

X. POSVET

PRAVO

EKONOMIJA

IN

DIGITALNO GOSPODARSTVO

KONFERENČNI ZBORNIK

DR. MARTINA REPAS UREDNICA



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru



Univerza v Mariboru

Pravna fakulteta

X. posvet Pravo in ekonomija:

Digitalno gospodarstvo

Konferenčni zbornik

Urednica:
red. prof. dr. Martina Repas

Junij 2018

Naslov: X. posvet Pravo in ekonomija: Digitalno gospodarstvo

Podnaslov: Konferenčni zbornik

Title: XTH Conference Law and Economics: Digital Economy

Subtitle: Conference Proceedings

Urednica: red. prof. dr. Martina Repas
(Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta)

Recenzija: red. prof. dr. Marijan Kocbek (Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta), red. prof. dr. Rajko Knez (Republika Slovenija, Ustavno sodišče), red. prof. dr. Darja Senčur Peček (Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta), red. prof. dr. Damjan Možina (Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta), izr. prof. dr. Janja Hojnik (Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta), izr. prof. dr. Aleš Ferčič (Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta), izr. prof. dr. Aleš Kobal (Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta), doc. dr. Etelka Korpič-Horvat (Republika Slovenija, Ustavno sodišče), doc. dr. Špelca Mežnar (Republika Slovenija, Ustavno sodišče).

Tehnični urednik: Jan Perša (Univerzitetna založba Univerze v Mariboru)

Oblikovanje ovitka: Jan Perša (Univerzitetna založba Univerze v Mariboru).

Konferenca: X. posvet Pravo in ekonomija: Digitalno gospodarstvo

Kraj in datum konference: Maribor, 1. december 2017

Izdajateljica:

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta
Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenija
<http://www.pf.um.si>, info.pf@um.si

Založnik:

Univerzitetna založba Univerze v Mariboru
Slomškov trg 15, 2000 Maribor, Slovenija
<http://press.um.si>, zalozba@um.si

Izdaja: Prva izdaja.

Dostopno na: <http://press.um.si/index.php/ump/catalog/book/342>

Izid: Maribor, junij 2018

© Univerzitetna založba Univerze v Mariboru

Vse pravice pridržane. Brez pisnega dovoljenja založnika je prepovedano reproduciranje, distribuiranje, predelava ali druga uporaba tega dela ali njegovih delov v kakršnemkoli obsegu ali postopku, vključno s fotokopiranjem, tiskanjem ali shranjevanjem v elektronski obliki.

CIP - Kataložni zapis o publikaciji
Univerzitetna knjižnica Maribor

004.738.5:330:34(082)(0.034.2)

POSVET Pravo in ekonomija (10 ; 2017 ; Maribor)
Digitalno gospodarstvo [Elektronski vir] / X. posvet Pravo in ekonomija,
[december 2017, Maribor] : konferenčni zbornik ; urednica Martina Repas. - El. zbornik.
- Maribor : Univerzitetna založba Univerze, 2018

Način dostopa (URL): <http://press.um.si/index.php/ump/catalog/book/342>

ISBN 978-961-286-169-8 (pdf)

doi: 10.18690/978-961-286-169-8

1. Repas, Martina

COBISS.SI-ID 94685441

ISBN: 978-961-286-169-8

DOI: <https://doi.org/10.18690/978-961-286-169-8>

Cena: Brezplačni izvod

Odgovorna oseba založnika: red. prof. dr. Žan Jan Oplotnik, prorektor Univerze v Mariboru

X. posvet Pravo in ekonomija Digitalno gospodarstvo

JANJA HOJNIK

Povzetek Zbornik vsebuje prispevke, ki posegajo na šest pomembnih pravnih področij na temo digitalnega gospodarstva. Prvi analizira vpliv sodbe Sodišča EU v zadevi Schrems proti Facebooku na opredelitev pojma »potrošnik« v pravu EU. Drugi je namenjen opredelitvi pametne pogodbe in obravnavi pravnih dilem v tej zvezi. V tretjem prispevku so prikazani glavni izzivi, ki se zaradi novih tehnologij pojavljajo v delovnem pravu. Četrty prispevek predstavlja pravila odgovornosti internetnih posrednikov za uporabniške vsebine, ki temeljijo na razlikovanju med izključnim prenosom podatkov, shranjevanjem v predpomnilniku in gostiteljstvom. Priložnosti, ki jih na področju zavarovalništva omogoča digitalizacija, obravnava četrty prispevek. Zadnji pa analizira vlogo prava pri informatizaciji poslovanja v slovenskem javnem sektorju predvsem na podlagi ugotovitev Računskega sodišča. Čeprav avtorji posegajo na različna pravna področja, soglašajo, da se lahko za številna vprašanja uporabijo obstoječa pravila, za nekatera pa je potrebna hitro odzivna zakonodaja in sodišča z razumevanjem posebnosti internetnega okolja.

Ključne besede: • digitalno gospodarstvo • informatizacija • internet • pametna pogodba • zavarovalništvo • internetni posrednik • potrošnik •

NASLOV UREDNICE: dr. Martina Repas, redna profesorica, Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenija, martina.respas@um.si.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-169-8>
© 2018 Univerzitetna založba Univerze v Mariboru
Dostopno na: <http://press.um.si>.

ISBN 978-961-286-169-8

XTH Conference Law and Economics: Digital Economy

JANJA HOJNIK

Abstract This book contains papers that deal with six important areas of law regarding digital economy. The first paper examines the effect upon definition of “consumer” in EU law of the judgment of the CJEU in *Schrems v. Facebook*. The second paper aims to define the concept of smart contracts and to highlight some legal dilemmas in this respect. The main challenges of new technologies in the field of employment law are covered by the fourth paper. The fifth paper examines rules on Internet intermediary liability for user-generated content, which are based on the distinction between mere conduit, caching and hosting. Opportunities of digitalisation in the field of insurance are analysed in the fifth paper, and finally, the last paper analyses the role of law in the informatization of various aspects of operations in the Slovenian public sector. Although the authors seek to encroach on different legal fields, they argue that the existing rules apply to a number of highlighted issues, while for some of them a quick response of the legislator and judiciary with an understanding of the peculiarities of the Internet environment will be needed.

Keywords: • digital economy • informatization • Internet • smart contract
• insurance • Internet intermediaries • consumer •

CORRESPONDING EDITOR: Martina Repas, Ph.D., Full Professor, University of Maribor, Faculty of Law, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenia, martina.repas@um.si.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-169-8>

ISBN 978-961-286-169-8

© 2018 University of Maribor Press

Available at: <http://press.um.si>.

Kazalo / Table of Contents

KONFERENČNI PRISPEVEK / CONFERENCE PROCEEDINGS	STRAN
Varstvo potrošnikov in digitalna ekonomija v EU: kdo je potrošnik? Consumer Protection and the Digital Economy in the EU: Who is the Consumer? Petra Weingerl	1
Iluzija pojma pametne pogodbe The Illusion of the Concept of Smart Contracts Nataša Samec Berghaus in Klemen Drnovšek	17
Delovnopravno varstvo v okolju spletne platforme Labour Law Protection in a Platform Environment Valentina Franca	31
Odstranitev na zahtevo ali obveznost filtriranja nezakonitih uporabniških vsebin na internetu Notice-and-Take-Down or the Obligation to Filter Illegal User-Generated Content Matija Damjan	53
Digitalizacija v zavarovalništvu Digitalisation in the Insurance Industry Šime Ivanjko in Lara Grušovnik	75
The Role of Law in the Informatisation of Public Sector Operations Vloga prava pri informatizaciji poslovanja v javnem sektorju Aljanka Klajnšek	85

Varstvo potrošnikov in digitalna ekonomija v EU: kdo je potrošnik?

PETRA WEINGERL

Povzetek Evropska unija se ponaša z relativno visoko ravnijo varstva potrošnikov. Pravila na tem področju se uporabljajo kot *lex specialis* v razmerju do splošnega obligacijskega prava in pridejo v poštev zgolj v primerih, ko gre za pogodbe, sklenjene med trgovci in potrošniki (B2C). Z razvojem digitalne ekonomije se EU vedno bolj posveča izgradnji enotnega digitalnega trga EU, s tem pa tudi vprašanjem varstva potrošnikov v digitalnem okolju. Dokler na tem področju ne bo sprejeta relevantna sekundarna zakonodaja, se bodo pogodbeno razmerja, sklenjena v digitalnem okolju, presojala skladno z obstoječimi pravili potrošniškega prava EU. To velja tako za spletna družbena omrežja kot tudi za spletne platforme sodelovalnega ali delitvenega gospodarstva. Vendar to ni vedno možno v polnem obsegu, saj je v digitalnem okolju meja med trgovcem in potrošnikom pogosto zabrisana. Nedavno se je z opredelitvijo pojma potrošnik v digitalnem okolju ukvarjalo Sodišče EU v zadevi Schrems proti Facebooku. Ta prispevek predstavi klasično opredelitev pojma »potrošnik« v EU in analizira sodbo Sodišča EU v zadevi Schrems proti Facebooku z namenom, da odgovori na vprašanje, ali (in kako) dejstvo, da je pogodba sklenjena v digitalnem okolju, vpliva na opredelitev pojma potrošnik.

Ključne besede: • pogodbe B2C • potrošnik • trgovec • spletna družbena omrežja • spletne platforme •

NASLOV AVTORICE: dr. Petra Weingerl, asistentka, Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenija, e-pošta: petra.weingerl@um.si.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-169-8.1>
© 2018 Univerzitetna založba Univerze v Mariboru
Dostopno na: <http://press.um.si>.

ISBN 978-961-286-169-8

Consumer Protection and the Digital Economy in the EU: Who is the Consumer?

PETRA WEINGERL

Abstract The European Union boasts a relatively high level of consumer protection. The rules in this area apply as *lex specialis* in relation to general law of obligations, only in cases concerning contracts between traders and consumers (B2C). With the development of the digital economy, the EU is committed to build a digital single market in the EU, and thus to consumer protection in the digital environment. Until relevant secondary legislation is adopted, contractual relationships concluded in the digital environment will be assessed in accordance with existing EU consumer acquis. This applies both to social networks and to the online peer-to-peer platforms. However, this is not always fully possible, as in the digital environment the division between the trader and the consumer is often blurred. Recently, the Court of Justice of the EU dealt with the concept of consumer in the digital environment in the case of *Schrems v. Facebook*. I will sketch the classical definition of the term ‘consumer’ in the EU and examine the judgment of the Court of Justice of the EU in *Schrems v. Facebook*, to determine whether (and how) the fact that a contract is concluded in a digital environment affects the definition of consumer.

Keywords: • B2C contracts • consumer • trader • social networks • online platforms •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Petra Weingerl, DPhil, assistant, University of Maribor, Faculty of Law, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenia, e-mail: petra.weingerl@um.si

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-169-8.1>

ISBN 978-961-286-169-8

© 2018 University of Maribor Press

Available at: <http://press.um.si>.

1 Uvod

»Consumers, by definition, include all of us.«
(John F. Kennedy, predsednik ZDA, 1962)

Evropska unija (EU) se ponaša z relativno visoko ravnijo varstva potrošnikov. Ta je rezultat obsežnega programa poenotenja nacionalnih pravil na tem področju, predvsem skozi poenotenje določenih vidikov pogodbenega prava EU.¹ Na samem začetku evropskega ekonomskega povezovanja potrošniška politika ni bila med prioritetskimi politikami – Rimska pogodba iz leta 1957 se je zgolj petkrat izrecno sklicevala na potrošnike, ki jih je t. i. »evropska ekonomska ustava« (glej npr. Maduro, 1998; Hojnik, 2011) razumela kot pasivne udeležence na skupnem trgu, ki imajo od tega koristi v obliki večje izbire, nižjih cen in večje kakovosti izdelkov in storitev (Weatherill, 2013: 4). Šele z Maastrichtsko pogodbo iz leta 1993 je bila izrecno kodificirana pristojnost EU na področju varstva potrošnikov. Med glavne poudarke potrošniškega prava in politike v EU spadajo »informacije«, ki jih mora potrošnik prejeti pred sklenitvijo pogodbe (torej poudarek na transparentnosti), ter »cooling-off period« oziroma obdobje ohladitve po sklenitvi pogodbe na daljavo in od vrat do vrat, v katerem si potrošnik lahko premisli glede nakupa in v določenem času odstopi od pogodbe. Danes potrošniški *acquis* na ravni EU obsega sekundarno zakonodajo na področju nepoštenih pogodbenih pogojev, nepoštenih poslovnih praks, prodaje na daljavo in od vrat do vrat, paketnih potovanj, pravic potnikov, producerske odgovornosti itd.² Ta pravila se uporabljajo kot *lex specialis* v razmerju do splošnega obligacijskega prava držav članic in pridejo v poštev zgolj v primerih, ko gre za pogodbe, sklenjene med trgovci³ in potrošniki (B2C). Za pogodbe, ki so sklenjene med trgovci (B2B), ter za pogodbe, ki jih sklepajo potrošniki med seboj (C2C oziroma P2P), se pravila potrošniškega prava ne uporabijo. Politika varstva potrošnikov v EU namreč temelji na logiki, da je potrošnik šibkejša pogodbeni stranka, ki potrebuje posebno varstvo. Zato je v razmerjih med trgovci in potrošniki potreben odmik od splošnega načela avtonomije volje strank

¹ Poenoteni so tudi nekateri vidiki nepogodbenega prava, predvsem na področju producerske odgovornosti, kot je Direktiva Sveta 85/374 z dne 25. julija 1985 o približevanju zakonov in drugih predpisov držav članic v zvezi z odgovornostjo za proizvode z napako (UL L 210, 7. 8. 1985, str. 29–33).

² Komisija je s svojim programom za poenotenje potrošniškega *acquisa* želela prevetriti in konsolidirati obstoječe direktive na tem področju. Rezultat tega programa je bila v letu 2011 sprejeta Direktiva 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2011 o pravicah potrošnikov (UL L 304, 22. 11. 2011, str. 64–88; Direktiva 2011/83/EU), ki pa je od prvotno načrtovanih osmih direktiv nadomestila zgolj dve direktivi: Direktiva Sveta 85/577/EGS z dne 20. decembra 1985 za varstvo potrošnika v primeru pogodb, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov (UL L 372, 31. 12. 1985, str. 31–33) in Direktiva 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 1997 o varstvu potrošnikov glede sklepanja pogodb pri prodaji na daljavo (UL L 144, 4. 6. 1997, str. 19–27). Glej Weingerl, 2015; Možina, 2008.

³ Ta prispevek uporablja pojem »trgovci« kot krovni pojem za profesionalne osebe, ki na trgu ponujajo svoje blago ali storitve, ne glede na njihovo opredelitev v posameznem splošnem ali področnem aktu na ravni EU ali na nacionalni ravni, na primer trgovci, ponudniki storitev, gospodarski subjekti, kot jih, denimo, opredeljuje Obligacijski zakonik (Uradni list RS, št. 97/07 *et seq* (OZ)).

oziroma pogodbene svobode (glej Colombi Ciacchi, 2010; Weatherill, Vogenauer in Weingerl, 2017). Pri tem se postavi vprašanje, kdo je potrošnik, torej subjekt, ki ga je potrebno v pogodbenem razmerju posebej zaščititi.⁴ Ta opredelitev je ključnega pomena za določanje pristojnosti sodišč in uporabe prava v čezmejnih razmerjih,⁵ ter za določanje relevantnega procesnega in materialnega prava.

V tradicionalnih pogodbenih razmerjih sta vlogi trgovca in potrošnika jasno določeni in razmejeni. Trговец je profesionalna oseba, ki na trgu ponuja blago ali storitve, potrošnik pa je fizična oseba, ki nastopa kot kupec blaga ali uporabnik storitve. Gre za t. i. binarno delitev, na kateri temelji tradicionalna opredelitev potrošnika v sekundarni zakonodaji EU in sodni praksi Sodišča EU. Le-ta sloni na funkcionalnem pristopu: pomemben je namen pogodbenega razmerja.⁶ Skladno s tem pristopom je urejena tudi opredelitev pojma »potrošnik« v Zakonu o varstvu potrošnikov⁷ (ZVPot), ki določa, da je potrošnik fizična oseba, ki pridobiva ali uporablja blago in storitve za namene izven njegove poklicne ali pridobitne dejavnosti.⁸

Z razvojem digitalne ekonomije se EU vedno bolj posveča izgradnji enotnega digitalnega trga EU, s tem pa tudi vprašanjem varstva potrošnikov v digitalnem okolju. Dokler na tem področju ne bo sprejeta relevantna sekundarna zakonodaja, se bodo pogodbeni razmerja, sklenjena v digitalnem okolju, presojala skladno z obstoječimi pravili potrošniškega prava EU.⁹ To velja tako za spletna družbena omrežja kot tudi za

⁴ Prispevek se osredotoča zgolj na opredelitev pojma »potrošnik«, ne pa tudi na različne normativne tipe potrošnika, ki jih pravo EU varuje, na primer: »povprečno obveščen potrošnik« (Sodišče EU ta tip definira kot »povprečni potrošnik, normalno obveščen ter razumno pozoren in preudaren«) ali »ranljiv potrošnik«. Glej Reich, Micklitz, Rott in Tonner, 2014; Leczykiewicz in Weatherill, 2016.

⁵ Glej posebno sodno pristojnost za potrošniške pogodbe v 15. in 16. členu Uredbe Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (UL L 12, 16. 1. 2001, str. 1–23; Bruselj I); le-ta je nadomeščena z Uredbo (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (UL L 351, 20. 12. 2012, str. 1–32; Bruselj I bis; pristojnost za potrošniške pogodbe je urejena v 17. – 19. členu). Glede uporabe prava glej 7. člen Uredbe (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeni obligacijski razmerja (UL L 177, 4. 7. 2008, str. 6–16; Rim I). Vsebinsko področje uporabe in določbe uredbe Rim I morajo biti skladne z uredbo Bruselj I oziroma Bruselj I bis (glej uvodno točko 7 Uredbe Rim I).

⁶ Več o tem v podpoglavju 2.

⁷ Uradni list RS, št. 98/04 *et seq.*

⁸ Določba 1. člena ZVPot. O pravu in politiki varstva potrošnikov s poudarkom na slovenski ureditvi glej Vlahek in Damjan, 2015.

⁹ Na primer za ponujanje blaga in storitev preko sodelovalnih platform na spletu se uporabijo pravila o pogodbah na daljavo, ki so urejene z Direktivo 2011/83/EU (glej Riefa, 2015: 22–33; in Spindler, 2005). Sedmi odstavek 2. člena omenjene direktive določa, da pogodba, sklenjena na daljavo, »pomeni vsako pogodbo, sklenjeno med trgovcem ali potrošnikom v okviru organizirane prodaje na daljavo ali sistema izvajanja storitev brez hkratne fizične navzočnosti trgovca in potrošnika ter z izključno uporabo enega ali več sredstev za komuniciranje na daljavo do trenutka sklenitve pogodbe in vključno z njim.« Komisija je v decembru 2015 predstavila predlog nove

spletne platforme sodelovalnega ali delitvenega gospodarstva. Vendar to ni vedno možno v polnem obsegu, saj je v digitalnem okolju meja med trgovcem in potrošnikom pogosto zabrisana (Riefa, 2015: 22–33; Micklitz, 2013: 266). To še posebej velja pri uporabi sodelovalnih platform, kjer gre pogosto za večstranska razmerja, ki lahko vključuje posle med podjetji, posle med podjetji in potrošniki, posle med potrošniki in podjetji ter posle med potrošniki. Pri teh razmerjih ni vedno jasno, kdo je šibkejša stran, ki potrebuje zaščito.¹⁰ Posledično se pojavi vprašanje, ali je klasična binarna delitev še vedno ustrezna za opredelitev potrošnika (oziroma šibkejše stranke, ki je upravičena do posebne varstva) v posameznem pogodbenem razmerju v digitalnem okolju.

Nedavno se je z opredelitvijo pojma potrošnik v digitalnem okolju ukvarjalo Sodišče EU v zadevi *Schrems proti Facebooku*.¹¹ Ta prispevek bo najprej predstavil klasično opredelitev pojma »potrošnik« v EU, nato pa bo analiziral sodbo Sodišča EU v zadevi *Schrems* z namenom, da odgovori na vprašanje, ali (in kako) dejstvo, da je pogodba sklenjena v digitalnem okolju, vpliva na opredelitev pojma potrošnik. Sodišče EU se načeloma zavzema za statičen pristop k temu vprašanju, skladno s katerim se status potrošnika presoja glede na namen (zasebni/poklicni) v času sklenitve pogodbe. Vendar pa v določenih zadevah okoliščine primera opravičujejo bolj dinamičen pristop, skladno s katerim lahko potrošnik skozi daljše časovno obdobje svoj status tudi izgubi. Prispevek se postavi na stališče, da je treba takšne situacije razlagati restriktivno in z ustreznim odmikom od objektivnega pojma »potrošnik«. To pomeni, da je presoja statusa potrošnika ob vložitvi tožbe manj stroga od presoje statusa potrošnika ob sklenitvi pogodbe. Posledično potrošnik statusa ne bo izgubil, če bo le manjši del namena pogodbe postal zasebni. V zaključku prispevka bodo predstavljene smernice za opredelitev pojma »potrošnik« v primerih, ko na sodelovalnih platformah blago ali storitve ponuja fizična oseba, ki je tradicionalno sicer ne bi šteli za »trgovca«, vendar pa digitalno okolje omogoča, da se s ponujanjem blaga in storitev vede na način, ki bistveno zamegli meje med potrošnikom in trgovcem.

2 Klasična opredelitev pojma »potrošnik« v pravu EU

2.1 Funkcionalna delitev glede na namen pogodbe: objektivni pojem »potrošnik«, ki se presoja restriktivno

Čeprav v pravu EU ni enotne definicije pojma »potrošnik«, so si različne ureditve na področju varstva potrošnikov načeloma podobne v ključnih elementih, saj temeljijo na

direktive o nekaterih vidikih o spletni in drugi prodaji blaga na daljavo (KOM/2015/0635 končno). V decembru 2017 je bil predlog spremenjen, tako da se sedaj nanaša tudi na pogodbe, ki niso sklenjene na spletu (KOM(2017) 637 končno). Opredelitev pojma »potrošnik« v tem predlogu ustreza klasični opredelitvi, ki je obravnavana v podpoglavju 2.1.

¹⁰ Glej Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij: Evropska agenda za sodelovalno gospodarstvo (KOM(2016) 356 končno; Sporočilo Komisije), str. 8; glej tudi Hatzopoulos, 2018.

¹¹ Zadeva C-498/16, Maximilian Schrems proti Facebooku Ireland Limited, ECLI:EU:C:2018:37.

binarnem razlikovanju med »trgovcem« in »potrošnikom«. ¹² Skladno s tem razlikovanjem je »trgovec« oseba, ki »deluje za namene v zvezi s svojo trgovsko, poslovno, obrtno dejavnostjo ali svobodno poklicno dejavnostjo«. ¹³ »Potrošnik« pa je fizična oseba, ki »deluje za namene izven svoje trgovske, poslovne, obrtne dejavnosti ali svobodne poklicne dejavnosti«. ¹⁴ Medtem ko je za trgovca uporabljena pozitivna definicija, se za potrošnika uporablja negativna definicija. V okviru razlage pojma potrošnik v zvezi z uredbo Bruselj I je Sodišče EU odločilo, da se ta pojem vedno nanaša le na končnega potrošnika, ki je fizična oseba. ¹⁵

Iz navedenega sledi, da je pojem »potrošnik« v pravu EU objektivni. Presoja se glede na funkcionalno merilo, in sicer ali se zadevno pogodbeno razmerje uvršča v okvir dejavnosti, ki se ne opravljajo za poslovne ali poklicne namene. ¹⁶ Ključno vprašanje je torej, ali je namen pogodbe poklicne ali zasebne narave. Pri presoji tega pojma, ki se mora razlagati restriktivno, se mora nacionalno sodišče osredotočiti na položaj te osebe v določeni pogodbi glede na naravo in cilj te pogodbe. ¹⁷ Subjektivni položaj te osebe ne igra vloge pri opredelitvi, ali gre za potrošnika ali ne. ¹⁸ Iz tega torej sledi, da profesionalno znanje neke osebe ne igra vloge pri presoji, ali je ta oseba v določenem pogodbenem razmerju šibkejša stranka in s tem upravičena do posebnega varstva.

Sodišče EU je večkrat ponovilo, da sistem varstva potrošnikov v EU temelji na zamisli, da je potrošnik v razmerju do trgovca v podrejenem položaju glede pogajalske

¹² Več o klasični opredelitvi pojma »potrošnik« v pravu EU glej Kingisepp in Värvi, 2011, in Hondius, 2006.

¹³ Na primer točka b) 2. člena Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu (UL L 149, 11. 6. 2005, str. 22–39; Direktiva 2005/29/ES). Podobno tudi prvi odstavek 2. člena Direktive 2011/83/EU in točka b) 2. člena Direktive 93/13/EGS o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah (UL L 95, 21. 4. 1993, 29–34; Direktiva 93/13/EGS).

¹⁴ Na primer točka a) 2. člena Direktive 2005/29/ES. Podobno tudi drugi odstavek 2. člena Direktive 2011/83/EU in točka c) 2. člena Direktive 93/13/EGS. O razliki z definicijo, ki jo najdemo v Direktivi 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij (UL L 171, 7. 7. 1999, str. 12–16), glej Søren Hedegaard in Wrbka, 2016: 78–79).

¹⁵ Zadeva C-419/11, Česká spořitelna, a.s. v Gerald Feichter, ECLI:EU:C:2013:165, tč. 32, sklicujoč se na sodno prakso v zvezi z Bruseljsko konvencijo o pristojnosti in izvrševanju odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (UL L 299, 31. 12. 1972, str. 32–42; Bruseljska konvencija). Uredbi Bruselj I in Rim I ne uporabljata pojma »fizična oseba«, temveč zgolj »oseba«, vendar je Sodišče EU s svojo razlago pojasnilo, da so s tem mišljene fizične osebe.

¹⁶ Sklep C-534/15, Pavel Dumitraş in Mioara Dumitraş proti BRD Groupe Société Générale – sucursala Satu Mare, ECLI:EU:C:2016:700, tč. 32; sklep C-74/15, Dumitru Tarc u in Ileana Tarc u proti Banca Comercial  Intesa Sanpaolo Rom nia SA in Others, ECLI:EU:C:2015:772, tč. 27, in navedena sodna praksa. V teh dveh zadevah je Sodišče EU razlagalo točko b) 2. člena Direktive 93/13/EGS.

¹⁷ Zadeva C-269/95, Francesco Benincasa proti Dentalkit Srl, ECLI:EU:C:1997:337, tč. 16. Sodba se nanaša na pojem »potrošnik« v smislu 13. člena Bruseljske konvencije.

¹⁸ Zadeva *Benincasa*, tč. 16.

spodobnosti in ravni obveščeni.¹⁹ Čeprav je včasih potrošnik zaradi narave svojega poklica o svojih pravicah in obveznostih dobro obveščen (na primer odvetnik ali profesor prava, ki se ukvarja s tem področjem), sistem temelji na zamisli, da mu je potrebno zagotoviti primerno varstvo kot pogodbeni stranki, ki velja za gospodarsko šibkejšo in pravno manj izkušeno od sopogodbjenika, ki dejavnost opravlja poklicno ali pridobitno.²⁰ Tako je, na primer, odvetnik, ki s fizično ali pravno osebo, ki deluje v okviru svoje poklicne dejavnosti, sklene pogodbo, ki zlasti zato, ker ne spada v dejavnost njegove pisarne, ni povezana z izvajanjem poklica odvetnika, v razmerju do te osebe v podrejenem položaju.²¹ V takem primeru, tudi če bi se štel, da ima odvetnik višjo raven strokovnega znanja, ne bi bilo možno domnevati, da v razmerju do prodajalca ali ponudnika ni šibkejša stranka.²² Položaj podrejenosti potrošnika v razmerju do prodajalca ali ponudnika se namreč nanaša tako na raven informacij potrošnika kot tudi na njegovo pogajalsko moč v prisotnosti pogojev, ki jih je prej sestavil prodajalec ali ponudnik in na vsebino katerih ta potrošnik nima vpliva.²³

Ker je cilj varstva potrošnikov na ravni EU vzpostavitev enakosti med strankami v pogodbah, sklenjenih med potrošnikom in trgovcem, uporabe teh pravil potrošniškega *acquisa* ni mogoče razširiti na osebe, za katere to varstvo ni utemeljeno.²⁴ Skladno s tem je Sodišče EU razsodilo, da posebnih pravil o pristojnosti na področju pogodb, ki jih sklenejo potrošniki, ni mogoče uporabiti za pogodbe, sklenjene med osebama, ki opravljata poslovno ali poklicno dejavnost (v razmerjih B2B).²⁵ Sodišče EU je prišlo do podobnega zaključka tudi glede pogodbenega razmerja med potrošniki (C2C oziroma P2P), saj ni neravnotežja med strankami, ki bi utemeljevalo zaščito šibkejše stranke v razmerju.²⁶ Za razmerja B2B in C2C zato veljajo splošna pravila obligacijskega prava, ki temeljijo na pogodbeni svobodi oziroma avtonomiji volje in načeloma ne posegajo v razmerja med pogodbenimi strankami s privilegiranjem šibkejše strani.²⁷

2.2 Mešane pogodbe: zanemarljiv del, ki se nanaša na poklicni namen

V praksi so pogoste t. i. mešane pogodbe, ki se nanašajo na dejavnosti, ki so delno v poklicni ali pridobitni namen, delno v zasebni namen. Vprašanje je, ali so lahko takšne pogodbe podvržene pravilom potrošniškega prava. Sodišče EU je status potrošnika v mešanih pogodbah presojalo v zadevi *Gruber*²⁸ glede posebne mednarodne pristojnosti za potrošniške pogodbe po Bruseljski konvenciji.

¹⁹ Glej, na primer, zadevo C-618/10 Banco Español de Crédito (2012) ECLI:EU:C:2012:349, tč. 39.

²⁰ Zadeva C-508/12, Walter Vapenik proti Josefu Thurnerju (2013) ECLI:EU:C:2013:790, tč. 27.

²¹ Zadeva C-110/141, Horațiu Ovidiu Costea, ECLI:EU:C:2015:538.

²² Zadeva C-537/13, Birutė Šiba proti Arūnas Devėnas, ECLI:EU:C:2015:14, tč. 23.

²³ Zadeva *Costea*.

²⁴ Zadeva *Walter Vapenik proti Josefu Thurnerju*, tč. 31. Glej Weingerl, 2013.

²⁵ Sodba C-89/91, Shearson Lehmann Hutton proti TVB, ECLI:EU:C:1993:15, tč. 11 in 24.

²⁶ Zadeva *Walter Vapenik proti Josefu Thurnerju*, tč. 33.

²⁷ Različni pravni sistemi kljub vsemu poznajo določena pravila, ki predstavljajo odmik od avtonomije volje, na primer čezmerno prikrajšanje po 118. členu OZ ali pa oderuška pogodba po 119. členu OZ.

²⁸ Zadeva C-464/01, Johann Gruber proti Bay Wa AG, ECLI:EU:C:2005:32.

Predložitveno sodišče je zanimalo, ali je treba za odločitev o tem, ali ima pri pogodbi, ki je delno zasebnega značaja, zainteresirana oseba lastnost potrošnika v smislu 13. člena Bruseljske konvencije, kot odločilen element šteti prevlado zasebnega ali poklicnega oziroma pridobitnega namena te pogodbe. Sodišče EU je odgovorilo, da je cilj določb Bruseljske konvencije o posebni pristojnosti za potrošniške pogodbe primerno varstvo osebe, za katero se domneva, da je v šibkejšem položaju kot njena pogodbeni stranka. Iz tega cilja jasno izhaja, da naj se na te določbe načeloma ne bi sklicevala oseba, ki sklene pogodbo z namenom uporabe, ki se delno nanaša na njeno poklicno ali pridobitno dejavnost in ki naj bi bila tej le delno tuja.²⁹ Pri tem je Sodišče EU poudarilo, da je možna izjema v primeru, ko bi bila vez med navedeno pogodbo in poklicno ali pridobitno dejavnostjo zadevne osebe tako rahla, da bi postala postranskega pomena, in bi imela le zanemarljivo vlogo v kontekstu posla, za katerega je bila sklenjena pogodba, in ki se presoja v celoti.³⁰ Sodišče EU je izrecno poudarilo, da prevlada zasebnega interesa ni pomembna za presojo tega dejstva, razen če prevladuje do te mere, da je obseg uporabe v zvezi s poklicno ali pridobitno dejavnostjo zanemarljiv.³¹

2.3 Širša opredelitev pojma »potrošnik« v določenih okoliščinah

Zgoraj opisana objektivna opredelitev pojma »potrošnik« je po mnenju nekaterih preozka, saj iz svojega dometa izključuje osebe, ki bi glede na svoj šibkejši položaj prav tako potrebovale posebno varstvo. Pojavljajo se mnenja, da se pri opredelitvi pojma »potrošnik« ne bi smelo posvečati preveč pozornosti namenu transakcije, temveč položaju, ki ga ima ta oseba na trgu. V tem smislu je potrošnik »pasivni udeleženec na trgu« oziroma *homo oeconomicus passivus*, ki vstopa v transakcije, da zadovolji svoje potrebe, ne da bi blago ali storitve sam ponujal (povzeto po Reich, Micklitz, Rott in Tonner, 2014: 52–53).

Nekatera področja prava EU so dejansko razširila pojem »potrošnik« tako, da se nanašajo na varstvo uporabnikov (Reich, Micklitz, Rott in Tonner, 2014: 53; Micklitz, 2013: 26). Primer sekundarnega akta, ki na tak način širi pojem »potrošnik«, je Direktiva 2006/123/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o storitvah na notranjem trgu³² (Direktiva 2006/123/ES), ki varuje prejemnike storitev pred diskriminacijo.³³ Podobno je z Direktivo Sveta 90/314/EGS z dne 13. junija 1990 o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih³⁴ (Direktiva 90/314/EGS), ki določa, da »potrošnik pomeni osebo, ki vzame ali privoli vzeti turistični paket (glavni pogodbenik) ali katera koli druga oseba, v korist katere je glavni pogodbenik privolil kupiti turistični paket (drugi upravičenci) ali katera koli druga oseba, na katero je glavni pogodbenik ali drugi upravičenec prenesel turistični paket (pridobitelj)«. ³⁵ Tako se posebno varstvo paketnih potovanj, ki je urejeno s to direktivo, nanaša na uporabnike na

²⁹ Zadeva *Gruber*, tč. 27.

³⁰ Zadeva *Gruber*, tč. 39.

³¹ Zadeva *Gruber*, tč. 41.

³² UL L 376 27. 12. 2006, str. 36–68.

³³ Členi 19–22 Direktive 2006/123/ES.

³⁴ UL L 158, 23. 6. 1990, str. 59–64.

³⁵ Četrti odstavek 2. člena Direktive 90/314/EGS.

splošno, torej tudi na poslovna potovanja. Podobno je z varstvom pravic potnikov v letalskem prometu, ki se nanašajo na vse potnike, ne glede na namen njihovega potovanja.³⁶

Na področju finančnih storitev je varstvo še širše, saj se pojem »potrošnik« ne nanaša na namen pogodbe, temveč na neprofesionalnost pogodbene stranke, ki je lahko tudi vlagatelj ali imetnik zavarovalne police (Reich, Micklitz, Rott in Tonner, 2014: 53). V tem primeru je torej pojem »potrošnik« subjektiven.

3 Potrošnik v digitalnem okolju: ali se lahko status potrošnika skozi čas izgubi

3.1 Dejansko stanje v zadevi *Schrems proti Facebooku*

Maximilian Schrems od leta 2008 uporablja družbeno omrežje Facebook. Najprej je uporabljal to družbeno omrežje zgolj za zasebne namene, na primer za izmenjavo fotografij, klepet in objavljanje. Leta 2011 pa je ustvaril tudi Facebook stran, ki jo je sam registriral in ustvaril za to, da na njej internetne uporabnike obvešča o svojih aktivnostih proti družbi Facebook Ireland, o svojih predavanjih, udeležbah na okroglih mizah in medijskih nastopih ter da tudi prek nje poziva k zbiranju sredstev in oglašuje svoje knjige. M. Schrems je o svojih aktivnostih zoper domnevne kršitve varstva podatkov objavil dve knjigi, v zvezi s tem je predaval pri strokovnih organizacijah (včasih za plačilo) in registriral je več spletnih mest (bloge, spletne peticije in množično financiranje). Ustanovil je tudi društvo za uveljavljanje temeljne pravice do varstva podatkov, prejel je več nagrad in več kot 25.000 oseb z vsega sveta mu je odstopilo svoje zahteve, da bi jih uveljavljal v tej zadevi.³⁷

M. Schrems je vložil tožbo proti družbi Facebook Ireland Limited pri sodišču v Avstriji, v kateri je trdil, da je družba kršila njegovi pravici do zasebnosti in do varstva podatkov. Sedem drugih uporabnikov mu je odstopilo svoje zahteve, v katerih so zatrjevali enake kršitve, potem ko jih je ta k temu pozval na spletu. Ta prispevek ne obravnava vprašanj, ki so povezana z odstopljenimi zahtevki, temveč se osredotoča zgolj na opredelitev pojma »potrošnik«.

Čeprav je družba Facebook Ireland Limited registrirana na Irskem, je M. Schrems vložil tožbo v Avstriji, sklicujoč se na mednarodno pristojnost za potrošnike v skladu z uredbo Bruselj I. Ta za potrošnike dejansko vzpostavlja *forum actoris*: potrošnik lahko toži drugo pogodbeno stranko v kraju svojega stalnega prebivališča.³⁸ Prvostopenjsko sodišče je zavrglo tožbo M. Schremsa z obrazložitvijo, da ta Facebook uporablja tudi poklicno, zaradi česar ne more uveljaviti pristojnosti za potrošnike. Pritožbeno sodišče mu je glede tega vprašanja pritrdilo, avstrijsko Vrhovno sodišče pa se je v postopku z

³⁶ Uredba (ES) št. 261/2004 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. februarja 2004 o določitvi skupnih pravil glede odškodnine in pomoči potnikom v primerih zavrnitve vkrcanja, odpovedi ali velike zamude letov ter o razveljavitvi Uredbe (EGS) št. 295/91 (UL L 46, 17. 2. 2004, str. 1–8).

³⁷ Dejansko stanje je povzeto po sodbi v zadevi *Schrems*.

³⁸ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Bobka v zadevi *Schrems*.

revizijo kot sodišče zadnje instance odločilo, da o pravilni razlagi pojma »potrošnik« povpraša Sodišče EU. S svojim vprašanjem za predhodno odločanje je spraševalo, ali je treba 15. člen Bruselj I razlagati tako, da uporabnik zasebnega Facebook računa ne izgubi svojega statusa »potrošnik« v smislu tega člena, kadar objavlja knjige, vodi predavanja, upravlja spletna mesta, zbira sredstva in mu številni potrošniki odstopijo zahtevke, da jih uveljavlja pred sodišči.

Vprašanje se torej nanaša na časovno komponento pojma »potrošnik«. Ali je ta status mogoče s časom izgubiti?

3.2 Pojem »potrošnik« in časovna komponenta: statični ali dinamični pristop

Da bi Sodišče EU lahko odgovorilo na postavljeno vprašanje za predhodno odločanje, je moralo najprej odgovoriti na vprašanje, kdo je »potrošnik«. V pravu EU se potrošnik šteje za šibkejšo stranko, ki potrebuje posebno varstvo. V ta namen Bruselj I določa posebno mednarodno pristojnost za potrošnike. Bistvo postavljenega vprašanja je, kot ga je povzel generalni pravobranilec Bobek, ali lahko »potrošnik«, ki intenzivno sodeluje v sodnih sporih, objavlja knjige, vodi predavanja in upravlja spletna mesta, postopoma postane »profesionalna pravdna stranka v potrošniških zadevah« in torej ne potrebuje več posebnega varstva.³⁹

Sodišče EU je v svoji sodbi najprej spomnilo, da je po ureditvi v Bruselj I splošno načelo pristojnost sodišč države članice, na ozemlju katere ima tožena stranka stalno prebivališče. Zato se pravila o pristojnosti, ki odstopajo od tega splošnega načela, kot v primeru potrošniških pogodb, razlagajo ozko, in sicer v smislu, da razlaga, ki bi šla onstran primerov, ki jih navedena uredba izrecno omenja, ni mogoča.⁴⁰ Ob tem je poudarilo, da je za zagotovitev spoštovanja ciljev, ki jim sledi zakonodajalec EU na področju potrošniških pogodb, kot tudi skladnost prava EU, treba upoštevati tako razlago pojma »potrošnik«, ki ga je Sodišče EU podalo v kontekstu uredbe Bruselj I, kot tudi pojem »potrošnik« iz drugih predpisov prava EU.⁴¹ Pri tem se je Sodišče EU oprlo na objektivni pojem »potrošnik«, saj je skladno z relevantno sodno prakso odločilo, da ga je treba v smislu 15. in 16. člena Bruselj I razlagati ozko in se sklicevati na položaj te osebe v okviru določene pogodbe v povezavi z naravo in namenom te pogodbe, ne pa na subjektivni položaj te osebe, saj se isto osebo lahko šteje za potrošnika v okviru določenih transakcij in za gospodarski subjekt v okviru drugih.⁴²

Glede namena pogodbe je sledilo svoji odločitvi v zadevi *Gruber*.⁴³ Tako je spomnilo, da se lahko oseba sklicuje na določbe o mednarodni pristojnosti za potrošnike, če pogodba ni sklenjena v profesionalni ali poklicni namen. Če gre za mešane pogodbe, je to možno zgolj, če je del, ki se nanaša na poklicni namen, zanemarljiv (in ne zgolj neprevladujoč). Za presojo je ključen namen v času sklenitve pogodbe.

³⁹ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Bobka v zadevi *Schrems*.

⁴⁰ Zadeva *Schrems*, tč. 27, sklicujoč se na zadevo *Gruber*.

⁴¹ Zadeva *Schrems*, tč. 28.

⁴² Zadeva *Schrems*, tč. 29, sklicujoč se na zadevi *Gruber* in *Benincasa*.

⁴³ Zadeva *Schrems*, tč. 29-32.

Sodišče EU je navedlo, da bo nacionalno sodišče za presojo namena pogodbe moralo ugotoviti, ali obstajata dve različni pogodbi, in sicer ena za Facebook stran in druga za Facebook račun, ali pa sta tako Facebook račun kot Facebook stran zajeta z enim samim pogodbenim razmerjem, in iz tega izpeljati posledice glede statusa »potrošnik«. Opozorilo je, da niti morebitna pogodbeni vez med Facebook računom in Facebook stranjo ne določa vnaprej presoje navedenega statusa.⁴⁴ Le-ta se presoja glede na namen pogodbe. Glede namena je v okviru te presoje treba pri storitvah spletnih družbenih omrežij, ki so namenjena uporabi v daljšem časovnem obdobju, zlasti upoštevati nadaljnji razvoj koriščenja teh storitev.⁴⁵ Tako se lahko stranka, ki koristi take storitve, sklicuje na status potrošnika zgolj, če koriščenje teh storitev, ki je v glavnem nepoklicno in za katero je sprva sklenila pogodbo, ni nato postalo v glavnem poklicno.⁴⁶ Sodišče EU je torej posebej izpostavilo pomen časovne komponente za status potrošnika – pri storitvah spletnih družbenih omrežjih je potrebno upoštevati, da se namen s časom lahko spremeni.

