

TARTU ÜLIKOOL
SOTSIAALTEADUSTE VALDKOND
ÕIGUSTEADUSKOND
Eraõiguse osakond

Kaisa Saarmann

DIGISISU LEPINGUTINGIMUSTELE VASTAVUS DIREKTIIVI 2019/770 JÄRGI JA
VASTAVUSKRITEERIUMITE ÜLEVÕTMINE EESTI ÕIGUSESSE

Magistritöö

Juhendaja: Ph.D. Piia Kalamees

Tallinn
2020

Sisukord

Sissejuhatus.....	4
1. DSD kohaldamisala.....	10
1.1 Digisisu ja digiteenuse mõiste.....	10
1.2 Digielementidega kaup ja asjade internet.....	12
1.3 Interneti-platvormid ja jagamismajandus.....	15
2. Objektiivsete ja subjektiivsete kriteeriumite omavaheline suhe.....	18
2.1 Müügileping ja töövõtuleping.....	18
2.2 Üürileping ja rendileping.....	21
2.3 Käsundusleping.....	23
2.4 Litsentsileping.....	26
2.5 Liisinguleping.....	27
2.6 Kriteeriumite omavahelise suhte mõju VÕS-ile.....	28
2.7 Objektiivsetest kriteeriumitest kõrvalekaldumise võimalus.....	32
2.7.1 Kokkuleppe ulatus.....	32
2.7.2 Kokkuleppe sõlmimise aeg.....	34
2.7.3 Kokkuleppe väljenduslaad.....	35
2.7.4 Kokkuleppe vorm.....	36
3. Subjektiivsed kriteeriumid.....	38
3.1 Lepingueelse teabe saamine lepingu osaks.....	38
3.2 Digisisu kirjeldus, kogus ja kvaliteet.....	40
3.3 Digisisu funktsionaalsus, ühilduvus ja koostalitlusvõime.....	41
3.4 Digisisu eriomane otstarve.....	45
3.5 Digisisu tarvikud ja juhendid ja klienditugi.....	47
3.6 Digisisu uuendamine vastavalt lepingutingimustele.....	48
4. Objektiivsed kriteeriumid.....	50
4.1 Sobivus otstarbeks, milleks sama liiki digisisu tavaliselt kasutatakse.....	50
4.2 Mõistlikult eeldatav kogus, kvaliteet ja toimivusomadused.....	53
4.3 Tarvikute ja juhendite olemasolu.....	57
4.4 Vastavus prooviversioonile või eelvaatele.....	59
4.5 Uuenduste pakkumine.....	60
4.6 Digisisu viimase versiooni pakkumine.....	65

4.7 Digisisu ebaõige integreerimine.....	66
4.8 Kolmanda isiku õigused.....	67
Kokkuvõte.....	71
Abstract.....	79
Kasutatud kirjandus.....	87
Kasutatud õigusaktid.....	90
Kasutatud kohtupraktika.....	91
Lisad.....	92
Lisa 1.....	92
Lisa 2.....	94
Lisa 3.....	96

Sissejuhatus¹

Digitaalsete toodete ja teenuste tarbimisest on saanud igapäevaelu lahutamatu osa. Lepingu esemena ühendab digitaalses formaadis sisu sageli kauba ja teenuse omadusi. Nii omandab tarbija mobiilirakendust või arvutitarkvara ostes, pilveteenust või sotsiaalmeediat tarbides midagi omandi ja kasutusõiguse vahepealset,² mis vajab toimimiseks katkematut andmevoogu, kasutaja isikuandmeid³ ja hõlmab endas ka kolmandate osapoolte (litsentsiandjate, autoriõiguste omajate) õigusi. Seetõttu oli vaid aja küsimus, mil kaasaegse tehnoloogiaga seotud õiguslikud küsimused toovad päevakorra regulatsioonide ajakohastamise vajaduse.

Seni oli Euroopa Liidu (edaspidi: EL) liikmesriigiti erinevalt reguleeritud, mida saab digisisu ja digitaalsete teenuste puhul puuduseks lugeda, millal saab puudustele tugineda ja millises ulatuses vastutab kaupleja digisisu puuduste eest. Regulaatiivsed erinevused takistavad kauplemist EL siseturul: kui tarbijad ei julge õigusliku ebaselguse tõttu teisest liikmesriigist digisisu osta, jäetakse see pigem tarbimata.⁴ Kauplejatele tekitab liikmesriikidevaheline õiguslik killustatus lisakulutusi. Tulenevalt Rooma I määruse⁵ artiklist 6 peab ettevõtte, mis reklaamib oma kaupu üle Euroopa (nt e-poena tegutsedes) olema valmis vastama kõigi liikmesriikide tarbijalepingu regulatsioonidele.⁶ Seetõttu eelistavad paljud ettevõtted kaubelda ainult oma kodusel turul või eksportida vaid ühte konkreetsesse liikmesriiki.⁷

Eeltoodud õigusliku probleemi lahendamiseks võttis Euroopa Parlament Euroopa digitaalse ühisturu strateegia rakendamise raames⁸ vastu kaks direktiivi: direktiivi 2019/770 digisisu üleandmise ja digiteenuste osutamise lepingute teatavate aspektide kohta (edaspidi: digisisu

¹ Käesolev magistritöö on valminud Eesti Teadusagentuuri finantseeritava projekti PUT PRG124 raames.

² Wendehorst, C. Consumer Contracts and the Internet of Things. – Schulze, R. Staudenmayer, D. (koost.). Digital Revolution: Challenges for Contract Law. Nomos 2016, lk 204.

³ Schulze, R., Staudenmayer, D. Digital Revolution - Challenges for Contract Law. The Challenges of Digitalisation for Consumers. – Schulze, R. Staudenmayer, D. (koost.). Digital Revolution: Challenges for Contract Law. Nomos 2016, lk 32.

⁴ Billen, G. The Challenges of Digitalisation for Consumers. – Schulze, R., Staudenmayer, D. (koost.). Digital Revolution: Challenges for Contract Law. Nomos 2016, lk 11-12.

⁵ 17. juuni 2008. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EÜ) nr 593/2008 lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta (Rooma I). – ELT L 177, lk 6–16.

⁶ Beale, H. The future of European contract law in the light of the European Commission's proposals for Directives on digital content and online sales. – IDP 2016/No 23, lk 8.

⁷ Rafel, M. R. The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part I): will the new rules attain their objective of reducing legal complexity? – IDP 2016/I, No 23, lk 4.

⁸ Euroopa Digitaalse Ühisturu Strateegia. Euroopa Komisjon: 2015. – <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=ET> (11.12.2019), lk 3.

direktiiv, DSD)⁹ ja direktiivi 2019/771 kaupade müügilepingute teatavate aspektide kohta (edaspidi: kaupade müügi direktiiv).¹⁰

Käesolev magistritöö keskendub digisisu direktiivile ja töö uurimisobjekt on digisisu lepingutingimustele vastavus.¹¹

Lepingutingimustele vastavuse aspektist sisaldab DSD mitmeid tähelepanuväärseid uuendusi, millest käesoleva töö kontekstis on olulisimad direktiivi kohaldamisalaga ning digisisu spetsiifiliste toimivusomadustega seotud uuendused.

Vastupidiselt näiteks tarbijalemüügi direktiivile¹² ei ole DSD kohaldamisala piiritletud konkreetset liiki lepingutega. DSD ei määratle digisisulepingut ei müügi-, teenuse- ega ja *sui generis* tüüpi lepinguna,¹³ vaid lähtub reguleerimisest - digisisust - ja hõlmab kõiki lepinguid, mis on suunatud digisisu üleandmisele või digiteenuse osutamisele. Seega kohaldub DSD digisisu üleandmisele või digiteenuse osutamisele suunatud lepingu puhul hoolimata sellest, millise lepinguliigiga on siseriikliku õiguse järgi tegemist.¹⁴ Tegemist on innovaatilise lahendusega, mille sarnast ei ole seni kasutatud ei EL ega liikmesriikide õiguses.¹⁵

Teine märkimisväärne uuendus puudutab digisisu lepingutingimustele vastavuse nõudeid, mis on tuletatud spetsiifilistest digisisu toimimist iseloomustavatest omadustest (ühilduvus, koostalitlusvõime, funktsionaalsus, uuenduste pakkumine, kolmandate isikute õigustest tulenevate piirangute puudumine).¹⁶

⁹ 20. mai 2019. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv (EL) 2019/770 digisisu üleandmise ja digiteenuste osutamise lepingute teatavate aspektide kohta. – ELT L 136/1, lk 1–27.

¹⁰ 20. mai 2019. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv (EL) 2019/771 kaupade müügilepingute teatavate aspektide kohta, millega muudetakse määrust (EL) 2017/2394 ja direktiivi 2009/22/EÜ ning tunnistatakse kehtetuks direktiiv 1999/44/EÜ. – ELT L 136/28, lk 28–50.

¹¹ DSD-s tähistab lepingutingimustele vastavust termin “*conformity*”. DSD eestikeelses versioonis on see tõlgitud “nõuetele vastavus”, arvatavasti eesmärgiga sõnaselgelt hõlmata nii objektiivseid kui subjektiivseid kriteeriume. Terminit “lepingutingimustele vastavus” saab tõlgendada ka kitsendavalt, justkui sisaldaks termin ainult poolte poolt konkreetses lepingus kokkulepitut ehk ainult subjektiivseid kriteeriume. Käesoleva magistritöö autor on seisukohal, et kuivõrd VÕS kasutab terminit “lepingutingimustele vastavus”, termin on Eesti õiguses juurdunud ning hõlmab nii objektiivseid kui subjektiivseid kriteeriume (nt müügilepingu puhul VÕS § 217 lg 2 ning selle koostoime VÕS § 77 lg-ga 1), on digisisulepingute kontekstis asjakohane rääkida lepingutingimustele vastavusest.

¹² 25. mai 1999. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 1999/44/EÜ tarbekaupade müügi ja nendega seotud garantiide teatavate aspektide kohta. – ELT L 171, lk 12–16.

¹³ Spindler, G., Sein, K. Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen Anwendungsbereich und grundsätzliche Ansätze. – MMR 2019/7, lk 415.

¹⁴ Rafel (viide 7), lk 9.

¹⁵ Manko, R. Towards new rules on sales and digital content. European Parliament: 2017, lk 10.

¹⁶ Rafel, M. R. The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part II): conformity and remedies for lack of conformity. – IDP 2017/No 24, lk 56; Wendehorst, C. Sale of goods and supply of digital content – two worlds apart? European Parliament: 2016, lk 13.

Nimetatud uuendused esitavad väljakutse direktiivi ülevõtmisel Eesti õigusesse. Lepinguliikide-ülene reguleerimisviis toob kaasa vajaduse võrrelda DSD lepingutingimustele vastavuse sätteid kõigi võlaõigusseaduse¹⁷ (edaspidi: VÕS) lepinguliikidega, mille puhul võib tegu olla digisisulepinguga. Võrdluse tulemusel saab määratleda, kas ja millises mahus on digisisu-spetsiifilised omadused juba VÕS-i lepingutingimustele vastavuse sätetes esindatud. Samuti on vajalik kindlaks teha, kuidas on kõige otstarbekam DSD lepingutingimustele vastavuse sätted üle võtta, nii et need ei killustaks olemasolevat mõisteparaati ning säiliks VÕS-i sisemine loogika. Oluline on hinnata ka DSD lepingutingimustele vastavuse kriteeriumite ülevõtmise üldist mõju VÕS-ile, kuna DSD reguleerib ainult lepingu neid osi, mis puudutavad digisisu üleandmist või digiteenuse osutamist. Muude lepingu elementide suhtes kohaldatakse liikmesriigi õigust (DSD pp 33).

DSD väljatöötamisprotsessis pälvis suurt tähelepanu poolte vahel kokku lepitavate omaduste (subjektiivsete kriteeriumite) ja samalaadse digisisu puhul tavapäraste, tarbija poolt mõistlikult eeldatavate omaduste (objektiivsete kriteeriumite) suhe. DSD vastuvõetud versiooni olulisim muudatus võrreldes direktiivi eelnõuga puudutab just kriteeriumite omavahelist suhet.¹⁸ DSD eelnõu esialgse versiooni järgi kuulusid objektiivsed kriteeriumid kohaldamisele ainult abistava standardina juhul, kui vastav omadus ei olnud pooltevahelise kokkuleppega reguleeritud või ei olnud kokkulepe üheselt selge.¹⁹ Õiguskirjanduses kritiseeriti sellist lähenemist, sest tarbijad enamasti ei süvene digisisulepingutesse ega ole lepingu eseme tehnilise spetsiifilisuse tõttu võimelised hoomama, millised omadused lepingutingimustes sätestatud on.²⁰ Eeltoodut ära kasutades oleks kaupljal olnud lihtne kasutada tarbija suhtes selliseid lepingutingimusi, mille järgi digisisu kvaliteet jääks alla tavapärasele standardile (DSD pp 45).²¹ Sellest tulenevalt kohtleb DSD kehtiv versioon objektiivseid ja subjektiivseid kriteeriume samaväärselt (DSD art 8 (1)). Siiski on teatud juhtudel võimalik objektiivsetest vastavusnõuetest kõrvale kalduda (DSD art 8 (5)), mis tõstatab küsimuse, kas ja millises ulatuses mõjutab DSD-s sätestatud kriteeriumite omavaheline suhe ja kokkulepperuum direktiivi ülevõtmist VÕS-i.

Käesoleva magistritöö eesmärk on analüüsida DSD ja VÕS-i lepingutingimustele vastavuse sätteid ning selle tulemusel jõuda järeldusele, kuidas tuleks direktiivi lepingutingimustele

¹⁷ Võlaõigusseadus. – RT I, 20.02.2019, 8.

¹⁸ Spindler, G., Sein, K. Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen Anwendungsbereich und grundsätzliche Ansätze. – MMR 2019/7, lk 493.

¹⁹ Kindl, J. Verträge über digitale Inhalte. Vertragsnatur und geschuldete Leistung. Westfälische Wilhelms-Universität Münster. Working paper 1/2018, lk 16.

²⁰ Tonner, K. Die EU-Warenkauf-Richtlinie: auf dem Wege zur Regelung langlebiger Waren mit digitalen Elementen. – VuR 2019, lk 364.

²¹ Kindl (viide 19), lk 16; Tonner (viide 20), lk 364.

vastavuse sätted Eesti õigusesse üle võtta, et saavutada direktiivi eesmärk ning säilitada seejuures siseriikliku õiguse terviklikkus. VÕS uute sätete sõnastuse kõrval on oluline ka esile tuua, millised DSD lepingutingimustele vastavuse aspektid VÕS-i enim mõjutavad ja iseloomustada, milline see mõju on.

Lähtuvalt käesoleva magistritöö eesmärgist püstitab töö autor järgmised uurimisküsimused:

1. Milline on DSD lepingutingimustele vastavuse subjektiivsete ja objektiivsete kriteeriumite omavaheline suhe ja võimalus objektiivsetest kriteeriumitest poolte kokkuleppel kõrvale kalduda?
2. Milline on DSD lepingutingimustele vastavuse kriteeriumite sisu ning millises ulatuses kattuvad DSD lepingutingimustele vastavuse sätted VÕS lepingutingimustele vastavuse sätetega?
3. Kuidas tuleks digisisu lepingutingimustele vastavuse sätted VÕS-i üle võtta?
4. Millised on DSD lepingutingimustele vastavuse sätete ülevõtmise olulisemad mõjud VÕS-ile?

Magistritöö on jagatud neljaks peatükiks. Selleks, et DSD lepingutingimustele vastavuse sätteid analüüsida, selgitab esimene peatükk digisisu ja digiteenuse olemust - millised kaubad ja teenused on käsitletavad digisisu või digiteenusena. DSD puhul on digisisu ja digiteenuse mõiste avamine seda olulisem, et tegemist ei ole üksnes lepingu eset kirjeldavate mõistetega, vaid terminitega, mis määratlevad lepingu olemuse ja seega kogu direktiivi kohaldamisala.²² Digisisu ja digiteenuse mõiste käsitlemisel kasutab käesoleva töö autor DSD-s toodud leaaldefiniitsioone, DSD-s ja õiguskirjanduses esile toodud näiteid ning täiendab neid ka omapoolsete näidetega.

Erinevate lepinguliikide puhul sätestab VÕS erinevad lepingutingimustele vastavuse nõuded, samuti sisaldub osa nõuetest VÕS üldosas. Kuna DSD kohaldub lepinguliikide üleselt, on kõigepealt vaja määratleda, milliste VÕS lepinguliikidega digisisulepingu puhul üldse tegemist võib olla. Seejärel saab võrrelda lepingutingimustele vastavuse sätteid DSD-s ja VÕS-i lepinguliikide all ning VÕS-i üldosas, et leida, kas ja kuivõrd need kattuvad.

²² Jacquemin, H. Digital content and sales or service contracts under eu law and belgian/french law. – Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law 2017/8, No 1, lk 28.

Tulenevalt sellest, et DSD järgi on võimalik objektiivsetest kriteeriumitest poolte kokkuleppega kõrvale kalduda, analüüsitakse magistritöö teises peatükis, milline on objektiivsete ja subjektiivsete kriteeriumite omavaheline suhe ja kokkulepperuum DSD järgi ning võrreldakse seda kokkulepperuumiga, mida võimaldab VÕS. Võrdluse tulemuste põhjal saab järeldada, kas ja kuivõrd vajab VÕS muutmist seoses kokkulepperuumiga lepingutingimustele vastavuse osas ning hinnata DSD mõju VÕS-ile.

DSD näeb ette nii digisisu-spetsiifilisi lepingutingimustele vastavuse kriteeriume kui ka muid kriteeriume, mis võivad olla juba VÕS-is esindatud. Magistritöö kolmandas ja neljandas peatükis analüüsitakse eraldi DSD lepingutingimustele vastavuse subjektiivseid ja objektiivseid kriteeriume selgitades näidete varal, mida konkreetse omaduse all direktiivi koostamisel silmas on peetud ning kas ja millises ulatuses kattuvad DSD-s välja toodud lepingutingimustele vastavuse sätted VÕS-is sätestatuga. Selle pinnalt saab teha järeldusi, millises ulatuses vajavad VÕS-i sätted täiendamist ja milline on sätete ülevõtmise mõju VÕS-ile.

Magistritöös kasutab autor dogmaatilist ja analüütilist meetodit. Dogmaatilise meetodi abil selgitatakse, kuidas on lepingutingimustele vastavus reguleeritud DSD-s ja VÕS-is. Peamiste allikatena on seejuures tuginetud DSD-le ja selle põhjenduspunktidele ning Euroopa Parlamendi tellimisel õigusteadlaste poolt läbi viidud DSD eelnõu analüüsidele,²³ õiguslasele kirjandusele ja teadusartiklitele. Eesti õiguse käsitus põhineb eeskätt VÕS kommenteeritud väljaannetel.²⁴ Regulaatsioonide omavahelisel võrdlemisel ja järelduste tegemisel, millises osas vajab VÕS täiendamist, kasutab autor analüütilist meetodit.

Varasemalt on digisisu ja digitaalsete teenuste lepingutingimustele vastavusest kirjutatud neli magistritööd. R. Kivi magistritöö keskendub digitaalse infosisu mõiste ja digitaalse infosisu põhiomaduse kirjeldamisele digitaalse ühisturu strateegia eelsel ajal.²⁵ Euroopa ühtse müügiõiguse määruse ettepaneku kontekstis on digisisu lepingutingimustele vastavuse

²³ Wendehorst (viide 2); Beale (viide 6); Manko (viide 15); Mak, V. The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. European Parliament: 2016; Smiths, J. The new proposal for harmonised rules for the online sales of tangible goods: conformity, lack of conformity and remedies. European Parliament: 2016.

²⁴ Varul, P. *et al* (koost). Võlaõigusseadus I. Komm vlj. Tallinn: Juura 2016, § 14 lk 96; Varul, P. *et al* (koost). Võlaõigusseadus II. Komm vlj. Tallinn: Juura 2019; Varul, P. *et al* (koost). Võlaõigusseadus III. Komm vlj. Tallinn: Juura 2009.

²⁵ Kivi, R. Digitaalne infosisu, selle vastavus lepingutingimustele ja teavitamiskohustuse ulatus. Magistritöö. Juhendaja Irene Kull. Tartu 2013.

hindamist käsitlenud S. Kuusik.²⁶ Võrreldes eelnimetatud magistritööde kirjutamise ajaga on digisisulepingu regulatsioon saanud olulisi täiendusi ning DSD on mitmed nendes töödes püstitatud probleemkohad lahendanud.

Tarbijakaitse taseme seisukohast on DSD eelnõu analüüsinud K. E. Esko²⁷ ja K. Leppik²⁸. Esko magistritöö võrdles DSD eelnõu VÕS-i müügi- ja üürilepingu regulatsiooniga ning puudutas muu hulgas küsimust, millisel meetodil oleks mõistlik DSD Eesti õiguskorda harmoniseerida. Leppik käsitles oma magistritöös nii lepingutingimustele vastavuse kriteeriume kui tarbija võimalikke õiguskaitsevahendeid, et vastata küsimusele, kuidas on tarbijate õiguste kaitse DSD eelnõus reguleeritud. Lepingutingimustele vastavuse osas on nii Esko kui Leppiku magistritööd pigem kirjeldavad andes hinnangu, kas tol ajahetkel olid DSD eelnõus sätestatud vastavuskriteeriumid piisavalt täpselt määratletud. Kumbki magistritöö sisalda konkreetseid ettepanekuid sätete ülevõtmise ega sõnastuse osas. Siiski saab Esko ja Leppiku magistritöös välja toodud järeldusi lepinguliigi kvalifitseerimise osas võrrelda käesoleva magistritöö järeldustega.

Kuna DSD eelnõu sai vahepealsete aastate jooksul mitmeid täiendusi²⁹ ning DSD vastuvõetud versioon võimaldab teha konkreetseid ettepanekuid direktiivi ülevõtmise kohta, on käesoleva magistritöö fookuses direktiivi ülevõtmine ning selle mõju Eesti õigusele. Nii ei ole autorile teadaolevalt varem avaldatud teadustöid, mille uurimisobjektiks oleks DSD lepingutingimustele vastavuse regulatsiooni harmoniseerimine Eesti õigusesse.

²⁶ Kuusik, S. Digitaalse infosisu üleandmisele suunatud tarbijalepingute regulatsioon Euroopa ühtse müügiõiguse määruse ettepanekus: digitaalse infosisu lepingutingimustele vastavuse hindamine ja tarbija õiguskaitsevahendid digitaalse infosisu puuduste korra. Magistritöö. Juhendaja Karin Sein. Tallinn 2014.

²⁷ Esko, K. E. Digitaalse sisu üleandmise tarbijalepingute direktiivi eelnõu võrdlus võlaõigusseaduse tarbijalemüügi- ja üürilepingu regulatsiooniga. Magistritöö. Juhendaja Karin Sein. Tallinn 2017.

²⁸ Leppik, K. Digitaalsisu üleandmise lepingu sisu kujunemine ja tarbija võimalused tugineda digitaalsisu mittevastavusele. Magistritöö. Juhendaja Irene Kull. Tartu 2017.

²⁹ Olulisematena näiteks objektiivsete ja subjektiivsete kriteeriumite omavahelise suhte teistsugune reguleerimine, sotsiaalmeediaplatvormide hõlmamine digisisu mõistega.

1. DSD kohaldamisala

1.1 Digisisu ja digiteenuse mõiste

DSD kohaldamisalasse kuuluvad kõik lepingud, mille alusel kaupleja annab digisisu tarbijale üle või osutab tarbijale digiteenust või kohustub seda tegema (DSD art 3 (1)). Seega kohaldatakse direktiivi tarbijalepingutele,³⁰ kuid DSD ei paku digisisulepingu määratlemiseks mingit tüpoloogiat ja liikmesriigid on vabad direktiivi üle võtma olemasolevate lepinguliikide raames, paigutama osa normidest üldisesse lepinguõiguse regulatsiooni või looma eraldi *sui generis* lepinguliigi.³¹ Sellise lähenemisega soovis Euroopa Komisjon tagada direktiivi tulevikukindlust - vältida vajadust direktiivi muuta, kui kiiresti arenev tehnoloogia toob kaasa uusi teenuse pakkumise vorme või digisisu töötlemise viise (DSD pp-d 10 ja 19).³² Ka õiguskirjanduses on lepinguliikide-ülest lähenemist peetud põhjendatuks.³³ Lepinguliigist lähtuva eristuse puudumine ja reguleerimiseseme-keskne lähenemine seab DSD kohaldamisala määratlemisel kesksele kohale digisisu ja digiteenuse mõiste. Selleks, et kindlaks teha, milliste VÕS lepinguliikidega võib digisisulepingu puhul tegemist olla, tuleb määratleda, mis on digisisu DSD mõttes.

DSD reguleerimisele koosneb kahest elemendist - digisisust ja digiteenusest. Digisisu on defineeritud kui "andmed, mis on koostatud ja mis antakse üle digitaalsel kujul" (DSD art 2 p 1). Samamoodi on digisisu defineeritud ka tarbijaõiguste direktiivis^{34,35} Nii on digisisuks näiteks tarkvara, seal hulgas arvutiprogrammid, rakendused, video-, heli- ja muusikafailid, digitaalsed mängud, e-raamatud ja muud e-väljaanded (DSD pp 19).

³⁰ Liikmesriikidel on õigus kohaldada sätteid ka muudele lepingutele ja laiendada direktiiviga ette nähtud kaitset ka füüsilistele ja juriidilistele isikutele, kes ei ole tarbijad, nt valitsusvälised organisatsioonid, iduettevõtjad või VKEd (DSD pp 16).

³¹ Manko (viide 15), lk 11; Mak (viide 23), lk 12.

³² Wendehorst (viide 2), lk 205; 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 2016/12, No 3, lk 186.

³³ Wendehorst (viide 2), lk 205; Manko (viide 15), lk 11; Mak (viide 23), lk 7; Spindler (viide 32), lk 188; Loos, M. B.M. Not good but certainly content. The proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content. – Claeys, I., Terry, E. (koost.). Digital Content & Distance Sales. Cambridge: Intersentia 2017, lk 29-30; Lehmann, M. A Question of Coherence. The Proposals on EU Contract Rules on Digital Content and Online Sales. – Maastricht journal of European and comparative law 2016/23, No 5, lk 755.

³⁴ 25. oktoobri 2011. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2011/83/EL tarbija õiguste kohta, millega muudetakse nõukogu direktiivi 93/13/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 1999/44/EÜ ja millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu direktiiv 85/577/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 97/7/EÜ EMPs kohaldatav tekst. – ELT L, 304/64, lk 64–88. VÕS vastavad muudatused jõustusid 13. juunil 2014 (Võlaõigusseaduse ja tarbijakaitse seaduse muutmise seadus.– RT I, 31.12.2013, 1).

³⁵ Manko (viide 15), lk 8.

Analüüsimeks digisisu lepingutingimustele vastavuse kriteeriume, kasutatakse käesolevas magistritöös läbivalt järgmisi konkreetseid näiteid digisisust: kontoritarkvara programm Microsoft Office³⁶ ja mobiilirakendus Endomondo.³⁷

Digitaalsete teenuste paigutamine direktiivi kohaldamisalasse on uuendus, millega DSD eristub nii tarbijaõiguste direktiivist³⁸ kui Euroopa ühise müügiõiguse määruse ettepanekust³⁹.⁴⁰ Seejuures on DSD-s eraldi alapunktadena esile toodud kahte liiki teenused:

1) teenused, mis võimaldavad tarbijal digitaalsel kujul andmeid luua, töödelda või salvestada või neile juurde pääseda (DSD art 2 p 2 a);

2) teenuseid, mis võimaldavad tarbijate või muude digiteenuse kasutajate üles laaditud või loodud digitaalsel kujul andmeid jagada või teha nendega muid toiminguid (DSD art 2 p 2 b).

Seejuures ei ole päris selge, kuivõrd on praktikas võimalik vahet teha digisisu töötlemisel ja loomisel. Ilmselt on töötlemise all silmas peetud olemasoleva sisu muutmist, näiteks PDF-failidest teksti eraldamist võimaldavat veebiteenust või kustutatud andmeid taastada võimaldavat internetiprogrammi.⁴¹

Digiteenuste hulka kuuluvad näiteks teenusena pakutav tarkvara, video- ja helifailide jagamine, failide majutamine, tekstitöötlus ja mängud, mida pakutakse pilvandmetöötlemise keskkonnas ja sotsiaalmeedias (DSD pp 19). Õiguskirjanduses on digiteenuste näidetena toodud ka andmebaase, elektroonilisi oksjoni- ja kauplemissplatvorme, digitaalsete piltide loomist veebis, blogikeskkondi, voogedastusteenust ja sotsiaalmeediaplatforme nagu Facebook ja Instagram.⁴²

Käesolevas magistritöös kasutab autor digiteenuse näidetena ajakirjandusväljaannete sisu lugemisteenust Ekspress Konto,⁴³ filmide- ja sarjade vaatamist võimaldavat Netflix-i,⁴⁴

³⁶ Microsoft Office'i kasutajatingimused. – <https://www.microsoft.com/en-us/legal/intellectualproperty/copyright/default.aspx> (02.02.2020).

³⁷ Endomondo kasutajatingimused. – <https://support.endomondo.com/hc/en-us/articles/360003980113-Privacy-Policy-Terms-Conditions-of-Use-FAQ> (02.02.2020).

³⁸ 25. oktoobri 2011. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2011/83/EL tarbija õiguste kohta, millega muudetakse nõukogu direktiivi 93/13/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 1999/44/EÜ ja millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu direktiiv 85/577/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 97/7/EÜ EMPs kohaldatav tekst. – ELT L, 304/64, lk 64–88.

³⁹ Euroopa ühise müügiõiguse määruse ettepanek. – <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?qid=1580658702939&uri=CELEX:52011PC0635> (02.02.2020).

⁴⁰ Manko (viide 15), lk 10.

⁴¹ Manko (viide 15), lk 9.

⁴² Weber, R. H. The Sharing Economy in the EU and the Law of Contracts. – The George Washington Law Review 2017/85, No. 6, lk 1782; Manko (viide 15), lk 10; Lehmann (viide 33), lk 755.

⁴³ Ekspress Konto lugemisõiguse kasutajatingimused. – <https://lehed.delfi.ee/products/kogupakett> (02.02.2020).

andmete säilitamist ja jagamist võimaldav Dropbox-i,⁴⁵ veebis tekstitöötluse ja andmehaldusteenust pakkuv Google Drive'i⁴⁶ ja majutusvahenduse platvormi Airbnb.⁴⁷

DSD kohaldamise, seal hulgas lepingutingimustele vastavuse aspektist ei ole digisisu ja digiteenuse eristamisel olulist tähendust - kõik direktiivi sätted reguleerivad nii digisisu kui digiteenuseid. Selline lähenemine on põhjendatud, sest sageli ei ole digisisu ja digiteenuse komponente võimalik selgelt eristada. Näiteks Barking parkimiskoha leidmist ja parkimise eest tasumist võimaldav rakendus (digisisu) pakub ühtlasi ka platvormiteenust, millega võimaldatakse parkimiskoha omanikul üleliigne parkimiskoht teenima panna (digiteenus).⁴⁸ Edaspidi kasutab käesoleva magistritöö autor lugemise lihtsustamise ja lühiduse huvides digisisu ja digiteenuse koondmõistena terminit "digisisu". Digiteenuse mõistet kasutatakse vaid juhul, kui juttu on spetsiifiliselt digiteenustest DSD art 2 p 2 mõttes.

1.2 Digielementidega kaup ja asjade internet

Tehnoloogia kiire arengu ja ärimudelite mitmekesisuse tõttu on ilmnenud mitmeid direktiivi piirialadele jäävaid nähtusi, mille puhul ei ole alati üheselt selge, kas tegu on digisisuga. Direktiivi väljatöötamisel tekitasid kohaldamisala piiritlemisküsimusi asjade internet, jagamismajandus, digisisu, mis sisaldub digielementidega kaubas, ja teatud interneti-platvormid.

DSD välistab direktiivi kohaldamisalast sellise digisisu, mis sisaldub digielementidega kaubas või on sellega ühendatud ning mis antakse üle koos kaubaga kauba müügilepingu alusel (DSD art 3 (4)). Digielementidega kaupadega seonduvat reguleerib kaupade müügi direktiiv.

Mõiste „digielementidega kaup“ tähistab vallasasju, mis sisaldavad digisisu või millega digisisu on ühendatud sellisel viisil, et digisisu puudumise korral ei täidaks kaup oma otstarvet (DSD art 2 p 3; kaupade müügi direktiiv art 2 p 5 lit. b). Kaubas sisalduvaks digisisuks on operatsioonisüsteemid, rakendused ja igasugune muu tarkvara, mis on müügilepingu sõlmimise hetkel seadmesse eelpaigaldatud või saab selle vastavalt lepingus ettenähtule paigaldada hiljem (kaupade müügi direktiivi pp 14). Digielementidega kaubaks on nutitelefon koos standardse eelpaigaldatud äratuskella- või kaamerarakendusega. Kaubas sisalduvaks digiteenuseks on näiteks liiklusandmete edastamine auto navigatsioonisüsteemis

⁴⁴ Netflix-i kasutajatingimused. – <https://help.netflix.com/legal/termsofuse> (02.02.2020).

⁴⁵ Dropbox-i kasutajatingimused. – <https://www.dropbox.com/privacy#terms> (02.02.2020).

⁴⁶ Google Drive'i kasutajatingimused. – <https://www.google.com/drive/terms-of-service/> (02.02.2020).

⁴⁷ Airbnb kasutajatingimused. – <https://www.airbnb.com/ee/help/topic/250/tingimused-ja-eeskirjad> (02.02.2020).

⁴⁸ Barking kasutajatingimused. – <https://barking.ee/tingimused/> (02.02.2020).

või individuaalselt kohandatud treeningkavade pidev edastamine nutikella puhul (kaupade müügi direktiivi pp-d 14-15).

Otsustamaks, kumma direktiivi kohaldamisalasse digisisu kuulub, on oluline mõju lepingueelsel infol. Kui kaupleja või tehinguahela varasemates etappides osalenud isik on lepingueelses teabes, sh reklaamis, lubanud digisisu sisaldumist teatud kaubas, loetakse digisisu osaks selle kauba müügilepingust ning DSD asemel kohaldub kaupade müügi direktiiv. Näiteks kui nutiteleri reklaamis oli öeldud, et see sisaldab konkreetset videorakendust, loetakse videorakendus müügilepingu osaks (kaupade müügi direktiiv pp 15). Kui seadmesse on müügieelselt paigaldatud digitaalne teenus, näiteks Android TV koos Google Assistant'iga, vastutab seadme müüja ka Android-süsteemi ja Google-Assistent'i toimimise eest.⁴⁹

Seega saab sama digisisu olenevalt olukorrast olla kas digisisu ja kuuluda DSD kohaldamisalasse või olla kaubas sisalduvaks digisisuks ning kuuluda kaupade müügi direktiivi reguleerimisalasse. Nii on kontoritarkvara Microsoft Office kaubas sisalduvaks digisisuks juhul, kui see on arvutisse eelpaigaldatud, programmi sisaldumine on ära märgitud arvuti müügikuulutuses või kauba kohta müügieelselt antud muus infos. Olukorras, kus Microsoft Office programm ostetakse arvutile eraldi juurde, on aga tegu digisisulepinguga. Digisisulepinguga on tegemist ka siis, kui arvutisse eelpaigaldatud Microsoft Office *trial*-versiooni 30-päevane prooviperiood lõppeb ning tarbija ostab Microsoft Office tarkvara täisversiooni (eeldusel, et arvuti müügileping või arvuti kohta eelnevalt antud teave ei sisalda kinnitust täisversiooni olemasolu kohta).

