



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów



PRZECHOWYWANIE DANYCH W CHMURZE W PERSPEKTYWIE DYREKTYWY W SPRAWIE NIEKTÓRYCH ASPEKTÓW UMÓW O DOSTARCZANIE TREŚCI CYFROWYCH I USŁUG CYFROWYCH

KATARZYNA WIŚNIEWSKA

Warszawa 2021

KATARZYNA WIŚNIEWSKA

PRZECHOWYWANIE DANYCH W CHMURZE
W PERSPEKTYWIE DYREKTYWY W SPRAWIE
NIEKTÓRYCH ASPEKTÓW UMÓW O DOSTARCZANIE
TREŚCI CYFROWYCH I USŁUG CYFROWYCH



Warszawa 2021

Wszelkie opinie wyrażone w niniejszym opracowaniu są osobistymi opiniami autora i nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Copyright © 2021 Katarzyna Wiśniewska. Wszelkie prawa zastrzeżone.

Praca magisterska napisana pod kierunkiem naukowym prof. dr. hab. Fryderyka Zolla, na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego

ISBN 978-83-64681-25-7

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa
www.uokik.gov.pl

Skład i druk:
Biznes Druk
ul. Opolska 23/2
05-270 Marki
www.biznes-druk.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	8
1. Akty prawne	8
2. Wzorce umowne	9
Wstęp.....	11
Rozdział I. Chmura obliczeniowa w obrocie cywilnoprawnym.....	13
1. Wprowadzenie.....	13
2. Przedmiot i cele badania	13
3. Dobór próby do badań.....	14
4. Narzędzia badawcze.....	14
5. Zewnętrzny kształt umowy	15
6. Wykonanie i niewykonanie zobowiązania	18
6.1. Umowy o gwarantowanym poziomie świadczenia usług (SLA) ...	18
6.2. Przerwy w dostarczaniu usług.....	19
6.3. Zawieszenie dostępu do usług	20
6.4. Odpowiedzialność odszkodowawcza	21
7. Zmiana stosunku prawnego.....	24
8. Zakończenie stosunku prawnego	26
9. Aspekty prawnoautorskie	28
10. Aspekty terytorialne	30

11. Wnioski płynące z analizy wzorców umownych.....	33
Rozdział II. Charakter prawny umowy przechowywania danych w chmurze	35
1. Chmura obliczeniowa jako treść lub usługa cyfrowa.....	35
2. Typologia umowy przechowywania danych w chmurze	38
2.1. Podejście klasyfikujące i podejście typologiczne	38
2.2. Umowa o charakterze mieszanym.....	41
2.3. Umowy związane.....	43
2.4. Przechowywanie danych w chmurze jako umowa o świadczenie usług	44
2.5. Przechowywanie danych w chmurze jako umowa przechowania	49
3. Obiektywne wymogi zgodności z umową a świadczenie w umowie przechowywania danych w chmurze.....	54
3.1. Cel przechowywania danych w chmurze	55
3.2. Funkcjonalność chmury jako element zasadnych oczekiwań konsumenta	56
3.3. Modyfikacje przedmiotu świadczenia	60
4. Naruszenie zobowiązania z umowy przechowywania danych w chmurze	63
4.1. Niezgodność świadczenia z umową	64
4.2. Krótkotrwałe i długotrwałe przerwy w świadczeniu usług.....	67
4.3. Odpowiedzialność odszkodowawcza	70
4.4. Środki ochrony prawnej przysługujące konsumentowi	75
4.5. Odstąpienie od umowy	78
5. Wnioski płynące z analizy umowy przechowywania danych w chmurze	82

Rozdział III. Rola czynników kształtujących przechowywanie danych w chmurze	85
1. Umowy dotyczące gwarantowanego poziomu świadczenia usług (<i>Service Level Agreement</i>)	85
2. Normy techniczne dotyczące świadczenia usług w chmurze obliczeniowej	88
3. Przetwarzanie danych osobowych w chmurze.....	92
4. Wnioski płynące z analizy czynników kształtujących przechowywanie danych w chmurze.....	95
Rozdział IV. Przyszłość umowy przechowywania danych w chmurze ..	96
1. Słuszność przeniesienia reżimu z rękojmi do regulacji świadczenia usług	96
2. Regulacja umowy przechowywania danych w chmurze obliczeniowej	99
3. Typizacja umów w przyszłości	103
4. Wnioski płynące z analizy przyszłego kształtu umowy przechowywania danych w chmurze.....	106
Podsumowanie.....	107
Bibliografia	109

