini kaitstud, kui tarbijakaitseorganisatsioonid esitaksid hagi EL õigust rikkuva teenusepakkuja vastu. Õigus hagi esitamiseks tuleneb Brüssel 1 uuesti sõnastatud määruse art 7 lg-st 2 ja Euroopa Kohtu *Henkel* lahendist.⁶²

Lisaks on Komisjonil Euroopa Liidu toimimise lepingu⁶³ (edaspidi ELTL) art 258 lg 1 alusel õigus algatada rikkumismenetlus, kui talle tundub, et liikmesriigi ametiasutused ei kohalda liidu õigust nõuetekohaselt.⁶⁴ Seega, kui direktiiv on nõuetekohaselt üle võetud, aga siseriiklikud ametiasutused ei ole teinud ettekirjutust digitaalsisu teenusepakkujale tema poolt pakutavate tingimuste osas, mis on vastuolus EL õigusega, on võimalik Komisjonil ise sekkuda ja aidata tarbijate jaoks olulist probleemi lahendada. Seega esimese sammu saavad teha nii tarbijad kui ka Komisjon ise.

⁶⁰ Veebiportaali Facebook kasutajatingimused, p 15.3.

⁶¹ Ebaõiglase tingimuste direktiivi art 3 lg 1: "Lepingutingimus, mille suhtes ei ole eraldi kokku lepitud, loetakse ebaõiglaseks, kui see on vastuolus heausksuse tingimusega ning kutsub esile lepinguosaliste lepingust tulenevate õiguste ja kohustuste olulise tasakaalustamatuse, mis kahjustab tarbijat."

⁶² M. Loos, J. Luzak. "Wanted: a Bigger Stick. On Unfair Terms in Consumer Contracts with Online Service Providers", *Journal of Consumer Policy*. Märts 2016, lk 65. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10603-015-9303-7>

⁶³ Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon 2010/C83/01. - ELT C83.

⁶⁴ Komisjoni pressiteade: "ELi õigusnormide täitmine liikmesriikides on paranenud, ent ühtse turu täieliku potentsiaali avamiseks on vaja veel pingutada", 18.07.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: www.europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2245_et.pdf

Kokkuvõtlikult võib öelda, et kehtiva regulatsiooni alusel sõlmitud digitaalsisu üleandmise lepingute korral on tarbija selgelt nõrgem lepingupool. Seda nii selles osas, et tarbijal puudub võimalus lepingutingimuste kujunemisel osaleda ja kaasa rääkida ning nagu tuvastatud ka käesoleva töö alapeatükkides 1.2.1 ja 1.2.2, ei mõista tarbija tihti isegi, et on astunud lepingulisse suhtesse või puudub tal võimekus lepingu sisu selgelt mõista ning lepingu ulatuslikku mahtu hoomata. Seejuures on osaliselt võimalik tarbija õiguslikku positsiooni õigusliku regulatsiooniga parandada. Seetõttu on oluline järgnevalt analüüsida, millised on Komisjoni ettepanekus digitaalsisu üleandmise lepingute osas kohalduvad uuendused ning kas Komisjoni ettepanekuga tarbijate õiguslik positsioon digitaalsisu lepingutes paraneb.

2. Komisjoni ettepanek digitaalsisu üleandmise lepingutele reguleerimiseks

2.1. Puudujäägid kehtivas digitaalsisu üleandmise lepingute definitsioonis

Hetkel ei ole EL tasandil olemas ühtki õiguslikku instrumenti, mis kataks täielikult ära Interneti vahendusel sõlmitud lepingud. Nimetatud lepingutele kohalduvad reeglid on hajutatud nelja direktiivi vahel, mis reguleerivad lepinguõiguse erinevaid valdkondi⁶⁵: tarbija õiguste direktiiv, direktiiv tarbekaupade müügi ja nendega seotud garantiide teatavate aspektide kohta⁶⁶, elektroonilise kaubanduse direktiiv ja ebaõiglase tingimuste direktiiv, kuid ükski neist ei ole suutnud digitaalsisu defineerida selliselt, mis vastaks ja hõlmaks täielikult digitaalsel turul pakutavaid kaupu ja teenuseid.⁶⁷ Veelgi enam, mitmed EL õigusaktid jõustusid enne sõlmitud digitaalsisu lepingute arvu hüppelist tõusu ning seega ei arvesta need kõige viimaste arengutega digitaalsisu valdkonnas. Asjaolu, et digitaalsisu lepinguid reguleerivad reeglid on EL tasandil sätestatud erinevates direktiivides ja liikmesriikide tasandil mitmetes siseriiklikes õigusaktides, on viinud õigusliku regulatsiooni killustumiseni.⁶⁸

Digitaalsisu lepingutele kohalduvad normid ei ole Euroopa Liidu üleselt ühtlustatud, mistõttu tuleb nendel kaupade ja teenuste kaugmüügi pakkujatel, kes soovivad digitaalseid teenuseid ja tooteid teha kättesaadavaks tervele EL ühisturule, olla kursis 28 eri liikmesriigi regulatsioonidega ja oma tegevust vastavalt kohandada. Lisaks puudub enamikes EL liikmesriikides digitaalset sisu käsitlev eriregulatsioon, mistõttu tuleb tuvastada, millised õigusaktid üldse digitaalsisu reguleerivad. See on viinud olukorrani, kus ettevõtjad ei soovi oma teenuseid ja kaupu teha kättesaadavaks väljaspool oma liikmesriiki ning tarbijal ega ka ettevõtjal endal ei ole võimalik kasu saada ühtse turu olemasolust. Komisjon hindab sellega saamata jäänud tulu 415 miljardi euron aastast.⁶⁹

⁶⁵ Euroopa Parlamendi infotunnis on toodud väite ilmestamiseks esile õigused informatsioonile ja õigus taganeda lepingust, digitaalsisu üleandja vastutuse ja tema õigused. Briefing 2016 aprill, lk 2.

⁶⁶ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 1999/44/EÜ, tarbekaupade müügi ja nendega seotud garantiide teatavate aspektide kohta, 25. mai 1999. L 171. Kättesaadav arvutivõrgus:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/HTML/?uri=CELEX:31999L0044&from=EN>

⁶⁷ R. Manko, lk 3-4.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Euroopa Digitaalse Ühtse Turu strateegia üks motivatsioone. Nimetatud strateegia kohta rohkem informatsiooni Komisjoni veebilehel, kättesaadav arvutivõrgus:

https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_en

Digitaalsisu lepinguid on kehtiva regulatsiooni järgi reguleeritud siseriikliku õiguse järgi ning nendele on kohaldatud olemasolevaid reegleid, mis muidu on mõeldud müügi-, teenuse osutamise või üürilepingute jaoks; mõnes õiguskorras reguleerivad selliseid lepingulisi suhteid *sui generis* normid. Mitmel juhul on kohtud võimelised leidma spetsiifilistele õiguslikele probleemidele lahendused, kohaldades analoogia korras juba olemasolevaid reegleid. Sellest tulenevalt on V. Mak tabavalt öelnud, et ettepanekuga ei proovita kõrvaldada puudujääke liikmesriikide seadusandluses, vaid soovitakse selgust tuua süsteemi, mis praegusel juhul koosneb segaselt kokku pandud lahendustest.⁷⁰

Komisjon on proovinud lahendada probleemi, et ükski digitaalsisu lepinguid seni reguleeriv direktiiv ei ole suutnud digitaalsisu defineerida viisil, mis vastaks ja hõlmaks täielikult digitaalsel turul pakutavaid kaupu ja teenuseid. 2011. aasta oktoobris esitas Komisjon ettepaneku ühtse Euroopa müügiõiguse (CESL) vastuvõtmiseks, mis oleks ühendanud mitmed EL lepinguõiguslikud aspektid üheks õiguslikuks allikaks. I. Kull on nimetanud ühtset Euroopa müügiõigust kui erakordset võimalust harmoniseerida üldiselt aktsepteeritud lepinguõiguse põhimõtteid ja luua süsteemne normikogumik, mis asendaks senise lepinguliste suhete sektoraalse regulatsioonide paljususe EL tasandil.⁷¹ Sellise õigusakti vastuvõtmisega oleksid aga siseriiklikud õigused jäänud liialt tagaplaanile ning Euroopa Parlament otsustas ettepanekut mitte toetada, kuni pole tehtud põhjalikke muudatusi. Siiski ei saanud ettepanek ühise müügiõiguse vastuvõtmiseks pärast nõutud muudatusi vajalikku toetust Euroopa Liidu Nõukogus ning Komisjon otsustas ettepaneku tagasi võtta 2014. aastal.⁷²

2015. aastal käivitatud Digitaalse Ühtse Turu (*Digital Single Market*) strateegia üks prioriteete on ühtlustada digitaalsisuga seonduvad regulatsioonid ning edendada seeläbi liikmesriikide vahelist kaubandust ja luua uusi töökohti.⁷³ Alates 12. juunist kuni 3. septembrini 2015. a viis Komisjon läbi avaliku konsultatsiooni⁷⁴ Interneti vahendusel sõlmitud digitaalsisu ja kaupade lepingute kohta. Konsultatsiooni eesmärk oli koguda sidusgruppide arvamusi selle kohta, kuidas eemaldada peamisi takistusi, mis kaasnevad Interneti vahendusel sõlmitud digitaalsisu ja kaupade lepingutega. Digitaalsisu toodete osas pooldasid enamik

⁷⁰ V. Mak, lk 12.

⁷¹ I. Kulli Eesti Teadusinfosüsteemi veebileht, kokkuvõtte loometööst Euroopa lepinguõiguse ja mitmetasandilise Euroopa õiguse vallas. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.etis.ee/Portal/Persons/Display/ad474942-6d19-48bd-a991-9ba73a302c22>. CESL-i kohta vt lisateavet: I. Kull. Euroopa Ühine Müügiõigus: Uus Instrument Euroopa Lepinguõiguses. - *Juridica* III/2013, lk 151-162.

⁷² R. Manko, lk 2.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Komisjoni küsitlus Interneti vahendusel sõlmitud lepingute kohta. 12.06.2015. Kättesaadav arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/summary_of_results.docx

tarbijakaitseühinguid tarbijakaitseenormide täielikku Liiduülest harmoniseerimist, pidades sealjuures oluliseks tarbija kõrget kaitstuse taset. Ühingud pooldasid ka digitaalsisu võimalikult laia definitsiooni ja märkisid, et digitaalsisu lepingute puhul tarbijale laienev kaitse ei tohiks suurel määral erineda kaupade lepingute normidest.⁷⁵ G. Spindler leiab, et Komisjoni lahendus reguleerida lepinguid kõrge abstraktsiooniastmega on ainus võimalus sammu pidada digitaalsektori äärmiselt kiire arenguga ja uute ärimudelite tekkimisega.⁷⁶

H. Beale'i poolt Komisjonile edastatud analüüsis on märgitud, et digitaalsisu regulatsiooni ei tohiks jätta lahendada üldregulatsioonile ja kohtu tõlgendustele. See viib tulemuseni, kus seadus oleks selle subjektidele liialt raskesti kättesaadav ja tarbijatel oleks liialt raske aru saada oma õigustest ning digitaalsisu kauplejatel oma kohustustest. Lisaks on Beale märkinud, et normid, mis arendati välja mittedigitaalsete kaupade (või teenuste) jaoks, ei pruugi alati kokku sobida digitaalsisu nüanssidega.⁷⁷ Üldregulatsioon tänaseid probleeme ei lahenda ning oluline on EL õigusaktiga määrata selged piirid digitaalsisuga seotud lepingutele.

Komisjon on ettepanekut tutvustavas dokumendis märkinud, et tehnoloogia kiiret arengut arvesse võttes ning tagamaks digitaalse sisu mõiste paindlikkus tulevikus, tuleks digitaalsisu mõistele anda kavandatavas direktiivis laiem tähendus kui tarbija õiguste direktiivis. Eelkõige peaks digitaalsisu hõlmama teenuseid, mis võimaldavad andmeid luua, töödelda või salvestada. Kuigi digitaalse sisu üleandmiseks on mitmeid viise, sealhulgas edastamine püsival andmekandjal, tarbijatepoolne allalaadimine oma seadmetesse, voogedastus veebis, juurdepääsu lubamine digitaalse sisu salvestamise võimalustele või juurdepääs sotsiaalmeedia kasutamisele, peaks direktiiv olema kohaldatav igasugusele digitaalsele sisule, olenemata kasutatud andmeedastusvahendist. Eri kategooriate eristamine sellel tehnoloogiliselt kiiresti muutuval turul ei ole soovitatav, sest tõenäoliselt oleks võimatu vältida diskrimineerimist üleandjate vahel. Erineva kategooria digitaalse sisu üleandjatele tuleks tagada võrdsed võimalused.⁷⁸

Teatud digitaalse toote või teenuse väljajätmine ettepaneku kohaldamisalast tekitaks ebavõrdsust turukonkurentsi ja tarbija õiguste kaitse tagamisel. Digitaalsisu pidevast arenemisest on tingitud vajadus reguleerida digitaalseid kaupu ja teenuseid võimalikult

⁷⁵ R. Manko, lk 11.

⁷⁶ G. Spindler, lk 216-217.

⁷⁷H. Beale, lk 7. The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. Workshop of JURI-Committee of the European Parliament, January 2016, PE 536.493.

⁷⁸ Ettepaneku preambul, p 11.

laiapiirilisel, kuid piisavalt täpselt, et valdavat enamikku hetkel kasutatavat digitaalsisu oleks võimalik regulatsiooni piiresse sobitada. Samuti on tarbija seisukohalt oluline see, et tarbijal oleks võimalik teada, milline on tema poolt sõlmitud lepingule kohalduv õiguslik regulatsioon.

2.2. Digitaalsisu mõiste direktiivi ettepanekus

Huvigruppide ja ekspertide mõjul asus Komisjoni tõdemusele, et tulevikuks on vaja võimalikult laia digitaalsisu definitsiooni ning ühtset seadusandlikku instrumenti, mis kohalduks kõikidele digitaalsisu üleandmise lepingutele.

Digitaalse sisu mõiste on direktiivi ettepanekus jäänud taotluslikult laiaks, et säilitada regulatsiooni kohaldamisvõimalus tulevikus tekkivatele digitaalsisu liikidele ja vältida konkurentsimoonusi ning luua võrdsed võimalused turul. Ettepanekus esitatud digitaalsisu mõistega on hõlmatud kõik digitaalse sisu liigid, sealhulgas allalaaditud või veebis voogedastatavad filmid, pilvsalvestus, sotsiaalmeedia ja visuaalse modelleerimise failid 3D-printimiseks.⁷⁹ Ettepaneku uudsus võrreldes varasemate regulatsioonidega seisneb ka selles, et digitaalsisu mõistega on lisaks digitaalsetele kaupadele hõlmatud ka teenused, mis seonduvad digitaalsisu töötlemise, salvestamise ja jagamisega. Teisisõnu kohaldub ettepanek kõikidele digitaalsetele failidele, mis koosnevad bittidest.⁸⁰

Ettepaneku artikkel 2 lg 1 toob välja kolm varianti, millisele digitaalsisule peab ettepanek kohalduma. Esiteks mõistetakse ettepaneku kohaselt digitaalsisu all andmeid, mis on toodetud ja mida edastatakse tarbijale digitaalsel kujul. Lahtise loeteluna on märgitud selliste andmetena video, heli, rakendused, videomängud ja igasugune muu tarkvara. Nimetatud näited on ühed kõige tavalisemad digitaalsisu tüübid ning lahtise ja väga üldise loetelu jätmine ettepanekusse tundub loogiline samm, kuivõrd sellisel moel on võimalik ettepanekuga hõlmata ka lepingulisi vorme, mida ei ole veel leiutatud või mis ei ole veel tarbijate poolt laialt kasutusele võetud.⁸¹ Sisuliselt on tegemist tarbija õiguste direktiivi preambuli punkti 19 uuestisõnastusega, mille kohaselt mõistetakse digitaalsisu all kõiki andmeid, mis on toodetud ja tarnitud digitaalsel kujul.

⁷⁹ Ettepaneku seletuskirja 5. jagu, p 2.

⁸⁰ IT-termin, millega tähistatakse väikseimat andmeühikut digitaalsüsteemides. Binaarses süsteemis koosnevad sellised ühikud 1-dest ja 0-dest.

⁸¹ V. Mak, lk 7.

Ettepaneku koostamisel on Komisjon võtnud eesmärgiks laiema digitaalsisu kohaldamisala kui tarbija õiguste direktiivis sätestatud. Nagu ka eelnevalt välja toodud, on üks väga oluline erinevus võrreldes tarbija õiguste direktiiviga digitaalsete teenuste hõlmamine ettepaneku artiklis 3 lg 1 punktis b ja c. Digitaalsete teenuste puhul on olukord võrreldes digitaalsisu edastamisega tarbijale teistsugune ning tegelikkuses toimub andmete vool tarbijalt teenusepakkujale.⁸² Ettepanek hõlmab endas kaht digitaalsete teenuse liiki: teenused, mille puhul andmed pärinevad tarbijatelt ning millega on teistel tarbijatel võimalik suhelda.

Digitaalsisu definitsiooni laiendamine võrreldes tarbija õiguste direktiivi sätetega väljendub kahes teises ettepaneku kohaldamisalas. Artikli 2 lg 1 punkti (b) kohaselt hõlmab digitaalsisu ka teenuseid, mis võimaldab luua, töödelda või salvestada digitaalseid tarbijalt pärit andmeid. Sellised teenused viitavad ärimudelile, milles digitaalsisu ei pärine mitte teenusepakkujalt, vaid tarbijatelt endilt. Praktikas võiks selline säte kohalduda lepingutele, mis võimaldavad tarbijatel luua tekstidokumente või digitaalseid pildi- ja helifaile Interneti vahendusel.⁸³ Loomine, töötlemine ja salvestamine viitab samas pilveteenustele, mille abil on tarbijal võimalik veebi laadida faile, mis ta on ise loonud, samuti näiteks fotosid ja videosid.

Artikkel 2 lg 1 punkt c kohaldub teenustele, mis võimaldab jagada sisu teiste teenusekasutajatega või teostada mis tahes muud interaktsiooni digiandmetega, mis on pärit teistelt teenusekasutajatelt. Selliste teenuste puhul ei ole teenusepakkuja see, kes digitaalsisu tarbijale üle annab, ega ka tarbija, kes edastab digitaalsisu teenusepakkujale. Selle asemel pärinevad andmed kolmandalt isikult ehk teistelt teenuse kasutajatelt. Nimetatud definitsiooni kasutamine viitab esmalt sotsiaalmeedia teenustele, mille kasutajatel on ligipääs teiste tarbijate digitaalsisule seda jagades, kommenteerides ja taaspostitades. Samuti langeb nimetatud säte kohaldamisalasse ka pilvandmetöötlusteenused (*cloud computing*), arvestades seda, et pilves salvestatud failidele on ligipääs ka teenuse teistel kasutajatel.⁸⁴

Digitaalsisu võimalikult lai kohaldamisala, mis hõlmab erinevaid digitaalsisu teenuseid ja tooteid, loob eelise tulevikuks, kuivõrd regulatsiooni ei ole vajalik uuendada uue ja seni väljatöötamata tehnoloogiliste lahenduste puhuks.