Digielementidega kauba ja digisisu reguleerimine erinevate direktiividega sai õiguskirjanduses kriitika osaliseks, kuna piir digisisu ja digielementidega kauba vahel on hägune ning digitaalse majanduse kiiret arengut silmas pidades üha hägustuv.⁵⁰ Näiteks näevad DSD lepingutingimustele vastavuse kriteeriumid ette, et digisisu tuleb üle anda koos tarvikutega (DSD art 7 lit. c või art 8 (1) lit. c). See tõstatab küsimuse, kas digisisuga kaasas olev mõõdik või andur on digisisu tarvik või on tegemist kaubaga, mis sisaldab digielementi. DSD püüab seda probleemi ületada sätestades, et kahtluse korral, kas kaubas sisalduv või sellega ühendatud digisisu on müügilepingu osa, eeldatakse, et digisisu on müügilepinguga hõlmatud (DSD art 3 (4)).

⁴⁹ Spindler/Sein (viide 18), lk 417.

⁵⁰ Rafel (viide 7), lk 11; Manko (viide 15), lk 13; Wendehorst (viide 16), lk 7; Spindler (viide 32), lk 188-189; Loos (viide 33), lk 31; Hoekstra, J., Diker-Vanberg, A. The proposed directive for the supply of digital content: is it fit for purpose? *International Review of Law, Computers & Technology*. – 2019/33, No 1, lk 110.

Piiritlemisprobleeme tekitab ka asjade internet - omavahel andmesidevõrgu kaudu ühendatud füüsilised esemed, mis võimaldavad kasutajatel ja teistel seadmetel omavahel suhelda ning seadmete käitumist juhtida ja automatiseerida.⁵¹ Kuigi DSD eelnõus sisaldus asjade interneti kohaldamisalast väljajäämist puudutav põhjenduspunkt,⁵² mis ütles, et asjade interneti ning masin-masin lepinguid on tulevikus kavas reguleerida eraldi direktiivis, on see täpsustus kehtivast DSD-st välja jäetud.⁵³ Nii ei sisalda ei DSD ega ka kaupade müügi direktiiv asjade interneti definitsiooni ega sätesta selgesõnaliselt asjade interneti väljajäämist direktiivide kohaldamisalast.⁵⁴

Kuna asjade internet hõlmab andmesidevõrgu kaudu ühendatud füüsilisi esemeid, tuleks käesoleva magistritöö autori hinnangul asuda seisukohale, et asjade internet kuulub pigem kaupade müügi direktiivi kohaldamisalasse. Eeltoodust tulenevalt on vaid väga üksikutel juhtudel võimalik DSD kohaldumine ka asjade internetile.⁵⁵ Näiteks võib digisisu definitsiooni alla mahtuda tarkvara, mis kogub ja analüüsib tarbija kodus paiknevatest nutikatest energia-mõõturitest või temperatuuri reguleerimise süsteemidest saadavaid andmeid. Kui rakenduse peamine eesmärk on andmete koondamine, vastab see digisisu definitsioonile DSD art 2 p 2 lit. a järgi - tegemist on teenusega, millega võimaldatakse tarbijal digitaalsel kujul andmeid luua, töödelda või salvestada või neile juurde pääseda.⁵⁶ Kui selline tarkvara ei ole seadmesse eelpaigaldatud või selles sisaldumise kohta kaubas ei ole lepingueelselt teavitatud, kohaldub DSD.

Lepingueelne info omandab DSD ülevõtmisel senisest suurema tähenduse, sest lepingueelsel infol on oluline mõju DSD ja kaupade müügi direktiivi piiritlemise aspektist. Kui müüja on lubanud digisisu sisaldumist teatud kaubas, on tegu müügilepinguga. Seega, kas tegu on müügilepinguga, tuleb muu hulgas otsustada lepingueelse teabe põhjal.

Kuigi digisisu ja digielementidega kauba puhul võib ette tulla piiritlemisprobleeme ja sellest tulenevalt ka ebahütlust õiguse rakendamisel (kohtute poolt sama digisisu liigitamist digielementidega kaubaks ja digisisuks), siis kitsalt lepingutingimustele vastavuse aspektist ei

⁵¹ Manko (viide 15), lk 8-9; Mak (viide 23), lk 8; Weber (viide 42), lk 1783.

⁵² Draft European Parliament Legislative Resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. – http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0375_EN.html#title2 (24.11.2019), muudatusettepanek 25 direktiivi põhjenduspunkt 17 kohta.

⁵³ Asjade internetiga kaasneva vastutuse reguleerimisvõimalusi on Euroopa Komisjon käsitlenud dokumendis “Liability for emerging digital technologies”, aga see ei sisalda selgitusi DSD või kohaldamisala piiritlemise kohta. European Commission Staff Working Document: Liability for emerging digital technologies. – <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52018SC0137> (02.02.2020).

⁵⁴ Loos (viide 33), lk 31; Spindler (viide 32), lk 189.

⁵⁵ Loos (viide 33), lk 31; Mak (viide 23), lk 8.

⁵⁶ Mak (viide 23), lk 8.

ole olulist erinevust, kas nähtus kuulub kaupade müügi direktiivi või DSD kohaldamisalasse. DSD ja kaupade müügi direktiivi lepingutingimustele vastavuse sätted on suures osas kattuvad. Mõlema direktiivi puhul peab lepingu ese lisaks subjektiivsetele vastavusnõuetele vastama ka objektiivsetele nõuetele (DSD art 8 (1), kaupade müügi direktiiv art 7 (1)). Vastavusnõuete sisu on samuti suures osas identne, vaid mõnede üksikute erisustega, mis viitavad kaubale kui füüsilisele esemele.⁵⁷ Muu hulgas sisaldavad kaupade müügi direktiivi vastavuskriteeriumid samasuguseid digisisule iseloomulikke omadusi nagu DSD: funktsionaalsus, ühilduvus, koostalitlusvõime, turvalisus, uuenduste pakkumine. Seega viib ka kaupade müügi direktiivi kohaldumine lepingutingimustele vastavuse osas samasuguse tulemuseni nagu DSD ning piiritlemisprobleem puudutab eelkõige lepingu liigi määratlemist ning sellest tulenevaid võimalikke erisusi õiguskaitsevahendite kohaldamisel.

1.3 Interneti-platvormid ja jagamismajandus

Internetiplatvormid nagu näiteks Airbnb, Uber ja Amazon Marketplace kuuluvad DSD kohaldamisalasse osaliselt. Platvormiteenuse pakkujaid saab DSD tähenduses kauplejatena käsitada vaid juhul, kui nad tegutsevad oma majandustegevusega seotud eesmärkidel tarbija otsese lepingupartnerina digisisu üleandmiseks või digiteenuse osutamiseks (DSD, pp 18). Nii on näiteks Airbnb ja platvormi kaudu ruume välja üürida sooviva tarbija vaheline suhe DSD-ga hõlmatud, sest tegemist on digiteenusega (oma sisu üleslaadimine, lepingute sõlmimise tehniline korraldus jmt). Airbnb ja lõpp-tarbija ehk potentsiaalse üürniku vahelist suhet DSD ei reguleeri.⁵⁸

Õiguskirjanduses on leitud, et lõpptarbija kaitsmise vajadusest lähtuvalt oluks õigem, kui DSD reguleeriks kogu jagamismajandusega tegelevate internetiplatvormide tegevust⁵⁹ ning et praegune regulatsioon ignoreerib üht digitaalse ühisturu mõjuvõimsamat arengut.⁶⁰ Sageli jätab platvormiteenuse ülesehitus veebis tarbijale mulje, et platvorm on temaga sõlmitava lepingu teine osapool: platvormid pakuvad müügi- või teenuse osutamise lepingute tüüptingimusi, vahendavad tehingute eest makstavat tasu,⁶¹ mõned platvormid (nt Uber) on standardiseerinud pakutava teenuse kvaliteedinõuded ja paljudel juhtudel saavad tarbija ja

⁵⁷ Näiteks sätestab kaupade müügi direktiiv objektiivsete vastavusnõuete all, et kauba kvaliteet ja kirjeldus peavad vastama näidise või mudeli kvaliteedile ja kirjeldusele (kaupade müügi direktiivi art 7 (1) lit. b) ning kaup tuleb üle anda koos pakenditega, mille saamist tarbija võib mõistlikult eeldada (kaupade müügi direktiivi art 7 (1) lit. c).

⁵⁸ Busch, C. *et al.* The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?. – EuCML 1/2016, lk 7.

⁵⁹ Schulze *et al* (viide 3), lk 27; Lehmann (viide 33), lk 758; Busch *et al* (viide 58), lk 8.

⁶⁰ Busch *et al* (viide 58), lk 4.

⁶¹ Schulze *et al* (viide 3), lk 27; Hoekstra/Diker-Vanberg (viide 50), lk 109; Busch *et al* (viide 58), lk 7.

kaupleja suhelda ainult läbi platvormi.⁶² Ehkki sellisel juhul on professionaalse kaupleja roll tehingu sõlmimisel oluliselt suurem kui vaid kauplemisvõimaluse pakkumine, sõlmitakse leping kahe tarbija vahel, mis tähendab, et platvormipidaja suhtes ei ole lõpptarbijal võimalik õiguskaitselahendusi kasutada.⁶³ Seega saab digisisu lepingutingimustele vastavusest rääkides analüüsida ainult interneti-platvormi kasutaja ja platvormi vahelist õigussuhet. Kui vaidlus puudutab platvormi kasutaja õigussuhet lõpp-tarbijaga, ei ole tegemist digisisulepinguga.

DSD jätab liikmesriikidele võimaluse laiendada direktiivi kohaldamist ka platvormiteenuse pakkujatele, kes ei vasta nõuetele, mis võimaldaksid neid käsitada kauplemispartnerina direktiivi tähenduses (DSD, pp 18). Käesoleva magistritöö autori hinnangul on jagamismajandust võimaldavate interneti-platvormide osaline väljajäämine DSD kohaldamisalast mõistetav. Olulisim probleem seoses platvormi ja lõpp-tarbija vahelise võimaliku õigussuhtega puudutab küsimust lepingu esemest - mis on lõpp-kasutaja ja platvormi vahelise õigussuhte puhul lepingu esemeks? Digisisulepingu esemeks on digisisu, kuid milliseid digitaalsel kujul andmeid platvorm lõpp-tarbijale üle annab või töödelda võimaldab? Interneti-platvormi saab pigem samastada turuplatsi või kuulutuse-lehega – see on lepingu sõlmimise võimaluste kajastaja, mis annab valiku teatud tüüpi lepingu sõlmimiseks (kajastades nt Amazoni puhul müügilepingute sõlmimise võimalusi). Juhul, kui platvormi roll on ulatuslikum, pakkudes välja tüüplepingu malle või sätestades omapoolseid kasutustingimusi, on platvormi tegevus pigem sarnane maakleri tegevusega. Sellisel juhul ei ole lepingu esemeks (käsundiks) lõpp-tarbijale digitaalsel kujul andmete üleandmine või töötlemise võimaldamine. Nähtusi nagu sõidujagamisteenuse vahendamine või üürilepingu sõlmimisel abistamine on keeruline ka DSD-s välja toodud digisisu-spetsiifiliste omaduste (nt ühilduvus, funktsionaalsus, uuenduste pakkumine) alusel hinnata.

DSD kohaldamisala piiritlemisel interneti-platvormide ja jagamismajanduse puhul on kesksel kohal lepingu eesmärk - kui see on suunatud digisisu üleandmisele, on tegu digisisulepinguga. Üürimisega Airbnb-st ei paku interneti-platvorm üürnikule digisisu või digiteenust. DSD laiendamine kogu jagamismajandusele olnuks seega segadusttekitav ja raskendanuks direktiivi ülevõtmist.

Kokkuvõtlikult saab öelda, et digisisu mõiste on DSD-s määratletud nii täpselt, kui digitaalse majanduse kiiresti muutuv tegelikkus seda hetkel võimaldab. Digisisu hõlmab nii digitaalses

⁶² Busch *et al* (viide 58), lk 7-8.

⁶³ Busch *et al* (viide 58), lk 3.

vormis tooteid kui teenuseid ning digisisu ja digiteenuse eristamine on oluline lepinguliigi kvalifitseerimisel, kuid mitte lepingutingimustele vastavuse hindamisel, sest DSD järgi kehtivad samasugused lepingutingimustele vastavuse nõuded nii digisisule kui digitaalsetele teenustele. Eeldus, et kahtluse korral, kas nähtus kuulub DSD või kaupade müügi direktiivi kohaldamisalasse, kohaldatakse kaupade müügi direktiivi ning lepingutingimustele vastavuse nõuete kattuv sõnastus mõlemas direktiivis aitab lahendada piiritlemisprobleemi seoses digielementidega kauba ja asjade internetiga ning väldib erinevust lepingutingimustele vastavuse nõuete kohaldamisel. Olulisem üldine mõju VÕS-ile seondub lepingueelse infoga – kui kaupleja on reklaaminud digisisu kui osa kaubast, annab kauplejapoolne avalik teadaanne aluse otsustada, et tegu on digielementidega kauba müügilepinguga. Seega on lepingueelsel infol lepingu liigi määratlemise juures senisest olulisem tähendus - selle põhjal on võimalik eristada, kas konkreetsel juhul on tegu digisisulepingu või müügilepinguga.

2. Objektiivsete ja subjektiivsete kriteeriumite omavaheline suhe

2.1. Müügileping ja töövõtuleping

Digisisu lepingutingimustele vastavuse kriteeriumid on jagatud subjektiivseteks ja objektiivseteks vastavusnõueteks (DSD art 7 ja 8). Subjektiivsed vastavusnõuded hõlmavad poolte vahel kokku lepitud lepingu eseme omadusi, objektiivsed vastavusnõuded tähistavad omadusi, mida saab konkreetse digisisu puhul mõistlikult eeldada (DSD pp 46). DSD art 8 (5) järgi on objektiivsetest vastavusnõuetest võimalik poolte kokkuleppel kõrvale kalduda. Enne kui süveneda objektiivsete ja subjektiivsete kriteeriumite sisusse, tuleb kindlaks teha, milline on objektiivsete ja subjektiivsete kriteeriumite omavaheline suhe ja kokkulepperuum nii DSD kui VÕS-i järgi. Samuti määratletakse käesolevas peatükis kõik VÕS lepinguliigid, mis digisisulepingu puhul kõne alla võivad tulla.

DSD kohaldamisala on piiritletud juhtudega, kui digisisu üleandmise eest on ette nähtud tasu. See kitsendab direktiivi kohaldamisala vaid nendele lepinguliikidele, mis näevad ette teatud vastusoorituse⁶⁴ ja välistatud on, et digisisulepingu puhul võiks tegemist olla näiteks tasuta kasutamise lepingu (VÕS § 389) või kinkelepinguga (VÕS § 259 lg 2). Tulenevalt sellest, et digisisu eest on võimalik tasuda rahas (ja rahasarnases vääringus) või isikuandmetes ning välistatud on muu eseme üleandmine tasu asemel, ei saa digisisulepingute puhul tegu olla ka vahetuslepinguga (VÕS § 254 lg 1).⁶⁵

Digisisu üleandmiskohustus loetakse täidetuks, kui kaupleja annab tarbijale digisisu üle, tagab tarbijale digisisule juurdepääsu või teeb tarbijale digisisu kättesaadavaks (DSD art 5). Levinuim lepinguliik Eesti õiguses, mida lepingulise sooritusena iseloomustab lepingu eseme üleandmine, on müügileping (VÕS § 208 lg 1). Müügilepingu objektiks võivad olla ka õigused (VÕS § 208 lg 3) ning muud hüved TsÜS § 48 mõistes ehk sellised objektid, mis ei ole ei asjad ega ka õigused. Nii on VÕS kommenteeritud väljaanne ühe võimaliku müügilepingu objektina välja toonud digisisu: filmid, muusika, tarkvara, arvutiprogrammid jms.⁶⁶

Digisisule kui toote omandamisele suunatud lepingute näol on tegemist müügilepinguga, kui lepingu objektiks on standardne digisisu sisaldav toode, mille kasutusõigus peab omandajale üle minema tähtajatult. Muu kui standardset digisisu sisaldava toote puhul on VÕS 208 lg-s 2

⁶⁴ Manko (viide 15), lk 16; Weber (viide 42), lk 1784.

⁶⁵ Sein, K. *et al.* Lepinguõigus. Tallinn: Juura 2017, lk 147.

⁶⁶ Varul, P. *et al* (koost). Võlaõigusseadus II. Komm vlj. Tallinn: Juura 2019, § 208, lk 42.

sätetatud tõlgendamisreegli kohaselt üldjuhul tegemist töövõtulepinguga (VÕS § 635 lg 1).⁶⁷ Nii on standardse tarkvara Microsoft Office CD-na üleandmise või allalaadimise võimaldamise puhul eeltoodud käsitluse järgi tegemist müügilepinguga, spetsiaalselt konkreetse tarbija jaoks valmistatud tarkvara puhul aga töövõtulepinguga. Samuti on töövõtulepinguga tegemist spetsiaalselt konkreetse tarbija spordialast lähtuva treeningurakenduse loomise korral. Juhul, kui rakendus ise on standardne (nt Endomondo), kuid seda seadistatakse vastavalt tarbija digitaalsele keskkonnale või muudele vajadustele (nt aidatakse rakenduses olemasolevate spordialade piires rakendust seadistada ja selles valikuid teha), on tegemist müügilepinguga, kuna olulisem osa kohustusest on seotud digisisu üleandmise, mitte töö tegemisega.

Seega võib digisisu üleandmise lepingu puhul tegemist olla nii müügilepingu kui töövõtulepinguga. Mõlema lepinguliigi kohta sätestab VÕS, et lepingu ese peab vastama lepingutingimustele (VÕS § 217 lg 1; VÕS § 641 lg 1) ning lepingu ese ei vasta lepingutingimustele, kui sellel ei ole kokkulepitud omadusi (VÕS § 217 lg 2 p 1; VÕS § 641 lg 2 p 1).

Nii müügilepingu kui töövõtulepingu regulatsioon näeb tarbijalepingute puhul ette erisätte, mille järgi peab lepingu ese olema seda liiki asjadele tavaliselt omase kvaliteediga, mida tarbija võis mõistlikult eeldada (VÕS § 217 lg 2 p 6; VÕS § 641 lg 2 p 5). Nimetatud põhimõtte ei erine VÕS § 77 lg-tes 1 ja 2 sätestatud keskmise kvaliteedi reeglitest ning sisuliselt tuleb tarbijalepingute puhul keskmise kvaliteedi nõuet samamoodi sisustada nagu VÕS § 77 lg-tes 1 ja 2. Seega peab lepingu ese sobima tavaliseks kasutusviisiks ja olema vähemalt keskmise kvaliteediga VÕS § 77 lg 1 mõttes.⁶⁸ Olgugi, et tarbijalemüügi puhul on VÕS § 217 lg 2 p 6 ja lg-s 3 sätestatu tarbijast ostja kasuks imperatiivne (VÕS § 273 lg 1), ei välista see tarbijalemüügi puhul siiski kokkuleppe sõlmimist asja omaduste kohta (VÕS § 217 lg 2 p 1), mille alusel on võimalik määrata asja lepingutingimustele vastavus. Sellise kokkuleppe olemasolu korral on asja lepingutingimustele vastavuse määramisel primaarne kokkulepe ning VÕS § 217 lg 2 p-des 1-5 ning § 77 lg-tes 1 ja 2 sätestatut saab kohaldada üksnes täiendavalt.⁶⁹ Seega tuleb ennekõike lähtuda poolte kokkuleppest (VÕS § 217 lg 1 p 1

⁶⁷ Varul *et al* (viide 66), § 208 lk 42.

⁶⁸ Varul *et al* (viide 66), § 217 lk 99.

⁶⁹ Varul *et al* (viide 66), § 217 lk 85 ja 101.

ja VÕS § 217 lg 2 p 1 järgi) ning keskmise kvaliteedi saab aluseks võtta ainult juhul, kui asja omaduste kohta kokkulepe puudub.⁷⁰

Vastava erikokkuleppe puudumisel peab lepingu ese sobima otstarbeks, milleks seda liiki asju tavaliselt kasutatakse (VÕS § 217 lg 2 p 2). Kui asi ei ole üleandmise hetkel eesmärgipäraselt kasutatav, toob see kaasa asja lepingutingimustele mittevastavuse isegi juhul, kui asja puudused on asja vanust ja sellest tingitud seisundit arvestades tavalised. Sellisel juhul oleks asi VÕS § 217 lg 2 p 2 kohaselt lepingutingimustele mittevastav hoolimata sellest, et asi on keskmise kvaliteediga VÕS § 77 lg 1 tähenduses.⁷¹ Sellest järeldub, et VÕS § 217 lg 2 p 2 ning VÕS § 77 lg 1 omavahelises konkurentsivõrre prevaleerib üldjuhul VÕS § 217 lg 2 p 2, mis on VÕS § 77 lg 1 suhtes erisätteks. Puuduste puhul, mis asja eesmärgipäraselt kasutamist iseenesest ei välista, tuleb lepingutingimustele vastavust kontrollida VÕS § 77 kohaselt ehk teha kindlaks, kas asi on nimetatud kasutusviisi raames nõuetekohase kvaliteediga.⁷²

Näiteks juhul, kui müügilepinguga üle antava e-raamatu fail on vanemat tüüpi failiformaadis ning seetõttu ei avane e-raamat e-lugurites, on VÕS § 217 lg 2 p 2 järgi tegemist lepingutingimustele mittevastavusega, sest e-raamat ei ole eesmärgipäraselt kasutatav olgugi, et esinenud puudus on tehnoloogia muutumist arvestades tavaline ning e-raamat oli keskmise kvaliteediga VÕS § 77 lg 1 mõttes. Kui aga e-raamatu failiformaat ei välista raamatu lugemist, kuid teksti vahele ei ole võimalik lisada virtuaalset järjehoidjat, tuleb hinnata, kas konkreetse lepingu eseme (e-raamatu failiformaadi) vanust arvestades on tegemist puudusega ning kas järjehoidja kasutamise võimaluse puudumine tähendab, et e-raamat ei ole vähemalt keskmise kvaliteediga VÕS § 77 lg 1 mõttes.

Täiendavalt tuleneb VÕS § 217 lg 2 p-st 6 ja VÕS § 641 lg 2 p-st 5, et tarbijast ostja ja töövõtja seaduse alusel kaitstavat ootust lepingu eseme tavapärasele kvaliteedile mõjutab müüdü asja omaduste kohta avalikkusele või konkreetsele tarbijale kättesaadavaks tehtud informatsioon, eelkõige reklaammaterjal.⁷³ Eeltoodud e-raamatu näite puhul tähendaks see, et juhul, kui kauplaja on tarbijale lepingueelselt teavet andes öelnud, et vanema failiformaadiga e-raamat sobib kasutamiseks kõigi seadmetega, on antud teave saanud lepingu osaks ning selle läbi kasvanud tarbija ootus e-raamatu omaduste ehk keskmise kvaliteedi osas.

⁷⁰ Ka Saksa õiguse järgi tuleb lähtuda subjektiivsetest kriteeriumidest ehk pooltevahelisest kokkuleppest (BGB § 434). Lisaks puudub Saksa õiguses VÕS § 77 lg-ga 1 analoogne keskmise kvaliteedi säte ning objektiivne kvaliteedinõue on sätestatud ainult liigitunnustega asja puhul (BGB § 243 lg 1). Tonner (viide 20), lk 364.

⁷¹ RKTko 3-2-1-115-04.

⁷² Varul *et al* (viide 66), § 217 lk 91-92.

⁷³ Varul *et al* (viide 66), § 217 lk 99.

DSD järgi peab digisisu lisaks subjektiivsetele vastavusnõuetele vastama ka objektiivsetele vastavusnõuetele. Lepingus kokkulepitu kõrval tuleb lähtuda tarbija üldisest käibeootusest vastavale digisisule, arvestades sealhulgas kaupleja ja kolmandate isikute poolt tehtud avalikke avaldusi, näiteks digisisu reklaamimisel.⁷⁴

Praktikas tähendab see, et lepingutingimustele vastavuse kindlakstegemine ei lõppe veel poolte vahel kokkulepitud omadusele vastavuse kontrolliga. Digisisu lepingutingimusele mittevastavusega võib tegemist olla isegi juhul, kui digisisu vastab küll lepingus sätestatud kirjeldusele, kuid ei vasta keskmise mõistliku tarbija ootustele.⁷⁵ Näiteks kui mobiilirakenduse Endomondo kirjeldus digisisulepingus näeks ette, et rakendus toimib ainult juhul, kui seadme ekraan on aktiveeritud olekus, on tegemist subjektiivse kriteeriumiga. Sellisel juhul vastab lepingujärgsele kirjeldusele olukord, kus rakendus katkestab toimimise ekraani ajalõpu (*screen timeout*) korral. VÕS § 217 lg 1 esimese lause järgi tuleks eeltoodud lepingutingimusest mobiilirakenduse lepingutingimustele vastavuse hindamisel lähtuda ning lg-s 2 sätestatud kriteeriume, sh keskmist kvaliteeti, ei ole vajalik ega lubatud kohaldada.⁷⁶

DSD näeb ette, et läbi tuleb viia täiendav, objektiivsete vastavusnõuete kontroll ning tegu võib siiski olla lepingutingimustele mittevastavusega, sest samalaadsed treeningurakendused toimivad tavapäraselt ka siis nutiseadmes edasi, kui seadme ekraan ei ole aktiveeritud. Samuti on tarbija poolt mõistlikult eeldatav, et treeningu ajal ei ole võimalik pidevalt seadme ekraani aktiivses olekus hoida.

Seega on DSD ning VÕS müügilepingu ja töövõtulepingu regulatsioon objektiivsete ja subjektiivsete kriteeriumite omavaheline suhe erinev. VÕS puhul prevaleerib poolte kokkulepe, DSD järgi kohaldatakse kokkuleppe kõrval alati ka keskmise kvaliteedi standardit. Milline on selle mõju VÕS-ile, käsitletakse magistritöö peatükis 2.6.

2.2 Üürileping ja rendileping

Üürilepingu (VÕS § 271) puhul on VÕS järgi lepingu esemeks asi, kuid VÕS-i kommentaaride kohaselt on tegemist dispositiivse sättega ning poolte kokkuleppel on üürilepingu sätted kohaldatavad ka teistele lepingutele.⁷⁷ Üürilepingu sätete kohaldamine oleks käesoleva magistritöö autori arvates võimalik näiteks pilveteenuse puhul, mis on

⁷⁴ Kindl (viide 19), lk 14; Tonner (viide 20), lk 364; Spindler, G., Sein, K. Die Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte Gewährleistung, Haftung und Änderungen. – MMR 2019/8, lk 488; Staudenmayer, D. Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte. – NJW 2019, lk 2498.

⁷⁵ Tonner (viide 20), lk 364.

⁷⁶ Varul *et al* (viide 66), § 217 lk 85 ja 99.

⁷⁷ Varul *et al* (viide 66), § 271 lk 242.

sisuliselt digitaalse ruumi tasu eest kasutada andmine selleks, et tarbija saaks sinna oma faile üles laadida ja neid seal hoiustada ja ligipääsetavaks teha. Samasugusest loogikast lähtuvalt loetakse Saksa õiguses üüri- või rendilepinguks digisisulepingud, mille alusel toimub digisisu üleandmine pikema ajaperioodi jooksul pidevalt.⁷⁸

Kuna VÕS eeldab üürilepingu sätete mittekehalistele esemetele kohaldamiseks pooltevahelist vastavasisulist kokkulepet,⁷⁹ peaks näiteks voogedastuse lepingus olema selgelt väljendatud, et tegemist on üürilepinguga.

Rendilepingu (VÕS § 339) piiritlemisel üürilepingust on määrava tähtsusega asjaolu, et rendilepingule on iseloomulik lepingu esemest vilja saamine. Kui üürilepingu puhul saab lepingu ese olla vaid kehaline ese ning muudele lepingutele üürilepingu sätete kohaldamiseks on vaja poolte vastavasisulist kokkulepet, siis rendilepingu regulatsioon lepingu eseme osas sellist piirangut ei sätesta. Lisaks on võimalik, et nii nagu üürilepingu puhul, kohaldatakse rendilepingu sätteid pooltevahelise vastavasisulise kokkuleppega ka mingi konkreetse lepingu suhtes, mis rendilepingu tunnustele ei vasta (juhul, kui selline kokkulepe ei lähe vastuollu mõne imperatiivse sättega).⁸⁰

TsÜS § 62 lg 2 järgi on asja vili ka tulu, mida asi annab õigussuhte tõttu. Selliseks viljaks on eelkõige asja kasutamisest saadav tasu.⁸¹ Kui tarbija on oma sisu üles laadinud teatavasse digitaalsesse ruumi, mis võimaldab tal seda teistega jagada (nt blogikeskkond või pilveteenus), on teatud juhtudel (kui sisu vaatajaid on suurel hulgal) selle ruumi kasutamisest huvitatud ka kolmandad isikud (reklaamimüüjad). Nii on võimalik, et digitaalse ruumi kasutamine teatud keskkonnas võimaldab tarbijal selle pealt raha teenida. Antud näide on küll pigem teoreetiline, ent illustreerib, miks võib käesoleva töö autori hinnangul digisisulepingu puhul kõne alla tulla ka rendilepingu kohaldumine.⁸²

⁷⁸ Kindl (viide 19), lk 12- 13; Wendland, M. Sonderprivatrecht für Digitale Güter. Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa. – ZVglRWiss 118 (2019), lk 195 ja 215.

⁷⁹ Samale järeltulele on oma magistratööis jõudnud Esko, kelle hinnangul võib digisisulepingu puhul tegu olla ka üürilepinguga. Esko (viide 27), lk 13. Vastupidisel arvamisel on Leppik ja Tuul, kes leidsid, et kuna tarkvara pole asi, vaid immateriaalne hüve, on tarkvara kasutamine üürilepingu alusel välistatud. Leppik (viide 28), lk 14; Tuul, K. Pilveteenuse osutamisel tekkiva õigussuhte kvalifitseerimine Eesti õiguses. Magistratöö. Juhendaja Irene Kull. Tartu 2014, lk 77.

⁸⁰ Varul *et al* (viide 66), § 340 lk 382.

⁸¹ Varul, P. *et al* (koost). Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2010, § 62, lk 209.

⁸² Nii Tuul kui Esko on rendilepingu kohaldumise võimalikkust hinnates lähtunud digisisust kui asjast ja asja vilja mõistest TsÜS § 62 lg 2 mõttes ning väljendanud seisukohta, et digisisulepingute puhul ei ole kohane viljast rääkida ning tarbija kasutusõiguse sisu piirdub reeglina vaid kasutuseelisteiga. Esko (viide 27), lk 13; Tuul (viide 79), lk 79. Leppik on oma magistratööis leidnud, et digisisulepingute puhul võib tegu olla ka rendilepingutega, vilja saamise elementi ei ole ta aga seejuures käsitletud. Leppik (viide 28), lk 15.

Rendilepingu esemeks võivad olla aga mis tahes esemed (sh õigused), mis vilja annavad.⁸³ Kui lepingu objektiks on õigused, tuleb lähtuda mitte asja vilja mõistest, vaid õigusvilja mõistest TsÜS § 62 lg 3 järgi. Õigusviljaga on tegemist nii juhul, kui tulu saadakse õigusest, mille eesmärgiks oli vastava tulu andmine kui ka juhul, kui tulu saadakse mingi õigussuhte raames õiguse kasutamisest.⁸⁴ Nii võib eelpool kirjeldatud digitaalse ruumi (nt pilveteenuse) näite puhul tegemist olla õigusega - leping on suunatud sellele, et võimaldada tarbijale digitaalse ruumi kasutusõigust. Selle õiguse kasutamisega seotud tulu on õigusvili TsÜS § 62 lg 3 teise alternatiivi mõttes - tulu saadakse mingi õigussuhte raames õiguse kasutamisest.

Kuna digitaalsele turule lisanduvad pidevalt uued ärimudelid, ei ole välistatud, et teatud juhtudel on digisisu kasutusse andja kohustuseks ka vilja saamise võimaldamine. DSD sõnastus ega käesolevas magistritöös esile toodud digisisulepingut iseloomustavad elemendid rendilepingu sätete kohaldumist ei välista. Seega võib käesoleva magistritöö autori hinnangul digisisulepingu puhul tegemist olla nii üüri- kui rendilepinguga.

Üürilepingu puhul sätestab lepingu eseme omadused vaid VÕS § 276 lg 1, mille järgi peab üleantav ese olema lepingujärgseks kasutamiseks sobivas seisundis. Kuivõrd VÕS § 276 sätestatud seisund haakub sisuliselt VÕS § 217 lg 2 p-s 2 sätestatud seisundiga,⁸⁵ saab lähtuda VÕS § 217 lg 2 p-s 2 sätestatust. Selle järgi tuleb lepingueseme omaduste määratlemisel lähtuda lepingus kokkulepitust ning VÕS § 77 lg-s 1 sätestatud keskmise kvaliteedi standard kohaldub vaid juhul, kui lepingu eseme omaduste kohta kokkulepe puudus. Nii on VÕS-i järgi üürilepingute puhul esmalt oluline poolte vahel kokkulepitud kvaliteedistandard ja ainult juhul, kui vastav kokkulepe puudub, peab lepingu ese vastama vähemalt keskmise kvaliteedile. Sama tulemus kehtib tulenevalt VÕS §-st 341 ka rendilepingu kohta. Seega prevaleerivad ka üüri- ja rendilepingute puhul subjektiivsete ja objektiivsete kriteeriumite omavahelises suhtes subjektiivsed kriteeriumid ning VÕS lähenemine erineb DSD-st.

2.3 Käsundusleping

Käsunduslepingulisele sooritusele (VÕS § 620) viitab DSD art 2 (1) lit. a sõnastus, mis hõlmab direktiivi kohaldamisalasse ka digitaalsed teenused. Kui teenuse osutamisel on tulemus, mida on võimalik mõistlikult piiritleda ja objektiivselt mõõta ja sellise tulemuse saavutamine on lepingu eesmärgiks, on tegemist töövõtulepinguga. Olukorras, kus teenuse osutamisega oodatavat tulemust ei saa garanteeritult pidada (VÕS § 24 lg 3 p 4) või tulemus

⁸³ Varul *et al* (viide 66), § 339 lk 381.

⁸⁴ Varul *et al* (viide 74), § 63 lk 210.

⁸⁵ Varul *et al* (viide 66), § 276 lk 253.

ei sõltu üksnes kohustatud isiku püüdlustest, vaid ka välistest teguritest ja teise lepingupoolega seotud asjaoludest (VÕS § 24 lg 3 p 5), on tegemist käsunduslepinguga.⁸⁶ Samuti aitab käsunduslepingut töövõtulepingust eristada see, et töövõtulepingu puhul ei ole tegemist kestvuslepinguga VÕS § 195 lg 3 mõttes.⁸⁷ Nii võib pilveteenuse pakkumine küll olla suunatud tulemusele - tulemuseks säilitatud andmefailid -, kuid lepingu eesmärk ei ole selle tulemuse ühekordne saavutamine, vaid andmeid võib üles ja alla laadida kogu lepingu kestuse jooksul ning just see omadus viitabki kestvusvõlasuhte.

Käsunduslepingu eristamine teistest kestvuslepingutest ei valmista suuri raskusi. Eristamisel rendilepingust on peamiseks kriteeriumiks, kas lepinguline suhe võimaldab lepingu esemest (digisisust) vilja saamist. Üürilepingu regulatsiooni on digisisule võimalik kohaldada vaid juhul, kui pooled on selles sõnaselgelt kokku leppinud.

Töövõtulepingu või käsunduslepingu eristamine võib olla keeruline olukorras, kus tarbijale tagatakse ligipääs veebis või pilves asuvale tarkvarale ühekordselt või üksikute ühekordsete sooritustena. Siiski on käesoleva magistritöö autori arvates ka sellisel juhul tegemist pigem käsunduslepinguga, kuna kaupleja sooritusvõimet internetis mõjutavad mitmed temast sõltumatud asjaolud ning seetõttu on pigem esiplaanil teenusepakkuja sooritus.⁸⁸ Samuti on käsunduslepingule omase sooritusega tegemist juhul, kui tarbijal võimaldatakse kaupleja serverisse talletatud faile töödelda.⁸⁹ Seega on valdav osa digitaalseid teenuseid puudutavatest lepingutest, seal hulgas Ekspress Konto lugemisteenus, Netflix, Dropbox, Google Drive ja Airbnb, liigitatavad käsunduslepinguks.

