

ZAKON O SPREMEMBAH IN DOPOLNITVAH ZAKONA O ELEKTRONSKEM POSLOVANJU IN ELEKTRONSKEM PODPISU (ZEPEP-A)

I. UVOD

1. OCENA STANJA IN RAZLOGI ZA SPREJEM ZAKONA

Razloge za sprejem predlaganega zakona lahko v širšem pogledu razvrstimo v tri skupine: prvi in nedvomno glavni razlog je uskladitev slovenskega pravnega reda s pravnim redom EU, ki je pogoj za izpolnitev obveznosti Republike Slovenije, ki izhajajo iz Evropskega sporazuma o pridružitvi med Republiko Slovenijo na eni strani in Evropskimi skupnostmi in njenimi državami članicami, ki se združujejo v Evropsko unijo na drugi strani in za posledično kompatibilnosti slovenskega pravnega reda s pravnim redom EU; drugi razlog je odprava nekaterih sistemskih in tehničnih pomanjkljivosti sedanjega zakona, na katere je opozorila dosedanja praksa in uporaba zakona, nanje pa so opozarjali tudi komentatorji zakona; tretji razlog pa je določitev pravne podlage za vzpostavitev, oziroma vključitev elektronskih potrdil na osebne in tudi druge identifikacijske dokumente, za kar je nujno treba omogočiti pristojnemu organu preverjanje istovetnosti imetnika takega elektronskega potrdila na podlagi obstoječih javnih evidenc in sklicevanje nanje.

S spremembami in dopolnitvami Zakona o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu Republika Slovenije tako prevzema v svoj pravni red še tiste določbe Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2000/31/ES z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja, v notranjem trgu ("direktive o elektronski trgovini"), ki v slovenski pravni red niso bile sprejete z Zakonom o spremembah in dopolnitvah zakona o varstvu potrošnikov.

Glede na to, da gre v primeru zakonske ureditve vprašanja odgovornosti ponudnikov posredniških storitev informacijske družbe nedvomno za vprašanje, ki ga je mogoče urediti izključno na zakonski ravni in katero je ključno pri pravnem urejanju elektronskega poslovanja ocenjujemo, da je zakon o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu nedvomno tisti predpis, ki je za prevzem relevantnih določb omenjene direktive, najprimernejši.

2. NAČELA IN CILJI ZAKONA

V samo načelno ureditev elektronskega poslovanja in elektronskega podpisovanja predlagane spremembe in dopolnitve ne posegajo, saj ocenjujemo, da je načelna opredelitev do veljavnosti podatkov v elektronski obliki in elektronskega podpisa v pravnem prometu, kot jo določa veljavni ZEPEP, še naprej moderna, saj je tehnološko nevtralna, zaradi česar je povsem primerna in ustrezna.

Edini poseg na načelni ravni tako ostaja določitev posebnih pogojev za odgovornost ponudnikov posredniških storitev informacijske družbe, ki jo zahteva implementacija direktive. Po veljavnem pravu veljajo namreč splošni pogoji za podajanje njihove odgovornosti za škodo, kot to določa 131. člen obligacijskega zakonika. V skladu s tem je zanje določeno obrnjeno dokazno breme v primeru odgovornosti za škodo tretjim, kar pa zaradi specifičnosti odnosa pogodbenih strank ni povsem primerno, saj gre za primere, ko je nadzor nad »nevarno stvarjo« formalno tehnično sicer mogoče utemeljiti in ga tudi pripisati ponudniku posredniške storitve, vendar take oblike nadzora dejansko ni mogoče izvajati, predvsem zaradi prevelikega obsega pretoka podatkov, zaradi česar ponudniku take storitve seveda ni mogoče naložiti odgovornosti za škodo, ki izvira iz takih podatkov. To je bilo tudi glavno vodilo za harmonizacijo omenjenih vprašanj s sprejetjem direktive 2000/31, ki je za podajanje odgovornosti ponudnikov posredniških storitev določila kompleksen sistem pogojev in domnev, katerih implementacijo predvideva obravnavani zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu.