⁸² R. Manko. European Parliamentary Research Service. Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive. Mai 2016. PE582.048, lk 11.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

2.3. Direktiivi ülevõtmine siseriiklikusse õigusesse ja digitaalsisu üleandmise lepingute kvalifitseerimine

Autor on töö alapeatükis 1.1.3 käsitlenud digitaalsisu lepingute kvalifitseerimist olemasolevate võlaõiguslike lepinguliikide alla ning täheldanud, et püüe lepinguid selliselt kvalifitseerida võib viia veel suurema ebakindluseni tarbijate teadvustamisel mingi konkreetse digitaalsisu lepingu olemusest ning sellega kaasnevatest õigustest ja kohustustest. Ettepanekus on jäetud digitaalsisu kvalifitseerimise küsimus tahtlikult reguleerimata ning liikmesriikidel on kohustus võtta üle direktiivi sätteid siseriiklikusse õigusesse ilma neid muutmata, ühtlustades nii digitaalsisu lepingute kohta käiva regulatsiooni ja seeläbi ka tarbija õigused Liidu üleselt. Kuivõrd tegemist on maksimumharmoniseeriva direktiiviga, siis ei sõltu selle kohaldamisala siseriiklikest digitaalsisu lepingute kvalifitseeringutest – direktiivi kohaldatakse kõikidele digitaalsisu lepingutele, mis on direktiivi kohaldamisalaga hõlmatud. Seega koheldakse müügi-, litsentsi-, rendi- ja teenuse osutamise lepinguid võrdselt. Sellest hoolimata on siseriiklikud regulatsioonid olulised valdkondades, mida ei ole direktiiviga reguleeritud, näiteks normid lepingute koostamise ja kehtivuse kohta.⁸⁵

Lepingute kvalifitseerimata jätmine kindla lepingutüübi alla on leidnud laialdast positiivset vastukaja.⁸⁶ Probleemi sellisel moel lahendamine ei ole sugugi laiduväärt, pigem ennetab see vastuolusid erinevate siseriiklike õiguste vahel ning hoiab ära nende killustatust ja aitab paremini saavutada ettepanekuga seatud eesmärke. Küll aga on tõusetunud küsimus selle kohta, kuidas peaksid liikmesriigid jõustunud direktiivi siseriiklikku õigusesse üle võtma ning kuidas tuleks digitaalsisu lepingud kvalifitseerida, et tuleks üldse kõne alla ettepanekus sätestatud eesmärkide saavutamine. Euroopa Parlamendi Siseturu ja Tarbijakaitse Komisjon on oma raportis toonud välja kaks varianti: liikmesriikidel on jõustunud direktiivi ülevõtmisel vajalik luua digitaalsisu lepingutele *sui generis* normid siseriiklikus õiguses või integreerida direktiivi sätteid juba olemasolevate lepinguliikide juurde.⁸⁷

Uue lepingutüübi loomist digitaalsisu lepingute jaoks siseriiklikus õiguses on ettepaneku vastuvõtmisele eelnevalt juba rakendatud Suurbritannias ja Madalmaades. Sellise

⁸⁵ Ettepaneku preambul, p 10.

⁸⁶ Selline järeldus baseerub asjaolul, et Komisjoni poolt ettepaneku ettevalmistamisele kaasatud eksperdid ja huvigrupid ei ole täheldanud olulisi probleeme ettepanekus digitaalsisu lepingute konkreetse kvalifitseerimata jätmise osas. Vt ka G. Spindler, lk 6; V. Mak, lk 7.

⁸⁷ European Parliament Committee on the Internal Market and Consumer Protection. Working Document on the directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. PE585.510. 23.06.2016. lk 3. Kättesaadav arvutivõrgus:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-585.510+01+DOC+WORD+V0//EN&language=EN>

lähenedes on võimalik jätta liikmesriikidele rohkem võimalusi hoida regulatsioon ajaga kaasas ja kohandada lepinguõiguslikud normid vastavalt tehnilistele arengutele. Teisalt aga võib *sui generis* normide sisseseadmine sundida liikmesriike üle võtma tundmatud õiguslikud mõisted, mis võib viia õigusliku ebakindluseni.⁸⁸ Üldiselt on siiski eraldi lepinguõigusliku kategooria loomine digitaalsisu reguleerimiseks pigem leidnud positiivset vastukaja.⁸⁹

Lähenedes, kus digitaalsisu müük on paigutatud samasse õiguslikku kategooriasse, mis teenuse osutamise lepingud, on kindlasti uuenduslik ja seda pole varem liikmesriikide praktikas rakendatud. Sellega seoses toob autor esile mitmeid probleemkohti, mida R. Manko on täheldanud seoses liikmesriikide kohustusega direktiiv siseriiklikusse õigusesse üle võtta.

Mitmed liikmesriigid on juba kvalifitseerinud digitaalsisu lepingud olemasolevate instrumentide alla, näiteks müügi- ja rendilepingutena või kohaldanud vastavaid sätteid analoogia korras. Kuigi ettepanek loob uue lepingutüübi (digitaalsisu üleandmise leping), siis sellega ei nõuta, et liikmesriigid peaksid sama tegema, kuna lepingutüübi määratlemine on jäetud liikmesriikide pädevusse. See tähendab, et liikmesriigid võivad paigutada uued digitaalsisu regulatsioonid juba olemasolevate lepinguliikide alla või luua *sui generis* reeglid, mis kohalduksid ainult digitaalsisu lepingutele. Samas sellise kvalifikatsiooni jätmine liikmesriikide pädevusse võib viia õiguse killustatuseni nii siseriiklikus õiguses kui ka liikmesriikide vahel.⁹⁰ Vastav seisukoht põhineb V. Maki ettepaneku kohta koostatud analüüsist Komisjonile, milles on välja toodud kaks asjaolu, mis mõjutavad direktiivi ülevõtmist siseriiklikku õigusesse.

Esiteks võib ettepaneku tekstist järeldada, et liikmesriikidele ei ole jäetud täielikku otsustusõigust selles osas, kas kohelda digitaalsisu lepinguid müügi-, teenuse osutamise või muu lepinguna, kuna ettepaneku sisu seab teatavaid piiranguid sellise valiku tegemisele. Nimelt kui teatud digitaalsisu tooteid, näiteks tarkvara, e-raamatuid ja digitaalsisu füüsilisel andmekandjal, võib lugeda kaupadeks, siis teistsugused digitaalsisu tüübid ei sobitu kuidagi sellisesse raamistikku. Need ettepaneku kohaldamisalad, mida käsitleb artikkel 2 lg 1 p (b) ja (c), sarnanevad pigem rohkem teenustele. Selliste lepingute puhul ei ole kaupleja kohustus edastada tarbijale digitaalsisu ei digitaalsel ega füüsilisel kujul, vaid sisuliselt on kaupleja tarbija andmete salvestaja ning võimaldab neid kasutada ka teistel tarbijatel. Erinevust müügilepinguga ilmestab ka fakt, et ettepanek viitab sellistele digitaalsisu liikidele kui

⁸⁸ N. Helberger jt, lk 8-9.

⁸⁹ R. Manko, lk 13 ja V. Mak, lk 8.

⁹⁰ R. Manko, lk 12-13

teenustele. Sellest tulenevalt oleks liikmesriikidel keeruline sobitada kõiki digitaalsisu lepinguid kindla olemasoleva regulatsiooni alla.⁹¹

Teiseks, kui üks liikmesriik otsustab digitaalsisu lepinguid reguleerida müügilepingute, teine aga teenuse osutamise lepingute ning kolmas hoopis *sui generis* normide alusel, siis lepingupoolel peavad tehingu tegemisel selgeks tegema, millisest õigusaktist vastavat lepingut reguleerivaid sätteid on võimalik leida. Kui liikmesriigid võtavad direktiivi üle erinevalt, st mõned liikmesriigid sobitavad digitaalsisule kohalduvad normid olemasolevate lepinguliikide alla, samal ajal kui teised liikmesriigid loovad siseriiklikku õigusesse *sui generis* normid digitaalsisu reguleerimiseks, siis see ainult vähendaks siseturu toimimisele mõjuvaid takistusi, kuivõrd digitaalsisu regulatsioon on liikmesriikide vahel ühtlustatud. Seevastu tarbijatel ja digitaalsisu üleandjatel on kohustus end kurssi viia teise lepingupoole asukohariigi õigusega juba seetõttu, et üles leida normid, mis digitaalsisuga kaasnevaid õigusi ja kohustusi reguleerivad. See põhjustab aga põhjendamatuid lisakulutusi nii tarbijatele kui kauplejatele, kes peavad tõenäoliselt kulutama ressursse õiguslikule nõustamisele, olgugi, et tegemist on maksimaalselt ühtlustatud normidega kõikide liikmesriikide vahel.⁹²

Ettepanekus esitatud lähenemise eelis on see, et see võimaldab seadusandjal tutvustada uusi regulatsioone olemasolevatesse süsteemidesse, millega selle subjektid, eriti tarbijad ja kauplejad, on juba tuttavad. Olemasolevaid norme saab digitaalsisu jaoks vastavalt kohandada. Näiteks kui seadusandja soovib digitaalsisu lepinguid reguleerida müügilepingu normide alusel, siis kauba mõistet võib laiendada nii, et see hõlmaks ka digitaalsisu. Sellisel juhul tuleb ka direktiivis sätestatu nõuetekohaselt üle võtta, muuhulgas võrdsustades Interneti teel ja füüsilisel andmekandjal tarbijale edastatud digitaalsisu.⁹³

V. Maki arvamus, et kõige mõistlikum oleks liikmesriikidel sisse seada digitaalsisu jaoks *sui generis* normid, mis reguleerivad ainult digitaalsisuga seonduvat lepinguõiguslikku valdkonda, on autori arvates kõige parem lahendus ettepanekuga taotletava maksimum-harmonisatsiooni saavutamiseks EL liikmesriikides. Käesoleva töö alapeatükis 1.1.3 on autor analüüsinud probleemkohti, mis võivad tekkida seoses katsega sobitada digitaalsisu kohta käiv regulatsioon olemasolevate lepinguliikide konteksti. Seevastu kui iga liikmesriigi seadusandluses oleks direktiivi ülevõtmise järgselt eraldi seadusega kinnitatud normide

⁹¹ V. Mak, lk 12-13.

⁹² V. Mak, lk 13.

⁹³ Ibid.

kogumik, siis oleks kõigil lepingupoolel on võimalik kerge vaevaga üles leida vastavad õigusnormid eri riikide seadusandlusest.

2.4. Tarbija andmed lepingulise vastutasuna digitaalsisu lepingutes

2.4.1. Tarbija andmetele kohalduva regulatsiooni vajadus

Töö eelmistes alapeatükkides toodu näitab, et ettepanek on andnud digitaalsisule väga laia mõiste, kuivõrd ettepanekuga on hõlmatud väga suur osa Interneti vahendusel sõlmitud lepingutest. Kui seni on reguleeritud olnud üksnes sellised digitaalsisu lepingud, mille puhul digitaalsisu saamiseks tuleb tarbijal tasuda rahas, on käesolev ettepanek esimene EL-i lepinguõiguslik instrument, mis võrdsustab igasuguse digitaalsisu lepingute kehtivuse, hoolimata sellest, kas digitaalsisu edastati raha või muu vastutasu eest. Nimelt hõlmatakse uue direktiiviga ka sellised digitaalsisu lepingud, mille puhul ei anta digitaalset sisu üle rahalise tasu eest, vaid vastutasuna tarbijate edastatavate (isiku- ja muude) andmete eest.⁹⁴

See on ka põhjendatud, kuivõrd digitaalsisu üleandja saab lepingu alusel tasu kahel moel: (i) kasutaja kas maksab digitaalsisu teenuse või toote eest või (ii) edastab oma andmed digitaalsisu üleandjale, misjärel üleandja kasutab neid andmeid tarbijale reklaamide edastamiseks ning saab ressursse digitaalsisu tööshoidmiseks reklaami pakkujalt. Seega, kui digitaalsisu üleandja ei nõua selle kasutajatelt digitaalsisu eest raha, tuleb see raha reklaami pakkujalt, kes ostab digitaalsisu üleandjalt reklaami näitamiseks pinda. Üleandja ärimudeli valik, mis võtab tasu reklaamijalt, mitte tarbijalt, ei õigusta andmetega maksnud tarbija ilma jätmist kaitsest, mida ühtlustatud reeglitega direktiiv võimaldab. Nimetatud tarbija kaitse all peab autor silmas soodsamate tingimuste loomist tarbija jaoks - kui andmete vastutasuna käsitlemata jätmise langeb direktiivi kohaldamisalast välja, siis puudub tarbijal ligipääs õiguskaitsevahenditele, lepingu esemele kohalduvate nõuetele jm hüvedele, mida direktiiv digitaalsisu lepingute kohta reguleerib.

Komisjon on ettepaneku ettevalmistamisel märkinud, et kasutaja andmetel võib olla samasugune väärtus mis rahal, kuna üha suurem osa digitaalsisu teenusepakkujaid võimaldab ligipääsu oma pakutavatele teenustele, küsides selle eest vastutasuna tarbijate isiku- või muid andmeid. Sellest tulenevalt peavad olema tagatud võrdsed tingimused kõikidele digitaalsisu

⁹⁴ Ettepanek, lk 11.

lepingutele, hoolimata tarbijapoolsest vastutusest.⁹⁵ Kuivõrd digitaalne sisu antakse sageli üle just muu vastutuse kui raha eest, diskrimineeritaks erinevaid ärimudeleid, kui vastutuse laadist sõltuvalt direktiiv kas kohalduks kindlatele digitaalsisu lepingutele või mitte. Eelnevalt tulenevalt on küllalt selge vajadus ka selliste digitaalsisu lepingute reguleerimiseks, milles tarbija ei tee rahalist makset lepingulise vastusooritusena.

Arvestades ettepaneku preambuli punktis 11 märgitud eesmärki võrdsustada kõik digitaalse sisu üleandmise lepingud ning kehtestada neile võrdsed reeglid, tuleb analüüsida, kas n-õ andmetega maksmine digitaalsisu lepingu sõlmimisel annab tarbijatele ettepaneku alusel piisava või vähemalt samasuguse kaitse kui raha eest saadud digitaalsete teenuste või toodete üleandmise lepingutes. Kui rahaga maksmisel ning andmete üleandmisel digitaalsisu lepingutes esineb ettepaneku järgi erinevusi, siis tuleb ka analüüsida, kas sellised erinevused on õigustatud.

2.4.1. Tarbija andmed vastutuse liigina digitaalsisu lepingutes

Üha enam on Interneti vahendusel pakutavaid teenuseid reklaamitud tasuta teenustena, kuigi reaalsuses saavad tarbijad teenustele ligipääsu vaid oma andmeid esitades.⁹⁶ Teenused, mida peetakse tasuta teenusteks, põhinevad tavaliselt sellisel majanduslikul mudelil, kus teenuseosutaja kogub isikuandmeid, et selle töötlemisest väärtust luua. Täna on digitaalhiskonnas on isikute kohta käiv informatsioon tihti sama väärtuslik kui raha seetõttu, et informatsioon tarbija huvid, käitumismustrite ja muu sellise osas võimaldab ettevõtjal seda enda huvides ära kasutada ja selle abil näiteks tarbijale muid kaupu või teenuseid reklaamida.

Digitaalsisu teenusepakkujad koguvad andmeid väga mitmel viisil. Selle hulka kuuluvad näiteks andmete vabatahtlik esitamine sotsiaalvõrgustikes või kasutajate harjumuste kaardistamine Interneti vahendusel kaupa ostes, et tarbijatele pakkuda lihtsamat ja mugavamalt Internetikülastamist.⁹⁷ Selleks, et välja selgitada, milliseid tarbijapoolseid vastutuse liike ettepanek hõlmama peaks, viis Komisjon ettepaneku huvigruppide seas läbi küsitluse. Tarbijakaitseorganisatsioon BEUC (edaspidi: BEUC) märkis oma arvamuses Komisjonile, et kõik vastutuse liigid peaksid olema ettepanekuga hõlmatud, sh andmete edastamine lepingulise vastutusena. Siiski pidas BEUC kõige olulisemaks faktoriks lepingulise suhte

⁹⁵ Ettepaneku preambul p 13.

⁹⁶ European Parliament, Working Document PE585.510, lk 4.

⁹⁷ Märkus: Internetikasutajate andmete kogumist ning seejärel neile selle alusel sobivate reklaamtoodete pakkumist on erialakirjanduses nimetatud ka profileerimiseks.

olemasolu.⁹⁸ Lepingulise suhte olemasolu on oluline seetõttu, et vastasel korral ei ole teenusepakkujal kohustust tarbijale digitaalsisule juurdepääsu võimaldada. See läheb ka kokku klassikalise arusaamaga lepinguõigusest, kus mõlemal poolel on teineteisele midagi väärtuslikku pakkuda ning teenust või toodet ei anta üle ilma sealjuures vastutasu saamata.

Samas on sellisele määratlusele ka oponente. Äriühinguid Euroopa tasandil esindav organisatsioon Eurochambers leiab, et ettepanekus ei tuleks isikuandmeid lepingulise vastutasuna käsitada, kuivõrd selline määratlus laiendaks liialt ettepaneku kohaldumisala ning sellise regulatsiooni vajadus ei ole tõestatud. Lisaks võiks isikuandmete kvalifitseerimine rahalise vastutasuga võrdselt takistada ettepaneku eesmärkide saavutamist.⁹⁹ Selline seisukoht on jäetud laiemas pildis kõrvale. Tarbija õiguste direktiivi alusel on reguleeritud vaid sellised digitaalsisu lepingud, mille puhul tarbija maksab vastutasuna raha.¹⁰⁰ Kuna aga sellised digitaalsisu lepingud, milles kasutaja n-ö maksab oma andmetega, muutuvad üha enam Levinumaks, siis ettepanekus sätestatud eesmärgid ei ole kindlasti parem saavutada, jättes direktiivi kohaldamisalast välja digitaalsisu lepingud ning lähtudes ainult tarbijapoolsetest kohustustest. Andmete reguleerimata jätmisega ettepanekus satuks väga suur osa tarbijaid halvemasse õiguslikku olukorda, kuivõrd neile ei laieneks uue direktiivi kaitse.

Eelnevast tulenevalt kohaldatakse ettepaneku artikli 3 lõike 1 järgi ettepanekut lepingute suhtes, mille alusel üleandja annab tarbijale digitaalse sisu üle või kohustub seda tegema ning mille eest tarbija tasub hinna või annab aktiivselt muud vastutasu kui raha, kas isiku- või muude andmete kujul.

Ettepaneku art 3 p-s 4 sõnastuses käsitletakse lepingulise vastutasuga seonduvalt lubatavaks selliseid lepinguid, kus üleandja nõuab ja tarbija aktiivselt edastab andmeid, näiteks nimi ja e-posti aadress või fotod, otse või kaudselt üleandjale näiteks individuaalsel registreerimisel või sellise lepingu alusel, mis võimaldab tarbijate fotodele juurde pääseda. Nimetatud sättes on kasutatud järgmist sõnastust:

"Käesolevat direktiivi ei kohaldata muu vastutasu kui raha eest edastatud digitaalse sisu suhtes ulatuses, milles üleandja nõuab tarbijalt selliste isikuandmete edastamist, mille

⁹⁸ Tarbijakaitseorganisatsioon BEUC, Preliminary position on the Proposal for a directive on contracts for the supply of digital content. 12.04.2016, lk 7. Kättesaadav arvutivõrgus: http://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2015-077_contract_rules_for_online_purchases_of_digital_content_and_tangible_goods.pdf

⁹⁹ Eurochambres Position Paper. Reaction to the European Commission's proposal on the distance sales of digital content (COM(2015)634 final). 10.04.2016, lk 4. Kättesaadav arvutivõrgus: http://www.eurochambres.eu/custom/ECH_Reaction_to_DC_proposal-2016-00095-01.pdf

¹⁰⁰ R. Manko, lk 3.

töötlemine on rangelt vajalik lepingu või õigusaktidest tulenevate nõuete täitmiseks, ja üleandja ei töötle neid andmeid edasi viisil, mis ei ole selle eesmärgiga kooskõlas. Samuti ei kohaldata seda mis tahes muude andmete suhtes, mida üleandja nõuab tarbijalt, tagamaks, et digitaalne sisu vastab lepingule või õigusaktidest tulenevatele nõuetele, ja üleandja ei kasuta neid andmeid kaubanduslikel eesmärkidel."