Käsundisaaja lepingulise soorituse kvaliteedi osas sätestab oma olemuselt imperatiivne⁹⁰ VÕS § 620 lg 1, et käsundisaaja peab käsundi täitmisel tegutsema käsundiandjale lojaalselt ja käsundi laadist tuleneva vajaliku hoolsusega. Soorituse lepingutingimustele vastavust hinnatakse lähtuvalt konkreetse käsundi laadist. Objekttiivne kvaliteedistandard majandus- ja kutsetegevuses tegutseva käsundisaaja puhul tuleneb VÕS § 620 lg 2 teisest lausest, mille järgi peab isiku tegutsemine vastama keskmise kutseoskuse tasemel tegutseva isiku

⁸⁶ Sein *et al* (viide 65), lk 328.

⁸⁷ Varul, P. *et al* (koost). Võlaõigusseadus III. Komm vlj. Tallinn: Juura 2009, § 635 lk 36.

⁸⁸ Selliselt on ligipääsu võimaldavate (nn "*access-provider*") lepingute käsunduslepinguks kvalifitseerimist põhjendanud BGH. Kirn, S., Müller-Hengstenberg, C. D. Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB? – NJW 2017, lk 435.

⁸⁹ Kindl (viide 19), lk 12-13; Wendland (viide 78), lk 226.

⁹⁰ Varul *et al* (viide 87), § 620 lk 9.

hoolsusele.⁹¹ Nii on subjektiivse hoolsuskohustuse kõrval käsunduslepingu puhul VÕS-is sätestatud ka objektiivne standard.

VÕS § 24 lg 2 täpsustab, mida tähendab kohustus teha tulemuse saavutamiseks kõik mõistlikult võimalik. Käsunduslepingu puhul tähendab see, niisuguse pingutuste tegemist, nagu poolega samal tegevus- ja kutsealal tegutsev mõistlik isik samadel asjaoludel teeks.⁹²

VÕS § 620 ja VÕS § 24 lg-ga 2 sätestavad siiski vaid käsundisaaja hoolsusstandardi, mida järgides peab käsundisaaja lepingulisi kohustusi täitma, mitte aga lepingulise kohustuse kvaliteeti iseloomustavaid spetsiifilisi omadusi. Kui põhikohustuse puhul tuleb küsida - mida peab käsundisaaja tegema, siis lojaalsus- ja hoolsuskohustuse puhul on küsimus - kuidas?⁹³ Seega ei saa hoolsusstandardit võrdsustada põhikohustuse kvaliteedistandardiga.

Kui digiteenuse Dropbox lepingutingimused näeksid ette, et Dropbox ei taga tarbija fotode originaal-resolutsiooni säilimist, puudutab see teenusepakkuja kohustust midagi teha ehk säilitada andmeid. Seega näeb lepingutingimus ette VÕS §-s 619 sätestatud lepingulise põhikohustuse kvaliteedi, mitte aga teenusepakkuja hoolsuskohustuse. VÕS ei näe käsunduslepingu puhul ette võimalust põhikohustuse täitmise kvaliteedi määratlemisel VÕS § 77 lg-s 1 sätestatud keskmist kvaliteeti arvesse võtta. Nii tuleb DropBoxi näite puhul VÕS-i järgi lähtuda lepingus kokku lepitud teenuse kvaliteedist ja DropBox ei pea tagama tarbija fotode originaal-resolutsiooni säilimist isegi juhul, kui kõik teised samalaadsed teenusepakkujad selle tagavad.

DSD järgi tuleb pooltevahelise kokkuleppe kõrval hinnata digiteenuse vastavust objektiivsetele vastavusnõuetele: kas originaal-resolutsiooni säilimine on samalaadse teenuse puhul tavapärane. Kuna samalaadsed teenused (Google Drive, Tresorit⁹⁴) ei vähenda üleslaadimisel automaatselt andmefailide mahtu ja failid säilitatakse samas mahus nagu need üles laeti, saab järeldada, et lepingus kirjeldatud standardid on madalamad kvaliteedist, mida pilveteenuse puhul võib üldiselt mõistlikult eeldada. Lepingus kokkulepitud tingimustel ja tarbija poolt mõistlikult eeldataval kvaliteedil on DSD järgi võrdne kaal ning igal juhul peab olema tagatud objektiivsetele vastavusnõuete täitmine ehk kvaliteet, mida tarbija samalaadse digisisu puhul võib mõistlikult eeldada. Seega erinevad VÕS käsunduslepingu lepingutingimustele vastavuse sätted DSD-st ning DSD ülevõtmisel tuleks VÕS-is sätestada ka keskmise kvaliteedi kohaldumine käsundisaaja põhikohustusele.

⁹¹ Sein *et al* (viide 65), lk 337; Varul *et al* (viide 87), § 620 lk 9.

⁹² Varul, P. *et al* (koost). *Võlaõigusseadus I*. Komm vlj. Tallinn: Juura 2016, § 24, lk 136.

⁹³ Varul *et al* (viide 87), § 620 lk 9.

⁹⁴ Tresorit kasutajatingimused. – <https://tresorit.com/terms-of-use> (08.04.2020).

Tulenevalt sellest, et turvalisus (DSD art 8 (1) lit. b) on omadus, mis kirjeldab mitte ainult digiteenuse omadusi, vaid ka kaupleja tegevust teenuse osutamisel, mõjutab see DSD-st tulenev omadus ka hoolsusstandardi määratlemist VÕS § 24 lg 2 mõttes. Digiteenuse osutamisel tuleb turvalisuse tagamiseks teha niisuguseid pingutusi, mida samal tegevusalal tegutsev mõistlik isik samadel asjaoludel teeks.

2.4 Litsentsileping

Olukorras, kus müügilepingu esemeks on digitaalne sisu ning sellega seotud intellektuaalne vara, on müügileping lähedalt seotud litsentsilepinguga (VÕS § 368).⁹⁵ Üldjuhul eristab neid kahte lepingut see, et müügilepingu esemeks on müüjale kuuluvate varaliste õiguste üleandmine ostjale ja litsentsileping piirdub üksnes kasutusõiguse andmisega varalistele või mõningatele litsentsitavatele isiklikele õigustele.⁹⁶ Kui tarbijale antakse üle vaid digisisuga seotud varalise õiguste kasutusõigus, on digisisulepingu puhul tegemist litsentsilepinguga. Näiteks on digisisu litsentsilepinguks veebiväljaandes avaldatud materjali täismahus kasutamiseks sõlmitud leping.⁹⁷

Tarkvara ostmisel, mille eest tasutakse juba müügikohas, kuid mille andmekandjalt arvutisse salvestamisel tuleb lisaks nõustuda arvutiekraanile kuvatavate litsentsilepingu tingimustega, on üldjuhul tegemist kahe erineva lepinguga - müügileping tarkvara müüjaga ja litsentsileping tarkvara õiguste omajaga. See tähendab, et VÕS-i järgi määratakse tarkvara kvalitatiivsed omadused müügilepinguga ja litsentsilepinguga reguleeritakse vaid intellektuaalse vara kasutamist.⁹⁸

Oluline on märkida, et juhul, kui litsentsilepingu sõlmimisel küsitakse tarbijalt isikuandmeid ning litsentsiandja kasutab neid ärielistel eesmärkidel, on DSD järgi tegu digisisulepinguga. DSD ei kohaldu, kui litsentsiandja küsib isikuandmeid vaid omapoolse kohustuse, nt uuenduste pakkumise eesmärgil. Seega peab kolmandast osapoolest litsentsiandja olema ettevaatlik, et ta ei küsiks tarbijalt muud infot, kui on vältimatult vajalik oma litsentsist või seadusest tulenevate kohustuste täitmiseks.⁹⁹ Vastasel korral on lõppkasutaja litsentsileping liigitatav digisisulepinguks ning nii lepingutingimustele vastavuse kui õiguskaitsevahendite osas kohaldub DSD regulatsioon.

⁹⁵ Sein *et al* (viide 65), lk 255.

⁹⁶ Varul *et al* (viide 66), § 208 lk 41.

⁹⁷ AS Postimees Grupi veebilehtede tellimis- ja kasutustingimused p 4.4. – <https://www.postimees.ee/tingimused/> (09.04.2020).

⁹⁸ Sein *et al* (viide 65), lk 256.

⁹⁹ Beale (viide 6), lk 13-14.

VÕS § 370 lg 2 järgi saab tarbija litsentsi kasutada kokkulepitud ulatuses, mis määratakse kindlaks lähtudes lepingu eesmärgist.¹⁰⁰ Kuna litsentsilepingu alusel antakse üle õigus, ei ole võimalik ette näha muid lepingulise soorituse kvaliteedinõudeid peale õiguse ulatuse. Tinglikult võib litsentsilepingu puhul ainsaks lepingutingimustele vastavuse kriteeriumiks lugeda VÕS § 370 lg-s 3 sätestatud, mille järgi juhul, kui kasutusõigus, millele litsentsileping laieneb, ei ole lepingus täpselt määratletud, määratakse kasutusõiguse ulatus vastavalt lepingu eesmärgile. Pigem on § 370 lg 3 puhul siiski tegu VÕS § 29 lg-s 5 ette nähtud üldisi tõlgendamisreegleid täpsustava erisättega.¹⁰¹ Nii ei ole VÕS-i järgi litsentsilepingu puhul võimalik lepingutingimustele vastavuse kriteeriume välja tuua.

DSD-s sätestatud digisisulepingu lepingutingimustele vastavuse nõuete ülevõtmine tähendaks, et lisaks õigusele digisisu kasutada, näeks seadus ette ka omadused, mis lepinguga üleantaval õigusel olema peavad. Selliste omaduste kindlakstegemine õiguse puhul on aga problemaatiline. Näiteks litsentsilepingu alusel antava õiguse puhul kasutada artiklit täismahus (näiteks oma isiklikul veebilehel avaldamiseks), peaks artikkel olema DSD-s välja toodud kvaliteedi- ja toimivusomadustega (funktsionaalsus, ühilduvus, turvalisus). Antud juhul ei ole selliste omaduste sisuline määratlemine võimalik. Omaduste määratlemine oleks võimalik litsentsilepingu alusel üleantava tarkvara puhul, kuid see läheks vastuollu VÕS-i eelpool käsitletud loogikaga, et litsentsilepinguga reguleeritakse vaid intellektuaalse vara kasutamist, mitte selle kvalitatiivseid omadusi.

Tulenevalt liisingulepingu olemusest ning asjaolust, et lepingu eseme kvalitatiivsed omadused on määratletavad müügilepingu sätete alusel, ei ole DSD ülevõtmisel vajalik litsentsilepingu regulatsiooni täiendavate sätete lisamine või muudatuste tegemine. Seetõttu ka käesoleva magistritöö edasises analüüsis litsentsilepingu sätteid eraldi ei käsitleta.

2.5 Liisinguleping

Liisingulepingu (VÕS § 361) olemuslikuks tunnuseks on kolmnurksuhte teke liisinguandja, liisinguvõtja ja müüja ehk liisinguvõtja soovitavat eset müüva isiku vahel.¹⁰² Kuna liisinguandja ja müüja vahelise suhte moodustab müügileping,¹⁰³ on põhimõtteliselt võimalik digisisu omandada ka liisingulepingu alusel. Oluline on seejuures, et liisinguandja omandaks

¹⁰⁰ Varul *et al* (viide 66), § 370 lk 479.

¹⁰¹ Varul *et al* (viide 66), § 370 lk 479.

¹⁰² Sein *et al* (viide 65), lk 233.

¹⁰³ Sein *et al* (viide 65), lk 234.

liisinguvõtja soovitava eseme, vastasel korral on tegemist järeelmaksuga müügilepinguga.¹⁰⁴ Liisinguandja ei vastuta reeglina liisingueseme puuduste eest (VÕS § 362 lg 3). Seega ei ole liisingulepingu eseme kvaliteedikriteeriumitel üldjuhul olulist tähtsust.

Nõuded liisingueseme ehk digisisu kvaliteedile tulenevad liisingulepingu puhul müügilepingu sätetest (VÕS § 217 lg 1 ja 2 p-d 1, 2 ja 6 ning sellest tulenevalt VÕS § 77 lg 1). Nii ei näe VÕS liisingulepingu puhul ette täiendavaid lepingutingimustele vastavuse kriteeriume, vaid kehtib käesoleva magistritöö müügilepingu ja töövõtulepingu alapeatükis käsitletu, mille järgi tuleb lepingutingimustele vastavuse kindlakstegemisel lähtuda kokkuleppe olemasolu korral kokkuleppest. Tulenevalt sellest, et liisingulepingu puhul lähtutakse liisingueseme lepingutingimustele vastavuse määramisel müügilepingu regulatsioonist ning vastav säte (VÕS § 365 lg 1 esimene lause) on VÕS-is olemas, ei ole vaja VÕS-i liisingulepingu sätteid digisisu lepingutingimustele vastavuse osas täiendamist.

2.6 Kriteeriumite omavahelise suhte mõju VÕS-ile

VÕS lepinguliikidest võib digisisulepingu puhul tegemist olla müügilepinguga, töövõtulepinguga, käsunduslepinguga, liisingulepinguga ja litsentsilepinguga, rendilepinguga ning pooled saavad kokku leppida, et tegemist on üürilepinguga. Õiguskirjanduses on esile toodud järgmisi võimalikke lepinguliike: müügileping,¹⁰⁵ töövõtuleping,¹⁰⁶ käsundusleping,¹⁰⁷ üürileping,¹⁰⁸ litsentsileping.¹⁰⁹ Seega ühtib õiguskirjanduse seisukoht suures osas magistritöö autori poolt välja toodud lepinguliikidega.

VÕS lepingutingimustele vastavuse osas kirjeldab objektiivsete ja subjektiivsete vastavusnõuete suhet kokkuvõtlik tabel käesoleva magistritöö lisa 1. Selle järgi on digisisulepinguna kõne alla tulla võivate VÕS lepinguliikide puhul lepingutingimustele vastavuse kontrollimise esmaseks aluseks pooltevaheline leping ja ulatuses, kus küsimus lepingutingimustele vastavuse kohta on lepingus eraldi ja ammendavalt reguleeritud, ei ole keskmist kvaliteeti puudutavate täiendavate kriteeriumite kohaldamine vajalik ega lubatud.¹¹⁰ Seega prevaleerivad subjektiivsete ja objektiivsete kriteeriumide omavahelises suhtes VÕS-i

¹⁰⁴ Sein *et al* (viide 65), lk 237.

¹⁰⁵ Beale (viide 6), lk 5; Rafel (viide 7), lk 9; Mak (viide 23), lk 12; Spindler (viide 32), lk 188; Weber (viide 42), lk 1790; Hoekstra/Diker-Vanberg (viide 50), lk 109.

¹⁰⁶ Wendland (viide 78), lk 215 ja 226;

¹⁰⁷ Beale (viide 6), lk 5; Rafel (viide 7), lk 9; Mak (viide 23), lk 12; Weber (viide 42), lk 1790; Spindler (viide 32), lk 188; Hoekstra/Diker-Vanberg (viide 50), lk 109; Wendland (viide 78), lk 215 ja 226.

¹⁰⁸ Rafel (viide 7), lk 9; Mak (viide 23), lk 12; Spindler (viide 32), lk 188; Wendland (viide 78), lk 215 ja 226.

¹⁰⁹ Rafel (viide 7), lk 9; Weber (viide 42), lk 1790.

¹¹⁰ Varul *et al* (viide 66), § 217 lk 85 ja 101.

järgi subjektiivsed kriteeriumid. Seda ka käsunduslepingu puhul, kus VÕS § 620 näeb käsundi täitmisel ette küll objektiivse standardi majandus- või kutsetegevuses tegutsevale isikule, kuid sellist kohustust ei saa laiendada lepingulise põhikohustuse kvaliteedile (vt ptk 2.3).

DSD näeb ette, et tarbija poolt mõistlikult eeldatav kvaliteedistandard kehtib lepingus kokkulepitud tingimuste kõrval ja igal juhul peab olema tagatud objektiivsetele kriteeriumitele vastamine (DSD art 8 (1); DSD pp 45). Sellest aspektist omab DSD-s sätestatud objektiivsete ja subjektiivsete kriteeriumite omavaheline suhe olulist mõju VÕS-ile – digisisulepingu puhul erineb lepingus kokkulepitud kvaliteedi ja keskmise kvaliteedi omavaheline suhe põhimõtteliselt.

Käesoleva magistritöö autori hinnangul ei vaja VÕS § 77 lg 1 seoses DSD ülevõtmisega täiendamist, kuna digisisulepingu puhul tuleneb lepingulise kohustuse täitmise kvaliteet seadusest ehk VÕS-is digisisulepingule kohalduvast eriregulatsioonist.

Kuna tüüptingimuste regulatsioon (VÕS § 35 jj) kohaldub kõigile VÕS lepinguliikidele, on tüüptingimustel sõlmitud lepingute puhul võimalik keskmise kvaliteedi määratlemiseni VÕS § 77 lg 1 teise lause järgi jõuda ka läbi tüüptingimuste tühisuse.¹¹¹ Seejuures tuleb esmalt hinnata, kas tegemist on lepingu põhilist eset puudutava tüüptingimusega, mida ei loeta ebamõistlikult kahjustavaks (VÕS § 42 lg 2). Selleks tuleb igal üksikul juhul välja selgitada, kas tingimus aitab õiguslikus või majanduslikus plaanis objektiivselt kaasa lepingu põhiomaduste kindlaksmääramisele ja kas tingimus kuulub tingimuste hulka, mis määravad lepingu olemuse.¹¹²

VÕS § 42 lg 3 p-de 16 ja 17¹¹³ kohaselt on tühised tüüptingimused, millega antakse tingimuse kasutajale ühepoolne õigus anda mõjuva põhjusega üle kokkulepitust erinevate omadustega vallasasi või osutada teistsuguste omadustega teenus ning antakse tingimuse kasutajale õigus ühepoolset määrata, kas üleantud vallasasi, osutatud teenus või muu kohustuse täitmine vastab lepingutingimustele. Seega on lepingutingimus VÕS § 42 lg 3 p 16 järgi tüüptingimuseks keelatud ainult siis, kui tingimuses ei ole ära näidatud põhjuseid, mil selline õigus võiks tekkida ja kui need põhjused ei ole piisavalt mõjuvad, et niisugust õigust anda.

¹¹¹ Varul *et al* (viide 66), § 217 lk 101.

¹¹² Varul *et al* (viide 92), § 42 lk 228.

¹¹³ Õiguskirjanduses on viidatud ka vajadusele ajakohastada tüüptingimustest direktiivi lisa (VÕS § 42 lg 3) digisisu-spetsiifikast lähtuvalt, sest nimekiri ebaõiglastest tüüptingimustest pandi kokku varajastel 90ndatel. Manko (viide 15), lk 22. Kuna direktiivis on see sätestatud soovitusliku loeteluna (tüüptingimustest direktiiv art 3 (3)), VÕS-i aga üle võetud nn musta nimekirjana (VÕS § 42 lg 3), oleks selliste muudatuste lisamisel Eesti õiguse kontekstis seda olulisem tähendus.

VÕS kommenteeritud väljaanne toob keelatud tüüptingimusena näiteks tingimuse, milles jäetakse kauplejale õigus muuta interneti võimsust või kiirust ilma, et oleks näidatud kokkulepitud omadustega teenuse muutmise põhjused.¹¹⁴ Digiteenuse puhul saab tuua sarnase näite - VÕS § 42 lg 4 p 16 järgi oleks tühine tüüptingimus, millega kaupleja jätab endale ilma mõjuva põhjuseta õiguse muuta ühepoolset pilves säilitatavate foto- ja videofailide mahtu.

Samuti võib lepingu eseme kvaliteeti puudutav lepingutingimus olla üllatuslik tüüptingimus VÕS § 37 lg 3 mõttes, kui tingimustes sätestatakse keskmisest oluliselt madalam kvaliteet. Kui lepingu eseme kvaliteeti või omadusi puudutav tüüptingimus on tühine, puudub poolte vahel vastavasisuline kokkulepe ning lepingu eseme kvaliteedi määratlemiseks kohaldatakse VÕS § 77 lg-s 1 sätestatud keskmise kvaliteedi standardit. Siiski ei ole see võrreldav DSD-s sätestatud objektiivse standardiga, mis kehtib alati lepingus kokkulepitu kõrval. VÕS-i puhul on eelkirjeldatud viisil objektiivse standardi kohaldumine oluliselt piiratum, sest tegemist peab olema tüüptingimusega ning tüüptingimuse tühisus vajab alati eraldi hindamist

Eeltoodust saab järeldada, et VÕS-i ja DSD objektiivsete ja subjektiivsete kriteeriumite omavaheline suhe erineb põhimõtteliselt. DSD ülevõtmisega kaasnev võimalik mõju VÕS-ile puudutab seega müügilepingu, töövõtulepingu, üürilepingu, rendilepingu ja käsunduslepingu regulatsiooni. Kõigi nende lepinguliikide puhul tuleks ette näha teistsugune objektiivsete ja subjektiivsete kriteeriumite suhe.

Juhul, kui digisisulepingut puudutavad sätted lisada VÕS olemasolevate lepinguliikide alla, on korduste vältimiseks teatud lepinguliikide puhul võimalik kasutada viitelisi norme. Kui digisisuleping reguleeritakse *sui generis* lepinguliigina, siis VÕS teiste lepinguliikide all digisisu lepingutingimustele vastavuse sätetele viiteid teha ei ole vaja.

Kuna nii üürilepingu kui rendilepingu puhul reguleerib lepingu eseme seisundit VÕS § 276 lg 1, tuleks sätet täiendada ning VÕS § 276 lg-s 1¹ teha viide digisisulepingu lepingutingimustele vastavuse sätetele, näiteks järgmisel kujul: Kui üürilepingu alusel antakse üle digisisu, kohaldatakse lepingujärgseks kasutamiseks sobiva seisundi määratlemiseks käesoleva seaduse §-s [•] sätestatut.

Kuna müügilepingu ja töövõtulepingu lepingutingimustele vastavuse sätted on VÕS-is suures osas identsed¹¹⁵, peaksid ka DSD ülevõtmisel tehtavad muudatused olema mõlemas regulatsioonis sarnased. Nii peaks mõlema regulatsiooni all kajastuma, et lisaks

¹¹⁴ Varul *et al* (viide 92), § 42 lk 242.

¹¹⁵ Varul *et al* (viide 87), § 635 lk 37.

subjektiivsetele kriteeriumitele peab lepingu alusel üle antav digisisu vastama ka objektiivsetele kriteeriumitele.

Juhul, kui digisisulepingu sätted otsustatakse paigutada kõigi lepinguliikide alla, tuleks digisisu lepingutingimustele vastavuse sätted eraldi välja tuua ka käsunduslepingu regulatsioonis ning mitte piirduda viitega vastavatele sätetele müügilepingu või töövõtulepingu all. Kuna väga paljud digiteenuse osutamise lepingud liigituvad VÕS järgi käsunduslepinguks, raskendaks viitelisus seaduse lugemist ning digisisu lepingu pooltel oma kohustuste mõistmist. Samuti on lepingutingimustele vastavuse sätete eraldi väljatoomine vajalik, kuna käsunduslepingu praegune regulatsioon ei sisalda nõudeid põhikohustuse kvaliteedile ega subjektiivsete ja objektiivsete vastavusnõuete omavahelisele suhtele ning seeläbi erineb VÕS regulatsioon oluliselt DSD-st.

Lepingutingimustele vastavuse jaotamine niivõrd erinevate lepinguliikide alla tähendab käesoleva magistritöö autori hinnangul kas arvukaid kordusi või keerukaid viiteid, mis muudavad seaduse vigadele altiks ja raskepäraseks. Samasugusele probleemile on viidatud ka Saksa õiguskirjanduses.¹¹⁶ Samuti on VÕS-i puhul problemaatiline DSD lepingutingimustele vastavuse sätete kohaldamine litsentsilepingule, mis läheb põhimõtteliselt vastuollu praeguse VÕS-i loogikaga, mis ei näe ette litsentsilepingu eseme kvalitatiivsete omaduste määratlemist. Kui lähtuda sellest, et litsentsilepingu puhul määratletakse lepingu eseme kvalitatiivsed omadused müügilepingu sätete alusel, puudub vajadus litsentsilepingu regulatsioonis digisisu lepingutingimustele vastavuse sätetele eraldi viidata.

Analüüsi põhjal, mis hõlmas nii lepingutingimustele vastavuse kriteeriumite omavahelise suhte võrdlust VÕS-i ja DSD järgi kui digisisulepingu kohaldumise analüüsi erinevate VÕS-i lepinguliikide puhul, saab järeldada, et lihtsam ja selgem oleks digisisulepingu reguleerimine *sui generis* lepinguliigina. Saksa õiguskirjanduses on sellise lähenemise puudusena esile toodud vastuolu BGB-le lepinguliikide defineerimise loogikaga, mis on käibe-, mitte objekti-keskne: see tähendab, et liigitusel ei lähtuta mitte sellest, millist hüve lepingu ese loob, vaid sellest, mis selle hüvega juhtuma peaks.¹¹⁷ Arvestades, et objektiivsete ja subjektiivsete kriteeriumite võrdne suhe on iseloomulik just digisisulepingule ning seda ei kohta ühegi teie VÕS lepinguliigi all, tooks eraldi lepinguliigi loomine selle aspekti selgemalt esile ega killustaks seda olulist põhimõtet erinevate lepinguliikide vahel. Samuti aitaks see vältida lepingutingimustele vastavuse kriteeriumite kohaldamise probleeme liisingulepingu puhul.

¹¹⁶ Wendland (viide 78), lk 194 ja 220.

¹¹⁷ Wendland (viide 78), lk 223.

Seetõttu on käesoleva magistritöö autor seisukohal, et lepingutingimustele vastavuse aspektist tuleks eelistada digisisulepingu sätestamist eraldi lepinguliigina VÕS eriosas.

2.7 Objektiivsetest kriteeriumitest kõrvalekaldumise võimalus

2.7.1 Kokkuleppe ulatus

Tarbija kui nõrgema osapoolle kaitsmisele ei saa ohvriks tuua eraõiguse üldpõhimõtteid sh lepinguvabaduse põhimõtet ning seetõttu peab DSD tagama tasakaalu paindlikkuse ja tarbija huvide kaitsmise vahel. Selline tasakaal väljendub pooltevahelise kokkulepperuumi ulatuses - liiga kitsas kokkulepperuum välistaks lepinguvabaduse põhimõtte, seevastu liiga ulatuslik kokkulepperuum tähendaks ohtu, et objektiivsed vastavuskriteeriumid muutuvad sisutühjaks.¹¹⁸

DSD järgi on võimalik DSD art 8 lg-tes 1 ja 2 sätestatud objektiivsetest vastavusnõuetest poolte kokkuleppel kõrvale kalduda (DSD art 8 (5)). Samuti saab kokkuleppega kõrvale kalduda DSD art-s 10 sätestatust, mis näeb ette, et kolmanda isiku õigustest, eelkõige intellektuaalomandi õiguste rikkumisest tulenev piirang ei tohi takistada või piirata digisisu kasutamist (DSD pp 53). Käesolevas peatükis leiab käsitlemist, millises vormis ja millises ulatuses on võimalik sõlmida DSD objektiivsetest kriteeriumitest kõrvalekalduv kokkulepe.

Järgnevalt on välja toodud DSD-s sätestatud objektiivsed vastavusnõuded, millest on poolte kokkuleppel võimalik kõrvale kalduda. Kaldkirjas on lisatud näide võimalikust lepingutingimusest. Pooltevahelise kokkuleppega on võimalik ette näha, et:

- digisisu ei sobi otstarbeks, milleks sama liiki digisisu tavaliselt kasutatakse (DSD art 8 (1) a) - *Tekstitöötlusprogramm ei sisalda õigekirjakontrolli funktsiooni.*
- digisisu ei ole koguses ning kvaliteedi ning toimivusomadustega, mis on sama liiki digisisu puhul tavapärane (DSD art 8 (1) b) - *Üle 2 MB suurused failid konverteeritakse pilve üleslaadimisel automaatselt 2 MB suuruseks.*
- digisisu ei vasta kaupleja poolt enne lepingu sõlmimist kättesaadavaks tehtud prooviversioonile või eelvaatele (DSD art 8 (1) d) - *Tekstitöötlusprogrammi tabelitöötluse funktsioon erineb prooviversioonist sisaldades väiksemas valikus ning teistsuguse kujundusega elemente.*
- kaupleja ei paku uuendusi, seal hulgas turvauuendusi, mis on vajalikud digisisu nõuetele vastavuse tagamiseks (DSD art 8 (2) - *Käesolevale tarkvara versioonile ei pakuta uuendusi, seal hulgas turvauuendusi.*

¹¹⁸ Mak (viide 23), lk 15-16.

- kaupleja ei varusta digisisu tarvikute ja juhenditega, mille saamist võib tarbija mõistlikult eeldada (DSD art 8 (1) c) - *Tarkvaraga ei ole kaasas reklaamis lubatud ühenduskaablit.*
- kaupleja ei anna üle digisisu viimast versiooni (DSD art 8 (6)) - *Tegemist on tarkvaraprogrammiga Microsoft Office 2010, mis ei ole tarkvara viimane versioon.*
- digisisu ei ole vaba kolmanda isiku õigustest, eelkõige intellektuaalomandi õiguste rikkumisest tulenevatest piirangtest või võib esineda takistusi või piirata digisisu kasutamist (DSD art 10) - *Teatud sarjade edastamine võib tulenevalt geograafilisest asukohast olla piiratud.*

Kokkuleppega ei ole võimalik lühendada ajavahemikku, mille jooksul digisisu peab lepingutingimustele vastama. DSD art 8 (4) näeb ette, et kui digisisu peab üle andma teatava ajavahemiku jooksul pidevalt, peab see olema nõuetega vastavuses kogu kõnealuse ajavahemiku jooksul.¹¹⁹ Näiteks ei oleks lubatud selline lepingutingimus, mille järgi Ekspress Konto lugemisõiguse tähtajatu lepingu puhul vastutab kaupleja lepingutingimustele vastavuse eest, mis ilmnevad teenuse kasutamise esimesel kahel nädalal.

Siinkohal tekib küsimus, kuidas suhestub nõuetelevastavuse tagamine uuenduste pakkumise kohustusega. Kui pooled võivad kokku leppida, et uuendusi ei pakuta üldse või pakutakse tavapärasest väiksemas ulatuses, mõjutab see ka digisisu muude omaduste lepingutingimustele vastavust, sest peamine viis digisisu toimivusomaduste tagamiseks on digisisu uuendamine. Kui pooltevahelise kokkuleppe kohaselt ei pakutaks Ekspress Konto lugemisõigusele uuendusi ning Android operatsioonisüsteemil tuleks välja uus versioon, mistõttu ei oleks mobiiltelefonis enam võimalik Ekspress Konto lugemisõigust kasutada, tekib küsimus, kas on tagatud nõuetelevastavus kogu teenuse pakkumise ajavahemiku jooksul või on uuenduste pakkumise kohustustest kõrvalekalduva kokkuleppega sisuliselt ikkagi seda ajavahemikku lühendanud.

DSD põhjenduspunkt 58 rõhutab, et DSD-s sätestatud tähtaegade eesmärk on võimaldada tarbijatel kasutada õiguskaitsevahendeid. Uuenduste pakkumise puhul seisneb käesoleva magistritöö autori hinnangul tasakaal tarbija huvide ja lepinguvabaduse vahel asjaolus, et pooled võivad kokku leppida, et uuendusi ei pakuta, kuid tarbija võib sellegipoolest õiguskaitsevahendeid kasutada juhul, kui digisisu ei vasta seetõttu objektiivsetele vastavusnõuetele (DSD pp 44 ja 47). Ekspress Konto lugemisõiguse näite puhul saavad pooled kokku leppida, et uuendusi ei pakuta, kuid kui Android operatsioonisüsteemi uue versiooni tõttu ei ole enam tagatud digiteenuse juurdepääsetavus DSD art 8 (1) lit. b mõttes, saab tarbija sellele tuginedes siiski nõuda digisisu lepingutingimustega vastavusseviimist.

¹¹⁹ Spindler/Sein (viide 74), lk 489.

Lepingutingimustele vastavuse ajavahemikku ei ole tarbijalepingute puhul võimalik lühendada ka VÕS-i järgi. Töölepingu regulatsioonis sisalduv töövõtja vastutuse aeg (VÕS § 643 lg-s 2) ja müügilepingu regulatsioonis sisalduv müüja vastutuse aeg (VÕS § 218 lg 2) on imperatiivsed (VÕS § 237 ja VÕS § 657 lg 1).¹²⁰

DSD järgi ei ole poolte kokkuleppega võimalik piirata või välistada ka kaupleja vastutust lepingutingimustele mittevastavuse eest, mis tuleneb digisisu ebaõigest paigaldamisest (DSD art 9). Tarbijalemüügi- ja tarbijatöövõtulepingu puhul ei ole sellise kokkuleppe sõlmimine lubatud ka VÕS-i järgi (VÕS § 217 lg 5; VÕS § 237 lg 1; VÕS § 641 lg 4; VÕS § 657 lg 1). Käsundusepingu regulatsioon ei sätesta midagi käsundisaaja vastutust piiravate või välistavate lepingutingimuste kohta. Seega on käsunduslepingu puhul võimalik kõrvale kalduda ka ebaõigest paigaldamisest tulenevast vastutusest.

Üürilepingu puhul näeb VÕS regulatsiooni imperatiivsuse ette vaid eluruumi üürilepingute osas (VÕS § 275). Kui kohalduks rendilepingu regulatsioon või pooled oleksid kokku leppinud, et digisisu üleandmise lepingule kohaldatakse üürilepingu sätteid, saaks poolte kokkuleppel kõrvale kalduda ka digisisu ebaõigest paigaldamisest tulenevast vastutusest. Siiski tuleb kõigi kokkulepete puhul silmas pidada VÕS § 106 lg-st 2 tulenevat, mille järgi ei saa kokku leppida vastutuse välistamist tahtliku rikkumise puhuks ega ole lubatav kokkulepe, mis võimaldab võlgnikul täita kohustuse oluliselt erinevana võlausaldaja poolt mõistlikult eeldatust või mis muul viisil ebamõistlikult välistab vastutuse või piirab seda.

Seega on DSD ja VÕS-i regulatsioon ebaõigest paigaldamisest tuleneva vastutuse piiramise osas mõnevõrra erinev. DSD järgi ei ole võimalik piirata või välistada kaupleja vastutust digisisu ebaõigest paigaldamisest tuleneva lepingutingimusele mittevastavuse eest. VÕS-i järgi on see sõnaselgelt keelatud vaid tarbijalemüügi- ja tarbijatöövõtulepingu puhul, ülejäänud lepinguliikide puhul tuleb kokkuleppe lubatavust hinnata VÕS § 106 lg 2 alusel, mille puhul lubatavus sõltub konkreetsest lepingutingimusest.

2.7.2 Kokkuleppe sõlmimise aeg

DSD näeb ette, et tarbija peab kõrvalekalduva kokkuleppega olema lepingu sõlmimise ajal sõnaselgelt ja eraldi nõustunud (DSD art 8 lg 5). Ka digisisu muutmise õigus, mis ei ole seotud vajadusega säilitada digisisu nõuetelevastavus, tuleb eelnevalt kokku leppida (DSD art 19 lg 1 a). Seega tuleb objektiivsetest vastavusnõuetest kõrvalekalduvad kokkulepped sõlmida koos esialgse lepinguga, sest lepingu lisana tagantjärele lepingu muutmise enam võimalik ei

¹²⁰ Varul *et al* (viide 66), § 218 lk 111; Varul *et al* (viide 87), § 642 lk 78.

ole. Samuti ei saa objektiivsetest kriteeriumitest kõrvale kalduda vastavasisulise teavitusega uuenduse pakkumisel (DSD pp 74). Uue versiooni pakkumisel on objektiivsetest tingimustest kõrvalekalduva kokkuleppe sõlmimine võimalik juhul, kui uue versiooni pakkumine kujutab endast uue digisisulepingu sõlmimist (DSD pp 75).