Primarni cilj omenjene direktive je sicer nedvomno varstvo potrošnikov pri sklepanju pogodb na daljavo na splošno in na svetovnem spletu posebej. Ta vidik direktive je bil v celoti upoštevan pri pripravi sprememb in dopolnitev zakona o varstvu potrošnikov, zaradi česar je v tem delu slovenski pravni red že v celoti usklajen z omenjeno direktivo, kar je povsem v skladu s sistemsko ureditvijo varstva potrošnikov in sklepanja pogodb na daljavo v slovenskem pravnem redu. Iz enakega razloga

sistemske ureditve pa v zakonu o varstvu potrošnikov ne bi bilo primerno vključiti določb direktive, ki se izrecno nanašajo na posamezne specifične oblike zagotavljanja storitev informacijske družbe kot so izključni prenos, gostiteljstvo ali shranjevanje v predpomnilniku, katerih harmonizacijo direktiva prav tako določa, saj je iz pravno sistemskega vidika za zakonsko ureditev omenjenih vprašanj primernejši zakon o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu. Gre namreč nedvomno za obliko elektronskega poslovanja, kjer pa je treba zaradi specifičnosti medsebojnega odnosa pogodbenih strank, ki smo ga podrobneje opisali zgoraj, njune medsebojne odgovornosti razmejiti drugače, kot bi bile določene sicer po veljavnem pravu. Ker pa po drugi strani gre za problematiko, ki je tudi veljavni zakon o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu posebej ne ureja, predlog sprememb in dopolnitev predvideva vključitev novega oddelka v poglavje, ki govori o elektronskem poslovanju.

Drugi cilj sprememb in dopolnitev ZEPEP je odprava nekaterih predvsem pravno sistemskih in (nomo)tehničnih pomanjkljivosti, na katere nakazuje razlaga in uporaba posameznih določb zakona, nanje pa so tudi opozarjali nekateri komentatorji zakona. Gre za manjše posege, ki na samo konsistentnost besedila nimajo vpliva, vendar v praksi povzročajo precejšnje težave pri uporabi posameznih določb. Poleg nekaterih terminoloških vrzeli med posameznimi pojmi, ki so sicer uveljavljeni v slovenski zakonodaji in ki jih sedaj veljavni ZEPEP definira drugače, kar povzroča zmedo, gre predvsem za bolj jasno opredelitev nekaterih zakonskih določb, ki v praksi omogočajo različne interpretacije, kar posledično in dejansko v številnih primerih posameznike in podjetja odvrča od odločitve za uporabo elektronskega poslovanja, kar pa gotovo ne more biti v skladu z namenom ZEPEP.

Tretji cilj predlaganih sprememb in dopolnitev zakona o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu pa je določitev pravne podlage za vključitev elektronskih potrdil na osebne identifikacijske dokumente. Sprememba ZEPEP namreč pomeni priložnost, da se v zakon vključijo tudi vse spremembe, potrebne za izvedbo projekta elektronske osebne izkaznice (eOI). Predlagana rešitev določa možnost državnega organa, ki izdaja elektronska potrdila, da za potrebe izdaje javnih listin, katerih namen je izkazovanje istovetnosti in državljanstva posameznika (konkretno torej osebna izkaznica in/ali potni list) omogoči povezavo med posameznim elektronskim potrdilom in listino, na kateri je vključeno, oziroma njenim imetnikom. Gre torej za povezavo med centralnim registrom prebivalstva kot matično evidenco imetnika posameznega elektronskega potrdila in evidenco elektronske identifikacijske oznake potrdila, ki omogoča najustreznejši način identifikacije imetnika in je z vidika državnih organov tudi edina logična in sprejemljiva rešitev, saj se je le na ta način mogoče izogniti nevarnosti podvajanja podatkov in njihove neuskkljenosti. V zvezi z omenjenim vprašanjem so bili v postopku priprave predloga zakona izraženi številni pomisleki, predvsem s strani sedanjih overiteljev v smeri privilegirane položaja overitelja, katerega potrdila so vključena v javno listino, saj slednjemu zagotavlja večjo verodostojnost in funkcionalnost, kar mu utegne dolgoročno zagotoviti monopolni položaj nasproti drugim overiteljem. Pomisleki so omejeno utemeljeni in sicer zgolj v okviru ozkega tolmačenja uporabe digitalnih potrdil za neposredni dostop do podatkovnih virov. Očitek izgubi svojo vrednost ob razumevanju informacijskih sistemov kot celote, definirane v 11. točki 2. člena teh sprememb zakona. Zakon zgolj omogoča neposredno elektronsko identifikacijo posameznika in omenjeno vprašanje ureja tako, da določa zakonsko podlago za povezovanje elektronske osebne identifikacijske oznake – serijske številke, ki je javni podatek v digitalnem potrdilu in podatki, ki jih vsebuje centralni register prebivalstva, predvsem EMŠO, ki ni javni podatek in tako omogoča določitev prevajalne funkcije med serijsko številko in podatki v centralnem registru prebivalstva ter možnost vpisa serijske številke v centralni register prebivalstva, izključno za namene vključitve elektronskih potrdil v osebni identifikacijski dokument, saj je treba posebno pozornosti nameniti temu, da se taka dodana vrednost identifikacije omeji v tem smislu, da ne predstavlja konkurenčne prednosti »državnega overitelja« in tako v najmanjši možni meri posega in vpliva na delo drugih overiteljev. Člen namreč v nobenem primeru ne omejuje uporabe digitalnih potrdil drugih (>nedržavnih<) overiteljev, saj je njihova uporaba povezana z zahtevami in kriteriji posameznih aplikacijskih sistemov, ki zagotavljajo svoje interne sheme priznavanja digitalnih potrdil od primera do primera (npr. aplikacijski sistemi za davčno poslovanje, upravne storitve, izmenjava podatkov med zasebnim in javnim sektorjem).

