Juha Karhu

Velvoiteoikeuden professori

Lapin yliopisto

Eduskunnan lakivaliokunta 23.5.2017 klo 10.45

Asia: U 25/2015 vp Valtioneuvoston kirjelmä eduskunnalle ehdotuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi (digitaaliset sopimukset) jatkokirjelmä

1. ALUKSI

Arvioin ehdotusta Suomen sopimusoikeuden järjestelmän ja sen yleisten periaatteiden kannalta. Kohdennan arvioni erityisesti nyt käytävissä neuvotteluissa Suomen kannalta keskeisiin asioihin. Kahdesta toisiinsa liittyvästä direktiiviesityksestä tässä lausunnossa käsitellään vain digitaalista sisällön tarjoamista koskevaa ehdotusta.

Kannanottoni on muodostettu Suomen sopimusoikeuden järjestelmän ja sen kantavien periaatteiden näkökulmasta. Kannanottoja muodostettaessa ei ole pyritty tyhjentävään oikeudelliseen argumentaatioon. Pohjoismaiselle varalisuusoikeudelliselle on ominaista, että sääntöjen tulkintaan vaikuttavat periaatteiden ohella myös reaaliset käytännön näkökohdat. Näiden näkökohtien ennakointi on vaikeaa, koska ne riippuvat monesti käytännön tilanteiden erityispiirteistä. Siksi tässä lausunnossa esitetyt kannanotot eivät ole tyhjentäväksi tarkoitettuja vastauksia siihen, miten käsiteltyjä direktiivin kohtia olisi tulkittava Suomen oikeuden mukaan sellaisessa tilanteessa, jossa direktiiviehdotus olisi jo hyväksytty.

Digitaalisen sisällön toimittamista koskeva direktiiviehdotus sisältää säännöksiä paitsi sopimuksenmukaisuudesta ja kuluttajan oikeuksista virhetapauksissa myös säännöksiä digitaalisen sisällön toimittamisesta, kuluttajan oikeuksista tapauksissa, joissa toimitusta ei suoriteta säännösten mukaisesti, sovitun sisällön muuttamisesta sopimuksen voimassa ollessa sekä kuluttajan oikeudesta irtisanoa pitkäkestoinen sopimus.

Kuten Suomen hallituksen kannanotossa selvitetään, digitaalista sisältöä koskevat säännökset ovat EU-tasolla uusia eikä kansallisestikaan erityissäännöksiä tällaisista hyödykkeistä ole kuin yhdessä jäsenvaltiossa (UK). Digitaalista sisältöä koskeva direktiiviehdotus koskee digitaalisessa muodossa tuotettua ja toimitettua tietoa, kuten tietokoneohjelmia, pelejä, musiikkia, filmejä, tv-palveluita, e–kirjoja ja digitaalisia lehtiä. Lisäksi soveltamisalaan kuuluvat palvelut, jotka mahdollistavat digitaalisessa muodossa olevan tiedon luomisen, käsittelyn tai säilyttämisen, kuten pilvipalvelut, sekä palvelut, jotka mahdollistavat muilta käyttäjiltä peräisin olevan digitaalisessa muodossa olevan tiedon jakamisen ja muun vuorovaikutuksen sen kanssa, kuten erilaiset keskustelupalstat.

Direktiivin soveltamisalaan kuuluisivat paitsi sellaiset sopimukset, joissa kuluttaja maksaa rahaa vastikkeena saamastaan digitaalisesta sisällöstä, myös sellaiset, joissa kuluttaja antaa tai sitoutuu antamaan henkilötietoja. Henkilötietojen käsite määräytyy EU:n yleisen tietosuoja-asetuksen 2016/679 mukaan. Tässä asetuksessa henkilötietojen käsitteestä tulee laaja, sillä monet tiedot ovat käytännössä yhdistettävissä tiettyyn henkilöön, vaikka henkilö ei ilmene niistä nimenomaisesti.

Direktiivi koskisi digitaalisen sisällön lisäksi myös DVD- ja CD-levyjä tms., joissa tavara toimii ainoastaan digitaalisen sisällön toimittamisvälineenä. Lisäksi direktiivin säännöksiä sovellettaisiin myös sellaisiin tavaroihin, joihin sisältyy erottamattomana osana digitaalista sisältöä, ellei elinkeinonharjoittaja osoita, että virheellisyys johtuu itse tavarassa olevasta puutteellisuudesta.