2.4.2. Passiivne andmeedastus, millele ettepanek ei laiene

Preambuli punkt 14 täpsustab ka tarbijapoolset teavet, millele ettepanek ei laiene ning millised andmed ei saa ettepaneku alusel kaitset. Sinna alla kuuluvad olukorrad, kus kaupleja kogub andmeid, mis on vajalikud digitaalse sisu lepingukohaseks toimimiseks, näiteks geograafilise asukoha andmeid, kui see on vajalik mobiilirakenduse nõuetekohaseks toimimiseks, või üksnes eesmärgil täita seadusest tulenevaid nõudeid, näiteks kui kohaldatavate õigusaktidega nõutakse tarbijalt registreerumist turvalisuse ja tuvastamise eesmärgil. Lisaks ei kohaldata direktiivi olukordades, kus üleandja kogub teavet, sealhulgas isikuandmeid, nagu näiteks IP-aadress, või muud automaatselt genereeritavat teavet, näiteks „küpsise” abil kogutavat ja edastatavat teavet, ilma et tarbija seda aktiivselt edastaks, isegi kui tarbija nõustub „küpsiste” kasutamisega.¹⁰¹

Olgugi, et peaaegu kõik huvigrupid toetavad tarbijate andmete määratlemist sobiva vastutasuna digitaalsisu regulatsioonis, ei ole ettepanek sellisel kujul ilma ebakõlade ning murekohtadeta. Erinevad analüütikud on väljendanud vastumeelsust artikli 3 lõigete 1 ja 4 ning samuti ettepaneku preambuli sõnastuse osas, kuivõrd see viitab direktiivi kohaldamisele ainult tarbija poolt aktiivselt edastatud teabe osas. Siiski kogutakse tihtipeale isikuandmeid kaudsete meetmetega, näiteks tarbija tegevuse jälgimisega ja seeläbi veebireklaamide personaliseerimisega, millele direktiiv sellises sõnastuses ei kohaldu. See tõstatab aga küsimuse, et kas selline säte ei kitsenda põhjendamatult direktiivi kohaldamisala ja ei julgusta teenusepakkujate poolt regulatsioonidest möödahiilimisvõimaluste loomist.¹⁰²

Euroopa Parlament on sellega seoses korraldanud märtsis 2017. a teise infotunni, millega sooviti selgust saada „aktiivse” ja „passiivse” andmeedastuse reguleerimist ettepanekus. Infotunnis seisukohti esitanud raportöörid pidasid vajalikuks hõlmata tarbijapoolse vastutasuna kogu informatsiooni, mida lepingu teine pool tarbija kohta kogub. Veelgi enam,

¹⁰¹ Preambul p 14.

¹⁰² European Parliament Working Document PE585.510, lk 5.

raportööride seisukoht oli eemaldada andmete kogumise kõrvalt „rangelt vajaliku” andmete töötlemise aspekti.¹⁰³ Seega, kui kaupleja küsib tarbija andmeid ilma seadusest tuleneva kohustuseta neid saada, siis tuleks mõista tarbijapoolse vastutasuna nii aktiivset kui passiivset andmete edastamist, mis tooks sellise digitaalsisu lepingu direktiivi kohaldamisalasse.¹⁰⁴

Arutelusse kaasatud Euroopa Parlamendi kodanikuvabaduste, justiits- ja siseasjade komisjoni esindaja M. Lauristin tõi oma ettekandes välja, et ettepanekuga on vajalik kõrgendada tarbijakaitset digitaalses keskkonnas, mistõttu peaks tarbijapoolse vastutasuna olema hõlmatud ka passiivne andmete edastamine ehk andmed, mille edastamist teenusepakkujale tarbija ei taju.¹⁰⁵ Euroopa Õigusinstituut (edaspidi: EÕI) on viinud sellise mõttearenduse veelgi kaugemale ning leiab, et ettepanekut ei tuleks kohaldada mitte ainult aktiivselt edastatud andmetele, vaid kõikidele olukordadele, kus lepingu teine pool kogub tarbijate andmeid või nende poolt loodud digitaalsisu ilma värskelt jõustunud andmekaitsemääruse¹⁰⁶ artikkel 6 lg 1 punktides (b) - (f) toodud seadusliku õigustusega. Sellega seoses ei poolda EÕI tarbijate õiguste piiramist teatud lepingute ettepaneku kohaldamisalast väljajätmisega ainult seetõttu, et lepingu teine pool kogub andmeid ühepoolset või isegi varjatult.¹⁰⁷

Samuti on Komisjonile edastatud analüüsides laialt kritiseeritud artikli 3 lõigete 1 ja 4 sõnastust selles osas, mis puudutab tarbijapoolset aktiivset andmeedastust digitaalsisu üleandjale. H. Beale leiab, et „küpsiste” kasutamisega nõustumine ja seeläbi oma veebiküllastuse andmete jagamine on tegelikult tarbijapoolne aktiivsus andmete edastamisega nõustumisel. Lisaks sellele, kui ettepanek sellises sõnastuses jõustub, võib see viia mitmete teiste meetoditeni tarbija nõusoleku saamise vältimiseks ning rakendada üha uusi meetmeid passiivsete andmete kogumiseks.¹⁰⁸

Tarbija andmete võrdsustamist rahaliste maksetega digitaalsisu lepingutes on põhjalikult analüüsinud V. Mak, kes on sellega seoses tõstatanud huvitava küsimuse: miks ei laiene

¹⁰³ Märkus: EL tasandil on jätkuv ebaselgus selles osas, mida tähendab lepingu sõlmimiseks „rangelt vajalikud” andmed. Vt lähemalt European Parliament Working Document PE585.510, lk 5

¹⁰⁴ European Parliament briefing. Contracts for supply of digital content PE 599.310, March 2017, lk 9.

Kättesaadav arvutivõrgus:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599310/EPRS_BRI\(2017\)599310_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599310/EPRS_BRI(2017)599310_EN.pdf)

¹⁰⁵ European Parliament Briefing on EU Legislation in Progress: Contracts for the supply of digital content.

Märts 2017. Kättesaadav arvutivõrgus:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599310/EPRS_BRI\(2017\)599310_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599310/EPRS_BRI(2017)599310_EN.pdf), lk 10-11.

¹⁰⁶ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL) 2016/679 füüsiliste isikute kaitse kohta isikuandmete töötlemisel ja selliste andmete vaba liikumise ning direktiivi 95/46/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (isikuandmete kaitse üldmäärus). 27. aprill 2016.a. L 119/1.

¹⁰⁷ European Law Institute. Statement on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers. 2016, lk 9. Kättesaadav arvutivõrgus:

¹⁰⁸ R. Manko, lk 18.

ettepanek sellistele lepingutele, milles teenusepakkuja kogub tarbija andmeid ilma tema nõusolekuta? Näiteks on ta toonud preambuli punktis 14 toodud andmed tarbija geograafilise asukoha kohta.¹⁰⁹ Töö autori arvates võib vastus seisneda selles, et jõustunud on andmekaitsemäärus, mis peaks tagama isikuandmete kaitse kõikidele tarbijatele ka sellisel juhul, kui tarbija ei ole astunud lepingulistesse suhetesse ning teenusepakkuja kogub tema andmeid tarbija tahte vastaselt. Teisalt aga toimub tarbija geograafilise asukoha andmete kogumine valdavalt nutiseadmetesse paigaldatud rakenduste poolt, mis tarbija kohta erinevaid andmeid koguvad. Igasuguse rakendusega kaasneb aga vältimatult lepingulisse suhtesse astumine selle programmi üleandjaga. Seega jääb arusaamatuks, miks on sellisel viisil andmete kogumine jäetud reguleerimata või vähemasti mitte reguleeritud koos teiste lepinguliste aspektidega ühes EL õigusaktis.

Lisaks ei ole ettepanekuga hõlmatud sellised lepingutüübid, milles tarbija saab digitaalsisule ligipääsu täiesti tasuta ehk ilma mingisugust vastuteenet üleandjale tegemata. Ettepaneku artikli 3 lg 4 alusel ei kohaldata direktiivi sellistele lepingutele, milles tarbija edastab teenusepakkujale ainult sellised andmed, mis on rangelt vajalikud lepingu sõlmimiseks ning lepingu teine pool ei töötle neid andmeid mingil muul viisil. Sellist andmete edastamist ei peeta ettepanekus piisavaks vastutatuks, mistõttu käsitletakse seda „tasuta” digitaalsisu üleandmisena ning sellele ei laiene direktiivi kaitse artikli 3 lg 4 alusel.

Töö autor leiab, et ettepaneku kohaldamisalasse tuleks lisada ka ilma vastutasuta sõlmitud lepingud. R. Manko toob välja, et tasuta lepinguid ei kuulu ettepaneku kohaldamisalasse, kuivõrd selline lähenemine on kooskõlas eraõigusliku arusaamaga lepingutest, milles kaupade müük ning litsentsimine ja teenuste osutamine ei toimu tasuta, vaid eeldab mingisugust majanduslikult kasulikku vastuteenet kauba või teenuse saajalt.¹¹⁰ Sellise lähenemise kohaselt võib järeldada, et „tasuta” sõlmitud lepingute puhul teenust kasutava tarbija määratud kasutajanimi ning parool on kõigest rangelt vajalik informatsioon lepingu sõlmimiseks. Seega tõusetub järgmine küsimus: kuidas teha kindlaks, kas teenusepakkuja on saanud tarbijalt majanduslikult kasulikku informatsiooni?

Siiski võib vahetegu tasuta ning majanduslikult mõõdetava vastutatu eest sõlmitud lepingute vahel osutada üsna keeruliseks, seda eriti digitaalsisu lepingute puhul. Kui digitaalsisu teenusepakkuja kasutab sellist ärimudelit, mille puhul tema poolt pakutava teenuse kasutamiseks ei ole vajalik tarbijal muud teha, kui edastada oma isikuandmed teenusepakkujale, siis lepingu

¹⁰⁹ V. Mak, lk 11.

¹¹⁰ R. Manko, lk 17.

teine pool ei saa sellest otseselt majanduslikku kasu. Küll aga kasutavad valdav enamik „tasuta” teenust pakkuvaid sotsiaalmeediaplatvorme oma klientide kodulehti¹¹¹, et neile kuvada reklaamteavet, sest see on teenusepakkuja ainus tuluallikas. Lahendus võiks seisneda samas argumendis, mida on eelnevalt käsitletud aktiivse ja passiivse andmete kogumise juures. Nimelt, kui teenusepakkuja kogub tarbija andmeid eesmärkidel, mis ei ole andmekaitsemääruse artikli 6 lõikega 1 hõlmatud, siis tuleks selliseid andmeid käsitleda lepinguliste andmete edastamisena ning sellised lepingud peaksid samuti saama kaitset nende ettepaneku kohaldamise näol.

Viimaks on tõusetunud küsimus artiklis 3 lg 1 ja 4 nimetatud „muude andmete” kohta, mis võivad kujutada endast tarbijapoolset vastutasu digitaalsisu lepingutes. Seda mõistet on proovitud lahti seletada EL Nõukogu poliitilise mõttevahetuse¹¹² käigus ning protsessi on kaasatud ka mitmeid IT- ning õiguslaseid eksperte.

Komisjon ise on välja toonud näiteid „muudest andmetest“, mida üleandja saab rahaliselt määratleda. Nende hulka kuuluvad näiteks tarbija tehtud fotod ning tema loodud retseptid, laulud või luuletused jne, mis on anonümiseeritud ja mida üleandja saaks kasutada, näiteks reklaami eesmärgil; kombineeritud anonüümsed andmed üksikisikute rühma kohta (näiteks isikud, kes on huvitatud samast spordialast või hobist), mis ei viita tuvastatud üksikisikutele, ning mida kasutatakse turustamise eesmärgil ning teave selle kohta, milliseid veebisaitte või rakenduste poode tarbijad on külastanud või millist digitaalset sisu nad on kasutanud, mida kasutatakse populaarsemate toodete väljatöötamiseks, kogumata samas teavet tarbijate identiteedi kohta.¹¹³

Teatud andmete puhul ei käsitata tarbija edastatavat teavet isikuandmetena. Näiteks ei peeta isikuandmeteks seda teavet, mida ei koguta füüsilise isiku kohta või kui seda isikut ei saa pidada tuvastatuks või tuvastatavaks.¹¹⁴ Andmeid, mis ei seonu konkreetse füüsilise isikuga või mis ei ole piisavad, et konkreetset isikut tuvastada ehk nn muid andmeid ei ole alati võimalik eristada andmetest, mis on “isikuandmed”. Seega on õiguskirjanduses avaldatud idee lisada digitaalse sisu üleandmise direktiivi kohaldamisalasse võimaliku vastutasuna kõik

¹¹¹ Näiteks Facebook-is on selliseks koduleheks iga kasutaja uudistevoog, mida nimetatakse ka erilise terminiga „sein” (ingl. k - *wall*), mille küljelahtrites kuvatakse tarbijale erinevaid reklaame toodete ja teenuste kohta.

¹¹² Teine poliitiline mõttevahetus Euroopa Liidu Nõukogus Komisjoni ettepaneku COM(634) kohta. Euroopa Liidu Nõukogu dokument nr 14827/16. Brüssel, 1.12.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14827-2016-INIT/et/pdf>

¹¹³ Ibid, lk 9.

¹¹⁴ Andmekaitse töörühm toetus 2007.a Komisjonile esitatud arvamusele, milles märgiti, et „...erinevatel asjaoludel võib juhtuda, et teavet ei käsitata isikuandmetena. See on nii, kui andmeid ei kogutud füüsilise isiku kohta või kui isikut ei saa pidada tuvastatuks või tuvastatavaks.“ Vt lähemalt andmekaitse töörühma arvamus 4/2007 isikuandmete mõiste kohta töödokumendis nr 136, lk 24. Kättesaadav arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_en.pdf

andmeliigid.¹¹⁵ Komisjon näeb siinkohal veel üht põhjust, miks tuleks ettepaneku kohaldamisalas hõlmata ka „muude andmete“ võimaliku lepingulise vastutasuna käsitamist. Nimelt kui sellised andmed, mille abil ei ole võimalik tarbijat tuvastada, jäävad ettepaneku kohaldamisalast välja, siis on teenusepakkujatel võimalik rakendada isikuandmete töötlemise meetmeid, millega anonüümiseeritakse kõikide tarbijate andmed.¹¹⁶ Mõistagi ei oleks see tarbija jaoks kuigi positiivne piirang lepingulise vastutuse määratlusele digitaalsisule lepingutes. Selline lahendus paneks ettepaneku kohaldamisala sõltuma ainult sellest, kuidas töötleb tarbija isikuandmeid teine lepingupool. Seevastu lisades individuaalsete tarbijate andmed suurtesse andmekogumitesse (ingl. k - *big data*) on teenusepakkujal tarbija andmeid võimalik isegi veel efektiivsemalt kasutada, koondades nii paljude sarnaste tarbimisharjumustega vastava teenuse kasutajaid ning pakkuda lahendusi, mida tarbijad on tõenäolisemad kasutama. Sealjuures jääks tarbija aga kaitseta temale direktiiviga võimaldatavast kaitsest ainult seetõttu, et teenusepakkuja oskab efektiivselt kasutada temale edastatud andmeid.

Samas aga ilmnes mõttevahetuse käigus, et praktiliselt kõiki andmeid, mida tarbijad annavad vastutasuna digitaalse sisu üleandmise eest, saab kasutada nii, et teha kindlaks neid esitanud konkreetne isik. Seega võib üldiselt järeldada, et digitaalse sisu üleandmise direktiivi raames on andmed, mida tarbijad annavad vastutasuna digitaalse sisu üleandmise eest, enamasti isiklikku laadi andmed. Arutelud näitasid ka seda, et isegi kui on andmeid, mis ei oleks hõlmatud „isikuandmete“ üldise määratlusega, oleks selliste „muude andmete“ ulatus üsna piiratud.¹¹⁷

Tuleb tõdeda, et lepingulise vastutuse tarbijate andmete määratlus on ettepaneku praeguses sõnastuses ebaselge ning selles esineb ka tarbijate jaoks olulisi puudujääke eriti selles osas, milliseid andmeid saab käsitleda lepingulise vastutuse ning kuidas suhtuvad edastatud andmetesse teenusepakkujad. Siiski ei ole andmete aktiivse või passiivse edastamine viisi eristamine praktikas tarbija õiguste kaitse kontekstis kõige olulisem probleem. Ligipääs enamikele digitaalsisule kaupadele ja teenustele eeldab tavapäraselt tarbijalt vastava veebilehe või Interneti vahendusel pakutava teenuse kasutajaks registreerimist ning tüüpiliselt piirduvad tarbija andmeedastamise kohustused sellekohase informatsiooni edastamisega kauplejale või teenusepakkujale. Tarbija andmed lepingulise vastutuse saavad suurema tähenduse õiguskaitsevahendite kasutamisel, mida analüüsitakse käesoleva töö järgmises peatükis.

¹¹⁵ EÕI raport, lk 16.

¹¹⁶ Teine poliitiline mõttevahetus Nõukogus, lk 10.

¹¹⁷ Ibid, lk 9.

2.5 Tarkvarauuendused

2.5.1 Tarkvarauuenduste kasutamine digitaalsisu lepingutes

Digitaalsisu lepinguid, mis on sõlmitud eesmärgiga omandada teatud toote või teenuse kasutusõigus, sõlmitakse praktikas tihtipeale järgnevalt: tarbija sooritab ühekordse makse ning saab selle eest vastu võimaluse kaupleja toodet kasutada või teenust saada lepingus märgitud aja jooksul või tähtajatult. Tarbija jaoks on oluline, et tema poolt ostetud digitaalsisu toimib tõrgeteta lepingu kestvuse jooksul. Nõuetekohase digitaalsisu edastamise kohustus väljendub ettepaneku artikli 6 lg-s 3, mille kohaselt peab kestvuslepingute puhul digitaalne sisu vastama lepingutingimustele lepingu kestuse vältel. Samas digitaalsisu erilise loomuse ning muutuvuse tõttu on võimalik, et lepingu kehtivuse ajal tekivad litsentsitud tootel tõrked, avastatakse turvaauke ning muid probleeme digitaalsisu töös, misjärel on vajalik parandada või uuendada digitaalsisu aluseks olevat arvutikoodi. Praktikas tehakse seda tavaliselt teenusepakkuja poolsete paikade (*patch*) või uuendustega (*update*), mis saadetakse valmimisel andmepakkidena tarbijale. Käesolevas alapeatükis analüüsib autor, kas uuendused on otsesõnu hõlmatud ettepaneku kohaldamisalaga.

Digitaalsisu uuendamine eriti selliste toodete või teenuste puhul, mille toimimiseks on vältimatult vajalik pidevate uuenduste ja paikade saamine, on tarbija jaoks üks olulisemaid garantiisid tema poolt litsentsitud tarkvara pikaajaliseks toimimiseks. Siiski on ettepaneku praeguses sõnastuses olulisi puudujääke kaupleja kohustuste osas, mis puudutavad digitaalsisu tõrgeteta toimimise kindlustamist.

2.5.2 Ettepaneku puudujäägid tarkvarauuenduste õiguslikul reguleerimisel

Positiivse ilminguna ei ole Komisjon ettepaneku koostamisel tähelepanuta jätnud uuenduste vajalikkust teatud digitaalsisu puhul. Preambuli punktis 29 on märgitud, et kuivõrd digitaalset sisu täiustatakse sageli eelkõige uuenduste kaudu, peaks tarbijale üle antava digitaalse sisu versioon olema lepingu sõlmimise ajal uusim saadaolev versioon. Seevastu ei ole ettepanekus reguleeritud digitaalsisu toodete uuendusi, mida tarkvaraarendajatel on tihtipeale vajalik teha jooksvalt, et kindlustada kaitset turvaaukude eest, tõrgete eest tarkvara kasutamisel ning muid puuduseid, mis on tekkinud või võivad tekkida vigase lähtekoodi kirjutamisel.