3. ANALIZA PREDPISOV EU IN PREDLAGANE REŠITVE

Cilj Direktive 2000/31 je prispevati k pravilnemu delovanju notranjega trga z zagotavljanjem prostega pretoka storitev informacijske družbe med državami članicami, kar je del širšega področja svoboščine prostega pretoka storitev, ki je ena izmed štirih temeljnih svoboščin, ki definirajo delovanje notranjega trga Skupnosti, kot osrednje komponente ekonomske integracije Evropskih skupnosti. Direktiva dopolnjuje pravo Skupnosti, ki se uporablja za storitve informacijske družbe, vendar ne posega v obstoječo nacionalno zakonodajo, če slednja ne omejuje svobode zagotavljanja storitev informacijske družbe. Pojem storitve informacijske družbe je opredeljen v direktivi 98/48/ES (le-ta dopolnjuje direktivo 98/34), ki je v strokovni terminologiji bolj znana kot »Transparency directive«, in sicer kot vsaka storitev, ki se zagotavlja na daljavo z elektronskimi sredstvi za obdelavo in hranjenje podatkov na posamično zahtevo prejemnika storitve. Pri tem pomeni »na daljavo«, da se storitev zagotavlja, ne da bi bili strani sočasno prisotni; »z elektronskimi sredstvi«, da se storitev na začetku pošlje in v namembnem kraju sprejme z elektronsko opremo za obdelavo (vključno z digitalnim stiskanjem) in shranjevanje podatkov in v celoti pošlje, prenese in sprejme po žici, radiu, optičnih sredstvih ali drugih elektromagnetnih sredstvih; »na posamezno zahtevo prejemnika storitev« pa, da se storitev zagotavlja s prenosom podatkov na posamezno zahtevo. Storitve informacijske družbe vključujejo zlasti storitve prodaje blaga ali storitev, dostopa do podatkov ali oglaševanja na svetovnem spletu ter storitve dostopa do komunikacijskega omrežja, prenosa podatkov ali shranjevanja prejemnikovih podatkov v komunikacijskem omrežju. Omenjeno dikcijo je zakon povzel v predlogu sprememb drugega člena. Direktiva se uporablja za vse storitve informacijske družbe in tako zavezuje ponudnike teh storitev s sedežem v EU. Predmet njenega urejanja je usklajevanje nacionalnih določb o storitvah informacijske družbe glede notranjega trga, poslovanja ponudnikov storitev, tržno komunikacijskih sporočil, elektronskih pogodb, odgovornosti posrednikov, kodeksov ravnanja, izvensodnih poravnjav sporov, sodnega varstva in sodelovanja med državami članicami, z namenom oblikovanja pravnega okvira za zagotovitev prostega pretoka storitev informacijske družbe. Države članice so morale omenjeno direktivo prenesti v notranje pravo do 17.1.2002.

Iz navedenega izhaja, da je primarni cilj direktive varstvo potrošnikov pri sklepanju pogodb na daljavo na splošno in na svetovnem spletu posebej. Ta vidik direktive je bil v celoti upoštevan pri pripravi sprememb in dopolnitev zakona o varstvu potrošnikov, zaradi česar je v tem delu slovenski pravni red že v celoti usklajen z omenjeno direktivo, kar je povsem v skladu s sistemsko ureditvijo varstva potrošnikov in sklepanja pogodb na daljavo v slovenskem pravnem redu.