> Oikeusministeriön muistion OM2017-00125 mukaan enemmistö jäsenvaltioista haluaisi kuitenkin jättää tällaiset tavarat valtaosassa tapauksia direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

Otan tässä lausunnossa esiin tarkempaa tarkastelua vaativat kohdat tärkeysjärjestyksessä. Tärkeysjärjestykseen olen päätynyt tekemällä arvion direktiiviin ehdotetun sisällön merkityksestä Suomen sopimusoikeuden järjestelmän kannalta, ottaen huomioon ehdotetulla säännöksellä tästä järjestelmästä tehtävän poikkeuksen asteen.

2. ARVIOT DIREKTIIVIEHDOTUKSESTA KOMPROMISSIEHDOTUKSEN 8800/17 POHJALTA

A. Reklamaatio

Reklamaatiolla tarkoitetaan sopimuskumppanille tehtävää huomautusta seikasta, johon osapuoli perustaa tai aikoo myöhemmin perustaa vaatimuksiaan. *Suomen sopimusoikeuden lähtökohtia on sopimuksen ylläpitäminen syntyneestä häiriötilanteesta huolimatta, ja pyrkimys poistaa tai lieventää häiriön vaikutuksia molempien sopimuspuolten toiminnalla ja heidän yhteisesti sopimillaan tavoilla.* Tämän vuoksi Suomen oikeudessa vallitsee vahva lähtökohtainen velvollisuus reklamoida. Tämän mukaisesti esimerkiksi kuluttajan on reklamoitava elinkeinonharjoittajaa virheestä kohtuullisessa ajassa siitä, kun kuluttaja on havainnut sen tai kuluttajan olisi pitänyt havaita virhe. Poikkeukset reklamaatiovelvollisuudesta ovat Suomen oikeudessa hyvin rajoitettuja, ja tulevat kysymykseen lähinnä tilanteissa, joissa reklamaatioon oikeutettu osapuoli on itse toiminut epäasiallisesti ja/tai joissa sanottu osapuoli ei voi olla tietämätön reklamaation syystä (esimerkiksi myyjä oli tietoinen myymänsä hyödykkeen virheellisyydestä). Reklamaation merkitystä tuetaan oikeusjärjestelmässämme sillä, että laiminlyöty reklamaatio johtaa pääsääntöisesti siihen, että osapuoli ei pysty tehokkaasti vetoamaan oikeuteensa.

Direktiiviehdotus ei sisällä kuluttajaostajalle asetettua yleistä reklamaatiovelvollisuutta. Direktiiviehdotuksen Artiklaan 10 kohta 3 sisältyy vain hyvin rajallinen yhteistyövelvollisuus, joka koskee tilannetta, jossa digitaalinen sisältö ei toimi sen vuoksi että se ei ole yhteensopiva kuluttajien muiden laitteiden käyttämien käyttöjärjestelmien tai vastaavien syiden vuoksi. Tämäkin yhteistyövelvollisuus on rajattu siihen saakka kuin se on ”*possible and necessary*”. Sanktiona kuluttajalle tämän velvollisuuden laiminlyönnistä on virhettä koskevan todistustaakan kääntyminen eli että kuluttajan on osoitettava digitaalisen hyödykkeen virheellisyys.

Normijärjestelmille ominaiseen tapaan Suomen sopimusoikeuden järjestelmässä monien oikeusvaikutusten ajankohtaistuminen – ja siis kuluttajan mahdollisuudet vedota oikeuksiinsa – on kytketty ajoissa tehtyyn reklamaatioon. Direktiiviehdotuksessa reklamaation laiminlyönti ei johda siihen, ettei kuluttaja voisi vaatia direktiivin mukaisia oikeuksiaan. Direktiivin ja Suomen oikeuden välisen poikkeaman merkitystä vähentää kuitenkin osaltaan se, että kompromissiehdotuksessa on jätetty vahingonkorvauksen määräytyminen kansallisen lainsäädännön varaan. Siten reklamaation laiminlyönti voidaan edelleenkin ottaa huomioon kuluttajan vaatiessa virheen johdosta

vahingonkorvausta siinä määrin kuin reklamaation laiminlyönti merkitsee yleisen, siis myös kuluttajaa koskevan, vahingon minimoimisvelvoitteen laiminlyöntiä. Ääritilanteissa kuluttajan tietoisesti ja tarkoituksellisesti tekemää reklamaation laiminlyöntiä voitaisiin jopa pitää oikeuden väärinkäyttönä – tosin EU-oikeuden toteutumiselle asetettu tehokkuuden vaatimus asettaa tällaiselle kansalliselle linjaukselle hyvin tiukat edellytykset.