Kui digitaalsisu üleandja edastab tarbijale tarkvarauuenduse, millega soovitakse parandada probleeme, mis ei eksisteerinud digitaalsisu üleandmise hetkel, siis tekib küsimus, kas sellised

uuendused kuuluvad ettepaneku kohaldamisalasse. G. Spindler leiab, et kui lepingutingimustes ei sisaldu üleandja kohustust hoolitseda digitaalsisu tõrgeteta toimimise eest ning pakkuda tehnilist tuge, siis uuendusi peaks käsitlema uue digitaalsisuna.¹¹⁸ Lisaks ei pakuta tavaliselt tarbijale uuendusi ei rahalise vastutasu eest ega nõuta ka tarbijalt selle vastu isikuandmeid. Tarbija võib muidugi keelduda uuenduste saamisest, aga kuna ta seda üsna kindlasti ei tee, siis soovitab G. Spindler lisada direktiivi lõplikku versiooni selgituse, mille järgi kuuluvad ka tarkvarauuendused direktiivi kohaldamisalasse.¹¹⁹

EÕI arendab eelnimetatud seisukohta edasi ning leiab, et tarbijale tuleb pakkuda tuge uuenduste ja paikade näol niikaua, kuni ta võib seda mõistlikult eeldada. Nimelt võib sõltuda mõnede digitaalsisu toodete või teenuste puhul selle kasutusvõimalus ainult sellest, kas digitaalsisu on toetatud üleandja või kolmanda isiku digitaalse infrastruktuuri poolt. Kui see infrastruktuur kaob või lõpetab töötamise, siis tarbija poolt litsentsitud tarkvara võib muutuda kasutuks ning sellest tulenevalt võib uuenduste puudumine kahjustada oluliselt tarbija õigusi. Näiteks juhul, kui tarbija ostab kalli navigatsioonitarkvara, siis tal on õigustatud ootus, et see tarkvara ei muutuks kasutuks paari kuu möödumisel. Seevastu, kui tarbija ostab ühe euro eest mobiilirakenduse, siis ta ei saa mõistlikult eeldada, et seda rakendust uuendatakse, kui just ei ilmne tarkvara lähtekoodis tõsiseid turvaauke.¹²⁰ Viimaks leiab EÕI, et ajaline määratlus, mil tarbija on õigustatud uuendusi saama, peaks sõltuma lepingutingimustest. Kui nendes ei ole aga määratletud uuenduste tegemise kohustust, siis tuleks lähtuda jällegi sellest, et kui pikalt on tarbijal mõistlikult õigus saada tehnilist tuge uuenduste näol.¹²¹

Tarbijal peaks olema õigus saada tarkvarauuendusi, kuid selliste uuenduste tegemine peaks sõltuma konkreetsest tootest või teenusest. Näiteks kui tarbija sõlmib Microsoft-iga litsentsilepingu uusima Windows-i operatsioonisüsteemi kasutamiseks, siis tal on õigustatud ootus uuendustele, mis lapivad võimalikke turvaauke, kuivõrd nende tekkimine nõnda keerukate lähtekoodide ja selle hulga tõttu on praktiliselt vältimatu. Samas ei saa kõikidele digitaalsisu kauplejatele panna peale pidevate uuenduste edastamise kohustust. Kui Androidi platvormi kasutatav iseseisev tarkvaraarendaja laeb Google poolt hallatavasse *Play Store*-i üles rakenduse, mis on tarbijale tasuta kättesaadav, siis ei saa panna digitaalsisu üleandjale ega ka kolmandale osapoolle (vastavalt Google ja tarkvaraarendaja) kohustust hoida rakendust ilma tõrgeteta kogu aja vältel, mil see on lõpptarbijale kättesaadav. Seega juhul, kui ettepaneku

¹¹⁸ G. Spindler, lk 202.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ EÕI raport, lk 28.

¹²¹ EÕI raport, lk 11.

täiendamisel peaks otsustatama kohustuslike uuenduste kasuks teatud olukordades, siis tuleks eeskätt arvesse võtta mõlema lepingupoole (ja mõnel juhul ka kolmandate isikute) huve ning lähtuda mõistlikkuse kriteeriumist nii klienditoe ajalise kui sisulise kriteeriumi vajalikkuse hindamisel.

Töö teises peatükis toodud analüüsi kohaselt võib väita, et digitaalsisu reguleeriv ettepanek on laiendanud oluliselt digitaalsisu lepingute mõistet ning seeläbi ettepaneku kohaldamisala võrreldes hetkel kehtivate tarbijadirektiividega. Tarbija jaoks on ettepaneku kohaldamisala laienemine positiivne eeskätt seetõttu, et lepingulise vastutasuna on reguleeritud tarbija isikuandmete üleandmine. Samas põhjustab niivõrd lai kohaldamisala probleeme direktiivi ülevõtmisel selle jõustumise järgselt, kuivõrd ettepanekus ei ole reguleeritud, mis liiki lepinguga on digitaalsisu üleandmise lepingu näol tegemist.

3. Tarbija õiguskaitsevahendid digitaalsisu lepingutes ja nende kohaldamise eeldused

3.1. Õiguskaitsevahendite kohaldamise eeldused digitaalsisu lepingutes

Tarbijalepingute puhul on majandus- ja kutsetegevuses tegutseval digitaalsisu üleandjal kaks peamist lepingulist kohustust: anda tarbijale üle digitaalsisu ning kohustus anda üle selline digitaalsisu, mis vastab lepingus või seaduses sätestatud tingimustele. Hindamaks, kas tarbijate õiguste kaitse on digitaalsisu lepingute puhul uue regulatsiooniga tagatud, tuleb analüüsida üleandja poolset rikkumist digitaalsisu lepingus, ning käsitleda digitaalsisu mittevastavust võrdlevalt koos VÕS vastavuse sätetega, et uurida kas ettepanekus sätestatud digitaalse sisu vastavuse kriteeriumid kattuvad VÕS-s sätestatuga või on ettepanekus nimetatud kriteeriumid mingil määral kitsamad.

Ettepaneku artikli 10 kohaselt vastutab üleandja tarbija ees juhul, kui digitaalset sisu ei ole üle antud, kui digitaalne sisu ei vasta üleandmise ajal lepingutingimustele või kui lepinguga on ette nähtud, et digitaalne sisu antakse üle teatava ajavahemiku jooksul. Viimasel juhul vastutab üleandja mis tahes mittevastavuse eest, mis ilmneb nimetatud ajavahemikul. Sellest tulenevalt loob artiklis 10 sätestatu tarbijale eeldused õiguskaitsevahendite kasutamiseks digitaalsisu üleandja vastu. Seega on tarbija seisukohalt oluline leida vastus kahele küsimusele: (i) kas digitaalne sisu on üleandja poolt tarbijale üle antud; (ii) kas digitaalne sisu vastab lepingutingimustele.

Digitaalsisu lepingute puhul on digitaalsisu see, mida tarbija vastutasuks andmete üleandmisele lepingu täitmisel digitaalsisu üleandjalt õigustatult ootab. See tähendab, et kui tarbija on edastanud lepingulise vastutasuna enda (isiku)andmeid selle eest, et lugeda e-raamatut või kuulata iTunes'ist muusikat, on oluline, et oleksid määratletud ka nõuded digitaalsisule, millele tarbija saab ligipääsu lepingu sõlmimise tulemusena. Vastasel korral oleks tarbija kaitsetu ning oleks keeruline tuvastada, millal digitaalsisu üleandja on oma kohustuse täitnud või täitmata jätnud. Lisaks on konkreetsete digitaalsisu nõuete määratlemine oluline, kuivõrd tarbija saab oma õigusi efektiivselt kaitsta ainult õiguskaitsevahendite kasutamise tulemusena.

VÕS-is ja ettepanekus on aga teatavad erinevused õiguskaitsevahendite kohaldamise eelduste osas ning vastavusnõuded lepingu esemele võivad nende kahe õiguse allika vahel erineda. Seetõttu on ka oluline käesolevas peatükis käsitleda, kas ja kuidas mõjutaks ettepaneku

vastuvõtmine tarbijatele siseriikliku õigusega võimaldatavate õiguskaitsevahendite kasutamist ning kaaluda, kas võimalikud muudatused edendavad tarbija ligipääsu lepingulistele õiguskaitsevahenditele ja nende kasutamist.

Hindamaks õiguskaitsevahendite kohalduvust ning nende efektiivsust, tuleb kõigepealt tuvastada, millistele nõuetele peab digitaalsisu vastama, kuivõrd digitaalsisule kohalduvate nõuete rikkumine on esimene eeldus tarbija õiguskaitsevahendite kasutamiseks digitaalsisu üleandja vastu. Nõuded digitaalsisule jagunevad ettepanekus sätestatu kohaselt kaheks: subjektiivsed kriteeriumid ehk nõuded, mis on digitaalsisule seatud tarbija ja digitaalsisu üleandja vahelises lepingus. Selliste nõuete puudumisel lepingus kohalduvad objektiivsed kriteeriumid, mille all mõistetakse kohustuslikke, ettepanekus sätestatud digitaalsisu vastavusnõudeid, millele iga digitaalsisu peab vastama. Kui digitaalsisu üleandja poolne rikkumine on tuvastatud, tuleb järgnevalt analüüsida ettepanekus sisalduvaid norme vastutuse ja digitaalsisu vastavuse tõendamiskoormise kohta. Vastutuse kindlakstegemise järgselt on alles võimalik analüüsida, milliseid õiguskaitsevahendeid on tarbijal võimalik kasutada sellistes digitaalsisu lepingutes, milles tarbijapoolne vastutasu seisneb tema andmete edastamises digitaalsisu üleandjale.

3.2 Digitaalsisu nõuetekohasust reguleerivad subjektiivsed kriteeriumid

3.2.1 Digitaalsisu vastavus lepingus sätestatud kriteeriumitele

Ettepaneku kontekstis tuleb subjektiivsete kriteeriumite all mõista lepingus, eelkõige tüüptingimustes kokkulepitud kriteeriume. Ettepaneku koostamisel on Komisjon lähtunud põhimõttest, et digitaalsisu nõuetekohasuse hindamisel tuleb eelkõige lähtuda poolte vahelisest lepingutingimustest.¹²² Teisisõnu peab digitaalsisu lepinguga üleantav vastama tarbija ja digitaalsisu üleandja vahelise lepingu tingimustele. Lepingu sisu suurem tähtsus objektiivse õiguse ees leiab kinnitust ka ettepaneku preambuli punktis 24, mille kohaselt peavad digitaalsisule kohalduvad nõuded tulenema eelkõige tarbija ja digitaalsisu üleandja vahelisest lepingust.

Käesoleva töö esimeses peatükis on autor leidnud, et digitaalsisu lepingute puhul on tegemist tüüptingimustel sõlmitud lepingutega, mis tähendab, et digitaalsisu üleandja on kehtestanud nõuded lepingu esemele, millega määratakse ära digitaalsisu nõuetekohasus. Sellest tulenevalt

¹²² Ettepaneku mõjuhinnang, lk 123.

on vajalik esmalt analüüsida, kas digitaalsisu üleandja poolt kehtestatud subjektiivsed kriteeriumid on piisavad tarbija õiguste efektiivseks kaitseks ning kas ja kuidas võivad digitaalsisu üleandja poolt kehtestatud tüüptingimused mõjutada tarbija ligipääsu ettepanekus sätestatud lepinguliste õiguskaitsevahenditele digitaalsisu lepingutingimuste mittevastamise korral.

Ettepaneku artikli 6 lõike 1 punkt (a) kohaselt loetakse digitaalsisu lepingutingimustele vastavaks, kui olenevalt asjaoludest digitaalsisu kogus, kvaliteet, kestus ja versioon ning funktsioonid, koostalitlusvõime ja muud sellised toimivusomadused nagu juurdepääsetavus, järjepidevus ja turvalisus vastavad nõuetele, mis on ettenähtud lepinguga.

Eeltoodud sättes nimetatud kriteeriumid ei ole tervikuna uudsed ning samad nõuded lepingu esemele on lähtekohad lepingu eseme nõuetekohasuse hindamiseks ka olemasolevas müügiõiguses. VÕS § 217 lg 1 kohaselt peab ostjale üleantav asi vastama lepingutingimustele eelkõige koguse, kvaliteedi, liigi, kirjelduse ja pakendi osas. Sama sätte lg 2 p 1 kohaselt ei vasta asi muu hulgas lepingutingimustele, kui asjal ei ole kokkulepitud omadusi. Eeltoodud sätte sõnastusest saab juba tuletada, et sarnaselt ettepaneku artikli 6 lg 1 punkti (a) kohaselt seab VÕS lepingu eseme nõuetekohasuse hindamisel esiplaanile lepingus kokkulepitu ning ei täpsusta, millised nõuded peavad kohalduma lepingu esemele lepingutingimustes.

VÕS § 217 lg 2 p 1 ja ettepaneku artikli 6 lg 1 punkti (a) sõnastuse võrdlusest võib järeldada, et ettepanekuga on juba liikmesriikide seadusandluses olemasolevad kriteeriumid kohandatud digitaalse keskkonna jaoks. Sealjuures on täpsustatud sellised kriteeriumid, mis on digitaalsisu erilise loomuse tõttu erinevad, näiteks koostalitlusvõime, juurdepääsetavus ja järjepidevus. Teisisõnu võib nimetatud täiendavaid vastavuskriteeriume käsitleda üldise võlaõigusliku reegli täpsustusena, mille kohaselt peab lepingu täitmine olema lepingutingimustega kooskõlas.¹²³

V. Mak leiab, et ettepanekus on võetud suunaks lepingupoolte vahelisel teabel põhinev poliitika. Sellest tulenevalt on digitaalsisu üleandja kohustus piisavas ulatuses teavitada tarbijat üleantava digitaalsisu kasutamise tingimustest ja toote või teenuse kvaliteedist. Kui see kohustus on täidetud, ei saa tarbija tugineda lepingu eseme mittenõuetekohasusele. Selline lähenemine eeldab aga seda, et tarbijatel on võimalik aru saada temale edastatud teabest ning sellega kaasnev võime teha ratsionaalseid otsuseid.¹²⁴

¹²³ V. Mak, lk 16.

¹²⁴ V. Mak, lk 15-16.

Käesoleva töö 1.2.2 alapeatükis on autor jõudnud järeldusele, et digitaalsisu üleandjad ei pruugi alati koostada digitaalsisu lepinguid reguleerivaid kasutajatingimusi selliselt, et tarbijatel oleks võimalik üheselt nimetatud dokumentide sisust aru saada. Tuleb nentida, et Komisjon ei ole ettepaneku koostamisel võtnud initsiatiivi, et võimaldada tarbijatele parem arusaamine lepingu tingimustest ja muudest dokumentidest, mis digitaalsisu lepingut reguleerivad, ning jätnud kehtestamata nõuded, millele tuginedes tuleb digitaalsisu lepingut reguleerivad dokumendid koostada. See on mõistetav, kuivõrd digitaalsisu kogus, kvaliteet, kestus ja versioon erinevad suuresti digitaalsisu toodete ja teenuste vahel ning nende kohta käivaid kriteeriume ei ole võimalik ammendavalt üheski seadusandlikus dokumendis loetleda ega neile kindlaksmääratud nõudeid seada.

Eelnevast võib järeldada, et artikli 6 lg 1 p 1 sõnastus jätab digitaalsisu nõuded suuresti lepingupoolte endi kehtestada, mis ei ole uudne nähtus ka olemasolevas lepinguõiguses. Digitaalsisu lepingute puhul on aga digitaalsisu üleandja see, kes nõuded lepingu esemele ühepoolset kehtestab. Lepingu seadmine esiplaanile objektiivsete kriteeriumite suhtes viib aga selleni, et kui digitaalsisu üleandja suudab kehtestada lepingutingimused vähemalt ebaõiglase tingimuste direktiivi nõuetele ehk sätestada tingimused selgel ja arusaadaval viisil, siis on üleandjal vaba voli kehtestada digitaalsisule kohalduvaid nõudeid. G. Spindler on siinkohal nentinud ka üleandja võimalust kehtestada alles arendusjärgus¹²⁵ oleva digitaalsisu puhul vastutust piiravaid lepingutingimusi, mille kohaselt vastutab üleandja ainult selliste turvariskide eest, mis on lepingu sõlmimise ajal üleandjale teada.¹²⁶

3.2.2 Lepingu eseme sobivus otstarbeks, mida tarbija sellelt ootab

Artikli 6 lg 1 punkti (b) kohaselt võib digitaalsisu lepingutingimustele vastavust analüüsida ka lähtuvalt konkreetsest kasutusotstarbest, mida tarbija sellelt ootab ja mille ta on teinud üleandjale teatavaks lepingu sõlmimisel. Komisjoni poolt koostatud mõjuhinnangus on nimetatud sätte kohta märgitud, et lähtumine konkreetsest kasutusotstarbest kohaldub vastavuse kriteeriumina ainult sellisel juhul, kui tarbija on digitaalsisu üleandjat teavitanud

¹²⁵ Arendusjärgus tarkvara nimetatakse erialaterminiga alfa- või beetatarkvara, mis märgib tarkvara väljaarendamise faase. Vt lähemalt T. Fisher "What is Beta Software?". Tehnikaportaali LifeWire. Uuendatud 28.09.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.lifewire.com/what-is-beta-software-2625812>

¹²⁶ G. Spindler, lk 199.

konkreetses otstarbest, mille jaoks tal digitaalsisu vaja on ning üleandja on ka sellega nõustunud.¹²⁷

Digitaalsisu puhul on teatud toodete ja teenuste kasutamisel problemaatiline kindlaks teha, millist konkreetset kasutusotstarvet tarbija lepingu esemelt ootab, kuivõrd see määratakse kindlaks iga individuaalse tarbija soovist lähtudes. Lihtsamate digitaalsisu toodete või teenuste puhul on sellise kriteeriumi kohaldamine mõistlik - Spotify puhul soovib tarbija muusikat kuulata ja esitusloendeid koostada ning neid ka teenuse teiste kasutajatega jagada. Pilveteenuse Dropbox puhul eeldab tarbija, et tal on võimalik ilma takistuseta üles laadida, jagada ja töödelda erinevat tüüpi heli-, video ja tekstifaile. Seevastu mitmed digitaalsisu teenused ei ole nii lihtsate funktsioonidega ning teenivad mitmeid eesmärke. Selliste digitaalsisu teenuste hulka kuulub näiteks Facebook, mis võimaldab selle tarbijatel edastada sõnumeid, jagada pilte ja videosid, koostada sündmustekalendrid, liituda erinevate gruppidega jne. Mitmeotstarbelised veebiplatformid võimaldavad nii mitmeid erinevaid funktsioone, et väga keeruline oleks kindlalt väita, milline või millised on need funktsioonid, mida tarbija teenuselt ootab.

Täiendav probleem seondub mõjuhinnangus toodud selgitusega, mille kohaselt tarbijal on vajalik üleandjat teavitada konkreetsest digitaalsisu kasutusotstarbest, millega üleandja peab nõustuma enne, kui sellekohane teavitamine toob endaga kaasa õiguslikke tagajärgi sellise teavituse siduvuse osas lepingutingimustele. Töö esimeses alapeatükis on autor märkinud, et enamik digitaalsisu lepinguid on sõlmitud *click-wrap* või *browse-wrap*-meetodil ning tarbijal ei ole sealjuures võimalik lepingutingimuste sisu mõjutada või tingimuste osas läbi rääkida. Lepingu sõlmimiseks piisab *click-wrap*-meetodi puhul ainult märkimisest, et ta on üleandja poolt seatud lepingutingimustega tutvunud ning nõustub neid järgima, misjärel loetakse juba leping sõlmituks. Automatiseeritud lepingu sõlmimise protsess viitab ka sellele, et tarbijal ei ole võimalik üleandjat teavitada toote või teenuse endale sobivast funktsionaalsusest või sellise võimaluse tekkimisel osutub läbirääkimine lepingutingimuste osas ebaefektiivseks.

Kindlasti ei ole võimalik välistada tarbija kontakti loomise võimalikkust digitaalsisu üleandjaga, kuid küsitav on sellega soovitava tulemuse saavutamine, mis sisuliselt seisneb lepingutingimuste muutmises tarbija kasuks. Digitaalsisu kasutajatingimustesse on lisatud isegi klausleid, mille kohaselt pakutakse digitaalset teenust olemasolevaid tingimusi järgides

¹²⁷ R. Manko, lk 17.

ning jättes teadlikult lahtiseks konkreetse otstarbe, mida tarbija võib digitaalse teenuse kasutamisel pidada sobivaks otstarbeks.¹²⁸

Eeltoodud näide ei anna alust väita, et ükski teenusepakkuja ei soovi oma kasutajatingimusi tarbija soovidest lähtudes muuta. Siiski võib pigem järeldada, et artikli 6 lg 1 punkt (b) reguleerib tellimuse peale tehtud digitaalsisu töid või muud liiki personaalset teenust, kuid need ei ole väga levinud ning üldine probleem tarbija võimatusest lepingutingimustes läbi rääkida ei ole käsitletud kriteeriumile kehtestatud nõuetega lahendatud. Seega tuleb pidada pigem naiivseks Komisjoni lahendust, mille kohaselt peaks digitaalsisu üleandja arvestama tarbija soovidega lepingutingimuste osas.