Glede vprašanja, ali se lahko potrošniku odvzame ta status zaradi strokovnega znanja, ki ga pridobi na področju, ki zajema določene storitve, je Sodišče EU skladno z objektivnim testom poudarilo, da je ta status neodvisen od znanja in informacij, s katerimi ta oseba dejansko razpolaga.⁴⁷

Sodišče EU se je torej odločilo, da bo v okviru digitalne ekonomije za spletna družbena omrežja uporabilo objektivni test za presojo pojma »potrošnik«. Glede na to, da gre pri družbenem omrežju, kot je Facebook, za uporabo storitev, se zdi zapravljena priložnost, da se Sodišče EU ni odločilo za širši domet varstva, podobno kot v okviru Direktive 2006/123/ES, ki varuje pred diskriminacijo vse uporabnike storitev, ne glede na namen pogodbe. Glede na to, da uporabnik storitev v primeru odpiranja Facebook računa ali strani sklepa pogodbo z multinacionalno, ki sistematično krši pravila o varstvu zasebnosti in o varstvu podatkov, se zdi, da bi morale biti tudi osebe, ki uporabljajo Facebook stran v svoje poslovne namene, upravičene do posebnega varstva, ki je namenjeno šibkejšim strankam.

Na tem mestu je treba opozoriti na besedno zvezo, ki jo uporabi Sodišče EU glede presoje, ali se je namen pogodbe s časom spremenil. Kljub temu, da je najprej poudarilo element »zanemarljivosti« iz sodbe *Gruber* v okviru presoje mešanih pogodb, se je pri presoji spremembe namena pogodbe skozi daljše časovno obdobje osredotočilo na prevladujoč namen pogodbe. Treba je presoditi, ali je namen koriščenja storitev »v glavnem« poklicni ali nepoklicni. Ali to pomeni, da je Sodišče EU vpeljalo dva različna testa za presojanje namena pogodbe, ko gre za preplet poklicnega in nepoklicnega namena – »test zanemarljivosti«, ko gre za presojo »osnovne« narave pogodbe glede na čas sklenitve pogodbe, in »test prevlade«, ko gre za presojo, ali je nemara prišlo do

⁴⁴ Zadeva *Schrems*, tč. 36.

⁴⁵ Zadeva *Schrems*, tč. 37.

⁴⁶ Zadeva *Schrems*, tč. 38.

⁴⁷ Zadeva *Schrems*, tč. 39.

spremembe »osnovnega« namena pogodbe skozi daljše časovno obdobje?⁴⁸ Če to dejansko drži in ni šlo zgolj za jezikovno nepazljivost, kar bo pokazala nadaljnja sodna praksa Sodišča EU, se je razlaga Sodišča EU približala bolj objektivno-subjektivni konceptiji pojma »potrošnik«. Pri tem je torej objektivna konceptija pomembna pri presojanju namena pogodbe v času sklenitve pogodbe, bolj subjektivna konceptija pa pri presojanju namena v času vložitve tožbe. Sodišče EU se sicer ni izrecno opredelilo do tega, katera časovna točka je ključna za to presojo: ali čas sklenitve pogodbe ali čas vložitve tožbe. Se je pa tega vprašanja dotaknil generalni pravobranilec Bobek. Zavzel se je za dinamičen pristop. Skladno s tem pristopom bi bil načeloma ključen namen ob sklenitvi pogodbe.⁴⁹ Vendar pa v izjemnih zadevah ne bi smeli popolnoma izključiti »dinamičnega« pristopa k statusu potrošnika, skladno s katerim bi se namen presojal ob vložitvi tožbe. To bi bilo lahko potencialno upoštevno, kadar v pogodbi ni naveden njen cilj ali kadar je odprta za različne uporabe in sklenjena za dolgo obdobje ali pa je celo sklenjena za nedoločen čas.⁵⁰ Ta dinamičen pristop k statusu potrošnika je torej skladen s subjektivno-objektivno konceptijo potrošnika in predstavlja odmik od klasične binarne delitve potrošnik/trgovec.

4 Široko zasovan pojem »trgovec«: tudi fizična oseba, ki prodaja blago na spletu?

Skladno z binarno delitvijo potrošnik/trgovec je Sodišče EU presodilo, da se pojem »trgovec« določi glede na »korelativen, vendar antinomičen pojem »potrošnik«, ki se nanaša na vsakega posameznika, ki ne deluje v okviru poslovne ali poklicne dejavnosti.«⁵¹ Za trgovca je torej nujno, da deluje v okviru poslovne ali poklicne dejavnosti. Pri tem je Sodišče EU opozorilo na široko zasovan pojem »trgovec« v določeni sekundarni zakonodaji EU, npr. Direktivi 2005/29 o nepoštenih poslovnih praksah, ki se nanaša na »vsako fizično ali pravno osebo«, ki opravlja odplačno dejavnost v zvezi z njeno poslovno ali poklicno dejavnostjo, in iz njenega področja uporabe ne izključuje niti subjektov, ki opravljajo naloge v splošnem interesu, niti javnopравnih subjektov.⁵² Namen takšne široke opredelitve pojma »trgovec« je najverjetneje v tem, da bi bil čim širši krog oseb, ki na trgu odplačno ponujajo blago ali storitve, podvržen spoštovanju pravil potrošniškega prava.

⁴⁸ To bo v praksi težko presojati. Kot je navedel pravobranilec Bobek v zadevi *Schrems*, obstaja med dvema skrajnostma – namenom, ki je povsem očitno zasebni, in namenom, ki je izrazito poklicni – »petdeset odtentkov (facebookovsko) modre«.

⁴⁹ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Bobka v zadevi *Schrems*, tč. 38.

⁵⁰ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Bobka v zadevi *Schrems*, tč. 39. Kot ilustrativni primer je v tč. 40 navedel: »Predstavljajmo si, da je gospa Smith podpisala pogodbo o elektronskih komunikacijskih storitvah, kakršna je e-poštni račun. Ob sklenitvi je pogodbo uporabljala izključno za zasebne namene. Vendar je pozneje začela uporabljati ta račun za svoje delo. Po desetih letih je elektronske komunikacijske storitve uporabljala izključno za gospodarske namene. Če s prvotnimi pogodbenimi pogoji taka uporaba ni izključena in če v teh desetih letih ni prišlo do podaljšanja, spremembe ali dopolnitve pogodbe, ali je mogoče tako uporabo še vedno opredeliti kot »zasebno«.

⁵¹ Zadeva C-59/12, *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts*, ECLI:EU:C:2013:634, tč. 33. V tej zadevi je Sodišče EU presojalo besedilo točke b) 2. člena Direktive 2005/29/ES.

⁵² Zadeva *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts*, tč. 32.

V kontekstu digitalne ekonomije se postavi vprašanje, kaj spada v sfero »poklicne ali poslovne dejavnosti«. Čeprav so bili posamezniki vedno udeleženi v medsebojnih transakcijah na trgu, ki so se tradicionalno presojale s splošnimi pravili obligacijskega prava, saj je šlo za razmerja C2C (oziroma P2P), pa takšne transakcije dobivajo nove razsežnosti v okviru spletnih platform sodelovalnega gospodarstva. Kot ugotavlja odbor Evropskega parlamenta, so sodelovalni poslovni modeli »bolj zapleteni in raznoliki, za njih pa je značilna drugačna raven decentralizacije, def profesionalizacije in udeležbe novih gospodarskih subjektov, enakovrednih partnerjev oziroma proizvajalcev-potrošnikov. Poleg tega je težko jasno ločiti med profesionalnimi ponudniki storitev oziroma trgovci in potrošniki zaradi raznolikih odnosov, saj potrošnik nastopi v vlogi ponudnika storitev v transakciji med potrošniki (C2C oziroma P2P) ali v transakciji med potrošnikom in podjetjem.«⁵³ Gre za t. i. »hibridne potrošnike« (Riefa, 2015: 22–33; Riefa, 2012: 395; glej tudi Haztopoulos, 2018). V tem kontekstu bo zanimiva odločitev Sodišča EU v tekoči zadevi *Kamenova*, v kateri bolgarsko upravno sodišče sprašuje, ali je treba določbe Direktive 2005/29/ES razlagati tako, da dejavnost fizične osebe, ki je na spletnem mestu registrirana za prodajo blaga in je na tem spletnem mestu sočasno objavila osem oglasov za prodajo različnega blaga, pomeni dejavnost trgovca v smislu binarne opredelitve pojmov »trgovec« in »potrošnik«.⁵⁴ V tej zadevi gre torej za presojo, ali se lahko fizična oseba, ki odplačno ponuja svoje blago preko sodelovalne platforme, šteje za trgovca in je s tem podvržena pravilom o poštenu poslovnemu praksi skladno z Direktivo 2005/29/ES.

Koncept sodelovalnega gospodarstva zajema vrsto dejavnosti, ki izhajajo iz različnih sodelovalnih poslovnih modelov, tudi neprofitnih – od sodelovalnih platform, ki omogočajo izmenjavo blaga ali storitev po vsem svetu, do platform, ki zagotavljajo storitve lokalnim skupnostim.⁵⁵ Kot ugotavlja Odbor za notranji trg in varstvo potrošnikov Evropskega parlamenta v svojem predlogu resolucije na tem področju, je sodelovalno gospodarstvo v zadnjih letih beležilo hitro rast števila uporabnikov, transakcij in prihodkov in tako spremenilo način zagotavljanja proizvodov in storitev na številnih področjih.⁵⁶

⁵³ Obrazložitev predloga resolucije Evropskega parlamenta o Evropski agenci za sodelovalno gospodarstvo (KOM(2016)0356 – (2016/0000(INI))).

⁵⁴ Zadeva C-105/17, Komisija za zaščito na potrebitelite proti Evelina Kamenova, tekoča zadeva.

⁵⁵ Obrazložitev predloga resolucije Evropskega parlamenta o Evropski agenci za sodelovalno gospodarstvo (KOM(2016)0356 – (2016/0000(INI))). Kot izhaja iz te obrazložitve, se za ta hitro rastoči pojav »uporablja vrsta izrazov, ki so pogosto medsebojno zamenljivi: ekonomija delitve, ekonomija enakovrednih ponudnikov, ekonomija na zahtevo, ekonomija priložnostnih del, sodelovalna potrošnja, sodelovalni kapitalizem idr.«

⁵⁶ V začetku leta 2014 je sodelovalno gospodarstvo zadevalo predvsem šest področij (blago/trgovina na drobno, storitve, prostor/stanovanje, hrana, promet in denar). Do leta 2016 pa se je število področij skoraj potrojilo: razširilo se je na nova področja (na primer zdravstvo, učenje, logistika, lokalne skupnosti, prostor, komunalne storitve, na primer energije itd.) ali pa so nastale nove vrste dejavnosti (na primer gibanje za lastno ustvarjanje – makers' movement – v sektorju blaga). Glej obrazložitev predloga resolucije Evropskega parlamenta o Evropski agenci za sodelovalno gospodarstvo (KOM(2016)0356 – (2016/0000(INI))).

V sodelovalnem gospodarstvu in njegovih poslovnih modelih obstajajo trije glavni tipi akterjev: (i) ponudniki storitev – fizične osebe, ki občasno (peers) ali profesionalno nudijo storitve (blago, znanje, čas proti plačilu ali brezplačno); (ii) uporabniki teh storitev, ter (iii) sodelovalne platforme, ki v realnem času povežejo ponudbo in povpraševanje in omogočajo transakcije.⁵⁷ V tem kontekstu je najprej treba ločiti med odgovornostjo sodelovalne platforme in odgovornostjo ponudnika blaga ali storitev, ki za svojo dejavnost uporablja sodelovalno platformo. Pravo varstva potrošnikov EU se uporablja za vsako platformo za sodelovanje, ki se šteje za »trgovca« in je vključena v »poslovne prakse« v razmerju do potrošnikov. Ponudniki zadevnega blaga ali storitev se prav tako štejejo za trgovce, če delujejo skladno s svojim poslovnim ali poklicnim namenom. Pri tem je glavno vprašanje, pod kakšnimi pogoji se ponudnik zadevne storitve pri zagotavljanju storitev med sorodnimi akterji šteje za trgovca.⁵⁸

Na tem področju še ni sekundarne zakonodaje EU in sodne prakse Sodišča EU, je pa nekaj smernic podala Komisija v Evropski agendi za sodelovalno gospodarstvo, s katero želi zagotoviti nezavezujoče smernice za uporabo veljavne zakonodaje EU pri poslovnih modelih sodelovalnega gospodarstva.⁵⁹ V ta namen se sklicuje na splošne usmeritve v smernicah o Direktivi 2005/29/ES.⁶⁰ V posebnem okviru sodelovalnega gospodarstva so pomembni naslednji dejavniki: pogostost storitve, motiv za ustvarjanje dobička in obseg prometa.⁶¹ Glede dejavnika pogostosti storitve Komisija navaja, da »pri ponudnikih, ki ponujajo svoje storitve zgolj občasno (tj. kot izključno postranske in dodatne storitve v nasprotju z rednimi storitvami), obstaja manjša verjetnost, da se bodo lahko šteli za trgovce. Večja kot je pogostost zagotavljanja storitve, bolj očitno je, da se ponudnik lahko šteje za trgovca, saj to lahko kaže, da deluje za namene trgovanja, poslovanja, obrti ali poklica.«⁶² Glede motiva za ustvarjanje dobička je Komisija mnenja, da si ponudniki, ki prejmejo zgolj nadomestilo za stroške določenega posla, ne prizadevajo za ustvarjanje dobička.⁶³ Če pa ponudnik prejme plačilo, ki presega nadomestilo za stroške (na primer stroške goriva za skupno vožnjo), se lahko domneva, da je njegov motiv ustvarjanje dobička.⁶⁴ Glede obsega prometa je pomembno, da »večji, kot je promet ponudnika storitev (ki ga ustvari z eno ali več platformami za sodelovanje), bolj očitno je, da se ponudnik lahko šteje za trgovca.«⁶⁵ Če ponudnik na sodelovalnih platformah ponuja različne storitve, je potrebno oceniti, ali stopnja prometa ponudnika izhaja iz iste dejavnosti (na primer skupne vožnje) ali različnih vrst dejavnosti (skupne vožnje, vrtnarjenje itd.). V drugem scenariju večji promet ne pomeni nujno, da se ponudnik

⁵⁷ Obrazložitev predloga resolucije Evropskega parlamenta o Evropski agendi za sodelovalno gospodarstvo (KOM(2016)0356 – (2016/0000(INI))).

⁵⁸ Glej Sporočilo Komisije, str. 9.

⁵⁹ Glej op. 8.

⁶⁰ Smernice za izvajanje/uporabo Direktive 2005/29/ES o nepoštenih poslovnih praksah, SWD(2016) 163 končno.

⁶¹ Glej Sporočilo Komisije, str. 9–10.

⁶² Glej Sporočilo Komisije, str. 9–10.

⁶³ Glej Sporočilo Komisije, str. 9–10.

⁶⁴ Glej Sporočilo Komisije, str. 9–10.

⁶⁵ Glej Sporočilo Komisije, str. 10.

šteje za trgovca, saj ni nujno, da je bil ustvarjen v zvezi z drugo (glavno) dejavnostjo ponudnika.⁶⁶

Čeprav noben od teh treh dejavnikov sam po sebi ne bi zadoščal za ugotovitev, da je določenega ponudnika potrebno šteti za trgovca, pa lahko, odvisno od okoliščin primera, kombinacija dejavnikov kaže v to smer.⁶⁷ To je ključno tako za fizične osebe, ki na spletu sklepajo pogodbe v zvezi z blagom ali storitvami kot kupci oziroma koristniki storitev, kakor tudi za tiste fizične osebe, ki same blago ali storitve občasno ponujajo preko sodelovalnih platform. Posamezniki, ki na spletu nastopajo kot kupci, so morda ob nakupu preko sodelovalne platforme prepričani, da sklepajo pogodbo s profesionalno osebo in da bodo za to upravičeni do posebnega varstva na podlagi potrošniškega prava, na primer do pravice do odstopa od pogodbe, sklenjene na daljavo. Če bo oseba, s katero je posameznik sklenil pogodbo, opredeljena kot »potrošnik«, bo šlo za C2C oziroma P2P pogodbo, za katero pa se pravila potrošniškega prava ne uporabljajo. Tudi posameznik, ki občasno ponuja blago ali storitve preko spleta, tako kot izhaja iz dejanskega stanja tekoče zadeve *Kamenova*, se lahko znajde v neprijetni situaciji. V primeru, da bo opredeljen kot »trgovec«, bo šlo za B2C pogodbo, zato bo moral spoštovati celo paleto različnih pravil obsežnega potrošniškega *acquisa*. Za takšne osebe bi bilo gotovo bolj primerno uporabljati »test prevlade« za presojo namena pogodbe (zasebni/poklicni), kot ga je Sodišče EU opredelilo v zadevi *Schrems*. Zanimivo bo spremljati, ali bo Sodišče EU za presojo, ali v zadevi *Kamenova* prevladuje zasebni ali poklicni namen, uporabilo dejavnike, ki jih predlaga Komisija v svojem sporočilu (pogostost storitve, motiv za ustvarjanje dobička in obseg prometa).

5 Zaključek

Sodba Sodišča EU v zadevi *Schrems* je na vprašanje, ali dejstvo, da je pogodba sklenjena v digitalnem okolju, vpliva na opredelitev pojma potrošnik, odgovorila pogojno pritrdilno. Sodišče EU se načeloma zavzema za statičen pristop k opredelitvi pojma »potrošnik«. Vendar pa pri tem ne gre zanemariti vsakodnevne realnosti, v kateri lahko pride do dejanske spremembe namena (zasebni/poklicni) uporabe določene spletne aplikacije, platforme, elektronskega računa in podobno. Zato določene okoliščine primera opravičujejo bolj dinamičen pristop, skladno s katerim lahko potrošnik skozi daljše časovno obdobje svoj status tudi izgubi, s tem pa ni več upravičen do varstva na podlagi pravil potrošniškega prava, ki varujejo šibkejšo stranko pogodbe. Prispevek se postavi na stališče, da je treba takšne situacije razlagati restriktivno in z ustreznim odklikom od objektivnega pojma »potrošnik«. To pomeni, da je presoja statusa potrošnika ob vložitvi tožbe manj stroga (skladno s testom v zadevi *Schrems*) od presoje statusa potrošnika ob sklenitvi pogodbe (skladno s testom v zadevi *Gruber*). Posledično potrošnik statusa ne bo izgubil, če bo le manjši del namena pogodbe postal poklicni. Gre torej za t. i. »test prevlade«, s katerim se presoja namen mešanih pogodb. Test za mešane pogodbe v zadevi *Schrems* se torej razlikuje od t. i. »testa zanemarljivosti«, ki ga je Sodišče EU uporabilo v zadevi *Gruber*. Prispevek se zavzema

⁶⁶ Glej Sporočilo Komisije, str. 10.

⁶⁷ Glej Sporočilo Komisije, str. 9.

za uporabo »testa prevlade« tudi za presojo statusa fizične osebe, ki preko sodelovalnih platform ponuja blago ali storitve.

Literatura

- Colombi Ciacchi, A. (2010) Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union. *European Review of Contract Law*, 6(3), str. 303–318.
- Hatzopoulos, J. (2018) *The Collaborative Economy and EU Law* (Oxford: Hart Publishing).
- Hojnik, J. (2011) *Decentralizacija pristojnosti za urejanje notranjega trga EU* (Ljubljana: GV Založba).
- Hondius, E. (2006) The Notion of Consumer: European Union versus Member States. *Sydney Law Review*, 28(89), str. 89–98.
- Leczykiewicz, D. in Weatherill, S. (2016) *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law* (Oxford: Hart Publishing).
- Kingisepp, M. in Värvi, A. (2011) The Notion of Consumer in EU Consumer Acquis and the Consumer Rights Directive— a Significant Change of Paradigm? *Juridica International XVIII*, str. 44–53.
- Micklitz, H.-W. (2013) Do Consumers and Businesses Need a New Architecture of Consumer Law? A Thought Provoking Impulse. *Yearbook of European Law*, 32(1), str. 266–367.
- Možina, D. (2008) *Evropsko pogodbeno pravo, škatle za orodje in modri gumbi. Podjetje in delo*, 34(8), str. 1695–1717.
- Reich, N. et al. (2014) *European Consumer Law* (Cambridge: Intersentia).
- Poiars Maduro, M. (1998) *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution* (Oxford: Hart Publishing).
- Riefa, C. (2015) *Consumer Protection and Online Auction Platforms - Towards a Safer Legal Framework* (Surrey: Ashgate Publishing).
- Riefa, C. (2012) Defining 'Auction' and 'Public Auction', v J. Devenney & M. Kenny (ur.), *European Consumer Protection: Theory and Practice* (Cambridge: CUP)
- Søren Hedegaard, J. in Wrška, S. (2016) The Notion of Consumer Under EU Legislation and EU Case Law: Between the Poles of Legal Certainty and Flexibility, v M. Fenwick & S. Wrška (ur.), *Legal Certainty in a Contemporary Context* (Singapore: Springer).
- Spindler, G. (2005) Internet-Auctions versus Consumer Protection: The Case of the Distance Selling Directive. *German Law Journal*, 6(3), str. 725–733.
- Vlahek, A., & Damjan, M. (2015) *Pravo in politika sodobnega varstva potrošnikov* (Ljubljana: GV Založba).
- Weatherill, S. (2013) *EU Consumer Law and Policy* (Cheltenham: Edward Elgar).
- Weatherill, S., Vogenauer, S. in Weingerl, P. (2017) Private Autonomy and Protection of the Weaker Party, v S. Weatherill & S. Vogenauer, *General Principles of Law* (Oxford: Hart Publishing).
- Weingerl, P. (2015) The Implementation of the Consumer Rights Directive in Slovenia – 'Information, Termination, No Hidden Costs', v R. Welser (ur.), *Die Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie in den Staaten Zentral- und Osteuropas* (Vienna: Manz).
- Weingerl, P. (2013) Varstvo konkurentov pred nepoštenimi poslovnimi praksami na podlagi pravil varstva potrošnikov. *Pravnik*, 68(3–4), str. 177–202.

Iluzija pojma pametne pogodbe

NATAŠA SAMEC BERGHAUS IN KLEMEN DRNOVŠEK

Povzetek Zagovorniki tehnologije veriženja podatkovnih blokov vidijo to tehnologijo kot naslednico klasičnega pogodbenega prava, ker omogoča sestavo avtomatiziranih pogodb, ki avtomatično izvršijo dogovor med pogodbenima strankama. Zato se je treba vprašati, če pojem pametna pogodba dejansko izpolnjuje – pravno gledano – elemente novega pogodbenega tipa, ki ga imajo stranke na voljo, ali pa ustvarja zgolj iluzijo glede njegove vsebine. Prispevek je namenjen opredelitvi pojma pametne pogodbe, umestitvi v slovenski pravni red in obravnavi pravnih dilem v zvezi z morebitnimi spremembami na področju pogodbenega prava. Temeljna ugotovitev v zvezi s tem je, da gre v osnovi zgolj za tehnologijo, ki zagotavlja način izpolnitve obveznosti obeh pogodbenih strank, kar v našem pravu ni novost. Če pomislimo na vsa pravila sklepanja pogodb, ki so lahko kršena, pa se bo pogodba vseeno izvršila, je poimenovanje takšne pogodbe s pridevnikom »pametna« daleč od resničnosti. To pa ne pomeni nič pozitivnega, če takšen način sklepanja pogodb ne bo podprt tudi z učinkovitim sistemom reševanja nastalih problemov.

Ključne besede: • pametne pogodbe • veriga blokov • samodejna izvršitev • pogodbeno razmerje • pogodbeno pravo •

NASLOVA AVTORJEV: dr. mag. Nataša Samec Berghaus, izredna profesorica, Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenija, e-pošta: natasa.samecberghaus@um.si. Klemen Drnovšek, asistent, Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenija, e-pošta: klemen.drnovsek@um.si.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-169-8.2>

ISBN 978-961-286-169-8

© 2018 Univerzitetna založba Univerze v Mariboru

Dostopno na: <http://press.um.si>.

The Illusion of the Concept of Smart Contracts

NATAŠA SAMEC BERGHAUS & KLEMEN DRNOVŠEK

Abstract Supporters of blockchain technology regard this technology as a successor to the classical contract law because it allows the creation of automated contracts that automatically enforce an agreement between the contracting parties. Therefore, the question is whether the concept of smart contracts really does satisfy the elements of a new type of contracts, or perhaps this concept merely creates an illusion of its content. The article aims to define the concept of smart contracts and their place in the Slovenian legal system, as well as to address legal dilemmas relating to possible changes in the field of contract law. The fundamental conclusion is that we are basically merely discussing a technology that provides a way of fulfilling the obligations of both contracting parties, which is not a novelty in our law. If we consider a great number of rules for the conclusion of contracts that may be breached, while the contract would still be executed, the use of the adjective "smart" for the naming of such contracts seems far from reality. Such manner of the conclusion of contracts brings nothing positive unless it is supported by an effective system for finding solutions to the ensuing problems.

Keywords: • smart contracts • blockchain • automatic enforcement • contractual relationship • contract law •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Nataša Samec Berghaus, PhD, LL.M., associate professor, University of Maribor, Faculty of Law, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenia, e-mail: natasa.samecberghaus@um.si. Klemen Drnovšek, assistant, University in Maribor, Faculty of Law, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenia, e-mail: klemen.drnovsek@um.si.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-169-8.2>

ISBN 978-961-286-169-8

© 2018 University of Maribor Press

Available at: <http://press.um.si>.

1 Uvod

V zadnjih letih smo priča obsežnemu tehnološkemu razvoju, ki se v vse večji meri odraža tudi na področju ekonomije in gospodarstva. Z obsežnim razvojem industrijske tehnologije smo prešli v četrto industrijsko revolucijo, poznano tudi pod imenom Industrija 4.0. Bistvena značilnost nove industrijske dobe je integracija pametnih tehnologij v industrijo, kar omogoča vsestranske uporabne vrednosti na različnih gospodarskih področjih. Razvoj interneta in različni tehnološki pristopi omogočajo storitve, kot so računalništvo v oblaku (cloud computing), internet stvari (internet of things), shranjevanje masovnih podatkov (big data), v zadnjem času pa je velik porast zanimanja opazen predvsem pri tehnologiji veriženja podatkovnih blokov (blockchain). Tehnologija veriženja podatkovnih blokov namreč omogoča inovativno obliko decentraliziranega plačilnega sredstva, njena uporabnost pa se kaže tudi na drugih področjih, med drugim na področju pravnih storitev. Zagovorniki to tehnologijo vidijo celo kot naslednico klasičnega pogodbenega prava, saj omogoča sestavo avtomatiziranih pogodb, ki avtomatično izvršijo dogovor med pogodbenima strankama. Zato se je treba vprašati, če pojem pametna pogodba dejansko izpolnjuje – pravno gledano – elemente novega pogodbenega tipa, ki ga imajo stranke na voljo, ali pa ustvarja zgolj iluzijo glede njegove vsebine. Tovrstne pogodbe v praksi še niso povsem zaživele, njihova potencialna uporabna vrednost pa že zdaj odpira številna pravna vprašanja in diskusije. Prispevek je namenjen opredelitvi pojma pametne pogodbe, umestitvi v slovenski pravni red in obravnavi pravnih dilem v zvezi z morebitnimi spremembami na področju pogodbenega prava.

2 Tehnologija veriženja podatkovnih blokov

Za razumevanje tematike pametnih pogodb je potrebno poznati osnove tehnologije veriženja podatkovnih blokov. Njen razvoj je bil posledica želje po vzpostavitvi omrežja za prenos transakcij brez potrebe po posredovanju tretje osebe. Izvajanje različnih dejanj v digitalnem svetu je bilo pred tem namreč vedno odvisno od določene centralne avtoritete, za katero se je predpostavljalo, da je vredna zaupanja. Kot primere lahko navedemo finančne institucije, ki omogočajo prejem in prenos sredstev na transakcijskih računih, organe za potrjevanje digitalnih certifikatov, ki omogočajo dostop do elektronskih podatkov, ponudnike elektronske pošte, ki zagotavljajo prejem in pošiljanje elektronskih sporočil, ponudnike spletnih omrežij, ki zagotavljajo vidnost naših objav, itd. Vse to nakazuje, da so naša dejanja v digitalnem svetu odvisna od zaupanja tretji osebi. Čeprav gre ponavadi za večje organizacije, katerim načeloma zaupamo, pa kljub vsemu obstaja nevarnost manipulacije, hekerskih napadov in drugih negotovosti (Kostanjšek, 2017: 6). To dejstvo je še posebej rizično pri dejanjih, za katera želimo, da se izvajajo na čim bolj varen način, kar prenos plačilnih sredstev zagotovo je.

Začetki tehnologije veriženja podatkovnih blokov segajo v leto 2008, ko je neznan avtor pod psevdonimom Satoshi Nakamoto objavil članek, v katerem je podrobno opisal inovativen sistem digitalne plačilne valute *Bitcoin*, ki temelji na veriženju podatkovnih blokov. Namen raziskave je bila želja po vzpostavitvi sistema za neposredno izvajanje plačil vsak z vsakim (peer-to-peer) – brez posredovanja tretje osebe, ki bi zmanjšal

stroške poslovanja in preprečil morebitne negotovosti v zvezi z izvedbo plačil (Nakamoto, 2008: 1). Do razvoja te tehnologije je bila digitalna ekonomija namreč odvisna od določene centralne avtoritete (finančne institucije), kateri se je zaupalo izvedbo elektronskega plačila.

Veriga podatkovnih blokov (blockchain) je neke vrste porazdeljena podatkovna baza, ki je prvotno namenjena knjiženju digitalnih transakcij. Porazdeljena je med vozlišči (nodes) – računalniki, ki preverjajo pravilnost vseh transakcij, vključenih v verigo blokov in hkrati sodelujejo pri gradnji novega bloka, v katerega vključijo nove transakcije (Kostanjšek, 2017: 7). Veriga podatkovnih blokov omogoča varno izvedbo elektronskih transakcij brez posredovanja centralne avtoritete in brez nevarnosti dvojne porabe (double spending) – plačila istih sredstev več različnim uporabnikom hkrati (Pérez-Solà et al., 2017). Če stranka želi izvesti določeno transakcijo, jo mora posredovati v potrditev celotnemu omrežju vozlišč. Potrjevanje veljavnosti transakcij poteka preko posebnega procesa imenovanega rudarjenje (minning), ki se izvaja s posebno računalniško strojno opremo, ki opravlja posebne matematične izračune. Ko je transakcija enkrat potrjena s strani več kot 50 odstotkov vozlišč, je zapisana v porazdeljeno javno dostopno bazo (ledger) in je ni več mogoče spreminjati. Vsak blok ima časovni žig (time stamp), torej datum in čas, ko je bil zapis narejen. Učinek izvedene transakcije je tako mogoče izničiti zgolj z novo nadomestno transakcijo (Kiviat, 2015: 579).

Tehnologija veriženja podatkovnih blokov je torej neke vrste javna knjiga (distributed public ledger), ki vključuje informacije o vseh transakcijah, ki so se kdaj zgodile. Transakcije so zavarovane preko kriptografije, pri čemer se zgodovina transakcij v določenih časovnih intervalih zaklene v bloke podatkov, ki se kriptografsko zavarujejo in povežejo med seboj. S tem nastane baza zapisov (record), ki je v skupni rabi z vsemi vozlišči, ki uporabljajo dano omrežje in je ni mogoče spremeniti. Na ta način se vzpostavlja transparenten sistem, ki omogoča, da lahko v vsako izvedeno transakcijo vpogledamo in jo lahko kadarkoli v prihodnosti tudi enostavno preverimo (Yli-Huumo, 2016: 2). Transakcija se vpiše v podatkovni blok verige, zato njene zgodovine ni več mogoče spreminjati. Zaradi porazdeljenega in trajnega zapisa je hkrati onemogočeno tudi njihovo ponarejanje (Pavlović, 2017: 35).

Prvoten namen veriženja podatkovnih blokov je bil v vzpostavitvi plačilnega sredstva, ki bi onemogočilo dvojno porabo, in ki bi se med uporabniki lahko neposredno prenašalo, torej brez potrebe po sodelovanju tretje osebe (Nakamoto, 2008: 8). Z nadaljnjo uporabo pa se so pokazale tudi številne druge uporabne vrednosti, med drugim tudi na področju pravnih storitev (Underwood, 2016: 16). Tako kot katerokoli drugo transakcijo lahko v verigo podatkovnih blokov shranimo tudi različne dogovore oziroma t. i. pametne pogodbe (smart contracts). Gre za samoizvršljive javno dostopne dogovore, ki za primere nastanka določenih okoliščin predvidevajo izvršitev vnaprej določene posledice, na primer: *»če se zgodi X, prenesi znesek v višini Y z javnega naslova A na javni naslov B«* (Mik, 2017: 277). Takšen dogovor je viden vsem, kar pomeni, da lahko vsak uporabnik preveri, kaj se bo zgodilo ob izpolnitvi navedenih pogojev. Navzven pa ni razvidna identiteta pogodbenih strank, temveč le naslovi za prejemanje transakcij. Takšen dogovor je (enako kot vse druge transakcije v verigi

blokov) časovno ožigosan, nemogoče ga je spremeniti, prav tako pa nihče ne more spremeniti njegovega poteka izvajanja. Posledično je uporabnik lahko prepričan, da se bo dogovor vedno izvedel na vnaprej določen način (Kostanjšek, 2017: 14). S tem je v primeru izpolnitve pogojev zagotovljena izpolnitev obveznosti obeh pogodbenih strank.

Medtem ko platforma *Bitcoin* omogoča le izmenjavo sredstev (brez potrebe po sodelovanju finančnih institucij), pa platforma *Ethereum* velja za prvega ponudnika javne verige blokov, ki omogoča izdelavo pametnih pogodb.¹ Poleg finančnih transakcij se tako lahko uporablja tudi v drugih primerih, na primer v primeru vodenja javnih registrov nepremičnin, izvedbe volitev, javnega upravljanja, interneta stvari, zbiranja zagonskih sredstev (initial coin offering) idr.² Ravno zbiranje zagonskih sredstev oziroma t. i. ICO projekti predstavljajo eno izmed prvih uporab pametnih pogodb, ki je trenutno tudi zelo aktualna in se množično izvaja. Podjetje ali startup investitorjem v zameno za posredovana finančna sredstva izda uporabne žetone (tokens). Ti žetoni zagotavljajo dostop do določene storitve podjetja, ki je že dostopna, ali pa bo dostopna v bližnji prihodnosti. Pametna pogodba je programirana na način, da uporabnik na določen naslov nakaže zeleno vsoto določene kriptovalute in če je dosežena spodnja zahtevana meja zbranih sredstev (soft cap), v elektronsko denarnico (wallet) avtomatično pridobi izdane žetone. Če spodnja zahtevana meja zbranih sredstev ni dosežena, se transakcija ne izvede in sredstva ostanejo na računih uporabnikov. Vse sprejete ponudbe investitorjev so torej pod razveznim pogojem zadostne količine zbranih sredstev. Takšna pravila niso novost v našem pravnem sistemu, najdemo jih tudi npr. glede uspešnosti prevzemne ponudbe (glej 3. odst. 21. člena Zakona o prevzemih³).

3 Pogodbena razmerje

3.1 Splošno

Tehnologija veriženja podatkovnih blokov je v uporabo vpeljala številne specifične strokovne izraze.⁴ Med najbolj pogosto uporabljenimi je tudi izraz »pametna pogodba«. Postavljajo se številna vprašanja, kaj izraz pametna pogodba pravzaprav pomeni, kakšne so njene značilnosti, prednosti in slabosti, in če je sploh skladna s pozitivno zakonodajo na področju slovenskega pogodbenega prava. Za opredelitev pojma pametne pogodbe in za umestitev v slovenski pravni red, je treba najprej opredeliti značilnosti »klasične«

¹ Glej Ethereum White Paper, A Next-Generation Smart Contract and Decentralized Application Platform, dostopno na: <https://github.com/ethereum/wiki/wiki/White-Paper#code-execution> (21. 11. 2017).

² Več o platformi *Ethereum*: What is Ethereum, dostopno na: <http://ethdocs.org/en/latest/introduction/what-is-ethereum.html> (18. 11. 2017).

³ Uradni list RS, št. 79/06, 67/07 – ZTFI, 1/08, 68/08, 35/11 – ORZPre75, 105/11 – odl. US, 10/12, 38/12, 56/13, 63/13 – ZS-K, 25/14 in 75/15).

⁴ Zasledimo lahko več kot petdeset specifičnih izrazov, ki se nanašajo na tehnologijo veriženja podatkovnih blokov. Posledično je na spletu objavljenih tudi več spletnih slovarjev z definicijami. Glej Slovar kripto izrazov, dostopno na: <http://kriptovalute.si/category/dictionary/> (18. 11. 2017) in Blockchain Technology Glossary, Industry Definitions and Explanations, dostopno na: <http://www.blockchaintechnologies.com/blockchain-glossary> (18. 11. 2017).

pogodbe. Ugotovimo lahko, da ima termin pogodba na poljudnoznanstveni ravni tako v slovenskem kot tudi v drugih jezikih lahko različne pomeni. Nanaša se lahko na samo dejstvo sklenitve dogovora, na vsebino dogovora (torej na pravice in obveznosti ene in druge stranke), ali pa tudi na fizični dokument, v katerem je opredeljena vsebina dogovora (Lauslahti et al., 2017: 9). Navedeno je pomembno predvsem zato, ker je tehnologija veriženja podatkovnih blokov interdisciplinarne narave in ker je pojem »pametna pogodba« v uporabo vpeljala računalniška stroka.

Za presojo pravnih posledic pametnih pogodb je ključna pravna definicija pojma pogodba. Pogodba je dvostranski zavezovalni pravni posel, na podlagi katerega nastane, se spremeni oziroma preneha določeno civilnopravno razmerje. Za veljavno sklenitev pogodbe je nujen obstoj soglasja volje obeh pogodbenih strank (Plavšak v Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 161). Stranki se morata sporazumeti vsaj o bistvenih sestavinah pogodbe.⁵ Pogodba je torej sklenjena, ko stranki dosežeta soglasje o bistvenih sestavinah, o nebistvenih sestavinah pa med njima ne sme biti nesoglasja (Kranjc, 2006: 96).

S sklenitvijo pogodbe med strankama nastane posebno obligacijsko razmerje z medsebojnimi pravicami in obveznostmi. Stranka pa lahko izpolnitev dogovorjene obveznosti (sodno) zahteva le v primeru, kadar so izpolnjene predpostavke za veljavno sklenitev pogodbe. Splošne predpostavke se nanašajo na sposobnost subjektov, na dopustnost izpolnitvenega ravnanja, na vsebino izjave volje in na obliko sklenitve pogodbe (Plavšak v Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 176). Za veljavno sklenitev pogodbe morata biti stranki poslovno sposobni, hkrati pa mora biti izpolnitveno ravnanje (predmet pogodbe) dopustno. Izjava volje za sklenitev pogodbe mora biti resnična (brez zmote ali prisile), stranki pa jo lahko izrazita z besedami (pisno ali ustno), z običajnimi znaki ali z drugačnim ravnanjem, iz katerega se da zanesljivo sklepati, da obstoji.⁶ Glede oblike sklepanja pogodbe v pogodbenem pravu velja načelo konsenzualnosti, ki določa, da za veljavnost pogodbe ni potrebna nobena posebna obličnost (Polajnar Pavčnik v Plavšak et al., 2003: 365). Za sklenitev pogodbe se tako ne zahteva nobena posebna oblika, razen če zakon določa drugače.⁷ OZ v 52. členu na primer določa, da morajo biti pogodbe, na podlagi katerih se prenaša lastninska pravica na nepremičninah ali s katerimi se ustanavlja druga stvarna pravica na nepremičninah, sklenjene v pisni obliki. Poleg pisne oblike pa OZ v nekaterih primerih določa tudi posebno obliko notarskega zapisa.

Sklenemo lahko, da je pogodba dogovor med pogodbenima strankama, v katerem so opredeljene bistvene sestavine (npr. predmet in cena) in ki določa pravice in obveznosti pogodbenih strank. Če katera koli izmed strank svoje zapadle obveznosti ne izpolni prostovoljno, lahko druga stranka zahteva prisilno izvršitev preko sodišča.

⁵ Glej tudi 15. člen Obligacijskega zakonika (OZ), Uradni list RS, št. 97/07 – UPB, in 64/16 – odl. US)

⁶ Glej 18. člen OZ.

⁷ Glej 51. člen OZ.

3.2 Pametne pogodbe

3.2.1 Definicija

Zaradi interdisciplinarne narave tehnologije veriženja podatkovnih blokov v teoriji najdemo zelo različne definicije pojma »pametna pogodba«, katerih vsebina je odvisna predvsem od področja njihove uporabe. Objave v računalništvu tako vsebujejo tehnično naravnane definicije, ki se nanašajo predvsem na tehnično sestavo računalniške kode in na njeno delovanje v okviru verige blokov oziroma na sistem, ki avtomatično prenaša digitalna sredstva v skladu z vnaprej določenimi pravili. Na drugi strani pa se že pojavljajo tudi definicije, ki poudarjajo pravne vidike pametnih pogodb. Te pametne pogodbe definirajo kot posebne vrste dogovorov, ki se na podlagi izpolnitvene kode avtomatično izpolnijo (Mik, 2017: 272). Ker se sklenjen dogovor samodejno izpolni, za izvršitev ni potrebno posredovanje državnega organa, kar po mnenju zagovornikov zmanjšuje stroške in druge negotovosti v zvezi z izvršitvijo in omogoča sklepanje pogodb tudi s povsem nepoznanimi osebami brez strahu, da bi prišlo do neizpolnitve, goljufije oziroma dodatnih stroškov v zvezi s prisilno izpolnitvijo (Kiviat, 2015: 606). Na drugi strani pa lahko samodejna izpolnitev prinaša tudi negativne posledice, saj nanjo ne moremo vplivati, tudi če pride do spremenjenih okoliščin ali do ugotovitev o (pravni) neveljavnosti pogodbe. Sodišče izpolnitve pametne pogodbe ne more zaustaviti in lahko ukrepa šele *post festum*. Pametne pogodbe lahko tako ločimo na močne pametne pogodbe, med katere spadajo dogovori, pri katerih morebitna odpoved ali sprememba pogodbe povzroča visoke stroške, in na šibke pametne pogodbe, katerih posledice lahko sodišče po njihovi izvršitvi relativno enostavno spremeni (Raskin, 2017: 310).

Za potrebe pravne znanosti je ključna predvsem uporabna vrednost tehnologije veriženja podatkovnih blokov, zato lahko pametne pogodbe enostavno definiramo kot dogovore, ki so avtomatično izvršljivi. Takšno definicijo najdemo tudi v večini v prispevku obravnavanih in navedenih del (primerjaj Mik, 2017: 280; Raskin, 2017: 309; Savelyev, 2016: 7; Simmchen, 2017: 164). Ugotovimo lahko, da gre v primeru (klasične) pogodbe in v primeru pametne pogodbe za dogovor med dvema pogodbenima strankama, ki povzroči nastanek pravic in obveznosti na eni in drugi strani. Ključna razlika pa je predvsem v samem načinu izpolnitve pogodbene obveznosti. Medtem ko je v primeru klasične pogodbe izpolnitev pogodbene obveznosti odvisna od volje in dejanj posamezne stranke, se izpolnitev v primeru pametne pogodbe izvrši samodejno, in sicer ko se izpolni vnaprej določen pogoj. Čeprav zagovorniki pametnih pogodb izpostavljajo, da bodo le-te znatno zmanjšale stroške sklepanja pogodb, stroške v zvezi z izpolnjevanjem obveznosti in stroške izvršbe, pa pametne pogodbe prinašajo tudi številna pravna tveganja. Da je neka stvar tehnično izvedljiva, še zdaleč ne pomeni, da je nujno tudi vedno zakonita in v interesu obeh pogodbenih strank. Samodejna izpolnitev, ki temelji na računalniški kodi, ki ne izpolnjuje predpostavk za veljavno sklenitev pogodbe, namreč nima pravne veljavnosti. Izraz »pametna pogodba« zato lažno nakazuje, da računalniška koda, ki omogoča avtomatično izpolnitev, vedno pomeni pogodbo v smislu civilnega prava (Schrey, Thalhofer, 2017: 1431). Za razvoj pametnih pogodb je zato ključno predvsem čim boljše sodelovanje med strokovnjaki pravnega in računalniškega področja.