Wykaz skrótów

1. Akty prawne

dyrektywa - Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (Dz. Urz. UE L 136 z 2019 r., s. 1)

dyrektywa 1999/44/WE - Dyrektywa 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz. Urz. UE L 171 z 1999 r., s. 12)

dyrektywa 2011/83/UE - Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 304 z 2011 r., s. 64)

dyrektywa 2019/771 - Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/771 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów, zmieniająca rozporządzenie (UE) 2017/2394 oraz dyrektywę 2009/22/WE i uchylająca dyrektywę 1999/44/WE (Dz. Urz. UE L 136 z 2019 r., s. 28)

dyrektywa NIS - Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii (Dz. Urz. UE L 194 z 2016 r., s. 1)

k.c. - Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm.)

k.p.c. - Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1460 ze zm.)

konwencja CISG - Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, sporządzona w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r. (Dz. U. z 1997 r., poz. 286 ze zm.)

pr. aut. - Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1231 ze zm.)

p.t. - Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2460 ze zm.)

rozporządzenie 1025/2012 - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniające dyrektywy Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylające decyzję Rady 87/95/

EWG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz. Urz. UE L 316 z 2012 r., s. 12)

rozporządzenie 2016/679 - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych (Dz. Urz. UE L 119 z 2016 r., s. 1)

rozporządzenie 2018/302 - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/302 z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawie nieuzasadnionego blokowania geograficznego oraz innych form dyskryminacji klientów ze względu na przynależność państwową, miejsce zamieszkania lub miejsce prowadzenia działalności na rynku wewnętrznym oraz w sprawie zmiany rozporządzeń (WE) nr 2006/2004 oraz (UE) 2017/2394 i dyrektywy 2009/22/WE (Dz. Urz. UE L 60 z 2018 r., s. 1)

rozporządzenie Bruksela I bis - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (wersja przekształcona) (Dz. Urz. UE L 351 z 2012 r., s. 1).

rozporządzenie Rzym I - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Dz. Urz. UE L 177 z 2008 r., s. 6)

TFUE - Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz. Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47)

u.k.s.c. - Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (Dz. U. z 2018 r., poz. 1560 ze zm.)

u.o.i.n. - Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 742)

u.p.k. - Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 287)

u.ś.u.d.e. - Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 344)

2. Wzorce umowne

Adobe - <https://www.adobe.com/pl/legal/subscription-terms.html> (dostęp: 17 lutego 2020 r.)

Comarch IBARD - <https://www.ibard.com/pl/regulamin/> (dostęp: 17 lutego 2020 r.)

Dropbox - <https://www.dropbox.com/terms> (dostęp: 17 lutego 2020 r.)

e24cloud - https://my.beyond.pl/file/Regulamin_e24cloud-konsument-PL.pdf,
https://my.beyond.pl/file/Regulamin_e24cloud-przedsiębiorca-PL.pdf (dostęp: 17 lutego 2020 r.)

Google Drive - <https://policies.google.com/terms?hl=pl>, https://www.google.com/intl/pl_ALL/drive/terms-of-service/ (dostęp: 21 lutego 2020 r.)

iCloud - <https://www.apple.com/pl/legal/internet-services/icloud/pl/terms.html> (dostęp: 17 lutego 2020 r.)

Microsoft - <https://azure.microsoft.com/pl-pl/support/legal/subscription-agreement/>,
https://azure.microsoft.com/pl-pl/support/legal/sla/cloud-services/v1_5/ (dostęp: 17 lutego 2020 r.)

Oktawave - https://oktawave.com/pl/firma/informacje-prawne/regulaminy-dla-konsumentow/Regulamin_swadczenia_uslug_Oktawave_dla_konsumentow_20200120.pdf,
https://oktawave.com/pl/firma/informacje-prawne/regulaminy-dla-konsumentow/SLA_Standardowa_umowa_o_poziomie_uslug_dla_konsumentow.pdf,
https://oktawave.com/pl/firma/informacje-prawne/regulaminy-dla-przedsiębiorcow/Regulamin_swadczenia_uslug_Oktawave_dla_przedsiębiorcow_20200120.pdf,
https://oktawave.com/pl/firma/informacje-prawne/regulaminy-dla-przedsiębiorcow/SLA_Standardowa_umowa_o_poziomie_uslug_dla_przedsiębiorcow.pdf (dostęp: 17 lutego 2020 r.)