Kui jätta kõrvale mõjuhinnangus toodud kriteerium konkreetse tarbija ootusest ning kohustusest teavitada üleandjat spetsiifilisest kasutuseesmärgist, siis ei ole tarbija ootus digitaalsisust ikkagi piisavalt tõhus kriteerium digitaalsisu vastavuse hindamisel. Nagu eelnevalt käesolevas alapeatükis mainitud, siis peamised nõuded digitaalsisule tulenevad tarbija ja üleandja vahelisest lepingust. See tähendab, et ka digitaalsisu funktsioonid, kvaliteet, turvanõuded ja muud olulised nõuded on kindlaks määratud lepingutingimustega. N. Helberger jt on leidnud, et ainult lepingutingimustest lähtumine digitaalsisu nõuete analüüsimisel annab üleandjatele võimaluse järjepidevalt vähendada neid standardeid, mida tarbija on õigustatud digitaalsisult ootama, kuivõrd tarbijatel ei ole õigust kaasa rääkida ning puuduvad üldiselt aktsepteeritud kvaliteedinõuded digitaalsisule.¹²⁹ Kui digitaalsisu üleandjale on antud nõnda ulatuslik võimalus lepingutingimusi ühepoolset muuta, siis on pigem vältimatu, et nimetatud muudatuste hulgas on täiendused lepingutingimustesse, mis ei ole tehtud tarbija huvides. Üks paremaid näiteid lepingutingimuste halvenemisest tarbija jaoks on Facebook-i privaatsusnõuded, mis on aastate jooksul oluliselt muutunud. K. Opsahl on koostanud ülevaate Facebook-i privaatsusnõuetest, millest nähtub, et digiteenuse algusaastal (2005) oli teenuse tarbijatel täielik õigus kontrollida, kellele on kättesaadav tarbija isiklik informatsioon. 2010. aastaks oli valdav enamik kasutaja isiklikku informatsiooni sätestatud vaikimisi jagatuks, mis tähendab, et kasutajatel oli võimalus osa informatsiooni jagamata jätta, kuid mitte kõike ning selleks pidi ta tegema lisapingutuse oma andmete jagamise keelamise näol.¹³⁰ 2017. aastaks on lubatud kasutaja andmete edastamine kõikidele

¹²⁸ "We are providing Facebook as is without any express or implied warranties including, but not limited to, implied warranties of merchantability, fitness for a particular purpose, and non-infringement." Veebiportaali Facebook kasutajatingimused, p 15.3.

¹²⁹ N. Helberger jt, lk 51.

¹³⁰ K. Opsahl. Facebook's Eroding Privacy Policy: A Timeline. 28.04.2010. Electronic Frontier Foundation. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.eff.org/deeplinks/2010/04/facebook-timeline>

kolmandatele osapoolte rakendustele (ingl k *third-party applications*), mille kasutaja on Facebook-iga liitnud või rakendused, mis kuuluvad Facebook-iga samasse kontserni.¹³¹

Käesolevas alapeatükis toodu kohaselt ei saa väita, et ettepanekus sätestatud subjektiivsed kriteeriumid annaksid tarbijale paremat arusaama sellest, mida kujutab endast nõuetekohane digitaalsisu. See viib aga omakorda selleni, et tarbijal ei ole võimalik lepingu rikkumise korral oma õigusi efektiivselt kaitsta, sest ta ei teadvusta omale, kas digitaalsisu lepingut on rikutud ning milles nimetatud rikkumine seisneb.

Kuivõrd on ettepaneku näol tegemist tarbijadirektiiviga, siis on ette nähtud tarbijatele kõrgendatud kaitse ka digitaalsisu lepingu eseme nõuetekohasuse kriteeriumites ka objektiivsete kriteeriumite näol, millele digitaalsisu peab vastama. Seetõttu tuleb järgnevalt analüüsida, kas ettepanekuga sätestatud objektiivsed kriteeriumid on piisavad, et nende abil tuvastada digitaalsisu lepingule mittevastavus ning võimaldada tarbijal ligipääsu asjakohastele õiguskaitsevahenditele.

3.3 Objektiivsed kriteeriumid

3.3.1 Sobivus otstarbeks, milleks digitaalsisu tavaliselt kasutatakse

Objektiivsete kriteeriumite all peetakse ettepaneku kontekstis silmas selliseid vastavuse kriteeriume, mis kohalduvad juhul, kui digitaalsisu lepingutes ei ole määratletud ettepaneku artiklis 6 lg 1 punktis a sätestatud kriteeriume. Teisisõnu, kui lepingutingimused ei ole piisavalt selgelt defineeritud digitaalsisule kohalduvaid nõudeid, sh digitaalsisu kogust, kvaliteeti, kestust, versiooni ja muid omadusi, siis sellisel juhul on ettepanek sedastanud ka täiendavad kriteeriumid, mille alusel on võimalik digitaalsisu nõuetekohasust analüüsida.

Objektiivsetele lepingutingimustele vastavuse kriteeriumite lisamine ettepanekusse on mõistlik samm tarbijate õiguste efektiivsema kaitse suunas. Lähtudes käesoleva töö eelmises alapeatükis toodud analüüsist ei ole lepingus sätestatud vastavuse nõuded väga tõhusad hindamaks digitaalsisu vastavust tarbija ootustele digitaalsisu suhtes. Digitaalsisule ettepaneku alusel seatud kohustuslikud kriteeriumid peaksid seetõttu andma tarbijale vähemalt minimaalse arusaama nõuetekohasest digitaalsisust. Töö käesoleva alajaotuse eesmärgiks on analüüsida, kas objektiivsed kriteeriumid digitaalsisu lepingutingimustele vastavuse jaoks on piisavalt efektiivsed, et tagada tarbija õiguste kaitse kõikides digitaalsisu lepingutes.

¹³¹ Veebiportaali Facebook privaatsussätted. Kättesaadav arvutivõrgus <https://www.facebook.com/about/privacy>

Ettepaneku sätetes puuduvate selgituste ja lisateabe tõttu on töö autor kõrvutanud analoogilisi Eesti VÕS-s sisalduvaid müügilepingu sätteid, et avada nende kriteeriumite sisu ning analüüsida nende mõju lepingutingimustele.

Ettepaneku art 6 lg 2 kohaselt peab digitaalne sisu sobima otstarbeks, milleks seda liiki digitaalsisu tavaliselt kasutatakse, kui digitaalsisu üleandmise lepingus ei ole selgelt sätestatud sama artikli lg 1 nimetatud digitaalse sisu nõudeid. Lähtuvalt nimetatud sätte sõnastusest on tavalise kasutuseesmärgi analüüsi näol tegemist põhilise objektiivse lepingutingimustele vastavuse kriteeriumiga, mida ebaselgete ja/või puudulike lepingutingimuste puhul kohaldatakse. Objektiivsete lepingutingimustele vastavuse kriteeriumite lisamist ettepanekusse on peetud vajalikuks seetõttu, et tarbijaid ei jäetaks puudulike või ebaselgete lepingutingimuste korral nende õigustest ilma.¹³²

Objektiivsete kriteeriumite ettepanekusse lisamine on oluline, sest sellega on võimalik kehtestada näidistingimused ning hinnang selle kohta, mida tarbija võib digitaalsisult oodata lepingutingimuste puudumise või ebaselguse korral. Samuti väljendub objektiivsete kriteeriumite sätestamine seadusandja tahet tuua tasakaal digitaalsisu üleandja ja tarbija huvide vahele.¹³³ Siiski on pigem küsitav, kas ettepanekus nimetatud objektiivsed vastavuse kriteeriumid on piisavad, et tagada tarbija õiguste tõhus kaitse.

Kui lähtuda ettepaneku artikli 6 lg 1 punkti (b) sõnastusest ning võtta digitaalsisu vastavuse hindamisel arvesse digitaalsisu tavalist kasutusotstarvet, siis oleks äärmiselt raske tuvastada, milline oleks see mõõdupuu, mille alusel tuvastada nimetatud vastavuskriteeriumi sisu. Põhjus seisneb selles, et kuivõrd digitaalsed turud on äärmiselt uuenduslikud ja kiiresti arenevad majandussektorid, siis peamised nõuded digitaalsisule tulenevad digitaalsisu tehnilistest eripäradest ja litsentsitingimustest ning need kriteeriumid varieeruvad eri üleandjate ja digitaalsisu toodete vahel.¹³⁴

VÕS-s sisaldub müügilepingu kohta analoogne kriteerium § 217 lg 2 p-s 2, mille kohaselt tuleb lepingu eseme vastavuse hindamisel analüüsida muuhulgas seda, kas lepingutingimuste puudumisel on asi tavapärase kasutusviisi raames üldse eesmärgipäraselt kasutatav. Asjadele on sellise nõude kehtestamine mõistlik, kuivõrd lepingupooltel on teatav eelaimdus selle suhtes, mis on asja tavapärase kasutusviisi: eluruumiks kasutatav korter peab kütmisel

¹³² Ettepaneku preambul, p 25.

¹³³ V. Mak, lk 16.

¹³⁴ N. Helberger jt, lk 51.

sooja pidama, autot peab olema võimalik ohutult liikluses kasutada jne.¹³⁵ Teisisõnu on igal asjal üldiselt mõistetav funktsioon, mis sõltub selle konkreetsest liigist ja seetõttu on nende nõuete kehtestamine mõistetav. Seevastu müügiõigusest sama kriteeriumi ülevõtmine ning selle kohaldamine digitaalsisule ilma täiendavate selgitusteta ei muuda aga objektiivselt arusaadavaks digitaalsisu tavalist kasutusotstarvet. Põhjus seisneb selles, et ei ole olemas kaht identset digitaalsisu toodet või teenust, millele saaksid kohalduda ühised nõuded. Seega ei ole võimalik üheselt tuvastada nõudeid, millele kõik digitaalsisu üleandmise lepingud peaksid samaaegselt vastama.

Lisakriteerium kohustuse täitmise kvaliteedi kohta tuleneb VÕS § 77 lg-st 1, mille kohaselt peab lepingupool kohustuse täitma asjaolusid arvestades vähemalt keskmise kvaliteediga, kui täitmise kvaliteet ei tulene lepingust või seadusest. Kuivõrd digitaalne sisu ei kulu aja jooksul¹³⁶, siis tuleks seda käsitleda VÕS mõttes uue asjana, mille puhul võib eeldada igasuguste kasutusomadusi või kasutusväärtust mõjutavate puuduste puudumist. Keskmise kvaliteedi määramiseks tuleks asjad jagada gruppidesse tulenevalt nende liigitunnustest.¹³⁷ Näiteks Google poolt hallatava videojagamisteenuse YouTube puhul mõistab tarbija, et nimetatud teenust kasutatakse audiovisuaalsete teoste üleslaadimiseks ning nende vaatamiseks. Keskmise kvaliteedi nõude kohaldamine analoogia korras viitaks sellele, et nimetatud teenusel ei tohi olla puuduseid, mis mõjutavad või piiravad teenuse vahendusel edastatavate audiovisuaalsete teoste edastamist, vaatamist ja muid funktsioone.

Eelnevast tulenevalt leiab autor, et tavaline kasutusotstarve ei ole iseseisvalt efektiivne mõõdupuu, mille alusel võiks mõõta digitaalsisu nõuetekohasust. Ettepanekus tuleks paremini määratleda sobivus üldkasutatavaks otstarbeks, praeguse sõnastuse kohaselt on need kriteeriumid, mille alusel sobivust hinnatakse, liiga üldised. Selleks, et tarbijal oleks võimalik aru saada, mida kujutab endast digitaalsisu mittevastavus ning mille alusel seda tuleks hinnata, vajab ettepanekus täpsustamist.

3.3.2 Lepingulise vastutasu käsitus digitaalsisu lepingutingimustele vastavuse hindamisel

Esimene objektiivne kriteerium, mida võetakse ettepaneku art 6 lg 2 alusel arvesse digitaalsisu lepingutingimustele vastamisel, on tarbijapoolne vastutasu lepingu sõlmimisel

¹³⁵ Vt lisaks Võlaõigusseadus II kommenteeritud väljaanne, lk 43.

¹³⁶ Ettepaneku preambul, p 43.

¹³⁷ Võlaõigusseadus II kommenteeritud väljaanne, lk 43-44.

Selline sõnastus viitab üsna selgelt asjaolule, et digitaalsisule kohaldatavad objektiivsed nõuded võivad olla madalamad andmete vastu üleantud digitaalsisu puhul kui rahalise vastutasu puhul. Seega võivad digitaalsisule kohalduvad nõuded olla ettepaneku alusel erinevad, sõltudes sealjuures ainult tarbijapoolsest vastutast. Vastutasu eristamine sõltuvalt selle viisist võib viia aga tarbijate ebavõrdse kohtlemiseni.

Digitaalsisule kohaldatavate nõuete vahetegu sõltuvalt tarbijapoolsest vastutast on leidnud kriitikat mitmete digitaalsisu ekspertide poolt. V. Mak leiab, et kuigi tarbija ootused võivad olla teatud juhtudel madalamad sellise digitaalsisu suhtes, mida antakse üle muu vastutasu kui raha eest, siis ei tohiks selline kriteerium kohalduda kõikidele digitaalsisu lepingutele. Kuivõrd mõnede tarbijate jaoks on nende privaatsuse kaitse rahast olulisem, siis need tarbijad väärtustavad oma andmete turvalisust enam kui rahalisi makseid digitaalsisu üleandjale. Seega võib vastavuse testi puhul arvesse võtta erinevate vastutasu liikide väärtust, aga vastutasu liigist ei tohiks sõltuda tarbijate ootus üleantava digitaalsisu nõuetekohasuse kohta.¹³⁸

G. Spindler toetub V. Maki analüüsile ning lisab, et digitaalsisu kohta käivate nõuete eristamine lähtudes tarbijapoolsest vastutast seab põhjendamatu takistuse ettepaneku eesmärgi saavutamisele, milleks on võrdsete tingimuste kehtestamine kõikidele digitaalsisu üleandjatele, sõltumata sellest, kas nende ärimudel seisneb rahaliste maksete kogumises või tarbijate isikuandmete kasutamine kaubanduslikul eesmärgil.¹³⁹

Töö autor nõustub eeltoodud seisukohtadega. Tarbija ei peaks saama vähem kaitset sõltuvalt enda lepingulisest vastusooritusest digitaalsisu üleandjale. Andmete kaubanduslikul eesmärgil kasutamine on konkreetse üleandja valitud ärimudel, millest ei tohiks sõltuda lepinguga üleantava digitaalsisu vastavuse kriteeriumid. Artikli 6 lg 2 punkti (a) sellises sõnastuses peavad need üleandjad, kes osutavad teenust või annavad üle digitaalsisu toote raha eest, kinni pidama kõrgematest standarditest, kui need digitaalsisu üleandjad, kes kasutavad tarbija andmeid kaubanduslikel eesmärkidel. Viidates G. Spindleri eeltoodud hinnangule tuleb märkida, et üleandjate ebavõrdne kohtlemine ei ole kõige olulisem probleem nimetatud sätte juures. Teenusepakujatele on tagatud võrdsed võimalused, kuna neil on vaba voli sõltumata valitud ärimudelist sätestada enda poolt pakutava digitaalse teenuse või toote kasutajatingimustes nõuded digitaalsisule ning ettepanek kohaldub neile võrdselt.

¹³⁸ V. Mak, lk 17-18.

¹³⁹ G. Spindler, lk 198-199.

Ettepaneku jõustumine sellises sõnastuses tähendab, et õiguskaitsvahendite kasutamine digitaalsisu üleandja vastu sõltub otseselt digitaalsisule seatud nõuetest. Seega võib tarbijapoolse vastutasu eristamine digitaalsisu nõuete käsitlemisel võib viia selleni, et kui kohtud hakkavad rakendama lepingutingimuste suhtes ebaõiglasuse testi, siis on juba lepingu sõlmimisel lepingu esemele kohalduvad nõuded madalamad lepingute puhul, milles tarbijalt nõutakse vastusooritusena muud vastutasu kui raha. Teisisõnu, sellele digitaalsisule, mille eest on tarbija raha maksnud, võivad kohalduda rangemad kvaliteedi, funktsiooni, juurdepääsetavuse jm nõuded kui sellisele digitaalsisule, mis on saadud andmete üleandmise vastutasuna. Vastutasust sõltuvate digitaalsisu nõuete eristus muutub problemaatiliseks selliste digitaalsisu lepingute puhul, kus ühe ja sama digitaalsisu üleandmise raames on võimalik tarbijal valida erinevate vastutasu viiside vahel, st kas teha digitaalsisu teenuse saamiseks igakuised makseid või edastada enda isikuandmeid. Näiteks Spotify puhul on tarbijatel võimalik nimetatud helivoogedastusteenust kasutada kas n-õ tasuta versioonina või tasudes igakuiseid makseid.¹⁴⁰ Üks erinevus, mis seoses tarbijapoolsete vastutasu viiside eristamisega tekib, on teenusepakkuja poolt üleantava digitaalsisu kvaliteet. Nimelt pakub Spotify kõrgemakvaliteetset heliteoste edastamist sellise kasutajapaketi puhul, milles tarbija teeb teenusepakkujale igakuiseid makseid.¹⁴¹ Võttes arvesse Komisjoni preambulis sedastatud eesmärki võrdustada tarbijate isikuandmed ja raha lepingulise vastutasuna, võiks mõistlikult arvata, et isikuandmete üleandmise tulemusena saadud digitaalsisu ei ole halvema kvaliteediga kui raha eest saadu, kuid art 6 lg 2 p (a) põhimõtteliselt lubab digitaalsisule kohalduvate nõuete madalat taset, kui digitaalsisu on üle antud isikuandmete eest. See viib aga omakorda tõdemuseni, et isikuandmeid lepingulise vastutasuna pakkunud tarbijale kohalduvad madalamad nõuded seoses teenuse kvaliteediga ning võib olla raskendatud tema tuginemine digitaalsisu üleandja lepingutingimustele rikkumisele.

EÕI on Komisjonile edastatud raportis leidnud, et digitaalsisule kohalduvate objektiivsete nõuete eristamine seoses tarbijapoolse vastutasuga on õigustamatu ning pakub lahendusena välja punkti (a) ettepaneku tekstist kustutamist.¹⁴² Töö autor nõustub sellise seisukohaga. Kui ettepanekuga taotletakse tarbija õiguste efektiivset kaitset kõikides digitaalsisu lepingutes, siis praegune sõnastus tarbijale efektiivset kaitset ei taga, kuivõrd tarbijal ei ole võimalik aru saada lepingutingimuste sõnastusest ega ettepanekuga tagatud objektiivsete kriteeriumite kohaldumisest. See ei anna aga omakorda tarbijale kuigi selget arusaama digitaalsisule kohalduvatest nõuetest ning nende üleandja poolsest rikkumisest.

¹⁴⁰ Informatsioon Spotify teenusepakettide kohta teenusepakkuja kodulehel <https://www.spotify.com>

¹⁴¹ Spotify kasutajapakett „Premium”. Lisateave Spotify kodulehel: <https://www.spotify.com/premium/>

¹⁴² EÕI raport, lk 21.

3.3.3 Digitaalsisu vastavus väljakujunenud standarditele

Käesolevas töös seni käsitletud subjektiivsed ja objektiivsed digitaalsisule kohalduvate nõuete kriteeriumid ei ole autori hinnangul efektiivsed nimetatud nõuete mõistmisel. See tähendab, et kui tarbijal ei ole võimalik enda jaoks lahti mõtestada lepingu esemele kohalduvad nõuded, siis tal ei ole ka võimalik teada, millist teenuse või toote kvaliteet võib tarbija teenuselt või tootelt oodata, mistõttu ei ole ka välistatud tarbija teadmatus üleandja poolsest lepingurikkumisest. Järgnevalt analüüsib autor, kas väljakujunenud või tulevikus loodavad standardid võiksid digitaalsisule kohaldada nõudeid, millele tarbija saaks tugineda digitaalsisu lepingu eseme nõuetekohasuse hindamisel.