VÕS-i järgi on poolte kokkuleppel lepingu muutmine lubatud (VÕS § 13 lg 1). Seega võivad pooled lepingu lisana juba sätestatud lepingutingimustest või keskmisest kvaliteedist kõrvale kalduda eeldusel, et selline kokkulepe ei ole vastuolus tüüptingimuste regulatsiooniga ega VÕS § 106 lg-ga 2. Nii et erinevalt VÕS-ist piirab DSD pooltevahelist kokkuleppevabadust ajaliselt ning kohustab pooli lepingu sõlmimisel läbi mõtlema, millist kvaliteeti ning toimivusomadusi on tal antud digisisu puhul võimalik pakkuda/saada. Järelikult on digisisu lepingutingimustele vastavuses osas vajalik DSD ülevõtmisel ka VÕS-is ette näha samasugune piirang objektiivsetest vastavusnõuetest kõrvalekalduva kokkuleppe sõlmimise ajale.

2.7.3 Kokkuleppe väljenduslaad

Kõrvalekaldumine samalaadse digisisu puhul tavapärasest kvaliteedist peab olema sõnaselgelt väljendatud ja ei tohi olla liialt üldsõnaline. DSD art 8 (5) sätestab, et kõrvalekalduv kokkulepe peab tarbijat teavitama konkreetsest omadusest, millega digisisu teatav omadus kaldub kõrvale objektiivsetest vastavusnõuetest. Seega tuleb tarbijale teada anda, milline omadus ja kuidas objektiivsetest vastavusnõuetest kõrvale kaldub. Nii oskab tarbija paremini hinnata konkreetse kõrvalekalde mõju digisisu omadustele. Kokkuleppe sõnastus ei saaks olla: "Kaupleja ja tarbija on kokku leppinud, et rakendusel ei ole toimivusomadusi, mida sarnaste rakenduste puhul tavapäraselt võib eeldada". Samuti ei piisa digisisu puhul laialdaselt kasutatava¹²¹ üldise vastutust välistava, nõ "as is" klausli lisamisest.¹²² Lubatav oleks aga: "Kaupleja ja tarbija on kokku leppinud, et rakendus ei ole ühildatav nutikellade ja aktiivsusmonitoridega." või ka: "Kaupleja ja tarbija on kokku leppinud, et rakendus on kasutatav ja ühildatav ainult nutitelefonidega."

VÕS eriosa ei sätesta lepinguliikide all nõudeid lepingutingimuste sõnastusele. Küll aga tuleneb VÕS-i üldosast, vastutusest vabastamise või vastutuse piiramise kokkulepet reguleerivast VÕS § 106 lg-st 2, et lepingutingimuse sõnastus ei või viia selleni, et lepingutingimusega välistatakse või piiratakse vastutust ebamõistlikult. Tüüptingimuste puhul

¹²¹ Käesolevas magistritöös läbivalt kasutatavate digisisu näidete puhul sisaldub "as is" tingimus nii Dropboxi (viide 45), Netflixi (viide 44) kui Airbnb (viide 47) üldtingimustes.

¹²² Spindler/Sein (viide 74), lk 489. "As is" klauslid on digisisu puhul laialdaselt kasutatud.

kohaldub ka VÕS § 37 lg 3, mille järgi ei või tüüptingimuse väljendusviis või esituslaad olla niivõrd ebatavaline või arusaamatu, et teine lepingupool ei või seda tingimust olulise pingutuseta mõista.

Kuigi DSD-s sisalduvad nõuded lepingutingimuse sõnastusele võivad "as is" klausli puhul olla tuletatavad VÕS § 106 lg-st 2, on DSD nõuded objektiivsetest vastavusnõuetest kõrvalekalduva lepingutingimuse sõnastusele üksikasjalikumad ja kohustavad kauplejat täpselt väljendama, milline omadus objektiivsetest vastavusnõuetest kõrvale kaldub. Seetõttu tuleks kokkuleppe väljenduslaadi kohta ka VÕS-is ette näha, et digisisulepingu sõlmimise ajal tuleb tarbijat teavitada sellest, millistest objektiivsetest vastavusnõuetest digisisu teatav omadus kõrvale kaldub.

2.7.4 Kokkuleppe vorm

Objektiivsetest kriteeriumitest on võimalik kõrvale kalduda ainult vastava eraldi kokkuleppega, kus objektiivsetest vastavusnõuetest kõrvalekalduv lepingutingimus on muudest tingimustest selgelt eraldi välja toodud ning tarbija on sellise tingimusega eraldi nõustunud (DSD art 8 (5)).

Selline nõue tuleneb digisisulepingute puhul levinud *klick-wrap*-formaadist, mille puhul esitatakse tüüptingimused pikas ja keerulises elektroonilises vormis lepingus, millega on võimalik nõustuda vastavas lahtris klõpsates. Tarbijad enamasti ei loe sellises formaadis lepingutingimusi enne "nõustun"-nupule vajutamist läbi. Kuna objektiivsetest kriteeriumitest kõrvalekadumine tuleb eraldi ja sõnaselgelt välja tuua, ei saa kauplejad keskmisest kvaliteedist kõrvalekalduvate omaduste kokkuleppimiseks *klick-wrapi* kasutada.¹²³

DSD järgi peaks kõrvalekadumine olema võimalik üksnes siis, kui tarbija nõustub kokkuleppega eraldi aktiivse ja ühemõttelise käitumise teel. Kirjaliku lepingu puhul on selliseks käitumiseks eraldi lahtri märgistamine, arvuti vahendusel sõlmitavate lepingute puhul nupule vajutamine või muu sarnase funktsiooni aktiveerimine. Sellist kokkulepet on võimalik sõlmida ka tüüptingimustel. Kuna DSD põhjenduspunkti järgi piisab arvuti vahendusel sõlmitava kokkuleppe puhul nupulevajutusest, on käesoleva magistr töö autori hinnangul piisav, kui lepingutingimustest eraldi tuuakse välja, millises osas ei vasta lepingu ese objektiivsetele kriteeriumitele ning selle kõrvalekastikeses on koht, millele klõpsates saab tarbija oma nõustumust väljendada (DSD pp 49).

¹²³ Billen (viide 4), lk 12; Kindl (viide 19), lk 17; Spindler/Sein (viide 74), lk 489.

Näiteks muude lepingutingimuste seas paiknev punkt, mille kohaselt Endomondo rakendus ei garanteeri ühilduvust tarbija seadmetega¹²⁴ ei ole DSD-ga kooskõlas. DSD art 8 (5) järgi oleks lubatav ainult selline tingimus, mis on lepingu lõpus eraldi välja toodud või ilmub lepingu sõlmimisel seadme ekraanile eraldi kastikesena: “Rakendus Endomondo ühildub järgmiste seadmetega: nutikell X, aktiivsusmonitor Y ja Z. Muude seadmetega ei pruugi rakendus ühilduda või võib esineda ühildumisprobleemidest tulenevaid puudusi rakenduse toimimises.”.

On küsitav, kas DSD-s sätestatud nõue kokkuleppe vormile kaitseb tarbijat senisest paremini. Kui tarbijale kuvatakse tarkvara allalaadimisel esmalt üldised lepingutingimused, mille all on eraldi kastikesed: 1) kaupleja vastutuse kohta seoses kolmanda isiku õigustega, 2) teatud omaduste kohta seoses tarkvara ühildumisega ja 3) teatud omaduste kohta seoses tarkvara laadimiskiirusega, tuleb tarbijal nõusoleku märgiks linnuke klõpsata nelja erinevasse kastikesse. Sellisel juhul on DSD-ga ette nähtud “sõnaselge ja eraldi nõustumus” tegelikkuses hulk kastikesi ja nii ei erine see oluliselt *klick-wrap*ist, mida DSD-s sätestatud vorminõudega välistada sooviti. Seega olulist sisulist mõju selline eraldi väljatoomine nõue käesoleva magistriritöö autori arvates ei oma.

VÕS ei näe ette nõudeid keskmise kvaliteedi standardist kõrvalekalduva kokkuleppe vormile. Kokkuleppe sõlmimine on VÕS-i järgi võimalik ka tüüptingimustel. Seega tüüptingimustel kokkulepet võimaldavad nii VÕS kui DSD, kuid DSD kohaselt on objektiivsetest vastavusnõuetest kõrvalekalduv lepingutingimus vaja selgelt eraldi välja tuua.

Kokkuvõtlikult saab järeldada, et kuna DSD art 8 (5) järgi saab poolte kokkuleppel kõrvale kalduda vaid DSD art 8 (1) ja (2) sätestatud objektiivsetest kriteeriumitest ning teised lepingutingimustele vastavuse kriteeriumid on imperatiivsed, on kokkulepperuumi ulatus DSD-s konkreetselt määratletud ning tuleks seetõttu sama selgelt määratleda ka VÕS-is. DSD art 8 (5) sisaldab täpseid nõudeid objektiivsetest vastavusnõuetest kõrvalekalduva kokkuleppe ajale, väljenduslaadile ja vormile. Sellest tulenevalt tuleks DSD lepingutingimustele vastavuse sätteid üle võttes sõnaselgelt välja tuua, et objektiivsetest kriteeriumitest kõrvalekalduv kokkulepe on lubatud ainult juhul, kui see on piisavalt konkreetne ning peab olema sõlmitud ülejäänud lepingutingimustest eraldi. Kuna kokkuleppevõimalus puudutab vaid objektiivseid vastavusnõudeid, on asjakohane paigutada vastav säte objektiivseid kriteeriume sätestava paragrahvi järele.

¹²⁴ Endomondo rakenduse tingimus p 6.1. – <https://account.underarmour.com/en-us/terms-and-conditions#6-mobile-services> (02.02.2020).

3. Subjektiivsed kriteeriumid

3.1 Lepingueelse teabe saamine lepingu osaks

Digisisu peab vastama nõuetele, milles kaupleja ja tarbija on lepingus kokku leppinud (DSD art 6 ja 7, DSD pp 42). Käesolevas peatükis leiavad näidete varal käsitlemist kõik DSD subjektiivsed vastavusnõuded, et selgitada, mis on kriteeriumite sisu ja kuidas need suhestuvad VÕS-is sätestatuga: millised DSD kriteeriumid on VÕS-is juba olemas ja millises ulatuses vajaksid VÕS-i lepingutingimustele vastavuse sätteid täiendamist.

Subjektiivsed kriteeriumid hõlmavad nii selliseid olukordi, kus kaupleja on sõnaselgelt võtnud endale lepinguga teatud kohustuse, aga ka olukordi, kus lepingut saab vastavalt tõlgendada (DSD pp 48). Üksikasjalikumalt DSD lepingueelse teabe saamist lepingu osaks ei reguleeri.¹²⁵ Küll aga näeb VÕS ette, et kui lepingueelsete läbirääkimiste tulemusel sõlmitakse leping, on lisaks lepingust tekkinud kohustustele lepingu sisuks kohustused, mis on tekkinud enne lepingu sõlmimist.¹²⁶ Nii muutub ka digisisu kohta lepingueelselt antud teave hiljem sõlmitud lepingu osaks¹²⁷ ehk osaks subjektiivsetest kriteeriumitest. Et teha järeldusi selle kohta, kas ja kuidas mõjutab DSD ülevõtmine lepingueelse teabe sätteid, on vaja võrrelda VÕS-i järgi lepingueelselt antavat teavet ja DSD subjektiivseid kriteeriume.

Tarbijaõiguste direktiivist¹²⁸ tulenevalt sätestab VÕS digitaalse sisu kohta lepingueelse teabe andmise erireeglid (VÕS § 14¹ lg 3; VÕS § 48 lg 1 p 5; VÕS § 54 lg 1 p 5). Eeltoodud sätetes sisaldub ka digitaalse infosisu mõiste. Tarbijaõiguste direktiivi digitaalse infosisu definitsioon (2011/83 art 2 p 11) ei hõlma aga digitaalseid teenuseid ja ei ühti seega digisisu mõistega DSD järgi. Nii puudutab tarbijaõiguste direktiivis ette nähtud lepingueelse teabe andmise kohustus ainult digitaalses vormis koostatud ja edastatud andmeid.¹²⁹

Digisisu mõiste erinevus tarbijaõiguste direktiivis ja DSD-s ei mõjuta DSD lepingutingimustele vastavuse kriteeriumide ülevõtmist, sest ka digiteenuse omaduste kohta antav lepingueelne info toob kaasa selle, et vastavad omadused loetakse poolte vahel

¹²⁵ Lepingueelse teabe mõju tarbija ootustele digisisu tavapärase kvaliteedi osas ehk mõju objektiivsetele vastavusnõuetele reguleerib DSD art 8 (1) lit. b.

¹²⁶ Varul *et al* (viide 92), § 14 lk 96.

¹²⁷ Varul *et al* (viide 92), § 15 lk 104.

¹²⁸ 25. oktoobri 2011. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2011/83/EL tarbija õiguste kohta, millega muudetakse nõukogu direktiivi 93/13/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 1999/44/EÜ ja millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu direktiiv 85/577/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 97/7/EÜ EMPs kohaldatav tekst. – ELT L, 304/64, lk 64–88. VÕS vastavad muudatused jõustusid 13. juunil 2014 (Võlaõigusseaduse ja tarbijakaitse seaduse muutmise seadus. – RT I, 31.12.2013, 1).

¹²⁹ Manko (viide 15), lk 8.

kokkulepituks. DSD lepingutingimustele vastavuse aspektist on oluline, et sellisel viisil lepingu osaks saanud digiteenuse omadused oleksid seejuures kooskõlas ka objektiivsete vastavusnõuetega.

Käesoleva magistritöö autor nõustub õiguskirjanduses väljendatud seisukohaga, et selguse ja järjepidevuse huvides peaks tarbijaõiguste direktiivi digitaalse infosisu definitsiooni siiski muutma ja hõlmama mõistega ka digitaalsed teenused.¹³⁰ Siseriikliku õiguse raames lahendaks probleemi digitaalse infosisu (digisisu) mõiste ühtne, DSD-st lähtuv defineerimine VÕS-is. Kuigi tarbijaõiguste direktiiv on maksimumharmoneeriv (2011/83 art 4), lubab direktiiv vastu võtta täiendavaid lepingueelseid teavitamisnõudeid (2011/83 art 5 (4)). Seega ei oleks selline lahendus käesoleva magistritöö autori hinnangul tarbijaõiguste direktiiviga vastuolus.

Praegu on digitaalse infosisu mõiste defineeritud lepingueelse teabe andmist puudutavas VÕS § 14¹ lg 1 p-s 3, mis kohustab tarbijale teatavaks tegema „...mis tahes digitaalses vormis koostatud ja edastatud andmete (edaspidi *digitaalne sisu*) kasutusviisi, selle suhtes rakenduvad tehnilised kaitsemeetmed...“. Kuna digiteenuste definitsiooni lisamine sellesse sättesse muudaks sätte sõnastuse pikaks ja raskestimõistetavaks, on käesoleva magistritöö autori arvates otstarbekam digisisu mõiste eraldi defineerida VÕS §-st 14¹ ülalpool asuvates sätetes. Nii defineerib näiteks § 11¹ püsiva andmekandja mõiste, mis on kasutusel nii lepingueelse teabe sätetes, aga ka mujal VÕS-is. Seega oleks võimalik DSD art 2 p-s 2 välja toodud digisisu mõiste defineerida VÕS §-na 11².

Veel üks mõisteline ebaühtlus ilmneb VÕS digitaalse infosisu kohta antava lepingueelse teabe sätete ja DSD subjektiivsete kriteeriumite vahel. VÕS kasutab mõistet "kasutusviis" (VÕS § 14¹ lg 1 p 3; VÕS § 48 lg 1 p 5; VÕS § 54 lg 1 p 5), DSD aga "funktsionaalsus" (DSD art 7 (1) lit. a). Sisuliselt on tegemist samatähenduslike terminitega, sest tarbijaõiguste direktiivi inglisekeelse versiooni järgi on "kasutusviisi" vasteks "*functionality*" (2011/83 art 5 (1) lit. g ja art 6 (1) lit. r). DSD ülevõtmisel tuleks vältida VÕS-is sama omaduse kohta kahe erineva termini kasutamist.

Lepingueelse teabega seonduvat sisaldab ka müügilepingu (VÕS § 217 lg 2 p 6) ja töövõtulepingu (VÕS § 641 lg 2 p 5) regulatsioon VÕS-i eriosas. Selle järgi mõjutab lepingueelselt antud teave, eelkõige reklaam või etikett, lepingu eseme puhul mõistlikult

¹³⁰ Jacquemin (viide 22), lk 29.

eeldatavat kvaliteeti. DSD mõttes on tegemist objektiivseid vastavusnõudeid mõjutava lepingueelse teabega, mistõttu käsitletakse neid sätteid käesoleva magistr töö 4. peatükis.

Arvestades, et DSD ei reguleeri täpsemalt lepingueelse teabe saamist lepingu osaks, kohaldub lepingueelsele teabele VÕS-i senine regulatsioon ning selles osas ei mõjuta DSD ülevõtmine VÕS-i lepingueelse teabe sätteid. Küll aga tuleks silmas pidada mõistelist ühtsust seoses tarbijaõiguste direktiivist tulenevate digitaalse infosisu lepingueelse teabe erireeglitega. Digisisu ja digitaalsete teenuste mõiste tuleks VÕS-is läbivalt ühtlustada nii, et ei tekiks kahtlust, kas VÕS-i lepingueelse teabe sätted hõlmavad ka digitaalseid teenuseid. Funktsionaalsuse tähistamiseks tuleks kasutada VÕS-is juba olemasolevat eestikeelset mõistet "digisisu kasutusviis".

3.2 Digisisu kirjeldus, kogus ja kvaliteet

Järgnevalt võrreldakse DSD subjektiivseid kriteeriume VÕS-i sätetega, et analüüsida, millised digisisu subjektiivsed vastavusnõuded on hõlmatud VÕS-is sätestatuga. Seejuures on lähtutud kriteeriumite järjestusest DSD-s. Subjektiivseid kriteeriume kajastab ka võrdlev tabel käesoleva magistr töö lisas 2.

Digisisu loetakse lepingule vastavaks, kui selle kirjeldus, kogus ja kvaliteet vastavad lepingutingimustele (DSD art 7 (1) lit. a). Lepingus kokkulepitud kirjeldus tähendab ülevaadet digisisu omadustest. Näiteks võib lepingus sisalduv kirjeldus ette näha, et lepingu esemeks olev kaardirakendus võimaldab kasutajal end GPS-i abil positsioneerida. Kui rakendus seda ei võimalda, on tegu lepingutingimustele mittevastavusega. Samuti võib lepingus olla kokkulepitud digisisu versioonis või keeles (DSD pp 42) ning juhul, kui digisisu on mõnes teises versioonis või kokkulepitud keele kasutamist ei võimalda, on tegemist lepingutingimustele mittevastavusega.

Lepingus kokkulepitud koguse näiteks on ligipääsetavate muusikafailide arv, tarkvaralitsentside arv või pilveteenuse kasutamise maht; kvaliteedi näiteks pildi resolutsioon, värvide kvaliteet või failide üles-/allalaadimiskiirus (DSD pp 42). Kogust iseloomustab ka tarbija seadmete arv, millesse saab tarkvara, näiteks Microsoft Office´it, paigaldada või kasutajate arv, kellega tarbijal Ekspress Konto lugemisõigust on võimalik tasuta jagada.

Lepingu eseme kirjeldus, kogus ja kvaliteet lepingutingimustele vastavuse osana on sätestatud müügilepingu (VÕS § 217 lg 1 ja lg 2 p 1) ja töövõtulepingu (§ 641 lg 1 ja lg 2 p 1) puhul. Nii on need omadused VÕS-i ja DSD puhul kattuvad.

Käsunduslepingu puhul on digisisu kokkulepitud omadusi võimalik käsitleda VÕS §-s 619 sätestatud kohustusena osutada teenust vastavalt lepingule. Kui pooled on käsunduslepingus kokku leppinud, et tarbijal on võimalik Ekspress Konto lugemisõigust tasuta jagada kuni nelja inimesega, peab kaupleja seda VÕS § 619 järgi võimaldama.

VÕS-i üürilepingu ja rendilepingu regulatsioon ei too eraldi välja lepingu eseme omadusi, mis pooltevahelist kokkulepet iseloomustavad. VÕS § 276 lg 1 sätestab, et lepingu ese peab olema lepingujärgseks kasutamiseks sobivas seisundis. Kuna sellise seisundi sisustamisel saab kasutada müügilepingu regulatsioonis sätestatud,¹³¹ tuleb lepingu eseme kirjeldust, kogust ja kvaliteeti lepingutingimustele vastavuse osana sisustada sarnaselt müügilepinguga.

Rendilepingu regulatsioon ei sätesta lepingu eseme omaduste kokkuleppimise osas midagi täiendavat, seega kohalduvad antud juhul üürilepingu sätted (VÕS §-st 341) ning eeltoodud järeldus laieneb ka rendilepingutele. Sellest tulenevalt saab järeldada, et DSD art 7 (1) lit. a sätestatud kirjeldus, kogus ja kvaliteet vastavad VÕS-is sätestatud kirjeldusele, kogusele ja kvaliteedile.

3.3 Digisisu funktsionaalsus, ühilduvus ja koostalitlusvõime

Funktsionaalsus, ühilduvus ja koostalitlusvõime on digisisu-spetsiifilised omadused, mis on defineeritud DSD artiklis 2 ja mille olemust on selgitatud DSD põhjenduspunktides. Need kirjeldavad teatud eesmärgi või ootusi, mis on lepingutingimustele vastavuse aspektist olulised: et digisisu täidaks oma eesmärgi (funktsionaalsus), et see oleks käibes tavalise riist- ja tarkvaraga ühildatav (ühilduvus) ning ühildatav ka muu riist- ja tarkvaraga (koostalitlusvõime).

Funktsionaalsus on digisisu võime toimida otstarbekohaselt (DSD art 2 p 11). Seega viitab funktsionaalsuse viisidele, kuidas digisisu saab selle eesmärgi silmas pidades kasutada, näiteks tehniliste piirangute puudumine või olemasolu, mis mõjutab digisisu võimekust täita kõiki oma ülesandeid (DSD pp 43).

Ekspress Konto lugemisõiguse otstarbeks on ajakirjandusliku sisu täismahus lugemise võimaldamine ning juhul, kui osa sisust on siiski “maksumüüri” taga, ei toimi digisisu otstarbekohaselt. Google Drive'i üheks otstarbeks on võimaldada tekstitöötlust ning olukorras, kus teksti ei ole võimalik sisestada või töödelda, saab öelda, et see ei toimi vastavalt otstarbele ehk puudub kokkulepitud funktsionaalsus. Lihtsustatult öeldes on digisisu

¹³¹ Varul *et al* (viide 66), § 276 lk 253.

otstarve kõik see, mida digisisu saab tarbija jaoks teha ja funktsionaalsus on võimekus seda ka tegelikkuses teha. Funktsionaalsuse lepingutingimustele vastavuse väljaselgitamiseks tuleks võrrelda lepingus kokkulepitud kasutusviisi ning digisisu tegelikku võimekust seda kasutusviisi võimaldada. Kui need ei lange kokku, on tegemist lepingutingimustele mittevastavusega (DSD pp 43).

VÕS-i järgi oleks Ekspress Konto lugemisõiguse ja Google Drive'i näite puhul tegemist olukorraga, kus teenust ei ole osutatud vastavalt lepingule VÕS § 619 mõttes. Kui tarkvara või mobiilirakendus ei toimi vastavalt selle otstarbele, on tegu mittevastavusega kokkulepitud omadustes (VÕS § 217 lg 1 ja lg 2 p 1; VÕS § 641 lg 1 ja lg 2 p 1). Näiteks kui Endomondo ei mõõda jooksu teekonna pikkust ja selline omadus on lepingus kokkulepitud, ei vasta rakendus lepingutingimustele, sest kokkulepitud omadus puudub (VÕS § 217 lg 2 p 1).

Lepingus kokkulepitud otstarve (lepingu eseme funktsioon) on VÕS-is sõnaselgelt välja toodud vaid üürilepingu puhul (VÕS § 276 lg 1). Nagu eelnevalt öeldud, sisustatakse seda sarnaselt müügilepingu regulatsioonis (VÕS § 217 lg-s 1) sätestatuga.¹³² Seetõttu saab asuda seisukohale, et digisisu funktsionaalsus DSD järgi võib kõigi käesolevas töös analüüsitud VÕS-i lepinguliikide puhul olla hõlmatud kokkulepitud lepingutingimustega.

Funktsionaalsuse eristamine digisisu kirjeldusest, kogusest ja kvaliteedist on keeruline. Nii võib DSD järgi Ekspress Konto lugemisõiguse ja Google Drive'i näidete puhul tegu olla digiteenuse mahu ehk koguse lepingutingimustele mittevastavusega, samuti võivad sellised puudused tähendada kõrvalekaldumist kokkulepitud kvaliteedist. Tekstitötluse funktsiooni puudumine tähendab ühtlasi, et teenusel ei ole kokkulepitud omadusi. Viiteid funktsionaalsusele võib sisaldada ka digisisu kirjeldus. Sel juhul tähendaks funktsionaalsuse puudumine ühtlasi, et digisisu ei vasta lepingus kokkulepitud kirjeldusele.

DSD-s välja toodud omaduste tihedat omavahelist seost illustreerib ka funktsionaalsuse seos ühilduvusega. Nii võib Microsoft Office'i tarkvara mitteühildumine printeriga kaasa tuua selle, et tarkvara ei täida üht olulist funktsiooni - printida välja tekst. Samuti võib Endomondo ühildamatus kasutaja arvutiga tähendada, et mobiilirakendusest ei ole võimalik arvutisse kanda rakendusega kogutud kasutaja andmeid läbitud teekondade kohta.

Seetõttu on käesoleva magistr töö autori hinnangul digisisu funktsionaalsus teiste DSD art 7 lit. a omadustega pigem subordinaarses suhtes. DSD objektiivsete kriteeriumite sõnastamisel ongi nii lähenetud ning funktsionaalsus ja teised digisisu-spetsiifilised omadused sätestatud

¹³² Varul *et al* (viide 66), § 276 lk 253.

kogust, kvaliteeti ja toimivusomadusi täpsustavate omadustena (DSD art 8 (1) lit. b). DSD põhjenduspunktid ei selgita sõnastuse sellist erinevust objektiivsete ja subjektiivsete kriteeriumite vahel. Lepingutingimustele mittevastavusega on tegemist hoolimata sellest, kas konkreetne puudus on määratletav mittevastavusena kirjeldusele, kogusele või funktsionaalsusele. Seetõttu ei ole subjektiivsete kriteeriumide täpsel eristamisel lepingutingimustele vastavuse kindlakstegemise seisukohalt olulist mõju.

Ühilduvus on digisisu võime toimida koos sellise riist- või tarkvaraga, millega koos sama liiki digisisu tavaliselt kasutatakse, ilma et digisisu oleks vaja kohandada (DSD art 2 p 10). Ühilduvust ei saa esineda teatud hulgal - ühilduvus konkreetse riist- või tarkvaraga kas on või ei ole - näiteks Endomondo töötamine nii Androidi kui iOS-i kasutataval telefonidel.

Ühilduvusprobleemid võivad tekkida ka juhul, kui operatsioonisüsteem tarbija seadmes uueneb. Sellises olukorras peab kaupleja samuti ühilduvuse tagama. See tähendab, et ühilduvusnõue ei ole ühekordne, vaid kehtib pikema aja jooksul isegi juhul, kui digisisu üleandmise näol on tegemist ühekordse toiminguga.¹³³

VÕS kasutab mõistet ühilduvus seoses digisisu kohta lepingueelselt antava teabega (VÕS § 14¹ lg 1 p 3, VÕS § 48 lg 1 p 5 ja VÕS § 54 lg 1 p 5). Seejuures on DSD ja direktiivi 2011/83 mõistekasutuses oluline lahknevus. Direktiivi 2011/83 kasutab terminit “*interoperability*” seoses standardse riist- ja tarkvarakeskkonnaga, millega digisisu ühildub (2011/83 pp 19). DSD seevastu defineerib “*interoperability*” kui digisisu võimet toimida koos mitte-standardse riist- või tarkvaraga ehk sellise riist- või tarkvaraga, mis erineb sellest, millega koos sama liiki digisisu tavaliselt kasutatakse (DSD art 2 p 12; eesti keelde tõlgitud “koostalitlusvõime”). Kuna VÕS-is on direktiivi 2011/83 alusel sisse viidud sätetes vastav mõiste tõlgitud kui “ühilduvus”, kattub direktiivi 2011/83 ühilduvuse mõiste DSD-s sätestatud ühilduvuse mõistega ja lahendab sellega direktiividevahelise lahknevuse. Vastasel korral oleks tekkinud olukord, kus sama mõiste tähistab lepingueelse teabe puhul üht, lepingutingimustele vastavuse osas aga teistsugust omadust.

VÕS-i järgi mahuvad ühilduvusprobleemid müügilepingu puhul eelkõige VÕS § 217 lg 1 kvaliteedi mõiste alla ning üüri- ja rendilepingu regulatsioonis asja lepingujärgset kasutamist takistava asjaoluna VÕS § 278 alla. Käsunduslepingu ja töövõtulepingu puhul võib ühilduvus olla osaks kokkulepitud lepingutingimustest (vastavalt VÕS § 619 ja VÕS § 641 lg 1).

¹³³ Wendland (viide 78), lk 230.

Kuigi nii ühilduvus kui funktsionaalsus (kasutusviis) on VÕS lepinguliikide all hõlmatud mõne lepingutingimustele vastavuse laiema kategooriaga, peaks DSD ülevõtmisel ühilduvus ja funktsionaalsus (kasutusviis) siiski lepingutingimustele vastavuse regulatsioonis kajastuma. Seda ennekõike lepingueelse teabe regulatsioonist tulenevalt, mis kohustab kauplejat nende omaduste kohta tarbijale teavet andma (VÕS § 14¹ lg 1 p 3). Seetõttu muutub selline teave osaks lepingus kokkulepitud omadustest. Eesmärk hõlmata DSD nõuetelevastavuse sätetes omadused, mis tulenevad tarbijaõiguste direktiivi järgi lepingueelsest teabest, on välja toodud ka DSD pp-s 42. Digisisu samade omaduste esiletoomine nii lepingueelse teabe kui lepingus kokkulepitud omaduste all tagab VÕS-i ühtsuse ja selguse.

Koostalitlusvõime seondub digisisu võimega toimida koos sellise riist- või tarkvaraga, mis erineb nendest, millega koos sama liiki digisisu tavaliselt kasutatakse (DSD art 2 p 12). Edukas toimimine võib hõlmata ka muu tark- või riistvaraga teabe vahetamist ja vahetatud teabe kasutamist (DSD pp 43). Näiteks võib mobiilirakenduse Endomondo puhul olla tavapärasest erinevaks koostoimimiseks (ehk koostalitlusvõimeks) ühilduvus printeriga. Microsoft Office'i puhul on aga printeriga ühilduvus pigem tavapärasest koostoimimist (ehk ühilduvust) iseloomustav omadus.

Koostalitlusvõime kuulub ainult DSD subjektiivsete kriteeriumite alla, seega on eeldatav ainult juhul, kui vastavas omaduses on lepingus kokku lepitud.¹³⁴ Objektiiivsete vastavusnõuete alt otsustati koostalitlusvõime välja jätta seetõttu, et see oleks viinud sisuliselt tooteregulatsioonini, mis ei sobi lepinguõigusesse.¹³⁵

DSD-s ei ole põhjendatud, miks on digisisu koostalitlusvõime kui omaduse eraldi esiletoomine oluline ja miks ei võiks see olla osa digisisu kirjeldusest või kvaliteedist. Käesoleva magistritöö autor leiab, et koostalitlusvõime eraldi defineerimise ainus eelis on selgus - olukorras, kus "ühilduvus" on defineeritud kui võime toimida koos sellise riist- või tarkvaraga, millega koos sama liiki digisisu tavaliselt kasutatakse, võib tekkida küsimus, millise omaduse alla võiks paigutada tavapärasest erineva riist- ja tarkvaraga koostoimimine.

VÕS koostalitlusvõime terminit ei kasuta. Sarnaselt funktsionaalsuse ja ühilduvusega võib koostalitlusvõime sisalduda lepingu eseme kirjelduses või iseloomustada kokkulepitud kvaliteeti. Seega mahub koostalitlusvõime üürilepingu, rendilepingu ja müügilepingu puhul VÕS § 217 lg-s 1 sätestatud kvaliteedi või kirjelduse alla ning töövõtulepingu puhul

¹³⁴ Staudenmayer, D. Die Richtlinien zu den digitalen Verträgen.– ZEuP 4/2019, lk 680.

¹³⁵ Urgas, K., Koll, K. Nõuetele vastavus ning ettevõtja vastutus uues digitaalse sisu ja digitaalsete teenuste lepingute direktiivis. Juridica 8/2019, lk 555.

kokkulepitud lepingutingimuste alla VÕS § 641 lg 1 järgi. Käsunduslepingu puhul võivad viiteid koostalitlusvõimele sisaldada teenuse osutamise tingimustes (käsundis) VÕS § 619 mõttes.

DSD art 7 sõnastusest, mille järgi loetakse digisisu lepingule vastavaks, kui see vastab “eelkõige” teatud omadustele, saab järeldada, et tegemist ei ole ammendava loeteluga ja omadusi, milles pooled saavad kokku leppida, võib olla teisigi. Üheks näiteks võiks olla kokkulepe teatud turvalisusstandardis või turvalisust iseloomustavates omadustes. DSD-s välja toodud omadustes kokkuleppimine ei ole kohustuslik. Sellele viitab sõnastus “asjakohasel juhul”. Kuna asjaolu, et tegu on mitteammendava loeteluga mittekohustuslikest omadustest on subjektiivsetele kriteeriumitele vastavuse kindlakstegemise seisukohalt oluline, peaksid seda kajastama ka VÕS-i digisisu lepingutingimustele vastavuse sätted.

3.4 Digisisu eriomane otstarve

DSD art 7 (1) lit. b järgi peab digisisu sobima kasutamiseks eriomasel otstarbel, milleks tarbija seda vajab ja mille ta on hiljemalt lepingu sõlmimise ajal kauplejale teatavaks teinud ning millega kaupleja on nõustunud.

Ei DSD ega õiguskirjandus too näiteid, milline võiks olla digisisu kasutamise eriomane otstarve ehk tavapärasest erinev kasutusviis. Käesoleva magistritöö autori arvates võiks üheks eriomase kasutusviisi näiteks olla vajadus töötada väga vanade, vähelevinud või mahukate failiformaatidega. Samuti võib tarbijal kaardirakenduse kasutamisel matkamiseks või orienteerumiseks, vaja minna informatsiooni mitte ainult ametlike teede, vaid ka radade ja maastikutingimuste kohta.

Asja sobivus eriliseks otstarbeks, milleks tarbija seda vajab, sisaldub müügilepingu (VÕS § 217 lg 2 p 2) ja töövõtulepingu regulatsioonis (VÕS § 641 lg 2 p 2). Ka VÕS-i järgi tuleb ulatuses, milles pooled ei ole lepingu eseme omadustes eraldi kokku leppinud, lepingutingimustele vastavuse üle otsustada hinnates sobivust spetsiifiliseks kasutusotstarbeks, milleks ostja asja vajab, kui kaupleja sellest spetsiifilisest kasutussoovist teadis.¹³⁶ Üürilepingute ja rendilepingute puhul räägib lepingu eseme sihtotstarbelisest kasutamisest VÕS § 277 lg 1 ning erilise kasutusotstarbe puhul eeldab sättele tuginemine vastava otstarbe eelnevat kokkuleppimist. Käsunduslepingu puhul võib teenuse eriomane otstarve olla poolte vahel kokkulepitud teenuse osutamise tingimustes (VÕS § 619). Seega ei

¹³⁶ Varul *et al* (viide 66), § 217 lk 90; Varul *et al* (viide 87) § 641 lk 69.

erine DSD ja VÕS-i regulatsioon oluliselt ning mõlemad võimaldavad pooltel lepingu eseme eriomases kasutotsotstarbes kokku leppida. Lahknevus sõnastusel “eriomane” ja “eriline” ei mõjuta sätte sisu.