Reklamaatiovelvollisuudesta poikkeaminen (luopuminen) olisi merkittävä myönnytys Suomelta.

B. Henkilötietojen luovuttaminen myyjän käyttöön rinnastetaan rahamääräiseen suoritukseen

Nykyaikaisten digitaalisten liiketoimintamallien ja niiden sisältämien ansaintalogiikkojen kannalta on onnistunutta, että kuluttajan suorituksena pidetään rahasuorituksen ohella omien henkilötietojensa antamista hyödykkeen toimittajan käyttöön. Direktiiviehdotusta koskevassa eurooppalaisessa keskustelussa on kuitenkin kriittisesti huomautettu siitä, että tärkeästä ja perusoikeuden suojaamasta oikeudesta ei pitäisi tehdä kauppatavaraa. Myös Suomen sopimusoikeus sisältää ns. *puuttumattomuusperiaatteen* kautta rajoituksia oikeussuojaa saavien hyödykevaihtojen tilanteille. Perinteinen esimerkki on (laiton) uhkapelivelka, jota sen voittanut taho ei pysty perimään tuomioistuimessa mutta jota myöskään sen jo maksanut taho ei saa perittyä tuomioistuinteitse takaisin. Suomen sopimusoikeus tunnistaa myös sellaisia tilanteita, joissa vaihdon piiriin saatettu toiminta kuuluu perusoikeuksien suojaaman henkilökohtaisen vapauden piiriin. Myös näissä on sovellettu puuttumattomuusperiaatetta. Esimerkiksi tapauksessa KKO 2005:72 oli kysymys siitä, tulisiko perusteetta vapautensa menettäneelle henkilölle korvata ansionmenetyksenä prostituution harjoittamisen estyminen. Korkein oikeus katsoi, ettei vaatimus voinut hyvän tavan vastaisen perusteensa takia saada oikeussuojaa. Tämän tyyppisissä tilanteissa on kysymys siitä, että ei haluta tukea käytäntöjä, jotka ovat vakiintuneen yhteiskuntapolitiikan vastaisia (*against public policy*).

Henkilötietojen luovuttamista tai sitoutumista niiden hyödyntämiseen digitaalisen hyödykkeen hankkimisen yhteydessä ei voida rinnastaa Suomessa puuttumattomuusperiaatteen soveltamisalaan kuuluviin tapauksiin. EU:n tietosuoja-asetus jo sinänsä osoittaa, että henkilötietojen luovuttaminen, säilyttäminen ja käyttö ovat tietoyhteiskunnissa tavanomaista ja normaalia toimintaa. Puhtaasti kaupallisesti hyödynnettyinä kuluttajan henkilötietojen käyttämistä vastikkeena elinkeinonharjoittajan suorituksesta arvioidaan kuitenkin myös sopimusoikeudellisesti varsin tiukasti. Kuten direktiiviehdotuksessakin korostetaan, käytön tulee aina noudattaa EU:n tietosuoja-asetusta siltä osin kuin tiedot ovat sen soveltamispiirissä. Myös muita kuin asetuksen soveltamisalaan kuuluvia henkilötietoja tulee käsitellä asianmukaisesti niin sopimussuhteen aikana kuin sen päätyttyäkin, ja kuluttaja tulee pitää ajan tasalla tietojen eri käyttömuodoista. Kuluttaja saa sopimuksen päätyttyä lyhyen määräajan kuluessa takaisin omat henkilötietonsa lukuun ottamatta anonyymisti elinkeinonharjoittajan liiketoiminnassa käytettyjä tietoja. Oikeus henkilötietojen käyttöön pitää saada vapaaehtoisena suostumuksena (*free consent*).

Arvioituna samaan tapaan kuin perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä katson, että *henkilötietojen luovuttamisen käyttämistä vastikkeena digitaalisista sisällöistä direktiivin asettamissa rajoissa ei ole Suomen sopimusoikeudessa perusteita pitää hyvän tavan vastaisena.* Siten tässä suhteessa ei ole merkittävää poikkeamaa Suomen oikeudesta.