Ettepaneku art 6 lg 2 punkti (b) kohaselt tuleb digitaalsisu lepingutingimustele vastavuse kaalutlemisel arvesse võtta ka asjakohasel juhul kehtivaid rahvusvahelisi standardeid või selliste tehniliste standardite puudumisel kohaldatavaid sektori tegevusjuhendeid või häid tavasid. Eeltoodule on antud selgitused ettepaneku preambuli punktis 28, milles märgitakse, et üleandjad peaksid digitaalsisule kohaldama standardeid, avatud tehnilisi kirjeldusi, häid tavasid ja käitumisjuhendeid, sealhulgas seoses kasutaja loodud sisu või tarbija edastatud sisu tagasisaamiseks tavaliselt kasutatava andmevorminguga, olgu need kehtestatud rahvusvahelisel tasandil, Euroopa tasandil või konkreetse tööstussektori tasandil.

Võttes arvesse töö käesolevas ning eelnevas peatükis käsitletud ettepaneku kriteeriume, tuleb tõdeda, et need ei ole piisavad digitaalsisu nõuetekohasuse analüüsimiseks. Digitaalsisule üldisemat tüüpi standardite kohaldamine tundub seega vältimatult vajalik, kuivõrd see annab tarbijale vähemalt minimaalse eelduse, millistele artiklis 6 lg-s 2 sätestatud nõuetele peab digitaalsisu vastama. Rahvusvaheliste standardite kohaldamine oleks kõige parem moodus, kuidas reguleerida digitaalsisule kohalduvaid nõudeid. Selline lähenemine aitaks digitaalsisu tarbijatel ka eeldatavasti aru saada lepingu tingimustest, hoomata nende mahtu ning annaks teatava eelduse digitaalsisu lepingute sisu mõistmiseks seeläbi, et kõikide digitaalsisu üleandjate lepingutingimused peaksid jälgima kindlat väljakujundatud standardit. Käesolevas ja eelmises peatükis toodud analüüsi kohaselt ei ole ettepanekuga proovitud lahendada probleeme, mille autor tõi välja töö esimeses peatükis ning mille olemasolu ning aktuaalsust on ka Komisjon teadvustanud. Üldkehtivate standardite loomine tundub sellises olukorras kõige parem lahendus. Samas aga loob üldine ettepaneku sõnastus standardite kohta hulga probleeme tarbija jaoks, mis lõpuks tingivad ka nimetatud ettepaneku katse kehtestada digitaalsisule rahvusvahelised standardid ebaefektiivsuse.

Kõige olulisem takistus kehtivate rahvusvaheliste standardite arvestamisel digitaalsisu nõuetekohasuse juures on asjaolu, et selliseid standardeid ei eksisteeri.¹⁴³ Autori arvates seisneb peamine põhjus digitaalsete toodete ja teenuste konkurentsi vähesuses vastavatel turgudel. Digitaalsisu pakkuvate teenuste puhul on möödapääsmatu, et teenusepakkuja, kes suudab olla tarbijale kõige atraktiivsem, koondab enamuse vastava teenuse turuosa enda kätte ning saavutab turul monopoolse seisundi: Euroopas on nendeks digitaalsisu pakkujateks Netflix litsenseeritud audiovisuaalsete teoste voogedastuse puhul, Facebook ja Google kasutajate loodud digitaalsisu jagamiseks, Spotify ja iTunes muusika kuulamiseks ja palju teisi.¹⁴⁴ Standardid saaks tekkida, kui tarbijatel oleks võimalik lähtuda kindlatest objektiivsetest kriteeriumitest digitaalsisu vastavuse hindamisel. Kuna aga tarbijad ei ole tihtipeale kasutanud mõne kindla digitaalse sisu saamiseks muud veebiplatvormi, rakendust, toodet või teenust, siis ei ole ka olnud ühiskondlikku tõuget üldkehtivate standardite väljakujundamiseks. N. Helberger jt on standardite puudumist põhjendanud ka sellega, et digitaalsisu kohta käivate standardite kujunemata jätmist on mõjutanud digitaalsisu uudsus ja uute digitaalsisu toodete arendamine, mistõttu on arenevad standardid jäänud ajale jalgu juba enne nende väljakujunemist.¹⁴⁵

Lisaks on ettepanekuga jäetud lahtiseks küsimus, kes peaks artiklis 6 lg 2 punktis (b) silmas peetud standardeid või käitumisjuhiseid koostama ning millistest kriteeriumitest tuleks sealjuures lähtuda.¹⁴⁶ Ettepaneku preambuli punktis 28 on lisaks märgitud, et “Komisjon võib kaaluda selliste rahvusvaheliste ja Euroopa standardite väljatöötamise ning käitumisjuhendi koostamise edendamist kutseühingute ja muude esindusorganisatsioonide poolt, mille abil saab toetada käesoleva direktiivi ühetaolist rakendamist”. G. Spindler on leidnud, et kutseühingute ja muude esindusorganisatsioonide poolt kehtestatavad nõuded võivad jätta tarbijad ilma igasugusest kaitsest ning tähtsamaks on seatud võimalikult kiire ettepaneku jõustumine.¹⁴⁷

Seetõttu tuleb lepingutingimuste selguse hindamiseks jätkuvalt lähtuda ebaõiglaste tingimuste direktiivist, mille art 5 kohaselt tuleb tarbijale edastada teavet selgel ja arusaadaval viisil. Küsimus seoses selgete ja arusaadavate lepingutingimustega mõistega on käsitlemist leidnud ka Euroopa Kohtu praktikas. Kaasuses Van Hove on kohus märkinud, et kuna eelnimetatud sätte kohaselt peavad lepingutingimused olema koostatud selges ja arusaadavas keeles, siis

¹⁴³ V. Mak, lk 17. Viitab M. Loos jt (2011), lk 120-123.

¹⁴⁴ Vt viide 37.

¹⁴⁵ N. Helberger jt, lk 11.

¹⁴⁶ G. Spindler, lk 194.

¹⁴⁷ G. Spindler, lk 199.

sellest tulenevalt peavad lepingutingimused olema tarbijale grammatiliselt arusaadavad. Lisaks on kohus asunud seisukohale, et lepingutingimused ei pea olema ainult selged ja arusaadavad grammatilises mõttes, vaid peab tingimuste sõnastusest peab selguma nende konkreetne toimimine ning selle ja muudes tingimuste vaheline seos, et tarbijal oleks võimalik täpsete ja arusaadavate kriteeriumide põhjal hinnata talle sellest tingimusest tulenevaid majanduslikke tagajärgi.¹⁴⁸ Nimetatud laiendus ebaõiglaste tingimuste direktiivi art 5 kriteeriumitele on tarbija jaoks väga positiivne, sest see toob selgust lepingutingimuste tegelikku tähendusse, isegi kui nende sõnastus on igale tarbijale mõistetav. Konkreetse toimimise nõue võiks olla ka lähtekoht tulevikus kehtestatavatele standarditele.

Autor on seni käsitletud ettepaneku sätteid nende praeguses sõnastuses. Kuivõrd ettepaneku näol on tegemist pidevalt areneva ja veel jõustumata seadusandliku dokumendiga, siis tuleb järgnevalt ka käsitleda võimalikke muudatusi tõlgenduste osas, mis on antud subjektiivsetele ja objektiivsetele kriteeriumitele ning väljapakutud lahendusi EL institutsioonides.

3.4 Subjektiivsete ja objektiivsete kriteeriumite tasakaal digitaalsisu lepingu eseme nõuetekohasuse hindamisel

Kuivõrd ettepaneku näol on tegemist jõustumata ning pidevalt täieneva ja areneva dokumendiga, on vältimatu, et algses ettepanekus ettenähtud tekst muutub enne selle jõustumist märgatavalt. Seetõttu on eraldi käesolevas alapeatükis käsitletud potentsiaalseid muudatusi subjektiivsete ja objektiivsete kriteeriumite vahekorras ettepaneku sõnastuses. Samuti käsitleb autor probleemkohti, millele on tähelepanu juhtitud EL institutsioonides korraldatud infotundidel.

Komisjoni lähenemine digitaalsisu nõuetekohasuse hindamiseks, mille alusel eelistatakse vastavuskontrolli kohaldamisel „*subjektiivseid*“ vastavuskriteeriume (st lepingus, eelkõige tüüptingimustes kokku lepitud kriteeriume) ei ole pälvinud EL institutsioonides peetud arutlustel kuigi palju positiivset vastukaja. Seda peamiselt seetõttu, et lepingutingimuste eelistamine objektiivsete kriteeriumite suhtes lepingu eseme nõuetekohasuse hindamisel võib kaasa tuua riske. Näiteks võivad üleandjad vältida vastutust nõuetele mittevastavuse eest, kehtestades oma lepingutes väga nõrgad vastavusnõuded, mis nõrgendaks tarbijate kaitset, arvestades seda, et tarbijatel on lepingu tüüptingimuste üle tavaliselt väga väike mõju.

¹⁴⁸ EKo C-96/14. Van Hove vs CNP Assurances SA. 23.04.2015, p. 27

Eelnevast tulenevalt pidasid Nõukogu liikmed vajalikuks digitaalse sisu vastavust hinnata nii lepingutingimuste kui ka EL õigusaktides määratletud objektiivsete vastavuskriteeriumite suhtes.¹⁴⁹ Nimetatud tõdemus viis Nõukogu ettepanekuni käsitleda subjektiivseid ja objektiivseid kriteeriume digitaalsisu vastavuse kontrolli raames võrdsena. Nimetatud ettepaneku kohaselt kehtestatakse kavandatavas digitaalse sisu üleandmise direktiivis reegel, mille kohaselt ei ole tegemist lepingule mittevastavusega, kui lepingu sõlmimise ajal tarbija teadis, et digitaalse sisu konkreetne omadus kaldus kõrvale objektiivsetest vastavuskriteeriumitest ning tarbija nõustus selle kõrvalekaldega selgesõnaliselt lepingu sõlmimise ajal. Objektiivsetest vastavuskriteeriumitest kõrvalekaldumise ulatuse küsimuses ning tingimuste osas, mille alusel kõrvalekaldumine oleks võimalik, ei ole siiski otsusele jõutud ning seda hoolimata intensiivsest ja konstruktiivsest arutelust, mida on tsiviilõiguse tööühmas peetud.¹⁵⁰

Käesoleva töö autor leiab, et kui ettepanekut täiendatakse eeltoodud muudatusega, siis need muudatused teeniksid tarbija jaoks väga olulist eesmärki. Kui lepingutingimused ei oma digitaalsisu lepingu eseme reguleerimisel enam ainutähtsust, siis objektiivsete ja subjektiivsete kriteeriumite kõrvuti rakendamine aitaks kaasa teatud ühise arusaama tekkimisele, millised peaksid olema nõuded digitaalsisule. Teisisõnu looks see aluse kujundada artiklis 6 lg 2 punktis (b) nimetatud rahvusvahelised standardid. Lisaks objektiivsete ja subjektiivsete kriteeriumite koos kohaldamisele kattuks kõrvalekalde teadvustamine vastavuse nõuetest lepingu sõlmimisel töö esimeses peatükis käsitletud Komisjoni uuringuga, milles täheldati sellesama meetodi toimimist tarbijate lepingutingimustest teadlikkuse edendamisel.

3.5 Digitaalsisu üleandja vastutus ja tõendamiskoormis lepingu rikkumise korral

3.5.1 Digitaalsisu üleandja vastutus digitaalsisu mittevastavuse korral

Viimaks tuleb märkida, et digitaalsisu mittevastavus ei tähenda tarbija õigust kasutada õiguskaitsevahendeid. Nagu ka klassikalistes võlaõiguslikes lepinguliikides, on vajalik enne õiguskaitsevahendite kasutamist vajalik kindlaks teha võlgniku vastutus ning tõendamiskoormise asetamine rikkumise korral. Käesolevas alapeatükis analüüsib autor, kuidas on ettepaneku sätetega kindlaks määratud üleandja vastutus digitaalsisu üleandmise lepingu rikkumise eest ning kes peab tõendama digitaalsisu mittevastavust.

¹⁴⁹ Esimene poliitiline mõttevahetus Nõukogus, lk 10.

¹⁵⁰ Teine poliitiline mõttevahetus Nõukogus, lk 12.

Ettepaneku artikli 10 kohaselt vastutab üleandja tarbija ees, kui (a) digitaalsisu ei ole üle antud; (b) kui digitaalsisu ei vasta üleandmise ajal lepingutingimustele; (c) kui lepinguga on ette nähtud, et digitaalne sisu antakse üle teatava ajavahemiku jooksul, siis mis tahes mittevastavuse eest, mis ilmneb sellel ajavahemikul. Nimetatud sättest järeldub, et digitaalsisu üleandja vastutab eranditult kõikide puuduste eest, mis võivad digitaalsisul tekkida lepingu täitmise jooksul. Tuues siinkohal paralleeli VÕS § 103 lg 1-3 sätetega, ei peetaks digitaalsisu üleandjat vastutavaks mittekohase täitmise eest, kui rikkumine on vabandata (§ 103 lg 1). § 103 lg 2 kohaselt on kohustuse rikkumine vabandata, kui võlgnik rikkus kohustust vääramatü jõu¹⁵¹ tõttu. Digitaalsisu üleandmise lepingute puhul võib vääramatü jõud olla aga üsna oluline tegur, mis võiks mõjutada ning vastutust kindlaksmääravad ettepaneku sätted on kallutatud raskelt tarbija kasuks. Näiteks kui digitaalsisu üleandmine oleks takistatud loodusõnnetuse tõttu, mis häirib üleandja poolt hallatava serveripargi töeshoidmist või tekitab selle töös lühiajalisi katkestusi¹⁵², siis tuleb pidada digitaalsisu üleandjat vastutavaks ka selliste lepingurikkumise eest vastavalt ettepaneku art 10 punkti (a) või (c) kohaselt olenevalt lepingu esemest.

Lisaks tuleb märkida, et üleandja vastutab iga digitaalsisu mittevastavuse eest, olenemata sellest, kas mittevastavus põhjustas üleandja poolse olulise lepingurikkumise või võis pidada rikkumist ka väheoluliseks. Nimetatud seisukoht tuleneb ettepaneku art 10 sõnastusest, milles ei ole märgitud, millisteid kriteeriume tuleb digitaalsisu mittevastavuse puhul analüüsida.

Viimaks on üks olulisemaid muudatusi ettepanekus lähenemine, mille kohaselt ei ole sätestatud ajalisi piiranguid lepingu eseme vastavuse garanteerimiseks üleandja poolt. Artikli 10 punkti (c) kohaselt vastutab digitaalsisu üleandja tarbija ees mis tahes digitaalsisu mittevastavuse eest, mis ilmneb ajavahemikul, mil üleandja oli kohustatud digitaalsisu üle andma. See tähendab, et tähtajatute lepingute puhul on üleandja kohustatud andma kogu lepingu kehtivuse jooksul tarbijale üle lepingutingimustele vastavat digitaalsisu. Nimetatud lähenemine on vastuolus näiteks selliste tarbijadirektiividega, mis reguleerivad peamiselt kaupade müüki. Näiteks tarbekaupade müügi direktiivi artikli 5 lg 2 kohaselt vastutab müüja kauba lepingule mittevastavuse eest siis, kui lepingule mittevastavus ilmneb kahe aasta jooksul alates kauba üleandmisest. Komisjon on nimetatud erisust põhjendanud asjaoluga, et

¹⁵¹ Vastavalt § 103 lg 2 ls 2 mõistetakse vääramatü jõu all asjaolu, mida võlgnik ei saanud mõjutada ja mõistlikkuse põhimõttest lähtudes ei saanud temalt oodata, et ta lepingu sõlmimise või lepinguvälise kohustuse tekkimise ajal selle asjaoluga arvestaks või seda väldiks või selle takistava asjaolu või selle tagajärje ületaks.

¹⁵² Lühiajaliste katkestuste kohta on ettepaneku preambuli punktis 35 märgitud, et tegemist on digitaalsisu lepingutingimustele mittevastavusega ja mitte digitaalsisu üleandmata jätmisega.

digitaalne sisu ei kulu aja jooksul, mistõttu ei tuleks kehtestada ajapiiranguid digitaalsisu üleandja vastutusele.¹⁵³

Üleandja vastutuse ajalise piiri kindlaksmääramata jätmine on põhjustanud kriitikat äriühinguid esindavate organisatsioonide seas, kes on Komisjoni poolt ettepaneku ettevalmistamisele kaasatud. Näiteks AmCham EU poolt koostatud raportis¹⁵⁴ märgitud, et tarbekaupade müügi direktiivis sätestatud kaheaastane vastutuse tähtaeg välistab müüjate lõputu vastutuse omistamise ning kaotab ettevõtjate jaoks olulise takistuse e-kaubanduse turule sisenemiseks. Digitaalse sisu kohta on täiendavalt sedastatud, et kuigi digitaalsisu ei kulu aja jooksul nagu kaubad, siis võib digitaalne sisu muutuda ajakohatuks või kaotada oma funktsiooni tehnoloogiliste arenduste tõttu.¹⁵⁵

Käesoleva töö autor on eelnevalt märkinud töö alapeatükis 2.5, et digitaalset sisu hoitakse praktikas tavaliselt vastavuses lepingutingimustega uuenduste abil, mida edastatakse tarbijale vastavate andmepakkidega. Samas alapeatükis jõudis autor järeldusele, et kuna ei ole võimalik ühtselt sätestada, kui pika aja jooksul on võimalik digitaalsisu tarbijal uuendusi saada, lähtus autor mõistlikkuse kriteeriumist. Nimelt, kui tarbija on ostnud kalli operatsioonisüsteemitarkvara, siis ta võib mõistlikult eeldada, et nimetatud tarkvara hoitakse kauem ajaga kaasas ja seeläbi lepingutingimustele vastavuses kui näiteks 99 sendi eest ostetud mängu nutiseadme jaoks. Toetudes toodud põhjendustele leiab töö autor, et juba mõistlikkuse kriteeriumist lähtuvalt ei tohiks üleandja vastutus olla ettepaneku sätete kohaselt omistatav piiramata ajaks teatud digitaalsisu lepingute puhul. Kui tegemist on kestvuslepinguga, mis on sõlmitud tähtajatult, siis töö autor nõustub ettepaneku regulatsiooniga, mille kohaselt tuleb lepingutingimustele vastav digitaalsisu tarbijale üle anda kogu lepingu kehtivuse aja jooksul. Küll aga tekitab digitaalsisu üleandja jaoks liialt takistusi digitaalsisu üleandmisel ajalises mõttes piiramatu vastutuse omistamine selliste lepingute puhul, milles tarbija teeb ühekordse makse digitaalsisu toote tarbimise eesmärgil ning digitaalsisu üleandja võib üleandmise ajal digitaalsisul esinevate puuduste eest vastutada piiramata aja jooksul. Sellest tulenevalt leiab töö autor, et tarbijal ei peaks olema kõikide digitaalsisu üleandmise lepingute puhul võimalik tugineda piiramata aja jooksul lepingutingimuste mittevastavusele, sest see viiks liialt tasakaalust välja lepingupoolte õiguslikud kohustused. Küll aga ei tohiks digitaalsisu

¹⁵³ Ettepaneku mõjuhinnang, lk 46.

¹⁵⁴ AmCham EU's Position Paper on Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. 03.05.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: http://www.amchameu.eu/system/files/position_papers/amcham_eu_position_on_digital_content_-_03.05.2016.pdf

¹⁵⁵ Amcham EU. Position Paper, lk 4.

lepingute puhul üleandja vastutus olla vähem kui kaupade tarbijalemüügi puhul, st kaks aastat alates kauba üleandmisest tarbijale.