Erinev on aga viis, kuidas tarbija ja kaupleja lepingu eseme eriomases otstarbes kokku leppida saavad. VÕS-i järgi piisab eriomases otstarbes kokkuleppimiseks sellest, et tarbija on eriomase otstarbe kauplejale teatavaks teinud. Juhul, kui ostja võib mõistlikult eeldada, et müüjal on kinnituse andmiseks piisavad erialased teadmised, saab müüja nõusolekut ostja poolt väljendatud eriomase kasutusviisiga järeldada ka müüjapoolsest vaikimisest (VÕS § 217 lg 2 p 2; VÕS § 641 lg 2 p 2).¹³⁷ Nii on erilisele otstarbele tuginemise eelduseks, et müüjal on vajalikud erialased oskused või teadmised.¹³⁸

DSD järgi on digisisu eriomases otstarbes kokkuleppimiseks vajalik kauplejapoolne nõusolek, mis tähendab, et ühelgi juhul ei saa tarbija kauplejapoolset nõusolekut eeldada.¹³⁹ DSD-ga sarnane kauplejapoolne nõustumus eriomase otstarbega sisaldus juba tarbijalemüügi direktiivis (1999/44 art 2 (2) lit. b). Tarbijalemüügi direktiiv oli aga miinimumharmoneeriv¹⁴⁰ ja nii on VÕS-i lähenemine pigem sarnane CISG-ga (art 35 lg-ga 2 ja 3) ning BGB-ga (BGB §§ 434 ja 435).¹⁴¹ Tegemist on olulise muudatusega, sest tarbijale seatakse senisest suurem tõendamiskoormus.¹⁴² Ka juhul, kui kauplejaks on just digisisule spetsialiseerunud ettevõtte, ei piisa vaid sellest, et tarbija on eriomasest otstarbest kauplejat teavitanud. Eriomases otstarbes tuleb kokku leppida nii, et kaupleja väljendaks seejuures ka oma nõustumust. Erinevuse mõju VÕS-ile tervikuna ei ole siiski suur puudutades vaid müügilepingut ja töövõtulepingut. Müügilepingu puhul muutuks põhimõtte kauplade müügi direktiivi ülevõtmisest tulenevalt nagunii, kuna kaupade müügi direktiiv sisaldab samasugust sätet (art 6 lit. b). Teise lepinguliikide puhul eeldab eriomases otstarbes kokkuleppimine kaupleja nõustumust ka praegu.

Põhimõtteliselt ei erine VÕS-i senine eriomase otstarbe käsitlus DSD vastavast käsitlusest, kuid tulenevalt sellest, et DSD on maksimumharmoneeriv (DSD art 4), tuleks direktiivi ülevõtmisel ka VÕS-is sätestada, et digisisu eriomases otstarbes kokkuleppimine eeldab, et

¹³⁷ Varul *et al* (viide 66), § 217 lk 90; Varul *et al* (viide 87) § 641 lk 69.

¹³⁸ Urgas/Koll (viide 135), lk 555.

¹³⁹ Schmidt-Kessel, M. Stellungnahme zu den Richtlinienvorschlägen der Kommission zum Online-Handel und zu Digitalen Inhalten. –

https://www.bundestag.de/resource/blob/422258/c3ecca9b7286f38bda7e060f7b420c06/schmidt_kessel-data.pdf (02.02.2020), lk 10.

¹⁴⁰ 25. mai 1999. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 1999/44/EÜ tarbekaupade müügi ja nendega seotud garantiide teatavate aspektide kohta. – ELT L 171, lk 12–16, art 8 (2).

¹⁴¹ Varul *et al* (viide 66), § 217 lk 84.

¹⁴² Schmidt-Kessel (viide 139), lk 10.

tarbija on vastava otstarbe teinud kauplejale teatavaks hiljemalt lepingu sõlmimise ajal ning kaupleja on sellega nõustunud.

3.5 Digisisu tarvikud ja juhendid ja klienditugi

Pooled võivad kokku leppida, et digisisu antakse üle koos tarvikute ja juhenditega, sealhulgas paigaldamise kohta, ja klienditoega (DSD art 7 (1) lit.c). DSD ei anna täpsustavaid viiteid või selgitusi selle kohta, mida mõista digisisu tarvikuna. Sõna “tarvik” (inglisekeelses DSD-s “*accessory*”) tähendab abivahendit ehk objekti või seadet, mis lisab ilu, mugavust või tõhusust.¹⁴³ Reeglina mõistetakse tarviku all füüsilist eset, ning see viib tagasi käesoleva magistritöö esimeses peatükis käsitletud digielementidega kauba ning asjade interneti piiritlemisküsimuse juurde (vt ptk 1.2). Digisisu, mis on füüsilise esemega ühendatud sellisel viisil, et digisisu puudumise korral ei täidaks kaup oma otstarvet (DSD art 2 p 3), kuulub kaupade müügi direktiivi reguleerimisalasse. Seega on küsitav, kas digisisu tarvikutena saavad üldse kõne alla tulla füüsilised esemed, näiteks sellised esemed, mis on kasutatavad igasuguse digisisu puhul (ühendusjuhtmed või andurid). Käesoleva magistritöö autori arvates oleks selline eristamine kunstlik ning tuleks asuda seisukohale, et digisisu toimimisega seotud ja seda toetavad füüsilised esemed ei ole digisisu tarvikud DSD mõttes, vaid kuuluvad kaupade müügi direktiivi reguleerimisalasse. Pigem tuleks digisisu tarvikuna mõista lisaprogramme (*downloadable content*) ja pistikprogramme (*plugin*), mis annavad digisisu kasutamisel lisavõimalusi.

VÕS ei reguleeri pooltevahelist kokkulepet seoses tarvikute või klienditoega. Kokkulepitud tarviku või klienditoe puudumine tähendaks müügilepingu, töövõtulepingu, üürilepingu ja rendilepingu puhul, et lepingu esemel ei ole kokkulepitud omadusi (VÕS § 217 lg 2 p 1; VÕS § 641 lg 2 p 1; VÕS § 276 lg 1), käsunduslepingu puhul, et teenus ei vasta lepingus kokkulepitule (VÕS § 619). Seega on tarvikute ja klienditoe kokkuleppimine VÕS-i lepinguliikide puhul hõlmatud üldiste lepingus kokkulepitud omadustega.

Juhendite olemasolu on digisisu kui tehniliselt keerulise nähtuse puhul vajalik mitte ainult selle otstarbekohaseks kasutamiseks, vaid juba digisisu paigaldamise faasis. Nii loetakse puudulikust paigaldamisjuhistest tulenev digisisu ebaõige integreerimine digisisu nõuetele mittevastavuseks (DSD art 9 (1) lit. b).

¹⁴³ Erelt, T. jt (koost). Eesti õigekeelsussõnaraamat ÕS 2018. Tallinn: EKSA 2018.

VÕS sätestab subjektiivse lepingutingimustele vastavusnõudena dokumentide üleandmise müügilepingu ja töövõtulepingu regulatsioonis (VÕS § 217 lg 1 teine lause ja VÕS § 641 lg 1 teine lause). Terminit “dokumendid” tuleb seejuures mõista laialt: sinna alla kuuluvad nii juhendid (sh. paigaldamisjuhendid), aga ka dokumendid, mis on õiguslikult vajalikud asja õiguspäraseks kasutamiseks või mis tõendavad asja kuuluvust (VÕS § 211), samuti joonised, plaanid, kasutusjuhendid jms materjalid, mis on mõistlikult vajalikud asja sihipäraseks ja ohutuks kasutamiseks.¹⁴⁴ Käsunduslepingu ja üürilepingu puhul võib juhendi üleandmises kokkuleppimine olla hõlmatud üldiste lepingus kokkulepitud omadustega (VÕS § 619; VÕS § 276 lg 1).

Kuigi tarvikutes, klienditoes ja juhendites kokkuleppimine on VÕS lepinguliikide puhul hõlmatud lepingu eseme kokkulepitud omadustega, tuleks DSD vastav säte siiski tervikuna üle võtta. Seda eelkõige reguleerimiseseme eripärast olemust silmas pidades - DSD osutab tarvikutele, klienditoele ja juhenditele kui digisisu olulistele omadustele, milles pooled digisisu olemust arvestades kokku võiksid leppida.

3.6 Digisisu uuendamine vastavalt lepingutingimustele

Digisisu uuendamise kohustuse sätestab DSD art 7 (1) lit. d. Tegemist on digisisu-spetsiifilise omadusega ning uuendamise või uuenduste pakkumise mõistet VÕS ei kasuta.

DSD eristab kahte liiki uuendusi: lepingus sätestatud uuendused ehk subjektiivseks kriteeriumiks olevad uuendused ja uuendused, mis on vajalikud objektiivsete kriteeriumite täitmiseks (viimaseid käsitleb magistritöö peatükk 4.5). Kokkulepitud uuendused puudutavad seega vaid selliseid muudatusi, mis kalduvad objektiivsetest vastavusnõuetest kõrvale, näiteks on selliseks muudatuseks digisisu ajakohastatud versiooni (*upgrade*) pakkumine (DSD pp 74). Uuendused subjektiivse kriteeriumina võlgneb kaupleja vaid siis, kui on nii lepingus eraldi kokku lepitud (DSD pp 75).

Uuenduste pakkumises on kauplejal tarbijaga võimalik kokku leppida nähes ette uuenduste pakkumiseks kindla(d) tähtaja(d), aga ka tingimuslikuna, mis tähendab, et kaupleja pakub uuendusi sedamööda, kuidas need kättesaadavaks muutuvad. Kokkulepitud uuenduste üleandmata jätmine, puudulikkus või mittetäielikkus toob kaasa selles, et digisisu ei vasta subjektiivsetele kriteeriumitele (DSD pp 44).

¹⁴⁴ Varul *et al* (viide 66), § 217 lk 85.

Lepingus kokkulepitud uuendused on VÕS-i järgi osa lepingu eseme kokkulepitud omadustest. Seega tähendaks kokkulepitud uuenduse mittepakkumine VÕS-i järgi, et lepingu esemel ei ole kokkulepitud omadusi (VÕS § 217 lg 1 või lg 2 p 1; VÕS § 641 lg 1 või lg 2 p 1; VÕS § 276 lg 1; VÕS § 619).

Kuna uuendused on ainuomased just digisisule, on mõistetav, et praegu ei näe VÕS sellist omadust ette ning uuenduste pakkumine on hõlmatud lepingus kokkulepitud omadustega üldises mõttes. Kuna DSD näeb ette uuenduste pakkumise nii objektiivse kriteeriumina kui poolte poolt kokkulepitava omadusena, on oluline selle omaduse esiletoomine ka DSD ülevõtmisel. Nii peaks VÕS-i uus sõnastus ette nägema, et digisisu loetakse lepingule vastavaks, kui seda uuendatakse vastavalt lepingutingimustele.

4. Objektiivsed kriteeriumid

4.1 Sobivus otstarbeks, milleks sama liiki digisisu tavaliselt kasutatakse

Objektiivsed vastavusnõuded (DSD art 8) kirjeldavad omadusi, millele digisisu peab vastama sõltumata poolte kokkuleppes ning lähtuvalt tarbija mõistlikust ootusest konkreetsele digisisule. DSD-s sätestatud objektiivsete vastavusnõuete loetelu on ammendav ja liikmesriigid ei saa direktiivi ülevõtmisel sätestada lisanõudeid.¹⁴⁵ Käesolevas peatükis analüüsitakse, millised DSD objektiivsed kriteeriumid sisalduvad VÕS-is ja millises ulatuses vajaksid VÕS-i lepingutingimustele vastavuse sätteid DSD ülevõtmisel täiendamist. Kuna lepingutingimustele mittevastavuseks loetakse ka digisisu ebaõiget integreerimist (DSD art 9) ning digisisu kasutamist takistavate kolmanda isiku õigustest tulenevate piirangute olemasolu (DSD art 10), leiab nende kriteeriumite sisu ja ulatus käesolevas peatükis samuti käsitlemist. Peatüki ülesehitus järgib DSD ülesehitust, omavahel tihedalt seotud kriteeriumid on paigutatud ühe alapealkirja alla. DSD-s ja VÕS-is sätestatud objektiivseid kriteeriume kajastab võrdlev tabel käesoleva magistr töö lisas 3.

Objektiivsete vastavusnõuete keskse sätte - DSD art 8 (1) - võib jaotada kaheks: esimene pool puudutab otstarvet, milleks sama liiki digisisu tavaliselt kasutatakse (nn *fit-for-purpose-test* DSD art 8 (1) lit. a), teine pool puudutab omadusi, mis on sama liiki digisisu puhul tavapärased ja mida tarbija võib mõistlikult eeldada (DSD art 8 (1) lit. b-d). Esimese puhul on eeskujul võetud Euroopa ühtse müügiõigus määruse ettepanekust, teise puhul tarbijalemüügi direktiivist.¹⁴⁶

DSD art 8 (1) lit. a järgi peab digisisu sobima otstarbeks, milleks sama liiki digisisu tavaliselt kasutatakse, võttes asjakohasel juhul arvesse kehtivat liidu ja liikmesriigi õigust, tehnilisi standardeid või tehniliste standardite puudumise korral konkreetset tegevusalal kehtivaid valdkondlikke tegevusjuhendeid. Tavalise kasutusotstarbe määratlemine eeldab, et on olemas lepingu esemega samalaadseid tooteid/teenuseid, mida kasutatakse samal viisil. Sellisel juhul saab võrrelda, kas digisisu otstarve langeb kokku samalaadse toote kasutusotstarbega. Näiteks on Google Drive'i kasutusotstarbeks kasutaja failide säilitamine ja teatud failide töötlemise võimaldamine (tekstitöötlus, tabelarvutus ja slaidiesitluste loomine).¹⁴⁷ Google Drive'i kasutusotstarbeks sobivuse määratlemisel ei teki probleeme, kuna eksisteerib samalaadne

¹⁴⁵ Urgas/Koll (viide 135), lk 555.

¹⁴⁶ Staudenmayer (viide 74), lk 2498.

¹⁴⁷ Google Drive'i veebileht. – <https://www.google.com/drive/using-drive/> (14.03.2020).

programm, Microsoft Office, mis võimaldab samuti nii tekstitöötlus-, tabelarvutus- kui slaidiesitluse koostamist ning sisaldab pilveteenuse rakendust OneDrive¹⁴⁸.

VÕS-is on lepingu eseme sobivus tavaliseks kasutusotstarbeks reguleeritud müügilepingu ja töövõtulepingu regulatsioonis (VÕS § 217 lg 2 p 2 teine alternatiiv ja VÕS § 641 lg 2 p 2 teine alternatiiv). Üürilepingu puhul mainib lepingu eseme kasutusotstarvet VÕS § 265 lg 1 ja selles sätestatud seisund haakub sisuliselt VÕS § 217 lg 2 p-s 2 sätestatuga.¹⁴⁹ Seega näeb ka VÕS ette lepingu eseme tavalise kasutusotstarbe kindlakstegemise.

VÕS-i kommenteeritud väljaande järgi tuleb asja lepingutingimustele vastavuse kontrollimisel lähtuda kasutusvõimalustest, mida ostja tavaliselt sellisest asjast oodata võib.¹⁵⁰ Ka kohtupraktikas on tavalise otstarbe hindamisel viidatud tarbija mõistlikele ootustele: näiteks, et eluruumides asub ohutu elektripaigaldis,¹⁵¹ elamu vastab elementaarsetele elamistingimustele ja kütmisel on ruumide soojapidavuse korral tagatud nendes elamiseks vajalik normaalne temperatuur.¹⁵² Seega sisustab VÕS eseme tavalist kasutusotstarvet eelkõige läbi tarbija ootuste.

DSD-s on tavalist kasutusotstarvet sisustatud lähtuvalt hinnatavast digisisust ja võtab aluseks üldlevinud kasutusotstarbe. See võib olla põhjendatud, sest tehniliselt keeruliste ja kiiresti muutuvate digitaalsete nähtuste puhul on tarbija ootust keerulisem kindlaks teha. Nii on praktilisem kasutada võrdlust samalaadseks otstarbeks kasutatava digisisuga.

Samalaadset digisisu ei pruugi aga alati turul olla.¹⁵³ Seetõttu otsib DSD tavalise kasutusotstarbe sisustamisel lisatuge direktiivi-välistest allikatest. DSD järgi võib tavalise kasutusotstarbe määratlemisel arvesse võtta kehtivat liidu ja liikmesriigi õigust, tehnilisi standardeid või tehniliste standardite puudumise korral kohaldatavaid konkreetsetel tegevusalal kehtivaid valdkondlikke tegevusjuhendeid. Nendeks võivad olla rahvusvahelisel, EL või konkreetse tööstussektori tasandil kehtestatud standardid, avatud tehnilised kirjeldused, head tavad ja käitumisjuhendid (DSD pp 50).

Võrreldava sisuga norm sisaldub VÕS-i müügilepingu ja töövõtulepingu regulatsioonis, mille järgi lepingu ese ei vasta lepingutingimustele juhul, õigusakti sätted takistavad asja tavapärasest kasutamist (VÕS § 217 lg 2 p 3; VÕS § 641 lg 2 p 3). Müüjalt saab üldjuhul eeldada üksnes

¹⁴⁸ Microsoft Office'i veebileht. – <https://products.office.com/et-ee/explore-office-for-home> (14.03.2020).

¹⁴⁹ Varul *et al* (viide 66), § 276 lk 253.

¹⁵⁰ Varul *et al* (viide 92), § 77 lk 367; Varul *et al* (viide 66), § 217 lk 90.

¹⁵¹ RKTko 3-2-1-43-15 p 18.

¹⁵² RKTko 3-2-1-115-04 p 21.

¹⁵³ Mak (viide 23), lk 16-17.

riigisiseste õigusaktide teadmist. Nii ei vasta lepingutingimustele sõiduk, mis ei ole kooskõlas Eestis kehtestatud tehniliste nõuetega või sidevahendid, mis töötavad keelatud sagedustel,¹⁵⁴ samuti eluruum, mis ei vasta müra osas avalik-õiguslikele normidele.¹⁵⁵ Järelikult on õigusaktidena silmas peetud üksnes siseriiklikke õigusakte, mitte valdkondlikke standardeid või käitumisjuhiseid.

Standarditest ja käitumisjuhistest lähtumise võimalus on välja toodud kohustuse täitmise kvaliteedist rääkiva VÕS § 77 lg 1 kommentaarides¹⁵⁶ viitega Riigikohtu seisukohale, et olukorras, kus kvaliteedistandardit ei ole võimalik seaduse alusel määrata, võib lähtuda valdkonnas välja kujunenud tavast.¹⁵⁷ Seega võib lepingutingimustele vastavuse hindamisel ka VÕS-i järgi kasutada nii õigusakte kui valdkondlikke standardeid ja käitumisjuhiseid. Kuna standardite kasutamisel on tehnoloogia valdkonnas oluline tähendus, on arusaadav, et digisisu lepingutingimustele vastavuse regulatsioonis võiks standardid kasutusotstarbe määratlemise allikana eraldi esile tuua.

Standardite kasutamine ei ole alati probleemivaba. Sobivuse hindamiseks vajalikke õigusakte või standardeid ei pruugi eksisteerida.¹⁵⁸ Probleeme standardite tõlgendamisel võib tekitada terminoloogiline ebaühtlus: näiteks on digisisu ühilduvus, funktsionaalsus ja koostalitlusvõime sellisel viisil defineeritud vaid DSD-s (DSD art 2 p-d 10-12) ning need definitsioonid ei kattu tarkvaraarenduse rahvusvahelises standardiseeritud terminoloogias¹⁵⁹ kasutatavate mõistetega.¹⁶⁰ Kuigi komisjon saab teha üleskutse kutseühingutele ja muudele esindusorganisatsioonidele standardite väljatöötamiseks (DSD pp 50), võib eeltoodud probleemide tõttu digisisu otstarbeks sobivuse hindamine teatud juhtudel jääda juhuslikuks.

Samuti ei sisalda DSD tehniliste normide ja standardite loomiseks mingeid täiendavaid nõudeid, mis kohustaks ka tarbija vajadusi arvesse võtma.¹⁶¹ Seega eksisteerib risk, et DSD normide sisu satub sõltuvusse suurtest korporatsioonidest digitaalsel turul, mis mõjutavad valdkondlike tehniliste standardite ning sektori-spetsiifiliste käitumiskoodeksite kehtestamist.¹⁶² Lisaks ei ole tehnilised standardid alati tasuta kättesaadavad. Näiteks on ISO

¹⁵⁴ Varul *et al* (viide 66), § 217 lk 96-97.

¹⁵⁵ RKTko 3-2-1-129-12 p 23.

¹⁵⁶ Varul *et al* (viide 92), § 77 lk 367.

¹⁵⁷ RKTko 3-2-1-56-02 p 17.

¹⁵⁸ Mak (viide 23), lk 16-17.

¹⁵⁹ ISO standard IEEE 610.12-1990, angepasst durch ISO/IEC/IEEE 24765:2010. – <https://ieeexplore.ieee.org/document/5733835> (02.02.2020).

¹⁶⁰ Staudenmayer (viide 134), lk 679.

¹⁶¹ Spindler/Sein (viide 74), lk 488.

¹⁶² Schulze, R. Die Digitale-Inhalte-Richtlinie - Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht. – ZEuP 4/2019, lk 711.

(International Organization for Standardization) kehtestanud pilveteenust ja digitaalset lepinguõigust puudutavad standardid tasulised.¹⁶³ Seega aitab standarditest ja käitumisjuhistest lähtumine küll kriteeriumi täpsemalt sisustada, kuid ei pruugi seejuures olla tarbijale kättesaadav ning tema huve ja vajadusi silmas pidav.

Ehkki VÕS võimaldab ka praegu kehtivat õigust, tehnilisi standardeid ja valdkondlikke tegevusjuhendeid lepingu eseme tavalise kasutusotstarbe puhul arvesse võtta, lähtutakse müügilepingu, töövõtulepingu, üürilepingu ja rendilepingu regulatsioonis lepingu eseme tavalise kasutusotstarbe määraltemisel ennekõike tarbija ootustest samalaadsele lepingu esemele. Käsunduslepingu puhul ei ole VÕS-is tavalist kasutusotstarvet reguleeritud. Seega on VÕS-i lähenemine erinev DSD-st, kus tavalise kasutusotstarbe määratlemisel on püütud saavutada suuremat neutraalsust ja keskele kohale on seatud digisisu kui selline, kasutades kasutusotstarbe määratlemisel samalaadsete toodete kasutusotstarvet ja tehnilisi standardeid. Nii tuleks DSD ülevõtmisel VÕS-is sätestada, et digisisu peab sobima otstarbeks, milleks sama liiki digisisu tavaliselt kasutatakse, võttes arvesse kehtivat liidu ja liikmesriigi õigust, tehnilisi standardeid või tehniliste standardite puudumise korral kohaldatavaid konkreetsel tegevusalal kehtivaid valdkondlikke tegevusjuhendeid.

4.2 Mõistlikult eeldatav kogus, kvaliteet ja toimivusomadused

Teise objektiivse vastavusnõudena sätestab DSD, et digisisu peab olema sellises koguses, kvaliteedi ning toimivusomadustega, mis on sama liiki digisisu puhul tavapärane ja mida tarbija võib mõistlikult eeldada. DSD toob välja ka toimivusomadusi iseloomustava näitliku loetelu sellest, milliseid omadusi tuleks tarbija poolt mõistlikult eeldatava kvaliteedi määratlemisel silmas pidada: funktsionaalsus, ühilduvus, juurdepääsetavus, järjepidevus ja turvalisus (DSD art 8 (1) lit.b).

Kogus, kvaliteet ja toimivusomadused objektiivsete kriteeriumitena on täpsemalt sisustatavad kahest aspektist: 1) kas tegu on sama liiki digisisu puhul tavapärase koguse, kvaliteedi või toimivusomadusega - selle määratlemisel saab digisisu võrrelda samalaadse digisisuga; 2) kas tegu on sama liiki digisisu puhul tavapärase koguse, kvaliteedi või toimivusomadusega, mida tarbija võib mõistlikult eeldada - selle määratlemisel saab arvesse võtta digisisu laadi ning kaupleja või tema nimel või tehinguahela varasemates etappides osalenud muude isikute avalikke teadaandeid (DSD art 8 (1) lit. b).

¹⁶³ Nt "Juhised ettevõttelt-tarbijale elektroonilise kauplemise tehinguteks" ja standard "Tarkvara ja sellega seotud toeteanuste omandamiseks, üleandmiseks, arendamiseks, opereerimiseks ja haldamiseks" ja "Tarbijatelt toote tagasikutsumine - juhised tarnijatele". Manko (viide 15), lk 19; Spindler (viide 32), lk 199.

Esimesel juhul on selge, et digisisu tuleb võrrelda samalaadse digisisuga. Sõlmides Netflixiga lepingu voogedastusteenuse saamiseks eeldab tarbija, et filme on koguses, mis on mõne teise samalaadse teenuse puhul tavapärane. Samalaadne teenus on näiteks TvPlay.¹⁶⁴ Kui sadade filmide asemel pakuks teenusepakkuja vaid mõndakümnet, ei ole kogus DSD järgi vastavuses sama liiki digisisu puhul tavapärase kogusega.

Mõistlikult eeldatava koguse ja kvaliteedi määratlemisel ei paku DSD ega selle põhjenduspunktid täpsustavaid juhiseid, vaid piirduvad näitega pildi resolutsioonist (DSD pp 42). Millist kvaliteeti digisisu puhul eeldada, sõltub palju selle tüübist ja tavapärasest toimimisest.¹⁶⁵ Seega on kiiresti areneva digisisu valdkonna puhul tüüpilisi või tavalisi kvaliteedi omadusi raske hinnata.¹⁶⁶

DSD järgi saab mõistlikult eeldatava koguse, kvaliteedi ning toimivusomaduste määratlemisel arvesse võtta digisisu laadi. Digisisu laadi võib iseloomustada nii see, mis tüüpi digisisuga on tegemist - mängurakendus, tarkvara või muusikafail, aga ka see, kas tegemist on hooajalise rakendusega. Näiteks juhul, kui randade kohta oleks spetsiaalne rakendus “Suverand 2020”, on ilmne, et ei saa eeldada, et rakenduse pakutav info randade kohta on ajakohane ehk sama kvaliteetne ka 2021. aasta märtsis.

Tarbijalepingute puhul on samal liiki lepinguesemele tavaline kvaliteet sätestatud VÕS müügilepingu ja töövõtulepingu regulatsioonis (VÕS § 217 lg 2 p 6; VÕS § 641 lg 2 p 5). Seejuures saab sarnaselt DSD-ga arvesse võtta kaupleja, tootja, varasema müüja või muu vahendaja poolt avalikult tehtud avaldusi. Seega tarbijalemüügi kontekstis ei ole avalikke avaldusi puudutavates reeglites üldjoontes midagi uut.¹⁶⁷ Keskmise kvaliteedi sisustamine tarbijalemüügi ja tarbijatöövõtu puhul ei erine VÕS § 77 lg-tes 1 ja 2 sätestatud põhimõtetest.¹⁶⁸

Üürilepingu ja rendilepingu puhul on keskmise kvaliteedi säteteni võimalik jõuda läbi VÕS § 276 lg 1, mille puhul kasutamiseks sobivat seisundit hinnatakse sarnaselt VÕS § 217 lg 2 p-ga 2.¹⁶⁹ Seega tuleb tarbija mõistlikke ootusi nii müügilepingu, töövõtulepingu, üürilepingu kui ka rendilepingu puhul hinnata lähtuvalt keskmisest kvaliteedist. VÕS § 77 keskmise kvaliteedi määratlemisel iseloomustavad lepingu täitmise kvaliteeti omadused, millele

¹⁶⁴ Go3 teenuse üldtingimused. – <https://go3.tv/page/terms-and-conditions> (14.03.2020).

¹⁶⁵ Mak (viide 23), lk 16-17.

¹⁶⁶ Manko (viide 15), lk 21.

¹⁶⁷ Urgas/Koll (viide 135), lk 556.

¹⁶⁸ Varul *et al* (viide 66), § 217 lk 99.

¹⁶⁹ Varul *et al* (viide 66), § 276 lk 253.

täitmine oli suunatud ja mis samalaadsel lepingu esemel tavaliselt on.¹⁷⁰ Ka DSD järgi ei sõltu standard, millal võib teatud omadust mõistlikult eeldada, konkreetse tarbija ootustest, vaid määratakse kindlaks objektiivselt (DSD pp 46).¹⁷¹

DSD-s on mõistlikult eeldatavat kvaliteeti ja toimivusomadusi on püütud üksikasjalikumalt avada läbi digisisu-spetsiifiliste omaduste (funktsionaalsus, ühilduvus, juurdepääsetavus, järjepidevus ja turvalisus). Nii tähendab järjepidevuse nõue, et digitaalse sisu üleandmine või teenuse osutamine peab toimuma katkematult, näiteks võimalus järgida voogedastuse teel jalgpallimatši ülekannet katkestusteta.¹⁷² Kõik need omadused iseloomustavad digisisu kvaliteeti või toimimist ning on seega kvaliteedi ja toimivusomadustega subordinaares suhtes. Sellest tulenevalt saab järeldada, et olgugi, et VÕS-is digisisu-spetsiifilisi omadusi välja toodud ei ole, on vastavad omadused läbi kvaliteedi ja toimivusomaduste mõiste VÕS-i keskmise kvaliteedi mõistega hõlmatud.

VÕS kommenteeritud väljaande järgi on keskmine kvaliteet muu hulgas tuletatav kõrgema ja madalama võimaliku kvaliteedi võrdlusena.¹⁷³ Kõrgema ja madalama võimaliku kvaliteedi võrdlemist ei ole DSD puhul esile toodud.

VÕS kommenteeritud väljaande järgi võib ka hind viidata sellele, millise kvaliteediga täitmist eeldatakse.¹⁷⁴ Käesoleva magistritöö autori hinnangul on digisisulepingute kontekstis eeldatava kvaliteedi hindamisel tasutud hinna arvessevõtmine problemaatiline, kuna lepingu saab sõlmida tasudes isikuandmetega. Sellisel juhul võiks hinna arvestamine eeldatava kvaliteedi määratlemisel viia tulemuseni, et raha eest tasudes on eeldatav kvaliteet kõrgem kui isikuandmetega tasudes.¹⁷⁵ Seega võib öelda, et VÕS-is sätestatud kvaliteedi mõiste vastab sisuliselt DSD-s sätestatud kvaliteedi mõistele. Siiski tuleb sätete rakendamisel ning digisisu keskmise kvaliteedi määratlemisel silmas pidada, et DSD järgi ei kasutata keskmise kvaliteedi määratlemiseks digisisu kõrgema ja madalama võimaliku kvaliteedi võrdlemist ega sisustata eeldatavat kvaliteeti lähtudes digisisu hinnast. Selline erinevus ei mõjuta sätete sõnastust, küll aga sätete rakendamist ning digisisu keskmise kvaliteedi määratlemist.

Kuigi DSD täpsustab koguse, kvaliteedi ja toimivusomaduste hindamist digisisu-spetsiifiliste toimivusomaduste abil (funktsionaalsus, ühilduvus, juurdepääsetavus, järjepidevus ja

¹⁷⁰ Varul *et al* (viide 66), § 77 lk 367.

¹⁷¹ Stauendmayer (viide 134), lk 681.

¹⁷² Urgas/Koll (viide 135), lk 557-558.

¹⁷³ Varul *et al* (viide 66), § 77 lk 367.

¹⁷⁴ Varul *et al* (viide 66), § 77 lk 367.

¹⁷⁵ Sellele, et samasugune kvaliteedistandard peaks kehtima sõltumata sellest, kas digisisu eest tasutakse rahas või isikuandmetega, on viidanud ka Manko (viide 15), lk 16 ja Mak (viide 23), lk 9.

turvalisus), ei ole neil omadustel iseseisvat tähendust. DSD-s välja toodud omadused on VÕS-i keskmise kvaliteedi mõistega hõlmatud ning seetõttu tuleks DSD ülevõtmisel eelistada lahendust, kus kriteeriumid jäävad kogust, kvaliteeti ja toimivusomadust sisustada aitavate kriteeriumitena VÕS-i kommentaaridesse. Digisisu-spetsiifiliste omaduste subordinaarse suhte tõttu ei teki ka küsimust, kas DSD on nõuetekohaselt üle võetud. Käesoleva magistr töö autor ei nõustu õiguskirjanduses esile tooduga, et sellisel juhul ei võimaldaks seadus tarbija ja kaupljal lepinguliste kohustuste täpsest ulatusest aru saada.¹⁷⁶ Funktsionaalsus, ühilduvus, juurdepääsetavus ja järjepidevus on sellised mõisted, mis ilma nende tähendusse süvenemata ei anna tarbijale täiendavat teavet toimivusomaduse sisu kohta.

Nagu eelnevalt välja toodud, on koguse, kvaliteedi ja toimivusomaduste määratlemine DSD ja suurema osa analüüsitavate VÕS-i lepinguliikide puhul sarnane. Erandiks on käsundusleping. Käsunduslepingu puhul peab majandus- ja kutsetegevuses tegutseva käsundisaaja tegutsemise teenuse osutamisel olema üldiselt tunnustatud kutseoskuste tasemel (VÕS § 620 lg 2). VÕS § 24 lg 2 järgi saab käsunduslepingu puhul kohustuste sisu hindamisel aluseks võtta pingutusi, mida samal tegevus- või kutsealal tegutsev mõistlik isik samadel asjaoludel teeks. Nagu käesoleva magistr töö peatükis 2.6 mainitud, ei saa sellist standardit laiendada lepingulise põhikohustuse kvaliteedile. Ilmselt on käsunduslepingu puhul teatud juhtudel võimalik põhikohustuse mõistlikult eeldatavat kvaliteeti määratleda mõistlikkuse põhimõttele tuginedes (VÕS § 7), ent ka mõistlikkuse põhimõttest lähtuval hindamisel võetakse arvesse eelkõige võlasuhte olemust ja tehingu eesmärki.¹⁷⁷ Nii tuleb käsunduslepingu puhul käsundisaaja tegevusele hinnangu andmisel lähtuda mõistlikuks peetavast hoolsusastmest.¹⁷⁸ Seega peab kauplaja tegema küll näiteks funktsionaalsuse tagamiseks samasuguseid pingutusi nagu samal tegevusalal tegutsev kauplaja teeks, kuid juhul, kui ta on samasuguse pingutuse teinud ning digisisul vastavat funktsionaalsust ikkagi ei ole, vastab sooritus käsunduslepingu regulatsiooni järgi keskmisele kvaliteedile.

Siin ilmnebki põhiline probleem DSD müügilepingu-keskse lähenemise laiendamisel teenuse osutamise lepingutele. Kuigi lepingutingimustele vastavuse mõiste laiendamine kogu lepinguõigust läbivaks põhimõtteks on märkimisväärne edasiarendus Euroopa lepinguõiguses,¹⁷⁹ on DSD regulatsioonis ikka veel liialt tunda müügiõiguslikku paradigma. Müügilepingust orienteeritud regulatsioon ei sobitu käsunduslepingu olemusega. Selles

¹⁷⁶ Samal seisukohal on ka Metzger (viide 185), lk 581.

¹⁷⁷ Varul *et al* (viide 24), § 7 lk 54.

¹⁷⁸ RKTko 3-2-1-73-02 p 10.

¹⁷⁹ Schulze (viide 162), lk 710.

mõttes on probleem sügavam ja seda ei saa lahendada vaid sõnastades, et DSD kohaldub lepinguliikideülele.¹⁸⁰

Järgnevalt toob magistr töö autor näite, kuidas toimub digitaalse teenuse (VÕS käsunduslepingu tüüpi soorituse) hindamine DSD objektiivsete kriteeriumite järgi.