C. Kuluttaja voi kohdistaa vaatimuksensa vain myyjään mutta ei myyntiportaan aikaisempiin tahoihin

Pohjoismaiselle kuluttajansuojajärjestelmälle on ominaista se, että *kuluttaja voi kohdistaa vaatimuksensa myyjän ohella myös muihin toimitusketjun toimijoihin* (esimerkiksi maahantuojaan). Tällä tavoin vahvennetaan kuluttajan tosiasiallista oikeussuojaa esimerkiksi myyjäliikkeen reagointihaluttomuuden tai maksukyvyttömyyden tilanteissa. Direktiiviehdotukseen ei sisälly kuluttajalle oikeutta kohdistaa vaatimuksensa suoraan aikaisemmalle myyntiportaalle. Direktiiviehdotus toki sisältää toimitusketjun vastuita koskevan Artiklan 17 *(”Right of Redress”),* mutta siinä on säännelty vain myyjän regressioikeudesta omalle toimittajalleen.

EU-sääntelyssä on monin paikoin suhtauduttu varauksellisesti tähän pohjoismaiseen vaatimusmahdollisuuksien laajentamiseen. Useat EU:n jäsenvaltioiden sopimusjärjestelmät sisältävät varsin ehdottoman lähtökohdan siitä, että sopimuskumppani, muun muassa kuluttaja, voi kohdistaa sopimusperusteisia vaatimuksia vain sopimuskumppaniinsa (ns. *privity of contract*). Siitä huolimatta, että ”pohjoismainen malli” on joissakin tilanteissa saavuttanut menestystä myös EU:n piirissä, ja erityisesti kuluttajaoikeuden alueella, ei tätä poikkeamaa direktiivissä voida pitää erityisen uutena. Jälleen hakien johtoa perusoikeuksien rajoitusedellytyksistä: *direktiivin sisältö ei tältä osin merkitse sitä, että Suomen oikeuteen tuotaisiin EU-oikeuden kautta jotain olennaisesti uutta* mihin emme olisi jo joutuneet toisissa yhteyksissä mukautumaan.

D. Direktiivin soveltamisala

Direktiiviehdotuksessa elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välinen sopimuskokonaisuus *pilkotaan* eri *osiin* esimerkiksi silloin kun samanaikaisesti myydään tavara ja siihen liittyvää digitaalista sisältöä. Tällöin direktiivi soveltuu, mutta vain digitaalista sisältöä koskevaan osaan (Artikla 3 kohta 3a). Suomen sopimusoikeuden järjestelmälle on monin tavoin puolestaan ominaista *kokonaisvaltainen* tarkastelu. Sopimusta ja erityisesti sopimuksen eri ehtoja on arvioitavana kokonaisuuden osina, ei erillisinä asioina. Jos useammat sopimukset muodostavat toiminnallisen kokonaisuuden, vahvana lähtökohtana on, että jokaista sopimusta on arvioitava tuon laajemman kokonaisuuden (ns. sopimuspaketin) osina. Suomen oikeuden arviointitapa on siten vastakkainen direktiiviehdotuksessa omaksutulle sopimuksen pilkkomiselle.

Sopimuksen pilkkominen johtuu direktiivin ilmentämästä kohdennetusta harmonisoinnista, jossa pyritään antamaan kaikkeen digitaalista sisältöä koskevaan sopimustoimintaan yhtenäiset säännöt siitä riippumatta, minkä sopimustyypin alaan tai mihin kokonaisjärjestelyyn elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan tekemä sopimus muutoin kuuluu. Täysharmonisoimalla digitaalisen sisällön toimittamista kuluttajalle koskeva normisto pyritään saavuttamaan oikeudellinen selkeys ja ennakoitavuus sekä asianmukaisena pidetty oikeussuojan taso kuluttajille ja elinkeinonharjoittajille. Suomen ja Pohjoismaiden sopimusoikeudelle puolestaan on ominaista sopimusten tyyppivapauden periaatteen mukaisesti *arvioida toiminnallisia kokonaisuuksia yhtenäisten sopimusoikeudellisten periaatteiden valossa eikä niiden erityisiä elementtejä kutakin erikseen*.