3.2.2 Pametne pogodbe in njihova pravna narava

Bistvena značilnost pametnih pogodb napram klasičnim pogodbam je torej v tem, da se njihova vsebina ob izpolnitvi pogojev samodejno izpolni (neizpolnitev naj ne bi bila mogoča zaradi sistemskih nastavitvev; podobno kot npr. v prevzemnem postopku). Čeprav ob navedbi te definicije (predvsem zaradi pogoste uporabe termina v povezavi s tehnologijo veriženja podatkovnih blokov) najprej pomislimo na skokovit tehnološki razvoj in na različne uporabne vrednosti najnovejših tehnologij, lahko hitro ugotovimo, da osnovni koncept definicije pametne pogodbe bistveno ne odstopa od že dolgo znanega načina sklepanja pogodb. S tem mislimo na sklepanje pogodb na različnih prodajnih avtomatih, ki v zameno za vnaprej določen znesek denarja ponujajo določene artikle ali storitve (Simmchen, 2017: 164). Gre za poseben način predloga za sklenitev pogodbe, ki je naslovljen javnosti, in za katerega veljajo posebne pravne posledice. Razstavljeno blago z označitvijo cene v avtomatu se šteje za ponudbo, ki jo lahko kdorkoli sprejme z enostransko izjavo volje.⁸ V teoriji takšno ponudbo imenujemo realna ponudba (Kranjc v Plavšak et al., 2003: 243). Kdorkoli, ki ima ustrezno količino denarja in željo po nakupu artiklov, lahko torej sprejme takšno ponudbo in na ta način sklene pogodbo. V trenutku, ko so izpolnjeni vnaprej določeni pogoji (vstavitev zahtevane količine denarja in izbira artikla), prodajni avtomat avtomatično izpolni obveznost prodajalca.

Ugotovitev, da so prodajni avtomati ena izmed najbolj osnovnih oblik pametnih pogodb, je že več kot deset let pred razvojem tehnologije veriženja podatkovnih blokov podal Nick Szabo. Hkrati je napovedal, da bodo samoizvršljive (pametne) pogodbe v prihodnosti presegle osnovni koncept prodajnih avtomatov, saj bodo kompleksnejše in se bodo nanašale na vse vrednejše oblike premoženja, izvajale pa se bodo s pomočjo digitalne tehnologije (Szabo, 1996). Ker je izpolnitev pametne pogodbe odvisna le od same tehnologije in od izpolnitve zunanjih (objektivno merljivih) pogojev, lahko primerjavo pametnih pogodb in prodajnih avtomatov zasledimo tudi v aktualni literaturi s področja prava in informacijske tehnologije (Schrey, Thalhofer, 2017: 1431; Simmchen, 2017: 164; Mik, 2017: 274). Za opredelitev pravne narave sklepanja novodobnih pametnih pogodb je tako treba predvsem ugotoviti, ali le-te sledijo osnovnemu konceptu samoizvršljive pogodbe na primeru prodajnega avtomata, ali pa so nekaj povsem novega, kar zahteva novo zakonsko ureditev in prinaša drugačne pravne posledice. Za pridevnik »pameten« bi v zvezi s temi pogodbami lahko rekli, da označuje samodejnost izpolnitve, ker pride do samostojnega/prednastavljenega povezovanja podatkov iz baz, in da zato neko posebno izpolnitveno dejanje ljudi ni potrebno.

Iz lastnosti tehnologije veriženja podatkovnih blokov izvirajo naslednje značilnosti pametnih pogodb: pojavljajo se zgolj v elektronski obliki, pogodbeni pogoji so implementirani v računalniško kodo, računalniški jezik ne dopušča diskrecije pri interpretaciji računalniške kode, so pogojne narave (bazirajo na izjavah »če X, potem Y«), za obstoj in veljavo ne potrebujejo pravnih institucij, so samoizvršljive (Savelyev, 2016: 11–17). Glavna dodana vrednost nove tehnologija je predvsem v tem, da je elektronski zapis pametne pogodbe v verigi blokov časovno ožigosan in da ga ni

⁸ Glej 23. člen OZ.

mogoče spremeniti oziroma spremeniti poteka njegovega izvajanja, četudi se pogoji izpolnijo šele leta po njihovi vključitvi v verigo podatkovnih blokov. Ravno odprto decentralizirano verigo podatkovnih blokov lahko namreč štejemo za primer posebne varnostne tehnologije (tamper-proof technology), ki velja za nezaustavljivo in v tehničnem smislu ne more zatajiti ne glede na različna zlonamerna dejanja, izpade električne energije, motnje v omrežju, naravne katastrofe ali katere koli druge možne dogodke (Clack, Bakshi, Braine, 2017: 4).

Predvsem med znanstveniki s tehničnega področja se zaradi navedenih posebnosti pametnih pogodb postavljajo celo vprašanja, ali pametne pogodbe sploh lahko štejemo za pravno zavezujoče dogovore. Po mnenju nekaterih bi pametne pogodbe lahko ustvarjale posebno paralelno sfero ali celo lastno jurisdikcijo, v kateri lahko stranke prenašajo transakcije izven pravnega sistema (Savelyev, 2016: 10), čemur pa ni mogoče pritrditi. Kljub takšnim ekstremnim pogledom je prevladujoče stališče, da se morajo tudi pametne pogodbe obravnavati enako kot vse druge klasične pogodbe. Kot smo ugotovili, pojem pogodba v pravnem smislu pomeni dogovor med pogodbenima strankama. Dogovori so lahko doseženi na različne načine (ustno, pisno, s pomočjo elektronskih sredstev sporočanja itd.), prav tako pa je lahko različna tudi njihova vsebina. Posledično pravo loči različne tipe in načine sklepanja pogodb. Čeprav imajo pametne pogodbe določene specifične lastnosti, gre v osnovi prav tako za dogovore med dvema strankama o določenih medsebojnih pravicah in obveznostih. Posledično je takšen dogovor strank (računalniška koda s programirano pametno pogodbo) pravno zavezujoč, pravna narava pa je odvisna od načina sklenitve in od njegove vsebine. Vsaka elektronska transakcija (pametna pogodba) je tako hkrati predmet pravne obravnave v realnem svetu klasičnih pogodb (Mik, 2017: 284). Zaradi možnosti uporabe veljavne zakonodaje na področju pogodbenega prava (pravila za sklepanje in izpolnjevanje pravnih poslov) pa hkrati ni potrebe po posebni zakonski ureditvi.

3.2.3 Uporabna vrednost pametnih pogodb

Način sklepanja in druge posebne značilnosti pametnih pogodb nakazujejo na možnost uporabe na zelo različnih področjih. Uporaba pametnih pogodb se najpogosteje omenja v zvezi s prenosi pravic na nepremičninah (in drugih vrstah premoženja, za katere se vodijo posebni registri), v zvezi z oporokami, zavarovalnimi pogodbami, kot sredstvo za zmanjšanje stroškov korporacijskega upravljanja, za hiter prenos finančnih sredstev in instrumentov, za transparentno beleženje finančnih podatkov, kot sredstvo za sledenje dobavni verigi idr.⁹ Poleg drugih potrebnih tehnoloških rešitev je za sklepanje pametnih pogodb ključna predvsem povezava med različnimi bazami podatkov, kot so centralni register prebivalstva, register gospodarskih družb, zemljiška knjiga, register dematerializiranih vrednostnih papirjev itd.

Primer pametne pogodbe najlažje ponazorimo s primerom prenosa lastninske pravice na nepremičnini. Stranki pametne pogodbe bosta (sami ali ob pomoči programerja)

⁹ Več o različnih oblikah uporabljivosti pametnih pogodb glej: Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond, Chamber of Digital Commerce, dostopno na: <https://digitalchamber.org/smart-contracts/> (23. 11. 2017).

sestavili računalniško kodo (pametno pogodbo), ki bo vsebovala obveznost prodajalca (prenos lastninske pravice na nepremičnini) in obveznost kupca (plačilo kupnine). Za izpolnitev navedene pogodbe se morata izpolniti dva pogoja. Kupec mora na svojem transakcijskem računu imeti zadostno količino sredstev, prodajalec pa mora biti v zemljiški knjigi vpisan kot (edini) lastnik (neobremenjene) nepremičnine. Ko bosta v pametno pogodbo iz baz podatkov prišli informaciji o izpoljenosti obeh navedenih pogojev, se bo prenos pravice in kupnine samostojno izvršil. Pametna pogodba torej samodejno izpolni predmet obveznosti obeh pogodbenih strank, njena izpolnitev pa je glede na postavljene pogoje lahko odmaknjena tudi v bližnjo ali daljno prihodnost (terminske pogodbe). Ko je pametna pogodba enkrat vključena v potrjen podatkovni blok, je ni več mogoče spremeniti ali preklicati, kar v primeru izpolnitve pogojev nakazuje na garantirano popolno izpolnitev.

Čeprav je ideja o garantirani popolni izpolnitvi obetajoča, pa nova tehnologija odpira številna vprašanja v fazi sklenitve in izpolnitve pogodbe. Že na ravni temeljnih načel pogodbenega prava (avtonomija volje strank, enakopravnost, vestnost in poštenje, skrbnost, prepoved zlorabe pravic, ekvivalenca, *pacta sunt servanda*), lahko ugotovimo, da je zaradi narave sklepanja pametnih pogodb navedena načela treba upoštevati zlasti v fazi sklepanja pogodbe. Sklicevanje na načela tekom trajanja pametne pogodbe namreč nima učinka, saj je njena izpolnitev (praviloma) neodvisna od volje pogodbenih strank.¹⁰ Za čas trajanja pametne pogodbe sta tako ključni predvsem načeli učinkovitosti in gotovosti, ki se nanašata na tehnično pravilnost delovanja računalniške kode (Saveljev, 2016: 16).

Pomembnost sklenitvene faze je zato še toliko bolj poudarjena. Ker je (samo)izpolnitev pametne pogodbe popolnoma vezana na vsebino računalniške kode, je treba zagotoviti, da je koda programirana brez napak, hkrati pa mora odražati resnično voljo pogodbenih strank. Če stranki nista računalniška programerja, hkrati ne moreta sami preveriti, ali programirana koda odraža njuno resnično voljo ali ne, zato se postavlja vprašanja glede opredelitve dolžne skrbnosti ene in druge stranke (Mik, 2017: 282). Posledično se odpirajo različna vprašanja glede izpolnjevanja predpostavk za pravno veljavnost (pametne) pogodbe, še posebej zato, ker bo v primeru tehnične popolnosti računalniške kode prišlo do (samo)izpolnitve ne glede na (pravno) veljavnost pametne pogodbe. Do izpolnitve dogovora bo tako prišlo tudi v primeru, če pogodba ne bo pravno zavezujoča, na primer zaradi pomanjkanja poslovne sposobnosti, zaradi nedopustnosti predmeta in v drugih primerih kršitev kogentnih pravil.

Sklenitvena faza pa ima v primeru sklepanja pametnih pogodb velik pomen tudi zaradi nespremenljivosti pogodbenega razmerja. Ker v pametno pogodbo (računalniško kodo) kasneje ni več mogoče posegati, mora ta že ob sklenitvi vključevati vse možne dogodke, do katerih lahko pride od trenutka sklenitve pogodbe in do njene (samo)izpolnitve. Predvsem zaradi neprilagodljivosti pogodbenega razmerja se postavlja vprašanje o

¹⁰ V določenih primerih bo stranka lahko vplivala na neizpolnitev pogojev, ki so ključni za izpolnitev obveznosti iz pametne pogodbe. Stranka recimo na transakcijskem računu nikoli ne bo imela zadostno količino denarnih sredstev, ki bi omogočila izmenjavo vnaprej dogovorjenih transakcij.

uporabljivosti pametnih pogodb. Številna pogodbeno razmerja je namreč veliko lažje opredeliti z uporabo pravnih standardov, kot pa *ex ante* za celotno pogodbeno razmerje določiti vsako potrebno ravnanje strank upoštevajoč različne možne okoliščine. Sodišča lahko z razlago pravnih standardov in uporabo predvidenih pravnih institutov tekom trajanja pogodbenega razmerja ali po (ne)izpolnitvi pogodbenih obveznosti pogodbeno razmerje prilagodijo glede na prvoten namen pogodbenih strank (Sklaroff, 2017: 281). *A contrario* pa so v primeru pametnih pogodb (vsaj zaenkrat) vsa dejanja sodišč in drugih državnih organov mogoča zgolj *ex post*, torej po (samo)izpolnitvi pametne pogodbe. Drugače kot v primeru klasičnih pogodb, katerih izpolnitev je lahko zadržana ali zaustavljena na podlagi volje strank ali odločitev državnih organov, to v primeru pametnih pogodb ni mogoče. Od vključitve pametne pogodbe v verigo podatkovnih blokov računalniške kode ni več mogoče spremeniti, ob izpolnitvi pogojev pa se (ne glede na okoliščine) samodejno izpolni (Raskin, 2017: 312).

Ker tehnologija veriženja podatkovnih blokov ne omogoča spremenljivosti sklenjenih pametnih pogodb, bo sanacija pravnih posledic v primeru napak pri sklenitvi pogodbe oziroma v primeru spremenjenih okoliščin mogoča le z oblikovanjem nove (fiktivne) transakcije, ki bo vzpostavila prvotno stanje (Schrey, Thalhofer, 2017: 1436). Za rešitev navedenega problema bi bilo pri sklepanju pametnih pogodb treba zagotoviti poseben vmesnik, ki bi v primeru spremenjenih okoliščin oziroma soglasja strank omogočal intervencijo sodišča in s tem poseg v sklenjeno pametno pogodbo (Simmchen, 2017: 164). Res pa je, da bi s tem hkrati posegli v temeljne značilnosti tehnologije veriženja podatkovnih blokov in odprli možnosti za nedopustne posege in zlorabe.

Ugotovimo lahko, da pojem »pametna« pogodba nekako izvisi v zraku, ker nikakor ni nujno, da bo vsebina te pogodbe tudi pametna oziroma kvalitetna podlaga za pogodbene stranke, še huje pa je to, da se bo takšna (pravno neustrezna) pogodba avtomatično izvršila. Zaključimo lahko, da termin »pametna pogodba« ne predstavlja nobenega posebnega pogodbenega tipa, temveč gre zgolj za način izvršitve oziroma garantiranje faze izpolnitve pogodbe z novimi tehnologijami v obliki veriženja podatkovnih blokov.

4 Zaključek

Znatno tehnološki razvoj v zadnjih letih vpliva na različna področja našega življenja, med drugim tudi na področje gospodarstva in industrije. Z razvojem tehnologije veriženja podatkovnih blokov pa se kažejo številne možnosti sprememb tudi na področju pravnih storitev. Številni strokovnjaki poudarjajo velik potencial pametnih pogodb, ki bi lahko znatno poenostavile določene pravne storitve, zmanjšale stroške in odpravile trenutne težave. Čeprav pametne pogodbe temeljijo na povsem novi tehnologiji, pa lahko sklenemo, da gre v osnovi zgolj za način zagotavljanja izpolnitve obveznosti obeh pogodbenih strank, ne glede na (klasičen) pogodben tip, ki ga bodo stranke izbrale (prodajna, menjalna pogodba idr.). Ne glede na način sklenitve in ne glede na njihovo samodejno izpolnitev namreč predstavljajo dogovor med pogodbenima strankama, ki se medsebojno zavežeta izpolniti določene obveznosti. Kljub temu pa obstaja velika verjetnost, da se bodo zaradi posebnega načina sklepanja in drugih posebnih lastnosti v praksi postavila številna pravna vprašanja, ki pa se bodo lahko rešila v okviru trenutno veljavne zakonodaje na področju pogodbenega prava. Zato je

treba zaključiti, da je skovanka pametna pogodba zgolj iluzija. Pridevnik »pametna« je namreč daleč od resničnosti, če pomislimo na vsa pravila sklepanja pogodb, ki so lahko kršena, pa se bo pogodba vseeno izvršila. To pa v takšnem primeru ne pomeni nič pozitivnega, ker bodo stranke še vedno morale uporabljati klasična sredstva uveljavljanja svojih pravic, če ne bo takšen način sklepanja podprt tudi z učinkovitim sistemom reševanja nastalih problemov.

Literatura

- Clack, D. C., Bakshi, A. V., Braine, L. (2017) Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions, dostopno na: <https://arxiv.org/abs/1608.00771> (22. 11. 2017).
- Kiviat I T. (2015) Beyond Bitcoin: Issues In Regulating Blockchain Transactions, Duke Law Journal, dostopno na: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol65/iss3/4/> (18. 11. 2017).
- Kostanjšek, B. (2017) Uporaba verige blokov za zagotavljanje zaupnosti in integritete podatkov v obstoječih sistemih, Magistrsko delo, Univerza v Ljubljani, Fakulteta za računalništvo in informatiko, dostopno na: <https://repozitorij.uni-lj.si/Dokument.php?id=102434&lang=slv> (15.11. 2017).
- Kranjc, V. (2006) Gospodarsko pogodbeno pravo (Ljubljana: GV Založba).
- Lauslahti K., Mattila J., Seppälä T. (2017) Smart Contracts – How will Blockchain Technology. Affect Contractual Practices?, The Research Institute of the Finnish Economy, dostopno na: <https://www.etla.fi/en/publications/smart-contracts-how-will-blockchain-technology-affect-contractual-practices/> (22.11.2017).
- Mik, E. (2017) Smart contracts: terminology, technical limitations and real world complexity, Law, Innovation and Technology, 9(2), str. 269–300.
- Nakamoto, S. (2008) Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, dostopno na: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (13.11.2017).
- Pavlovič, R. (2017) Zagotavljanje transparentnosti oskrbovalne verige s tehnologijo veriženja podatkovnih blokov, Magistrsko delo, Univerza v Ljubljani, Fakulteta za elektrotehniko, dostopno na: <https://repozitorij.uni-lj.si/IzpisGradiva.php?id=96362> (15. 11. 2017).
- Pérez-Solà, C., Delgado-Segura, S, Navarro-Arribas, G., Herrera-Joancomartí J. (2017) Double-spending Prevention for Bitcoin zero-confirmation transactions, Cryptology ePrint Archive, Report 2017/394, dostopno na: <https://eprint.iacr.org/2017/394> (18. 11. 2017).
- Plavšak, N., Juhart M., Jadek Pensa D., Kranjc, V., Grilc P., Polajnar Pavčnik, A., Dolenc, M., Pavčnik, M. (2003) Obligacijski zakonik s komentarjem (splošni del) (Ljubljana: GV Založba).
- Plavšak N., Juhart M., Vrenčur R. (2009) Obligacijsko pravo, splošni del (Ljubljana: GV Založba).
- Raskin, M. (2017) The Law and Legality of Smart Contracts, 1 Georgetown Law Technology Review, dostopno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2959166 (16. 11. 2017).
- Savelyev, A. (2016) Contract Law 2.0: «Smart» Contracts As the Beginning of the End of Classic Contract, Higher School of Economics Research Paper No. WP BRP 71/LAW/2016, dostopno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2885241 (16. 11. 2017).
- Schrey, Joachim, Thalhoffer, Thomas (2017) Rechtliche Aspekte der Blockchain, NJV, Heft 20, str. 1431–1436.
- Simmchen, Christoph (2017) Blockchain (R)Evolution, MMR, Heft 3, 162 –165.
- Sklaroff M., Jeremy (2017) Smart Contracts and the Cost of Inflexibility, University of Pennsylvania Law Review, 166(1), str. 263–303.

- Szabo, N. (1994) Smart Contracts in Essays on Smart Contracts, Commercial Controls and Security, dostopno na:
<http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (16. 11. 2017).
- Szabo, N. (1996) Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets, dostopno na:
http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (22. 11. 2017).
- Underwood, S. (2016) Blockchain Beyond Bitcoin, *Technology*, 59(11), str. 15–17.
- Yli-Huumo, J., Ko, D., Choi, S., Park, S. , Smolander, K. (2016) Where Is Current Research on Blockchain Technology?—A Systematic Review, *PLoS ONE* 11(10).

Delovnopravno varstvo v okolju spletne platforme

VALENTINA FRANCA

Povzetek Digitalizacija je na področje delovnega prava prinesla številne spremembe, med katere uvrščamo tudi delo prek spletnih platform. Drugačen način opravljanja dela navidezno nakazuje na neuporabnost klasičnih institutov delovnega prava, dejansko pa gre za že poznane probleme v novi preobleki. V izhodišču ostaja temeljno vprašanje, ali so posamezniki, ki opravljajo delo prek spletnih platform, v delovnem razmerju s podjetjem, lastnikom spletne platforme. Na podlagi analize elementov delovnega razmerja so v prispevku prikazani glavni izzivi in dileme, ki se pojavljajo v praksi pri opredelitvi tega odnosa ter pravic in obveznosti, ki iz tega izhajajo. Tako kot izhaja iz dosedanje prakse, je treba vsak odnos sodelovanja presojeti posebej, torej individualno, nedvomno pa je, da odmik od delovnega razmerja in opravljanja dela na podlagi civilnih pogodb, ki so velikokrat prikrita delovna razmerja, ruši temelje delovnega prava tako pri individualnih kot kolektivnih pravicah ter nakazuje na potrebo po spremembah v sistemu socialnih zavarovanj.

Ključne besede: • delovno razmerje • spletna platforma • delovnopravno varstvo • prikrita delovna razmerja • socialna zavarovanja •

NASLOV AVTORICE: dr. Valentina Franca, izredna profesorica, Univerza na Primorskem, Fakulteta za management, Cankarjeva ulica 5, 6000 Koper, Slovenija, e-pošta: valentina.franca@fm-kp.si.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-169-8.3>

ISBN 978-961-286-169-8

© 2018 Univerzitetna založba Univerze v Mariboru

Dostopno na: <http://press.um.si>.

Labour Law Protection in a Platform Environment

VALENTINA FRANCA

Abstract Digitalization resulted in numerous changes in the area of labour law, which also includes work through platforms. A different way of performing work seemingly indicates the usefulness of classic labour law notions, but in reality it is about already familiar problems in a new outfit. The starting point gives us the fundamental question whether the individuals, who perform work through platforms, are in an employment relationship with the company, the owner of the platform. On the basis of the analysis of the employment relationship elements, the article presents the main challenges and dilemmas, which appear in practice when attempting to define the relationship as well as the rights and obligations arising therefrom. Based on the current practice, every collaborative relationship must be assessed separately, which means individually, but nevertheless, a shift from the employment relationship and performing work on the basis of civil contracts, which are often disguised employment relationships, tears down the foundations of labour law in terms of individual as well as collective rights and suggests a need for the change in the social insurance system.

Keywords: • employment relationship • platform • labour law protection • disguised employment relationship • social insurances •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Valentina Franca, PhD, Associate Professor, University of Primorska, Faculty of Management, Cankarjeva ulica 5, 6000 Koper, Slovenia, e-mail: valentina.franca@fm-kp.si.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-169-8.3>

ISBN 978-961-286-169-8

© 2018 University of Maribor Press

Available at: <http://press.um.si>.

1 Uvod

Naraščajoč trend opravljanja dela izven delovnega razmerja na podlagi pogodbe o zaposlitvi je vse bolj prisoten tako v Sloveniji kakor tudi v celotni Evropski uniji (EU).¹ Široka uporaba interneta in z njim povezana digitalizacija omogoča nove načine opravljanja dela,² ki marsikdaj na preizkušnjo postavljajo temeljne institute delovnega prava in sisteme socialnih zavarovanj.³ Ob vselej prisotni težnji k čim večji prožnosti ter stroškovni učinkovitosti svoj razcvet doživljajo spletne platforme, ki delujejo kot nekakšen internetni posrednik za opravljanje dela med stranko, ki potrebuje storitev, in tistimi, ki to storitev nudijo. Lastnik spletne platforme v ozadju postavlja pogoje (so)delovanja, velikokrat z argumentom, da so le tehnološko podjejte, ki omogočajo lažjo izvedbo storitve.⁴ Temeljna ideja takšnega poslovnega modela je v tem, da ko podjetje potrebuje izvedbo storitve, to objavi prek spletne platforme, nato pa se javi posameznik, ki bo za določeno ceno to delo opravil. Zato nekateri raziskovalci izpostavljajo ravno internet kot ključni dejavnik, ki omogoča, da lahko v nekaj minutah najamemo delavca, ki nato v nekaj minutah naredi delo za nas in ga nato v naslednjih minutah odslovimo.⁵ Po podatkih, ki so jih zbrali na Univerzi v Oxfordu (Lehdonvirta, 2017), se delo na ta način odvija praktično po celem svetu in zajema tako preprosta dela (na primer dostavo hrane ali vnos podatkov) kot tudi zahtevnejša (na primer prevode strokovnega besedila ali razvijanje tehnologije in računalniških programov). Takšen način dela namreč temelji na drobitvi dela (fragmentation, casualisation),⁶ v nasprotju s klasično pogodbo o zaposlitvi, na podlagi katere ima posameznik določene zadolžitve v okviru delovnega mesta oziroma vrste dela. V nasprotju s tem je za opravljanje dela prek spletnih platform značilna drobitev dela na posamezna opravila (tasks, gigs),⁷ ki jih

¹ Po podatkih Evropske komisije (2017) je v letu 1995 v EU-15 32 odstotkov delavcev opravljalo delo v nestandardnih oblikah dela; medtem ko je delež v letu 2015 narasel za 4 odstotne točke. V absolutnih številkah to pomeni, da v EU najmanj 5,5 milijona ljudi dela v nestandardnih oblikah dela. Pri čemer je zgolj 37 odstotkov mladih zaposlenih za polni delovni čas za nedoločen čas. Tudi drugi raziskovalci ugotavljajo porast dela prek spletnih platform, čeprav uradne statistike o tem ni.

² Da digitalizacija pomeni veliko tveganja za socialno neenakost in večjo prekarnost dela, meni tudi OECD, ki se je na to odzvala z aktivnostmi v iniciativi *Future of Work*.

³ Več o vplivu digitalizacije na (slovensko) delovno pravo v Tičar, 2016, Končar, 2016, Franca, 2017, in Senčur Peček, 2017. Evropska komisija je že leta 2006 objavila *Zeleno knjigo za posodabljanje delovnega prava za soočanje z izzivi 21. stoletja*.

⁴ Ta argument Uber uporablja v vseh sodnih sporih, ki potekajo proti njemu, da so le posrednik, spletna platforma, ki olajša poslovanje oziroma stik med uporabnikom in izvajalcem storitve. Tako je bilo tudi v primeru sodnega spora pred Sodiščem EU v zadevi C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi proti Uber Systems Spain SL, ECLI:EU:C:2017:981. Več o tem v točki 2.2.6.

⁵ Tako De Stefano (2016) citira Marvita (2014) v poročilu za MOD: »before the Internet, it would be really difficult to find someone, sit them down for ten minutes and get them to work for you, and then fire them after those ten minutes. But with technology, you can actually find them, pay them the tiny amount of money, and then get rid of them when you don't need them anymore«.

⁶ Več o tem v Freedland in Prassl, 2017.

⁷ Iz tega tudi izvira poimenovanje *gig economy*, čeprav si teorija in praksa ni enotna, ali je takšno (in ostala sorodna) poimenovanje ustrezno. O problematiki poimenovanja dela prek spletnih platform več v Kresal, 2017.

bodisi opravi en ali več posameznikov. Konceptualno to pomeni odmik od delovnega mesta kot sklopa določenih zadolžitvev k eni sami zadolžitvi oziroma opravi. Ob tem se namreč delo neizogibno deli na več manjših, tako da postanejo preprostejša in jih je posledično lažje delegirati oziroma naročiti v izvedbo posameznikom.

S tem se še pogloblja vprašanje, kdo je dejansko delavec in kdo izvajalec storitev ter na drugi strani, kdo je delodajalec oziroma naročnik storitve. Čeprav spletne platforme delujejo globalno, ostaja opredelitev delavca in delodajalca v domeni nacionalnih zakonodaj, saj niti EU ni sprejela enotne opredelitve,⁸ ravno tako ne MOD.⁹ Evropska komisija v svojem sporočilu, Evropski agenci za sodelovalno gospodarstvo (Evropska komisija, 2016), med drugim ugotavlja brisanje meja med zaposlenim in samozaposlenim ali poklicnim in nepoklicnim opravljanjem storitev, kar povzroča težave pri uporabljanju obstoječih pravil ter izpostavlja vprašanje samozaposlenih in delavcev. Vendar kljub temu enotne opredelitve ni, zato nedoročenost pri tem ostaja.

Z vidika opravljanja dela prek spletnih platform je kljub temu treba ločiti med posamezniki, ki to delo opravljajo poleg svoje zaposlitve, v prostem času, in tistimi, katerim takšna oblika opravljanja dela predstavlja glavni vir preživetja in zaslužka. Nedavna raziskava MOD je pokazala, da okrog 40 odstotkov intervjuvanih posameznikov opravlja delo prek dveh spletnih platform, kar jim predstavlja glavni vir prihodkov (Berg, 2016, 11–14). Tisti, ki to opravljajo poleg svoje redne zaposlitve, imajo običajno zagotovljen dostop do sistema socialne varnosti (vsaj v neki minimalni obliki) na podlagi pogodbe o zaposlitvi. Večji problem se pojavlja pri drugi skupini, saj običajno nimajo zagotovljene ustrezne ravni socialnega varstva. Po raziskavah (De Stefano, 2016; Huws, Spencer in Joyce, 2016; Evropska komisija, 2017) gre večinoma za ranlivejšje skupine na trgu dela, kot so migranti, študenti, mlajši, tisti, ki so bili dolgo odsotni na trgu dela, med katerimi je veliko žensk z majhnimi otroci. Zato so tudi motivi za delo v takšni obliki dela različni, lahko gre za prostovoljno odločitev oziroma željo po dodatnem zaslužku, marsikdo pa je v to prisiljen, ker nima druge izbire.¹⁰ Kakšne posledice ima lahko opravljanje dela na tak način, je predmet številnih mednarodnih raziskav, ki jih je Evropska komisija povzela v svojem sporočilu (Evropska komisija, 2017). Delavci v novih in nestandardnih oblikah dela¹¹ imajo nižjo zaposlitveno varnost, nižjo urno postavko, pri njih obstaja večje tveganje za revščino, brezposelnost in neaktivnost na trgu dela, nižja je vključenost v sisteme socialnih zavarovanj in posledično slabši dostop do socialnih pravic, zagotovljena jim je slabša varnost pri delu, izpostavljeni so večjemu stresu, ravno tako imajo slabši dostop do

⁸ Podrobneje Senčur Peček, 2016, str. 189–216.

⁹ Leta 2006 je Mednarodna organizacija dela sprejela (zgolj) priporočilo, ki vsebuje usmeritve glede opredelitve, kriterijev in dokazovanja delovnega razmerja, ki ni pravno zavezujoče za države članice. Gre za Priporočilo MOD št. 98 o delovnem razmerju.

¹⁰ Po McKinseyevi raziskavi (2016) naj bi do 162 milijon posameznikov v Evropi in ZDA – ali nekje med 20 in 30 odstotki aktivnega delovnega prebivalstva – opravljajo delo v eni izmed novih oblik dela (ne zgolj prek spletne platforme). Avtorji raziskave navajajo, da so motivi za delo v takšni obliki različni; v nekaterih primerih je to prostovoljna odločitev, nekaterim to predstavlja dodaten zaslužek poleg redne zaposlitve ali pa so v to obliko dela praktično prisiljeni.

¹¹ Kot standardno obliko dela Evropska komisija razume zaposlitev za nedoločen čas s polnim delovnim časom.

kolektivnih pravic, kar vse vodi v večjo neenakost na trgu dela. Po drugi strani pa Evropska komisija priznava, da takšne oblike dela nudijo delodajalcem določene prednosti: fleksibilnost, zniževanje stroškov in dostop do večjega kadrovskega bazena. Dolgoročno pa opozarja, da lahko v delovnih okoljih, kjer prevladujejo takšne oblike dela, obstoji večje tveganje za konflikte in padec motivacije, kar lahko vodi v nižjo storilnost ter manjšo inovativnost.

Na teh izhodiščih se pojavlja več raziskovalnih vprašanj, saj opravljanje dela prek spletnih platform odpira številna pravne dileme na različnih pravnih področjih, pri čemer se v tem prispevku osredotočamo zlasti na delovnopravni vidik opravljanja dela prek spletnih platform. Tako sta oblikovani dve raziskovalni vprašanji. Prvič, zanima nas, kako se kažejo elementi delovnega razmerja pri opravljanju dela prek spletnih platform. Temeljna je namreč opredelitev te dejavnosti in teh posameznikov: ali gre dejansko za civilno razmerje med pojetjem kot lastnikom spletne platforme, ali pa za delodajalca in delavca, ki izvede naročeno delo osebno po navodilih in pod nadzorom delodajalca, vendar večinoma z lastnimi sredstvi. Pri tem je treba izhajati iz opredelitve delovnega razmerja, kakor ga določa 4. člen Zakona o delovnih razmerjih¹² (ZDR-1). Vprašanje je mogoče umestiti tudi v širšo problematiko opravljanja dela izven delovnega razmerja, v slovenskem prostoru zlasti prek študentskega dela ter pogodbe o poslovnem sodelovanju s samostojnim podjetnikom.¹³ Izhodišče pri tem ostajajo 4. člen ZDR-1, ki določa elemente delovnega razmerja, 13. člen ZDR-1, po katerem se delo ne sme opravljati na podlagi pogodb civilnega prava, razen v primerih, ki jih določa zakon, ter 18. člen ZDR-1, da se domneva obstoj delovnega razmerja, če obstajajo elementi delovnega razmerja. Drugič, sprašujemo se, kakšno delovnopravno varstvo bi bilo ustrezno za posameznike, ki opravljajo delo prek spletnih platform. Vprašanje je zlasti aktualno za vse tiste, pri katerih niso prisotni elementi delovnega razmerja, torej ali je mogoče tudi tem zagotoviti nek minimum pravic, ki so sicer značilni za delovna razmerja, kot na primer minimalno plačilo, ustrezen odmor, počitek in podobno. Za odgovore na raziskovalni vprašnji so najprej analizirani elementi delovnega razmerja ter primerjani z dejanskim opravljanjem dela prek spletnih platform, kar omogoča odgovor na prvo raziskovalno vprašanje. V tretji točki pa se osredotočamo na problem, kakšno delovnopravno varstvo zagotoviti v okolju spletnih platform ter kakšne ukrepe bi bilo treba za to sprejeti, s čimer bo odgovorjeno na drugo raziskovalno vprašanje. Sklepni del prispevka na podlagi tako opravljene analize zajema premislek, kako sooblikovati razvoj trga dela ter delovnega prava tudi z ozirom na sisteme socialnih zavarovanj.

¹² Uradni list RS, št. 21/13, 78/13, 47/15, 33/16, 52/16 in 15/17.

¹³ O razmejitvi med redno zaposlenimi, navidezno samozaposlenimi in samozaposlenimi glej tudi v Senčur Peček, 2015.

2 Elementi delovnega razmerja pri opravljanju dela prek spletnih platform

2.1 Opredelitev

Pri delu prek spletnih platform je treba ločiti dve glavni obliki, to je delo na zahtevo oziroma *on-demand work* ter množično delo oziroma *crowdwork*. Izhodišče je pri obeh enako. Naročilo za delo se pojavi na spletu; glavna ločnica pa je, kje se delo opravi. Medtem ko se pri delu na zahtevo opravi v realnem svetu (na primer izvedba prevoza, dostava hrane, sprehajanje psa in podobno) in spletna platforma služi kot vmesnik/posrednik, se pri množičnem delu opravi virtualno (na primer prevod besedila, programiranje, grafične storitve). Poleg tega se delo na zahtevo večinoma opravlja za enega naročnika (na primer dostava hrane prek ene spletne platforme), medtem ko je naročnikov pri množičnem delu več, saj posameznik sprejme tista dela, za katere oceni, da jih lahko opravi, denimo za različna podjetja prevaja deklaracije iz angleščine v madžarščino. Zato je z vidika načel delovnega prava bolj problematična oblika dela na zahtevo, saj se delo opravlja za naročnika, s katerim se vzpostavi tesnejši odnos. V nadaljevanju analiziramo zlasti elemente delovnega razmerja, kakor jih določa ZDR-1 z vidika opravljanja dela na zahtevo.

2.2 Problematika dela na zahtevo

On-demand work temelji na ideji, da naj se delo opravi takrat, ko se pojavi potreba oziroma ko je to zahtevano. Povedano z drugimi besedami, ko potrebe po delu ni, posameznik dela ne opravlja. Podjetje prek spletne aplikacije omogoča posameznikom, da opravijo zahtevano delo tako, da se nanj prijavijo. Pri tem običajno podjetja postavijo neke minimalne standarde kakovosti dela ter izbora posameznikov, ki bodo delo opravili. Ni pa nujno, da pregledajo tudi delovna sredstva, s katerim se delo opravlja, na primer kolo ali avtomobil.¹⁴ Na drugi strani pa je delovno razmerje, kakor ga določa 4. člen ZDR-1, razmerje med delavcem in delodajalcem, v katerem se delavec prostovoljno vključi v organizirani delovni proces delodajalca in v njem za plačilo, osebno in nepretrgano opravlja delo po navodilih in pod nadzorom delodajalca.

V poslovni praksi so se razvili številni primeri, kjer se uporablja spletna platforma kot osnova za opravljanje dela. Najbolj znan primer tovtstnega načina opravljanje dela je ameriška korporacija Uber, ki omogoča uporabnikom naročilo prevoza za običajno krajše razdalje (kot alternativa taxi-jem), pri čemer prevoz opravi posameznik, ne da bi imel za to dejavnost ustrezno dovoljenje.¹⁵ Stranka plača prek spletne aplikacije podjetju, ki je lastnik spletne platforme, izvajalcu storitve pa plača podjetje, potem ko si odšteje svoj delež zaslužka. Podjetje oziroma spletna platforma deluje zgolj kot

¹⁴ Tako Deliveroo na svoji spletni strani (<https://deliveroo.co.uk/>) navaja, da mora imeti posameznik za opravljanje dela (dostave) skuter, kolo ali avtomobil z vso potrebno varnostno opremo.

¹⁵ To je tudi razlog za številne sodne spore, ki so jih v različnih državah sprožili zlasti drugi prevozniki oziroma njihova združenja. Zaradi neupoštevanja teh pravil marsikatero lokalne ali državne oblasti ne dovolijo Uberju izvajati storitev na tak način, to je brez pridobitve ustreznih dovoljenj in spoštovanja pravil.

posrednik. Da posameznik lahko izvaja storitve, se mora prijaviti v aplikacijo ter sprejeti postavljene pogoje poslovanja, nato pa dobiva sporočila, kje, kdaj, kako in kdo potrebuje izvedbo storitve. Če oceni, da lahko storitev opravi, s »klikom« to potrdi ter storitev izvede. Ker se je Uber in njihov način dela zelo razmahnil, se je uveljavil izraz uberizacija dela. Ta na nek način predstavlja izhodišče za organizacijo dela tudi v drugih panogah. Tako se je Uber razširil tudi na področje gostinstva z dostavo hrane (UberEATS), kjer pa je prisotnih tudi veliko drugih spletnih platform, kot so Deliveroo, Foodora in podobno. Dostava se večinoma izvaja s kolesi in motorji. Na podoben način se izvaja tudi dostava pošte, paketov, celo krvi in podobno. Vedno bolj se takšen način del uporablja tudi pri hišnih popravilih in opravih, kot so popravilo vodovodnega sistema, elektrike, čiščenje, likanje, vrtnarjenje, varstvo otrok idr. V Sloveniji je takšen primer spletna platforma Beeping, prek katere je mogoče naročiti storitve čiščenja.

2.2.1 S kom se opravlja delo: kdo je delavec in kdo je delodajalec

V primeru opravljanja dela na zahtevo je posameznik tisti, ki storitev dejansko izvede. Ko sprejme pogoje poslovanja, potrdi, da delo lahko opravi (da je polnoleten, ima vozniško dovoljenje in podobno). Nekatere spletne platforme zahtevajo tudi potrdila o tem (kopijo vozniškega in prometnega dovoljenja, fotografijo avtomobila, motorja ali kolesa, s katerim se bo storitev izvajala in drugo). Pri vprašanju, kdo je delodajalec, se praktično predpostavlja, da delodajalca ni. Spletna platforma deluje kot vmesni člen med posameznikom, ki delo izvede, ter med tistim, ki storitev potrebuje. Samo podjetje naj ne bi imelo nobene vloge pri tem oziroma naj bi zagotovilo samo tehnološko podporo. Vendar je treba tudi v tem odnosu presojati dejansko vsebino in ne zgolj obliko, ki se predstavlja navzven. Pravo vprašanje je torej, kakšna je vloga lastnika spletne platforme: ali je resnično le »lastnik« spletne platforme in zgolj omogoča povezavo med posamezniki in izvajalci storitev ali pa z različnimi praksami in pravili vstopa v razmerje med izvajalci in uporabniki storitev? Spletne platforme v tujini navajajo, da so posamezniki t. i. »*independent contractors*«, torej neodvisni, samostojni pogodbeniki. Podobno spletna platforma Beeper v Sloveniji navaja, da pri izvajanju storitev sodelujejo samostojni (profesionalni) čistilci. V njihovih splošnih pogojih (Beeping, 2017) je zapisano, da niso »zaposlovalec, delodajalec profesionalnim čistilcem in ne ponujajo čiščenja« [...]; so le posrednik storitve čiščenja gospodinjstva med uporabnikom in profesionalnim čistilcem.

Pri vzpostavitvi pravnega odnosa med posameznikom in podjetjem se v večini primerov ne podpiše pogodba, ampak običajno posameznik »klikne« na gumb »*Terms and conditions*« oziroma »*Splošni pogoji poslovanja*«. Posameznik tako nima niti teoretične možnosti vplivati na vsebino dogovora, saj se šteje, da bo opravljal delo pod pogoji, ki jih objavi spletna platforma. S tem se vzpostavi civilnopravno razmerje, kar posamezniku omogoči dostop do platforme in s tem do dela in po opravljeni storitvi do plačila. Torej, izvajalec storitev nima nikakršne možnosti vplivati na vsebino samega razmerja. Gre za odnos »*vzemi ali pusti*« (take it or leave it). Tak posameznik, izvajalec storitev, je v še šibkejšem položaju kot delavec pri sklenitvi pogodbe o zaposlitvi. Poleg tega dejansko niti ne pride do osebne interakcije: posameznik kot izvajalec storitev nima možnosti niti vprašati za pojasnilo, kaj šele kakor koli vplivati na samo vsebino dogovora. Zakonodaja ga namreč ne štiti kot šibkejšo stranko in s tem nima

zagotovljenih nobenih minimalnih pravic. Na drugi strani pa sklenitev pogodbe o zaposlitvi pomeni soglasje volj za sklenitev delovnega razmerja, kot je opredeljeno z veljavnimi pravnimi akti. Čeprav gre za pogodbo, je pri delovnem razmerju težko trditi, da sta stranki v enakem položaju pri sklepanju pogodbe. Kajti v praksi so redke priložnosti, ko ima delavec možnost bistvenega vpliva na vsebino same pogodbe o zaposlitvi. Vendar ima po drugi strani z zakonom, kolektivnimi pogodbami ter drugimi pravnimi akti zagotovljene minimalne pravice, ki mu pripadajo kot delavcu.