OVH - <https://www.ovh.pl/pomoc/dokumenty/contractpdartcloudPl.pdf> (dostęp: 17 lutego 2020 r.)

UniCloud - https://www.unicloud.pl//unicloud_regulamin.pdf (dostęp: 17 lutego 2020 r.)

WSTĘP

Przechowywanie danych w chmurze stało się jednym z największych osiągnięć, jak i najpoważniejszych wyzwań rynku cyfrowego. Zawieranie tego rodzaju umów odbywa się niemal wyłącznie w przestrzeni wirtualnej, a przedmiot stanowią dobra niezdefiniowane na gruncie dotychczasowej cywilistyki - treści cyfrowe. Dalszy rozwój handlu elektronicznego jest przy tym nieunikniony. Mając na względzie te okoliczności, a także konieczność usuwania barier dla jednolitego rynku cyfrowego w Unii Europejskiej, 20 maja 2019 r. uchwalona została dyrektywa w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych. Nowatorska w swoim podejściu do problematyki świadczenia usług o charakterze cyfrowym dyrektywa w maksymalnym zakresie harmonizuje nieuregulowane dotąd zagadnienia. Jednym z nich jest zjawisko chmury obliczeniowej. Ta nieznaną polskiemu prawu cywilnemu umowa odgrywa kluczową rolę w procesie redefiniowania sposobów dostarczania mocy obliczeniowej. Konieczność implementacji dyrektywy stwarza przy tym niepowtarzalną okazję do podjęcia głębszej refleksji na temat roli tego rodzaju stosunków prawnych we współczesnej kodyfikacji. Ramy prawne świadczenia usług w chmurze obliczeniowej są bowiem odwrotnie proporcjonalne do rosnącego ich znaczenia. Z tego względu konieczne jest ustalenie reżimu prawnego właściwego dla chmury obliczeniowej w oparciu o obowiązujące przepisy, a przy tym zastanowienie się, na ile regulacje uchwalone przez unijnego ustawodawcę pozytywnie wpływają na określenie tych ram i dostarczają odpowiedzi na pojawiające się problemy. Zagadnienia te stanowią przedmiot niniejszego opracowania.

W pierwszym rozdziale zaprezentowany zostanie kształt umowy przechowywania danych w chmurze, który wynika z dotychczasowej praktyki zawierania tego rodzaju stosunków zobowiązaniowych. Analizie poddane zostaną wzorce umowne, jakimi posługują się dostawcy usług w chmurze obliczeniowej. Hipotezę dla tej części pracy stanowi kwestia wykształcenia się w obrocie spójnego modelu przechowywania danych w chmurze. Zbadany zostanie również aktualny standard ochrony konsumenta będącego stroną tej umowy. Wnioski wyciągnięte z empirycznej analizy umowy przechowywania danych w chmurze posłużą w dalszej części pracy do wskazania prawnych ram świadczenia tego rodzaju usług, a także do oceny regulacji zawartych w dyrektywie w sprawie dostarczania treści i usług cyfrowych.

Celem drugiego rozdziału jest przedstawienie charakterystyki umowy przechowywania danych w chmurze na tle obowiązujących norm prawnych. Zaproponowane zostanie alternatywne stanowisko względem nienazwanego charakteru tej umowy. Pozwoli to na sformułowanie odpowiedzi na pytania kluczowe z punktu widzenia

prawa zobowiązań, dotyczące między innymi naruszenia zobowiązania, uprawnienia do odstąpienia od umowy, zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej oraz modyfikacji przedmiotu świadczenia. Zagadnienia te będą omawiane na tle regulacji zawartych w dyrektywie, z uwzględnieniem odmienności wobec obrotu dwustronnie profesjonalnego. Dogmatycznoprawna analiza aktualnego kształtu umowy przechowywania danych w chmurze pozwoli na późniejsze sformułowanie postulatów *de lege ferenda* w zakresie przyszłego jej uregulowania oraz implementacji samej dyrektywy.