Olukorras, kus tarbija soovib Google Drive'i keskkonda kasutada õpigrupi töö korraldamiseks, võib asjaolu, et teised kasutajad ei saa tarbija Google Drive'i kontole faile lisada, olla töö korraldamisel oluliseks takistuseks. Siinkohal tekib vajadus hinnata, kas failide lisamine teise kasutaja kontole on omadus, mis on samalaadse digiteenuse puhul tavapärane või mida tarbija saab lähtudes digisisu laadist mõistlikult eeldada.

Ühelt poolt võimaldab Google Drive info jagamist paljude erinevate kasutajate vahel ning mitme kasutaja töötamine sama dokumendi kallal üheaegselt on samalaadse teenuse puhul tavapärane - samasugust võimalust pakub ka Microsoft OneDrive.¹⁸¹ Samas on andmemaht nii Google Drive'i kui OneDrive'i puhul seotud tarbija kasutajakontoga ning keegi teine konkreetse kasutaja kontole faile laadida ei saa. Seega tuleks asuda seisukohale, et tegemist ei ole Google Drive'i tavapärase funktsiooniga.

Toodud näite põhjal saab järeldada, et põhimõtteliselt on võimalik käsunduslepingu tüüpi lepingute puhul digiteenuse keskmist kvaliteeti määratleda. Kuid tegemist on lepingulise kohustuse kvaliteedi hindamisega, mitte kaupleja hoolsuse hindamisega. Seega läheks digisisulepingu sätete toomine VÕS käsunduslepingu regulatsiooni alla vastuollu käsunduslepingu olemusega.

4.3 Tarvikute ja juhendite olemasolu

Teatud juhtudel võib tarbija mõistlikult eeldada ka tarvikute ja juhendite olemasolu (DSD art 8 (1) lit. c). DSD põhjenduspunktid ei selgita, millistel juhtudel täpselt. Digisisu puhul on juhised enamasti seotud tarkvara paigaldamisega seadmesse. Ka DSD sätestab paigaldamisjuhiste kohta täiendavalt, et need peavad olema selged ja täielikud ning kui digisisu ebaõige paigaldamine on põhjustatud puudulikest juhenditest, käsitletakse seda nõuetele mittevastavusena (DSD art 9 b, DSD pp 52).

¹⁸⁰ Auer, M. Digitale Leistungen. – ZfPW 2/2019, lk 136.

¹⁸¹ Microsoft Office'i veebileht. – <https://products.office.com/et-ee/explore-office-for-home> (14.03.2020).

Juhendite alla kuuluvad ka integreerimisjuhendid, mis omakorda seob selle omaduse digisisu ebaõige paigaldamisega (DSD art 9 lit. b). Viimane reguleerib olukorda, kus juhend on olemas, kuid selle sisu ebaõige.

Käesoleva magistr töö autori hinnangul on juhend ilmselt mõistlikult eeldatav keerukama digisisu puhul. Seega saab juhendi olemasolu eeldada Microsoft Office tarkvara puhul, kuid mitte muusikafaili või e-raamatu puhul. Samuti võib olla juhend mõistlikult eeldatav olukorras, kus digisisu toimimisviis erineb oluliselt tavapärasest. Näiteks kui e-raamatul on uusi innovaatilisi funktsioone - väljatõstete tegemise võimalus, märkmete lisamise võimalus või teksti seostamise võimalus teistes e-raamatutes sisalduvaga.

Millised tarvikud võiksid olla digisisu puhul mõistlikult eeldatavad, on keerulisem määratleda. Käesoleva magistr töö autori arvates võiks digisisu tarvikutena kõne alla tulla lisaprogrammid või pistikprogrammid, mis võimaldavad digisisu vastavalt selle otstarbele kasutada. Kui tarviku olemasolu on vajalik digisisu teatud funktsiooni täitmiseks, võib see anda alust eeldada, et see antakse digisisuga kaasa.

Tarvikuid ja juhendeid puuduvat DSD-ga samasugust sätet VÕS ei sisalda. Vastavalt müügilepingu ja töövõtulepingu sätetele (VÕS § 217 lg-le 1; VÕS § 641 lg 1) peavad lepingutingimustele vastama ka asja juurde kuuluvad dokumendid. Vead või ebatäpsused dokumendis võivad kaasa tuua selle, et asja ei saa eesmärgipäraselt kasutada (VÕS § 217 lg 2 p 2) või vähendada asja kasutamist ja tuua kaasa asja mittevastavuse keskmisele kvaliteedile (VÕS § 77 lg 1).¹⁸² Nii sisaldub seos objektiivse kvaliteedistandardi ja lepingu esemega üleantavate dokumentide vahel ka VÕS-is.

Tarvikute ja juhendite olemasolu ei ole keskmist kvaliteedi puudutava VÕS § 77 kommentaarides käsitletud. Seega ei ole selgelt määratletav, kas tarvikute ja juhendite olemasolu saab pidada lepingu eseme tavaliseks omaduseks, millele lepingu täitmine on suunatud või on pigem tegemist lisaomadustega. Seetõttu on DSD ülevõtmisel otstarbekas tarvikute ja juhendite olemasolu digisisu objektiivse kriteeriumina ka VÕS-is eraldi välja tuua.

¹⁸² Sein *et al* (viide 65), lk 73.

4.4 Vastavus prooviversioonile või eelvaatele

Digisisu peab vastama kaupleja poolt enne lepingu sõlmimist kättesaadavaks tehtud prooviversioonile või eelvaatele (DSD art 8 (1) lit. d).

DSD ega selle põhjenduspunktid ei ava prooviversiooni (*trial version*) mõistet ega selgita, mis kaalutlustel vastavus prooviversioonile ja eelvaatele direktiivis eraldi välja on toodud. Samuti ei ole õiguskirjanduses prooviversioonile ja eelvaatele vastavust põhjalikumalt käsitletud.

Käesoleva magistritöö autori arvates võib nende omaduste objektiivsete kriteeriumitena väljatoomise põhjuseks olla prooviversioonide ja eelvaadete laialdane kasutamine digisisu puhul. Kuna prooviversioon ja eluvaade annavad enne lepingu sõlmimist võimaluse tutvuda digisisu toimimisomadustega, on tegemist tarbijale lepingu eel antava teabega, millel on oluline mõju tarbija ootustele digisisu kvaliteedi ja toimivusomaduste suhtes. Seega kattuvad prooviversioon ja eelvaade olulises osas kaupleja avalike teadaannetega ja objektiivse kvaliteedistandardiga, mille näeb ette DSD art 8 (1) lit. b.

Näiteks saab Microsoft Office tarkvara prooviversiooni tasuta kasutada 30 päeva. Selline pikaajaline kasutamine mõjutab oluliselt tarbija ootusi konkreetse toote suhtes - tarbija on selle aja jooksul programmi väljanägemise ja teatud funktsioonidega harjunud. Kui ostetud sisust puuduvad prooviversioonis esinenud funktsioonid, on tegemist ka puudusega DSD art 8 (1) lit. b mõttes. Kui aga 30 päeva kasutatud Microsoft Office tarkvara täisversioonis oleks täiesti teistsugune kujundus, siis ei ole tegemist puudusega ei kvaliteedis ega toimimisviisis. Ometi mõjutab nuppude asetus ja programmi ülesehitusloogika kasutaja aspektist digisisu oluliselt - tülikas on vajalikke nuppe ja funktsioone programmist uuesti üles otsida ja ümber harjuda. Just sellised elemendid ei mahu aga keskmise kvaliteedi ja toimivusomaduste alla DSD art 8 (1) lit. b järgi. Seega võib digisisu mitte vastata prooviversioonile või eelvaatele ka juhul, kui kõik kvaliteeti puudutavad omadused on samad - näiteks erineb kujundus või programmi ülesehitusloogika. Seega on prooviversioonile ja eelvaatele vastavuse väljatoomisel objektiivse standardina käesoleva töö autori hinnangul sisuline tähendus.

Ka müügilepingu ja töövõtulepingu regulatsioonis on DSD art 8 (1) lit. d-ga samalaadne säte, mille järgi tuleb tarbija poolt eeldatava kvaliteedi määratlemisel arvestada müüja, tootja, varasema müüja või muu vahendaja poolt asja teatud omaduste suhtes avalikult tehtud avaldusi, eelkõige asja reklaamimisel või etikettidel (VÕS § 217 lg 2 p 6; VÕS § 641 lg 2 p 5). Siiski läheb DSD-s toodud kriteerium kaugemale - mittevastavus eelvaatele ja

prooviversioonile võib olla ka omadus, mis ei puuduta digisisu kvaliteeti. Seetõttu tuleks vastavus prooviversioonile ja eelvaatele DSD ülevõtmisel ka VÕS-is sõnaselgelt välja tuua.

4.5 Uuenduste pakkumine

DSD art 8 (2) sätestab kaupleja kohustuse teavitada uuendustest ning anda tarbijale üle uuendused. Uuenduse all mõistetakse tarkvara täiendatud või parandatud versiooni.¹⁸³ Seega ei puuduta uuenduste pakkumise kohustus digitaalseid faile, mida ei ole võimalik uuendada, nt muusika- või filmifaile ja ka e-raamatuid.

Millisel viisil digisisu nõuetega vastavusse viia, on kaupleja valik ning sõltub paljuski ka digisisu tehnilistest omadustest. Seega saab kaupleja valida, kas pakkuda uuendusi või teha tarbijale kättesaadavaks digisisu uus koopia.¹⁸⁴ Mõlemad on käsitletavad uuenduste pakkumisena DSD art 8 (2) tähenduses (DSD pp 63). Uuenduste pakkumise kohustuse võib täita ka tootja, kui kaupleja ei ole digisisu tootja.¹⁸⁵

Uuendustest teavitamise kohustus on kõrvalkohustus. Kuna teavitamisele ei sätestata mingit kindlat ajalist määratlust, saab järeldada, et informeerimiskohustuse võib täita ka samaaegselt uuenduse pakkumisega.¹⁸⁶

Uuenduste pakkumise vajadus objektiivse kriteeriumina tuleneb digisisu omapärast - kui riistvara on pikki aastaid kasutuskõlbulik, siis tarkvara vananeb kiiresti¹⁸⁷ ja uuenduste pakkumiseta muutuks digisisu kiiresti pärast üleandmist kasutuskõlbmatuks.¹⁸⁸ Uuenduste pakkumise reeglistikuga on üritatud anda sellele praktikas küllaltki levinud tegevusele õiguslikud raamid.¹⁸⁹

Uuenduste pakkumise kohustus on DSD järgi osa nii subjektiivsetest kui objektiivsetest kriteeriumitest. Ühelt poolt moodustavad lepingus uuendustena sätestatud muudatused lepinguliste kohustuste osa (seda käsitles käesoleva magistritöö peatükk 3.6). Teisalt on uuendused vajalikud DSD-s ette nähtud teiste objektiivsete vastavusnõuete täitmiseks – uuenduste mittepakkumine võib kaasa tuua selle, et viirusetõrjeprogramm kaotab oma kvaliteedi, ei ole suuteline uuemaid viiruse tüüpe tõrjuma ning pikas perspektiivis ei sobi

¹⁸³ Engstler, J., Schrader, P.T. Anspruch auf Bereitstellung von Software-Updates?. – MMR 2018, lk 356.

¹⁸⁴ Uuenduste ja uue toote eristamise kohta vt käesoleva magistritöö peatükk 3.6.

¹⁸⁵ Metzger, A. Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen. – Juristen Zeitung, 21.06.2019, lk 581.

¹⁸⁶ Schulze (viide 162), lk 713.

¹⁸⁷ Engstler/Schrader (viide 183), lk 356.

¹⁸⁸ Loos (viide 33), lk 38.

¹⁸⁹ Urgas/Koll (viide 135), lk 567.

programm enam otstarbeks, milleks see on ette nähtud. Samuti ei pruugi uuendamata mobiilirakendus ühilduda nutitelefooni operatsioonisüsteemi uuema versiooniga ehk toimida tarbija digitaalses keskkonnas (DSD pp 74).

Uuenduste pakkumisega seoses tõusetub ka küsimus uuenduse (*update*) ja uue toote (*upgrade*) eristamisest, sest põhimõtteliselt iga uuendust võiks vaadelda kui uut toodet.¹⁹⁰ Eristamine on oluline objektiivse ja subjektiivse kriteeriumi piiritlemisel. Pooled saavad lepingus kokku leppida ka uue versiooni pakkumises (*upgrade*), sellisel juhul on tegemist subjektiivse kriteeriumiga. Objektiivse kriteeriumina on uuenduse pakkumise eesmärk digisisu hoidmine teiste lepingutingimustele vastavuse kriteeriumitega vastavuses.

Uuenduste ja uue toote eristamisel ei saa aluseks võtta digisisu tähistust. Kui uuendus on tähistatud kui digisisu uus versioon (nt 1.0-lt muudetakse 2.0-ks) ei tähenda see veel, et tegemist oleks uue tootega, vastasel korral oleks kauplejal võimalik objektiivse kriteeriumina sätestatud uuenduste pakkumise kohustust kergesti vältida. Pigem tuleks eristamisel lähtuda selliste uute funktsioonide pakkumisest, mis muudavad digisisu selle eelmisest versioonist oluliselt erinevaks, seejuures ei piisa üksikutest uutest funktsioonidest.¹⁹¹ Näiteks olukorras, kus DropBoxi uuendus võimaldab suuremat üleslaadimise kiirust, ei lisandu funktsioone, vaid muutub funktsiooni omadus. Kui aga uuendusega lisanduks fotode töötlemisvõimalus, siis on tegu kasutusviisi lisandumisega ehk uue funktsiooniga. Et jõuda järeldusele, kas fotode töötlemisvõimaluse lisandumisel on tegu uuenduse või uue tootega, tuleks täiendavalt hinnata lisandunud funktsiooni mahtu võrreldes olemasolevate funktsioonide mahuga.¹⁹² Võrreldes fotofailide üleslaadimisega on töötlemisvõimalus samamahuline või mahukamgi funktsioon. Nii võib järeldada, et fotofailide töötlemisvõimaluse puhul oleks pigem tegemist uue tootega.

Mõnel juhul võib uuenduste tegemine olla objektiivsetel põhjustel takistatud – olukorras, kus uuenduste paigaldamisele seab piirangud riistvara, näiteks ei võimalda tarbija seadme piiratud mälumaht uuendust paigaldada.¹⁹³ DSD ei anna selliseks olukorraks selgesõnalisi juhiseid, kuid DSD art 8 (3) näeb ette olukorrad, mis välistavad kaupleja vastutuse uuenduste mittepakkumisel. Selle järgi ei vastuta kaupleja nõuetele mittevastavuse eest, mis on tingitud uuenduse puudumisest, kui tarbijat on uuenduse kättesaadavusest teavitatud ning uuenduse paigaldamata jätmine ei ole tingitud kaupleja antud paigaldusjuhendite puudulikkusest. Seega

¹⁹⁰ Spindler/Sein (viide 74), lk 489.

¹⁹¹ Spindler/Sein (viide 74), lk 489.

¹⁹² Spindler/Sein (viide 74), lk 489.

¹⁹³ Seoses digielementidega kaubaga on sama aspekti käsitlenud ka Spindler/Sein (viide 74), lk 489.

on muudest teguritest, sh seadme omadustest tulenev risk uuenduste paigaldamata jätmise osas DSD järgi tarbija kanda.

Omaette küsimus on, kas uuendus ise peab vastama teatud objektiivsetele kriteeriumitele. Kui Endomondo uuendus on nii mahukas, et seda ei ole võimalik keskmisele nutikellale paigaldada, tekib küsimus, kas kaupleja on uuenduse pakkumise ikka nõuetekohaselt täitnud. Uuenduse kui sellise omadustele DSD nõudeid ei sätesta, kuid nõuded uuenduse omadustele tulenevad vajadusest tagada uuendusega digisisu lepingutingimustele vastavus. Nii on ka uuenduste puudulikkuse või mittetäielikkuse puhul tegu nõuetele mittevastavusega, kuna see tähendab, et uuendusi ei tehta lepingus ettenähtud viisil (DSD pp 44). Seega olukorras, kus Endomondo uuenduse maht ei võimalda seda keskmisele nutikellale paigaldada ning sellest tulenevalt ei ühildu nutikell enam rakendusega, ei vasta digisisu lepingutingimustele (ei ole tagatud keskmise tarbija poolt eeldatav ühilduvus).

DSD järgi sõltub uuenduste pakkumise kohustuse kestus sellest, kas digisisu antakse üle teatava ajavahemiku jooksul pidevalt või toimub üks või mitu üleandmise toimingut (DSD art 8 (2), DSD pp 55).¹⁹⁴ Teatava ajavahemiku jooksul pidev üleandmine toimub juhul, kui kaupleja teeb digisisu tarbijale kättesaadavaks kindlaksmääratud või määramata ajaks, näiteks kaheaastane pilveteenuse leping või sotsiaalmeedia platvormi liikmelisus määramata ajaks (DSD pp 57). Ühekordse üleandmise näiteks on olukord, kus tarbija laadib alla tarkvara või e-raamatu ja salvestab selle oma isiklikku seadmesse. Samuti võib digisisu üleandmine toimuda toimingute seeriana, näiteks kui tarbija saab igal nädalal lingi uue e-raamatu allalaadimiseks. Seega ühekordset üleandmist eristab teatava ajavahemiku jooksul pidevast üleandmisest asjaolu, et allalaadimise järel on tarbijal piiramatu võimalus digisisule juurde pääseda ja seda kasutada (DSD pp 56).

Teatud ajaperioodi vältel pidevalt pakutava digisisu puhul kehtib uuenduste pakkumise kohustus terve lepingu kestusperioodi vältel (DSD art. 8 (2), art. 11 (3)). Seega on perioodilise digisisu üleandmise puhul uuenduste pakkumise kestus selgelt määratletav ning digiteenuste nagu Netflix või Dropbox, ei valmista kriteeriumi sisustamine raskusi.

Keerulisem on olukord digisisu ühekordse üleandmise korral, sest DSD sätestab, et kui lepingus on ette nähtud üks või mitu üleandmise või teenuse osutamise toimingut, tuleb tarbijale üle anda uuendused, mida tarbija võib mõistlikult eeldada (DSD art 8 (2) lit. b). Nii

¹⁹⁴ Õiguskirjanduses on kaheldud, kas selgelt tarbijalemüügi direktiivist eeskuju võtnud DSD art 8 (2) ja art 11 (2) toodud digisisu ühekordse ja perioodilise üleandmise eristamine on mõttekas. M. Auer. Auer (viide 180), lk 135.

ei ole üheselt selge, kui pika aja jooksul võib tarbija mõistlikult eeldada, et digisisule uuendusi pakutakse - kuidas määratleda tarbija mõistlikke ootusi uuenduste pakkumise kestusele alla laetava tarkvara Microsoft Office'i või mobiilirakenduse Endomondo puhul. DSD järgi tuleb arvesse võtta digisisu liiki ja otstarvet ning lepingu asjaolusid ja laadi (DSD art. 8 (2), DSD pp 46). Käesoleva magistr töö autori hinnangul ei aita need kriteeriumid kohustuse kestuse määratlemisel kuigivõrd. See tekitab küsimuse, millise ajavahemiku jooksul saab tarbija uuenduste pakkumist eeldada.

Kuigi uuenduste pakkumisel võib olla ka muid eesmärke, näiteks funktsionaalsuse parandamine või kujunduse värskendamine, on mõistlikult eeldatava uuenduste pakkumise aja määratlemisel olulisim arvesse võtta, et uuendused teenivad digisisu lepingutingimustele vastavuses hoidmise eesmärki ning tagavad vastavuse DSD art 8 (1) lit. b omadustele nagu ühilduvus, järjepidevus, juurdepääsetavus ja turvalisus.¹⁹⁵ Ka DSD põhjenduspunktid seovad uuenduste pakkumise digisisu objektiivsete vastavusnõuete tagamisega (DSD pp 74). Näiteks kui mobiilirakendus ei tööta enam operatsioonisüsteemi Android uue versiooniga, siis ei ole tagatud rakenduse ühilduvus. Ühilduvus laialdaselt kasutatava operatsioonisüsteemiga on omadus, mis on mobiilirakenduste puhul tavapärane ja mida tarbija saab mõistlikult eeldada DSD art 8 (1) b mõttes. Selleks, et rakendus vastaks taas objektiivsetele kriteeriumitele, tuleb kaupljal pakkuda rakenduse uuendus (või kui kaupleja soovib, siis rakenduse uus versioon). Seega on uuenduste pakkumine tihedalt seotud objektiivsete vastavusnõuete tagamisega.

DSD näeb ette, et digisisu ühekordse üleandmise lepingute puhul peaksid liikmesriigid tagama, et kaupleja vastutab nõuetele mittevastavuse eest, mis ilmneb vähemalt kaks aastat pärast digisisu üleandmist (DSD art 11 (2), DSD pp 56). Seega kaupleja peab tagama objektiivsetele kriteeriumitele vastavuse vähemalt kahe aasta jooksul ning sellest järeldub, et ka eeldatav uuenduste pakkumise kohustuse kestus DSD art 8 (2) lit. b järgi on minimaalselt kaks aastat.¹⁹⁶ Käesoleva magistr töö autori hinnangul tähendab see, et uuendusi tuleb pakkuda kahe aasta jooksul pärast digisisu üleandmist ning selles osas ei ole kaalutluskohti seoses digisisu liigi, otstarbe või lepingu asjaolude ja laadiga nagu näeb ette DSD art 8 (2) lit. b.

Mõningatel juhtudel võib uuenduste pakkumise kohustuse kestus olla ka pikem kui kaks aastat, sest DSD kohaselt tuleb uuenduste pakkumise ajavahemiku määratlemisel lähtuda tarbija poolt mõistlikult eeldatavast. Hindamaks, kas tarbija võib eeldada, et uuenduste

¹⁹⁵ Schulze (viide 162), lk 713.

¹⁹⁶ Spindler/Sein (viide 74), lk 489.

pakkumise kohustuse kestus on konkreetsel juhul pikem kui kaks aastat, saab arvesse võtta digisisu liiki, otstarvet ning lepingu asjaolusid ja laadi (DSD art 8 (2) lit. b). Kuna kauplejad ise reeglina uuendusi ei paku, vaid seda teevad tootjad, võib määramatus uuenduste pakkumise maksimaalse kestuse osas tekitada ebakindlust kauplejate ja tootjate vahelistes suhtes, kuivõrd kohustuste mahtu on keeruline kindlaks teha.

Näiteks on digisisu ühekordse üleandmise lepinguga tegu Microsoft Office'i tarkvara üleandmise puhul. Kaupleja peab objektiivsetele kriteeriumitele vastavuse tagama vähemalt kahe aasta jooksul (DSD art 11 (2)). Seega on uuenduste pakkumise kohustuse kestus kaks aastat. Kas uuenduste pakkumise kohustus võiks olla ka pikem – tuleks hinnata lähtudes digisisu liigist ja otstarbest ning muid lepingu asjaolusid. Arvestades, et tegemist on tarkvarakomplektiga, mis hõlmab laia amplituud põhilistest arvutikasutusfunktsioonidest (sh tekstitöötlus ja tabelarvutus) ning tarkvara uus versioon tehakse kättesaadavaks iga kolme aasta tagant,¹⁹⁷ annab käesoleva magistr töö autori arvates aluse eeldada, et eelmisele versioonile pakutakse uuendusi seni, kuni on võimalik osta Microsoft Office'i uus versioon.

VÕS-i järgi hinnatakse müügilepingu ja töövõtulepingu puhul lepingu eseme vastavust keskmisele kvaliteedile lepingu eseme üleandmise ajahetke seisuga. Tarbijalepingute puhul kehtib eeldus, et puudus oli üleandmise ajal olemas, kui see ilmneb kuue kuu jooksul lepingu eseme üleandmisest (VÕS § 218 lg 2; VÕS § 642 lg 2). Seega kaupleja piirdub kaupleja vastutus vaid selliste puudustega, mis olid üleandmise hetkel olemas. DSD-s sätestatud uuenduste pakkumise kohustus erineb selles oluliselt, kuna laiendab kauplejapoolset kohustust ka sellistele puudustele, mida üleandmise hetkel veel ei eksisteerinud.¹⁹⁸

Uuenduste pakkumise puhul on kauplejapoolne kohustus pikem kui vaid lepingu eseme ühekordse üleandmise ajahetk ja digitaalse majanduse reguleerimine toob kaasa fenomeni, kus ühekordsele üleandmisele suunatud leping, nt müügileping, muutub sarnasemaks kestvuslepingule.¹⁹⁹ Samuti laieneb kaupleja vastutus olukordadele, mis ei tulene kauplejast või ei jää tema mõjusfääri: isegi, kui lepingu esemel oli kokkulepitud omadus üleandmisel, vastutab kaupleja kokkulepitud omaduse olemasolu eest ka siis, kui muutub digitaalne keskkond lepingu eseme ümber. Nii toob uuenduste pakkumise kohustus kaasa digisisu ühekordse üleandmise lepingute puhul olulise põhimõttelise erinevuse võrreldes VÕS müügilepingu ja töövõtulepinguga ning mõjutab tugevalt soorituse olemust. Uuendustel on

¹⁹⁷ Microsoft Office'i veebileht. <https://products.office.com/et-ee/previous-versions-of-office> (28.03.2020).

¹⁹⁸ Loos (viide 33), lk 38.

¹⁹⁹ Schulze (viide 162), lk 713; Bach, I. Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte. – NJW 2019, lk 1707; Riehm, T., Abold, M. A. Mängelgewährleistungspflichten des Anbieters digitaler Inhalte. – ZUM 2018, lk 87.

keskne koht objektiivsetele kriteeriumitele vastavuse tagamisel, seetõttu tuleb vastavad sätted ka VÕS-is ette näha.²⁰⁰

4.6 Digisisu viimase versiooni pakkumine

DSD art 8 (6) sätestab eelduse, et kaupleja annab üle digisisu viimase versiooni, mis on lepingu sõlmimise ajal kättesaadav, välja arvatud juhul, kui pooled on kokku leppinud teisiti.

Seega sõnaselge kokkuleppe puudumisel peab kaupleja pakkuma digisisu viimase versiooni. Eelduslikult on kõige viimane versioon oma omadustelt kõige funktsionaalsem ning võimaldab paremat ühilduvust muu uuema riist- ja tarkvaraga.²⁰¹ Samuti on nõue seotud uuenduste pakkumise kohustusega - vanema versiooni puhul on mõistlikult eeldatav uuenduste pakkumise aeg lühem kui viimase versiooni puhul (DSD pp 51).

Müügilepingu ja töövõtulepingu puhul saab viimase versiooni nõude tuletada VÕS § 217 lg 2 p-st 6 ja VÕS § 641 lg 2 p-st 5, sest lepingu eseme kvaliteeti puudutava omaduse määramisel tuleb lähtuda seda liiki asjadele tavaliselt omasest kvaliteedist. Arvestades, et digitaalse valdkonna kiiret arengut, uute versioonide järjepidevat lisandumist ning sellest tulenevat tarbija digitaalse keskkonna muutumist, saab asuda seisukohale, et digisisu puhul on viimase versiooni üleandmine tarbija põhjendatud ootus. Muude lepingu liikide puhul tuleks otsustamiseks, kas kaupleja on kohustatud üle andma digisisu viimase versiooni, rakendada VÕS § 29 tõlgendamispõhimõtteid. Digisisu värskeima versiooni pakkumise sätestamine objektiivse kriteeriumina tähendab, et teistsuguse kokkuleppe puudumisel võib tarbija alati eeldada, et talle antakse üle digisisu värskeim versioon. Nii tähendab DSD põhimõtte ülevõtmine VÕS-i, et tegemist oleks erisättega VÕS § 29 tõlgendamispõhimõtete suhtes ning lepingut ei peaks selles osas enam tõlgendama.

DSD-järgne kohustus pakkuda vastava erikokkuleppe puudumisel digisisu viimane versioon (DSD art 8 (6)) kaitseb tarbijat ulatuslikumalt kui VÕS. Ehkki VÕS sätted võimaldaksid jõuda samade tulemusteni, ei ole see üürilepingu, rendilepingu ja käsunduslepingu puhul alati kindel ning erireegli kehtestamine on vajalik tulenevalt sellest, et DSD on maksimumharmoneeriv (DSD art 4).

²⁰⁰ Schulze (viide 199), lk 713.

²⁰¹ Urgas/Koll (viide 135), lk 558.

4.7 Digisisu ebaõige integreerimine

Lepingutingimustele mittevastavuseks loetakse ka digisisu ebaõiget paigaldamist (DSD art 9) ning seejuures on eristatavad kaks olukorda: 1) digisisu integreeris kaupleja; 2) seda tehti kaupleja vastutusel. Säte toob digitaalsesse ajastusse üle tarbijalemüügi direktiivis tuntud Ikea-klausli.²⁰² Digisisu puhul ei ole aga kauplejapoolne või kaupleja vastutusel paigaldamine alati üheselt mõistetav, sest digisisu paigaldamiseks on väga erinevaid viise.²⁰³

Tarkvara installeerimine kasutaja arvutisse kaupleja poolt poes, mis on üheselt mõistetavalt paigaldamine, on tänapäeval pigem harv. Ennekõike kasutatakse tarkvara puhul paigaldamisrutiini (setup.exe), mobiilirakendused enamasti eraldi paigaldamisrutiini ei kasuta, vaid on avatavad kohe pärast tarbijapoolset allalaadimist. Õiguskirjanduses lähevad arvamused kauplejapoolse paigaldamise ulatuse kohta lahku.²⁰⁴

Juhul, kui paigaldamisrutiin ei käivitu, ei sobi digisisu otstarbeks, milleks seda tavaliselt kasutatakse; kui paigaldamisrutiin ei ühildu tarbija digitaalse keskkonnaga, ei ole digisisul toimivusomadust (ühilduvus), mis on sama liiki digisisu puhul tavapärane. Nii kuuluvad allalaadimise ja automaatsete paigaldamisprotsesside tõrked ennekõike DSD art 8 (2) lit. a alla. Seetõttu saab käesoleva magistritöö autori hinnangul kauplejapoolseks paigaldamiseks lugeda siiski vaid kaupleja aktiivset tegevust - toimingute tegemist kasutaja seadmes kas kaugligipääsu teel või füüsiliselt seadmele ligi pääsedes. Vastasel korral tekiks küsimus millisel juhul ja millistesse keskkondadesse peab olema võimalik digisisu paigaldada.²⁰⁵ Need küsimused puudutavad aga just digisisu toimivusomadusi, eelkõige ühilduvust, ja nii ei oleks võimalik kauplejapoolset paigaldamiskohustust eristada digisisu üleandmisest (DSD art 5), ühilduvusest ja juurdepääsetavusest (DSD art 8 (2) lit. a). Seetõttu tuleks kauplejapoolseks paigaldamiseks lugeda vaid kaupleja aktiivset tegevust, mitte programmis sisalduvaid paigaldamisrutiine. Paigaldamine kaupleja vastutusel puudutab olukorda, kus kaupleja kasutab kolmandat isikut, näiteks kasutajatuge pakkuvat ettevõtet, paigaldamise läbiviimiseks.

Kui lähtuda eeltoodud kitsast kriteeriumi sisustamisest, kattub DSD art 9 VÕS asja paigaldamist reguleerivate sätetega (VÕS § 217 lg 5; VÕS § 641 lg 4), mida kohaldatakse

²⁰² Staudenmayer (viide 74), lk 2499; Metzger (viide 185), lk 581.

²⁰³ Schulze (viide 162), lk 712.

²⁰⁴ Nii on leitud, et kui tarbija kasutab paigaldamisrutiini (setup.exe), ei ole tegemist kauplejapoolse või kaupleja vastutusele jääva paigaldamisega. Spindler/Sein (viide 74), lk 415. vrdl. Bach (viide 199), lk 1707.

²⁰⁵ Sellise küsimuse on tõstatanud nii I. Bach. kui R. Schulze. Bach (viide 199), lk 1707; Schulze (viide 162), lk 712.

juhul, kui paigaldamine kujutab endast lepingust tulenevat kõrvalkohustust. See tähendab, et tegemist ei saa olla eraldi lepingulise kohustusega, nt segatüübilise lepingu puhul. Sellest tuleb eristada olukorda, kus müüja üksnes vahendab ostjale paigaldustöö läbiviijat, mille peamiseks tunnuseks on, et paigaldustöö eest võlgnetav tasu makstakse otse vastava töö teostajale.²⁰⁶ Seega kattuvad DSD art-s 9 sätestatud olukorrad, mil kauplejapoolne ebaõige paigaldamine kujutab endast lepingutingimustele mittevastavust, VÕS müügilepingu ja töövõtulepingu regulatsioonis sätestatuga nii sisult kui sõnastuselt.

Üürilepingu ja rendilepingu regulatsioonis analoogsed sätted puuduvad. Käsunduslepingu puhul on paigaldamine pigem käsitletav osana teenuse pakkumisest. Seega tuleks ka teisi lepinguliike digisisu paigaldamist puudutavate sätetega täiendada.

4.8 Kolmanda isiku õigused

Digisisu nõuetelevastavust ei või piirata kolmanda isiku õiguste, eelkõige intellektuaalomandi õiguste rikkumisest tulenevad piirangud (DSD art 10). Kolmanda isiku õigustest tuleneva piirangu tüüpiliseks näiteks on lõppkasutaja litsentsileping (*end-user-licence-agreement*, edaspidi EULA). Kui litsentsilepingust tulenev piirang ei võimalda tarbijal digisisu teatavat omadust kasutada ja tegemist on sama liiki digisisu tavalise omadusega, tähendab piirangu olemasolu, et digisisu ei vasta objektiivsetele vastavusnõuetele (DSD pp 53).

Kaupleja ei pea tagama, et digisisu oleks vaba kolmanda isiku õigustest,²⁰⁷ vaid et kolmanda isiku õiguste teostamine ei piiraks või takistaks tarbijal digisisu kasutamast. Seega reguleerib DSD kaupleja ja tarbija omavahelisi suhteid, mitte aga suhteid kolmanda osapoolle, näiteks autoriõiguste omajaga.²⁰⁸ Kolmandal isikul on jätkuvalt võimalus autoriõigusi teostada, kuid juhul, kui kolmas isik autoriõigused tarbija suhtes maksma paneb, on tarbijal omakorda õigus kasutada õiguskaitsevahendeid kaupleja suhtes (DSD pp 36). Otsustamaks, kas EULA takistab digisisu kasutamist, tuleb lähtuda DSD art 7 ja 8 sätestatud omadustest. Näiteks kui litsentsilepingust tulenev piirang ei võimalda ühilduda tarkvaraga, millega tavapärast samalaadset digisisu kasutatakse, on tegu lepingutingimustele mittevastavusega.

EULA sõlmimisel ei küsita tarbijalt enamasti tasu, kuid kehtestatakse vastutust välistavad klausleid ja piiranguid digisisu kasutamisele. Sageli annab EULA litsentsiandjale laialdasi

²⁰⁶ Varul *et al* (viide 66), § 217 lk 101.

²⁰⁷ DSD eelnõu sõnastuse järgi pidi digisisu olema vaba kolmandate isikute õigustest, kehtivas versioonis on sõnastust muudetud. Auer (viide 180), lk 136.

²⁰⁸ Spindler/Sein (viide 18), lk 416.

õigusi, näiteks koguda ja töödelda tarbija andmed²⁰⁹ ning EULA-ga nõustumine on digisisu kasutamise eeltingimus.²¹⁰ Kuna selline tingimus ei ole käsitletav digisisu kasutamist takistava nõude või õigusena, ei ole sellise eeltingimuse seadmine DSD-ga vastuolus. Seega on EULA DSD järgi lubatav.²¹¹

Kolmandate isikute õigusetega seonduv on lepingutingimustele vastavuse kontekstis reguleeritud VÕS müügilepingu ja töövõtulepingu sätetes (VÕS § 217 lg 2 p 4; VÕS § 641 lg 2 p 4), mille järgi ei vasta lepingu ese lepingutingimustele, kui kolmandal isikul on asja suhtes nõue või muu õigus, mida ta võib esitada. Üürilepingu ja rendilepingu puhul on kolmanda isiku õigused seotud kasutamiseks sobiva seisundiga VÕS § 276 lg 1 järgi, mille hindamisel arvestatakse ka õiguslikku seisundit. Üürileandja peab tagama, et üürnik oleks õigustatud asja kasutama ja et asja kasutamine ei oleks piiratud.²¹² Käsunduslepingu regulatsioonis analoogseid sätteid ei ole.