Na tej osnovi je nastala tudi pobuda Evropske komisije za spremembo Direktive Sveta 91/533/EGS z dne 14. oktobra 1991 o obveznosti delodajalca, da zaposlene obvesti o pogojih, ki se nanašajo na pogodbo o zaposlitvi ali delovno razmerje,¹⁶ ki jo je treba razumeti kot del aktivnosti okviru nedavno sprejetega dokumenta Evropski steber socialnih pravic.¹⁷ Evropska komisija si je pri tem postavila cilj, da bi bili vsi delavci pisno obveščeni o delovnih pogojih in o svojih minimalnih pravicah, pri čemer ne zavira razvoja novih oblik dela. Kakor navaja, je iz prakse razvidno, da omenjena direktiva ne zagotavlja zadostnega varstva delavcem vključno s posamezniki, ki delajo prek spletnih platform. K temu pripomore tudi neobstoj opredelitve delavca, ki je prepuščena državam članicam, kar dodatno pogloblja razliko med tistimi, ki delo opravljajo na podlagi pogodbe o zaposlitvi, ter vsemi ostalimi, ki delo opravljajo na civilnih podlagah. S tem si Evropska komisija želi vzpostaviti okvir, znotraj katerega bi se delo prek spletnih platform (ter tudi drugih novih oziroma nestandardnih oblike del) razvijalo (Evropska komisija, 2017).¹⁸

2.2.2 Organiziran delovni proces ter osebno in nepretrgano opravljanje dela

Kot eno večjih prednosti opravljanja dela prek spletnih platform se navaja časovna in prostorska fleksibilnost posameznika, ki to delo opravlja, kar poudarjajo tudi mednarodne raziskave (Eurofound, 2016). S takimi argumenti spletne platforme v svoje vrste vabijo posameznike, češ da se bo sam lahko odločal, kdaj in kje bo delal. Torej, kdaj se bo prijavil v sistem spletne aplikacije in opravljal določeno delo, naj bi bilo v njegovi prosti odločitvi. To pa je v izhodišču v nasprotju z opredelitvijo delovnega razmerja, za katerega je značilna nepretrganost vključitve v delovni proces. Vendar po drugi strani, kot že sama beseda pove, *on-demand work*, pomeni, naj se delo opravi takrat, ko je to zahtevano. Izvajanje tega v praksi pa kaže nekoliko drugačno podobo. Kajti posamezniki, ki se dalj časa ne prijavijo v spletno platformo, jih podjetje »deaktivira«.¹⁹ Zato je v resnici vprašljivo, koliko svobode ima takšen izvajalec storitve in ali ni morda »v službi« celo kar štiriindvajset ur na dan (24/7).²⁰ V takem primeru je težko govoriti o klasični podjetniški svobodi, ampak prej o vključitvi v organizirani

¹⁶ UL L 288, 18. 10. 1991, str. 32–35.

¹⁷ Več o evropskem stebru socialnih pravic v Franca, 2017b, in Rasnača, 2017.

¹⁸ Trenutno poteka druga faza posvetovanj s socialnimi partnerji, ki bo zaljučena predvidoma marca 2018.

¹⁹ V primeru tožbe voznikov Uberja v Londonu se je med drugim izkazalo, da če je voznik odklonil zaporedoma dve vožnji, ga je sistem avtomatsko »deaktiviral« za deset minut (več v Aslam, Farrar and Others v. Uber, 2016).

²⁰ O problematiki delovnega časa v sodobnih gospodarskih razmerah v Senčur Peček, 2017a.

delovni proces, saj se od posameznika pričakuje določena stopnja odzivnosti. Navidezno drži, da se lahko vsak posameznik prosto odloči, kdaj bo nekaj opravil, vendar če bo predolgo pomišljal in se ne vključil v sistem dela, ga bo podjetje samo izločilo iz sistema. Hkrati se je treba vprašati, ali je takšna časovna prožnost, to je drugačno časovno razporejanje dela v skladu z veljavno zakonodajo. Zato se na ravni EU pojavljajo tudi zahteve s strani delodajalcev, da bi spremenili Direktivo 2003/88/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. novembra 2003 o določenih vidikih organizacije delovnega časa²¹ tako, da bi v sedaj veljavni 11-urni neprekinjeni počitek vnesli nekaj izjem, ki naj ne bi predstavljale prekinitve počitka, denimo pregled elektronske pošte zvečer. Za ponazoritev: v sodnih primerih, ki so se odvili pred sodišči EU v zvezi z delom pri Uber, so vozniki navajali, da jim podjetje ne zagotavlja ustreznih odmorov ter počitkov. Ko so ta problem izpostavili, jih je Uber »deaktiviral« (izklopil iz aplikacije). Številni sodni spori še potekajo in kažejo na to, da ni tako preprosto aplicirati (delovnega) prava na tako izoblikovana razmerja (več o tem v Davidov, 2017).

Pri pogodbi o zaposlitvi do časovne prožnosti v takšni obliki praktično ne prihaja, kajti delavec je vključen v delovni proces, kjer nepretrgoma opravlja svoje delovne obveznosti. Svoboda odločanja, kdaj bo delo opravljeno, je v primerjavi z opravljanjem dela prek spletnih platform, nedvomno manjša. Hkrati se je treba strinjati,²² da sta se narava in opravljanje dela v splošnem spremenila, zato je časovno prožnost na nekaterih delovnih mestih nedvomno večja, kot je bila v preteklosti, in se lahko približuje časovni prožnosti opravljanja dela prek spletnih platform. Vendar je vseeno to del organiziranega delovnega procesa, delo mora biti opravljeno na določen način, z določenim sredstvi, do določenega časovnega roka, upošteva določene okoliščine in dejavnike. Če delavec ne spoštuje teh pravil, torej neupravičeno ne pride na delovno mesto oziroma ne opravi svojega dela tako, kot se od njega pričakuje, ima delodajalec možnost odpovedi pogodbe o zaposlitvi, pri čemer mora spoštovati določen postopek, utemeljiti odpovedni razlog in podobno. V primerjavi s spletnimi platformami, delavec ne more biti preprosto »deaktiviran« oziroma v tem primeru ima ustrezno sodno varstvo.

Glede osebnega opravljanja dela imajo nekatere spletne platforme v splošnih pravilih poslovanja izrecno napisano, da ne dovolijo, da bi delo opravil kdo drug; pogostejša je splošna navedba, da ni dovoljeno posredovati uporabniških podatkov tretji osebi, kar je mogoče posredno razumeti, da naj delo opravi tista oseba, ki razpolaga s temi uporabniškimi podatki.²³ Osebno opravljanje dela pa je ena glavnih značilnosti delovnega razmerja.

²¹ UL L 299, 18. 11. 2003, str. 9–19. Dnevni počitek neprekinjenih 11 ur v 24-urnem obdobju je določen v 3. členu Direktive.

²² Podobno tudi Končar 2016, str. 262–265.

²³ V svojih splošnih pogojih poslovanja spletne platforme Clickworker (v De Stefano, 2017) je bilo leta 2012 (nato so bili pogoji delno prenovljeni) navedeno, da je »*expressly prohibited from subcontracting or outsourcing projects to third parties unless this is expressly permitted by the terms of a project description*«, pri spletni platform Deliveroo (2017) pa navajajo, da mora posameznik »*limit your Deliveroo account to only one user and not share your Deliveroo account details with any third party at any time during your Deliveroo Plus subscription*«.

2.2.3 Plačilo za opravljeno storitev/delo

Posameznik, ki delo opravlja prek spletne platforme, je plačan toliko, kolikor je naredil oziroma koliko storitev (voženj, dostav, ur čiščenja in podobno) je opravil. Pri tem pa ni mogoče vnaprej predvideti, kdaj in koliko dela se zahteva, saj je povpraševanje po storitvi odvisno izključno od strank. Posledično je tudi višina (mesečnega) plačila nedoločljiva. Vendar, denimo, Uber nagradi svoje voznike v primeru večjega števila voženj; ravno tako nekatere spletne platforme obveščajo posameznike, če predvideva povečano povpraševanje po storitvah, npr. po dostavi hrane v času za kosilo. Vendar to ni zavezujoče in ne rešuje problema predvidljivosti prihodka posameznikov, ki to delo opravljajo. Zato si Evropska komisija v svoji pobudi o spremembi t. i. »written« direktive, kakor je predstavljeno v poglavju 2.2.1 tega članka, prizadeva za določitev pravice do predvidljivosti dela (right to predictability of work), kajti pri opravljanju dela prek spletnih platform in drugih nestandardnih oblik dela je predvidljivost, kdaj in koliko dela se bo opravilo lahko bistvena nižja. Ob tem navaja možnost določitve pravice posameznika, ki ni zaposlen pri delodajalcu, da bi po določenem času opravljanja dela imel pravico zahtevati drugo obliko zaposlitve pri tem delodajalcu. A glede na odzive delodajalskih združenj je taka možnost malo verjetna.²⁴

Drugo dejstvo, ki ga je treba upoštevati glede plačila in njegove višine, so določila podjetja, ki upravlja s spletno platformo. Od zneska, ki ga plača stranka, je treba odšteti znesek (provizijo) za podjetje, kar v osnovi ni sporno. Problematično pa postane, ko spletna platforma pogojuje višino celotnega plačila z ocenami zadovoljstva s strani strank, uporabnikov. Navidezno razumljivo določilo ima v praksi čisto druge posledice. Uporabniki storitev namreč ne ocenjujejo zgolj in samo izvedbo storitve, na primer kako je posameznik vozil od začetne do končne točke, temveč ocenjujejo posameznika, njegovo všečnost ter osebne značilnosti, kot so, denimo, barva kože, naglas in podobno.²⁵ V teh primerih gre za diskriminacijo, ki pa ima za posledico neupravičeno znižanje plačila. To je bil tudi povod nekaterim tožbam zaradi diskriminacije pri Uberju v ZDA, ko se je izkazalo, da uporabniki storitve dejansko ocenjujejo osebne lastnosti (bolje so bili ocenjeni moški in belci) in ne toliko same storitve – vožnje.²⁶ Poleg tega je londonsko prvostopenjsko delovno sodišče v primeru *Mr. Y. Aslam and others v. Uber B.V. and others*²⁷ označilo takšen sistem ocenjevanja kot disciplinski postopek, ker kaže na opravljanje dela po navodilih in pod nadzorom delodajalca. Vendar takšen način ni omejen zgolj na Uber, saj ga uporabljajo tudi druge spletne platforme. S tem se odpre tudi vprašanje oportunističnega obnašanja uporabnikov storitev, ko zaradi nezadovoljstva s storitvijo zavrnejo plačilo, s čimer je zadržano tudi plačilo izvajalcu storitve, čeprav je storitev kot tako prejel, npr. vožnjo, dostavo hrane in podobno.²⁸

²⁴ Več v Evropska komisija, 2017.

²⁵ To je sicer tudi precej pogosto pojav pri ocenjevanju na splošno, vendar obstajajo različni kadrovske prijeme, kako zmanjšati subjektivnost pri ocenjevanju zaposlenih.

²⁶ Več o tem pri Davidov, 2017, in De Stefano, 2017.

²⁷ Employment tribunal, Case Nos. 2202550/2015; Reasons for the reserved Judgement on preliminary hearing sent to the parties on 28 October 2016; <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf> (10. 1. 2018).

²⁸ Več v Berg, 2016.

Pri pogodbi o zaposlitvi je plača temeljna pravica iz delovnega razmerja ter varovana z različnimi mednarodnimi in nacionalnimi pravnimi viri. Sklenitev pogodbe o zaposlitvi pomeni tudi pridobitev pravice do dogovorjenega plačila za polni ali krajši delovni čas. Delavec ima gotovost ter varnost, koliko in kdaj bo prejel plačilo za opravljeno delo. V večini primerov nižanje osnovne plače ni dovoljeno, ampak v primeru nedoseganja delovnih rezultatov lahko to vodi v odpoved pogodbe o zaposlitvi.²⁹ Delavec pa je v vsakem primeru upravičen do minimalne plače, kakor jo določa Zakon o minimalni plači³⁰ (ZMin). V nekaterih drugih državah to regulacijo nadomeščajo (panožne) kolektivne pogodbe. Ravno tako so izhodiščni kriteriji za nagrajevanje delovne uspešnosti določeni v ZDR–1, ki jih nato lahko konkretizirajo bodisi kolektivne pogodbe bodisi splošni akti delodajalca. Izven delovnega razmerja pa je višina plačila prepuščena dogovoru pogodbenih strank. Izjemo od tega predstavljata študentsko delo ter občasno in začasno delo upokojencev,³¹ v primeru vseh ostalih sklenjenih pogodb pa te regulative ni. Zato se tako na nacionalni kot mednarodni ravni izpostavlja problem (pre)nizkega plačila, sploh z ozirom na minimalno plačo in kolektivne pogodbe. V delovnem razmerju se namreč delavcu ne sme znižati plače v primeru neustreznega opravljanja delovne obveznosti; če delavec svojih zadolžitev ne opravlja vestno, ima delodajalec druge pravne možnosti ukrepanja.

2.2.4 Opravljanje dela po navodilih in pod nadzorom delodajalca

V delovnem razmerju mora delavec delo opraviti po navodilih in pod nadzorom delodajalca. V praksi je seveda izvajanje tega lahko zelo različno, saj je na nekaterih delovnih mestih potreba po navodilih večja kot na drugih oziroma nekatera delovna mesta omogočajo več svobode in manj nadzora, kot je, denimo, delo v proizvodnji. Vendar je ne glede na to jasno, da je delavec v tem vidiku podrejen delodajalcu. Na drugi strani pa kot eno glavnih prednosti opravljanja dela prek spletnih platform izpostavljajo ravno prožnost pri odločitvi ne samo kdaj in kje, ampak tudi kako bo delo posameznik opravil. To je tudi eno osrednjih sporočil pri privabljanju kandidatov za delo prek spletnih platform. Kakor že nakazano v poglavju 2.2.2, bi bilo težko zaključiti, da nadzora pri opravljanju dela prek spletnih platform ni. Kajti s tem, ko se posameznik (prostovoljno sicer) prijavi v sistem spletne platforme, je njegova sledljivost zagotovljena. Prek spletne aplikacije lahko tako uporabnik storitve kakor tudi lastnik spletne platforme preverja, kako se posameznik premika bodisi z motorjem bodisi s kolesom pri dostavi hrane. Če bi bil tak posameznik zaposlen, bi se tako v teoriji kakor v praksi spraševali, ali ne gre s tako obliko nadzora za prevelik poseg v njegovo zasebnost. Poleg tega se nadzor pri takšni obliki opravljanja dela vrši tudi s tem, ko uporabnik sporoči svoje zadovoljstvo oziroma oceni storitev. V primeru nizkih ocen grozi takšnemu posamezniku »deaktivacija«.

²⁹ Natančnejša analiza tega problematičnega vprašanja presega namen tega prispevka.

³⁰ Uradni list RS, št. 13/10 in 92/15.

³¹ Kakor je določeno v Zakonu o urejanju trgu dela (Uradni list RS, št. 80/10, 40/12, 21/13, 63/13, 100/13, 32/14 in 47/15; ZUTD).

2.2.5 Kraj opravljanja dela in druga vprašanja

Glede kraja opravljanja dela že ZDR–1 dopušča opravljati delo na domu oziroma izven prostorov delodajalca. Vendar je v slednjem primeru odgovoren za varne in zdrave delovne razmere. Zgolj s tem, da se delo ne opravlja v lastnih prostorih, se torej ne razreši te odgovornosti. Hkrati pa je treba priznati, da so zakonske določbe skromne in ne sledijo trendu opravljanja dela na domu oziroma na daljavo. Ta se pojavlja tudi pri redno zaposlenih, ki bi na takšen način lažje usklajevali zasebno in službeno življenje, vendar je v praksi v splošnem zaznati še vedno določeno nenaklonjenost temu, ki lahko izvira bodisi iz nepoznavanja bodisi iz nezaupanja zaradi manj intenzivnega nadzora nad zaposlenim. Kako se bo torej to izvajalo, je stvar dogovora med delavcem in delodajalcem (lahko tudi v kolektivni pogodbi) ali pa lahko to sam določi delodajalec s splošnim aktom.

Varnost in zdravje pri delu je pri opravljanju dela prek spletnih platform prepuščena posamezniku, ki izvaja storitev. V nekaterih primerih podjetja pregledajo opremo, ki jo posamezniki uporabljajo, na primer avto, motor, kolo, ponekod pa ne. V domeni posameznika pa je, ali bo imel prilagojen sedež svojemu zdravstvenemu stanju, kako si bo organiziral počitke, zdravniške preglede in podobno. Do neprijetnega položaja pride, če se taka oseba poškoduje ali zbolí. Četudi je vključena v socialno zavarovanje, do bolniškega staleža ni upravičena. Ker pa podjetje želi nemoteno poslovati, tako osebo hitro nadomesti z drugo oziroma če se poškodovana oseba ne vrne na svoje »delovno mesto«, jo podjetje »deaktivira«. Zato velikokrat posamezniki delajo tudi, ko so bolni ali poškodovani, da ne bi izgubili svojega »delovnega mesta«.³²

Posebno vprašanje se odpira, ali je pomembno, čigava so delovna sredstva, s katerimi se opravlja delo. V delovnem razmerju delovna sredstva zagotavlja delodajalec. Pri opravljanju dela prek spletnih platform (ter tudi pri drugih civilnih oblikah dela) pa večinoma ni tako. Zato bi lahko izpodbijali obstoj delovnega razmerja s tem, da ti posamezniki opravljajo delo s svojimi sredstvi. Vendar ne gre zanemariti dejstva, da se podjetja poslužujejo takih praks zato, da bi po eni strani utemeljevali, da ne gre za delovno razmerje, po drugi strani pa si s tem znižujejo stroške. Celostno gledano bi šlo za neustrezno in tudi nepravično rešitev, če bi zgolj zaradi neizpolnjevanja tega pogoja zatrjevali, da delovno razmerje v primeru spletnih platform ne obstaja. Posamezniki so namreč praktično prisiljeni uporabiti svoja sredstva, saj je to eden izmed pogojev, ki jim jih postavlja spletna platforma, sicer se ne bi mogli vključiti v delovni proces in opravljati dela. Zato zgolj to, da mora posameznik uporabiti svoja delovna sredstva, ne pomeni, da delovno razmerje ne obstaja.

³² Več v Berg, 2016. Na spletu je mogoče najti fotografije voznikov motorjev ali skuterjev, ki dostavljajo hrano z mavcem na nogi ali roki.

2.2.6 Ali gre torej za prikrito delovno razmerje?

V več državah potekajo sodni spori glede domnevnega kršenja zakonodaje lastnikov spletnih platform, tudi na delovnopravnem področju. V prvi vrsti pa se vrstijo spori, ki se nanašajo na izvajanje dejavnosti brez ustreznih dovoljenj. Pri tem je zelo pomembna nedavna odločitev Sodišča EU, ki je v zadevi *Asociación Profesional Elite Taxi proti Uber Systems Spain SL*³³ med drugim presojalo, ali je Uber podjetje, ki zagotavlja storitve na področju transporta, ali je le tehnološko podjetje. Sodišče EU je konec decembra 2017 opredelilo, da Uber zagotavlja transportne storitve (je torej transportno in ne tehnološko podjetje), zato zanj ne velja Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2006/123/ES z dne 12. decembra 2006 o storitvah na notranjem trgu,³⁴ kar pomeni, da je Uber podvržen regulaciji posamezne države članic, ki so običajno na področju transporta bolj striktno.³⁵ Pri tem je upoštevalo, da »storitev na področju prevoza« ne obsega le storitev prevoza kot takih, temveč tudi druge storitve, ki so neločljivo povezane s fizičnim dejanjem premikanja oseb ali blaga z enega kraja na drugega s prevoznim sredstvom.³⁶ Čeprav Sodišče EU ni presojalo delovnopravnih vprašanj v zvezi z delom pri Uberju, vseeno velja omeniti mnenje generalnega pravobranilca (ki je sicer tudi opredelil Uberjevo spletno platformo kot »storitev na področju prevoza«), da vozniki, ki vozijo v okviru platforme Uber, ne opravljajo lastne dejavnosti, ki bi obstajala neodvisno od te platforme. Po njegovem mnenju dejavnost lahko obstaja samo zaradi platforme, brez katere dejavnost ne bi imela nobenega smisla.³⁷ Vendar kljub temu, da Uber nadzoruje različne vidike izvajanja storitev (točke 51–53), generalni pravobranilec poudarja, da Uberjevi vozniki niso nujno njegovi zaposleni oziroma lahko družba te storitve opravlja prek samostojnih podjetnikov kot njegovih podizvajalcev (točka 54).³⁸

Zelo odmevna je bila tudi odločitev londonskega višjega sodišča,³⁹ ki je odločalo o pritožbi Uberja zoper prvostopenjsko odločitev, da Uberjevim delavcem pripada pravica do minimalnega plačila, urejenega delovnega časa, letnega dopusta, plačila davkov in prispevkov; torej da jih je treba šteti za delavce. Sodišče je potrdilo odločitev prve

³³ Zadeva C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi proti Uber Systems Spain SL*, ECLI:EU:C:2017:981.

³⁴ UL L 376, 27. 12. 2006, str. 36–68.

³⁵ Konkretnjša analiza sodne odločitve presega namen tega prispevka.

³⁶ Zadeva *Asociación Profesional Elite Taxi proti Uber Systems Spain SL*, točka 41: [...] *includes not only transport services in themselves but also any service inherently linked to any physical act of moving persons or goods from one place to another by means of transport.*

³⁷ Točka 56 mnenja: [...] *the drivers who work on the Uber platform do not pursue an autonomous activity that is independent of the platform. On the contrary, that activity exists solely because of the platform, without which it would have no sense.*

³⁸ Ob tem jasno poudari, da polemika v zvezi s statusom voznikov v razmerju do Uberja, ki je že privedla do sodnih odločb v nekaterih državah članicah, nikakor ni povezana s pravnimi vprašanji, ki so jih obravnavali v tej zadevi.

³⁹ Employment appeal tribunal, Appeal No. UKEAT/0056/17/DA, Judgement *Uber B.V. and others v. Mr. Y. Aslam and others* z dne 10. Novembra 2017; https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a046b06e5274a0ee5a1f171/Uber_B.V._and_Others_v_Mr_Y_Aslam_and_Others_UKEAT_0056_17_DA.pdf (15. 1. 2018).

stopnje in zavrglo Uberjevo pritožbo. Poleg tožb proti Uberju se vrstijo tudi tožbe posameznikov, ki opravljajo delo za druge spletne platforme, s podobnimi zahtevki.

Pri presoji, ali gre v teh odnosih za prikrito delovno razmerje, ni mogoče odgovoriti enoznačno, saj tudi tukaj velja, da je treba vsak odnos presojati posebej in znotraj vsakega odnosa preveriti, ali obstajajo elementi delovnega razmerja ali ne. Ne glede na to je mogoče sklepati, da je večja verjetnost obstoja prikritega delovnega razmerja pri tistih, ki to delo opravljajo kot svojo glavno, torej tisti, ki niso zaposleni in jim opravljanje te storitve predstavlja glavni vir preživetja. Četudi so takšni delavci organizirani kot samostojni podjetniki, dejansko niso »pravi podjetniki«, temveč posamezniki, ki lahko delajo v »prikitem delovnem razmerju«. To je treba ugotavljati individualno, čeprav je glede na dosedanjo prakso mogoče domnevati, da za veliko tovrstnih razmerij velja, da vsebujejo elemente delovnega razmerja.⁴⁰ Pri tem avtorji opozarjajo, da je treba slediti namenski razlagi delovnopравnih določil (Davidov, 2016 in 2017), torej presojati razmerje v celoti in ne zgolj njegovih posamičnih vidikov.

Z vidika slovenske zakonodaje je treba upoštevati, da ZDR-1 ne določa minimalnega števila dela, da se neko razmerje šteje kot delovno razmerje. Tako lahko teoretično zadostuje že ena ura, da lahko gre za delovno razmerje za krajši delovni čas, če so seveda izpolnjeni vsi ostali zahtevani elementi. Temeljna ločnica med temi oblikami dela in delovnim razmerjem je t. i. samostojnost delavca. Posameznike, ki delo opravljajo prek spletne platforme, opredeljujejo kot samostojne (independent), zato naj ne bi bili delavci in posledično niso pod okriljem delovnopравnega varstva. Razumevanje samostojnosti pa je lahko zelo različno. Dosedanja praksa kaže, da samostojnost pri posameznikih, ki delo opravljajo prek spletnih platform, ni vedno taka oziroma ni prisotna v tolikšni meri, da bi lahko trdili, da gre za izvajalce naročil (contractors) in ne za delavce. Presojati je zlasti treba, kdo določa plačilo oziroma urno postavko, koliko (ne)svojade imajo pri organizaciji svojega dela oziroma kako stroga pravila so jim postavljena pri tem, ali se lahko sami odločajo, ali bodo sprejeli naročilo oziroma kakšne so posledice zavrnitve in podobno.

2.3 Problematika množičnega dela

Množično delo ali *crowdwork* na drugi strani pomeni, da se delo dejansko tudi izvede prek spletnih platform, torej *online*. Delo se ne opravi v realnem svetu, na primer dostava hrane na točno določen naslov do točno določene ure, ampak se opravi v t. i. virtualnem svetu. Torej, podjetje odda naročilo prek spletne aplikacije, pri čemer je naročilo vidno vsem. Nato se posamezniki prijavijo in »tekmujejo« med saboj tako, da posel dobi tisti, ki ponudi najnižjo ceno. Primeri takih platform so Upwork, TaskRabbit, Mechanicaltruck ipd. Na tovrstnih licitacijah oziroma dražbah sodelujejo posamezniki s celega sveta. Zato se velikokrat dogaja, da »zmagajo« posamezniki iz držav z nižjo kupno močje, kjer, denimo, 50 evrov za prevod deklaracij pomeni bistveno več kot v

⁴⁰ Tako, denimo, De Stefano, 2017, navaja, da se delavce, ki delajo prek spletnih platform, napačno opredeljuje kot »prikrite« neodvisne pogodbenike (sham independent contractor), in da jim teoretično pripadajo že obstoječe pravice iz delovnega prava. Po njegovem mnenju gre za obliko priložnostnega dela in ne za samozaposlene v pravem pomenu besede.

državah zahodne Evrope. Bistvena razlika z delom na zahtevo je v tem, da v primeru množičnega dela posameznik ni vezan zgolj na enega naročnika, ampak lahko delo opravlja za različne naročnike po celem svetu. S tem se ne ustvari tako močna vez med posameznikom in naročnikom, ki bi lahko mejila na izpolnjevanje elementov delovnega razmerja. Ravno tako imajo ti posamezniki večjo svodobo pri organizaciji dela, kajti na naročnika so vezani zgolj z rokom, do katerega morajo delo opraviti ter na neka osnovna navodila. Dejansko lahko delo opravijo, ko in kjer se sami za to odločijo. Ravno tako je v prosti domeni naročnika, da se odloči za posameznega izvajalca, pri čemer je v praksi večinoma vodilo nižja cena. Posamezniki običajno opravljajo storitev za več naročnikov, lahko tudi hkrati. To je njihova prosta presoja, ravno tako, na katero delo se bodo prijavi in na katero ne.

2.4 Delovnopravno varstvo: koliko za koga

Pri vprašanju, ali (omejeno) delovnopravno varstvo zagotoviti tudi posameznikom, ki delajo prek spletnih platform, se je treba zavedati, da gre dejansko za širšo problematiko. Kajti s tem vprašanjem se srečujemo tudi pri vseh ostalih oblikah opravljanja dela, ki niso delovno razmerje. Zlasti to velja za vse tiste, ki delajo kot samozaposleni na podlagi pogodbe o poslovnem sodelovanju, prek podjemne in/ali avtorske pogodbe, deloma to velja tudi za študente.

Slovenski zakonodajalec se je tega problema lotil nesistematično in parcialno, kajti nekaterim oblikam dela je zagotovil določeno delovnopravno varstvo, drugim pa ne. Prvi primer so študentje in upokojenci. Študentom je zagotovljeno delovnopravno varstvo s tem, da za njih veljajo določila ZDR-1 glede delovnega časa, počitkov in odmorov,⁴¹ zagotovljena jim mora biti varnost in zdravje pri delu⁴² ter – zelo pomembno – določena je minimalna urna postavka.⁴³ Če bi se študentsko delo izvajalo v skladu s svojim namenom, ta oblika dela sploh ne bi bila deležna pozornosti in taki razpravi. Vendar študentsko delo že dolgo presega te okvirje in je marsikje nadomestilo za redno zaposlitev, zato je treba opozoriti na to nesistemsost. Kajti z dnem, ko študent zaključi študij in se po zaljučku študija takoj ne zaposli, ne samo, da ne more opravljati študentskega dela, ampak mu je tudi otežen vstop na trgu dela.⁴⁴ Velikokrat so mladi prisiljeni vstopiti na trg dela v obliki samostojnega podjetnika ali prek podjemnih in

⁴¹ ZDR-1 v sedmem odstavku 211. člena določa, da se za študentsko delo uporabljajo določbe ZDR-1 glede prepovedi diskriminacije, enaki obravnavi glede na spol, delovnem času, odmorih in počitkih, o posebnem varstvu delavcev, ki še niso dopolnili 18 let starosti, ter o odškodninski odgovornosti.

⁴² Zakon o varnosti in zdravju pri delu (Uradni list RS, št. 43/11) v 5. členu navaja, da mora delodajalec zagotoviti varnost in zdravje pri delu ter izvajati ukrepe za ta namen tudi za druge osebe, ki so navzoče v delovnem procesu, kar zajema tudi študente.

⁴³ Odredba o uskladitvi najnižje bruto urne postavke za opravljeno uro začasnih in občasnih del (Uradni list RS, št. 27/17). Od 1. 7. 2017 je minimalna urna postavka za študentsko delo 4,61 evra.

⁴⁴ Otežen mu je namreč prehod v zaposlenost, kajti slovenska zakonodaja (razen v zakonsko določenih primerih in v nekaterih panogah) ne predvideva ne pripravništva ne nobene druge oblike uvajanja v delo. Analiza tega vprašanja je zelo pomembna in ključna za mlade na trgu, vendar presega namen tega prispevka.

avtorskih pogodb ali pa delajo prek spletnih platform.⁴⁵ Zato ne preseneča porast statusne oblike samostojnih podjetnikov na trgu dela⁴⁶ ter hkratna bojazen vedno manjšega števila ljudi, ki so vključeni v socialna zavarovanja. S takšnim (ne)vstopom na trg dela mladi niso deležni praktično nobenega delovnopravnega varstva, nimajo niti pravice do minimalnega plačila.⁴⁷

Ko je zakonodajalec z novelo ZDR-1 iz leta 2013 uvedel status ekonomske odvisne osebe, je ta problem še poglobil. Zakonska opredelitev ekonomsko odvisne osebe namreč onemogoča izvajanje tega statusa v praksi in s tem pridobitev omejenega delovnopravnega varstva. Iz prakse praktično ni zaznati primerov, da bi nekdo, ki pridobi vsaj 80 odstotkov prihodkov od enega naročnika in je posledično od njega odvisen, uveljavil svoj status tako, da bi pridobil plačilo za pogodbeno dogovorjeno delo, kot je primerljivo za vrsto, obseg in kakovost prevzetega dela, upošteva kolektivno pogodbo in splošne akte, ki zavezujejo naročnika ter obveznosti plačila davkov in prispevkov (drugi odstavek 214. člena ZDR-1). Še manj verjetno pa je, da bo tak status uveljavljal ob koncu koledarskega leta ter zahteval razliko v plačilu za nazaj, to je za celo ali del koledarskega leta. Tudi v sodni praksi ni primerov, ki bi ta vprašanja presojali. Ravno tako ni bil sprejet poseben zakon, ki bi urejal delo in varstvo ekonomsko odvisnih oseb, kakor to predvideva 223. člen prehodnih in končnih določb ZDR-1.

Omejeno delovnopravno varstvo je zagotovljeno upokojemcem, ki na podlagi ZUTD opravljajo začasno ali občasno delo upokojemcev (členi 27a do 27g).⁴⁸ Upokojemci, ki delajo prek te oblike dela, imajo med drugim določeno tudi minimalno plačilo, ki je na letni ravni omejeno, ampak to ni sporno, saj bi se z nedoločitvijo omejitev lahko približalo delovnemu razmerju. S tem so upokojemci v bolj ugodnem položaju od večinoma mladih, ki svoje delo opravljajo na podlagi civilnih oblik dela.

Iz zgoraj navedenega je mogoče ugotoviti, da tisti, ki delajo prek spletnih platform ter drugih civilnih oblik (razen študentov in upokojemcev) niso deležni delovnopravnega varstva v nobeni obliki, niti v obliki minimalnega plačila za opravljeno delo. Vprašanje je, ali takšna ureditev še ustreza razmeram, v katerih trenutno živimo oziroma kaj je mogoče storiti, da bi tam skupinam omogočili neko osnovno delovnopravno varstvo ob ohranitvi koncepta delovnega razmerja ter pogodbe o zaposlitvi kot temeljnega elementa delovnega prava. Poleg tega se odpira problematika ne vključenosti v sistem kolektivnih pravic ter v socialna zavarovanja. V splošnem je vstopnica za oba sistema pogodba o zaposlitvi, kar posledično pomeni, da vsi ostali so iz tega izzvzeti. S tem je srednje in dolgoročno ogrožen obstoj obeh sistemov.

⁴⁵ Čeprav ni uradnih podatkov, bi bilo mogoče domnevati, da je tega manj v primerjavi z nekaterimi drugimi evropskimi državami, vendar je tudi ta oblika prisotna.

⁴⁶ Od 2008 do 2011 je število samozaposlenih naraščalo, leta 2012 upadlo, nato pa do 2015 spet naraščalo (SURS 2017).

⁴⁷ S tem se odpre tudi vprašanje prekariata, ki je predmet številnih družboslovnih in pravnih razprav v nacionalnem in mednarodnem prostoru.

⁴⁸ Ta oblika dela se je v praksi zlasti uveljavila, kjer je pomanjkanje določenih profilov delavcev (t. i. deficitarni poklici), na primer v gostinstvu, ter tam, kjer so potrebna specifična znanja, ki jih lahko posameznik pridobi z dolgotrajnim udejstvom na določenem področju.

2.5 Ne vključenost v sistem kolektivnih pravic

V večini evropskih držav je temelj za pridobitev pravic, dogovorjenih v kolektivnih pogodbah, ter pravic do sodelovanja pri upravljanju, pogodba o zaposlitvi. Tako je tudi v Sloveniji, kajti kolektivne pogodbe veljajo za tiste, ki imajo sklenjeno pogodbo o zaposlitvi,⁴⁹ ravno tako lahko pravice iz Zakona o sodelovanju pri upravljanju⁵⁰ (ZSDU) uresničujejo tisti, ki so zaposleni v družbi najmanj pol (pasivna volilna pravica) ali celo leto (aktivna volilna pravica). Vsi ostali so iz tega izključeni. To velja tudi za posameznike, ki delajo prek spletnih platform. Ker so s podjetjem v civilnem (in ne delovnem) razmerju, so izvzeti iz kolektivnih delovnih razmerij. Ob tem trčimo na pravila konkurenčnega prava, saj naj bi po nekaterih mnenjih dogovorjeno plačilo za samostojne podjetnike v kolektivnih pogodbah pomenilo nedovoljeno dogovarjanje o cenah na trgu⁵¹ oziroma bi jih lahko vključili pod določenimi pogoji oziroma omejitvami. Nekateri avtorji predlagajo rešitev, da bi izključili kolektivne pogodbe iz konkurenčnega prava (torej da ne bi razumeli kolektivnih pogodb kot načina za določanje cene) ali pa da bi jih izključili samo, če so izpolnjeni določeni pogoji (na primer neposredno prispevajo k izboljšanju delovnih pogojev) (De Stefano, 2016a).⁵² Na podlagi trenutne ureditve bi lahko te posameznike zajeli s kolektivnimi in participativnimi pravicami zgolj z zaposlitvijo. Sicer je treba spremeniti zakonodajo tako, da bi razširili krog oseb, ki lahko uveljavljajo te pravice.⁵³ Enako velja za stavko,⁵⁴ ki je v Sloveniji določena kot pravica zaposlenih; drugi lahko organizirajo le (javne) proteste in shode.

Glede združevanja v sindikate v Sloveniji ne velja nobena omejitev in se lahko tudi posamezniki, ki opravljajo delo prek spletnih platform, vključijo vanje. Vendar se ob tem srečamo z nekaj izzivi. Poleg težje dostopnosti teh posameznikov v primerjavi z redno zaposlenimi, so njihovi interesi na trgu dela drugačni od večine obstoječih članov sindikatov. Ker pa na se sindikati neuspešno ali delno uspešno, verjetno pa tudi prepozno, odzvali na nestandardne oblike opravljanja dela in s tem tudi na opravljanje dela prek spletnih platform, so se začele pojavljati vzporedne organizacije, ki na nek

⁴⁹ Edino izjemo od tega predstavlja Kolektivna pogodba za poklicne novinarje (Uradni list RS, št. 31/91, 31/91, 43/06, 61/08 in 28/14).

⁵⁰ Uradni list RS, št. 42/93, 61/99, 26/07 in 45/08.

⁵¹ 101. člen Pogodbe o delovanju Evropske unije (UL C 326, 26. 10. 2012, str. 47–390) prepoveduje kartelno dogovarjanje s ciljem omejevanja konkurence. Sodišče EU je v primeru *FNV Kunsten Informatie en Media proti Nizozemski* (C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411) že razsodilo, da se v kolektivni pogodbi lahko določijo minimalne tarife za samozaposlene ponudnike storitev, če so ti navidezno samozaposleni in če na podlagi civilne pogodbe opravljajo enako dejavnost kot zaposleni delavci.

⁵² Med drugim avtor (2017) meni, da bi pri tem vprašanju morali slediti duhu Filadelfijske deklaracije iz leta 1944, da »delo ni blago« (labour is not a commodity) oziroma povedano v današnjih razmerah »delo ni tehnologija« (labour is not a technology).

⁵³ Več o tem z mednarodnega vidika v De Stefano, 2016b; o nacionalni situaciji v Franca, 2017.

⁵⁴ Zakon o stavki (Uradni list RS, št. 23/91, 13/93 in 66/93).

način nadomeščajo klasičen sindikat. Te nudijo tem posameznikom storitve, ki jih potrebujejo, ter jih na nek način združujejo, niso pa to sindikati.⁵⁵

2.6 Nevključenost v socialna zavarovanja

Problem, ki se ga v slovenskem prostoru morda premalo zavedamo, so posledice, ki jih prinaša opravljanje dela izven delovnega razmerja na sistem socialnih zavarovanj. Plačevanje prispevkov za socialna zavarovanja namreč temelji na plači. Samostojni podjetniki so ravno tako dolžni plačevati prispevke, vendar so ti običajno nižji, kot če bi bili zaposleni. Tisti, ki opravljajo delo prek podjetniških in avtorskih pogodb, kakor tudi študentje, so ravno tako dolžni plačevati prispevke, vendar je mogoče domnevati, da bi bili ti znatno višji, če bi bili zaposleni. Dodatno pa je treba upoštevati, da marsikatero plačilo, zlasti prek spletnih platform, obide socialne blagajne.⁵⁶ S tem, ko niso vključeni v socialna zavarovanja in ne plačujejo prispevkov, niso upravičeni do pravic iz socialnih zavarovanj. Četudi si priskrbijo zdravstveno zavarovanje, je mlajši generaciji, ki v večini delo opravlja v teh oblikah, dolgoročno razmišljanje, kaj bo s pokojnino, res preveč oddaljeno.⁵⁷ Podobno je na davčnem področju, kjer se postavlja vprašanje, kako bi davčni organi opredelili naravo dohodkov, ki prihajajo iz tako opravljenega dela/storitev. Ali jih opredeliti kot dohodke iz razmerja, ki je odvisno pogodbeno razmerje in je torej predmet obdavčitve kot prihodki iz delovnega razmerja, ali dejansko kot dohodke iz dejavnosti? S tem je povezano tudi vprašanje obveznosti plačevanja socialnih prispevkov delodajalca v višini 16,1 odstotka. Vprašanje je torej, ali je podjetje dolžno plačevati to posamezniku, ki izvede naročilo, ali ne. Dolgoročno gledano, brez zakonskih sprememb, lahko takšen način opravljanja dela vodi v razkroj socialne države, kot jo poznamo danes. To razmišljanje seveda ni omejeno samo na Slovenijo, s tem se ukvarjajo tako na ravni EU kakor tudi v drugih evropskih državah. Zlasti aktivna pri tem je Nemčija, kjer so tako socialni partnerji (aktivnosti pod poimenovanji »pension 4.0«, »social law 4.0«, »social state 4.0« in »welfare 4.0«) kot država (nemško ministrstvo za delo in socialne zadeve je objavilo tako zeleno kot belo knjigo na temo dela v četrti industrijski revoluciji) aktivno lotili aktualne problematike s ciljem dolgoročnega reševanja izzivov na trgu dela.

3 Zaključek

Obseg delovnopravnega varstva je še vedno odvisen od opredelitve delavca in delodajalca. Vendar je s pojavom novih oblik dela treba tudi na odnos med delavcem in delodajalcem morda pogledati z vidika trenutnih družbenih in gospodarskih razmer. Na podlagi opravljene analize je mogoče odgovoriti na prvo raziskovalno vprašanje, kako

⁵⁵ Tovrstne primere je mogoče srečati tako v ZDA kakor tudi v Evropi. Denimo, v Italiji so se dostavljalci hrane prek spletne platforme Foodora tako organizirali prek spletnega socialnega omrežja Facebook kot Deliverance Milano: <https://m.facebook.com/deliverancemilano/>.

⁵⁶ Nekatere spletne platforme poznajo zelo »inovativne« načine plačevanja za izvajalce storitev. Tako, denimo, plačila nakazujejo na bančne račune v države, ki jih je težko nadzirati, in podobno.