W trzecim rozdziale wskazane zostaną czynniki, które mają wpływ na sposób kształtowania się praw i obowiązków stron umowy przechowywania danych w chmurze, jednak nie wynikają bezpośrednio z postanowień uzgodnionych przez strony lub w każdym przypadku z bezwzględnie obowiązujących norm prawnych. Wśród tych czynników omówione zostaną umowy o gwarantowanym poziomie świadczenia usług (SLA), normy techniczne dotyczące usług teleinformatycznych, a także wymogi w zakresie ochrony danych osobowych, jeżeli stają się one przedmiotem przechowania w chmurze obliczeniowej. Czynniki te determinują prawne ramy świadczenia usług w chmurze obliczeniowej, jednak ich wyodrębnienie jest słuszne z tego względu, że znajdują zastosowanie tylko w określonych przypadkach.

Ostatni, czwarty rozdział poświęcony będzie przyszłości umowy przechowywania danych w chmurze. Ponownie ocenie zostanie poddana przydatność unijnych regulacji w zakresie dostarczania treści i usług cyfrowych, a także ich wpływ na ewentualną potrzebę stypizowania tego rodzaju stosunków prawnych. Ta część pracy w najszerszym zakresie będzie miała charakter postulatywny, jednak niepozbawiony uwag na temat prawodawczej działalności instytucji unijnych w perspektywie historycznej, które mogą determinować przyszły rozwój prawa prywatnego. Zarysowana będzie również różnica w podejściu legislacji unijnej i krajowej do regulowania zagadnień z zakresu prawa cywilnego, która powinna być uwzględniana w procesie dokonywania implementacji dyrektyw. Jako ostatnia teza badawcza omówiona zostanie możliwość typizacji nowych stosunków umownych, w tym umowy przechowywania danych w chmurze, przy zachowaniu wymogów neutralności technologicznej.

Rozdział I.

CHMURA OBLICZENIOWA W OBRODIE CYWILNOPRAWNYM

1. Wprowadzenie

Stawiając sobie za cel ustalenie reżimu prawnego umowy przechowywania danych w chmurze oraz udzielenie odpowiedzi na pytanie o przydatność regulacji proponowanych przez unijnego ustawodawcę, za wymagający omówienia należy uznać aktualny standard kształtowania stosunku prawnego stron tej umowy oraz ewentualne problemy, które mogłyby zostać rozwiązane w drodze odpowiednich regulacji na poziomie krajowym lub unijnym. Przyjmując za wartościowe wszechstronne poznanie zjawiska chmury obliczeniowej w przestrzeni prawnej, pierwsza część niniejszej pracy poświęcona zostanie charakterystyce umowy przechowywania danych w chmurze, jaka wynika z analizy wzorców umownych. Zbadanie praktycznych aspektów funkcjonowania chmury w obrocie prawnym umożliwi w dalszej części pracy, opartej na metodzie dogmatycznej i teoretycznej, dokonanie oceny aktualnego stanu prawnego oraz sformułowanie postulatów odnośnie do kształtowania stosunku prawnego wynikającego z umowy przechowywania danych w chmurze, w taki sposób, aby zapewnić jednoznaczny i optymalny reżim prawny tej umowy.

2. Przedmiot i cele badania

Celem badania wzorców umownych, którymi posługują się strony umowy przechowywania danych w chmurze, jest ustalenie, czy ta nieuregulowana dotychczas w polskim ustawodawstwie, a tym samym normatywnie nienazwana umowa¹ stała się empirycznie typowa w następstwie jej powszechnego zawierania². Pośrednim celem jest także udzielenie odpowiedzi na pytanie istotne z perspektywy regulacji dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych i usług cyfrowych, a mianowicie o aktualny standard ochrony konsumenta, który jest stroną takiej umowy i czy jest on spójny z wymagającymi implementacji postanowieniami.