Eelnevast tulenevalt on digitaalsisu üleandjale ettepaneku artikli 10 p-de (a) - (c) kohaselt ette nähtud väga ulatuslik, st ajaliselt piiramatu vastutus digitaalsisu vastavuse nõuete rikkumise korral, mis ei pruugi olla mõningate digitaalsisu lepingute puhul olla põhjendatud. Järgnevalt tuleb analüüsida, kellele langeb tõendamiskoormis digitaalsisu mittevastavuse korral ettepaneku sätete kohaselt.

3.5.2 Tõendamiskoormise jagunemine digitaalsisu mittevastavuse korral

Kui tarbija tugineb digitaalsisu mittevastavusele, siis tuleb ühel lepingupoolel tõendada, et tegemist oli lepingutingimustele mittevastavusega. Käesolevas alajaotuses tuleb seetõttu ka analüüsida, kellele langeb tõendamiskoormis, kui lepinguga üleantav digitaalsisu ei vasta lepingutingimustele.

Ettepaneku artikli 10 lg 1 kohaselt lasub lepingutingimustele vastavusega seotud tõendamiskoormis üleandjal. Komisjon on nimetatud sätte selgituseks ettepaneku preambuli punktis 32 märkinud, et digitaalse sisu eripära ning selle suure keerukuse tõttu ja ka seetõttu, et üleandjal on sügavamad teadmised ja parem võimalus pääseda juurde oskusteabele, tehnilisele teabele ja kõrgtehnoloogilisele toele, on üleandja võrreldes tarbijaga paremas olukorras, et teha kindlaks, miks digitaalne sisu ei vasta lepingutingimustele. Samuti saab üleandja paremini hinnata, kas lepingutingimustele mittevastavus tuleneb tarbija digitaalse keskkonna ühildumatuses digitaalse sisu tehniliste nõuetega. Seega peaks vaidluse korral üleandja tõendama, et digitaalne sisu vastab lepingutingimustele.

Ettepanek on sedastanud ühe erandi üleandja tõendamiskoormise vähendamiseks. Nimelt ettepaneku artikli 10 lg 2 kohaselt ei lasu tõendamiskoormis digitaalsisu üleandjal, kui üleandja tõendab, et tarbija digitaalne keskkond ei ühildu üleantava digitaalse sisuga ning kui üleandja on enne digitaalsisu üleandmist tarbijat teavitanud digitaalse sisu koostalitlus- ja muudest tehnilistest nõuetest. Sama artikli lg 3 kohaselt on tarbija kohustatud tegema koostööd üleandjaga selles ulatuses, mis on vajalik tarbija digitaalse keskkonna kindlakstegemiseks. Eeltoodud sätete lisamisega ettepanekusse piiratakse mõnevõrra üleandja tõendamiskoormist ning pannakse tarbijale kohustus teha koostööd digitaalsisu üleandjaga. Komisjon märgib sealjuures, et üleandja võimaldamine tarbija digitaalse keskkonna

hindamiseks peab toimuma kõige vähem sekkuvamate vahenditega, näiteks üleandjale automaatselt genereeritud intsidendaruandeid edastades. Ettepaneku preambuli p 33 võimaldab üleandjale ka virtuaalset ligipääsu tarbija digitaalsele keskkonnale, kui muud võimalused koostöö saavutamiseks tarbijaga konkreetsel juhul puuduvad.

G. Spindler on eeltoodud lähenemise kohta, et digitaalsisu üleandjal võib osutada keeruliseks koguda andmeid tarbija digitaalse keskkonna kohta ilma sealjuures tarbija isikuandmeid kogumata. Lisaks sellele võib üleandjale tekitada raskusi tarbija digitaalse keskkonna analüüsimine, kuivõrd tal ei ole võimalik teada, kas tarbija on oma digitaalset keskkonda mõjutanud või on mõjutus tarbija digitaalsele keskkonnale tekkinud pahavara sisaldumisest tarbija süsteemis, mis põhjustas digitaalsisu mittevastavuse.¹⁵⁶

Töö autor nõustub ettepaneku määratlusega, mille kohaselt peab digitaalsisu üleandja tõendama digitaalsisu vastavust lepingutingimustele tema eriteadmiste ja täiendavate tehnilistele vahenditele tuginedes. Eeltoodud G. Spindler tõstatatud probleemkohad seoses tarbijapoolse koostööga on igati põhjendatud. Seevastu ei oleks mõeldav, et digitaalsisu üleandjale on ette nähtud piiramatut vastutust digitaalsisu mittevastavuse eest ilma sealjuures mingit kontrolli võimalust andmata.

Eelnevast tulenevalt on digitaalsisu mittevastavust käsitlevad ettepaneku sätted, mis määravad kindlaks vastutuse lepingutingimustele mittevastava digitaalsisu eest ning vaidluse korral tekkiva tõendamiskoormise jagunemise, raskelt tarbija poole kallutatud. Nimelt ei ole tarbijal vajalik tõendada digitaalsisu lepingutingimustele mittevastavust, samuti langeb üleandjale tõendamiskoormis vaidluse tekkimise korral, mis tähendab, et tarbijal ei ole kohustust tõendada digitaalsisu vastavust lepingutingimustele, vaid digitaalsisu üleandja peab tõendama digitaalsisu vastavust kogu lepingu kehtivuse aja jooksul. Tarbija jaoks on selline regulatsioon väga positiivne, kuivõrd tal puuduvad eriteadmised ja tehnilised vahendid, et hinnata digitaalsisu lepingutingimustele vastavust. Siinkohal tõusetub jällegi käesoleva töö eelmistes osades käsitletud probleem, mille kohaselt ei ole tarbijal ka ettepaneku tekstist võimalik aru saada, millised nõuded digitaalsisule kohalduvad ning toetudes ebaselgelt või puudulikult sõnastatud lepingutingimustest võib olla veel keerukam aru saada, millistele nõuetele peab üleantav digitaalsisu vastama ning milline rikkumine võib endast kujutada mittevastavust. Siinkohal tuleb märkida, et kui lepingu rikkumine on ilmselge, näiteks kui tarbijal ei ole võimalik ligi pääseda digitaalsisu tootele või teenusele või on digitaalsisul sellised puudused,

¹⁵⁶ G. Spindler, lk 203.

mis ilmselt takistavad selle tavalist kasutusotstarvet, siis on üleandja vastutuse tõendamine lihtne ning üleandjal lasub tõendamiskoormis tõendada, et lepinguga üleantav digitaalsisu ei olnud mittevastavuses lepingutingimuste või ettepanekus sätestatud objektiivsetele kriteeriumitele.

Eelnevast tulenevalt leiab töö autor, et ettepaneku artiklis 6 lg 1 ja lg 2 sedastatud subjektiivsed ja objektiivsed kriteeriumid digitaalsisu vastavuse hindamiseks ei aita tarbija õigusi efektiivselt kaitsta, kuivõrd nimetatud kriteeriumite elemendid on sedavõrd üldiselt sõnastatud. Lisaks tuleb tõdeda, et ettepaneku artiklis 6 lg-s 2 sätestatud objektiivsed kriteeriumid, nimelt üldkehtivad standardid võiksid aidata tarbijal paremini hinnata digitaalsisu mittevastavust, kuid objektiivsed kriteeriumid kohalduvad ettepaneku praeguse sõnastuse alusel alles siis, kui lepingutingimustes ei ole digitaalsisule kohalduvaid nõudeid määratletud või kui seda ei ole tehtud piisavalt selgelt.

KOKKUVÕTE

Käesoleva magistritöö eesmärk oli tuvastada, kuidas mõjutavad digitaalsisu üleandmise lepingu sõlmimise ja sisu kujunemise reeglid tarbija võimalusi esitada digitaalsisu üleandja vastu nõudeid digitaalsisu mittevastavuse alusel. Lähtekohaks nimetatud küsimuse analüüsimisel olid Komisjoni ettepanek nr 634, kehtivad EL tarbijadirektiivid, informatiivsed dokumendid ning teemakohased empiirilised analüüsid. Võimaluse korral võrdles autor ettepaneku sätteid ka VÕS-ga, et tuvastada, kas ettepanekul on olulisi erisusi võrreldes Eesti siseriikliku õigusega ning kuidas see võib tarbija õiguste kaitset mõjutada.

Esimeses peatükis analüüsis töö autor digitaalsisu üleandmise lepingute sisu kujunemist ning käsitles, kuidas digitaalse sisu lepinguid valdavalt praktikas sõlmitakse. Kuivõrd EL tarbijadirektiivid on jätnud lepingute sõlmimise ja lepingu sisu koostamise nõuded liikmesriikide siseriiklike õiguste diskretsiooni, siis analüüsis autor, kas kõik digitaalse sisu lepingu sõlmimisel kasutatavad viisid on kehtivad VÕS sätete kohaselt.

Praktikas kasutatakse digitaalsisu lepingute sõlmimisel valdavalt üleandja poolt kehtestatud tüüptingimusi, millega nõustumist peab tarbija kinnitama enne digitaalsisu üleandmise lepingu sõlmimist. Samuti kasutatakse digitaalsisu lepingute puhul eriliigilisi lepingu sõlmimise meetodeid, nimelt *click-wrap*- või *browse-wrap* meetodeid. *Click-wrap* meetodi puhul on tarbija kohustatud märkima, et ta on nõustunud lepingutingimustega, mis on talle lepingu sõlmimise ajal kuvatud või kergesti ligipääsetavad enne lepingu sõlmimist. *Browse-wrap* meetodit kasutavad digitaalsisu üleandjad nõuavad samuti tarbijapoolset kinnitust, et viimane nõustub lepingutingimustega enne lepingu sõlmimist, kuid *browse-wrap* meetodi puhul ei kuvata tarbijale toote või teenuse kasutaja-tingimusi enne lepingu sõlmimist, vaid tavaliselt on need avaldatud digitaalsisu üleandja veebilehel, millega tarbija on iseseisvalt kohustatud tutvuma. Töö autor mõõnas, et *click-wrap* meetodit lepingute sõlmimisel võib lugeda kehtivaks, kuivõrd sellisel meetodil sõlmitud leping annab tarbijale võimaluse temale edastatud informatsiooni salvestada, töödelda ning taasesitada. Samas *browse-wrap*-meetodi kasutamine üleandja poolt võib potentsiaalselt olla vastuolus VÕS-i tüüptingimuste regulatsiooniga, kuivõrd tarbijale ei anta üle lepinguga seotud olulisi dokumente püsival andmekandjal. Sellest tulenevalt on autor soovitanud tulevikus kehtestatavate standardite osas mitte lubada *browse-wrap*-meetodi kasutamist digitaalsisu üleandja poolt. Lisaks sellele, et kasutaja peab tegema lisapingutusi ning potentsiaalselt kulutama ressursse, et saada ligi tema lepingulist suhtet reguleerivatele dokumentidele, jääb tarbijal nimetatud dokumentidega

tutvumata jätmisel tõenäoliselt teadvustamata, et tarbija on võtnud omale võlaõiguslikke kohustusi digitaalsisu üleandja ees.

Töö esimeses peatükis on autor järgnevalt käsitlenud õiguslikku suhet, mis tarbijal tekib digitaalsisu üleandjaga digitaalsisu lepingu sõlmimisel. Kuivõrd ka digitaalsisu lepingul on olemas klassikalised lepinguõiguslikud tunnused, st mõlemale lepingupoolele tekivad lepingu sõlmimise tulemusel õigused ja kohustused teineteise ees, siis on töös analüüsitud, millise lepinguliigi alla võiksid sobitada digitaalsisu üleandmise lepingud. Kuivõrd EL-i seadusandlusega on antud kõikides vormides sõlmitud lepingutele võrdne kehtivus ning lepingute kehtivusega seotud õiguslik regulatsioon on jäetud liikmesriikide kehtestada, siis tuli järgnevalt analüüsida, millise VÕS-s sätestatud lepinguliigiga oleks võimalik digitaalsisu lepinguid reguleerida või millistele lepingutele digitaalsisu üleandmise lepingud kõige enam sarnanevad. Kuivõrd digitaalsisu lepingutes on lepingu esemed niivõrd erinevad, ei ole digitaalsisu lepinguid võimalik kvalifitseerida ühe kindla VÕS-s sätestatud lepinguliigi alla, mistõttu on tulevikus jõustuvatel regulatsioonidel vajalik digitaalsisu lepinguid üldisemalt kvalifitseerida.

Digitaalsisu üleandmise lepingute puhul on tarbija jaoks üks aktuaalsemaid probleeme nimetatud lepingute tingimuste maht ning raskesti sõnastatud keel. Kuigi kehtiva tarbija õiguste direktiivi ja ebaõiglase tingimuste direktiivi kohaselt peavad lepingutingimused olema sätestatud lihtsas ja arusaadavas keeles, on autor toonud esile kasutajatingimustest, mis sellistele kriteeriumitele ei pruugi vastata, kuid on sellest hoolimata kehtivad. Sellest tulenevalt peab käesoleva töö autor tulevikus jõustuvates regulatsioonides väga tähtsaks, et oleks teatav standardiseeritus lepingutingimuste mahu ja keele osas, et tarbijal oleks võimalik mõistlikult aru saada lepingut reguleerivate dokumentide tekstist ning hoomata nimetatud dokumentide mahtu.

Autori hinnangul põhjustavad digitaalsisu lepingute maht, nende keel ning nentimus, et tarbijal ei ole võimalik mõjutada nende lepingute sisu seda, et tarbijad kas ei vaevu lepingutingimusi läbi lugema või teisalt ei saa aru nende tegelikust sisust ning õiguslikest tagajärgedest. Samas võivad lepingud reguleerivad lepingutingimused, privaatsusnormid jm sätted seada olulisi piiranguid tarbija tegevusele digitaalsisu kasutamisel. Töö autor on nentinud ka kasutajatingimuste üleliigset mahtu, kuid kuna digitaalsisu lepingutega on võimalik üle anda niivõrd erinevaid tooteid ja teenuseid, siis ei oleks mõeldav konkreetse mahupiirangu kehtestamine kõikidele digitaalsisu lepingutele. Küll aga peaks olema teatav

standard, mis seab vastavusse digitaalsisu üleandmise lepingu eseme ja vajaliku reguleerimisala. Alternatiivselt oleks võimalik kasutada Komisjoni poolt katsetatud lahendusi, mille kohaselt lisati veebilehele märgistus ausate kasutajatingimuste kohta ning teistsugune märgistus, kui teenusepakkuja lepingutingimused kaldusid kõrvale sellest, mida mõistlik tarbija võis sarnaselt digitaalsisult oodata. Kuivõrd Komisjoni uuringu tulemustest selgus, et sellised meetodid ka praktikas töötasid, siis võib sellist lahendust kasutada ühe lähtekohana tulevikus väljatöötavate standardite tarbeks.

Hetkel ei ole EL tasandil olemas ühtki õiguslikku instrumenti, mis kataks täielikult ära Interneti vahendusel sõlmitud lepingud. Komisjon on võtnud uue ettepaneku koostamisel arvesse digitaalsisu ajas muutumist ning seetõttu on kehtestanud digitaalsisule võimalikult laiahaardelise definitsiooni. Sellest tulenevalt kuuluvad ettepanekusse kõik digitaalse sisu lepingud, mille esemeks on üleandja poolsete andmete edastamine, tarbijapoolsete andmete edastamine või hoopis sellised lepingud, milles tarbijad edastavad digitaalsisu üksteisele. Nõnda lai definitsioon on loodud eesmärgiga ennetada tehnoloogilisi arenguid ning hoida direktiiv asjakohasena ka siis, kui turule on jõudnud uued ning senitundmatud digitaalsisu lepingud või –edastamise viisid.

Viimaks leidis töö autor, et ettepanekus käsitletud mittevastavuse subjektiivsed ja objektiivsed kriteeriumid ei ole piisavalt selgelt defineeritud, et tarbijal oleks võimalik digitaalsisu üleandmise lepingu rikkumise korral efektiivselt kaitsta oma õigusi lepingu eseme mittevastavuse puhul. Kuivõrd lepingutingimused põhinevad suuresti sellel, mida digitaalsisu üleandja on lepingutingimustes sätestanud, siis selliste lepingute puhul, mis katavad ära kõik ettepanekus sätestatud subjektiivsed vastavuskriteeriumid, ei saagi üleantava digitaalsisu suhtes kohaldada objektiivseid vastavuse kriteeriume. Sellest tulenevalt on digitaalsisu vastavuse nõuded kindlaksmääratud kriteeriumite alusel, mille teenusepakkuja on ise kehtestanud. Subjektiivsete kriteeriumite eelistamine objektiivsete ees, st lepinguliste kriteeriumite kohaldamine enne tingib selle, et tarbijal ei ole sisuliselt võimalik kindlaks teha, kas üleandja on digitaalsisu lepingut rikkunud või mitte ning milles seisneb üleandja poolne lepingurikkumine. Teisisõnu ei ole tarbijal võimalik aru saada vastavuse kriteeriumite kohaldamisest sellises sõnastuses nagu need on sätestatud ettepanekus. Tarbija abitust digitaalsisu mittevastavuse nõuete puhul ilmestab ka asjaolu, et ettepanekus on sätestatud tarbija subjektiivne õigus oodata digitaalsisult teatud kasutusotstarvet, kuid soovitud kasutusotstarbest peab tarbija digitaalsisu üleandjat teavitama ning üleandja peab lisaks nimetatud otstarbega ka nõus olema.

Kokkuvõttes ei leia töö autor, et ettepanekuga ei ole piisavalt kaitstud tarbija õigusi, eriti selles osas, mis puudutab digitaalsisu lepingu eseme lepingutingimustele mittevastavust. Ettepanekus toodud subjektiivsed ja objektiivsed kriteeriumid on liialt ebaefektiivsed, nende kasutamine praktikas on raskendatud ning kriteeriumid on suuresti kindlaksmääratud digitaalsisu üleandja poolt. Tarbija jaoks on positiivne see, et üleandja peab vastutama iga digitaalsisu mittevastavuse eest, mis tal on kohustus üle anda ning lisaks on ka tõendamiskoormis rikkumise puhul asetatud üleandjale. Siiski ei ole eelnimetatud vastutuse ja tõendamiskoormise sätetest tarbijatele kuigi efektiivsed, kui tal ei ole võimalik mõista, mida tuleb käsitleda lepingurikkumisena ning millistel juhtudel digitaalsisu ei ühildu tingimustega, milles lepingu sõlmimisel kokku lepiti. Autori arvates kõige efektiivsem moodus tarbija õiguste kaitseks oleks olnud mõjuva vastavuskriteeriumi kui ühtlustatud standardite väljatöötamine ettepaneku alusel. Kuigi ettepanekus on mainitud, et standardeid võib asjakohasel juhul arvesse võtta, ei leia töö autor, et sellised standardid on digitaalsisu puhul välja kujunenud ning pigem suhtub skeptiliselt nimetatud standardite isenesliku väljakujunemise võimalusse. Lisaks ei sätesta ettepanek, kas kaalutletavad standardid kunagi jõustuvad, kes peaks vastutama vastavuse standardite loomise eest ning milliseid kriteeriume võtakse arvesse uute vastavuse kriteeriumite jõustamisel.

THE FORMATION OF CONTRACTUAL TERMS AND ASCERTAINING NON-CONFORMITY IN CONTRACTS TO SUPPLY DIGITAL CONTENT

Abstract

The purpose of the thesis at hand is to analyse how contracts to supply digital content are concluded in practice and whether the methods for concluding such contracts have any adverse effects on the consumer. Additionally, the author aims to analyse in which digital content contracts the consumer could have recourse for non-conformity of digital content as well as give an insight to the criteria governing conformity requirements in European Commission's Proposal on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content.

As with most consumer contracts, digital content contracts are concluded by making available a set of standard terms that the consumer must agree to in order to proceed with the conclusion of a digital content contract. Most digital content suppliers even specify that unless the consumer unconditionally agrees to all the terms set by the supplier, she can not proceed to use the digital product or service. Studies have shown that most consumers do not read the terms and conditions set by the supplier in digital content contracts. However, disregarding the documents that govern the contractual relationship between the consumer and the supplier may have dire consequences for the consumer as the terms may include certain restrictions on how the product or service should be used and terms that govern licensing, sharing and making copies and other terms that if the consumer had known of their existence, she probably would not have concluded a certain digital content contract.