⁵⁷ K temu nedvomno pripomorejo tudi razprave in mnenja v javnosti, da bodo pokojnine v naslednjih desetletjih skromne, da ne bodo omogočale dostojnega življenja ali da jih morda sploh ne bo.

se kažejo elementi delovnega razmerja pri opravljanju dela prek spletnih platform: čeprav je presoja delovnega razmerja še vedno individualna, se nekateri elementi opravljanja dela prek spletnih platform močno približujejo oziroma so se že približali elementom delovnega razmerja. Pri analizi posameznega odnosa pa je treba upoštevati sodobno obliko in organizacijo dela, spremembe v organizaciji delovnega časa ter posledično razumevanje kriterija podrejenosti in samostojnosti. To je treba razlagati v duhu sodobnega časa in sodobnega načina opravljanja dela. Na drugo raziskovalno vprašanje, kakšno delovnopravno varstvo bi bilo ustrezno za posameznike, ki opravljajo delo prek spletnih platform, je odgovorjeno v tretji točki tega prispevka. Ker se po mnenju velike večine strokovnjakov iz različnih področij trenda opravljanja dela na podlagi različnih pravnih podlag ne bo dalo zaježiti, vprašanje, ali sploh omogočiti delovnopravno varstvo, ni aktualno. Temeljno vprašanje je, kakšno delovnopravno varstvo omogočiti, da ne bi hkrati ogrozilo uveljavljenega instituta pogodbe o zaposlitvi,⁵⁸ kajti delovno pravo mora zagotoviti varstvo tistim, ki to potrebujejo. Ob tem pa se pojavlja bojazen, da bi širitev delovnopravnega varstva lahko ogrozila dosedaj uveljavljeno varstvo v okviru delovnega razmerja.⁵⁹ Po drugi strani pa obstoji ogromno tveganje za veliko število posameznikov, da bodo še naprej, za nedoločeno število let, podvrženi bistveno slabšemu položaju na trgu dela. Zato je smiselno razmišljati v smeri izločitve kolektivnih pogodb iz razumevanja kartelnega dogovarjanja cen ter oblikovanja takšne zakonodaje (najverjetneje v posebnem zakonu), ki bi predvidela določeno delovnopravno varstvo za posameznike, ki delo opravljajo na podlagi civilnih pogodb. Sočasno je treba začeti iskati rešitve za sistem socialnih zavarovanj tako, da bosta zagotovljeni dolgoročna vzdržnost in stabilnost.

Literatura

- Beeping (2017) *Splošni pogoji poslovanja*. <https://www.beeping.si/stran/splosni-pogoji-poslovanja> (20. 1. 2018).
- Berg, J. (2016) Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers. *Mednarodna organizacija dela: Conditions of Work and employment Series No. 74*. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_479693.pdf (20. 1. 2018).
- Davidov, G. (2016) *A purposive approach to labour law* (Oxford: Oxford University Press).
- Davidov, G. (2017) The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal* 1–2(6), str. 6–15.
- Deliveroo (2017) Deliveroo Term and Conditions of Use. <https://deliveroo.co.uk/legal> (20. 1. 2018).
- De Stefano, V. (2016) *The rise of the »just-in-time workforce«: On-demand work, crowdwork and labour protection in the »gig-economy«*; ILO Report. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf (15. 1. 2017).

⁵⁸ Končar, 2016, v tem smislu navaja, da bi bilo bolj primerno sprejeti nek pravni okvir, ki bi uredil oziroma uravnotežil razmerje med delodajalci in njihovimi željami po čim več dopuščenih novih oblikah del, in varstvom oseb, ki opravljajo zanje delo s pomočjo uporabe digitalnih tehnologij.

⁵⁹ Podobno tudi Senčur Peček, 2016, ki navaja, da bi širitev varstva na vse, ki osebno opravljajo delo, lahko posledično pomenilo nižanje standardov tega varstva.

- De Stefano, V. (2016a) Non-standard work and Limits on Freedom on Association: A Human Rights-Based Approach, *Industrial Law Journal* 46(2), str. 185–207.
- De Stefano, V. (2017). Labour is not a technology – reasserting the declaration of philadelphia in times of platform-work and gig- economy. *IUSLabor*, 2. https://www.upf.edu/documents/3885005/58976718/Labour_is_not_technology_DeStefano.pdf/f0ae7b4f-d39e-0ff7-1421-2cb0eb512977 (15. 1. 2018).
- Eurofound (2016) Living and working in Europe 2015. <https://www.eurofound.europa.eu/publications/annual-report/2016/eurofound-yearbook-2015-living-and-working-in-europe> (15. 2. 2017).
- Evropska komisija (2006) *Zelena knjiga za posodabljanje delovnega prava za soočanje z izzivi 21. stoletja*. [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2006\)0708/_com_com\(2006\)0708_sl.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2006)0708/_com_com(2006)0708_sl.pdf) (15. 2. 2017).
- Evropska komisija (2016) Sporočilo Evropske komisije COM(2016): *Evropska agenda za sodelovalno gospodarstvo*. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2016:0356:FIN:EN:PDF> (15. 1. 2018).
- Evropska komisija (2017), *C(2017) 6121 final: Second phase consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on a possible revision of the Written Statement Directive (Directive 91/533/EEC) in the framework of the European Pillar of Social Rights*. <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=18598&langId=en> (15. 1. 2018).
- Evropski steber socialnih pravic*. 2017. https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_sl (15. 1. 2018).
- Franca, V. (2017) Digitalna prihodnost delovnega prava, *HR&M*, 3(9), str. 22–25.
- Franca, V. (2017a) Razmislek o evropskem stebru socialnih pravic, *Pravna praksa* 49/50(36), str. 23–24.
- Franca, V. (2017b) Negotova prihodnost kolektivnih delovnih razmerij, *Podjetje in delo* 43(6/7), str. 1212–1222.
- Freedland, M., in Prassl, J. (2017) Employees, Workers, and the 'Sharing Economy': Changing Practices and Changing Concepts in the United Kingdom v *Oxford Legal Studies Research Paper, No. 19*. ^[1]_[5EP]
- Končar, P. (2016) Digitalizacija – izzivi za delovno pravo. *Delavci in delodajalci* 16(2–3), str. 257–268.
- Huws, U., Spencer, N., in Joyce, S. (2016) *Crowd work in Europe. Preliminary results from a survey in the UK, Sweden, Germany, Austria and the Netherlands*. University of Hertfordshire. <http://www.feps-europe.eu/assets/39aad271-85ff-457c-8b23-b30d82bb808f/crowd-work-in-europe-draft-report-last-versionpdf.pdf> (19. 1. 2018).
- Kresal, B. (2017) Delu v času »delitvene ekonomije«, »sodelovanjega gospodarstva« in »spletnih platform«. *Podjetje in delo*, 43(6–7), str. 1161–1169.
- Lehdonvirta, L. (2017) *Where are online workers located? The international division of digital gig work*. <http://labour.oii.ox.ac.uk/where-are-online-workers-located-the-international-division-of-digital-gig-work/> (25. 8. 2017).
- Marvit, Z. M. (2014) *How Crowdworkers Became the Ghosts in the Digital Machine*. <https://www.thenation.com/article/how-crowdworkers-became-ghosts-digital-machine/> (15. 1. 2018).
- McKinsey Global Institute (2016) *Independent work: Choice, necessity, and the gig economy*. <http://www.mckinsey.com/global-themes/employment-and-growth/independent-work-choice-necessity-and-the-gig-economy> (6. 2. 2017).
- Mednarodna organizacija dela (2006) *Priporočilo MOD št. 198 o delovnem razmerju*. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R198 (15. 2. 2017).

- Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti (2016) Za dostojno delo. [Http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti__pdf/dpd/21_03_2016_Dostojno_delo_final.pdf](http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti__pdf/dpd/21_03_2016_Dostojno_delo_final.pdf) (15. 2. 2017).
- Rasnača, Z. (2017) *Bridging the gaps or falling short? The European Pillar of Social Rights and what it can bring to EU-level policymaking*. Bruselj: ETUI. (15. 1. 2018).
- Senčur Peček, D. (2015) Prikrita delovna razmerja : ali bodo »samozaposleni« nadomestili delavce?, *Lexonomica: revija za pravo in ekonomijo*, 1(7), str. 1–17.
- Senčur Peček, D. (2016) Pojem delavca s primerjalnega in EU vidika, *Delavci in delodajalci*, 16(2–3), str. 189–216.
- Senčur Peček, D. (2017) Vpliv informacijske tehnologije na delovna razmerja, *Podjetje in delo*, 43(6–7), str. 1170–1184.
- Senčur Peček, D. (2017a) Delovni čas v dobi stalne dosegljivosti, *Delavci in delodajalci*, 17(2–3), str. 155–178.
- Statistični urad Republike Slovenije (2017) *Delovno aktivno prebivalstvo, Slovenija*, Podatkovna baza SI-STAT.
- Tičar, L. (2016) Vpliv digitalizacije na pojav novih oblik dela, *Delavci in delodajalci*, 16(2–3), str. 241–256.

Odstranitev na zahtevo ali obveznost filtriranja nezakonitih uporabniških vsebin na internetu

MATIJA DAMJAN

Povzetek Vsebine, ki so dostopne na internetu, lahko kršijo različne pravne norme in povzročajo škodo. Povprečen uporabnik interneta komunicira z javnostjo na spletnih platformah drugih upravljalcev, kot so družbena omrežja in spletni forumi. V prispevku so predstavljena splošna pravila odgovornosti internetnih posrednikov za uporabniške vsebine, ki temeljijo na razlikovanju med izključnim prenosom podatkov, shranjevanjem v predpomnilniku in gostiteljstvom. Analizirana je sodna praksa Sodišča EU glede pojma tehnično nevtralnega ponudnika storitev ter glede možnosti, da sodišče v posameznem primeru odredi obvezno filtriranje nezakonitih uporabniških vsebin. Nazadnje je preučena še težnja k vzpostavljanju samodejnih orodij za preverjanje takih vsebin, ki se kaže v novejših dokumentih Evropske komisije. Avtor je kritičen do tega trenda, ki odstopa od Manilskih načel odgovornosti internetnih posrednikov.

Ključne besede: • internetni posredniki • informacijska družba • nezakonite vsebine • odgovornost • škoda • gostiteljstvo • odstranitev na zahtevo • filtriranje vsebin •

NASLOV AVTORJA: dr. Matija Damjan, docent, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Inštitut za primerjalno pravo, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: matija.damjan@pf.uni-lj.si.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-169-8.4>
© 2018 Univerzitetna založba Univerze v Mariboru
Dostopno na: <http://press.um.si>.

ISBN 978-961-286-169-8

Notice-and-Take-Down or the Obligation to Filter Illegal User-Generated Content

MATIJA DAMJAN

Abstract The content available on the Internet may violate various legal norms and cause damage. An average Internet user communicates with the public on various online platforms of other platform operators, such as social networks and online forums. The article presents an overview of the general rules on Internet intermediary liability for user-generated content, which are based on the distinction between mere conduit, caching and hosting. The article provides an analysis of the case law of the EU Court of Justice concerning the concept of a technically neutral service provider and the permissibility of court-ordered automated filtering of illegal user-generated content in a particular case. Finally, the article studies the tendency to establish automated tools for checking of user-generated content, as reflected in recent policy documents of the European Commission. The author is critical of this trend, which deviates from the Manila principles of intermediary liability.

Keywords: • Internet intermediaries • information society • illegal content • liability • damage • hosting • takedown notice • automated filtering •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Matija Damjan, PhD, Assistant Professor, University of Ljubljana, Faculty of Law, Institute for Comparative Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: matija.damjan@pf.uni-lj.si.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-169-8.4>

ISBN 978-961-286-169-8

© 2018 University of Maribor Press

Available at: <http://press.um.si>.

1 Uvod

Ponudniki internetnega dostopa, upravljalci spletnih platform in drugi internetni posredniki tehnično omogočajo javno dostopnost različnih vrst podatkov na internetu, zato so pogosto deležni zahtev za odstranitev vsebin, ki so za posameznike iz tega ali onega razloga moteče. Kakšna je odgovornost internetnih posrednikov za vsebino podatkov, ki jih hranijo ali prenašajo, je eno ključnih vprašanj pravne ureditve interneta. Zlasti gre za dilemo, ali je posrednik dolžan sam aktivno delovati, da bi preprečil ali omejil razširjanje nezakonitih vsebin, ali pa mora ukrepati le na podlagi obvestila o konkretni kršitvi. Splošna pravila odgovornosti internetnih posrednikov za uporabniške vsebine je Evropska unija določila z direktivami, ki so prenesene tudi v slovensko zakonodajo. V tem poglavju so preučeni pogoji, pod katerimi se lahko internetni posrednik izogne odgovornosti za nezakonite vsebine svojih uporabnikov, in interpretacija teh pogojev v sodni praksi Sodišča Evropske unije, zlasti v zvezi s konceptom tehnične nevtralnosti ponudnika storitev. Drugo vprašanje je, kdaj lahko sodišče ali drug državni organ internetnemu posredniku v posameznem primeru odredi obvezno filtriranje nezakonitih uporabniških vsebin. Sodna praksa Sodišča Evropske unije (Sodišče EU) takšnim ukrepom ni bila naklonjena. V novejših dokumentih Evropske komisije, ki so preučeni v zadnjem delu poglavja, pa se kaže težnja k spodbujanju ali celo predpisovanju uporabe samodejnih računalniških orodij za preverjanje nekaterih vrst uporabniških vsebin. Uveljavitev teh predlogov bi lahko povzročila temeljno spremembo sedanje ureditve odgovornosti internetnih posrednikov.

2 Nezakonite vsebine na internetu in vloga internetnih posrednikov

Nezakonite internetne vsebine so tista besedila, zvočne ali video datoteke, podatkovne baze ali drugi digitalni podatki, katerih javna priobčitev je v nasprotju s pravili civilnega, kazenskega, upravnega prava ali katerega drugega pravnega področja. Tovrstnih kršitev, ki lahko vodijo do odškodninske ali celo kazenske odgovornosti storilca, je mnogo vrst. Na spletni strani, družbenem omrežju ali forumu so lahko objavljena besedila ali slike, ki določeno osebo žalijo ali obrekujejo. Na enak način se lahko neupravičeno razširjajo zasebni videoposnetki ali priobčujejo besedila ali glasba, s katerimi se javno razpihuje sovraštvo, nasilje ali nestrpnost. Prek interneta se lahko omogoča dostop do nezakonitih kopij avtorskih del (glasba, filmi, elektronske knjige), do varovanih podatkovnih baz (na primer imeniki) ali do dokumentacije, ki vsebuje poslovne skrivnosti gospodarske družbe. Na spletnih tržnicah so na prodaj ponareddki blaga priznanih blagovnih znamk. Če se ti oglašujejo in prodajajo kot pravi, gre poleg kršitve znamke še za spletno prevaro kupcev. Nezakonite vsebine so tudi računalniški virusi in črvi, ki povzročajo škodo v informacijskih sistemih oziroma kradejo občutljive podatke. Tovrstne nezakonite vsebine so preko interneta dostopne kjerkoli na svetu, kar pomeni, da lahko kjerkoli nastane tudi škoda oziroma prepovedana posledica (Murray, 2010: 47–48).

Jasno je, da za takšno škodo odgovarja neposredni kršitelj – torej tisti, ki je sam objavil oziroma posredoval nezakonite podatke, če je pri tem ravnal krivdno. Vendar povprečen uporabnik interneta danes nima svoje spletne strani, sploh pa ne svojega spletnega

strežnika, ampak komunicira z internetno javnostjo na različnih spletnih platformah drugih upravljalcev, kot so družbena omrežja, spletni forumi, platforme za gostovanje blogov in spletne tržnice. Spletne storitve, pri katerih uporabniki prispevajo svojo vsebino (user-generated content) in jo upravljajo na ponudnikovi interaktivni spletni platformi, so v zadnjih petnajstih letih doživele izjemno rast in uspeh. Tako je internetni uporabnik hkrati tudi ponudnik vsebin, ki gostujejo na tuji infrastrukturi (Rowland, Kohl, Charlesworth, 2012: 89). Ker uporabniki spletnih platform zlahka zakrijejo svojo identiteto in nezakonite vsebine objavljajo anonimno, je pregon neposrednega kršitelja navadno zelo otežen, dodatno pa ga otežuje decentralizirana čezmejna narava interneta. Zato se zastavlja vprašanje, ali in kdaj je mogoče namesto zoper neposrednega storilca ukrepati zoper upravljalca spletne platforme, na kateri so dostopne sporne vsebine, oziroma zoper katerega od drugih tehničnih posrednikov, ki z zagotavljanjem prenosa podatkov na internetu omogočajo dostop do teh vsebin. Vsem internetnim posrednikom je namreč skupno, da imajo tehnično možnost nadzora nad vsebino, ki jo na internet oziroma prek interneta prenašajo njihovi uporabniki. Pod katerimi pogoji je torej mogoče internetnim posrednikom odrediti, da nezakonite uporabniške vsebine odstranijo oziroma da preprečujejo dostop do njih? Kdaj so internetni posredniki tudi sami odgovorni za uporabniške vsebine?

3 Odgovornost internetnega posrednika za uporabniške vsebine

3.1 Uvodno

V evropski zakonodaji in zakonodaji ZDA je bil v začetku stoletja izoblikovan kompromis, po katerem internetni posredniki ne odgovarjajo za vsebine tretjih strank, če so pripravljene na zahtevo prizadetih oseb odstraniti nezakonite uporabniške vsebine ali preprečiti dostop do njih (Harper, 2005: 30–33; Edwards, 2009: 59–61). Medtem ko sta bila v ZDA iz zgodovinskih in političnih razlogov vzpostavljena ločena režima odgovornosti ponudnikov internetnih storitev glede kršitev pravic intelektualne lastnine in glede drugih vrst civilne in kazenske odgovornosti,¹ je v Evropski uniji Direktiva 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu² (Direktiva 2000/31/ES) vzpostavila enoten režim odgovornosti za vse vrste vsebin na internetu (Edwards, 2009: 50). Pravila te direktive o odgovornosti internetnih posrednikov je v slovenski pravni red najprej prenesla novela Zakona o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu³ (ZEPEP), ki je v zakon vstavila nove člene 13.a do 13.d. Leta 2006 so bile te določbe prenesene v drugo poglavje Zakona o elektronskem poslovanju na trgu⁴ (ZEPT).

¹ Prvega ureja Digital Millennium Copyright Act (DMCA), Title 512, drugega Communications Decency Act (CDA), section 230(C).

² UL L 178, 17. 7. 2000, str. 1–16.

³ Uradni list RS, št. 98/04 – UPB, 61/06 – ZEPT in 46/14.

⁴ Uradni list RS, št. 96/09 – UPB in 19/15.

3.2 Storitve informacijske družbe

Direktiva 2000/31/ES v členih 12 do 15 uvaja poenoten režim odgovornosti internetnih posrednikov.⁵ V direktivi urejen režim odgovornosti velja za vse ponudnike storitev informacijske družbe, ki opravljajo tovrstne posredovalne storitve za tretje osebe. V skladu s točko (b) prvega odstavka 1. člena Direktive (EU) 2015/1535 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. septembra 2015 o določitvi postopka za zbiranje informacij na področju tehničnih predpisov in pravil za storitve informacijske družbe⁶ (Direktiva 2015/1535/EU) je storitev informacijske družbe storitev, ki se po navadi zagotavlja za plačilo, na daljavo, z elektronskimi sredstvi in na posamezno zahtevo prejemnika storitev. »Na daljavo« pri tem pomeni, da se storitev zagotavlja, ne da bi bili strani navzoči sočasno, »z elektronskimi sredstvi« pa, da se storitev pošlje in sprejme z elektronsko opremo za obdelavo in shranjevanje podatkov ter v celoti pošlje, prenese in sprejme po žici, radiu, optičnih ali drugih elektromagnetnih sredstvih. »Na posamezno zahtevo prejemnika storitev« pomeni, da se storitev izvrši, ko posamezni uporabnik to zahteva, na primer s klikom na hiperpovezavo. Gre torej za širok pojem, ki zajema različne vrste storitev na internetu, na primer spletno prodajo blaga ali storitev, spletno oglaševanje, dostop do komunikacijskega omrežja ter prenos in shranjevanje podatkov v tem omrežju. So pa iz pojma storitev informacijske družbe izrecno izključene nekatere dejavnosti, kot so dobavljanje blaga ali opravljanje storitev izven spleta, radijsko in televizijsko oddajanje, revizijski pregledi, zdravniški nasveti in pregledi itd.⁷

Čeprav Direktiva 2015/1535/EU določa, da se storitev informacijske družbe »po navadi zagotavlja za plačilo«, je sodna praksa pojasnila, da odplačnost ni nujni element takšne storitve. Že v 18. uvodni izjavi Direktive 2000/31/ES je navedeno, da se storitve informacijske družbe ne omejujejo le na sklepanje pogodb v stalnem internetnem poslovanju, temveč se, če gre za gospodarsko dejavnost, razširjajo na storitve, ki jih ne plačajo prejemniki. V skladu s tem je Sodišče EU v zadevi *Papasavvas*⁸ odločilo, da med storitve informacijske družbe spadajo tudi spletne storitve, za katere ponudniku ne plača prejemnik, temveč je ponudnik plačan iz dohodkov od oglasov, objavljenih na internetnem mestu. V zadevi *Mc Fadden*⁹ pa je zavzelo stališče, da se lahko na pravila direktive o omejitvi odgovornosti kot ponudnik storitev informacijske družbe sklicuje tudi upravljalca trgovine, hotela ali bara, ki javnosti ponuja brezplačno uporabo

⁵ Naslov 4. oddelka II. poglavja Direktive 2000/31/ES navaja odgovornost posrednih ponudnikov storitev; v naslovu 8. člena slovenskega ZEPT je v enakem pomenu uporabljen izraz ponudniki posredovalnih storitev (ki je ustrežnejši prevod izraza *intermediary service providers* iz angleške različice direktive).

⁶ UL L 241, 17. 9. 2015, str. 1–15. Isto definicijo storitev informacijske družbe prevzema 11. točka 3. člena ZEPT.

⁷ Direktiva 2000/31/ES v 18. uvodni izjavi navaja več primerov storitev, ki ustrezajo in ki ne ustrezajo definiciji storitev informacijske družbe.

⁸ Zadeva C-291/13, Sotiris Papasavvas proti O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd, Takisu Kounnafiju, Giorgiosu Sertisu, ECLI:EU:C:2014:2209, točka 30.

⁹ Zadeva C-484/14 Tobias Mc Fadden proti Sony Music Entertainment Germany GmbH, ECLI:EU:C:2016:689.

brezžičnega omrežja z internetno povezavo (Wi-Fi), kadar to počne z namenom oglaševanja proizvodov, ki jih prodaja, ali storitev, ki jih ponuja.

Tudi v pravni teoriji se zastopa stališče, da je treba pojem ponudnika storitev informacijske družbe razlagati široko, saj je ureditev odgovornosti za nezakonite vsebine uporabnikov zasnovan zaradi zaščite teh ponudnikov, ne pa njihove obremenitve (Edwards, 2009: 63; Tičar, Makarovič, 2007: 256). Vendar se lahko na omejitev odgovornosti sklicujejo samo tisti ponudniki storitev informacijske družbe, ki za uporabnike na internetu opravljajo (tehnično nevtralne) posredovalne storitve.

3.3 Izključitev dolžnosti nadzora ali hranjenja uporabniških podatkov

Direktiva 2000/31/ES v 22. uvodni izjavi določa, da mora nadzor nad storitvami informacijske družbe potekati pri viru dejavnosti, zato da se zagotovi učinkovita zaščita ciljev javnega interesa. Prednostno je torej treba preganjati storilce protipravnih ravnanj na internetu in le podrejeno, v omejenih primerih, so lahko za protipravne vsebine tretjih odgovorni tudi internetni posredniki. V skladu s tem normativnim izhodiščem 8. člen ZEPT določa, da za podatke, ki jih ponudnik storitev za opravljanje storitve informacijske družbe zagotovi sam, sam tudi odgovarja po splošnih pravilih obligacijskega in kazenskega prava. Pri tem gre namreč za odgovornost za lastne vsebine, na primer za vsebino spletnega portala, ki jo ponudnik sam ureja in izbira vsebine, ki so na njej priobčene.

Glede podatkov, ki jih zagotovijo prejemniki storitve (torej uporabniških podatkov), pa kot temeljno načelo velja, da jih ponudnik posredovalnih storitev ni dolžan nadzirati ali hraniti ali dejavno raziskovati okoliščin, nakazujočih na njihovo morebitno protipravnost (15. člen Direktive 2000/31/ES in tretji odstavek 8. člena ZEPT). Takšne splošne obveznosti nadzora podatkov ponudnikom posredovalnih storitev države članice tudi ne smejo predpisati. Načelo izključitve splošne obveznosti nadzora vsebine je izjemno pomembno, saj učinkuje kot oblastna omejitev ter pravica in hkrati dolžnost ponudnika storitev. Ponudnik torej niti ni dolžan nadzirati vsebine niti je sam ne sme nadzirati (zaradi varstva zasebnosti uporabnikov). Ne glede na to pa zakon ponudniku posredovalnih storitev za uporabniške vsebine ne podeljuje blanketne imunitete, temveč odgovornost zanje ureja glede na tri temeljne vrste posredovalnih storitev:

- izključni prenos podatkov,
- shranjevanje v predpomnilniku,
- gostiteljstvo.

3.4 Izključni prenos

Ponudnik storitev informacijske družbe, ki prejemnikom storitev zagotavlja samo prenos podatkov v komunikacijskem omrežju oziroma dostop do tega omrežja, za vsebino poslanih uporabniških podatkov ni odgovoren, če:

- sam ne sproži prenosa podatkov,
- ne izbere naslovnika prenosa,

- ne izbere podatkov, ki bodo preneseni, in
- podatkov med prenosom ne spremeni.

Odločitev o sprožitvi prenosa določenih podatkov določenemu naslovniku mora torej sprejeti prejemnik storitev informacijske družbe, ponudnik storitev pa tak prenos podatkov samo tehnično izvede. Direktiva 2000/31/ES pojasnjuje, da pojma prenosa in zagotovitve dostopa vključujeta efemerno shranjevanje poslanih podatkov, tj. samodejno, vmesno in prehodno shranjevanje, če je namenjeno samo izvajanju prenosa v komunikacijskem omrežju zaradi izboljšanja učinkovitosti prenosa in če se podatki ne shranijo za daljši čas, kolikor je za njihov prenos upravičeno potrebno. Tovrstna storitev informacijske družbe je povsem tehnične narave, samodejna in pasivna, saj ponudnik ne pozna podatkov, ki jih prenaša oziroma shranjuje, niti jih ne more nadzorovati.¹⁰ Zato je njegova odgovornost za nezakonite vsebine v takšnem primeru izključena (9. člen ZEPT). Ponudnik izključnega prenosa ni odgovoren niti v primeru, če ga imetnik prizadete pravice izrecno obvesti o protipravni vsebini na določenem spletnem mestu, saj ponudnik ni dolžan blokirati spletnih naslovov oziroma to lahko stori le na podlagi odredbe pristojnega organa.¹¹ Storitve izključnega prenosa vključujejo, na primer, storitev zagotavljanja internetnega dostopa naročnikom prek žičnega omrežja ali prek mobilne podatkovne povezave, pa tudi ponujanje javno dostopnega brezžičnega omrežja (Wi-Fi) gostom lokala ali udeležencem konference (Rowland, Kohl, Charlesworth, 2012: 76–79).

3.5 Predpomnjenje

Za hitrejše delovanje interneta je pomemben postopek shranjevanja v predpomnilniku oziroma predpomnjenja (caching), ki je sicer za internetne uporabnike praktično neopazen, saj se odvija v ozadju. Gre za postopek samodejnega, vmesnega in začasnega shranjevanja podatkov, ki je namenjeno zgolj učinkovitejšemu posredovanju podatka drugim prejemnikom storitve na njihovo zahtevo. Ponudnik predpomnjenja ima večje tehnične možnosti nadzora nad prejemnikovimi podatki kot ponudnik čistega prenosa, saj podatke začasno hrani. Vendar pa ob korektnem opravljanju te storitve njegova vloga ostaja tehnično nevtralna brez vpliva na začasno shranjene podatke. Glede njegove odgovornosti zato veljajo enaka pravila kot za izključni prenos, pod pogojem, da ne manipulira z začasno shranjenimi podatki tretjih (Tičar, Makarovič, 2007: 267–268). Ponudnik storitev tako v skladu z 10. členom ZEPT ni odgovoren za vsebino predpomnjenih podatkov, če:

- podatkov ne spremeni,
- ravna v skladu s pogoji za dostop do podatkov,
- podatke sproti dopolnjuje in posodablja v skladu s splošno priznanimi in uporabljenimi industrijskimi standardi,

¹⁰ 42. uvodna izjava Direktive 2000/31/ES.

¹¹ V tem pogledu se izključitev odgovornosti pri izključnem prenosu najbolj razlikuje od tiste pri gostiteljstvu.

- ne posega v zakonito uporabo tehnologij za pridobivanje informacij o rabi podatkov v skladu s splošno priznanimi in uporabljenimi industrijskimi standardi in
- brez odlašanja odstrani ali onemogoči dostop do podatka, ki ga hrani, takoj ko je obveščen, da je bil vir podatka odstranjen iz omrežja ali da je bil dostop do njega onemogočen ali da je sodišče ali upravni organ odredil njegovo odstranitev ali omejitev.¹²

3.6 Gostiteljstvo

Vprašanje odgovornosti ponudnika storitev je težje rešljivo pri dejavnosti gostiteljstva (hosting), kjer gre za trajnejše shranjevanje uporabnikovih podatkov na gostiteljevem strežniku in navadno tudi omogočanje dostopa do teh podatkov tretjim osebam. Gostiteljstvo obsega, na primer, ponujanje gostovanja spletnih strani na strežniku ponudnika storitve, storitve računalništva v oblaku in storitve spletnih platform, ki uporabnikom omogočajo objavljanje svojih vsebin.¹³ Drugače kot pri izključnem prenosu in predpomnjenju shranjene podatke pri dejavnosti gostiteljstva upravljata tako uporabnik storitve kot njen ponudnik, čeprav ponudnik storitve navadno upravlja le strežniško infrastrukturo in aktivno ne posega v vsebino uporabnika. Vendar pa so tehnične možnosti ponudnika storitve, da vpliva na uporabnikove podatke, večji, saj so podatki dlje časa shranjeni na ponudnikovi infrastrukturi. Zato je ureditev odgovornosti ponudnika gostiteljstva strožja, in sicer v skladu s 14. členom Direktive 2000/31/ES ponudniki storitev ne morejo biti kazensko odgovorni le ob odsotnosti dejanskega poznavanja protipravne dejavnosti ali vsebine, medtem ko je njihova civilna odgovornost izključena pod dodatnim pogojem, da ne poznajo niti dejstev ali okoliščin, iz katerih je protipravnost uporabniških vsebin očitno razvidna (Edwards, 2009: 65). V skladu s tem je v 11. členu ZEPT določeno, da ponudnik storitev ne odgovarja za podatke, shranjene na zahtevo prejemnika storitve, ki ne deluje v okviru njegovih pooblastil ali pod njegovim nadzorom, pod pogojem, da:

- ne ve za protipravno dejavnost ali podatek in mu v zvezi z odškodninsko odgovornostjo niso znana dejstva ali okoliščine, iz katerih izhaja protipravnost, ali
- nemudoma, ko mu je protipravnost znana, ukrepa tako, da podatke odstrani ali onemogoči dostop do njih.

Ponudnik storitve gostiteljstva torej ni dolžan sam iskati nezakonitih vsebin uporabnikov, ki gostujejo na njegovi infrastrukturi, ampak mora ukrepati šele, ko mu postane protipravnost konkretne vsebine poznana bodisi na podlagi prijave prizadete

¹² Ponudnik predpomnjenja ni dolžan (niti ne sme) ukrepati že na podlagi obvestila prizadete osebe o kršitvi, ampak šele tedaj, ko je nezakonita vsebina odstranjena pri viru kršitve (spletnem mestu, kjer je dostopna) ali ko mu odstranitev take predpomnjene vsebine odredi pristojni organ (Rowland, Kohl, Charlesworth, 2012: 76).

¹³ Glede omogočanja blogov kot storitve gostiteljstva glej sodbo in sklep VSL I Cp 252/2014 z dne 19. 3. 2014, ECLI:SI:VSLJ:2014:I.CP.252.2014, točka 11.

osebe (sistem prijave in odstranitve; notice and take down) ali iz drugih očitnih okoliščin. Prav tako mora ukrepati, če mu ustavitev ali preprečitev kršitve z odstranitvijo določenih podatkov oziroma preprečitvijo dostopa do njih odredi sodišče. Sodišče lahko odredi odstranitev nezakonitih vsebin ali onemogočanje dostopa do njih zaradi odkrivanja in preprečevanja kaznivih dejanj, varstva zasebnosti, varovanja tajnih podatkov in poslovne tajnosti. V skladu z 11. členom ZEPT lahko sodišču tak predlog v javnem interesu posredujejo tudi za nadzor pristojni upravni organi, skladno s področno zakonodajo.

ZEPT ali Direktiva 2000/31/ES podrobneje ne opredeljujeta okoliščin, v katerih se lahko šteje, da mora ponudnik vedeti za protipravnosti uporabniških vsebin in je torej dolžan ukrepati na lastno pobudo, tudi če ni prejel zahteve za odstranitev ali sodne odredbe (Mazziotti, 2008: 168). V 48. uvodni izjavi Direktive 2000/31/ES je sicer pojasnjeno, da države članice od ponudnikov storitev, ki hranijo uporabniške podatke, lahko zahtevajo, da ravnajo z ustrežno skrbnostjo, da odkrijejo in preprečijo nekatere oblike nezakonitih dejavnosti. V dosednji slovenski sodni praksi je bil ponudnik storitev gostiteljstva dolžan odstraniti sporne vsebine šele tedaj, ko ga je prizadeta oseba opozorila na konkretno kršitev.¹⁴ Sodišče pa je odločilo, da mora ponudnik storitev ukrepati takoj, ko prejme takšno obvestilo prizadete osebe, in ne čakati na začasno odredbo sodišča ali sodbo, s katero bi mu bila naložena odstranitev podatkov.¹⁵

4 Tehnična nevtralnost ponudnika storitev

Direktiva 2000/31/ES zagotavlja imuniteto pred odgovornostjo za protipravne vsebine uporabnikov tehnično nevtralnemu ponudniku storitev informacijske družbe, ki ne pozna in ne nadzoruje podatkov, ki se prenašajo oziroma shranjujejo.¹⁶ V primeru družbenih omrežij, spletnih medijev in podobnih interaktivnih platform pa je dvomljivo, ali ima ponudnik storitev res le tehnično nevtralno vlogo. Upravljalca spletne platforme namreč uporabnike aktivno spodbuja k objavljanju in deljenju svojih vsebin, saj ravno te pritegnejo pozornost drugih internetnih uporabnikov in generirajo velik promet spletnega mesta, kar upravljalcu omogoča doseganje znatnih prihodkov od oglaševanja in podobnih storitev, ki so vezane na število klikov. Uporabniške vsebine so del njegovega poslovnega modela (George, Scerri, 2007: 3–5; Murray, 2010: 107–110). Ponudnik storitve tako posredno pridobiva koristi tudi od gostovanja nezakonitih vsebin, ki jih objavljajo člani (na primer avtorsko varovanih videov), pri čemer je vsaj pri množičnih platformah vnaprej jasno, da bo določen delež uporabniških vsebin nezakonit. Zato se zastavlja vprašanje, ali ni tak ponudnik storitev vsaj solidarno odgovoren za protipravno vsebino. To bi bilo mogoče utemeljevati zlasti, kadar ponudnikov poslovni model očitno temelji na gostiteljstvu velikih količin vsebin tretjih oseb, za katere je tudi brez posebnega obvestila imetnika pravic splošno znano, da so v

¹⁴ Sodba VSL I Cp 3037/2011 z dne 9. 5. 2012, ECLI:SI:VSLJ:2012:I.CP.3037.2011; sklep istega sodišča I Cpg 862/2013 z dne 9. 10. 2013, ECLI:SI:VSLJ:2013:I.CPG.862.2013, točka 9.

¹⁵ Sodba in sklep VSL I Cp 252/2014 z dne 19. 3. 2014, ECLI:SI:VSLJ:2014:I.CP.252.2014, točka 11.

¹⁶ 42. uvodna izjava Direktive 2000/31/ES.

velikem delu nelegalne. Do odgovornosti ponudnika bi v takšnem primeru morda lahko prišlo že na podlagi njegovega lastnega poznavanja dejstev in okoliščin, iz katerih izhaja protipravnost v smislu prve alineje prvega odstavka 11. člena ZEPT (Edwards, 2009: 67).

O vprašanju, kdaj je v takšnih primerih odgovornost ponudnika storitev informacijske družbe izključena, je Sodišče EU prvič odločalo v zadevi *Google France proti Louis Vuitton (AdWords)*,¹⁷ kjer je šlo za tožbo družbe Vuitton proti družbi Google, ki je oglaševalcem omogočala, da kot ključne besede za prikaz oglasov s povezavo na strani, ki ponujajo ponaredeke blaga družbe Vuitton, vnesejo besede, ki ustrezajo znamkam te družbe, ter ključne besede, povezane z izrazi, ki označujejo ponarejanje, na primer »imitacija« in »kopija«. Google je torej deloval kot ponudnik gostiteljstva oglasov, ki so omogočali kršitev pravic industrijske lastnine. Sodišče EU je ponovilo 42. uvodno izjavo Direktive 2000/31/ES in skladno z njo odločilo, da izključitev odgovornosti velja samo za ponudnika storitev informacijske družbe, katerega vloga je nevtralna, tako da je njegovo ravnanje bolj tehnično, samodejno in pasivno, kar pomeni, da ne pozna niti ne more nadzorovati podatkov, ki jih shranjuje. Pri tem je poudarilo, da za izvzetje od odgovornosti ni odločilno, da je storitev, ki jo ponuja Google, plačljiva; prav tako ni odločilno, ali Google oglaševalcem daje splošne informacije o storitvi ali da pri njenem izvajanju uporablja ključne besede, ki so jih ti vnesli. Odločilnega pomena pa je vprašanje, kakšna je bila vloga družbe Google pri sestavljanju vsebine oglasnega sporočila in pri izbiri ključnih besed, na podlagi katerih bodo njenim uporabnikom prikazani oglasi. Če bi Google pri tem aktivno sodeloval z oglaševalci, bi lahko poznal ali nadzoroval podatke, ki se shranjujejo (Rowland, Kohl, Charlesworth, 2012: 88), zato ne bi imel več le tehnično nevtralne vloge in bi lahko za nezakonite oglase odgovarjal.

V zadevi *L'Oréal proti eBay*¹⁸ je bilo to stališče potrjeno na primeru upravljalca spletnega trga eBay, prek katerega so uporabniki prodajali ponarejene izdelke, zaščitene z znamko družbe L'Oréal. Sodišče EU je odločilo, da zgolj zato, ker upravljavalec spletnega trga v svojem strežniku shranjuje ponudbe za prodajo, določa podrobna pravila svoje storitve, zanj prejema plačilo in strankam daje splošne informacije, mu ne more biti odvzeta možnost sklicevanja na izjeme v zvezi z odgovornostjo, ki jih določa Direktiva 2000/31/ES. Če pa, nasprotno, upravljavalec uporabnikom daje pomoč, ki obsega zlasti optimizacijo predstavitve ponudb za prodajo ali njihovo promocijo, pa ni več v nevtralnem položaju med prodajalcem in potencialnimi kupci, temveč se je postavil v dejavno vlogo, zaradi katere lahko pozna in nadzoruje podatke o teh ponudbah. Zato se glede navedenih podatkov ne bo mogel sklicevati na izjemo v zvezi z odgovornostjo iz 14. člena Direktive 2000/31/ES. Prav tako se ne more sklicevati na oprostitev odgovornosti ponudnik storitve, ki ni imel takšne dejavne vloge, vendar je

¹⁷ Združene zadeve C-236, 237, 238/08, Google France SARL in Google Inc. proti Louis Vuitton Malletier SA, Google France SARL proti Viaticum SA in Luteciel SARL in Google France SARL proti Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL in drugi, ECLI:EU:C:2010:159.

¹⁸ Zadeva C-324/09, L'Oréal SA in drugi proti eBay International AG in drugim, ECLI:EU:C:2011:474.

poznal dejstva ali okoliščine, na podlagi katerih bi moral skrben gospodarski subjekt ugotoviti nezakonitost zadevnih ponudb za prodajo, in v primeru takega vedenja ni takoj ukrepal v skladu s točko b) prvega odstavka 14. člena Direktive 2000/31/ES. Od ponudnika storitev informacijske družbe se torej zahteva, da pri preverjanju zakonitosti podatkov tretjih oseb, ki jih shranjuje, ravna z določeno skrbnostjo. To je skladno z 48. uvodno izjavo Direktive 2000/31/ES, ki pojasnjuje, da direktiva ne posega v možnost, da države članice od ponudnikov storitev, ki hranijo podatke od prejemnikov storitev, zahtevajo, da postopajo s skrbnostjo, ki jo je od njih razumljivo pričakovati in je določena v nacionalnem pravu, tako da odkrijejo in preprečijo nekatere oblike nezakonitih dejavnosti. Kako se ta skrbnost odraža v posameznem primeru, pa je odvisno od konkretnih okoliščin primera.

5 Sodna odreditev filtriranja uporabniških vsebin

5.1 Zakonska ureditev sodnih ukrepov

Kot že rečeno, ponudnik posredovalnih storitev načeloma ni dolžan nadzirati ali hraniti uporabniških vsebin ali dejavno raziskovati okoliščin, nakazujočih na njihovo morebitno protipravnost (15. člen Direktive 2000/31/ES in tretji odstavek 8. člena ZEPT). To splošno načelo pa ne izključuje možnosti, da pristojni organ posameznemu ponudniku v skladu z nacionalno zakonodajo odredi, da mora izvesti določena nadzorna ravnanja v zvezi z nezakonito vsebino svojih uporabnikov.¹⁹ Podrobna pravila o sodnih odredbah so predmet nacionalnih pravil, ki jih sprejmejo države članice ob upoštevanju primernega ravnotežja temeljnih pravic, kot sta svobodna gospodarska pobuda na področju ponujanja internetnih storitev in pravica spletne javnosti do prostega dostopa do informacij (Skubic, 2014: 32). Skladno s tem ZEPT v 9. do 11. členu določa, da sodišče lahko ponudniku storitve naloži ustavitev ali preprečitev kršitve, odredi odstranitev nezakonitih vsebin ali onemogočanje dostopa do njih zaradi odkrivanja in preprečevanja kaznivih dejanj, varstva zasebnosti, varovanja tajnih podatkov in poslovne tajnosti.

Predlog za izdajo takšnega ukrepa lahko sodišču v javnem interesu posredujejo tudi za nadzor pristojni upravni organi, skladno s področno zakonodajo (Tičar, Makarovič, 2007: 263–264). Zakon o igrah na srečo²⁰ (ZIS) v 107.a členu tako določa, da lahko upravno sodišče ponudniku storitev informacijske družbe na predlog Finančne uprave RS odredi omejitev dostopa do spletnih strani, prek katerih se prirejajo spletne igre na srečo brez koncesije vlade. Omejitev dostopa do spletnih strani se lahko izvrši le v obsegu, ki je nujno potreben za izvršitev odločbe o prepovedi prirejanja igre na srečo, in na način, ki je najmanj obremenjujoč za ponudnika storitev informacijske družbe. Predlog novele Zakona o elektronskih komunikacijah²¹ (ZEKom-1C), ki ga je Ministrstvo za izobraževanje, znanost in šport posredovalo v javno obravnavo 15. 7.

¹⁹ 45. in 47. uvodna izjava Direktive 2000/31/ES.

²⁰ Uradni list RS, št. 14/11 –UPB, 108/12, 11/14 – popr. in 40/14 – ZIN-B.

²¹ Uradni list RS, št. 40/17.

2016,²² je v 60. členu predvideval možnost, da bi operaterji omrežij in izvajalci storitev dostopa do interneta tudi brez posebne odločbe smeli ovirati dostop do spletnih domen, ki so zaradi posnetkov spolne zlorabe otrok na internetu na Interpolovem seznamu »IWOL«. Vendar je bila ta določba črtana iz končnega predloga zakona, zlasti ker so bili v javni obravnavi izraženi pomisleki, da bi šlo pri tem za nesorazmeren poseg v načelo internetne nevtralnosti, saj ta seznam domen ni pravno opredeljen in nad njim ni neodvisnega sodnega nadzora.