Siiski on VÕS-i järgi lubatav, et seaduses sisalduval alusel jäävad lepingu esemega seotud kolmandate isikute õigused püsima, näiteks litsentsilepingu edasikestvus patendi omandanud isiku suhtes.²¹³ Seadusest tulenevaks aluseks on ka autoriõiguse seaduses sisalduv,²¹⁴ mille järgi on teose kasutamine teiste isikute poolt lubatud autori poolt oma varaliste õiguste üleandmise korral, litsentsi või all-litsentsi alusel. Seetõttu saab käesoleva magistr töö autori hinnangul asuda seisukohale, et EULA on lubatav ka VÕS-i järgi. Veelgi enam - EULA-st tulenev piirang või kasutusvõimaluse vähenemine ei ole käsitletav lepingutingimustele mittevastavusena VÕS § 276 lg 1, VÕS § 217 lg 2 p 6 ja VÕS § 641 lg 2 p 5 mõttes, sest selliseks piiranguks eksisteerib seadusest tulenev alus. Nii ei vastuta kaupleja VÕS-i järgi piirangust tuleneva lepingutingimustele mittevastavuse eest.

DSD näeb seevastu ette kaupleja vastutuse olukorras, kus litsentsiandja on sellise nõude maksuma pannud. See on oluline erinevus, mistõttu on vajalik DSD ülevõtmisel ka VÕS-is ette näha võimalus kasutada kaupleja suhtes kõiki lepingutingimustele mittevastavusest tulenevaid õiguskaitsevahendeid juhul, kui EULA-st tulenev piirang takistab digisisu kasutamist või digisisu ei vasta seetõttu enam keskmisele kvaliteedile.

²⁰⁹ Seetõttu võib EULA teatud juhtudel olla ka digisisuleping vt käesoleva magistr töö peatükk 2.4.

²¹⁰ Wendehorst (viide 16), lk 198-199.

²¹¹ Metzger (viide 185), lk 581.

²¹² Varul *et al* (viide 66), § 276 lk 253.

²¹³ Varul *et al* (viide 66), § 217 lk 98.

²¹⁴ Autoriõiguse seadus. – RT I, 19.03.2019, 55, §§ 46 j 47.

Keerulisim probleem seoses DSD-s sätestatud objektiivsete tarbijaootustega puudutab autoriõiguste ammendumist ehk digisisu edasimüügiõigust²¹⁵ - kas edasimüügiõiguse olemasolu on omadus, mida tarbija võib digisisu puhul mõistlikult eeldada.²¹⁶ Euroopa Kohus (edaspidi: EK) on jaatanud õiguste ammendumist juhul, kui tarkvara laetakse alla internetist.²¹⁷ UsedSoft vs Oracle lahendit on palju kritiseeritud ning on vaieldav, kas seda saab laiendada muule digisisule.²¹⁸

DSD annab alust järeldada, et autoriõigust ja sellega kaasnevat õigusi käsitlevate õigusnormide suhtes on DSD pigem subsidiaarne (DSD art 3 (7), pp-d 21 ja 36)²¹⁹ ning direktiivi tuleb käsitleda kui *lex generalis*-t, mida kohaldatakse ainult nii kaugele, kuni ei ole teisi spetsiifilisi sätteid.²²⁰ Õiguste ammendumise küsimuses tuleks seega lähtuda direktiivist 2001/29²²¹ (edaspidi: autoriõiguse direktiiv) art 4 (2) sätestatud esmamüügiõigusest.²²²

DSD ega selle põhjenduspunktid ei anna ühtegi juhust, kuidas edasimüügiõigust puudutava mõistliku tarbijaootuse küsimust lahendada ja väldib seega lepinguõiguse ja autoriõiguse konflikti lahendamist.²²³ Nii on õiguste ammendumine ilmselt edaspidigi juriidiliste vaidluste objektiks.²²⁴

Käesoleva magistritöö autori arvates saab tarbija mõistlikke ootusi hinnata DSD objektiivsetele kriteeriumitele tuginedes - võrrelda edasimüügiõiguse olemasolu samalaadse digisisu puhul (DSD art 8 (1) lit. b). Nii lubavad muusika ja filmide voogedastust pakkuvad Netflix ja Spotify pigem asuda seisukohale, et selliste muusika- ja filmifailide puhul ei saa edasimüügiõiguse olemasolu eeldada.

EK leidis, et õiguse ammendumine ei puutuda teenuseid, eelkõige online-teenuseid²²⁵ ja näib, et digitaalne majandus on aktsepteerinud õiguste ammendumist arvutiprogrammide puhul

²¹⁵ Nimelt kehtib reegel, et pärast teose esmamüüki või omandi muul viisil üle andmist autori poolt või tema loal, lõppeb autori õigus teose või selle konkreetse koopia levitamisele (v.a.rentimine ja laenutamine üldsusele) Euroopa Liidus. Sein *et al* (viide 65), lk 258.

²¹⁶ Kindl (viide 19), lk 10-11 ja 13; Spindler/Sein (viide 74), lk 490.

²¹⁷ EKO C-128/11, „UsedSoft“ GmbH versus Oracle International Corp, ECLI:EU:C:2012:407.

²¹⁸ Wendehorst (viide 16), lk 197; Spindler/Sein (viide 74), lk 490.

²¹⁹ Druschel, J., Engert, P. Vertragsrecht und Urheberrecht im Konflikt? – Eine Bestandsaufnahme. – ZUM 2018/62, lk 97.

²²⁰ Manko (viide 15), lk 4.

²²¹ 22. mai 2001. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2001/29/EÜ autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste teatavate aspektide ühtlustamise kohta infoühiskonnas. – ELT L 167, lk 10–19.

²²² Levitamisiõigus teose originaali või koopiaste suhtes ühenduses ei lõpe, v.a juhul, kui õiguste valdaja poolt või tema nõusolekul toimub ühenduses kaitstud objekti esmamüük või muul viisil omandiõiguse üleminek (direktiivi 2001/29 art 4 (2)).

²²³ Weber (viide 42), lk 1788; Manko (viide 15), lk 5.

²²⁴ Jacquemin (viide 22), lk 190.

²²⁵ C-128/11, UsedSoft (viide 217), p 54.

ning aina enam pakutakse tarkvara teenusena. Teenust ei ole võimalik edasi müüa või edasi anda. Vaadates tarkvara hindu Microsoft Office lehel, peegeldub see ka selgelt hinnas - tarkvara aastane kasutusõigus kõigis seadmetes maksab kaks korda vähem kui allalaadimisvõimalus ühte arvutisse.²²⁶ See ühtib EK seisukohaga, mille järgi sisaldub tarkvara eest tasutud hinnas ka teose koopia kasutamise tasu autoriõiguse omanikule.²²⁷

DSD pakub küll võrreldes VÕS-ga ulatuslikumat kaitset olukorras, kus digisisu keskmine kvaliteet või toimimine on takistatud EULA-st tuleneva nõude tõttu, kuid ei anna vastust küsimusele, kas tarbija saab edasimüügiõiguse olemasolu mõistlikult eeldada. Seisukoht jääb ilmselt EK praktika kujundada. Käesoleva töö autori arvates saab teatud juhtudel tarbija mõistlikke ootusi edasimüügiõiguse osas hinnata võrreldes, kas samalaadse digisisu puhul on edasimüügiõiguse olemas.

²²⁶ Microsoft'i veebileht. – <https://products.office.com/et-ee/compare-all-microsoft-office-products?&rtc=1&activetab=tab%3aprimaryr1> (02.02.2020).

²²⁷ C-128/11, UsedSoft (viide 217), p 45.

Kokkuvõte

Magistritöös uuriti seda, kuidas tuleks DSD lepingutingimustele vastavuse sätted VÕS-i üle võtta, et saavutada direktiivi eesmärk ning säilitada seejuures siseriikliku õiguse terviklikkus. Magistritöö raames läbi viidud analüüs asetab DSD lepingutingimustele vastavuse nõuded Eesti lepinguõiguse konteksti, sisustas digisisu lepingutingimustele vastavuse kriteeriumid ja tõi välja VÕS-i lepingutingimustele vastavuse sätete võimaliku sõnastuse. Samuti hindas magistritöö autor DSD lepingutingimustele vastavuse kriteeriumite ülevõtmise sisulist mõju VÕS-ile.

DSD kohaldub kõigile lepingutele, mis on suunatud digisisu üleandmisele või digiteenuse osutamisele. Kohaldamisala piiritlemisel on oluline digisisu eristamine digielementidega kaubast (DSD art 3 (4)). Muu hulgas on kaubas sisalduva digisisuga tegemist siis, kui müüja või tootja on lepingueelses teabes lubanud digisisu sisaldumist konkreetsetes kaubas (DSD pp 21). Sellisel juhul saab lepingueelse info alusel eristada, kas leping kuulub DSD või kaupade müügi direktiivi kohaldamisalasse, millest omakorda sõltub lepinguliigi määratlemine. Näiteks olukorras, kus müüja on teavitanud, et nutiteleviisor sisaldab digiteenuse rakendust, loetakse digiteenus osaks digielementidega kaubast ning tegemist on müügilepinguga. Muul juhul on digiteenuse rakendust puudutav kokkulepe reeglina liigitatav käsunduslepinguks. Seega DSD ülevõtmisel omandab lepingueelselt antud teave lepinguliigi kvalifitseerimisel senisest suurema tähenduse.

Arvestades, et DSD ei reguleeri täpsemalt lepingueelse teabe saamist lepingu osaks, kohaldub sellele VÕS-i senine regulatsioon (VÕS § 14¹ lg 3; VÕS § 48 lg 1 p 5; VÕS § 54 lg 1 p 5). Eeltoodud lepingueelse teabe erireeglid tulenevad tarbijaõiguste direktiivist (2011/83), mille digitaalse infosisu definitsioon ei hõlma aga digitaalseid teenuseid ja ei ühti seega digisisu mõistega DSD järgi. Seetõttu tuleks digisisu ja digitaalsete teenuste mõiste VÕS-is läbivalt ühtlustada nii, et ei tekiks kahtlust, kas VÕS-i lepingueelse teabe sätted hõlmavad ka digitaalseid teenuseid. Mõiste ühtlustamiseks tuleks digisisu defineerida VÕS-i üldosas, näiteks kohe pärast VÕS §-s 11¹ sätestatud püsiva andmekandja mõistet.

VÕS-i lepinguliikidest võivad digisisulepinguna kõne alla tulla müügileping, töövõtuleping, käsundusleping, liisinguleping, litsentsileping, rendileping ja poolte vastava kokkuleppe korral ka üürileping. Liisinguandja vastutus lepingu eseme puuduste eest on üldjuhul piiratud ja litsentsilepingu eseme kvalitatiivsete omaduste määratlemisel lähtutakse müügilepingu regulatsioonist. Seega piisab DSD ülevõtmisel nende lepinguliikide puhul viite tegemisest

digisisu lepingutingimustele vastavuse sätetele VÕS-i müügilepingu regulatsioonis. Seetõttu liisingulepingut ja litsentsilepingut magistritöös põhjalikumalt ei käsitletud.

Lepingutingimustele vastavuse sätete analüüs näitas, et pooltevahelise kokkuleppe (subjektiivsete kriteeriumite) ja keskmise kvaliteedi (objektiivsete kriteeriumite) omavaheline suhe erineb DSD ja VÕS-i järgi oluliselt. DSD art 8 (1) näeb ette, et digisisu peab subjektiivsete kriteeriumite kõrval vastama ka objektiivsetele kriteeriumitele. Seega ei saa lepingus kokku leppida kvaliteedis ja omadustes, mis on madalamad kvaliteedist, mis samasugusel digisisul tavaliselt on ja mida tarbija võib mõistlikult eeldada.

Ka VÕS-i müügilepingu kui töövõtulepingu regulatsioon sätestab, et tarbijalepingute puhul peab lepingu ese olema seda liiki asjadele tavaliselt omase kvaliteediga, mida tarbija võib mõistlikult eeldada (VÕS § 217 lg 2 p 6; VÕS § 641 lg 2 p 5). See aga ei välista kokkuleppe sõlmimist lepingu eseme omaduste kohta, mille alusel saab määrata asja või töö lepingutingimustele vastavuse (VÕS § 217 lg 2 p 1; VÕS § 641 lg 2 p 1). Sellise kokkuleppe olemasolul on lepingutingimustele vastavuse määramisel primaarne kokkulepe. Seega tuleb VÕS-i järgi lähtuda ennekõike poolte kokkuleppest ning keskmise kvaliteedi saab aluseks võtta ainult juhul, kui asja omaduste kohta kokkulepe puudub. Üürilepingu ja rendilepingu puhul võimaldab sama tulemuseni jõuda lepingujärgseks kasutamiseks sobiva seisundi hindamine (VÕS § 276), mis haakub sisuliselt VÕS § 217 lg 2 p-s 2 sätestatud seisundiga. Seega lähtutakse kasutamiseks sobiva seisundi sisustamisel müügilepingu lepingutingimustele vastavuse hindamise loogikast. Nii prevaleerivad VÕS-i järgi subjektiivsete ja objektiivsete kriteeriumide omavahelises suhtes subjektiivsed kriteeriumid. See kehtib ka käsunduslepingu puhul, kus VÕS § 620 näeb käsundi täitmisel ette küll objektiivse standardi majandus- või kutsetegevuses tegutsevale isikule, kuid sellist kohustust ei saa laiendada lepingulise põhikohustuse kvaliteedile. Seega erineb DSD VÕS-i senisest loogikast, mis seab esikohale pooltevahelise kokkuleppe. Tegu on olulise põhimõttelise nihkega tarbija kasuks. Sellest tulenevalt peaks DSD ülevõtmisel VÕS-is digisisu lepingutingimustele vastavuse puhul kindlasti ette nägema, et digisisu lepingutingimustele vastavuse hindamisel arvestatakse lisaks poolte kokkuleppele ka keskmist kvaliteeti.

Ulatus, mille osas on poolte kokkuleppel võimalik keskmisest kvaliteedist kõrvale kalduda, on DSD ja VÕS-i puhul üldjoontes sarnane. Erinev on ebaõigest paigaldamisest tuleneva kaupleja vastutuse piiramine või välistamine, mis DSD art 8 (5) järgi ei ole lubatud. VÕS-i puhul on ebaõigest paigaldamisest tuleneva kaupleja vastutuse piiramine või välistamine keelatud vaid müügilepingu ja töövõtulepingu puhul (VÕS § 217 lg 5; VÕS § 641 lg 4).

DSD-s ja VÕS-is on erinevalt reguleeritud ka objektiivsetest kriteeriumitest kõrvale kalduva kokkuleppe sõlmimise aeg ja kokkuleppe vorm. DSD art 8 (5) lubab objektiivsetest kriteeriumitest kõrvale kalduva kokkuleppe sõlmida ainult koos põhilepinguga, hiljem sellist kokkulepet enam sõlmida ei saa. Kõrvalekalduv kokkulepe peab DSD järgi olema piisavalt selge ning tarbija peab olema sellega selgelt ja ühemõtteliselt nõustunud.

VÕS-i järgi võivad pooled lepingu lisana juba sätestatud lepingutingimustest või keskmisest kvaliteedist kõrvale kalduda, kui selline kokkulepe ei ole vastuolus tüüptingimuste regulatsiooni ega VÕS § 106 lg-ga 2. Nii et erinevalt VÕS-ist piirab DSD pooltevahelist kokkuleppevabadust rohkem. DSD lepingutingimustele vastavuse sätete ülevõtmisel tuleks seetõttu VÕS-is selgelt välja tuua, millistest digisisu keskmist kvaliteeti iseloomustavatest omadustest on poolte kokkuleppel võimalik kõrvale kalduda ning millised on nõuded sellele kokkuleppele: tarbijat tuleb konkreetsetest kõrvalekalduvatest omadustest teavitada ning tarbija peab sellise kokkuleppega olema selgelt eraldi nõustunud.

DSD subjektiivsete vastavusnõuetena sätestatud lepingu eseme kirjeldus, kogus ja kvaliteet kattuvad VÕS müügilepingu (VÕS § 217 lg 1 ja lg 2 p 1) ja töövõtulepingu (§ 641 lg 1 ja lg 2 p 1) regulatsiooni määratlusega lepingu eseme kirjeldusest, kogusest ja kvaliteedist. Käsunduslepingu puhul on kokkulepitud omadusi võimalik käsitleda kohustusena osutada teenust vastavalt lepingule (VÕS § 619) ning üürilepingu ja rendilepingu puhul lepingujärgseks kasutamiseks sobiva seisundina (VÕS § 276 lg 1).

Teised DSD-s sätestatud subjektiivseid vastavusnõudeid iseloomustavad omadused – funktsionaalsus, ühilduvus ja koostalitlusvõime – võivad kõigi analüüsitud VÕS-i lepinguliikide puhul olla hõlmatud lepingu eseme kokkulepitud omadustega (VÕS § 217 lg 1 või lg 2 p 1; VÕS § 641 lg 1 või lg 2 p 1; VÕS § 276 lg 1; VÕS § 619). Ka DSD-siseselt on tegemist omadustega, mis on digisisu teiste omaduste, eelkõige kvaliteedi ja kirjeldusega, subordinäärses suhtes. Seetõttu on DSD subjektiivsete kriteeriumite mõju VÕS-ile pigem tehnilist laadi kui sisuline.

Kuigi subjektiivsete kriteeriumitena DSD-s sätestatud digisisu-spetsiifilistel omadustel ei ole olulist iseseisvat tähendust, tuleb need eraldi välja tuua, sest DSD on maksimumharmoneeriv (DSD art 4) ja digisisu-spetsiifilised omadused ei ole DSD sõnastuse järgi kvaliteedi ja kirjeldusega hõlmatud. Digisisu tehnilist iseloomu silmas pidades annavad funktsionaalsus, ühilduvus ja koostalitlusvõime indikatsiooni, milliseid omadusi võiks pooltevaheline

kokkulepe hõlmata. Samas jääb omaduste väljatoomise vajadus siiski mõnevõrra ebaselgeks arvestades, et lepingus kokkulepitu kõrval kohaldub DSD järgi ka keskmine kvaliteet.

DSD sätestab subjektiivse kriteeriumina ka digisisu üleandmise koos kokkulepitud tarvikute, juhendite ja klienditoega (DSD art 7 (1) lit. c). Seejuures ei ole päris selge, mida tuleks mõista digisisu tarvikute all. Käesoleva magistritöö autori arvates tuleks asuda seisukohale, et digisisu tarvikutena tuleks mõista lisaprogramme (*downloadable content*) ja pistikprogramme (*plugin*), mis annavad digisisu kasutamisel lisavõimalusi.

VÕS ei reguleeri pooltevahelist kokkulepet seoses tarvikute või klienditoega. Tarvikute või klienditoe pakkumises kokkuleppimine võib kõigi analüüsitud VÕS-i lepinguliikide puhul olla hõlmatud lepingu eseme kokkulepitud omadustega (VÕS § 217 lg 1 või lg 2 p 1; VÕS § 641 lg 1 või lg 2 p 1; VÕS § 276 lg 1; VÕS § 619). Dokumentide üleandmine subjektiivse vastavusnõudena on sätestatud vaid müügilepingu ja töövõtulepingu puhul (VÕS § 217 lg 1 teine lause ja VÕS § 641 lg 1 teine lause). Seega on DSD-s sisalduv subjektiivne kriteerium, et digisisu tuleb üle anda koos kokkulepitud tarvikute, klienditoe ja juhenditega, VÕS-i lepinguliikide puhul üldjuhul hõlmatud lepingu eseme kokkulepitud omadustega. Siiski tuleks DSD art 7 (1) lit. c tervikuna üle võtta, sest tarvikud, klienditugi ja juhendid osutavad olulistele omadustele, milles pooled digisisu olemust arvestades kokku võiksid leppida.

DSD art-s 7 välja toodud subjektiivsed kriteeriumid tuleks VÕS-is sõnastada lugedes digiteenuse lepingutingimustele vastavaks, kui digisisu kirjeldus, kogus ja kvaliteet ning funktsionaalsus, ühilduvus, koostalitlusvõime ja muud omadused vastavad lepingutingimustele ning kui digisisu antakse üle koos lepingutingimustele vastava klienditoega, tarvikute ja juhenditega. Sätete sõnastamisel tuleks funktsionaalsuse vastena eelistada VÕS-i lepingueelse teabe sätetes kasutusel olevat terminit "kasutusviis".

Subjektiivsete kriteeriumitega seotud märkimisväärseim erinevus puudutab digisisu eriomases otstarbes kokkuleppimist. VÕS-i järgi on müügilepingu ja töövõtulepingu puhul võimalik lepingu eseme eriomases otstarbes kokku leppida ka konkludentselt, kui tarbija saab tugineda kaupleja professionaalsusele (VÕS § 217 lg 2 p 2; VÕS § 641 lg 2 p 2). DSD aga näeb ette, et kaupleja peab digisisu eriomases otstarbes kokkuleppimiseks olema vastava kokkuleppega nõustunud (DSD art 7 (1) lit. b). Nii seab DSD tarbijale senisest suurema tõendamiskoormuse – isegi olukorras, kus kaupleja on spetsialiseerunud digisisuga kaupemisele, ei piisa vaid sellest, kui tarbija on eriomasest otstarbest kauplejat teavitanud. Eriomasest otstarbes tuleb kokku leppida selliselt, et kaupleja on oma nõustumust väljendanud. Erinevuse mõju VÕS-ile

tervikuna ei ole siiski suur puudutades vaid müügilepingut ja töövõtulepingut. Teise lepinguliikide puhul eeldab eriomases otstarbes kokkuleppimine kaupleja otsest tahteavaldust ka praegu.

Muus osas ei erine VÕS-i senine eriomase otstarbe käsitus DSD käsitlusest. Seega tuleks direktiivi ülevõtmisel VÕS-is sätestada, et digisisu eriomases otstarbes kokkuleppimine eeldab, et tarbija on vastava otstarbe teinud kauplejale teatavaks hiljemalt lepingu sõlmimise ajal ning kaupleja on sellega nõustunud.

DSD eristab kahte liiki uuendusi: lepingus kokkulepitud uuendused ehk uuendused subjektiivse kriteeriumina (DSD art 7 (1) lit. c) ja uuendused, mis on vajalikud selleks, et tagada digisisu vastavus keskmisele kvaliteedistandardile ehk objektiivsetele kriteeriumitele (DSD art 8 (2)). Uuendused subjektiivse kriteeriumina puudutavad seejuures vaid selliseid uuendusi, millega kadutakse keskmisest kvaliteedist kõrvale. Seetõttu tuleks DSD ülevõtmisel selguse huvides uuenduste pakkumine poolte vahel kokkulepitava omadusena ette näha ka VÕS-is ning sätestada, et juhul, kui poolte vahel on kokkulepe uuenduste pakkumiseks, vastab digisisu lepingutingimustele, kui seda uuendatakse vastavalt lepingutingimustele.

Objektiivsete vastavusnõuetena näeb DSD ette koguse, kvaliteedi ning toimivusomadused, mis on sama liiki digisisu puhul tavapärased ja mida tarbija võib mõistlikult eeldada (DSD art 8 (1) lit. b). Eeltoodud omaduste hindamine on sarnane VÕS-is, eelkõige müügilepingu ja töövõtulepingu regulatsioonis, tarbijalepingute kohta sätestatuga (VÕS § 217 lg 2 p 6 ja § 641 lg 2 p 5). DSD täpsustab koguse, kvaliteedi ja toimivusomaduste hindamist digisisu-spetsiifiliste toimivusomaduste abil: funktsionaalsus, ühilduvus, juurdepääsetavus, järjepidevus, turvalisus. Eeltoodud omadused vaid abistavad keskmise kvaliteedi mõiste sisustamisel ega oma iseseisvat tähendust. Seetõttu ei ole VÕS-i sätete sõnastamisel vajalik digisisu-spetsiifilisi omadusi objektiivsete kriteeriumite all eraldi välja tuua.

DSD sätestab objektiivse kriteeriumina ka digisisu sobivuse otstarbeks, milleks sama liiki digisisu tavaliselt kasutatakse (DSD art 8 (1) lit. a). VÕS näeb suurema osa analüüsitava lepinguliikide puhul samuti ette lepingu eseme tavalise kasutusotstarbe kindlakstegemise (VÕS § 217 lg 2 p 2 teine alternatiiv; VÕS § 641 lg 2 p 2 teine alternatiiv; VÕS § 265 lg 1). Erandiks on käsundusleping, mille puhul VÕS lepingu eseme kvalitatiivseid omadusi ette ei näe.

VÕS sisustab lepingu eseme tavalist kasutusotstarvet eelkõige läbi tarbija ootuste. DSD-s on tavalist kasutusotstarvet sisustatud hinnatava digisisuga sarnasest digisisust ja digisisu

üldlevinud kasutusotstarbest lähtuvalt. Digisisu kui tehnilise ja kiiresti muutuva nähtuse puhul on tarbija ootust keeruline kindlaks teha, seega on samalaadsest digisisust lähtumine käesoleva magistritöö autori hinnangul põhjendatud.

Olulise erinevusena võrreldes VÕS-iga näeb DSD digisisu otstarbeks sobivuse hindamise allikana ette standardid ja valdkondlikud tegevusjuhised (DSD art 8 (1) lit. a). DSD-välistest allikatest lähtuv hindamine võib teatud juhtudel jääda juhuslikuks, sest probleeme võib tekitada ebahühtlus DSD-s ja standardites kasutatavate terminite vahel ning standardite kättesaadavus tarbijale. Samuti vajab täiendavat tähelepanu küsimus, kas standardite loojad on kohustatud ka tarbija huvidega arvestama või on aktsepteeritav, kui neis kajastavad eelkõige tootjate huvid. Siiski pakuvad õigusaktid ja standardid digisisu otstarbeks sobivuse hindamisel tuge olukorras, kus samalaadset digisisu turul veel ei ole. Seetõttu tuleks ka VÕS-is ette näha, et digisisu peab sobima otstarbeks, milleks sama liiki digisisu tavaliselt kasutatakse, võttes arvesse kehtivat õigust, tehnilisi standardeid või nende puudumisel konkreetsel tegevusalal kehtivaid valdkondlikke tegevusjuhendeid.

Digisisu-spetsiifiline on ka DSD säte, mis puudutab digisisu vastavust eelvaatele või prooviversioonile (DSD art 8 (1) lit. d). Eelvaade ja prooviversioon võimaldavad tarbijal tutvuda digisisu omadustega, seal hulgas digisisu kvaliteedi ja kasutusvõimalustega. Isegi, kui võrreldes prooviversiooniga ei muutu digisisu kvaliteet, võib tarbija vaatest tegu olla olulise muudatusega, kui muutub näiteks nuppude asetus või programmi toimimisloogika. Juhul, kui pakutav digisisu ei vasta prooviversioonile või eelvaatale, on vajalikke nuppe ja funktsioone tülikas uuesti üles otsida ja ümber harjuda. Seega on prooviversioonile ja eelvaatele vastavusel objektiivse standardina sisuline tähendus, mis tuleks DSD-s sätestatud sõnastuses ka VÕS-i üle võtta: digisisu peab vastama kaupleja poolt enne lepingu sõlmimist kättesaadavaks tehtud prooviversioonile või eelvaatele.

Samuti tuleks VÕS-is ette näha kohustus pakkuda tarbijale vastava erikokkuleppe puudumisel digisisu viimane versioon (DSD art 8 (6)). Eelduslikult toimib digisisu viimane versioon kõige paremini. VÕS müügilepingu ja töövõtulepingu regulatsioonis saab viimase versiooni nõude tuletada VÕS § 217 lg 2 p-st 6 ja VÕS § 641 lg 2 p-st 5, mille järgi lepingu eseme kvaliteeti puudutava omaduse määratlemisel tuleb lähtuda seda liiki asjadele tavaliselt omasest kvaliteedist. Arvestades, et digitaalse valdkonna kiiret arengut, uute versioonide järjepidevat lisandumist ning sellest tulenevat tarbija digitaalse keskkonna muutumist, saab asuda seisukohale, et digisisu puhul on viimase versiooni üleandmine tarbija põhjendatud ootus. Muude lepingu liikide puhul tuleks otsustamiseks, kas kaupleja on kohustatud üle andma

digisisu viimase versiooni, rakendada VÕS § 29 tõlgendamispõhimõtteid, mille puhul ei ole DSD-ga samale tulemusele jõudmine alati kindel. Seega kaitseb DSD-järgne kohustus pakkuda vastava erikokkuleppe puudumisel digisisu viimane versioon tarbijat ulatuslikumalt kui VÕS.

Digisisu ebaõigest paigaldamisest tulenevad DSD lepingutingimustele mittevastavuse sätted (DSD art 9) kattuvad VÕS müügilepingu ja töövõtulepingu regulatsioonis sätestatuga nii sisult kui sõnastuselt (VÕS § 217 lg 5; VÕS § 641 lg 4). Kuna üürilepingu, rendilepingu ja käsunduslepingu regulatsioonis analoogsed sätted puuduvad, tuleks ka teisi lepinguliike digisisu paigaldamist puudutavate sätetega täiendada.

DSD art 10 näeb ette, et isegi olukorras, kus digisisu kasutamist takistav kolmanda isiku õigus tuleneb seadusest, on tarbijal võimalik kaupleja suhtes õiguskaitsevahendeid kasutada. VÕS-is on kolmandate isikute õigusetega seonduvat reguleeritud müügilepingu ja töövõtulepingu sätetes (VÕS § 217 lg 2 p 4; VÕS § 641 lg 2 p 4). Üürilepingu ja rendilepingu puhul on kolmanda isiku õigused seotud kasutamiseks sobiva seisundiga VÕS § 276 lg 1 järgi, mille hindamisel arvestatakse ka õiguslikku seisundit. Siiski jäävad VÕS-i järgi püsima sellised lepingu esemega seotud kolmandate isikute õigused, mis kehtivad seadusest tuleneval alusel. Nii ei vastuta kaupleja VÕS-i järgi ühegi kolmanda isiku õigusega seotud piirangu eest, milleks eksisteerib seaduslik alus. Seetõttu saab asuda seisukohale, et lõppkasutaja litsentsilepingust tulenev piirang, mille aluseks on autoriõiguse seadus, ei ole käsitletav lepingutingimustele mittevastavusena VÕS-i järgi. Seega pakub DSD võrreldes VÕS-iga ulatuslikumat kaitset olukorras, kus digisisu keskmine kvaliteet või toimimine on kolmanda isiku õigustest tuleneva piirangu tõttu takistatud. Samas pärsib DSD mõju ebaselgus digisisu edasimüügiõiguse osas. DSD ei reguleeri lõppkasutaja-litsentsilepinguid ega lahenda üht digitaalse valdkonna teravaimat probleemi - kas tarbija saab digisisu puhul mõistlikult eeldada edasimüügiõiguse olemasolu. See küsimus jääb tulevikus kohtupraktika lahendamada.

Digisisu objektiivsetele kriteeriumitele vastavuse tagamisel on keskne tähtsus DSD-s sätestatud uuenduste pakkumise kohustusel, millega oluliselt laieneb kaupleja vastutus. Uuendusi tuleb pakkuda ka puuduste korral, mida ei olnud olemas lepingu eseme üleandmise hetkel ning ka siis, kui puudus ei tulene kauplejast ega jää tema mõjusfääri. Uuenduste puhul kehtestab DSD art 8 (2) nõude, et kui lepingus on ette nähtud üks või mitu üleandmise toimingut, tuleb uuendusi tarbija poolt mõistlikult eeldatava aja jooksul. Kui pikk on sellisel puhul tarbija poolt mõistlikult eeldatav aeg, ei ole DSD põhjal üheselt määratletav. Kuna uuendused peavad tagama digisisu lepingutingimustele vastavuse, ei saa see aeg käesoleva

magistritöö autori hinnangul olla lühem, kui DSD art-s 11 (2) sätestatud kaupleja vastutuse aeg lepingutingimustele vastavuse eest ehk kaks aastat.

DSD objektiivsed kriteeriumid tuleks VÕS-i üle võtta nii, et digisisu-spetsiifilisi omadusi DSD art-s 8 (1) lit. b, mis vaid täpsustavad digisisu kvaliteeti ja toimivusomadusi, eraldi välja ei tooda. Kindlasti on aga objektiivse kriteeriumina vaja ette näha uuenduste pakkumise kohustus ning selle kestust puudutavad sätted, digisisu viimase versiooni pakkumine, vastavus prooviversioonile või eelvaatele ning ebaõigest paigaldamisest ja kolmandate isikute õigustest tuleneva lepingutingimustele mittevastavuse sätted.

Käesoleva magistritöö raames läbi viidud analüüsi tulemusel saab järeldada, et DSD olulisem mõju puudutab objektiivsete ja subjektiivsete kriteeriumite omavahelist suhet, uuenduste pakkumist objektiivse kriteeriumina ja asjaolu, et VÕS-i käsunduslepingu regulatsioon ei näe ette lepingu eseme kvalitatiivset hindamist.

Uuenduste pakkumise kohustus objektiivse kriteeriumina mõjutab digisisu ühekordse üleandmise lepingute puhul oluliselt soorituse olemust, sest pikendab lepingulise soorituse kestust ning VÕS-i müügilepingu ning töövõtulepingu sätetesse ülevõetuna muudab soorituse sarnasemaks kestvuslepinguga.

Kontseptuaalseid probleeme DSD ülevõtmisel tekitab ka asjaolu, et VÕS-i käsunduslepingu regulatsioon ei näe ette lepingu eseme kvaliteedi hindamist, vaid objektiivne standard kehtib ainult kohustuse täitmise viisi (hooldsuse) osas.

Seega on DSD lepinguliikide-ülese lähenemise peamiseks mõjaks VÕS-i kontekstis lepinguliikidele omase soorituse sisu ühtlustumine – ühelt poolt läheneb käsundusleping töövõtulepingule ja müügilepingule, teiselt poolt ühekordsele sooritusele orienteeritud müügileping kestvuslepingutele. See viitab võimalusele, et otstarbekam lahendus DSD ülevõtmisel võib olla digisisulepingu sätestamine *sui generis* lepinguliigina. Arvestades, et objektiivsete ja subjektiivsete kriteeriumite võrdne suhe on iseloomulik just digisisulepingule ning seda ei kohta ühegi teise VÕS lepinguliigi all, tooks eraldi lepinguliigi loomine antud omapära selgemalt esile ega killustaks seda olulist põhimõtet erinevate lepinguliikide vahel.

THE CONFORMITY OF THE DIGITAL CONTENT ACCORDING TO DIRECTIVE 2019/770 AND TRANSPOSITION OF THE CONFORMITY CRITERIA INTO ESTONIAN LAW

ABSTRACT

The field of digital economy is growing rapidly. So far there were no regulations about what counts as deficiency of the digital content and which remedies the consumers can use. That kind of legal uncertainty causes consumers to prefer not to buy abroad. Different regulations in the member states are costly to the undertakers, who as a result prefer to operate on the market of one or limited member states. Consequently – full potential of the European Union (EU) internal market remained unused. To solve that problem and provide common rules for participants of the internal market, European Parliament adopted in 2019 two directives: directive 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services and directive 2019/771 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods. The member states are expected to apply the directives from 1 January 2022. This Master's thesis concerns the directive 2019/770 – the digital content directive (herein referred to as: DCD). The directive included numerous novelties – it is applied to all types of contracts, it regulates both digital content and digital services²²⁸, the directive contains digital content-specific terms like functionality, interoperability, provision of updates etc. affecting the transposition of the directive and raising the question of effective implementation. The problem analysed in this Master's thesis is how to transpose DCD into Estonian law of Obligations Act (herein referred to as: LOA) maintaining the integrity and internal logic of LOA and complying with the provisions of DCD.