It should be noted that the majority of digital content suppliers use a variation of standard terms specific to the digital environment. The author has analysed two of the most prevalent methods of concluding digital content contracts, the first of which is named click-wrap. In this case, prior to concluding a digital content contract, the consumer is asked to read the standard terms and conditions set by the supplier. The consumer is given a chance to review said terms without leaving the page or having to navigate the supplier's website to get acquainted with the terms and conditions. The second, aptly named browse-wrap, means that the supplier will direct the consumer's attention to the existence of terms and conditions that govern the contractual relationship between the consumer and the supplier, but the consumer must track said terms down herself and thus has to make a conscious effort to obtain the information

pertaining to the contract that she is about to conclude. The author noted in his analysis that while click-wrap is a perfectly acceptable way of concluding contracts in the digital world, browse-wrap methods may not be because the contractual terms are not made available to the consumer on a durable medium which would allow the consumer to process, replicate and store information passed on to her.

Another result of concluding contracts on set terms is the consumer's notion that she would not be able to negotiate said terms with the supplier in any case so a large number of consumers agree to any terms set by the supplier in an effort to be supplied the digital content that they wanted as a result of the transaction. Thus the author would not rule out of the question the fact that the consumer might not even realise that she has entered into a contract that entails legal rights and obligations for both parties. Naturally the implementation of a legislative act which obligates consumers to read and process every byte of information forwarded to her by digital content suppliers would be unreasonable towards consumers. However, it has been proposed that by a way of standardisation of digital content contract terms, third party suppliers could manage the processed information and separate only the vital information for the consumer to review before concluding any digital content contracts.

According to the consumer directives currently in force in the EU, the supplier must make available any contractual terms and other documents that govern the parties rights and obligations in a clear and comprehensible manner. While most large digital content supplying enterprises do indeed supply the consumer with clear and comprehensible information about the contract's terms, the documents governing the rights and obligations of the parties generally exceed all reasonable capacity that the consumer is able or expected to be able to comprehend. In addition, the information most important to the consumer is most often hidden away in the capacious documents that regulate digital content contracts. The author has proposed for a solution in future legislation according to which the documents that govern the parties rights and obligations in consumer contracts must adhere to a standard which in turn takes into account the complexity of the object of the contract and sets forth a predetermined criteria for the volume of contract governing documents that is to be expected from similar digital products or services.

In an attempt to make the Proposal „future-proof” to any emerging types of digital content, the Proposal encompasses a wide variety of digital content products and services in its scope. The Proposal could be considered revolutionary for its kind as it is the first supranational

legislative act that allows the consumer's personal or other data to be used as a counter-performance in contractual relationships and consumer's data would hold a value similar to money in digital content contracts. The Proposal sets out an ambitious objective to „ensure a level playing field” for every digital content supplier. However, when it comes to criteria upon which conformity test is based on, it transpires that in such contracts, in which the consumer gives her data to the supplier in exchange for digital products or services, the conformity criteria regarding the object of the contract may be lower than in contracts, where the consumer offers monetary counter-performance for the supply of digital content. The author strongly opposed to such an inclusion to the conformity criteria and finds that Commission should follow the objectives which it laid out for itself and insure that the conformity criteria is equivalent to all types of digital content contracts, regardless of the method of counter-performance made by the consumer.

Further discrepancies arise concerning the classification of digital content contracts under existing contract types. Since there is such a wide variety of digital content products and services, it has been suggested that some digital content contracts should be regulated under the provisions of sales contracts, meanwhile others consider digital content contracts to have more in common with licensing or rental contracts. The autor has suggested that if Commission's proposal were to come into force, then Member States should implement a *sui generis* regime for digital content contracts to avoid any preclusions that may be caused by different implementation techniques between Member States and attempts to correlate digital content contracts with existing domestic contract law regulations which may differ between the Member States.

Regarding conformity, the Proposal distinguishes between contractual and statutory criteria for conformity of digital content with the contract. The main concern, especially for consumers, is that the conformity of digital content is largely decided by terms set out in the contract between the consumer and the supplier of digital content. In addition, according to the current wording of the Proposal, the statutory criteria apply only when the conformity requirements stipulated in the Proposal are not specified in a digital content contract, have been specified in an abstract manner or have other significant shortcomings. However, as they currently stand, both the criteria of conformity regarding statutory and contractual criteria are vague at best and do not effectively provide the consumer with assistance on how to assert non-conformity of digital content products and services.

Commission's approach, according to which the statutory criteria set forth in the Proposal only apply when there are shortcomings in digital content contracts, has been met with substantial criticism from consumer organisations, digital content experts and Council members alike. As of submission of the thesis at hand, negotiations between EU institutions are underway on how both sets of criteria could be applied simultaneously to digital content contracts on deciding whether digital content adheres to conformity criteria stipulated in the Proposal.

An important tool in the hands of digital content suppliers is the ability to ensure conformity with the contract by making software updates available to the consumer. Since digital content can be very complex in its nature, especially multifunctional digital content products and services, there are bound to be flaws or errors in the source code of any digital content. Considering that software updates are required to maintain conformity throughout the duration of the contract, the author finds it surprising that the Proposal does not tackle the issues arising with updates in its text.

Since the consumer can only claim that the digital content supplied to her is not in conformity with the contract and thereby make use of remedies therein, the supplier must be liable for the non-conformity of any digital content supplied. For that reason, the author has also analysed the Proposal on its wording of liability of the supplier. Derived from the notion of digital content not being subject to "wear and tear" over time, the supplier is to be held liable for any lack of conformity which occurs during a period of time that the digital content is to be supplied to the consumer according to the contract's terms. Whereas in sale of goods contracts regulated by EU directives, the liability of the seller is limited to two years at the most. This divergence from the contract law principle applied in the sale of goods is beneficial for consumers but may create an unequal balance of rights and obligations between the parties of digital content contract. The author has suggested that as with updates ensuring the conformity of digital content, the liability of the supplier should be limited to the reasonable expectation of the consumer depending on the service or product with is the object of the contract. However, the period of liability should not fall below the timeframe which is expected in the sale of goods contracts.

Lastly, the burden of proof provisions in the Proposal had to be analysed in order to ascertain whether the protection of consumer's rights would improve with the adoption of the Proposal. While deviating further from the consumer directives already in force, the Proposal suggests that the supplier should bear the full burden of proof in cases of non-conformity and therefore must prove that the digital content supplied to the consumer had adhered to the criteria set out in the contract. The only exception to this rule is the reversal of proof in cases where the consumer's digital environment was unsuitable for the supplied digital content and therefore caused a non-conformity of said content. For this reason the Proposal stipulates that the consumer must allow the supplier to collect information on her digital environment and as a last resort to go even as far as to be allowed permission to access the consumer's digital environment via remote assistance. While the measures that the supplier is allowed to take may be intrusive towards the consumer, in some cases it may be the only way of verifying whether the supplied digital content was not in conformity with the contract.

Overall the author found the Proposal to be largely ineffective and vague when considering the ways that the consumer can ascertain the non-conformity of digital content. The author has previously mentioned that the criteria for conformity is largely based on the terms set out by the supplier. Also considering the aforementioned practice of suppliers to include as much information as possible into documents that govern the terms of digital content contract, then it is unlikely that the current wording of the Proposal will give the consumer adequate rights to ascertain, whether there has been a breach of contract in the form of supplying digital content which lacks in conformity. Holding the supplier liable for any lack of conformity and placing the burden of proof also on the supplier is excellent for the consumer but it does not help that for the consumer it is still unknown what constitutes a breach of contract and in which cases does the digital content not conform to the contractual terms agreed upon. Setting up objective standards which could define the conformity criteria and what consumers can reasonably expect from certain digital contents would have been the most efficient development in regards for consumer rights in this Proposal. Unfortunately the Proposal does not specify whether the aforementioned standards will ever come into effect, who is responsible for creating these standards and what kind of criteria will be the basis for such a comprehensive system.

The author would like to make a suggestion for future researchers to analyse the remedies available to consumers in cases where the supplier is liable for the non-conformity of supplied digital content. By comparing the remedies available to consumers in traditional contractual

relationships in a certain Member State's national regulation, such as sales, rental, licensing or other contracts. It would be interesting to see, if the regulation in the Proposal concerning consumer remedies would be a step forward towards better consumer protection or if the consumer would be better off by utilizing the remedies provided in the consumer's own national legislation in case of non-conformity.

KASUTATUD LÜHENDID

AutÕS	Autoriõiguse seadus
BEUC	Bureau Européen des Unions de Consommateurs
CESL	Common European Sales Law
EL	Euroopa Liit
ELTL	Euroopa Liidu toimimise leping
EÕI	Euroopa Õigusteaduse Instituut
Ettepanek	Euroopa Komisjoni ettepanek nr 634 digitaalse sisu üleandmise teatavate aspektide kohta
Komisjon	Euroopa Komisjon
Nõukogu	Euroopa Liidu Nõukogu
Parlament	Euroopa Parlament
VÕS	Võlaõigusseadusik

KASUTATUD MATERJALIDE LOETELU

KASUTATUD KIRJANDUS

1. AmCham EU's position on Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. 03.05.2016. Kättesaadav arvutivõrgus:
http://www.amchameu.eu/system/files/position_papers/amcham_eu_position_on_digital_content_-_03.05.2016.pdf
2. Bakos, Y. Marotta-Wurgler, F. Trossen, D. R. Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts. New York University Law and Economics Working Papers, 2014. Kättesaadav arvutivõrgus:
http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=nyu_lewp
3. Beale, H. The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. Workshop of JURI-Committee of the European Parliament, January 2016, PE 536.493.
4. Brehm, A. S. Lee, C. D. Click Here to Accept the Terms of Service. Communications Lawyer, jaanuar 2015. Kättesaadav arvutivõrgus:
http://www.americanbar.org/publications/communications_lawyer/2015/january/click_here.html
5. Eurochambres Position Paper. Reaction to the European Commission's proposal on the distance sales of digital content (COM(2015)634 final). 10.04.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: http://www.eurochambres.eu/custom/ECH_Reaction_to_DC_proposal-2016-00095-01.pdf
6. European Law Institute. Statement on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers. 2016.
7. Euroopa Komisjon. Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs), 21.03.2016. Kättesaadav arvutivõrgus:
http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/behavioural_research/docs/terms_and_conditions_final_report_en.pdf
8. Fauvarque-Cosson, B. The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. Workshop of JURI-Committee of the European Parliament, January 2016, PE 536.495.
9. Fisher, T. *What is Beta Software?* Tehnikaportaali LifeWire. Uuendatud 28.09.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.lifewire.com/what-is-beta-software-2625812>
10. Ginter, C. Tüüptingimustest VÕS ja direktiivis 93/13/EMÜ. - Juridica VII/2001.

11. Helberger, N. Loos, M. Guibault, L. Mak, C. Pessers, L.W.P. Digital Content Contracts for Consumers. *Journal of Consumer Policy*. 2012, 36(1).
12. Hillman, R. A. Rachlinski, J. J. Standard-Form Contracting in the Electronic Age. *NYU Law Review*, Vol. 77, No. 2, 2002.
13. Kull, I jt. Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207) Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura. Tallinn 2016.
14. Kull, I. Euroopa Ühine Müügiõigus: Uus Instrument Euroopa Lepinguõiguses, *Juridica III/2013*.
15. Looijen, D. Time for a Change: The Schema of Contract in the Digital Era, *Journal on Telecommunications and High Technology Law*. Vol 8-2010.
16. Loos, M. The regulation of digital content B2C contracts in CESL. - Amsterdam Law School Studies Research Paper No 2013-60, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2013-10.
17. Loos, M. Luzak, J. Wanted: a Bigger Stick. On Unfair Terms in Consumer Contracts with Online Service Providers. *Journal of Consumer Policy*. 20.10.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10603-015-9303-7>
18. Loos, M. Guibault, L. Helberger, N. Mak, C. The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law. *European Review of Private Law*, 6 (2011), lk 729-758.
19. Mak, V. The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. Workshop of JURI-Committee of the European Parliament, January 2016, PE 536.494
20. Marsoof, A. A Case for sui generis treatment of Software under the WTO regime. *International Journal of Law and Information Technology*, Volume 20, Issue 4 (2012). Lk 291-311.
21. McDonald, A. M. Cranor, L. F. The Cost of Reading Privacy Policies. *A Journal of Law and Policy for the Information Society*. 2008 Privacy Year in Review. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf>
22. Micklitz, H.-W. Reich, N. The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)". Too Broad or Not Broad Enough?- EUI Working Papers, Department of Law, 2012/04, Part I, No. 24. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2013183.
23. Opsahl, K. Facebook's Eroding Privacy Policy: A Timeline. 28.04.2010. Electronic Frontier Foundation. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.eff.org/deeplinks/2010/04/facebook-timeline>

24. Ortiz, R.I. Viscasillas, P. P. The scope of the Common European Sales Law: B2B, goods, digital content and services. *Journal of International Trade Law & Policy*, vol 11 no 3. 2012.
25. Schulze, R. Staudenmayer, D. Digital revolution: Challenges for Contract Law in Practice. Kirjastaja Nomos/Hart. 25.02.2016.
26. Spindler, G. Contracts For the Supply of Digital Content – Scope of application and basic approach – Proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content. *European Review Of Contract Law* 12(3), 2016
27. Varul, P. Kull, I. Kõve, V. Käerdi, M. Võlaõigusseadus II, kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura, 2007.
28. Whittaker, S. Distinctive Features of the New Consumer Contract Law. *Law Quarterly Review*. Jaanuar 2017.

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

29. EKo 21.05.2015, C-322/14, Jaouad El Majdoub vs CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH.
30. EKo 05.07.2012, C-49/11, Content Services Ltd vs Bundesarbeitskammer, eelotsusetaotlus.
31. EKo 23.04.2015, C-96/14, Van Hove vs CNP Assurances SA, eelotsusetaotlus.

MUUD KASUTATUD ALLIKAD

32. BEUC Preliminary position on the Proposal for a directive on contracts for the supply of digital content. 12.04.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: http://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2016-036_are_proposal_for_a_directive_on_contracts_for_the_supply_of_digital_content.pdf
33. Cheshire, T. Social Media Terms and Conditions "incomprehensible" to Children. *Sky News*, 05.01.2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://news.sky.com/story/social-media-terms-and-conditions-incomprehensible-to-children-10718275>
34. Dalton, A. Apple's iOS 10 is bricking iPhones. *Veebiportaal Engadget*, 13.09.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.engadget.com/2016/09/13/ios-10-update-bricked-my-iphone/>.
35. Eesistujariigi eduaruanne Euroopa Nõukogule Euroopa Komisjoni ettepaneku nr 634 kohta. Euroopa Liidu dokument nr 7429/17. Brüssel, 20.03.2017. Kättesaadav

- arvutivõrgus: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_7429_2017_INIT&from=EN
36. Esimene poliitiline mõttevahetus Euroopa Liidu Nõukogus Komisjoni ettepaneku COM(634) kohta. Euroopa Liidu Nõukogu dokument nr 9768/16. Brüssel, 2.06.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9768-2016-INIT/et/pdf>
 37. Euroopa Komisjoni Digitaalse Ühtse Turu strateegia, avaldatud 6.05.2015. Lisainformatsioon Komisjoni veebilehel, kättesaadav arvutivõrgus: https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_en
 38. Euroopa Komisjoni küsitlus Interneti vahendusel sõlmitud lepingute kohta. Küsitluse tulemused avaldatud 12.06.2015. Kättesaadav arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/summary_of_results.docx
 39. Euroopa Komisjoni pressiteade: "ELi õigusnormide täitmine liikmesriikides on paranenud, ent ühtse turu täieliku potentsiaali avamiseks on vaja veel pingutada". Brüssel, 18.07.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: www.europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2245_et.pdf
 40. European Commission. Report on Cross-Border Access to Online Content. August 2015.
 41. Euroopa Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule ning Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele. Digitaalsed lepingud Euroopas - e-kaubanduse võimaluste avaldamine. Dokumendi nr 15261/15. Brüssel, 11.12.2015. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15261-2015-INIT/et/pdf>
 42. Euroopa Nõukogu andmekaitse töörühma arvamus 4/2007 isikuandmete mõiste kohta töödokumendis nr 01248/07/EN WP 136. 20.06.2007. Kättesaadav arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_en.pdf
 43. European Commission staff impact assessment Accompanying the document 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. Working document SWD(2015) 274 final/2. 18.12.2015. Kättesaadav arvutivõrgus: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015SC0274R\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015SC0274R(01)&from=EN)
 44. European Parliament Briefing on EU Legislation in Progress: Contracts for the supply of digital content. Märts 2017. Kättesaadav arvutivõrgus: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599310/EPRS_BRI\(2017\)599310_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599310/EPRS_BRI(2017)599310_EN.pdf)

45. European Parliament Committee on the Internal Market and Consumer Protection. Working Document on the directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. 23.06.2016. PE585.510. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-585.510+01+DOC+WORD+V0//EN&language=EN>
46. Kallas, P. Statistika kõige enam külastatud sotsiaalplatvormidest. Veebiportaal Dreamgrow, märts 2016. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://www.dreamgrow.com/wp-content/uploads/2016/03/Top-10-Social-Networking-Sites-by-Market-Share-of-Visits-February-2016.png>
47. Kull, I. Kokkuvõtte loometööst Euroopa lepinguõiguse ja mitmetasandilise Euroopa õiguse vallas. Eesti Teadusinfosüsteemi veebileht. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.etis.ee/Portal/Persons/Display/ad474942-6d19-48bd-a991-9ba73a302c22>.
48. Statistika nutitelefonide müügi kohta ajavahemikul 2007-2016. Veebiportaal Statista. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.statista.com/statistics/263437/global-smartphone-sales-to-end-users-since-2007/>
49. Teine poliitiline mõttevahetus Euroopa Liidu Nõukogus Komisjoni ettepaneku COM(634) kohta. Euroopa Liidu Nõukogu dokument nr 14827/16. Brüssel, 1.12.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14827-2016-INIT/et/pdf>
50. Veebiportaal *Reading Length*. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://www.readinglength.com/>
51. Veebiportaal Spotify, avaldatud teave kasutajapaketi „Premium” kohta. Viimati külastatud 20.04.2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.spotify.com/premium/>
52. Veebiportaali Facebook privaatsussätted. Viimati külastatud 22.04.2017. Kättesaadav arvutivõrgus <https://ww.facebook.com/about/privacy>
53. Veebiportaali Twitter kasutajatingimused. Viimati külastatud 23.04.2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://twitter.com/tos?lang=en>
54. Veebiteenuse Spotify kasutajatingimused. Viimati külastatud 16.04.2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.spotify.com/ee/legal/end-user-agreement/>

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

55. Autoriõiguse seadus - RT I, 31.12.2016, 20.
56. Euroopa Komisjoni ettepanek digitaalse sisu üleandmise lepingutega seonduvate teatavate aspektide kohta, COM(2015). 9.12.2015. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ET/1-2015-634-ET-F1-1.PDF>
57. Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon ELT C326/65, 26.10.2012.

58. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 1999/44/EÜ, tarbekaupade müügi ja nendega seotud garantiide teatavate aspektide kohta, 25. mai 1999. L 171. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/HTML/?uri=CELEX:31999L0044&from=EN>
59. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2000/31/EÜ elektroonilise kaubanduse kohta. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:en:HTML>
60. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2011/83/EL, tarbija õiguste kohta. 25.10.2011. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:et:PDF>
61. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus 2016/679/EL füüsiliste isikute kaitse kohta isikuandmete töötlemisel ja selliste andmete vaba liikumise ning direktiivi 95/46/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (isikuandmete kaitse üldmäärus). 27.04.2016.a. ELT 119/1.
62. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL) nr 1215/2012, kohtualluvuse ning kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusajades. 12.12.2012.a - ELT 351.
63. Võlaõigusseadus - RT I, 31.12.2016, 7.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, **Kristen Leppik**,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

Tarbija õigused digitaalse sisu üleandmise lepingus,

mille juhendaja on **prof. dr iur. Irene Kull**,

- 1.1. reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2. üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, **02.05.2017**.