Vprašanje, na katero direktiva in tudi zakonodaja ne dajeta izrecnega odgovora, pa je, ali lahko sodišče ponudniku posredovalnih storitev na predlog prizadete osebe odredi, naj v bodoče izvaja nadzor nad zakonitostjo vseh uporabniških vsebin, ki jih shranjuje oziroma prenaša, in tako v nadalje preprečuje kršitve. To vprašanje je postalo aktualno zaradi razvoja računalniških programov, ki avtomatsko pregledujejo shranjene podatke in filtrirajo tiste, ki so po določenem merilu sporni, na primer vulgarni izrazi v spletnih komentarjih, pornografske vsebine na družbenih omrežjih, glasba ali videoposnetki, ki so uporabljeni brez dovoljenja avtorja. Ali lahko torej oškodovanec, ki dokaže, da prihaja do kršitev njegovih pravic z uporabo storitev konkretnega internetnega posrednika, doseže izdajo sodne odredbe, s katero se posredniku v konkretnem primeru naloži obveznost filtriranja in blokiranja dostopa do nezakonitih podatkov, kakršne zakon na splošno ne sme predpisati? Ali takšna rešitev lahko zagotavlja primerno ravnotežje temeljnih pravic?

5.2 Problematičnost filtriranja internetnih vsebin

Na prvi pogled se lahko zdi razumna rešitev, da se ponudnikom gostiteljstva, ki imajo ekonomsko korist od prikazovanja vsebin, ki jih na njihovo spletno platformo nalagajo uporabniki, naloži tudi tehnično breme zagotavljanja zakonitosti teh vsebin z uporabo ustreznega programskega filtra. Tak je gotovo pogled imetnika avtorskih pravic, ki mora sicer sam prežati na neupravičene uporabe svojih del na internetu in jih prijavljati internetnim posrednikom. Glasbene založbe, ki s posebnimi programi iščejo videoposnetke na spletišču YouTube, v katerih je neupravičeno vsebovana njihova glasba, bi to delo gotovo raje preložile na ponudnika storitve. Vendar je treba pri oblikovanju splošnih pravil upoštevati, da niso vsi ponudniki storitev internetni giganti, kakršna sta Google ali Facebook. Vzpostavitev splošne obveznosti filtriranja uporabniških vsebin, četudi je naložena šele s sodno odločbo, lahko za manjše ponudnike predstavlja preveliko breme, zlasti ker je povezana z možnostjo odškodninske odgovornosti za primer kršitve. Takšna rešitev bi predvsem ogrozila neodvisne internetne posrednike in pospešila centralizacijo interneta, ki bi ogrozila tiste prednosti odprtega interneta, ki naj bi jih varovalo načelo internetne nevtralnosti.

²² Dokument Ministrstva za izobraževanje, znanost in šport, Direktorata za informacijsko družbo, št.: 007-174/2014/103 z dne 15. 7. 2016, objavljen na državnem portalu e-demokracija, <https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=5111> (uporabljeno 1. 3. 2018).

Drugi problem je, da so programi za filtriranje razmeroma neučinkoviti. To se lepo pokaže ravno pri številnih primerih neutemeljenih zahtevkov imetnikov pravic na portalu YouTube, ki so vloženi avtomatično na podlagi delovanja takšnih programov, saj so nezakonite vsebine pogosto napačno prepoznane. Znan je primer, ko je YouTube na zahtevo domnevnega imetnika pravic odstranil posnetek statičnega šuma ali ptičjega petja, češ da krši avtorske pravice, čeprav očitno ni moglo iti za avtorsko delo (Baraniuk, 2018). Sam tehnični problem kakovosti prepoznavanja varovanih vsebin je mogoče minimirati z izboljšavami tehnologije. Vendar nam tudi izboljšana tehnologija ugotavljanja podobnosti avtorskih vsebin ne pove dosti o njihovi nezakonitosti. Avtorsko pravo pozna vrsto vsebinskih omejitev avtorskih pravic, zaradi katerih je uporaba tujega dela lahko dopustna, na primer, kot parodija ali citat, poleg tega je trajanje pravic časovno omejeno, česar programi ne upoštevajo. Podobno ni mogoča avtomatična prepoznavna sovražnega govora med komentarji bralcev. Program brez težave filtrira posamezne žaljive ali vulgarne besede, težko pa razbere pomen širšega besedila ob upoštevanju širšega konteksta, zato lahko preganjanje sovražnega govora z avtomatskimi filtri hitro filtrira tudi legitimno politično kritiko. Podobne težave so z avtomatskim prepoznavanjem pornografije in njenim ločevanjem od umetniških del ali dokumentarnih posnetkov. Nedavno je filter družbenega omrežja Facebook fotografijo 30.000 let starega kipca willendorfske Venere prepoznal kot pornografsko in jo zato izbrisal (Dawson, 2018). Ker filtriranje izvaja zasebni subjekt, zoper njegove odločitve ni učinkovitega pravnega varstva, ampak je to odvisno od presoje samega ponudnika storitev.

Filtriranje uporabniških vsebin se običajno nanaša na dejavnost gostiteljstva. Kadar se ponudnik storitve gostiteljstva nahaja v drugi jurisdikciji, pa je vabljiva tudi možnost, da se blokiranje spornih vsebin naloži ponudniku internetnega dostopa v domači državi. S tem ukrepom je sicer lažje preprečiti dostop do posameznega spletnega mesta ali strežnika v celoti, kot pa ciljati le na posamezne sporne vsebine na tem strežniku. Blokiranje spletnega mesta se lahko izvede z blokado prometa glede na ciljni IP naslov, s spreminjanjem tabel za usmerjanje podatkovnega prometa ali s preusmerjanjem prometa s pomočjo lažnih odgovorov v sistemu domenskih imen (DNS). Noben od teh ukrepov sicer ni povsem učinkovit in se mu lahko tako ponudniki storitev kot internetni uporabniki izognejo (Božič, 2010; Internet Society, 2017a). Filtriranje posameznih nezakonitih vsebin pa bi ponudnik internetnega dostopa lahko izvršil le s tehnologijo temeljitega pregleda paketov (deep packet inspection), ki temelji na samodejnem pregledovanju celotnega podatkovnega prometa in iskanju vzorcev v njem. Odreditev takšnega ukrepa za filtriranje morebitnih nezakonitih vsebin na internetu pa bi bila nedvomno protiustavna, saj bi očitno nesorazmerno posegla v komunikacijsko zasebnost, ki jo zagotavlja 37. člen Ustave RS.²³

²³ Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99 in 75/16 – UZ70a.

5.3 Sodna praksa

Sodna praksa v državah članicah EU ni takoj ponudila enotnega odgovora na vprašanje, ali je dopustno, da sodišče internetnemu posredniku naloži filtriranje uporabniških vsebin. Nemško zvezno vrhovno sodišče je v zadevah *Atare Europe*²⁴ in *GEMA v. Rapidshare*²⁵ celo zavzelo stališče, da bi moral skrben ponudnik dejavnosti gostiteljstva tak sistem vzpostaviti že sam, po tem ko bi od prizadetih oseb prejel obvestila o tem, da z uporabo njegovih storitev prihaja do kršitev pravic tretjih. Sistem samodejnega filtriranja shranjenih podatkov v povezavi z dodatnim ročnim preverjanjem bi lahko bil primeren ukrep za preprečitev bodočih kršitev avtorskih pravic. Opustitev ustreznega ukrepanja za preprečitev nadaljnega nezakonitega dostopa do avtorskopravno varovanih vsebin tretjim osebam pa bi po mnenju nemškega sodišča lahko pripeljala do tega, da bi tudi ponudnik storitve sam odgoval kot posredni kršitelj avtorskih pravic (Dolžan, 2013a: 23; Dolžan, 2013b: 33).

Sodna praksa Sodišča EU tej argumentaciji ni sledila. V zadevi *Scarlet Extended*²⁶ je šlo za vprašanje, ali se ponudniku internetnega dostopa kot dejavnosti izključnega prenosa lahko naloži preventivno filtriranje vsega podatkovnega prometa, da bi se tako preprečili nezakoniti prenosi avtorsko varovanih vsebin. Belgijsko sodišče je na predlog kolektivne organizacije Sabam ponudniku internetnega dostopa naložilo, naj vzpostavi sistem, ki bi njegovim strankam onemogočil, da brez dovoljenja imetnikov avtorskih pravic prenašajo glasbene datoteke z uporabo programske opreme »peer-to-peer«. Sodišče EU je odločilo, da nacionalno sodišče takšne odredbe ne sme izdati. Takšna odredba bi namreč kršila prepoved splošnega nadzora iz 15. člena Direktive 2000/31/ES ter bi nesorazmerno posegla v svobodo gospodarske pobude zadevnega ponudnika, saj bi mu naložila, da na lastne stroške in za stalno vzpostavi zapleten in drag informacijski sistem. S filtriranjem prometa pa bi bile kršene tudi temeljne pravice uporabnikov, in sicer pravica do varstva osebnih podatkov ter svoboda sprejemanja in širjenja vesti. Če filter ne bi dovolj dobro razločeval nezakonitih vsebin od zakonitih, bi njegova uporaba namreč onemogočila tudi prenašanje nekaterih zakonitih vsebin, kar pa je nesprejemljivo (Maziotti, 2008: 170; Edwards, 2009: 81).²⁷

²⁴ I ZR 18/11 z dne 12. julija 2012.

²⁵ I ZR 80/12 z dne 15. 8. 2013.

²⁶ Zadeva C-70/10, *Scarlet Extended SA proti Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, ECLI:EU:C:2011:771.

²⁷ Dolhar pravilno opozarja, da je bil predlagani ukrep filtriranja podatkov neprimeren za dosego želenega cilja  e na tehnični plati. Vsebine prenosa (kaj šele njegove zakonitosti) namreč ni mogoče  inkovito identificirati, sploh ker lahko uporabniki kadarkoli preidejo na drug protokol prenosa podatkov; pred pregledovanjem vsebine prenosov (deep-packet inspection, kar bi bilo sicer gotovo v nasprotju z varstvom temeljnih pravic), pa podatke lahko zaščitijo z uporabo enkripcije. Edini res  inkovit ukrep bi bila fizična prekinitve podatkovne linije (Dolhar, 2011: 25).

Podobno argumentacijo je Sodišče EU uporabilo v zadevi *SABAM proti Netlog NV*,²⁸ kjer je šlo za vprašanje, ali je vzpostavitev sistema samodejnega filtriranja uporabniških vsebin dopustno naložiti ponudniku storitve gostiteljstva – torej subjektu, ki ima po Direktivi 2000/31/ES strožje obveznosti ukrepanja zoper nezakonite vsebine. V konkretnem primeru je šlo za družbeno omrežje Netlog, katerega uporabniki so na svojih profilih med sabo neupravičeno delili avtorsko varovana glasbena in avdiovizualna dela iz kataloga glasbene kolektivne organizacije Sabam. Kolektivna organizacija je zahtevala, naj se operaterju spletne platforme naloži preprečitev take protipravne uporabe avtorskih del. Belgijsko sodišče je na Sodišče EU naslovilo vprašanje za predhodno odločanje, ali je dopustno, da se ponudniku storitev gostovanja odredi vzpostavitev preventivnega sistema filtriranja vseh informacij, ki so jih uporabniki teh storitev shranili v njegovih strežnikih, da bi se ugotovilo, na katerih vsebinah ima Sabam pravice, in izmenjavo teh del preprečilo. Sodišče EU je ponovilo svoje stališče iz zadeve *Scarlet Extended*, da bi sistem samodejnega filtriranja hudo kršil svobode gospodarske pobude ponudnika storitve in hkrati nesorazmerno posegel v pravice uporabnikov do varstva osebnih podatkov ter svobode sprejemanja in širjenja vesti. Skladno s tem je odgovorilo, da sodišče tudi ponudniku gostovanja ne sme naložiti vzpostavitve preventivnega sistema filtriranja vseh uporabniških podatkov (Dolhar, 2012: 27).

Potem ko je v zadevi *Scarlet Extended* Sodišče EU že zavrnilo dopustnost filtriranja vsega podatkovnega prometa zaradi preprečitev kršitve avtorskih pravic, mu je bilo v zadevi *UPC Telekabel*²⁹ zastavljeno vprašanje, ali lahko nacionalno sodišče ponudniku internetnega dostopa (torej dejavnosti izključnega prenosa) z odredbo naloži, da svojim strankam z blokado onemogoči dostop le do posameznega spletnega mesta, ki očitno krši avtorske pravice. Šlo je za spletni portal kino.to, ki je uporabnikom omogočal dostop do velikega števila avtorsko varovanih filmov. Tožena družba UPC Telekabel ni bila v pogodbenem razmerju z upravljalcem spornega spletnega mesta, ampak je internetni dostop zagotavljala le svojim uporabnikom, ki pa so seveda nato lahko dostopali do spletnega mesta kino.to. Sodišče EU je odločilo, da odredba, s katero nacionalno sodišče naloži preprečevanje dostopa do posameznega spletnega mesta sicer pomeni očitno oviro svobodni gospodarski pobudi, vendar je lahko dopustna, če ne določa, katere ukrepe mora sprejeti ponudnik dostopa, in če se slednji lahko izogne prisilnim kaznim zaradi kršitve navedene odredbe s tem, da dokaže, da je sprejel vse razumne ukrepe. Naslovnik odredbe pa mora pri izbiri ukrepov skrbeti za spoštovanje temeljne pravice internetnih uporabnikov do svobode informiranja in jim z ukrepi ne sme po nepotrebnem odvzeti možnosti zakonitega dostopa do razpoložljivih informacij. Po drugi strani morajo biti ukrepi učinkoviti in jasno usmerjeni k cilju, da preprečijo ali vsaj otežijo uresničevanje nedovoljenega dostopa do varovanih vsebin ter resno odvrtačajo internetne uporabnike od dostopanja do teh vsebin, če je s tem kršena pravica intelektualne lastnine (Skubic, 2014: 32). Nacionalno sodišče torej lahko ponudnikom

²⁸ Zadeva C-360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) proti Netlog NV, ECLI:EU:C:2012:85.

²⁹ Zadeva C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH proti Constantin Film Verleih GmbH in Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, ECLI:EU:C:2014:192.

storitve naloži samo izvedbo ukrepa, ki je hkrati učinkovit in sorazmeren. Končna izbira razumnega tehničnega ukrepa, ki ga bo izvedel za izvedbo odrejenega onemogočanja dostopa pa mora biti prepuščena ponudniku storitve.

Z dopustno vsebino sodnih odredb ponudniku izključnega prenosa se je Sodišče EU znova ukvarjalo v zadevi *Mc Fadden*,³⁰ kjer se je zastavilo vprašanje, ali ponudniku, ki pri svojih dejavnostih javnosti (zaradi pritegnitve pozornosti strank) ponuja odprto in brezplačno omrežje Wi-Fi z dostopom do interneta, sodišče lahko odredi, naj tretjim osebam prepreči, da prek njegove internetne povezave posegajo v posamezno varovano delo. Četudi bi prepoved ponudniku dopuščala izbiro tehničnih ukrepov, ki jih izvede, lahko naslovnik sodno prepoved dejansko izpolni le tako, da internetno povezavo prekine, jo zaščiti z geslom ali preverja celotno komunikacijo, ki poteka prek te povezave. Sodišče EU je takoj izključilo dopustnost ukrepa nadzora nad vsemi prenesenimi podatki, češ da je v nasprotju s prepovedjo splošne obveznosti nadzora nad informacijami, ki se prenašajo. Ukrep popolne prekinitve internetne povezave bi po mnenju Sodišča EU povzročil prehud poseg v svobodo gospodarske pobude ponudnika dostopa do interneta. Glede zaščite internetne povezave z geslom, pa je ugotovilo, da ta ukrep sicer omejuje tako pravico do svobodne gospodarske pobude ponudnika storitve kot pravico prejemnikov te storitve do svobode obveščanja, vendar ne ogroža bistvene vsebine teh pravic. Ukrep lahko uporabnike povezave odvrne od kršitve avtorske in sorodnih pravic, če morajo za pridobitev zahtevanega gesla razkriti svojo identiteto in torej ne morejo delovati anonimno. Zato je Sodišče EU odgovorilo, da je ponudniku javnega brezplačnega dostopa do komunikacijskega omrežja dopustno naložiti – pod grožnjo denarne kazni – da tretjim osebam prepreči, da javnosti prek te internetne povezave dajejo na razpolago neko avtorsko delo, kadar ima ta ponudnik možnost izbire tehničnih ukrepov, ki jih lahko sprejme za izpolnitev te odredbe, čeprav je ta izbira omejena zgolj na ukrep, s katerim se internetna povezava zaščiti z geslom. Za ponudnike storitev pa je pomemben tudi odgovor Sodišča EU, da prizadeti imetnik pravic tudi v takšnem položaju ne more od ponudnika storitve dostopa do komunikacijskega omrežja zahtevati odškodnine, ker so tretje osebe ta dostop uporabile za kršitev njenih pravic. Sankcija za neuresničevanje s strani sodišča odrejenih ukrepov je torej le grožnja denarne kazni, ne pa posredna odgovornost posrednika za uporabniške vsebine.

6 Manilska načela odgovornosti internetnih posrednikov

Electronic Frontier Foundation je leta 2015 v sodelovanju z vrsto nevladnih organizacij iz različnih držav sprejela Manilska načela odgovornosti internetnih posrednikov (Manila Principles on Intermediary Liability),³¹ ki naj bi vodila države, podjetja in civilno družbo pri razvoju dobrih praks glede reguliranja internetnih vsebin prek pravil, ki zavezujejo internetne posrednike. Razvita so bila ob upoštevanju dotedanjega razvoja

³⁰ Zadeva C-484/14, Tobias Mc Fadden proti Sony Music Entertainment Germany GmbH, ECLI:EU:C:2016:689.

³¹ <https://www.manilaprinciples.org>.

zakonodaje in sodne prakse ter s tem povezanih problemov, ki se pojavljajo v praksi. Na kratko so manilska načela naslednja:

1. Posrednike mora zakon ščititi pred odgovornostjo za vsebine tretjih oseb.
2. Omejitev vsebine se ne more zahtevati brez sodne odredbe.
3. Zahteva za omejitev vsebine mora biti jasna, nedvoumna in v skladu s predpisanim postopkom.
4. Zakoni, odredbe in prakse, ki omejujejo vsebino, morajo biti v demokratični družbi nujni in sorazmerni.
5. Zakoni ter politike in prakse omejevanja vsebine morajo spoštovati predpisani postopek.
6. Zakoni ter politike in prakse omejevanja vsebine morajo zagotavljati preglednost in odgovornost.

Dokument seveda ni pravno zavezujoč, saj ne gre za mednarodno konvencijo, ampak naj bi učinkoval predvsem kot priporočila za dobro prakso. Cilj načel je spodbuditi razvoj medsebojno usklajenih režimov odgovornosti, ki spodbujajo tehnični napredek in hkrati varujejo pravice uporabnikov, zlasti svobodo izražanja, svobodo združevanja in pravico do zasebnosti, skladno z mednarodnimi dokumenti o varstvu človekovih pravic. V kolikšni meri jih bodo države upoštevale, se bo še pokazalo.

7 Nakazovanje spremembe koncepta v novejši zakonodaji Evropske unije

V novejših predlogih zakonodaje EU je opaziti težnje po zaostritvi odgovornosti internetnih posrednikov oziroma po tem, da se jim naloži dodatne dolžnosti ukrepanja v zvezi z nezakonitimi uporabniškimi vsebinami.

7.1 Direktiva o avtorskih pravicah na enotnem digitalnem trgu

Največ pozornosti v strokovni javnosti in kritik na račun odstopa od dosedanjih načel ureditve odgovornosti internetnih posrednikov je bil deležen predlog nove Direktive o avtorskih pravicah na enotnem digitalnem trgu,³² ki ga je Evropska komisija objavila leta 2016 in v katerem so vsebovana tudi pravila o tem, kako naj spletne platforme upravljajo uporabniške vsebine. Med uvodnimi izjavami je povzeto stališče iz sodne prakse Sodišča EU, da so ponudniki storitve gostiteljstva upravičeni do izjeme glede odgovornosti iz člena 14 Direktive 2000/31/ES, če nimajo dejavne vloge pri izbiri uporabniških vsebin, tudi z optimizacijo predstavitve naloženih del ali predmetov urejanja ali njihove promocije. Vendar predlagana direktiva od teh ponudnikov zahteva dejavnejše sodelovanje z imetniki avtorskih pravic s ciljem preprečevanja kršitev teh pravic s strani uporabnikov. Bistvena je določba 13. člena predloga direktive, po kateri ponudniki storitev informacijske družbe, ki shranjujejo in javnosti zagotavljajo dostop do obsežnih količin del ali drugih predmetov urejanja, ki jih naložijo njihovi uporabniki, v sodelovanju z imetniki pravic sprejmejo ukrepe za zagotovitev izvajanja sporazumov za uporabo njihovih del ali predmetov urejanja, sklenjenih z imetniki pravic, ali za preprečitev razpoložljivosti del ali drugih predmetov urejanja v okviru njihovih storitev,

³² KOM(2016) 593 končno, Bruselj, 14. 9. 2016.

ki so bili ugotovljeni v sodelovanju s ponudniki storitev. Predlagana direktiva še izrecno določa, da se ukrepi, kot je, na primer, uporaba učinkovitih tehnologij za prepoznavanje vsebine, štejejo za ustrezne in sorazmerne. Države članice naj bi zagotovile, da ponudniki storitev uporabnikom zagotovijo možnost učinkovite pritožbe glede teh ukrepov. Spodbujale naj bi tudi sodelovanje med ponudniki storitev informacijske družbe in imetniki pravic glede izbire ustreznih in sorazmernih tehnologij prepoznavanja vsebin, pri čemer se med drugim upošteva narava storitev, razpoložljivost tehnologij in njihova učinkovitost glede na tehnološki razvoj.

Predlog direktive uporablja t. i. metodo regulacije v senci, kjer predpis neposredno ne določa obveznosti filtriranja uporabniških vsebin, posredno pa ponudnike storitve gostovanja sili k temu, da se o uporabi takšnih tehnologij prostovoljno dogovorijo z imetniki pravic. Takšen rezultat je v nasprotju s prepovedjo splošne obveznosti nadzora iz 15. člena Direktive 2000/31/ES in torej posega v temelje dosedanje ureditve odgovornosti internetnih posrednikov v Evropi. Predlog je bil zato deležen ostrih kritik v strokovni javnosti, češ da je neskladen z obstoječo ureditvijo elektronskega poslovanja v EU ter z Listino EU o temeljnih pravicah, češ da ne vzpostavlja primerne ravnotežja med različnimi temeljnimi pravicami. Glavna skrb je, da bi predlagana ureditev povzročila čezmerno filtriranje in brisanje vsebin in s tem ustvarila cenzorski stroj, ki bo omejil svobodo komuniciranja in svobodo sprejemanja informacij. Obveznosti pregledovanja vsebine pa bi lahko zmanjšale konkurenčnost evropskih podjetij in ogrozile svobodo znanstvenega komuniciranja v obliki odprtodostopnih javnih repozitorijev.³³ Podobne pomisleke je v okviru zakonodajnega postopka izrazilo sedem držav članic EU.³⁴ Ostra razprava se nadaljuje v Evropskem parlamentu v okviru Odbora za državljanske svoboščine, pravosodje in notranje zadeve ter Odbora za notranji trg in varstvo potrošnikov (Reda, 2018).

7.2 Priporočilo Komisije o nezakonitih spletnih vsebinah

Da je Evropska komisija naklonjena povečevanju (načeloma prostovoljnih) obveznosti internetnih posrednikov glede nadzorovanja nezakonitih uporabniških vsebin, je razvidno tudi iz Priporočila Komisije z dne 1. 3. 2018 o ukrepih za učinkovit boj proti nezakonitim spletnim vsebinam.³⁵ Že v Sporočilu o boju proti nezakonitim spletnim

³³ Glej, na primer, *Article 13 Open letter – Monitoring and Filtering of Internet Content is Unacceptable*, 16. 10. 2017. <https://www.liberties.eu/en/news/delete-article-thirteen-open-letter/13194> (uporabljeno: 1. 3. 2018). *EU Copyright Reform Proposals Unfit for the Digital Age: Open Letter from European Research Centres*, 22. 2. 2017, <http://www.create.ac.uk/policy-responses/eu-copyright-reform/> (uporabljeno: 1. 3. 2018).

³⁴ Written questions from the authorities of Belgium, Czech Republic, Finland, Hungary, Ireland and the Netherlands to the Council Legal Service regarding Article 13 and recital 38 of the Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market, Brussels, 25 July 2017. Questions by the German delegation to the Council Legal Service regarding Article 13, Brussels, 18 September 2017.

³⁵ Commission Recommendation of 1.3.2018 on measures to effectively tackle illegal content online (C(2018) 1177 final).

vsebinam³⁶ iz septembra 2017 je Evropska komisija obljubila, da bo spremljala napredek v boju proti nezakonitim spletnim vsebinam in ocenila, ali so potrebni dodatni ukrepi, da bi zagotovili hitro in proaktivno odkrivanje in odstranjevanje nezakonitih spletnih vsebin, vključno z morebitnimi zakonodajnimi ukrepi, ki bi dopolnili obstoječi regulativni okvir. V Priporočilu pa je določila operativne ukrepe, ki naj bi zagotovili hitrejšo odkrivanje in odstranjevanje nezakonitih spletnih vsebin, okrepili sodelovanje med podjetji, zaupanja vrednimi prijavitelji in organi pregona ter povečali preglednost in okrepili zaščitne ukrepe za državljane.

Priporočilo predvideva, da bi podjetja morala določiti enostavna in pregledna pravila za prijavljanje nezakonitih vsebin, vključno s skrajšanimi postopki za zaupanja vredne prijavitelje. Da bi se izognili nenamerni odstranitvi zakonitih vsebin, bi morali biti ponudniki vsebin obveščeni o teh odločitvah in jih imeti možnost izpodbijati. Tu gre torej za način izvrševanja obstoječega sistema prijave in odstranitve po Direktivi 2000/31/ES.

Poleg tega naj bi ponudniki posredovalnih storitev vzpostavili proaktivna orodja za odkrivanje in odstranjevanje nezakonitih vsebin, zlasti terorističnih vsebin in vsebin, ki štejejo za nezakonite same po sebi, kot je otroška pornografija ali ponarejeno blago. S tem so očitno mišljeni programi za samodejno filtriranje uporabniških vsebin. Evropska komisija v zvezi s tem poudarja, da bi bilo za zagotovitev, da so odločitve za odstranitev vsebin točne in utemeljene, treba vzpostaviti učinkovite in ustrezne zaščitne ukrepe, vključno s človeškim nadzorom in preverjanjem. Če obstajajo dokazi za hudo kaznivo dejanje ali sum, da nezakonita vsebina predstavlja grožnjo za življenje ali varnost, pa bi morala podjetja nemudoma obvestiti organe pregona. Glede terorističnih vsebin je Evropska komisija podala še dodatna priporočila, ki naj bi bila potrebna zaradi tveganj, ki jih teroristične vsebine pomenijo za državljane in družbo ter na katere se je treba posebej hitro odzvati. Ker so teroristične vsebine najbolj škodljive v prvih urah po objavi na spletu, bi jih morala podjetja na splošno odstraniti v eni uri po tem, ko so jih organi kazenskega pregona in Europol označili kot take.

Evropska komisija v uvodnih izjavah priporočila pojasnjuje, da uporaba samodejnih orodij za pregledovanje uporabniških vsebin ni v nasprotju s prepovedjo splošne obveznosti nadzora iz 15. člena Direktive 2000/31/ES, češ da bodo tak ukrep ponudniki storitev spletnega gostiteljstva sprejeli prostovoljno in ne na podlagi nacionalnega predpisa. Takšni proaktivni ukrepi naj bi bili posebej primerni, kadar je bila nezakonitost vsebin že ugotovljena in kadar gre za takšno vrsto vsebine, kjer kontekst njene uporabe ni odločilen, na primer posnetki spolne zlorabe otrok ali teroristične vsebine na internetu. Evropska komisija meni, da prostovoljna uporaba takšnih proaktivnih ukrepov odkrivanja nezakonitih uporabniških vsebin sama po sebi ne bi smela voditi k temu, da bi ponudnik storitve gostiteljstva izgubil zaščito pred odgovornostjo za te vsebine, kot jo določa 14. člen Direktive 2000/31/ES. To spominja na ugotovitev Sodišče EU v zadevi *Mc Fadden*, da tudi izvedba ukrepov za preprečevanje kršitev avtorskih pravic, ki jih odredi sodišče, še ne vzpostavlja

³⁶ KOM(2017) 555 končno, Bruselj, 28. 9. 2017.

odgovornosti ponudnika internetnih storitev za kršitve teh pravic, ki jih izvršijo tretje osebe z uporabo njegove storitve.

7.3 Uredba o sodelovanju med nacionalnimi organi za varstvo potrošnikov

Medtem ko je bila pozornost strokovne javnosti usmerjena predvsem v sprejemanje omenjene direktive o avtorskih pravicah na enotnem digitalnem trgu in priporočila o nezakonitih spletnih vsebinah, je bila v okviru medinstitucionalnih pogajanj pri sprejemanju Uredbe (EU) 2017/2394 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2017 o sodelovanju med nacionalnimi organi, odgovornimi za izvrševanje zakonodaje o varstvu potrošnikov, in razveljavitvi Uredbe (ES) št. 2006/2004³⁷ (Uredba 2017/2394/EU) oblikovana zakonodajna rešitev glede odstranjevanja nezakonitih spletnih vsebin, ki prav tako odstopa od modela, ki ga je vzpostavila Direktiva 2000/31/ES. Uredba 2017/2394/EU, ki je bila sprejeta decembra 2017, v točki g) četrtega odstavka 9. člena predvideva, da imajo pristojni nacionalni organi za varstvo potrošnikov v primeru, če ni na voljo nobene druge učinkovite poti, da bi se doseglo prenehanje ali prepoved kršitve iz te uredbe, in da se prepreči nevarnost resnega oškodovanja kolektivnih interesov potrošnikov, naslednja izvršilna pooblastila (vključno z zahtevo, da tretja stran ali drug javni organ izvede takšne ukrepe):

- pooblastilo, da odstranijo vsebino ali omejijo dostop do spletnega vmesnika ali odredijo izrecni prikaz opozorila potrošnikom, ki dostopajo do spletnega vmesnika;
- pooblastilo, da ponudniku storitev gostovanja odredijo odstranitev, onemogočenje ali omejitev dostopa do spletnega vmesnika, ali
- v ustreznih primerih, pooblastilo, da registrom ali regulatorjem domen odredijo izbris popolnoma določenega imena domene, njegovo registracijo pa omogočijo zadevnemu pristojnemu organu.

Tu torej ne gre za vzpostavitev obveznosti filtriranja vsebin ali odgovornosti posrednikov za te vsebine, ampak je problematična zlasti pristojnost upravnih organov, da katerikoli tretji strani odredijo blokiranje dostopa do spletnih strani, ne da bi bila za to potrebna sodna odobritev. To sili ponudnike internetnega dostopa k vzpostavitvi infrastrukture za blokiranje spletnih mest, torej neke vrste cenzorskega sistema. Uredba 2017/2394/EU pa ne sledi Manilskim načelom, po katerih se omejitev vsebine ne more zahtevati brez sodne odredbe.

8 Zaključek

Ureditev odgovornosti ponudnikov storitev informacijske družbe po Direktivi 2000/31/ES je stara že osemnajst let in v tem času so se internetne storitve precej razvile in spremenile. Pravni režim gostiteljstva danes zadeva širši krog spletnih mest, kot se je prvotno pričakovalo, zlasti zaradi rasti hibridnih modelov, kjer se mešajo vsebine ponudnika in uporabnikov. Kljub temu so pravila o odgovornosti ponudnikov posredovalnih storitev še vedno ustrežna, saj so zasnovana zelo splošno in jih lahko

³⁷ UL L 345, 27.12.2017, str. 1–26.

sodna praksa z ustrezno razlago bolje kot zakonodajalec prilagodi posebnostim posameznih položajev, tudi bodočemu razvoju internetnih storitev. Je pa pomembno, da se sodišča zavedajo, da s tem sooblikujejo evropsko pravno politiko informacijske družbe. Glede na to morajo pred sprejemom kakršnegakoli ukrepa, ki terja odstranitev določenih vsebin ali preprečitev dostopa do njih, opraviti tehtanje temeljnih vrednot, svobode govora, zasebnosti, svobodne gospodarske pobude in pravne varnosti (Damjan, 2011: 361–371). Torej tako, kot to v svoji praksi počne Sodišče EU.

Pri nalaganju obveznosti ponudnikom storitev informacijske družbe se je treba zavedati, da prestrogi ukrepi na internetu hitro dosežejo ravno nasproten učinek, ker se uporabniki in sporne vsebine samo umaknejo na drugo platformo, kjer je možnosti nadzora manj. Če so pravila odgovornosti v posamezni državi preostra, ponudniki lahko umaknejo svoje strežnike v drugo jurisdikcijo oziroma se uporabniki premaknejo k tujemu ponudniku, ne da bi se s tem kakorkoli zmanjšala dostopnost zadevnih vsebin v prvotni državi. Tako, na primer, spletne strani Pirate Bay glasbena in filmska industrija še vedno nista uspeli zatreti kljub večletnemu prizadevanju kriminalističnih policij več držav. Ker internetnega prometa ni mogoče preprosto ustaviti na meji,³⁸ ostaja vsaj za reguliranje vsebine sicer zakonitih ponudnikov internetnih storitev primernejši režim odstranitve nezakonitih vsebin na zahtevo v povezavi s spodbujanjem ponudnikov k samoregulaciji in ravnanju s primerno stopnjo skrbnosti.

V novejših predlogih Evropske komisije je opazna težnja k opuščanju načela prepovedi splošne obveznosti nadzora vsebin in spodbujanje internetnih posrednikov k uporabi samodejnih orodij za prepoznavanje različnih vrst nezakonitih vsebin. Menim, da je tak trend zaskrbljujoč. Ne le zato, ker se ti filtri vedno znova izkazujejo za precej neučinkovite, ampak tudi iz širših načelnih razlogov. Svoboden internet je temeljna informacijska infrastruktura sodobne demokratične družbe. Vzpostavljanje tehnične infrastrukture za izvajanje stalnega nadzora nad vsebino internetnih komunikacij z orodji za samodejno filtriranje in blokiranje spornih vsebin je tvegano. Četudi je infrastruktura vzpostavljena z legitimnimi cilji preprečevanja nezakonitih vsebin, je glede na zgodovinske izkušnje le vprašanje časa, kdaj bo zlorabljena v politične in druge namene. Kompleksnega sistema cenzuriranja spornih političnih vsebin na internetu, ki ga uporablja Kitajska, najbrž ni treba niti omenjati. Da lahko hitro pride do podobnih poskusov tudi v zahodnih državah, pa priča nedavna izkušnja, ko so španske oblasti internetnim operaterjem naložile blokiranje spletnih strani, ki so zagovarjale neodvisnost Katalonije (Internet Society, 2017b).

Čeprav je razširjanje različnih vrst nezakonitih vsebin na internetu nedvomno problem, s katerim se je treba ukvarjati, vzpostavljanje sistemov samodejnega filtriranja vsebin ni dober ukrep za reševanje tega problema. Menim, da so Manilska načela odgovornosti internetnih posrednikov boljše izhodišče za oblikovanje pravil na tem področju.

³⁸ To uspešno dosega le Severna Koreja, katere komunikacijsko omrežje sploh ni povezano s svetovnim internetom, delno pa še Kitajska, ki je vzpostavila izjemno obsežen sistem samodejnega cenzuriranja internetnih vsebin v povezavi s človeškimi cenzorji. Očitno pa z vidika demokracije in človekovih pravic ne gre za dobra zgleda urejanja informacijske družbe.

Literatura

- Baraniuk, C. (2018), White noise video on YouTube hit by five copyright claims, BBC News, 5. 1. 2018, <http://www.bbc.com/news/technology-42580523> (uporabljeno 1. 3. 2018).
- Božič, G. (2010) Cenzura prometa na stranska vrata?, Gorazd: Blog, 5. 1. 2010, <https://gorazd.bozic.org/2010/01/05/cenzura-prometa-na-stranska-vrata> (uporabljeno 1. 3. 2018).
- Damjan, M. (2011) Dostop do interneta kot temeljna pravica, *Pravni letopis*, 4(1), str. 361–371.
- Dawson, A. (2018) Facebook censors 30,000 year-old Venus of Willendorf as 'pornographic', *The Art Newspaper*, 27. 2. 2018, <https://www.theartnewspaper.com/news/facebook-censors-famous-30-000-year-old-nude-statue-as-pornographic> (uporabljeno 27. 2. 2018).
- Dolhar, Ž. (2011) Filtriranje avtorskih vsebin. *Pravna praksa*, 30(47), str. 25–26.
- Dolhar, Ž. (2012) Okno za filtriranje spletnih vsebin se vztrajno pripira. *Pravna praksa*, 31(9), str. 27–28.
- Dolžan, J. (2013a) Odgovornost ponudnika storitev gostiteljstva za kršitve avtorskih pravic. *Pravna praksa*, 32(22), str. 23–24.
- Dolžan, J. (2013b) Še o odgovornosti ponudnika storitev gostiteljstva za kršitve avtorskih pravic. *Pravna praksa*, 32(49-50), str. 33-34.
- Edwards, L. (2009) *The Fall and Rise of Intermediary Liability Online*. V: L. Edwards, C. Waelde (ur.), *Law and the Internet* (Oxford: Hart Publishing).
- George, C., Scerri, J. (2007) Web 2.0 and User-Generated Content: legal challenges in the new frontier, *Journal of Information, Law and Technology*, 2007(2), http://go.warwick.ac.uk/jilt/2007_2/george_scerri (uporabljeno 27. 2. 2018).
- Harper, J. (2005) Against ISP Liability. Do ISPs have a duty to protect the world? *Regulation*, 2005(Spring), str. 30–33.
- Internet Society (2017a) Perspectives on Internet Content Blocking: An Overview, <https://cdn.prod.internetsociety.org/wp-content/uploads/2017/03/ContentBlockingOverview.pdf> (uporabljeno 27. 2. 2018).
- Internet Society (2017b) Internet Society statement on Internet blocking measures in Catalonia, Spain, 21. 9. 2017, <https://www.internetsociety.org/news/statements/2017/internet-society-statement-internet-blocking-measures-catalonia-spain/> (uporabljeno 1. 3. 2018).
- Mazziotti, G. (2008) *EU Digital Copyright Law and the End-User* (Berlin, Heidelberg: Springer).
- Murray, A. (2010) *Information Technology Law: The law and society* (Oxford: Oxford University Press).
- Reda, J. (2018) Green light for upload filters: EU Parliament's copyright rapporteur has learned nothing from year-long debate, 21. 2. 2018, <https://juliareda.eu/2018/02/voss-upload-filters/> (uporabljeno 27. 2. 2018).
- Rowland, D., Kohl, U., Charlesworth, A. (2012) *Information technology law* (London, New York: Routledge).
- Skubic, Z. (2014) Sodna prepoved dostopa do spletnih strani, ki kršijo avtorske pravice. *Pravna praksa*, 33(16-17), str. 32–33.
- Tičar, K., Makarovič, B. (2007) *Udeleženci internetne komunikacije*. V: B. Makarovič, J. Toplišek (ur.). *Pravni vodnik po internetu* (Ljubljana: GV Založba).

Digitalizacija v zavarovalništvu

ŠIME IVANJKO IN LARA GRUŠOVNIK

Povzetek Prispevek obravnava priložnosti, ki jih na področju zavarovalništva omogoča digitalizacija. Obrazloženi so posamezni primeri uporabe *blockchain* tehnologije, programa Robo-Save in drugi. Poseben poudarek je namenjen kibernetškemu zavarovanju, namenjenemu kritju nevarnosti, povezanih z uveljavitvijo novih tehnologij. Avtorja ugotavljata, da je digitalizacija strateškega pomena za celotni razvoj podjetništva in še posebej finančnega gospodarstva, kjer sta v ospredju zavarovalništvo in bančništvo, in da prispeva k dvigovanju zavarovalne kulture. Prav tako tudi opozarjata, da gre z vidika razvoja zavarovalne stroke v osnovi za revolucijo v razmerju do dosedanjega načina poslovanja, kar bo zmanjšalo stroške poslovanja in omogočilo večjo transparentnost zapletenih zavarovalnih razmerij.

Ključne besede: • digitalizacija • Robo-Save • pametne pogodbe • inovacije • kibernetško zavarovanje • telematika •

NASLOVA AVTORJEV: dr. Šime Ivanjko, ustanovitelj Inštituta za zavarovalništvo in pravo v Mariboru, zaslužni profesor, Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenija, e-pošta: sime.ivanjko@um.si. Lara Grušovnik, univ. dipl. pravnica, strokovna sodelavka - pravnica na Inštitutu za zavarovalništvo in pravo v Mariboru, Trg svobode 3, 2000 Maribor, Slovenija, e-pošta: institut@zavarovanje-osiguranje.eu.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-169-8.5>

ISBN 978-961-286-169-8

© 2018 Univerzitetna založba Univerze v Mariboru

Dostopno na: <http://press.um.si>.

Digitalisation in the Insurance Industry

ŠIME IVANJKO IN LARA GRUŠOVNIK

Abstract The article deals with opportunities offered by digitalisation in the insurance industry. Moreover, it gives an overview of the use of blockchain technology, the Robo-Save program, etc. A special emphasis is placed on cyber insurance, intended to cover the risks associated with the implementation of new technologies. The authors argue that digitalisation is of strategic importance for the development of entrepreneurship, and in particular of the financial sector, where insurance and banking are at the forefront, while it also contributes to raising the culture of insurance. The authors also underline that from the point of view of the insurance profession's development, digitalisation represents a revolution in doing business that will reduce the costs of business operations and enable greater transparency of complex insurance relationships.

Keywords: • digitalisation • Robo-Save • smart contracts • innovations • cyber insurance • telematics •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Šime Ivanjko, PhD, Founder of the Institute of Insurance and Law in Maribor, Professor Emeritus, University of Maribor, Faculty of Law, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenia, e-mail: sime.ivanjko@um.si. Lara Grušovnik, university graduated lawyer, law officer at the Institute of Insurance and Law in Maribor, Trg svobode 3, 2000 Maribor, Slovenia, e-mail: institut@zavarovanje-osiguranje.eu.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-169-8.5>

ISBN 978-961-286-169-8

© 2018 University of Maribor Press

Available at: <http://press.um.si>.

1 Uvod

Zavarovalništvo je prisotno v vseh znanih civilizacijah kot ideja organiziranja samopomoči ljudi pred negotovimi in škodljivimi pojavi v različnih oblikah. Začetki organiziranja omenjene samopomoči so temeljili predvsem na obrambi pred negotovimi naravnimi dogodki, ki so ogrožali življenje ljudi in njihovo premoženje. Praviloma se je ta samopomoč v začetku oblikovala v okviru manjših družbeno in ekonomsko povezanih skupin, kot je na primer več sto let star sistem organiziranja samopomoči proti požaru stanovanjskih objektov.¹

Šele zadnjih 200 let se zavarovalništvo razvija kot dejavnost z vključevanjem velikega števila udeležencev, kar botruje tehničnim izzivom glede načina vodenja evidenc zavarovancev in podatkov o škodi. Zavarovalništvo je zato na tem področju vedno iskalo možnosti, kako organizirati predmetne evidence s čim manj stroški, ki obremenjujejo zavarovance, in s sočasno transparentnostjo. Zavarovalnice so bile zato med prvimi institucijami, ki so pričele koristiti možnosti računalniške obdelave podatkov, in so finančno prispevale k zgodnjim raziskavam na tem področju. Pojav hitrega razvoja digitalizacije v zadnjem desetletju posledično zavarovalnic ni presenetil, ker so slednje aktivno participirale že pri prvih pojavnih oblikah digitalizacije.