> Poikkeuksen tästä muodostavat oikeastaan vain vahvasti tyyppisidonnaiset oikeustoimet kuten kiinteistönkauppa ja työsopimus. Esimerkiksi KKO 2015:80, jossa kiinteistönkaupan esisopimuksen sisältyi laajempaan kunnan ja yhtiön väliseen yritystilasopimukseen. Tämän ei katsottu oikeuttavan poikkeamaan kiinteistönkaupan

muotovaatimuksien noudattamisesta. Vastaavasti KKO 2017:26 ja KKO 2017:27 linjattiin, että myös johtamistehtävissä työskentelevien työntekijöiden työsopimukseen ja työsopimuslakiin perustuvat oikeudet ovat samat kuin muilla työntekijöillä.

EU:n kuluttajaoikeuden horisontaalista eli hyödyke- ja jakelukanavaneutraalia yhtenäistämistä pidetään Suomessa varsin yleisesti onnistuneena. Sen sijaan direktiiviehdotuksessa on kysymys vain tiettyihin hyödykkeisiin ja tiettyihin jakelukanaviin kohdennetusta harmonisoinnista. EU:n jäsenvaltiona Suomi voi joutua mukautumaan myös tällaiseen kohdennetun harmonisoinnin sääntelylogiikkaan.

Direktiiviehdotusta on kompromissiehdotuksessa muutettu siten, että digitaaliseen sisältöön rinnastetaan nyt myös digitaaliset palvelut (Artikla 3 kohta 1). Tällä rinnastuksella rajanvedon tekeminen muuttuu dynaamisemmaksi eli rajanvetoa tehtäessä voidaan ottaa vahvemmin huomioon toiminnallinen konteksti (palvelukonsepti ja siihen sisältyvä ansaintalogiikka). Tämä lieventää poikkeaman ”systeemisiä haittavaikutuksia” (sääntelykehyksen pirstaloitumista ja monimutkaistumista) olennaisesti.

Toisaalta direktiiviehdotuksessa myös sellaisten hyödykkeiden kaupassa, joissa on vain monesti vähäiseltä osin kysymys digitaalisesta sisällöstä (kuten autojen ja pesukoneiden kauppa), sovellettaisiin direktiiviä, ellei elinkeinonharjoittaja osoita virheellisyyden johtuvan itse tavarassa olevasta puutteellisuudesta. Tämä puolestaan vahventaa ”systeemisiä haittavaikutuksia”, koska Suomessa pyritään ”sekatyyppisten sopimusten” tilanteissa löytämään toiminnallis-taloudellista painopistettä parhaiten kuvastava ratkaisulinja. Esimerkiksi huoltoasemaketjujen maanvuokraan liittyviä asioita pyritään tarkastelemaan osana ns. franchising-suhdetta eikä erillisinä vuokraoikeuskysymyksinä (KKO 1981 II 4).

Suomen sopimusoikeuden järjestelmään sopisi paremmin sellainen soveltamisala, jonka piiriin eivät mukana toimitukseen tulevan (vähäisen) digitaalisen sisällön vuoksi kuuluisi pääasiassa tavaran tai muun fyysisen hyödykkeen kauppa.

Toisaalta haitat tiettyihin hyödykkeisiin kohdistuvasta täysharmonisoinnista voivat muodostua tarpeellisiksi siksi, koska yleisen sopimusoikeuden harmonisointi ei näytä etenevän EU:ssa. Tästä syystä ”systeemihaitat” voivat olla siedettäviä jos ne ovat suorastaan välttämättömiä digitaalisten sisämarkkinoiden toimivuuden edistämisen kannalta.

E. Muita yksittäisiä kohtia koskevia havaintoja

Oikeusministeriön muistiossa OM2017-00125 on mainittu (s.2) luettelona seikkoja, joissa puheenjohtajavaltion kompromissiehdotukseen on tehty Suomen kannalta myönteisiä muutoksia. Olen käynyt läpi nämä muutokset, ja voin varauksitta yhtyä ministeriön esittämään arvioon näissä suhteissa. Merkittävimmät myönteiset muutokset ovat se, että kansallisen lainsäädännön varaan jäävät virhevastuun kesto, vanhentumisaika ja vahingonkorvaus sekä se, että virheen oikeusseuraamukset (Artiklat 11 ja 12) noudattavat huomattavasti läheisemmin Suomen oikeutta.