Z vidika elektronskega poslovanja pa so posebej pomembne tiste določbe direktive, ki jih zakon o varstvu potrošnikov ni prevzel v slovenski pravni red iz zgoraj navedenih razlogov. Konkretno gre za določitev posebnih pogojev za odgovornost ponudnikov posredniških storitev informacijske družbe izmed katerih so države obvezane določiti posebne pogoje za odgovornost ponudnikov storitev izključnega prenosa (mere conduit), gostovanja na strežniku (gostiteljstva - hosting) in shranjevanja v predpomnilniku (cacheing).

Omenjene določbe niso bile prenesene v slovenski pravni red, zaradi česar je njihova implementacija do vstopa Slovenije v EU 1.5.2004, nujna.

Predlagane rešitve in njihova podrobna obrazložitev je posebej opredeljena v nadaljevanju v obrazložitvi k posameznim členom.

4. PRIMERJALNOPRAVNA UREDITEV

Direktiva 2000/31 cilja na različna področja, ki jih v državah članicah EU praviloma ureja več zakonov. Iz tega razloga je najbrž večina članic (Avstrija, Nemčija in Finska), katerih prevzem omenjene direktive smo pri pripravi tega zakona upoštevali, izbrala tako pot, da je direktivo v svoj pravni red prevzela s posebnim zakonom, s katerim je direktivo bolj ali manj dobesedno prevedla.

Avstrija

Avstrija je direktivo 2000/31 v svoj pravni red prevzela z zakonom o nekaterih pravnih vidikih elektronskega poslovanja in pravnega prometa z dne 21.12.2001, s katerim je v celoti povzela vsebino

direktive brez bistvenih odstopanj. Edina izjema avstrijske ureditve, ki odstopa od ureditve v direktivi je tako posebna določitev odgovornosti v primeru iskalnih strojev, posebno pozornost pa je avstrijski zakonodajalec namenil opredelitvi države izvora posameznega ponudnika storitev informacijske družbe, kjer uvaja ureditev, ki v določeni meri in pod posebnimi pogoji odstopa od siceršnjih pravil mednarodnega zasebnega prava. Avstrija omenjene direktive v svoj pravni red v ničemer ni transponirala s spremembami zakona o varstvu potrošnikov.

Nemčija

Tudi Nemčija je direktivo v svoj pravni red prevzela podobno kot Avstrija in sicer z zakonom o okvirnih pravnih pogojih elektronskega poslovanja z dne 14.12.2001. Odstopanja od vsebine direktive 2000/31 so v primeru Nemčije še veliko manjša kot v primeru Avstrije, saj ni uvajala nobenih posebnih vsebinskih novosti, temveč povsem sledila dikciji direktive.

Velika Britanija

Velika Britanija je direktivo prevzela s spremembami in dopolnitvami zakona o finančnih storitvah in trgih dne 21.7.2002 in vsebino direktive prenesla tako, da je v omenjenem zakonu pod posebnim poglavjem določila pogoje za elektronsko poslovanje v skladu z določbami direktive.

Skupna ugotovitev primerjalno pravne ureditve je tako naslednja: države niso ubrale poti sprememb in dopolnitev več zakonov, temveč so zaradi specifičnosti področja urejanja te direktive, slednjo implementirale povsem samostojno. Dejstvo pa je, da je taka praksa v omenjenih državah dokaj običajna tudi v primeru drugih direktiv, ki bi jih bilo mogoče povsem sistemsko skladno implementirati z ustreznimi spremembami in dopolnitvami veljavne zakonodaje.

Ker Republika Slovenija take poti pri prevzemanju pravnega reda EU praviloma ni ubirala, ocenjujemo, da se na tem mestu na primerjalno pravno ureditev, prav zaradi tega, pa tudi zaradi dejstva, da je omenjeno direktivo mogoče v slovenski pravni red prevzeti povsem sistemsko skladno s spremembami dveh zakonov, ne bilo primerno opreti, temveč moramo izbrati pot, ki je za implementacijo direktive najbolj ustrezna v slovenskem pravnem redu in načinu prevzemanja obveznosti, ki izhajajo iz članstva v EU. Tudi zato ocenjujemo, da je primerjava zakonodajne ureditve po posameznih državah članicah EU manj pomembna, zaradi česar je pri analizi predpisov in predlaganih rešitvah nismo upoštevali v tolikšni meri.