Avtorja želita opozoriti na začetke implementiranja digitalizacije v zavarovalništvo, kakor tudi na aktivnosti zavarovalnic, ki se v proces digitalizacije vključujejo kot prevzemnice razvojnih programov in finančno vzpodbujajo iskanje in vnašanje učinkovitih oblik digitalizacije predvsem na področje vodenja evidenc in s tem poenostavitve dokumentiranja vseh faz zavarovalnega razmerja (od priprav na sklenitev zavarovalne pogodbe, izdaje zavarovalnih polic ali drugih dokumentov o zavarovalni pogodbi, raznih navodil in pojasnil, evidenc o zavarovalnih primerih in tudi pri ugotavljanju višine obveznosti zavarovalnic). Opozoriti želita, da gre z vidika razvoja zavarovalne stroke v osnovi za revolucijo v razmerju do dosedanjenega načina poslovanja, pri čemer bodo v prihodnosti po njenem mnenju bistveno zmanjšani stroški poslovanja, zavarovancem kot potrošnikom pa omogočena večja transparentnost zapletenih zavarovalnih razmerij.

V prvem delu prispevka avtorja opisujeta razvoj digitalizacije na področju zavarovalništva, v nadaljevanju pa navajata posamezne konkretne primere uporabe novih tehnologij in proučujeta vplive le-teh na distribucijo zavarovalnih produktov ter druge vidike zavarovalništva. Prispevek skleneta z izzivi kibernetkega zavarovanja, ki je namenjeno prav zavarovanju nevarnosti, povezanih z uporabo novih tehnologij.

K razvoju človeštva so doslej bistveno prispevale tri revolucije. Prva med njimi je bila kognitivna revolucija, ki je človeka usposobila za razmišljanje, pri čemer je *homo sapiens* po vsej verjetnosti zaradi bolj razvitega uma prevladal nad andertalsko skupino,

¹ V evropskih severnih deželah je več sto let veljal sistem zavarovanja po načelu sto za enega, pri katerem se je sto lastnikov hiš dogovorilo, da bodo v primeru požara, ki bo prizadel enega člana te skupine, prispevali vsak po en odstotek. Ta sistem je veljal vse do velikega požara v Hamburgu v 18. stoletju.

bodisi jo je eliminiral prisilno ali pa se je z njo integriral. Druga revolucija je t. i. kmetijska revolucija, ki je človeku omogočila obdelavo zemlje. Tretja revolucija, nam bližja, je industrijska revolucija, na osnovi katere je človek s tehnologijo praktično pričel obvladovati naravo. Posledice slednje v dobrem in slabem koristi tudi naša generacija. Trenutno smo na začetku nove, četrte revolucije, to je digitalizacija v najširšem pomenu besede, ki bo brez dvoma prispevala k bistveno večjim spremembam v življenju ljudi kot prej omenjene revolucije (Vogelsang, 2010: 3).

Skupno vsem navedenim revolucijam je, da temeljijo na aktiviranju sposobnosti človeka, da razmišlja. Morda je razlika v tem, da so v preteklih revolucijah razmišljali posamezniki, v današnji revoluciji digitalizacije pa lahko sodeluje vsak, ki ima sposobnost in voljo razmišljati, pri čemer je še zmeraj prisotna razlika med nosilci teh idej v smislu kreativne usposobljenosti.

2 Razvoj digitalizacije na področju zavarovalništva

Digitalizacija je modna beseda. O njej se veliko govori, vendar pa vsebina in cilji oziroma njene možnosti niso povsem znane ali opredeljene. Digitalizacija namreč odpira več dimenzij in ponuja različne priložnosti, ki jih lahko proučujemo na različne načine (Meier, 2017: 111). Zanimivo je, da se je na področju zavarovalništva, ki je sicer zelo konzervativna dejavnost, o digitalizaciji začelo govoriti že zelo zgodaj. Strokovne službe zavarovalnic so vsebinsko nedorečeno idejo digitalizacije pozdravljale, kar je sprva sprožalo nemir med zunanjimi sodelavci zavarovalnice - zavarovalnimi zastopniki in posredniki (v nadaljevanju: distributerji). V zadnjem času pa se za digitalizacijo zelo zanimajo distributerji kot najbolj kreativni predstavniki zavarovalnih strokovnjakov, ki razvijajo in oblikujejo nove zavarovalne produkte ter so zainteresirani za učinkovito in cenovno optimizirano organizacijo svojega dela.

Tradicionalno zavarovalništvo, ki temelji na relativno statičnih modelih poslovanja, hitro izgublja svoj pomen. To je povezano s spremembami v življenjskem slogu zavarovancev. Fleksibilnost in spontanost sta v ospredju interesa uporabnikov zavarovalnih storitev. Digitalizacija igra pomembno vlogo na področju poenostavljenega, vendar pa ciljno usmerjenega ocenjevanja nevarnosti v postopku sklepanja zavarovanja. Zavarovalni distributerji so skupaj z zavarovalnicami prepričani, da so napovedi o spremembah, ki jih prinaša digitalizacija, koristne za zavarovance v smislu pocenitve storitev in predvsem v smislu povečanja informiranosti.

3 Avtomatizacija zavarovalnega distribucijskega portfelja

3.1 Digitalni program za oblikovanje skadencarja

Digitalizacija na področju zavarovalništva nudi neomejene možnosti. Pred kratkim se je na trgu pojavil poseben program, ki je uporaben predvsem za zavarovalne distributerje (Pradetto, 2017: 8). V osnovi gre za izdelavo in prenos police, ki jo izstavi zavarovalni distributer s pomočjo fotografije. Ko zavarovalni distributer v dogovoru z zavarovalcem izstavi polico, ki jo zavarovalec podpiše, jo enostavno preko pametnega telefona kot fotografiran dokument pošlje v sistem zavarovalnice za vpis v njeno dokumentacijo

oziroma portfelj. Sočasno je v obliki fotografije lahko dostavljeno tudi pooblastilo ali pa posebni dogovori z zavarovalcem. Vpis vinkulacije na zavarovalni polici se prav tako lahko fotografira in pošlje zavarovalnici.

Z digitalnim programom lahko zavarovalni distributer od zavarovalca pridobi neposreden podpis, izveden s pritiski prsta na pametni telefon, kar je uporabno zlasti, kadar gre za podpis raznih dokumentov in pooblastil. Takšno pooblastilo se avtomatično evidentira v zavarovalnem sistemu. Tudi zavarovalni distributer lahko na takšen način podpisuje dokumente v procesu sklepanja zavarovalnih pogodb.

Zavarovalni distributer s posebnim programom sistemizira fotografirane pogodbe v svojem internem sistemu tako, da ima s preprostim klikom dosegljive vse podatke o zavarovancu in o vseh zavarovalnih pogodbah, ki jih je ta sklenil. Zelo zanimivo je, da program nudi enostaven vpogled v nevarnosti, ki jih ima zavarovanec zavarovane, prikazane pa so tudi nevarnosti, ki niso krite z zavarovalno pogodbo. Ti podatki omogočajo zavarovalnemu distributerju, da svojo aktivnost usmeri na oceno nevarnosti, ki jih zavarovanec nima zavarovanih, pa bi bilo po oceni distributerja primerno, da bi jih imel. Skadencarji, ki jih oblikuje navedeni program, omogočajo zavarovalnemu distributerju tudi pregled dospelosti plačila premije.

Zavarovalni strokovnjak, zlasti pa zavarovalni distributer, postaja z digitalizacijo, tako kot v prejšnjih stoletjih, član družbene elite, za katerega velja načelo videti in biti viden. V družbenem okolju bo prepoznan kot oseba, ki pri opravljanju poklicnega dela, rešen zamudnih tehničnih in administrativnih opravil, posveča interes človeku.

3.2 Avtomatizacija in zavarovalno svetovanje

Program je koristen tudi za zavarovalne svetovalce, ki jim fotografirana pogodba služi kot podlaga za svetovanje zavarovancu. Glede na to, da lahko zavarovalni svetovalec na opisan način pridobi vse podatke, se svetovanje posledično več ne omejuje na določena dejstva v zvezi z zavarovalnim razmerjem, temveč vključuje odnos zavarovanca do njegovega premoženja, prežee nevarnosti in možnosti preventivnega delovanja, kakor tudi izbiro zavarovalnice (zavarovalno svetovanje je nova oblika distribucije po Direktivi (EU) 2016/97 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. januarja 2016 o distribuciji zavarovalnih produktov,² pri čemer svetovalec zavarovalcu zgolj svetuje o vprašanih zavarovanjih, ne spravlja pa ga v stik s konkretno zavarovalnico).

Tradicionalne oblike svetovanja zavarovancem bodo tako opuščene. Rutinirani načini svetovanja bodo z digitalizacijo vsebinsko izpopolnjeni z izkušnjami, intuicijo in povečano občutljivostjo v zvezi z ugotavljanjem zavarovančevih potreb. Tudi ugotavljanje določenih dejstev bo predmet tehnologije. Skratka, digitalizacija omogoča, da se zavarovalnice oziroma zavarovalni distributerji in zavarovalni svetovalci bistveno bolj posvečajo zavarovancu kot človeku, rutinska dela pa se prepuščajo tehnik.

² UL L 26, 2. 2. 2016, str. 19–59.

3.3 Program Robo-Save

Na zgoraj opisovanem področju izstopa program Robo-Save za optimiziranje podatkov na področju zavarovalništva. Gre za avtomatizacijo zavarovalnega distribucijskega portfelja. Robo-Save vsebuje vse komponente za posamezne vrste zavarovanj. To so, denimo, zavarovanje določenih nevarnosti, možnost vnosa specialnih klavzul in druge.

Program ponuja možnost primerjalnega vpogleda v zavarovalne pogoje večjega števila zavarovalnic.³ Nadalje program omogoča, da se pri, denimo, kaskem zavarovanju oziroma pri njegovem sklepanju pridobijo ponudbe večih zavarovalnic s prikazom razlik med ponodbami. Uporabnikom programa so dostopni tudi podatki o spremembah cenikov zavarovalnic, posebej uporabna pa je možnost spremljanja stanja bonusov in malusov.

Program omogoča sledenje psihofizičnih lastnosti lastnikov vozil, ki vplivajo na višino zavarovalne premije (na primer: ali je voznik kadilec). To zavarovalnemu distributerju zelo poenostavi primerjanje ugodnosti, ki jih v določenem trenutku nudijo posamezne zavarovalnice, na podlagi česar lahko zavarovancem priporoča določene spremembe tekom trajanja zavarovalnega razmerja. Na opisan način je zavarovalnim distributerjem dana možnost optimiziranja, kar je zelo koristno za zavarovance.

Program dodatno podpira občutljivost zavarovancev za možnosti, ki jih nudi zavarovalni trg. Če se zavarovanec odloči za spremembo zavarovalne pogodbe, vsa opravila za spremembo opravi program sam.

3.4 Robo-Save kot »učeci se« program

Kar loči Robo-Save od podobnih programov, je beleženje odločitev zavarovancev v posebni sistem, kar mu omogoča, da se »uči« od vsake nove sklenitve zavarovanja. Prav digitalizacija na področju (po)zavarovalnih posredniških poslov bo povzročila, da bodo na trgu obstali zgolj najsposobnejši distributerji. Razumljivo je, da ljudje svoje potrošniško obnašanje spreminjajo tudi zaradi kreativnosti in novih pristopov. S tem, da se Robo-Save lahko »uči«, ko evidentira določene specifične rešitve, zagotavlja podlago, po kateri se zavarovalni distributerji lahko učijo od Robo-Save. Robo-Save na podlagi podatkov namreč prepozna, ali zavarovanec sledi predvsem cenejšemu ali pa kvalitetnejšemu zavarovanju. Poznavanje želja in usmeritev zavarovanca pri sklepanju zavarovalnih pogodb pa je najbolj pogost razlog, da pride do sklenitve zavarovalne pogodbe. Digitalizacija bo tako posebej usposobljenim, kreativnim zavarovalnim distributerjem omogočila, da bodo imeli osrednjo vlogo pri formiranju novih produktov in novih rešitev na zavarovalnem trgu (Pradetto, 2017: 16).

³ To je zlasti zanimivo za zavarovalne posrednike, ki iščejo za zavarovanca najprimernejšo zavarovalnico med več kot 700 zavarovalnicami, ki danes opravljajo zavarovalne posle v Sloveniji.

4 Pametne pogodbe

Zavarovalništvo je zgodaj pričelo prepoznavati tudi priložnosti, ki jih omogoča *blockchain* tehnologija oziroma na njej temelječe pametne pogodbe. Slednje se pogosto zmotno pojmujejo kot pogodbe, sklenjene programsko, brez sodelovanja človeka. Pri takšnem razumevanju pojma pametne pogodbe se zanemarja, da programski algoritmi niso sposobni ustrezno, vsebinsko izjaviti volje, potrebne za sklenitev pogodbe.

Izraz pametna pogodba se namreč nanaša na izvršitveno fazo pogodbenih razmerij in predstavlja programsko izvršitev predhodno obstoječega (klasičnega) pogodbenega razmerja, ki vsebuje določbo o samoizvršitvi pogodbe ob izpolnitvi vnaprej določenih pogojev, vnešenih v programski algoritem (Hojnik, 2017).

Velike zavarovalnice (AXA, Allianz in druge) s svojimi pilotnimi projekti z namenom zmanjšanja vpliva človeških napak in pohitritve procesov preizkušajo uporabljivost predmetne tehnologije pri rutinskih zavarovanjih, kot je zavarovanje zamude leta. Ko v primerih tovrstnih zavarovanj programski algoritem, v katerega so vnešeni pogoji iz pogodbe, iz povezane baze pridobi podatek, da je imel zavarovančev let zamudo, se zavarovancu avtomatično izplača pogodbeno dogovorjena odškodnina zaradi zamude. Program temelji na logični povezavi: »če je ugotovljeno to dejstvo, sledi ta posledica«, pri čemer izpolnjenost postavljenih pogojev ugotavlja program sam na podlagi digitalne povezave s sistemom (Püttgen, Kaulartz, 2017: 254). Ko so izpolnjeni parametri, povzeti iz pogodbe in vneseni v programski algoritem, se torej pogodbeno razmerje neposredno realizira (Kerikmäe, Rull, 2016: 133). S tem odpade zamuden postopek prijave škodnega dogodka in ugotavljanja škode.

Seveda pa so s pametnimi pogodbami povezana številna pravna vprašanja, zaradi česar za vse vrste zavarovanj niso primerne. Težave se lahko zaradi avtomatizma in samoizpolnitve pametne pogodbe pojavijo, denimo, pri uresničevanju pravice do odstopa od pogodbe, ali v primeru, ko zaradi morebitne napake programskega algoritma ne pride do izvršitve tistega, kar sta se pogodbeni strani dogovorili (Hojnik, 2017, in Kaulartz, Heckmann, 2016: 618–623).

5 Digitalizacija in kibernetско zavarovanje

Medtem ko se z digitalizacijo spreminjajo tradicionalni načini poslovanja in postajajo bližji uporabniku, pa razvoj informacijske tehnologije spremljajo tudi nevarnosti. Vdori v računalniška omrežja s krajo osebnih podatkov, poslovnih skrivnosti in drugi kibernetски incidenti imajo pri prizadetih uporabnikih za posledico visoke stroške kriznega upravljanja, obnove računalniških sistemov in odškodnin tretjim osebam. Navedeno odpira priložnosti za razvijanje in uvajanje novih zavarovalnih produktov s področja t. i. kibernetских zavarovanj.

V osnovi kibernetска zavarovanja, ki v ponudbi slovenskih zavarovalnic še niso prisotna, predstavljajo zapolnitev vrzeli v premoženjskih zavarovanjih in zavarovanjih odgovornosti, ki praviloma ne krijejo nevarnosti, povezanih z računalniškimi omrežji. Primerna pogodba kibernetского zavarovanja bo glede na vrsto kibernetского incidenta

nudila kritje stroškov kriznega upravljanja, stroške angažiranja piarovskega podjetja za preprečevanje izgube ugleda podjetja; stroške forenzične analize, stroške obveščanja oseb, katerih podatki so bili kompromitirani; stroške popravila in obnove računalniških sistemov, stroške odškodnin tretjim osebam, izgubo poslovnega dohodka zaradi incidenta, kritje vrednosti poslovnih skrivnosti, ukradenih s kibernetiskim napadom; in podobno (Grušovnik, 2017). Zavarovanci bodo morali biti ob sklepanju zavarovalnih pogodb pozorni na morebitne izključitve kritih nevarnosti, saj se v tujini, kjer so tovrstni zavarovalni produkti že prisotni, pojavljajo razprave o njihovi ustreznosti oziroma primernosti. Po mnenju mnogih strokovnjakov naj namreč ne bi bilo možno zavarovati visokih glob, izrečenih na podlagi Uredbe (EU) 2016/679 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. aprila 2016 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov ter o razveljavitvi Direktive 95/46/ES (t. i. Splošna uredba o varstvu podatkov)⁴, ki se bo pričela uporabljati 25. maja 2018. Posebej problematična je tudi v tovrstne zavarovalne produkte pogosto vnešena klavzula *claims made*, ki kot zavarovalni primer, sprožilec kritja, namesto škodnega dogodka določa uveljavljanje odškodninskega zahtevka (Ivanjko, 2017).

6 Inovacije v zavarovalništvu

Skupek napora, usmerjenega v generiranje novih in inovativnih idej, oziroma prizadevanje na področju zavarovalniškega inoviranja, se danes opredeljuje kot InsurTech, ki je namenjen razvijanju novih idej v zavarovalništvu.⁵ Zavarovalnice se zavedajo pomena inoviranja in so tudi primorane sodelovati pri razvoju ter v ta namen zagotavljati drage investicije. Rezultati opisanega se že opažajo v praksi, vendar je pravi razmah InsurTech-a možno pričakovati v naslednjih desetih letih. Digitaliziranost je postala realnost, ne zgolj hipoteza (Jekel, 2013: 40–53).

Inovacije so gonilo razvoja. V medijih je moč zaslediti poročanje o zanimivih podjetjih, ki se ukvarjajo z združevanjem zavarovalništva in inženiringa, tehnik umetne inteligence ter strojnega učenja, prisotno pa je tudi razvijanje nekonvencionalnih zavarovalnih produktov. Rešitve, ki jih tovrstna podjetniška udejstvovanja ponujajo na trgu, so uporaba dronov za snemanje posnetkov iz zraka, na podlagi katerih je možno ugotoviti potencialne težave na zavarovanih posestvih, približanje zavarovalnega razmerja uporabnikom preko mobilnih aplikacij, ki izboljšujejo uporabniško izkušnjo, poenostavljajo postopek prijave škode, in podobne. Tudi na slovenskem trgu že opažamo aplikacije, ki s pomočjo telematike beležijo vožnjo uporabnika (hitrost, zaviranje) in na podlagi tako pridobljenih podatkov uporabnikom, ki se izkažejo za varne voznike, nudijo popuste pri avtomobilskem zavarovanju. Gre za tipični primer igrifikacije zavarovalnega razmerja, ko se z elementi igre (spremljanje vožnje) in nagrajevanjem posameznika skuša motivirati za varnejšo vožnjo, s čimer se zmanjšuje število prometnih nesreč.

⁴ UL L 119, 4.5.2016, str. 1–88.

⁵ Insurance Europe, Fintech and Insurtech, dostopno na: <https://www.insuranceeurope.eu/digitalisation> (pridobljeno 20. 11. 2017).

Podobno kot pri avtomobilskih zavarovanjih, se tudi na področju zdravstvenih zavarovanj pojavljajo težnje po uvajanju uporabe različnih senzorjev, s katerimi bi kontinuirano spremljali različna stanja posameznika, od njegovih spalnih vzorcev do krvnega pritiska. Takšen monitoring ima potencial pri zajezevanju kroničnih bolezni, dodatno pa bi se lahko s plačevanjem nižje premije nagrajevalo tiste zavarovance, ki zasledujejo zdrav način življenja, oziroma zaznavalo zavarovance, pri katerih je večja verjetnost pojava bolezni, povezanih z nezdravim življenjskim slogom. Pri tovrstnih pristopih pa se seveda zastavljajo številna pravna vprašanja varstva posameznikove zasebnosti in osebnih podatkov.⁶

7 Zaključek

Opredelitev za digitalizacijo je strateškega pomena za celotni razvoj podjetništva in še posebej finančnega gospodarstva, kjer sta v ospredju zavarovalništvo in bančništvo. Zavarovalništvo je ena od prvih panog, ki je občutila impulz sodobnega časa, pri čemer je možno programske zasnove vedno znova izboljševati. Bistveno je, da bo distributer lahko skupaj z zavarovancem (pa tudi zavarovanec sam) lažje primerjal ponudbe zavarovalnic na enostaven način, kar brez digitalizacije praktično ni mogoče. Digitalizacija namreč omogoča zavarovancem, da so neposredno obveščeni o vsebini zavarovalnih pogojev in o višini premije posameznih zavarovalnic. Možnosti pridobivanja informacij o tržnih trendih, spremembah in posebnih ponudbah so dostopne zavarovancem neposredno, brez potrebe po svetovanju o tehničnih vprašanjih v zvezi z zavarovanjem. Temeljno načelo, ki je doslej veljalo na področju zavarovalništva, da tisti, ki ni na tekočem pri opazovanju trga, zaostaja pri svojem poslovanju, bo bistveno pomembnejše in še bolj prezentno v bodočem obdobju. Digitalizacija bo prispevala tudi k dvigu zavarovalne kulture, ki se ji doslej večinoma ni posvečalo posebne pozornosti. Pričakovati je, da se bo v okviru finančnega opismenjevanja, ki ga omogoča digitalizacija finančnih storitev, povečal interes za zakonitosti poslovanja z denarjem.

Literatura

- Grušovnik, L. Kibernetsko zavarovanje za podjetja, Inštitut za zavarovalništvo in pravo v Mariboru, dostopno na:
<http://www.zavarovanje-osiguranje.eu/zavarovalnistvo/kibernetsko-zavarovanje-za-podjetja/>(pridobljeno 20. 11. 2017).
- Hojnik, A., Novost: pametne pogodbe, Inštitut za zavarovalništvo in pravo v Mariboru, dostopno na: <http://www.zavarovanje-osiguranje.eu/pravo/novost-pametne-pogodbe/>, pridobljeno 20.11.2017.
- Jekel, T. (2013) Digital Working für Manager, Mit neuen Technologien effizient arbeiten, (Offenbach: GABAL Verlag GmbH).

⁶ The future of health insurance, A road map through change, EY Building a better working world, dostopno na: [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-the-future-of-health-insurance/\\$FILE/EY-the-future-of-health-insurance.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-the-future-of-health-insurance/$FILE/EY-the-future-of-health-insurance.pdf) (pridobljeno 20. 11. 2017).

- Kaulartz, M, Heckmann, J. (2016) Smart Contracts – Anwendungen der Blockchain-Technologie, *Computer und Recht*, 32(9), str. 618–624.
- Kerikmäe, T. Rull, A. (2016) *The Future of Law and eTechnologis* (Heidelberg: Springer International Publishing).
- Meier, C. (2017) Managing digitalization: challenges and opportunities for business, *Management*, 12(2), str. 111–113.
- Pradetto, O. (2017) Robo-Save, das erste Bestandsoptimierungssystem der Welt, *finanzwelt Special, Die digitale Revolution – Welche Technologije das Maklergeschäft jetzt verändert*, 5, str. 8–10.
- Pradetto, O. (2017) Makler werden Film-Stars, *Finanzwelt Special, Die digitale Revolution – Welche Technologije das Maklergeschäft jetzt verändert*, 5, str. 16–19.
- Püttgen, F. Kaulartz, M. (2017) Versicherung 4.0, Nutzung der Blockchain-Technologie und von Smart Contracts im Versicherungsbereich, *ERA Forum*, 18(2), str. 249–262.
- Ivanjko, Š., Sporno sklepanje zavarovanja poklicne odgovornosti »claims made«, Inštitut za zavarovalništvo in pravo v Mariboru, dostopno na: <http://www.zavarovanje-osiguranje.eu/zavarovalnistvo/sporno-sklepanje-zavarovanja-poklicne-odgovornosti-claims-made/>, pridobljeno 20.11.2017.
- Vogelsang, M. (2010) *Digitalization in open economies: theory and policy implications*, (Heidelberg: Physica Verlag).
- Insurance Europe, Fintech and Insurtech, dostopno na: <https://www.insuranceeurope.eu/digitalisation> (pridobljeno 20. 11. 2017).
- The future of health insurance, A road map through change, EY Building a better working world, dostopno na: [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-the-future-of-health-insurance/\\$FILE/EY-the-future-of-health-insurance.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-the-future-of-health-insurance/$FILE/EY-the-future-of-health-insurance.pdf) (pridobljeno 20. 11. 2017).

The Role of Law in the Informatisation of Public Sector Operations

ALJANKA KLAJNŠEK

Abstract Information systems are primarily designed to support and increase business (operations) performance. For the complex information systems to be able to support business, they have to be properly defined, including information and documentation flows in the processes. The processes, and hence the business requirements of public sector organisations are defined in regulations. Yet in spite of the possibilities offered by information systems, investment in information technology does not in itself guarantee better business performance. This article analyses the role of law in the informatisation of various aspects of operations in the Slovenian public sector, notably based on the findings of the Court of Audit of the Republic of Slovenia. By analysing the role of law in the informatisation of public sector operations, the article clarifies the role of law in finding a response to the question of why the introduction of information systems in the public sector has not brought the desired benefits and the increased effectiveness, efficiency and economy of operations.

Keywords: • law • business requirements • business processes • informatisation of operations • public sector • performance •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Aljanka Klajnšek, MSc., Senior Auditor, The Court of Audit of the Republic of Slovenia, Slovenska cesta 50, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-mail: aljanka.klajnsek@rs-rs.si

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-169-8.6>

ISBN 978-961-286-169-8

© 2018 University of Maribor Press

Available at: <http://press.um.si>.

Vloga prava pri informatizaciji poslovanja v javnem sektorju

ALJANKA KLAJNŠEK

Povzetek Informacijski sistemi so primarno namenjeni podpori in povečanju učinkovitosti poslovanja. Da lahko, predvsem kompleksni informacijski sistemi podpirajo poslovanje, morajo biti ustrezno opredeljeni, vključno z informacijskimi in dokumentacijskimi tokovi v procesih. Vsebina poslovnih procesov in s tem poslovne zahteve organizacij v javnem sektorju so opredeljene v predpisih. Kljub možnostim, ki jih informacijski sistemi omogočajo, pa vlaganje v informacijsko tehnologijo samo po sebi še ne zagotavlja boljšega poslovanja. Informatizacija procesov, ki niso ali niso dobro opredeljeni, namreč ne prispeva k boljšemu poslovnemu rezultatu. Prispevek analizira vlogo prava pri informatizaciji poslovanja v slovenskem javnem sektorju predvsem na podlagi ugotovitev Računskega sodišča Republike Slovenije. Na podlagi analize vloge prava pri informatizaciji poslovanja v javnem sektorju želi prispevek pojasniti vlogo prava pri iskanju odgovora na vprašanje, zakaj uvedba informacijskih sistemov v javnem sektorju ni prinesla zelenih koristi in povečanja uspešnosti, učinkovitosti in gospodarnosti poslovanja.

Ključne besede: • pravo • poslovne zahteve • poslovni procesi • informatizacija poslovanja • javni sektor • učinkovitost•

NASLOV AVTORICE: mag. Aljanka Klajnšek, višja strokovna sodelavka za revidiranje, Računsko sodišče Republike Slovenije, Slovenska cesta 50, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: aljanka.klajnsek@rs-rs.si

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-169-8.6>
© 2018 Univerzitetna založba Univerze v Mariboru
Dostopno na: <http://press.um.si>.

ISBN 978-961-286-169-8

1 Introduction

The increase of the efficiency of operations has been the main purpose of introducing information systems¹ to support² public sector operations.³ However, the substantive improvement of public sector operations supported by informatised solutions,⁴ can be achieved only on the basis of quality business rules since they provide the basis for information technology requirements. This means that operations (respectively business processes) must first be appropriately defined in terms of content (Klajnsšek, 2016a: 4-6). Business rules in the public sector are primarily legal rules (regulations)⁵ and they should also include strategies for realising objectives.⁶ Legal rules are the basis for defining business processes and process architecture of public sector operations. Business processes must be mapped into information technology solutions and information system architecture using appropriate methods and approaches⁷ at different levels.

The article aims to find a response to the question of why the introduction of information systems in the public sector has not brought the desired benefits and the increased effectiveness, efficiency and economy of operations. In this context, attention is drawn to the role of law⁸ in the informatisation⁹ of public sector operations in the

¹ I see the information system as a set of people, procedures and devices that is designed to gather, process, store and distribute data respectively information. The information system represents an organisational and technological environment for the management of information and information flows of the considered business system.

² For the purposes of this article, the information support for operations respectively the informatisation of operations means the use of information technologies for the implementation of business processes. The concept of the computerisation of operations has virtually the same meaning. The informatisation of operations may also have a wider meaning if it also includes other elements of operations, for example, strategic.

³ The operations (business process) of an organisation are to perform work connected with tasks that relate to the products or services produced or delivered by an organisation. It is a process entered by inputs and exited by products or services as outputs. See Turk, 2010, pp 78-79.

The term “operations of public sector organisations” is also used for the business process of public sector organisations.

⁴ Applications respectively programmes.

⁵ Article 120 of the Constitution of the Republic of Slovenia and Article 2 of the State Administration Act.

⁶ Management respectively organisational-strategic aspect.

⁷ These are the methods and approaches of IT management (for example: IT strategic planning, defining business and information architecture, framework for comprehensive management of IT strategic planning process in a changing environment, etc.).

⁸ For the purpose of this article, the concept of law based on Article 120 of the Constitution of the Republic of Slovenia (Official Gazette of the Republic of Slovenia, Nos 33/911, 42/97 (UZS68), 66/00 (UZ80), 24/03 (UZ3a, 47, 68), 69/04 (UZ50), 69/04 (UZ14), 68/06 (UZ121, 140, 143), 47/13 (UZ90, 97, 99), 47/13 (UZ148) and 75/16 (UZ70a)) and Article 2 of the State Administration Act (Official Gazette of the Republic of Slovenia, Nos 52/02, 110/02 (ZDT-B), 56/03, 61/04, 123/04, 93/05, 89/07 (Constitutional Court Decision), 126/07 (ZUP-E), 48/09, 8/10 (ZUP-G), 8/12 (ZVRS-F), 21/12, 12/13 (ZVRS-G), 47/13, 12/14, 65/14 (ZVRS-H), 90/14 and 51/16) is used as a synonym for legal rules governing the operations of public sector organisations and the fields covered by these organisations.

light of national auditing of information systems based on the review of all¹⁰ independent information system audit reports in the public sector and the analysis of the selection thereof.¹¹ Namely, the key question in auditing information systems is: Does the information system effectively, efficiently and economically support the operations

⁹ Terminološki slovar informatike Islovar; available at: <http://www.islovar.org/islovar> (visited on: 14th January 2018) defines “informatizacija” (informatization) as the introduction of information technology into the work process. The concept of digitalisation is the latest description of the informatisation of operations; available at: https://www.drustvo-informatika.si/fileadmin/user_upload/datoteke/Konference/DSI_2018/DSI_2018_PRVO_OBVES_TILO.pdf (visited on: 14th January 2018). In Islovar the concept of “digitalizacija” (digitalization) is explained as the conversion of analogue data into digital data and / or the incorporation of digital technology in the replacement of analogue technologies. Islovar also includes the concept of “avtomatizacija” (computerization, automation), which is explained as the introduction of automatic machines, devices, computer programmes into a process.

¹⁰ Report on the review of the functioning of internal controls in the information system of the Ministry of Finance and on the review of the functioning of internal controls in ensuring the integrity of disclosing the state budget revenue, No 1201-1/2003-69 of 20 October 2003; Audit report on the performance of budgetary resources in the implementation of the public procurement portal project, No 1202-5/2005-28 of 14 March 2006; Audit report on the efficiency and regularity of the functioning of the information system of the Tax Administration of the Republic of Slovenia, No 1202-3/2006-18 of 6 February 2007; Audit report, Information system of the Phytosanitary Administration of the Republic of Slovenia, No 320-13/201040 of 19 April 2011; Audit report, Information system of the Government Office of the Republic of Slovenia for Local Self-Government and Regional Policy, No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011; Audit report on the efficiency and regularity of the functioning of the Institute of Public Health of the Republic of Slovenia, No 1210-4/2009-20 of 2 December 2009; Audit report, Efficiency of the functioning of the information system for kindergartens, No 1210-7/2009/43 of 10 February 2011; Audit report on the efficiency of the functioning of the uniform information system in the field of institutional care for the elderly and specific population groups, No 320-15/2010/82 of 25 May 2012; Audit report, Effectiveness of the implementation of the eHealth project, No 320-3/2012/116 of 19 December 2013; Audit report, Information system for supporting the collection of accounting data on expenditure and operations of agricultural holdings, No 320-13/2011/86 of 27 January 2014; Audit report, Effectiveness of the restructuring of the information system of the Tax Administration of the Republic of Slovenia and the consolidation of payment sub-accounts for levies, No 320-4/2012/117 of 31 July 2014; Audit report, Efficiency of the SAPPrA application in providing support to results-based budgeting, No 320-3/2013/60 of 6 July 2015; Audit report, Efficiency of the information support for the functioning of the University Medical Centre Ljubljana (UKC Ljubljana), No 322-4/2014/85 of 7 June 2016; Audit report, Efficiency and effectiveness of the functioning of the information system of the managing authority, No 320-4/2013/50 of 24 October 2016; Audit report, Establishment of a uniform transfusion information system, No 322-1/2016/35 of 6 July 2017; Audit report, Effectiveness of the follow-up implementation of the eHealth project, No 320-10/2016/29 of 21 December 2017. All audit reports are publicly available on the website of the Court of Audit of the Republic of Slovenia.

¹¹ Audit report on the performance of budgetary resources in the implementation of the public procurement portal project, No 1202-5/2005-28 of 14 March 2006; Audit report, Information system of the Government Office of the Republic of Slovenia for Local Self-Government and Regional Policy, No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011; Audit report, Efficiency of the SAPPrA application in providing support to results-based budgeting, No 320-3/2013/60 of 6 July 2015.

of a public sector organisation and what are the benefits of the informatisation of operations?

A response to this question is based on the assumption that public sector organisations with informatised operations are process-oriented.¹² Process-oriented operations namely provide the basis for the results-based budgeting,¹³ introduced in Slovenia with the adoption of the Public Finance Act,¹⁴ which has also brought about the demands for the efficiency, effectiveness and economy of public sector operations (Klajnsšek, 2016a: 4).

The issue concerned was dealt with primarily by examining the starting points and reviewing the situation regarding the functioning of the Slovenian public sector in the field of regulatory and economic governance of the state, public procurement and information technology,¹⁵ on the basis of which the Public Administration Development Strategy 2015-2020 had been prepared,¹⁶ and by analysing the findings of the Court of Audit of the Republic of Slovenia (hereinafter referred to as the “Court of Audit”) in terms of past projects connected with the informatisation and regulatory governance of

¹² Business process is defined as an integrated set of activities and tasks that aim to add to the process input elements an applicable value for the client or customer at the output side of the process (Harrington, 1997). Not only is the process recognisable by the activities carried out by its implementers, but mainly by the sequence of activities and tasks that need to be carried out in order to obtain the expected results at the output side of the process. It is about the arrangement of process activities over time and space, with the beginning and ending and clearly detected inputs and outputs. Business processes in the public sector can also be called administrative processes.

¹³ Available at: [http://www.rs-rs.si/rsrs/rsrs.nsf/V/K718005CCB2108E77C1257789003689A8/\\$file/Prirocnik_RBB.pdf](http://www.rs-rs.si/rsrs/rsrs.nsf/V/K718005CCB2108E77C1257789003689A8/$file/Prirocnik_RBB.pdf) (visited on: 14 January 2018). A synonym for the results-based budgeting is the concept of a programme-oriented budget.

¹⁴ Official Gazette of the Republic of Slovenia, Nos 79/99, 124/00, 79/01, 30/02, 56/02 (ZJU), 110/02 (ZDT-B), 127/06 (ZJZP), 14/07 (ZSPDPO), 109/08, 49/09, 38/10 (ZUKN), 107/10, 110/11 (ZDIU12), 104/12 (ZIPRS1314), 14/13, 46/13 (ZIPRS1314-A), 82/13 (ZIPRS1314-C), 101/13, 101/13 (ZIPRS1415), 38/14 (ZIPRS1415-A), 95/14 (ZIPRS1415-C), 14/15 (ZIPRS1415-D), 55/15 (ZFiSP), 96/15 (ZIPRS1617), 80/16 (ZIPRS1718), 33/17 (ZIPRS1718-A) and 71/17 (ZIPRS1819). The reform of the public sector governance (the restructuring of financial management and organisational models as well as regulatory reforms) also led to the reform of public finances. In 2004, Slovenia joined the European Union. All this marked the beginning of an extensive restructuring of public sector operations, the main objectives of which were to harmonise the Slovenian legal order with the European legal order as well as to improve the effectiveness, efficiency and economy of operations, based on the use of modern information technology.

¹⁵ Especially from sub-chapters: 6.1.2 Programme-oriented budget, 6.1.3 Project management in public administration, 6.2.2 Public Procurement, 6.3 Improving the regulatory environment, 6.3.1 Improving legislation, reducing regulatory burdens and involving stakeholders, and 6.7 Effective information technology, increasing the use of e-services and interoperability of information technology solutions.

¹⁶ Public Administration Development Strategy 2015-2020, No 01000-9/2014/11 of 29 April 2015. Available at: http://www.mju.gov.si/fileadmin/mju.gov.si/pageuploads/JAVNA_UPRAVA/Kakovost/Strategija_razvoja_SLO_final_web.pdf (visited on: 14 January 2018).

the state.¹⁷ The findings of the Court of Audit showed that the majority of the projects of the informatisation of public sector operations had been inefficient and ineffective.¹⁸ The Court of Audit also assessed the procedure of adopting regulations and concluded that the effective control which would ensure the preparation of regulations in accordance with the prescribed procedure and quality prepared material of the draft regulation was yet to be put into place.¹⁹

2 Literature review

The topic researched is highly interdisciplinary and complex, since it derives from law and at the same time encompasses the regulatory governance of the state, organisational sciences (business process management and restructuring of operations) as well as the fields of information technology and state audits. The topic discussed is related to the Slovenian area, since it refers to the law and public sector of the Republic of Slovenia, to which we have been introducing solutions from international organisations and foreign legal systems (Kovač, 2011: 628–629).

The review of literature and sources shows that individual authors dealt with the issue by individual fields (for example, Vidovič, 2005; Kovač, 2016; Turk, 2010; Igličar, 2011), and the authors made links primarily between organisational sciences and the field of information technology (Davenport, 1993; Harrington et al., 1997; Bajec, 2001; Burlton, 2001; Kovačič, Bosilij Vukšič, 2005; Štamberger, Jaklič, 2007; Bohanec, 2012; Vrhovec et al., 2015), a topic about which a lot of literature can be found. The strategic planning of organisations and information technologies, modern approaches to information technology planning, the connection between business-information architecture as well as the integration of processes and information systems were analysed by numerous domestic and foreign authors (Avison, Fitzgearld 2003; Finkelstein, 2006; Jacobson et al. 2001; Kovačič et al., 2001; Krstov, 2006; Montazemi et al., 2010; Rožanec, 2013; Lahajnar, Rožanec 2016a, Lahajnar, Rožanec 2016b). The fields of law and governance in the Slovenian public sector (Setnikar Cankar et al., 2009; Pevcin, 2011; Klajnšek, 2016b) as well as financial management and governance in the public sector (Cvikl, Korpič-Horvat, 2007; Setnikar Cankar et al., 2009; Aristovnik et al., 2010) were also a subject of synthetic discussion. However, I have not come across domestic or foreign literature that would deal directly and thoroughly with the role of law in managing and informatising business processes in the public sector in such an interdisciplinary way.

The novelty of the present article is therefore primarily in the establishment of (new) links between the fields concerned based on scientific and academic literature and with

¹⁷ Audit Report, Is the impact of the proposed regulations on the society being verified in Slovenia, No 1201-5/2006-17 of 7 March 2007, and Audit report, Is the impact of the proposed regulations on the society being verified in Slovenia (2), No 320-12/2011/144 of 24 August 2012. Both audit reports are publicly available on the website of the Court of Audit.

¹⁸ See audit reports indicated under footnote No 10.

¹⁹ Audit Report, Is the impact of the proposed regulations on the society being verified in Slovenia (2), No 320-12/2011/144 of 24 August 2012, p. 46.

the help of sources other than legal (analyses and reports from international organisations, strategic documents, audit reports of the Court of Audit, etc.). Such an approach enabled a review of the fields under consideration as well as an analysis and synthesis. The consideration and the establishment of links between several fields gives a less in-depth but broader picture and insight (from top to bottom) into the situation in the fields concerned and into public sector operations. This is necessary in order to achieve the coherence of such a complex system as the public sector and the increase in the efficiency, effectiveness and economy of its operations. Establishing new links and addressing the interdependence of several fields gives certain answers and opens new questions. The article is thus a step forward compared to the previous considerations of these fields, in particular the legal consideration of the informatisation of operations.

3 Informatisation of operations in the Slovenian public sector

3.1 Context of informatisation of public sector operations

The informatisation of public sector operations is related to the adoption of the Lisbon Strategy. Following its adoption, the European Union, in order to implement its strategic guidelines in the field of informatisation, adopted a special action plan of the European Union,²⁰ on the basis of which coordinated implementation of activities should be established in all Member States to put the plan into practice as soon as possible. The European guidelines were followed by the e-Business strategy in the public administration of the Republic of Slovenia for the period from 2001 to 2004²¹ and the e-Government action plan for the period until 2004.²²

²⁰ Commission of the European Communities, Action plan for the implementation of the legal framework for electronic public procurement, European Union, Brussels, 2004. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0841&from=en> (visited on: 14 January 2018).

²¹ Centre for Informatics of the Government of the Republic of Slovenia, e-Business strategy in the public administration of the Republic of Slovenia for the period from 2001 to 2004, Government of the Republic of Slovenia, Ljubljana, 2001. Available at: http://www.vlada.si/fileadmin/dokumenti/si/projekti/projekti_do_2009/strategija_e-poslovanja.pdf (visited on: 14 January 2018).

²² Centre for Informatics of the Government of the Republic of Slovenia, e-Government action plan for the period until 2004, Government of the Republic of Slovenia, Ljubljana, 2001. Available at: http://uploadi.www.ris.org/editor/povzetek_izvajanja_AN_200409.pdf (visited on: 14 January 2018).

Since 2010 and the adoption of a Digital Agenda for Europe,²³ a new wave of informatisation respectively digitization has taken place.