The Master's thesis is based on four research questions. Firstly, what is the relationship between the subjective and objective requirements for conformity of DCD and the possibility of derogating from the objective requirements by agreement of the parties? Secondly, what is the substance of the conformity criteria and to what extent do DCD's conformity provisions overlap with the conformity provisions of LOA? Thirdly, how should the conformity provisions be transposed into LOA? Fourth, what are the main effects of the transposition of DCD conformity provisions on LOA?

In order to answer the research questions, the author used the dogmatic method and the analytical method. The dogmatic method is used to explain how compliance with the terms of

²²⁸ For the sake of brevity, the author uses the term digital content, which includes both digital content and digital services in the sense of art 2 (1) and (2) of DCD.

the contract is regulated in DCD and in LOA. The author uses the analytical method to compare the regulations and draw conclusions to what extent LOA needs to be supplemented.

The main sources of the thesis are DCD and its recitals, as well as analyses, legal literature and scientific articles on the draft DCD carried out by legal scholars on behalf of the European Parliament. The approach of Estonian law is primarily based on annotated Publications of LOA.

DCD is applied to all types of the contracts, where the trader shall supply the digital content or digital service to the consumer. By qualification of the type of the contract pre-contractual information becomes more important than before. Pre-contractual information can be used to differentiate, whether the contract falls within the scope of DCD or the directive 2019/771 (DCD art 3 (4) and recital 21). For example, when the seller has indicated that the smart TV contains a digital service application, the digital service is considered to be part of the good. Thus, the contract concerning digital service containing in good is classified as a contract of sale, otherwise it is usually a digital service agreement.

Given that DCD does not further regulate the acquisition of pre-contractual information as part of the contract, pre-contractual information is subject to the current regulation of LOA (§ 14¹ (3); § 48 (1) (5); § 54 (1) (5) of LOA). The rules on pre-contractual information derive from the Consumer Rights Directive (2011/83), which, does not include digital services in the definition of digital content and therefore does not correspond to the definition of digital content set out in DCD. Therefore, the concept of digital content and digital services should be harmonized throughout LOA so that there is no doubt that the provisions of LOA include also digital services.

The author concluded on the basis of her analysis that among the types of contracts set out in LOA the following types can be defined as digital content contracts: sales contract, contract for services, authorisation agreement, leasing contract, license contract, commercial lease contract and, by agreement thereof between the parties, lease contract.

Since in the case of a leasing contract the lessor's liability for deficiencies in the subject matter of the contract is limited and in the case of a license contract the qualitative characteristics of the object of the contract are determined by the regulation of sales contract, by implementing DCD it is sufficient for these types of contracts to refer to the provisions of sales contract of LOA. Therefore, leasing contract and license contract were not further analysed in the Master's thesis.

The relationship between the criteria the parties may agree on (subjective criteria) and the criteria of the average quality (objective criteria) differ significantly according to DCD and LOA. DCD stipulates that in addition to subjective criteria digital content must meet objective criteria (DCD art 8 (1)). Thus, the parties cannot agree on the quality and features that are lower than the quality that is normal for digital content of the same type and which the consumer may reasonably expect. The purpose of such a principle is to protect the interests of the consumer, since in a technically complex area it is not always possible for the consumer to perceive precisely the quality of the subject-matter of the contract on the basis of the description given in the contract.

According to LOA, subjective criteria prevail in the relationship between subjective and objective criteria. Therefore, compliance with the terms of the contract must first be established based on what has been agreed in the contract, and if the agreement between the parties is unambiguous, the application of the average quality standard is not permitted. This is also the case by authorisation agreement, where § 620 of LOA prescribes an objective standard for a person engaged in economic or professional activities upon performance of the mandate, but such an obligation cannot be extended to the quality of the main contractual obligation. Thus, DCD differs from the logic of the LOA, which gives priority to the agreement between the parties. This is a significant shift in favour of the consumer.

The extent to which it is possible to deviate from the objective criteria by agreement between the parties is broadly similar for DCD and LOA. The difference is the limitation or exclusion of the trader's liability for incorrect installation, which is not permitted under DCD. LOA explicitly excludes it only in the regulation of the sales contract and the service contract (§ 217 (5), § 641 (4) of LOA).

The time and form of the agreement, which deviates from the objective criteria, also differs. Art. 8 (5) of DCD allows an agreement which deviates from the objective criteria to be concluded only in conjunction with the main agreement; no subsequent deviation from the average quality is allowed. According to DCD, the derogating agreement must be sufficiently clear - the consumer should be specifically informed that a particular characteristic of the digital content is deviating from the objective requirements for conformity. The consumer should expressly and separately accept that deviation when concluding the contract.

According to the LOA, the parties may deviate from the contract terms or average quality in an appendix to the contract, if such an agreement is not in conflict with the regulation of

standard terms or § 106 (2) of LOA which declares the agreements under which liability is precluded or restricted in the case of intentional non-performance or which allow the obligor to perform an obligation in a manner materially different from that which could be reasonably expected void. Thus, unlike LOA, DCD restricts the freedom of agreement between the parties more extensively and therefore the parties must consider before concluding the contract what quality can be offered/received in respect of given digital content. By transposing DCD's compliancy provisions, the LOA should therefore stipulate that when assessing the compliance of digital content with the terms of the contract in addition to the agreement of the parties, the average quality shall be taken into account. In the case of an agreement deviating from the objective criteria (average quality), the consumer must be informed of the specific deviating characteristics and the consumer must have expressly and separately accepted that deviation when concluding the contract.

From the subjective criteria set out in the Article 7 (a) of DCD description, quantity and quality overlap with LOA. Other features set out in the Article 7 (a) of DCD - functionality, compatibility, interoperability, provision of accessories, instructions and updates according to the contract – may be covered under the contract types of LOA with the agreed characteristics of the contract object (§ 217 (1), (2) (1), § 641 (1), (2) (1), § 619, § 276 (1) of LOA). Within DCD, these features are also subordinate to the other characteristics of digital content, in particular quality and description. Therefore, the effect of DCD's subjective criteria on LOA is of a technical rather than a substantive nature.

Although the digital content-specific features set out in DCD as subjective criteria do not have a significant independent meaning, the author of this Master's thesis considers that the separate identification of characteristics in the transposition of DCD is justified primarily because it is a maximum harmonizing directive (Article 4 of DCD). However, the need to identify the features separately remains somewhat unclear, given that, according to DCD in addition to what is agreed in the contract average quality also applies.

As a subjective criterion DCD also provides for the supply of digital content with all agreed accessories, instructions and customer support (Article 7 (1) lit. c of DCD). It is not entirely clear what is meant by accessories of digital content. According to the author of this Master's thesis, the physical objects related to and supporting the operation of digital content should not be considered as accessories of the digital content within the meaning of DCD as they can be classified as goods with digital elements (Article 2 (1) (3) of DCD). As accessories of the

digital content should be understood downloadable content and plug-ins that provide additional which provide additional capabilities when using the digital content.

The most significant difference in terms of subjective criteria concerns the agreement on the particular purpose of the digital content (Article 7 (b) of DCD). According to LOA in case the consumer can rely on the trader's professionalism it is possible to agree on a particular purpose implicitly (§ 217 (2) (2), § 641 (2) (2) of LOA). According to DCD, in order to reach an agreement on the particular purpose, the trader must give an acceptance in respect of such purpose. However, the effect of the difference on LOA is not significant as it only concerns the regulation of sales contract and the service contract of LOA. For the other types of contract, an agreement on particular purpose already requires the trader's consent.

Subjective requirements for conformity of DCD should be transposed into LOA considering the digital service to be in accordance with the terms of the contract if it is of the description, quantity and quality, and possess the functionality, compatibility, interoperability and other features, as required by the contract, it is fit for any particular purpose for which the consumer requires it and in respect of which the trader has given acceptance, it is supplied with all accessories, instructions and customer assistance as required by the contract. When formulating the provisions of LOA, the term "*kasutusviis*" already used in LOA should be preferred as the equivalent of functionality.

As updates as a subjective criterion only concern the characteristics of digital content that deviate from objective compliance requirements (Article 7 (d) of DCD), it is important to point out in LOA that digital content complies with the terms of the contract when it is renewed in accordance with the terms of the contract.

The assessment of the quantity, quality and performance features set out in Article 8 (1) lit. b of DCD as objective requirements for conformity are similar to the provisions of sales contract and service contract of LOA (§ 217 (2) (6), § 641 (2) (5) of LOA). DCD specifies the assessment of quantity, quality and performance features using digital the content-specific performance characteristics (functionality, compatibility, accessibility, continuity and security), but they only assist in specifying the concept of average quality and do not have an independent meaning. Therefore, when formulating the new provisions of LOA, it is not necessary to point out these digital content-specific features under objective criteria.

As an important difference compared to LOA is that DCD provides technical standards or sector-specific industry codes of conduct as a source for assessing the suitability for the

purpose (Article 8 (1) lit. a of DCD). Legislation and standards enable to assess whether the digital content is fit for purpose in a situation where comparable digital content does not exist on the market yet. Given that digital content is a technical and rapidly changing phenomenon, it is difficult to determine the average consumer's expectation to the purpose, so in the opinion of the author of this Master's thesis it is justified to rely by assessment of the purpose on similar digital content. Therefore, the assessment of whether the digital content is fit for purpose should be provided for in LOA in the same form as in DCD.

However, the assessment based on sources other than DCD may in some cases be doubtful, as inconsistencies between the terms used in DCD and the standards and the availability of the standards to the consumer may be problematic. The question of whether standard-setters are also obliged to take the interests of the consumer into account or whether it is acceptable if they primarily reflect the interests of producers also needs further attention.

The provision of DCD regarding the compliance of the digital content with a preview or trial version is also digital content-specific (Article 8 (1) lit. d of DCD). Non-compliance with the preview or trial version may also be a feature that does not affect the quality of the digital content, but other features as well (e.g. design). If the digital content does not comply with the trial version or preview made available by the trader before the conclusion of the contract, it will be difficult to find and use the necessary buttons and features. Therefore, compliance with the trial version and the preview should also be explicitly stated in LOA.

The requirement of the DCD to supply in the most recent version available at the time of the conclusion of the contract, unless the parties have agreed otherwise (Article 8 (6) of DCD), should also be transposed into LOA. This provision sets out a higher level of consumer protection than LOA currently does.

The provisions of incorrect integration of the digital content (Article 9 of DCD) overlap in content and in wording with the provisions of sales contract and service contract of LOA (§ 217 (5), § 641 (4) of LOA). Due to the absence of similar provisions in the regulation of lease contract, commercial lease contract and authorisation agreement, these types of agreements of LOA should be supplemented with the provisions of lack of conformity resulting from the incorrect integration of the digital content.

DCD protects the consumer more extensively than LOA in a situation where the average quality or operation of digital content is hindered by a restriction arising from the rights of a third party (Article 10 of DCD). However, the effect of DCD is restricted by the ambiguity

regarding the right to resell digital content. DCD does not regulate end-user license agreements and thus, DCD does not solve one of the most acute problems in the digital field – whether the consumer can reasonably expect a resale right of digital content. This issue will remain to be resolved in the future case law.

Central importance to ensuring that digital content meets objective criteria is the obligation to provide updates (Article 8 (2) of DCD), which significantly expands the trader's responsibility. Updates must be supplied even if the deficiencies did not exist at the time of delivery of the subject of the contract, and also if the defect was not caused by the trader and does not fall within his sphere of influence. According to DCD where the contract provides for a single act of supply or a series of individual acts of supply the consumer should be supplied with updates within a period of time that the consumer can reasonably expect. The length of the time reasonably expected by the consumer is not unambiguously identifiable. Regarding the purpose of updates - to ensure compliance with the terms of the contract - according to the author of the Master's thesis, this period of time cannot be shorter than the period of trader's liability for compliance with the terms of the contract set out in the Article 11 (2) of DCD, i.e. two years.

The objective requirements for conformity of DCD should be transposed into LOA in such a way that digital content-specific features that only specify the quality and performance features of digital content are not explicitly stated. However, it is necessary to provide the obligation to supply with the updates and the provisions concerning its duration, the supply with the latest version of the digital content, compliance with the trial or preview, and non-compliance due to incorrect installation and third party rights as objective criteria.

The author concluded on the basis of her analysis that the main effect of DCD on LOA concerns the relationship between objective and subjective criteria, the provision of updates and the fact that the regulation of authorisation agreement of LOA does not set out a qualitative assessment of the subject matter of the agreement.

The obligation to provide updates as the objective criterion affects significantly the nature of the trader's performance in the case where the contract provides for a single act of supply or a series of individual acts of supply, as it extends the duration of the contractual performance and makes the performance more similar to a duration agreements.

Conceptual problems in transposing DCD can also be caused by the fact that the regulation of authorisation agreement of LOA does not provide for the assessment of the quality of the

subject of the agreement and the objective standard applies only to the manner of performance (diligence).

Thus, the main effect of DCD's cross-contractual approach is harmonization of the content and nature of the performance specific to the types of contract of LOA – on the one hand, the authorisation agreement approaches the concept of the sales contract and the concept of the service contract, on the other hand the nature of the performance of the sales contract approaches to the nature of duration contract. This suggests that a more appropriate solution for the transposition of DCD may be to set out a digital content contract as a *sui generis* type of agreement in LOA. Given that the equal relationship of objective and subjective criteria characterizes the digital content contract and does not apply to any other type of contract, the creation of a separate contract type would also highlight this important feature more clearly and would not fragment this important principle between different contract types.

Kasutatud kirjandus

1. Airbnb kasutajatingimused. – <https://www.airbnb.com/ee/help/topic/250/tingimused-ja-eeskirjad> (02.02.2020).
2. Auer, M. Digitale Leistungen. – ZfPW 2/2019.
3. Bach, I. Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte. – NJW 2019, I 1707; Riehm, T., Abold, M. A. Mängelgewährleistungspflichten des Anbieters digitaler Inhalte. – ZUM 2018.
4. Barking kasutajatingimused. – <https://barking.ee/tingimused/> (02.02.2020).
5. Beale, H. The future of European contract law in the light of the European Commission's proposals for Directives on digital content and online sales. – IDP 2016/No 23.
6. Busch, C. *et al.* The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?. – EuCML 1/2016.
7. Claeys, I., Terryn, E. (koost.). Digital Content & Distance Sales. Cambridge: Intersentia 2017.
8. Draft European Parliament Legislative Resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. – http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0375_EN.html#title2 (24.11.2019).
9. Dropbox-i kasutajatingimused. – <https://www.dropbox.com/privacy#terms> (02.02.2020).
10. Druschel, J., Engert, P. Vertragsrecht und Urheberrecht im Konflikt? – Eine Bestandsaufnahme. – ZUM 2018/62.
11. Ekspress Konto lugemisõiguse kasutajatingimused. – <https://lehed.delfi.ee/products/kogupakett> (02.02.2020).
12. Endomondo kasutajatingimused. – <https://support.endomondo.com/hc/en-us/articles/360003980113-Privacy-Policy-Terms-Conditions-of-Use-FAQ> (02.02.2020).
13. Engstler, J., Schrader, P.T. Anspruch auf Bereitstellung von Software-Updates?. – MMR 2018.
14. Ereht, T. jt (koost). Eesti õigekeelsussõnaraamat ÕS 2018. Tallinn: EKSA 2018.
15. Esko, K. E. Digitaalse sisu üleandmise tarbijalepingute direktiivi eelnõu võrdlus völaõigusseaduse tarbijalemüügi- ja üürilepingu regulatsiooniga. Magistritöö. Juhendaja Karin Sein. Tallinn 2017.

16. Euroopa Digitaalse Ühisturu Strateegia. Euroopa Komisjon: 2015. – <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=ET> (11.12.2019).
17. Euroopa ühise müügiõiguse määruse ettepanek. – <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?qid=1580658702939&uri=CELEX:52011PC0635> (02.02.2020).
18. European Commission Staff Working Document: Liability for emerging digital technologies. – <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52018SC0137> (02.02.2020).
19. Go3 teenuse üldtingimused. – <https://go3.tv/page/terms-and-conditions> (14.03.2020).
20. Google Drive'i kasutajatingimused. – <https://www.google.com/drive/terms-of-service/> (02.02.2020).
21. Google Drive'i veebileht. – <https://www.google.com/drive/using-drive/> (14.03.2020).
22. Hoekstra, J., Diker-Vanberg, A. The proposed directive for the supply of digital content: is it fit for purpose? *International Review of Law, Computers & Technology*. – 2019/33, No 1.
23. ISO standard IEEE 610.12-1990, angepasst durch ISO/IEC/IEEE 24765:2010. – <https://ieeexplore.ieee.org/document/5733835> (02.02.2020).
24. Jacquemin, H. Digital content and sales or service contracts under eu law and belgian/french law. – *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 2017/8, No 1.
25. Kindl, J. Verträge über digitale Inhalte. Vertragsnatur und geschuldete Leistung. Westfälische Wilhelms-Universität Münster. Working paper 1/2018.
26. Kirn, S., Müller-Hengstenberg, C. D. Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB? – *NJW* 2017.
27. Kivi, R. Digitaalne infosisu, selle vastavus lepingutingimustele ja teavitamiskohustuse ulatus. Magistritöö. Juhendaja Irene Kull. Tartu 2013.
28. Kuusik, S. Digitaalse infosisu üleandmisele suunatud tarbijalepingute regulatsioon Euroopa ühtse müügiõiguse määruse ettepanekus: digitaalse infosisu lepingutingimustele vastavuse hindamine ja tarbija õiguskaitsevahendid digitaalse infosisu puuduste korra. Magistritöö. Juhendaja Karin Sein. Tallinn 2014.
29. Lehmann, M. A Question of Coherence. The Proposals on EU Contract Rules on Digital Content and Online Sales. – *Maastricht journal of European and comparative law* 2016/23, No 5.
30. Leppik, K. Digitaalsisu üleandmise lepingu sisu kujunemine ja tarbija võimalused tugineda digitaalsisu mittevastavusele. Magistritöö. Juhendaja Irene Kull. Tartu 2017.

31. Mak, V. The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. European Parliament: 2016.
32. Manko, R. Towards new rules on sales and digital content. European Parliament: 2017.
33. Metzger, A. Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen. – Juristen Zeitung. 21.06.2019.
34. Microsoft Office'i kasutajatingimused. – <https://www.microsoft.com/en-us/legal/intellectualproperty/copyright/default.aspx> (02.02.2020).
35. Microsoft Office'i veebileht. – <https://products.office.com/et-ee/explore-office-for-home> (14.03.2020).
36. Netflix-i kasutajatingimused. – <https://help.netflix.com/legal/termsfuse> (02.02.2020).
37. Rafel, M. R. The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part I): will the new rules attain their objective of reducing legal complexity? – IDP 2016/I, No 23.
38. Rafel, M. R. The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part II): conformity and remedies for lack of conformity. – IDP 2017/No 24.
39. Schmidt-Kessel, M. Stellungnahme zu den Richtlinienvorschlägen der Kommission zum Online-Handel und zu Digitalen Inhalten. – https://www.bundestag.de/resource/blob/422258/c3ecca9b7286f38bda7e060f7b420c06/schmidt_kessel-data.pdf (02.02.2020).
40. Schulze, R. Die Digitale-Inhalte-Richtlinie - Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht. – ZEuP 4/2019.
41. Schulze, R., Staudenmayer, D. (koost.). Digital Revolution: Challenges for Contract Law. Nomos 2016.
42. Sein, K. *et al.* Lepinguõigus. Tallinn: Juura 2017.
43. Smiths, J. The new proposal for harmonised rules for the online sales of tangible goods: conformity, lack of conformity and remedies. European Parliament: 2016.
44. 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 2016/12, No 3.
45. Spindler, G., Sein, K. Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen Anwendungsbereich und grundsätzliche Ansätze. – MMR 2019/7.
46. Spindler, G., Sein, K. Die Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte Gewährleistung, Haftung und Änderungen. – MMR 2019/8.

47. Staudenmayer, D. Die Richtlinien zu den digitalen Verträgen.– ZEuP 4/2019.
48. Staudenmayer, D. Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte. – NJW 2019.
49. Tonner, K. Die EU-Warenkauf-Richtlinie: auf dem Wege zur Regelung langlebiger Waren mit digitalen Elementen. – VuR 2019.
50. Tuul, K. Pilveteenuse osutamisel tekkiva õigussuhte kvalifitseerimine Eesti õiguses. Magistritöö. Juhendaja Irene Kull. Tartu 2014.
51. Urgas, K., Koll, K. Nõuetele vastavus ning ettevõtja vastutus uues digitaalse sisu ja digitaalsete teenuste lepingute direktiivis. Juridica 8/2019.
52. Varul, P. *et al* (koost). Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2010.
53. Varul, P. *et al* (koost). Võlaõigusseadus I. Komm vlj. Tallinn: Juura 2016.
54. Varul, P. *et al* (koost). Võlaõigusseadus II. Komm vlj. Tallinn: Juura 2019.
55. Varul, P. *et al* (koost). Võlaõigusseadus III. Komm vlj. Tallinn: Juura 2009.
56. Weber, R. H. The Sharing Economy in the EU and the Law of Contracts. – The George Washington Law Review 2017/85, No. 6.
57. Wendehorst, C. Sale of goods and supply of digital content – two worlds apart? European Parliament: 2016.
58. Wendland, M. Sonderprivatrecht für Digitale Güter. Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa. – ZVglRWiss 118 (2019).

Kasutatud õigusaktid

59. 20. mai 2019. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv (EL) 2019/770 digisisu üleandmise ja digiteenuste osutamise lepingute teatavate aspektide kohta. – ELT L 136/1, lk 1–27.
60. 20. mai 2019. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv (EL) 2019/771 kaupade müügilepingute teatavate aspektide kohta, millega muudetakse määrust (EL) 2017/2394 ja direktiivi 2009/22/EÜ ning tunnistatakse kehtetuks direktiiv 1999/44/EÜ. – ELT L 136/28, lk 28–50.
61. 25. oktoobri 2011. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2011/83/EL tarbija õiguste kohta, millega muudetakse nõukogu direktiivi 93/13/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 1999/44/EÜ ja millega tunnistatakse kehtetuks

- nõukogu direktiiv 85/577/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 97/7/EÜ EMPs kohaldatav tekst. – ELT L, 304/64, lk 64–88.
62. 17. juuni 2008. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EÜ) nr 593/2008 lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta (Rooma I). – ELT L 177, lk 6–16.
63. 22. mai 2001. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2001/29/EÜ autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste teatavate aspektide ühtlustamise kohta infoühiskonnas. – ELT L 167, lk 10–19.
64. 25. mai 1999. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 1999/44/EÜ tarbekaupade müügi ja nendega seotud garantiide teatavate aspektide kohta. – ELT L 171, lk 12–16.
65. Autoriõiguse seadus. – RT I, 19.03.2019, 55.
66. Võlaõigusseadus. – RT I, 20.02.2019, 8.

Kasutatud kohtupraktika

67. EKO C-128/11, „UsedSoft“ GmbH versus Oracle International Corp, ECLI:EU:C:2012:407.
68. RKTKo 3-2-1-115-04.
69. RKTKo 3-2-1-129-12.
70. RKTKo 3-2-1-43-15.
71. RKTKo 3-2-1-56-02.
72. RKTKo 3-2-1-73-02.

LISAD

Lisa 1

Subjektiiivsete ja objektiivsete kriteeriumite omavaheline suhe VÕS-is

	Subjektiiivne kriteerium	Objektiivne kriteerium
Müügileping	VÕS § 217 lg 1 VÕS § 217 lg 2 p 1 ja p 2	VÕS § 217 lg 2 p 6 VÕS § 217 lg 2 p 2 VÕS § 77 lg 1 kohaldub ainult kokkuleppe puudumisel
Töövõtuleping	VÕS § 641 lg 1 VÕS § 641 lg 2 p 1 ja p 2	VÕS § 641 lg 2 p 5 VÕS § 641 lg 2 p 2 VÕS § 77 lg 1 kohaldub ainult kokkuleppe puudumisel
Litsentsileping	Ainus kriteerium on kasutusõiguse ulatus VÕS § 370 lg 3	Puudub. VÕS § 370 lg 3 puhul on pigem tegu tõlgendamisreegliga ehk erisättega VÕS § 29 lg 5 ees.
Üürileping /rendileping	Lepingujärgseks kasutamiseks sobiv seisund VÕS § 276 lg 1, hinnatakse sarnaselt VÕS § 217 lg 2 p-ga 2; rendilepingu puhul sama tulenevalt VÕS §-st 341	VÕS § 77 lg 1 kohaldub ainult kokkuleppe puudumisel
Käsundusleping	VÕS § 620 lg 1 ja 2	VÕS § 620 lg 2 teine lause VÕS § 24 lg 2 VÕS § 77 lg 1 objektiivne standard puudutab vaid hoolsuskohustust

<p>Liisinguleping</p>	<p>Tulenevalt VÕS § 362 lg-st 3 ja § 365 lg-st 1 rakenduvad lepingu esemele müügilepingu lepingutingimustele vastavuse sätted VÕS § 217 lg 1 ja lg 2 p 1, p 2 ja p 6</p>	<p>VÕS § 217 lg 2 p 6 VÕS § 217 lg 2 p 2 VÕS § 77 lg 1</p> <p>kohaldub ainult kokkuleppe puudumisel</p>
------------------------------	--	---

Lisa 2

Subjektiivsed kriteeriumid DSD-s ja VÕS-is²²⁹

DSD säte	VÕS eriosa säte
<p>Art 7 a</p> <p>kirjeldus, kogus ja kvaliteet ning funktsionaalsus, ühilduvus, koostalitlusvõime ja muud omadused vastavad lepingutingimustele</p>	<p>Müügileping VÕS § 217 lg 1 ja lg 2 p 1 - asi peab vastama lepingutingimustele, eelkõige koguse, kvaliteedi, liigi, kirjelduse ja pakendi osas; asi ei vasta muu hulgas lepingutingimustele, kui asjal ei ole kokkulepitud omadusi;</p> <p>Töövõtuleping VÕS § 641 lg 1 ja lg 2 p 1 - töö peab vastama lepingutingimustele; töö ei vasta muu hulgas lepingutingimustele, kui tööle ei ole kokkulepitud omadusi;</p> <p>Litsentsileping VÕS § 370 lg 2 - õigus kasutada intellektuaalset vara kokkulepitud ulatuses (ja välistada teiste isikute ja litsentsiandja kasutusõiguse selles ulatuses);</p> <p>Üürileping, rendileping VÕS § 276 lg 1 - lepingujärgseks kasutamiseks sobiv seisund, hinnatakse sarnaselt VÕS § 217 lg 2 p-ga²³⁰; rendilepingu puhul sama tulenevalt VÕS §-st 341;</p> <p>Käsundusleping VÕS § 619 - kohustub üks isik (käsundisaaja) vastavalt lepingule osutama teisele isikule (käsundiandja) teenuseid (täitma käsundi).</p>
<p>Art 7 b</p> <p>sobib kasutamiseks eriomasel otstarbel, milleks tarbija seda vajab ja mille ta on teinud kauplejale teatavaks hiljemalt lepingu sõlmimise ajal ning millega kaupleja on nõustunud</p>	<p>Müügileping VÕS § 217 lg 2 p 2 - asi ei sobi teatud eriliseks otstarbeks, milleks ostja seda vajab ja mida müüja lepingu sõlmimise ajal teadis või pidi teadma, kui ostja võis mõistlikult tugineda müüja erialastele oskustele või teadmistele;</p> <p>Töövõtuleping VÕS § 641 lg 2 p 2 - töö ei sobi teatud otstarbeks, milleks tellija seda vajab ja mida töövõtja lepingu sõlmimise ajal teadis või pidi teadma, kui tellija võis mõistlikult tugineda töövõtja erialastele oskustele või teadmistele;</p> <p>Litsentsileping -</p> <p>Üürileping, rendileping VÕS § 276 lg 1 - lepingujärgseks kasutamiseks sobiv seisund, hinnatakse sarnaselt VÕS § 217 lg 2</p>

²²⁹ Kuna liisingulepingu puhul tulenevad lepingu eseme lepingutingimustele vastavuse nõuded liisingulepingu aluseks olevast lepinguliigist (enamasti müügileping, kuid mõnel juhul ka töövõtuleping), ei ole tabelis liisingulepingut eraldi välja toodud.

²³⁰ Varul *et al* (viide 66), § 276 lk 253.

	<p>p-ga 2; rendilepingu puhul sama tulenevalt VÕS §-st 341;</p> <p>Käsundusleping VÕS § 619 - kohustub üks isik (käsundisaaja) vastavalt lepingule osutama teisele isikule (käsundiandja) teenuseid (täitma käsundi).</p>
<p>Art 7 c</p> <p>antakse üle või seda osutatakse koos kõigi tarvikute ja juhenditega, sealhulgas paigaldamise kohta, ja klienditoega vastavalt lepingutingimustele</p>	<p>Müügileping VÕS § 217 lg 1 lepingutingimustele peavad vastama ka asja juurde kuuluvad dokumendid;</p> <p>Töövõtuleping VÕS § 641 lg 1 lepingutingimustele peavad vastama ka töö juurde kuuluvad dokumendid.</p> <p>Litsentsileping -</p> <p>Üürileping, rendileping - (tinglikult) VÕS § 276 lg 1 - lepingujärgseks kasutamiseks sobiv seisund, rendilepingu puhul sama tulenevalt VÕS §-st 341;</p> <p>Käsundusleping - VÕS § 619 - kohustub üks isik (käsundisaaja) vastavalt lepingule osutama teisele isikule (käsundiandja) teenuseid (täitma käsundi).</p>
<p>Art 7 d</p> <p>uuendatakse vastavalt lepingutingimustele</p>	<p>Müügileping VÕS § 217 lg 1 ja lg 2 p 1 - asi peab vastama lepingutingimustele, eelkõige koguse, kvaliteedi, liigi, kirjelduse ja pakendi osas; asi ei vasta muu hulgas lepingutingimustele, kui asjal ei ole kokkulepitud omadusi;</p> <p>Töövõtuleping VÕS § 641 lg 1 ja lg 2 p 1 - töö peab vastama lepingutingimustele; töö ei vasta muu hulgas lepingutingimustele, kui töö ei ole kokkulepitud omadusi;</p> <p>Litsentsileping -</p> <p>Üürileping, rendileping VÕS § 276 lg 1 - lepingujärgseks kasutamiseks sobiv seisund, hinnatakse sarnaselt VÕS § 217 lg 2 p-ga 2; rendilepingu puhul sama tulenevalt VÕS §-st 341;</p> <p>Käsundusleping VÕS § 619 - kohustub üks isik (käsundisaaja) vastavalt lepingule osutama teisele isikule (käsundiandja) teenuseid (täitma käsundi).</p>

Lisa 3

Objektiivsed kriteeriumid DSD-s ja VÕS-is

Kriteerium	DSD	VÕS	Sisuline erinevus	Erinevus sõnastuses
sobivus otstarbeks, milleks sama liiki digisisu tavaliselt kasutatakse	Art 8 (1) lit. a	VÕS § 217 lg 2 p 2 teine alternatiiv VÕS § 641 lg 2 p 2 teine alternatiiv VÕS § 265 lg-s 1 sätestatud seisund haakub sisuliselt VÕS § 217 lg 2 p-s 2 sätestatuga	Puudub	DSD: "...võttes asjakohasel juhul arvesse kehtivat liidu ja liikmesriigi õigust, tehnilisi standardeid või tehniliste standardite puudumise korral kohaldatavaid konkreetset tegevusalal kehtivaid valdkondlikke tegevusjuhendeid"
kogus ja kvaliteet, mis on sama liiki digisisu puhul tavapärane ja mida tarbija võib mõistlikult eeldada	Art 8 (1) lit. b	VÕS § 217 lg 2 p 6 VÕS § 641 lg 2 p 5 VÕS § 77 lg 1 VÕS § 265 lg-s 1 sätestatud seisund haakub sisuliselt VÕS § 217 lg 2 p-s 2 sätestatuga	eeldatava kvaliteedi määramisel ei saa digisisu hinda arvesse võtta	Puudub

Kriteerium	DSD	VÕS	Sisuline erinevus	Erinevus sõnastuses
toimivusomadus tega, sealhulgas funktsio- naalsuse, ühilduvuse, juurdepääsetavu- se, järjepidevuse ja turvalisuse poolest, mis on sama liiki digisisu puhul tavapärane ja mida tarbija võib mõistlikult eeldada	Art 8 (1) lit. b	VÕS § 217 lg 2 p 6 VÕS § 641 lg 2 p 5 VÕS § 77 lg 1 VÕS §	Puudub	DSD: "...toimivus- omadustega, sealhulgas funktsionaalsuse, ühilduvuse, juurdepääsetavuse, järjepidevuse ja turvalisuse poolest, mis on sama liiki digisisu või digiteenuse puhul tavapärane ja mida tarbija võib mõistlikult eeldada"
antakse üle koos tarvikute ja juhenditega, mille saamist võib tarbija mõistlikult eeldada	Art 8 (1) lit. c	Osaliselt VÕS § 217 lg 1	VÕS ei täpsusta, kas tarvikute ja juhendite olemasolu saab pidada lepingu eseme tavaliseks omaduseks, millele lepingu täitmine on suunatud või on tegu lisaomadustega	DSD: "... antakse see üle või seda osutatakse koos tarvikute ja juhenditega, mille saamist võib tarbija mõistlikult eeldada"
vastab kaupleja poolt enne lepingu sõlmimist kättesaadavaks tehtud digisisu proovi- versioonile või eelvaatele	Art 8 (1) lit. d	Osaliselt VÕS § 217 lg 2 p 6 ja VÕS § 641 lg 2 p 5	Mahub osaliselt eeldatava kvaliteedi alla, kuid eelvaade või prooviversioon võib sisaldada ka omadusi, mis ei ole seotud kvaliteediga (nt kujundus või programmi ülesehitusloogika)	DSD: " vastab kaupleja poolt enne lepingu sõlmimist kättesaadavaks tehtud digisisu või digiteenuse prooviversioonile või eelvaatele"

Kriteerium	DSD	VÕS	Sisuline erinevus	Erinevus sõnastuses
uuenduste pakkumine	Art 8 (2)	VÕS § 217 lg 2 p 6 VÕS § 641 lg 2 p 5 VÕS § 77 lg 1	Uuenduste pakkumise kohustus muudab lepingutingimustele vastavuse aja pikemaks ning ühekordsele üleandmisele suunatud lepingud sarnasemaks kestvuslepingutele	DSD: "...tarbijat teavitatakse uuendustest ja et talle antakse üle uuendused, kaasa arvatud turvauuendused, mis on vajalikud digisisu või digiteenuse nõuetele vastavuse tagamiseks..."
digisisu viimase versiooni üleandmine, mis oli lepingu sõlmimise ajal kättesaadav	Art 8 (6)	VÕS § 217 lg 2 p 6 VÕS § 641 lg 2 p 5	Kuigi lepingu tõlgendamine VÕS § 29 järgi võimaldaks ka teiste lepinguliikide puhul jõuda samasuguse tulemuseni, tagab DSD kõrgema tarbija kaitse taseme	DSD: "Kui pooled ei ole kokku leppinud teisiti, antakse üle digisisu viimane versioon ja osutatakse digiteenuse viimast versiooni, mis oli lepingu sõlmimise ajal kättesaadav"
digisisu ebaõige integreerimine	Art 9	VÕS § 217 lg 5 VÕS § 641 lg 4	Puudub (müügilepingu ja töövõtulepingu puhul)	Võrreldes müügilepingu ja töövõtulepingu sätetega puudub
kolmanda isiku õigustest tulenevate piirangute puudumine, mis takistab või piirab digisisu	Art 10	VÕS § 276 lg 1 VÕS § 217 lg 2 p 4 VÕS § 641 lg	Seadusest, sh autoriõiguse seadusest tulenev piirang või kasutusvõimaluse vähenemine ei ole käsitletav	DSD: "Kui kolmanda isiku õiguste, eelkõige intellektuaalomandi õiguste rikkumisest tulenev piirang takistab või piirab digisisu või

kasutamist		2 p 4	lepingutingimuste mittevastavusena	digiteenuse kasutamist vastavalt artiklitele 7 ja 8..."
------------	--	-------	---------------------------------------	---