In Slovenia, the objectives of the Digital Agenda for Europe are included in various national strategic documents, among which the government's strategic documents are the most important: Slovenian development strategy 2030,²⁴ Starting points for the reform of state informatics,²⁵ Public Administration Development Strategy 2015-2020,²⁶ Two-year action plan for the implementation of the Public administration development strategy 2015-2020 for the years 2015 and 2016,²⁷ Two-year action plan for the implementation of the Public administration development strategy 2015-2020 for the years 2016 and 2017²⁸ and Digital Slovenia 2020 – Development strategy for the information society until 2020.²⁹ All informatisation plans are related to the restructuring of operations and greater efficiency.

²³ European Commission, A Digital Agenda for Europe, European Union, Brussels, 2010. Available at:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:EN:PDF> (visited on: 14 January 2018).

²⁴ Government office for development and European cohesion policy, Slovenian Development Strategy 2030, Government of the Republic of Slovenia, Ljubljana, 2017. Available at:

http://www.svrk.gov.si/fileadmin/svrk.gov.si/pageuploads/Strategija_razvoja_Slovenije/Strategija_razvoja_Slovenije_2030.pdf (visited on: 14 January 2018).

²⁵ Starting points for the reform of state informatics, Decision of the Government of the Republic of Slovenia No 38200-20/2013/17 of 23 January 2014.

Available at:

https://www.google.si/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwjGzeLCLvYAhVHAsAKHVLDCWsQFgg6MAI&url=http%3A%2F%2Fwww.vlada.si%2Ffileadmin%2Fdokumenti%2Fsi%2Fsklepi%2Fseje_vlade_2014%2FKPpriloga2.doc&usg=AOvVaw0175RJPIIq3dIR3Nbb9Sut (visited on: 14 January 2018).

²⁶ Ministry of Public Administration, Public Administration Development Strategy 2015-2020, Government of the Republic of Slovenia, Ljubljana, 2015. Available at:

http://www.mju.gov.si/fileadmin/mju.gov.si/pageuploads/JAVNA_UPRAVA/Kakovost/Strategija_razvoja_SLO_final_web.pdf (visited on: 14 January 2018).

²⁷ Ministry of Public Administration, Two-year action plan for the implementation of the Public administration development strategy 2015-2020 for the years 2015 and 2016, Government of the Republic of Slovenia, Ljubljana, 2015 Available at:

http://www.mju.gov.si/fileadmin/mju.gov.si/pageuploads/SOJ/STRATEGIJA_JU2020_IN_AKCIJSKI_PLAN/Dvoletni_akcijski_nacrt.doc (visited on: 14 January 2018).

²⁸ Ministry of Public Administration, Two-year action plan for the implementation of the Public administration development strategy 2015-2020 for the years 2016 and 2017, Government of the Republic of Slovenia, Ljubljana, 2016 Available at:

http://www.mju.gov.si/fileadmin/mju.gov.si/pageuploads/SOJ/STRATEGIJA_JU2020_IN_AKCIJSKI_PLAN/Dvoletni_akcijski_nacrt_SJU_16-17.pdf (visited on: 14 January 2018).

²⁹ Government of the Republic of Slovenia – Digital Slovenia 2020 – Development strategy for the information society until 2020. Available at:

http://www.mju.gov.si/fileadmin/mju.gov.si/pageuploads/DID/Informacijska_druzba/pdf/DSI_2020_3-2016_pic1.pdf (visited on: 14 January 2018).

The establishment of an information system to support the functioning in a particular field or part of the field of public sector operations is carried out through investment projects. Project management in the public sector has not yet been properly established.³⁰ The scientific bases for the management of information technology investment projects in the Slovenian public administration since 2001 are the following: Decree on the uniform methodology for the preparation and treatment of investment documentation in the field of public finance,³¹ Project management methodology in the public administration,³² Project management methodology in the public administration – Information technology projects (Silič, 2001b), Uniform methodology for the development of information systems (Krisper et al, 2003a; Krisper et al, 2003b; Krisper et al., 2004; Silič et al, 2000; Silič et al, 2001a), Project management methodology in the public administration – Information technology projects (Silič et al., 2009).³³

3.2 Information system audits by the Court of Audit

Simultaneously with the reform of public sector operations through informatisation, the Court of Audit has been developing the auditing of information systems in the framework of auditing the performance of operations. The individual information system audits differ depending on their objective, subject, scope and audit approach.

The article focuses on the illustration of certain sets of findings³⁴ within three audits³⁵ that help clarify the role of law in finding a response to the question of why the introduction of information systems has not brought the desired benefits and the increased effectiveness, efficiency and economy of operations.

³⁰ In the Public Administration Development Strategy 2015-2020, page 63 describes the existing status of project management in the public administration as: “In the public administration there is no generally established project work method that would be linked to the achievement of pre-set objectives and results over a certain period, with certain financial and human resources.”

³¹ Official Gazette of the Republic of Slovenia, Nos 60/06, 54/10 and 27/16.

³² Project management methodology in the public administration, Decision of the Government of the Republic of Slovenia No 690-02/97-1 of 5 May 1991.

³³ Available at: <http://nio.gov.si/nio/asset/metodologija+vodenja+projektov+v+drzavni+upravi+projekti+informacijske+tehnologije-713> (visited on: 14 January 2018).

³⁴ The existence of a relevant strategic planning (business and information part and their consistency), the existence of a methodology for the development of an information system, the design of the information system based on business requirements, data quality, compliance with regulations and benefits from the introduction of the information system.

³⁵ Audit report on the performance of budgetary resources in the implementation of the public procurement portal project, No 1202-5/2005-28 of 14 March 2006; Audit report, Information system of the Government Office of the Republic of Slovenia for Local Self-Government and Regional Policy, No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011, Audit report, Efficiency of the SAPPRA application in providing support to results-based budgeting, No 320-3/2013/60 of 6 July 2015.

3.2.1 Audit report on the regularity and performance of the use of budgetary resources in the implementation of the public procurement portal project

The subject of the audit was the execution of a legal obligation to establish a single public procurement information portal as defined by public procurement law.³⁶ The establishment of a single public procurement information portal also required the shortening of formal public procurement procedures, which meant a restructuring of business processes in terms of ensuring greater efficiency of operations.

The establishment of a single public procurement information portal was the responsibility of the Public Procurement Office and the Ministry of Finance. By way of two Decisions of the Government of the Republic of Slovenia, the Centre for Informatics of the Government of the Republic of Slovenia was tasked to cooperate and provide expert support to the Ministry of Finance in establishing a single public procurement information portal. For the execution of tasks in the field of setting up a procurement information system and in the field of e-publications, the Government of the Republic of Slovenia established an Interdepartmental project group for the implementation of a procurement information system project and an Interdepartmental project group for the preparation and implementation of a project for the electronic publication of public contracts. Under the establishment of the single public procurement information portal, the tasks of a substantive nature³⁷ related to public procurement were allocated to the Interdepartmental project group for the preparation and implementation of the project for the electronic publication of public contracts.

In its audit, the Court of Audit found that at the time of the issue of the audit the legal obligation to establish a single public procurement information portal had not been executed.³⁸ A number of procedural irregularities in the management of public procurement procedures were detected,³⁹ while the Court of Audit found it interesting that state authorities had not made an appropriate substantive specification of the manner and extent of the support that the public procurement information portal provided to the public procurement procedures.⁴⁰

The informatisation of public procurement procedures was one of the key objectives of the Lisbon Strategy, followed by the guidelines of the e-Business strategy in the public administration of the Republic of Slovenia for the period from 2001 to 2004 and the e-Government action plan for the period until 2004. In the context of pre-audit inquiries, the Court of Audit did not obtain from the two auditees the documentation (the information system development plan) defined in the Project management methodology

³⁶ Public Procurement Act, Official Gazette of the Republic of Slovenia No 36/04.

³⁷ Preparation of substantive information system solutions, preparation of public contract classification, preparation of the examination of documents for electronic publication, preparation of technical proposals and information system solutions for the implementation of the project, preparation of proposals, etc.

³⁸ Audit report No 1202-5/2005 – 28 of 14 March 2006, p. 5.

³⁹ Audit report No 1202-5/2005 – 28 of 14 March 2006, pp. 4-5 and 28.

⁴⁰ Audit report No 1202-5/2005 – 28 of 14 March 2006, p. 28.

in the public administration⁴¹ that they should have prepared at the beginning of the informatisation project. According to the Court of Audit, neither was established a project organisation, which was supposed to ensure efficient implementation and monitoring of tasks in the (interdisciplinary and intersectoral) project of establishing a single public procurement information portal. An adequate level of formalisation, quality assurance and control that would have been necessary for the effective implementation of such a complex project were not established either.

The Court of Audit assessed as particularly detrimental to the further procedure of establishing a public procurement information portal the fact that the project group and the working group had failed to carry out the tasks assigned to them. The project group did not prepare substantive information system solutions whereas the working group did not define:⁴²

- the phases of the process to be entailed in the established process informatisation;
- the anticipated flow of the public procurement procedure in an informatised environment, including the definition of potentially changed roles respectively competences of participants, additional services, benefits, risks, etc.;
- potentially required amendments to legislative acts and implementing regulations for the introduction of a solution, including the presentation of potential alternative methods for the organisation of an automated public procurement procedure.

The Court of Audit found that in the first public procurement procedure, state authorities had attempted to refer to external providers of software solutions also the performance of substantive tasks that otherwise fell within the competence of state authorities.⁴³ The external providers of software development understandably cannot be expected to perform such tasks effectively since they are not authorised to assess the organisation of the contracting authority and they lack professional competences to do so.

Moreover, it was not possible to deduct from the nature and content of the tender documentation within the first open competition for the award of a contract for the establishment of a single public procurement information portal whether the tender involved the setting-up of a portal for the needs of all users of public funds and contracting authorities according to the Public Procurement Act or exclusively for the needs of the Centre for Informatics of the Government of the Republic of Slovenia. Initially, two tenderers responded to the open competition. The chairperson of the expert committee gave a preliminary assessment of their conceptual design for the online publication of public contracts, in which he gave a separate opinion on the offers. The wording of a part of his assessment is the following: “None of the tenderers seems to be

⁴¹ Project management methodology in the public administration, adopted at the session of the Government of the Republic of Slovenia of 15 May 1997.

⁴² Audit report No 1202-5/2005 – 28 of 14 March 2006, p. 16.

⁴³ Audit report No 1202-5/2005 – 28 of 14 March 2006, pp. 5 and 28.

very familiar with the Public Procurement Act, yet one of them refers to it. Also, it cannot be assumed based on their offers that the tenderers are aware which entities are obliged to publish public contracts, which would enable them to help the contracting authorities with their software solution (in terms of content and form) in the work concerned (schools, kindergartens, municipalities)...”.⁴⁴ Subsequently, the expert committee assessed the offers and, despite the fact that they were deemed unsatisfactory, it proposed the purchase and the payment of prizes in full amount.

The Court of Audit also established that in the public procurement procedure of 2004, public authorities again invited to tender the two tenderers,⁴⁵ who had already participated in the first public procurement procedure. Particularly interesting in the context of this article is the fact that in the tender specifications there was no requirement for the offered solutions of the public procurement information portal to comply with the provisions of the Public Procurement Act (legality).⁴⁶ It was thus unrealistic to expect that the offered information system solutions would contain the functionalities not required under the tender documentation. In addition to the requirements for the compliance of information technology solutions with the Public Procurement Act, also the requirements for the compliance with a number of other implementing regulations were completely omitted in the tender documentation. The Court of Audit even recognised requirements that were contrary to the provisions of the Public Procurement Act.⁴⁷ The Court of Audit also found that at the time of the first and second open competition for the award of a contract for the establishment of a single public procurement information portal, a number of implementing regulations that should have been adopted on the basis of the Public Procurement Act, had not been adopted.⁴⁸

In its audit, the Court of Audit, in the light of an in-depth analysis of the impacts arising from the informatisation of the European Union public procurement procedures,⁴⁹ endeavoured to assess the benefits that could be brought about by the informatisation of public procurement procedures.⁵⁰ According to the Court of Audit, not all the benefits

⁴⁴ Audit report No 1202-5/2005 – 28 of 14 March 2006, p. 15.

⁴⁵ Audit report No 1202-5/2005 – 28 of 14 March 2006, p. 18.

⁴⁶ Audit report No 1202-5/2005 – 28 of 14 March 2006, p. 18.

⁴⁷ Audit report No 1202-5/2005 – 28 of 14 March 2006, p. 18. For example: Article 3 (18) of the Public Procurement Act-1A laid down that publications of tenders and other tender documentation were to be sent to the single public procurement information portal, while the tender documentation of the 2004 / P05 procedure provided that instead of the tender documentation only a link to the content could be kept at the single public procurement information portal.

⁴⁸ Annex 3 to the Audit report on the regularity and performance of the use of budgetary resources in the implementation of the public procurement portal project, pp. 35-36.

⁴⁹ Commission of the European communities, Annex to the “Action plan for the implementation of the legal framework for electronic public procurement” (Extended Impact Assessment), European communities, Brussels, 2004. Available at: http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2004/sec_2004_1639_en.pdf (visited on: 14 January 2018).

⁵⁰ Audit report No 1202-5/2005 – 28 of 14 March 2006, pp. 24-27 and p. 29.

of informatisation were directly financially measurable.⁵¹ In assessing financial benefits, the Court of Audit focused on the reduction of direct costs of contracting authorities and on their indirect benefits in view of the achieved reduction in purchase prices. Due to the fact that the public procurement portal was not established, the Public Procurement Act was violated, while the contracting authorities and tenderers in public procurement procedures were deprived of the benefits that the informatisation could have brought.

3.2.2 Audit report, Information system of the Government Office of the Republic of Slovenia for Local Self-Government and Regional Policy

The Court of Audit carried out an audit of the efficiency and regularity of operations of the Government Office of the Republic of Slovenia for Local Self-Government and Regional Policy (hereinafter referred to as “SVLR”) in the part relating to the information system for the monitoring, reporting and implementation of operational programmes (hereinafter referred to as IS ISARR) in the period from the beginning of 2009 to 11 April 2011.⁵² The Court of Audit expressed its efficiency opinion on the basis of an efficiency assessment based on the best practice in the management of CobiT 4.1 and Val IT information technology, whereas the regularity opinion was based on the assessment of the compliance of SVLR operations with regard to meeting the requirements of Council Regulation (EC) No 1083/2006 of 11 July 2006 laying down general provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund and the Cohesion Fund and repealing Regulation (EC) No 1260/1999⁵³ (hereinafter referred to as “Regulation 1083/2006”) and Commission Regulation (EC) No 1828/2006 of 8 December 2006 setting out rules for the implementation of Council Regulation (EC) No 1083/2006 laying down general provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund and the Cohesion Fund and of Regulation (EC) No 1080/2006 of the European Parliament and of the Council on the European Regional Development Fund⁵⁴ (hereinafter referred to as “Regulation 1828/2006”), which lays down rules for the implementation of Regulation (EU) No 539/2010 of the European Parliament and of the Council of 16 June 2010 amending Council Regulation (EC) No 1083/2006 laying down general provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund and the Cohesion Fund as regards simplification of certain requirements and as regards certain provisions relating to financial management.⁵⁵

⁵¹ Audit report No 1202-5/2005 – 28 of 14 March 2006, table 3, p. 25.

⁵² Audit report on the efficiency and regularity of SVLR operations, No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011.

⁵³ OJ L 210, 31. 7. 2006, pp. 25-78. The Regulation was amended by Regulation (EU) No 539/2010 of the European Parliament and of the Council of 16 June 2010 amending Council Regulation (EC) No 1083/2006 laying down general provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund and the Cohesion Fund as regards simplification of certain requirements and as regards certain provisions relating to financial management, OJ L 158, 24. 6. 2010, pp. 1-6.

⁵⁴ OJ L 371, 27. 12. 2006, pp. 3-115.

⁵⁵ OJ L 158, 24. 6. 2010, pp. 1-6.

IS ISARR was part of an information system to support the processes of monitoring, implementation and reporting of cohesion policy projects in the Republic of Slovenia, comprised also of MFERAC,⁵⁶ the information system of the Ministry of Finance, and IS-PA2007,⁵⁷ the information system of the certifying authority.

The development of IS ISARR dates back to 2001. At the time, the Agency of the Republic of Slovenia for regional development with the introduction of the pilot project set ten objectives, which are summarised below:

- support the preparation and implementation of development programmes and strategies;
- support the regular implementation of processes and by using the information system increase the efficiency of users in carrying out tasks;
- enable monitoring and reporting on the implementation of development programmes and projects;
- establish electronic data transmission between participating systems, including data transmission to the European Commission.⁵⁸

In January 2007, SVLR prepared a proposal for a long-term IS ISARR development plan and an addendum to the long-term development plan for the information system,⁵⁹ which, however, were not adopted.

To perform a public contract for IS ISARR, SVLR in accordance with the Decree on the uniform methodology for the preparation and treatment of investment documentation in the field of public finance⁶⁰ performed a public contract for the selection of a contractor for the preparation of investment documentation for the informatisation project.

However, SVLR did not prepare and validate system specifications prior to the preparation of the IS ISARR public contract in 2007, which would have transformed business requirements into the system specifications. The description of the functionality of the system was recorded only in an indicative way and did not contain detailed requirements. The Court of Audit found that SVLR had failed to specify the methodology for the development of the information system.⁶¹

⁵⁶ The abbreviation means “Ministrstvo za finance – enotni računovodski sistem“ (Ministry of Finance - Uniform accounting system). It is the information system of the Ministry of Finance, which enables centralised monitoring of the use of state budget financial resources and the management of uniform accounting.

⁵⁷ Information system that supports payment transactions for structural funds.

⁵⁸ Audit report, Information system of the Government Office of the Republic of Slovenia for Local Self-Government and Regional Policy, No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011, p. 23.

⁵⁹ The IS ISARR architecture was supposed to “follow the nearest possible source of data input”. A feedback loop with the MFERAC information system was to be established in order to enable the prevention of the ordered payment from the budget if the request for payment was not confirmed in IS ISARR. The transition to newer technologies was envisaged.

⁶⁰ Official Gazette of the Republic of Slovenia, Nos 60/06 and 54/10.

⁶¹ Project management methodology in the public administration for the field of information technology defines the procedural, organisational and data aspect of project management in the implementation of information technology projects in the public administration. The planning of

The selected external contractor prepared a document for identifying the investment project, a pre-investment design, an investment programme and a study of the implementation of the intended investment without key instructions, defined and coordinated processes that would have formed the basis for the necessary analysis of information technology requirements and detailed project documentation.⁶² The substantive requirements for information technology solutions were identified on the basis of experience from the previous financial period. The record of activities and anticipated products in the investment implementation study was so indicative that it was not possible to determine what was to be done.⁶³ The external contractor participated in solving the substantive issues as well as the technical and organisational problems of the project.⁶⁴

The implementation of the ISARR project was also undertaken by the Government of the Republic of Slovenia in 2009 due to the problem of drawing on the funds of the European cohesion policy, since the information system was not fully operational and did not support entirely the cohesion policy implementation procedure,⁶⁵ the key reason being unresolved substantive issues and data mismatch. In order to ensure more efficient implementation and monitoring of the project, SVLR drafted a decision on the appointment of a project board and working bodies, but failed to include the appointment of a project manager at the contracting authority. The project organisation never came to life.⁶⁶ SVLR set up working groups instead, without taking into account previous competences under the project.⁶⁷

The Court of Audit also found that SVLR had not had a data dictionary that would enable business users to understand the database content. To record all the amounts in the IS ISARR database, SVLR used the “float” record type.⁶⁸ However, such type of data record was not adequate for the use in software solutions in the accounting field, especially not in the operations involving rounding or comparing the equivalence of amounts. When SVLR was preparing data for transmission to the IS-PA2007 information system, the IS ISARR field values were recalculated. There were differences in the data sent to the certifying authority and the data on the submitted claims for reimbursement, which was one of the reasons for the rejection of claims for reimbursement. According to the certifying authority, the rejected claims for reimbursement accounted for 41.1 percent of all the requests processed by the certifying

an information system in accordance with the information system development methodology is an approach that should enable the developed information system to be in accordance with business needs and requirements.

⁶² Rough and detailed description (of the functionality) of the information system, business and information technology requirements, data structures, specification of programme structures, requirements for embedded controls, etc.

⁶³ Audit report No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011, p. 34.

⁶⁴ Audit report No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011, p. 32.

⁶⁵ Audit report No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011, pp. 32-33.

⁶⁶ Audit report No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011, p. 33.

⁶⁷ Audit report No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011, p. 33.

⁶⁸ Type of data record with the approximation of the number.

authority by 1 October 2010.⁶⁹

The Court of Audit assessed that the IS ISARR application controls to provide quality⁷⁰ data had not worked.⁷¹

Article 58 (d) of Regulation 1083/2006 stipulates that the management and control systems shall provide for reliable accounting, monitoring and financial reporting systems in computerised form. It is laid down in Article 60 (c) of Regulation 1083/2006 that the managing authority shall be responsible for ensuring that there is a system for recording and storing in computerised form accounting records for each operation under the operational programme and that the data on implementation necessary for financial management, monitoring, verifications, audits and evaluation are collected.

SVLR may have established IS ISARR, which was supposed to be an information system for monitoring, reporting and implementation of operational programme, but the system did not provide efficient support for a number of reasons. One of the reasons were changes in the information system software, which were approved for installation in the production environment without being adequately tested. This was causing software errors. It was the contractor itself that was making corrections and upgrades in the production environment. Changes in the software were accompanied also by changes of data in the database, which were uncontrolled and inadequately documented. Since the software did not have built-in options for the correction of data already entered, data corrections were performed directly in the database without the application of IS ISARR. Changes in the software were not promptly documented.⁷² The Court of Audit also found that the data entered in the information system had not always been based on the documents that would have been formally in line with the demonstrated business event, since due to the wrong choice of the type of data record, records of values in the database had not always been the same as the amounts recorded in the documents. SVLR failed to specify a specific method for calculating amounts by compulsory rounding down. The users who had not been familiar with the method used to calculate amounts in IS ISARR, had been calculating the amounts for ordered payments from the state budget in Excel until the functionality of IS ISARR calculation⁷³ was added. Where the amount in the information system did not match the amount in the document, users recorded in IS ISARR additional amounts of eligible costs in the amount of one cent in order to try to get in IS ISARR the same amount as was the amount in the MFERAC information system and as was the amount paid.⁷⁴ This means that the data recorded in the IS ISARR database is not fully credible and reliable,

⁶⁹ Audit report No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011, p. 51.

⁷⁰ There are different criteria for assessing the quality of data, including the COBIT information criteria. The most important criteria for assessing the quality of data are: accuracy, credibility, relevance and timeliness.

⁷¹ Audit report No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011, p. 52.

⁷² Audit report No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011, pp. 39-46.

⁷³ IS ISARR still calculates amounts in the same way, only the difference between the calculation in Excel and in IS ISARR is no longer noticeable if users enter values from IS ISARR into the MFERAC information system.

⁷⁴ Audit report No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011, p. 54.

and therefore the accounting system in computerised form was not reliable, which was contrary to Article 58 (d) of Regulation 1083/2006.⁷⁵

Article 14 of Regulation 1828/2006 also specifies which information should be included in the accounting records of operations and the data on implementation. In the guidelines for the implementation of reimbursements, the certifying authority defined the data fields that the managing authority had to provide electronically in IS ISARR. The Court of Audit verified which fields under Article 14 of Regulation 1828/2006 had to be provided by IS ISARR. It found that SVLR had not recorded in the database all the data required under Article 14 of Regulation 1828/2006 and Article 60 (c) of Regulation 1083/2006.⁷⁶

It was stated in the IS ISARR investment programme that due to intangible and unquantifiable investment benefits, the standard indicators⁷⁷ of investment eligibility could not be calculated. Investment benefits can be quantitatively assessed only in the field of time savings of the employees who are operationally integrated in the procedures of the implementation of tenders and the monitoring of the implementation of projects. According to the preliminary estimates of the developer of the investment programme, the effort required for the implementation of these procedures was supposed to be reduced by at least 40 percent owing to the application of the information system concerned.⁷⁸ However, since according to the Court of Audit the information system did not function efficiently, it can be concluded that the benefits of the investment were not achieved.

3.2.3 Audit report, Efficiency of the SAPPrA application in providing support to results-based budgeting

The Court of Audit carried out an audit of the efficiency of the SAPPrA application in providing support to results-based budgeting in the period from 1 January 2012 to 31 March 2014. The audit was performed at the Ministry of Finance. To this end, the Court of Audit examined the requirements of the regulations in public finance as well as good practice in the management of public funds. The assessment of individual elements of information technology management was carried out on the basis of international standards and guidelines COBIT 4.1 and on the basis of sector-specific ISO standards.

The SAPPrA application⁷⁹ is an online software solution, which enables direct budget users to collect and transmit information related to the preparation of the state budget and the annual financial statement of the budget.⁸⁰

⁷⁵ Audit report No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011, p. 54.

⁷⁶ Audit report No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011, pp. 55-56.

⁷⁷ Static indicators, i.e. break-even point and payback period, and dynamic indicators such as net present value, internal rate of return, return index.

⁷⁸ Audit report No 1210-3/2009/88 of 15 November 2011, pp. 46-47.

⁷⁹ Abbreviation for "Spletna aplikacija za pripravo proračuna in analize" (Online application for the budget and analysis preparation).

⁸⁰ The SAPPrA application provides for the preparation of explanations of the financial plan (annual work programme) and explanations of the annual financial statement of the budget (report

The Court of Audit found that there had been no specific strategy document for the implementation of the results-based budgeting in the Republic of Slovenia in the period covered by the audit, which meant that the concept and its development at the national level had not been adequately defined.⁸¹ At the same time, there was no appropriate substantive basis for the preparation of implementation (action) plans and business requirements for information support to results-based budgeting. For the period from 2009 to 2012, the Ministry of Finance adopted the Strategy of the Ministry of Finance 2009-2012. Within the overall objective of managing sustainable fiscal policy, it laid down specific objectives, including: Improving the preparation and implementation of budgets - a results-based budgeting project - a more “substantive” preparation of the budget. The objective was based on the requirements of the Stability and Growth Pact, the National Reform Programme and the Stability Programmes.⁸² In 2013, the Ministry of Finance did not have a business strategy in place, nevertheless, it adopted a new strategy for the period from 2014 to 2015, in which it set a specific objective within the framework of the first strategic objective, which was related to the APPrA⁸³ information system and the SAPPPrA application, namely the provision of analytical and data bases for supporting the implementation of fiscal policy and structural reforms, which should provide in-depth analyses of current fiscal developments and the preparation of short-term and medium-term forecasts of key public finance categories as well as support to the conduct of fiscal policy, the management of public finance and the preparation of relevant legislation and other measures for the implementation of reforms.⁸⁴ During the period covered by the audit, the Ministry of Finance did not have a formal information technology strategy in place.⁸⁵ Important decisions regarding the informatisation of the Ministry of Finance took place in the light of each individual project and were not in line with the general strategy of the Ministry of Finance.⁸⁶

When verifying the efficiency of business requirements for the SAPPPrA application, the Court of Audit found that the preparation of the budget according to the programme approach in the years 2012 and 2013 did not find an appropriate basis in the legislation, since the Public Finance Act and the Decree on development planning documents and procedures for the preparation of the central government budget and local government budgets⁸⁷ regulated somewhat differently the time frame, activities, powers,

on the achieved objectives and results). It should also enable the preparation of some analyses of non-financial data (objectives and operational indicators, input indicators) for measuring effectiveness, efficiency and economy of operations.

⁸¹ Audit report No 320-3/2013/60 of 6 July 2015, p. 25.

⁸² Available at: http://www.mf.gov.si/en/areas_of_work/economic_governance/ (visited on 14 January 2018).

⁸³ Application information system of the Ministry of Finance, which provides support for the preparation of the budget and analyses of the state budget.

⁸⁴ Audit report No 320-3/2013/60 of 6 July 2015, p. 26.

⁸⁵ Audit report No 320-3/2013/60 of 6 July 2015, p. 26.

⁸⁶ Audit report No 320-3/2013/60 of 6 July 2015, p. 26.

⁸⁷ Official Gazette of the Republic of Slovenia, No 54/10.

responsibilities and documents for the preparation of the budget.⁸⁸ In the period covered by the audit, public finance legislation has not yet been fully aligned with the commitments under the Stability Programme, the Stability and Growth Pact, the National Reform Programme and the European Semester,⁸⁹ as the fiscal rule and development planning have not yet been adequately regulated. The Ministry of Finance had not yet prepared a uniform methodology for producing reports on the achieved objectives and results, nor were prescribed the requirements for internal reporting of budget users on the operations for management needs. Other deficiencies and inconsistencies in the regulations governing the preparation of the annual financial statement of the state budget were also discovered.

The Ministry of Finance had not yet prepared formal descriptions of the main business processes (the preparation and implementation of the budget as well as the reporting on its implementation) and defined information and documentation flows in these business processes.⁹⁰ In 2012 and 2013, there were major changes made in the budgets, which, however, were not process-coordinated and were not under adequate substantive tracking, which made transparency, comparability and traceability more difficult.⁹¹

The deficiencies were the content and quality of the data and information entered in the SAPPrA application.⁹² There was no proper control over the content of the data and information entered.⁹³ The substantive problem of data quality was mainly due to inadequately structured levels of programme classification, inadequate allocation of indirect costs, inconsistency and poor comparability and traceability of data over the years.⁹⁴

In addition, the Ministry of Finance did not have a definitive and adopted data dictionary with syntactic rules for the data it managed. Such a dictionary would allow the sharing of data elements between the SAPPrA application and related systems, promote common understanding of data and prevent the creation of incompatible data elements.⁹⁵ At the Ministry of Finance, internal and external systems are connected in various ways. The connection between information systems inside and outside the Ministry of Finance is established primarily at the data level. In doing so, the connection is established at the level of registers, code lists and data exchange. The problem was the lack of uniformity between the code lists of individual institutions and the lack of uniform application of various systems. The Court of Audit found that the

⁸⁸ Audit report, Efficiency of the preparation of budgets of the Republic of Slovenia for the years 2011 and 2012, No 320-7/2011/61 of 28 August 2012 (points 2.1.1 and 2.1.2). The audit report is publicly available on the website of the Court of Audit.

⁸⁹ Available at:

http://www.mf.gov.si/en/areas_of_work/economic_governance/european_semester/ (visited on: 14 January 2018).

⁹⁰ Audit report No 320-3/2013/60 of 6 July 2015, p. 45.

⁹¹ Audit report No 320-3/2013/60 of 6 July 2015, p. 28.

⁹² Audit report No 320-3/2013/60 of 6 July 2015, p. 40.

⁹³ Audit report No 320-3/2013/60 of 6 July 2015, p. 66.

⁹⁴ Audit report No 320-3/2013/60 of 6 July 2015, pp. 65-66.

⁹⁵ Audit report No 320-3/2013/60 of 6 July 2015, p. 49.

data transfer process had not been formally specified and that precise instructions for the data transfer between individual systems in connection with the APPrA information system had not existed.⁹⁶

The SAPPrA application should provide information for measuring the effectiveness, efficiency and economy of operations of the proposers of financial plans at the level of sub-programmes, as well as data and information for the preparation of reports⁹⁷ and analyses for the distribution of financial resources among policies and the planning of the budget based on programme classification in accordance with the priorities of the Government of the Republic of Slovenia. Due to the poor quality of data and information of the SAPPrA application, the utility of the explanations of the financial plans and the annual financial statements of the state budget was very limited, and the (negative) “indexation”⁹⁸ was implemented in practice in the planning of expenditure, which was used for such planning already before the reform of public finances.

4 Conclusion

The illustrated examples of the informatisation in public sector operations show that complex, notably generic⁹⁹ information systems in the public sector were introduced without adequate basis: without relevant regulations,¹⁰⁰ without appropriate business¹⁰¹ and strategic information technology planning, mostly without proper project organisation and without properly defined methodologies for the development of information systems, following an *ad hoc* approach.

Generic information technology solutions often require even customisation of business processes of a contracting authority (public sector organisation) and regulations, because they are not developed specifically according to the contracting authority requirements.

The negative consequences of investing in information technology without prior preparation of an appropriate strategic informatisation plan (only on *ad hoc* basis) are numerous; there are only a few of the most common ones indicated: investing in software solutions that do not support business needs and requirements, the lack of interconnectedness of software solutions, informatisation plans are changing too often,

⁹⁶ Audit report No 320-3/2013/60 of 6 July 2015, pp. 49-50.

⁹⁷ The reporting on the achieved objectives forms the basis for analysing achievements as well as the shaping of future objectives and the direction of operations. Reports are also the basis for determining responsibilities.

⁹⁸ The planned spending rights per budget line are increased or decreased in proportion to the increase / decrease in total expenditure compared to the previous year (incremental approach).

⁹⁹ In Slovenia, primarily generic information technology solutions are used in the public administration, therefore special attention should be paid to their compliance with regulations.

¹⁰⁰ Audit Report, Is the impact of the proposed regulations on the society being verified in Slovenia, No 1201-5/2006-17 of 7 March 2007, and Audit report, Is the impact of the proposed regulations on the society being verified in Slovenia (2), No 320-12/2011/144 of 24 August 2012.

¹⁰¹ For example: Synthesis report, Effectiveness of the ministries in managing sub-programmes, No 320-6/2011/441 of 20 January 2014.

etc.

Prior to the informatisation, the public sector organisations in question did not have properly designed and documented business processes and business requirements in their regulations. Based on the presented audit reports it can be seen that at the time of establishing information systems, there were no adequate substantive solutions,¹⁰² business requirements or specifications prepared, which would serve as a basis for mapping business requirements into information technology requirements and information system specifications. The functionality descriptions were very general and the search for solutions (explicitly or silently) was referred to external software solution providers who are neither competent nor professionally qualified for this.

I particularly emphasise the fact that in the tender specifications for the establishment of a public procurement portal there was no requirement for the offered solutions of the public procurement information portal to comply with the Public Procurement Act and a number of other implementing regulations. Among the requirements of the tender documentation, the Court of Audit even recognised requirements that were contrary to the provisions of the Public Procurement Act. When designing information technology solutions, some of the regulations were missing in the audited information systems (the public procurement portal, the SAPPPrA application), or they were not coordinated (IS ISARR, the SAPPPrA application). A rhetorical question arises as to whether the information systems designed on such a basis can at all be in compliance with regulations? Is the verification of compliance of information systems with regulations in the public sector systemically properly regulated and implemented? There is not enough emphasis given to the provision of compliance of information systems with regulations in the public sector, as there are no specific provisions regarding the provision of systematic and permanent control. An adequate system of ensuring compliance (the adequacy of regulations and business requirements, the planning of an information system, an operating project organisation, a sufficient scope of internal and external audits of compliance of information systems with regulations, etc.) should be provided.

Application and other controls to ensure the quality of data in the presented information systems were not established or did not work in such a way as to provide all the necessary data and information of adequate quality, which had been the purpose of information systems (IS ISARR, the SAPPPrA application). Also in this context the question arises about the adequacy of setting up and providing application and other controls as well the supervision over the entry and quality of data in information systems.

Information systems are primarily designed to support and increase the efficiency of operations. For the complex information systems in particular to be able to support operations, they must first be properly defined, including information and documentation flows in business processes. The content of business processes and hence the business requirements of organisations in the public sector are defined in

¹⁰² Identified processes, competences of process participants, potentially required amendments to regulations (also due to the introduction of generic software solutions), etc.

regulations. The definition of business processes, business requirements, process and business architecture is a starting point for the further planning of the information system, as they must be mapped into information technology architecture and software solutions.

The presented audit reports show that the planned benefits of informatisation were not achieved. This confirms our initial thesis that in spite of the possibilities offered by information systems, investment in information technology does not in itself guarantee better operations. Namely, by informatising business processes that are not or are not well defined, we do not contribute to a better business result.¹⁰³ The informatisation of such processes only enhances their implementation regardless of whether they are relevant, necessary or whether they contribute to greater efficiency of organisations. In its audit report on the performance of the use of budgetary resources in the implementation of the public procurement portal project, the Court of Audit explained that the use of the term “automation” had been decided to emphasize the fact that informatisation did not in itself provide for savings (benefits), but they mostly arose from changes in the efficiency and economy of the implementation of business processes supported by informatised solutions. Without simultaneous substantive changes in business processes the informatisation can even be counterproductive, by reducing the economy (due to higher equipment costs) and efficiency (due to the doubling of tasks) of operations.¹⁰⁴

References

- Aristovnik, A., Šušteršič, J., Setnikar Cankar, S., Klun, M., Novak, M., Pevcin, P., Seljak, J., Glažar, M., Jongen, E. L. W., Novak, M. in Petkovšek, V. (2010) Vzpostavitev sistemov merjenja učinkovitosti in uspešnosti javnega sektorja v Sloveniji na mikro in makro nivoju: končno poročilo raziskave (Ljubljana: Faculty of Administration).
- Avison, D. and Fitzgearld, G. (2003) Information Systems Development: methodologies, techniques & tools (Maidenhead: McGraw-Hill).
- Bajec, M. (2001) Opredelitev izhodišč za celovito obvladovanje poslovnih pravil v organizacijah (Ljubljana: Faculty of Computer and Information Science).
- Bohanec, M. (2012) Odločanje in modeli (Ljubljana: DMFA Publishing).
- Burlton, R. T. (2001) Business Process Management: Profiting from Process (Indianapolis: Sams Publishing).
- Cvikl, M. M. and Korpič-Horvat, E. (2007) Proračunsko pravo (Ljubljana: GV Publishing).
- Davenport, T. H. (1993) Process Innovation: Reengineering Work Trough Information Technology (Boston: Harvard Business School).
- Finkelstein, C. (2006) Enterprise Architecture for Integration: Rapid Delivery Methods and Technologies (Boston: Artech House).
- Harrington, H. J., Esseling, E. K. C. and Nimwegen H.v. (1997) Business process improvement workbook: documentation, analysis, design, and management of business process improvement (New York: McGraw-Hill).

¹⁰³ In addition to information knowledge, the informatisation of operations also requires legal and business knowledge.

¹⁰⁴ Audit report No 1202-5/2005 – 28 of 14 March 2006, footnote 12, p. 10.

- Igličar, A. (2011) *Zakonodajna dejavnost: Viri, nomotehnika in zakonodajni postopek* (Ljubljana: GV Publishing).
- Jacobson, I., Booch, G. and Rumbaugh, J. (2001) *The Unified Software Development Process* (Boston: Addison-Wesley).
- Klajnsšek, A. (2016a) *Povezljivost informacijskih sistemov za načrtovanje, izvrševanje in poročanje o državnem proračunu*, Zbornik 23. konference Dnevi slovenske informatike 2016: Informatiki - kako daleč si upate? (Ljubljana: Slovenian Association Informatika), 7 pages.
- Klajnsšek, A. (2016b) *Zagotavljanje ustreznih in zadostnih informacij za poročanje o smotrnosti delovanja*, Zbornik 8. konference Informatika v javni upravi 2016 (Ljubljana: Slovenian Association Informatika), pp. 1-7.
- Kovač, P. (2011) *The Public Administration Reform Agenda in Slovenia – Two Decades of Challenges and Results*, *Croatian and Comparative Public Administration*, 11(3), pp. 627-650.
- Kovač, P. (2016) *The Requirements and Limits of the Codification of Administrative Procedures in Slovenia According to European Trends*, *Review of Central and East European Law*, 41(3-4), pp. 427-461.
- Kovačič, A. and Bosilij Vukšić, V. (2005) *Management poslovnih procesov: Prenova in informatizacija poslovanja* (Ljubljana: GV Publishing).
- Kovačič, A., Groznik, A. and Krisper, M. (2001) *Business Renovation: From Business Process Modelling to Information System Modelling*, *Journal of Simulation*, 2(2), pp. 41-50.
- Krisper, M. et al. (2003a) *Enotna metodologija razvoja informacijskih sistemov: Uvod [Vol. 1]* (Ljubljana: Centre for Informatics of the Government of the Republic of Slovenia).
- Krisper, M. et al. (2003b) *Enotna metodologija razvoja informacijskih sistemov: Strateško planiranje [Vol. 2]*, (Ljubljana: Centre for Informatics of the Government of the Republic of Slovenia).
- Krisper, M., Bajec M., Rupnik R., Zrnc A. and Osojnik R. (2004) *Enotna metodologija razvoja informacijskih sistemov: Strukturni razvoj [Vol. 3]*, (Ljubljana: Centre for Informatics of the Government of the Republic of Slovenia).
- Krstov, L. (2006) *Modeliranje poslovnega pravila v modelu informacijskega sistema* (Maribor: Faculty of Economics and Business).
- Lahajnar, S. and Rožanec, A. (2016a) *Business-process management methodology engineering*, *Electrotechnical Review*, 83(3), pp. 108-114.
- Lahajnar, S. and Rožanec, A. (2016b) *The evaluation framework for business process management methodologies*, *Management: Journal of Contemporary Management Issues*, 21(1), pp. 47-69.
- Ministry of Public Administration (2015) *Strategija razvoja javne uprave 2015-2020* (Ljubljana: Ministry of Public Administration of the Government of the Republic of Slovenia).
- Montazemi, A. R., Pittaway, J. J. in Qahri-Saremi, H. (2010) *Significance of IT Governance in Transformational Government*, Gov Workshop '10, (West London: Brunel University).
- Pevcin, P. (2011) *Menedžment javnega sektorja* (Ljubljana: Faculty of Administration).
- Rožanec, A. (2013) *Ogrodje za celovito obvladovanje procesa strateškega planiranja informatike v spremenljivem okolju* (Ljubljana: Faculty of Computer and Information Science).
- Setnikar Cankar, S., Klun, M., Pevcin, P., Aristovnik, A. and Andoljšek, Ž. (2009) *Ekonomika javnega sektorja s proračunskim financiranjem* (Ljubljana: Faculty of Administration).
- Silič, M. et al. (2000) *EMRIS-Enotna metodologija razvoja informacijskih sistemov: Objektivni razvoj [Vol. 4]* (Ljubljana: Centre for Informatics of the Government of the Republic of Slovenia).
- Silič, M. et al. (2001a) *EMRIS-Enotna metodologija razvoja informacijskih sistemov: Razvoj IS za upravljanje delovnih procesov [Vol. 5]* (Ljubljana: Centre for Informatics of the Government of the Republic of Slovenia).

- Silič, M. (2001b) Metodologija vodenja projektov v državni upravi: Projekti informacijske tehnologije: priročnik (Ljubljana: Centre for Informatics of the Government of the Republic of Slovenia).
- Silič, M. et al. (2009) Metodologija vodenja projektov v državni upravi: Projekti informacijske tehnologije: priročnik (Ljubljana: Ministry of Public Administration of the Government of the Republic of Slovenia).
- Štamberger, I. M. and Jaklič, J. (2007) Towards E-government by business process change – A methodology for public sector, *International Journal of Information Management*, 27(4), pp. 221-232.
- Turk, I. (2010) Ekonomske in finančne kategorije na mikro in makro ravni (Ljubljana: Union of Economists of Slovenia).
- Vidovič, Z. (2005) Revidiranje gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti v javnem sektorju, Zbornik referatov: 37. Simpozij o sodobnih metodah v računovodstvu, financah in reviziji, (Ljubljana: Association of Accountants, Financiers and Auditors of Slovenia), pp. 159-180.
- Vrhovec, S. L. R., Hovelja, T., Vavpotič, D. and Krisper, M. (2015) Diagnosing organizational risks in software projects: Stakeholder resistance, *International Journal of Project Management*, 33(6), pp. 1262-1273.



Univerza v Mariboru

Pravna fakulteta

PRAVO IN EKONOMIJA DIGITALNO GOSPODARSTVO