1 Z. Radwański: *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 212-214.

2 J. Panowicz-Lipska, Z. Radwański: *Zobowiązania - część szczegółowa*, Warszawa 2015, s. 9.

3. Dobór próby do badań

Zbiór wszystkich podmiotów świadczących usługę przechowywania danych w chmurze w polskiej przestrzeni prawnej jest niemożliwy do ustalenia, ponieważ tego rodzaju działalność nie jest ewidencjonowana. Niektóre z tych podmiotów stanowią polskie spółki, kierujące swoją ofertą wyłącznie do klientów na rodzimym rynku, jednak znaczną część stanowią międzynarodowe korporacje, funkcjonujące na wielu rynkach, a tym samym korzystające z wzorców, które muszą być na tyle uniwersalne, aby prowadzenie takiej działalności było możliwe bez potrzeby każdorazowego dostosowywania swojej oferty do specyficznych wymagań prawa krajowego. W przypadku konsumentów najczęściej brak jest jakiegokolwiek możliwości indywidualnego negocjowania treści umowy przechowywania danych w chmurze, która ogranicza się do postanowień przewidzianych we wzorcach umownych, dlatego to właśnie te ostatnie przyjęto za miarodajny materiał empiryczny w niniejszej analizie. Twierdzenie to jest aktualne także w stosunku do przedsiębiorców, ponieważ cechą charakterystyczną umowy chmury jest jej zawieranie w trybie adhezyjnym³. Wskazane okoliczności implikują konieczność posłużenia się metodą celową w doborze próby. Spośród podmiotów świadczących usługi w chmurze wybrano takie, których wzorce umowne są łatwo dostępne dla konsumentów na stronach internetowych tych podmiotów. Próbę badawczą stanowią wzorce należące zarówno do globalnie działających usługodawców (Microsoft, Apple, Adobe, Dropbox, Google, OVH), jak i podmiotów świadczących usługi dostosowane do wymagań polskiego rynku (Comarch, UniCloud, e24cloud, Oktawave).

4. Narzędzia badawcze

Mając na względzie wskazaną specyfikę próby badawczej i materiału empirycznego poddawanego analizie, za trafną metodę należało uznać studium przypadku⁴, jednakże charakterystyka umowy przechowywania danych w chmurze, jaka wynika z analizy wzorców, nie będzie rozpatrywana odrębnie dla każdego z nich, ale przedstawiona zostanie jako empiryczny model, w którym zarysowane będą wspólne dla wszystkich wzorców problemy, z ewentualnym zaznaczeniem jednostkowych odrębności. Należy także podkreślić, że w związku z faktem, że empiryczna analiza prawa w niniejszej pracy nie jest celem samym w sobie, ale etapem na drodze do udzielenia odpowiedzi na pytanie o reżim prawny umowy przechowywania danych w chmurze i adekwatność regulacji zawartych w dyrektywie unijnej, odstąpiono od ilościowej prezentacji wyników analizy wzorców na rzecz pogłębionego opisu jakościowego badanego zjawiska, wzbogaconego spostrzeżeniami o charakterze dogmatycznym, a uwagi ilościowe będą sygnalizowane jedynie łącznie z tym opisem.

3 A. Krasuski: *Chmura obliczeniowa. Prawne aspekty zastosowania*, Warszawa 2018, s. 143.

4 A. Kotowski: *Wybrane problemy badań empirycznych w naukach prawnych*, Przegląd Prawa Publicznego 2014, nr 7-8, s. 31.

5. Zewnętrzny kształt umowy

Umowa przechowywania danych w chmurze może występować zarówno jako pojedynczy wzorzec umowny, jak i jako pakiet umów, na który składają się ogólne warunki korzystania z usług, umowy o ich gwarantowanym poziomie (SLA) oraz szczegółowe warunki dotyczące poszczególnych usług świadczonych w związku z przechowywaniem danych w chmurze. Te ostatnie mają niebagatelne znaczenie, gdyż tylko w nielicznych wzorcach jedynym przedmiotem zobowiązania jest przechowywanie danych w chmurze⁵. Takie ukształtowanie stosunku prawnego może występować w jednym z dwóch modeli chmury obliczeniowej: modelu infrastruktury jako usługi (IaaS), polegającym na „dzierżawie” zasobów teleinformatycznych, na przykład wirtualnych serwerów i dysków, podczas gdy za zapewnienie systemu operacyjnego, oprogramowania pośredniczącego i aplikacji odpowiada sam użytkownik⁶ albo modelu platformy jako usługi (PaaS), skierowanym do programistów, w którym podmiot świadczący usługę przechowywania danych w chmurze dostarcza użytkownikom zintegrowane środowisko programistyczne utrzymywane w chmurze, a za instalację aplikacji odpowiadają sami użytkownicy⁷. Oba te modele tracą dzisiaj na znaczeniu w związku z postępującym przekształcaniem się chmury w kierunku kompleksowej umowy, odznaczającej się wielością świadczeń, w której przechowanie danych jest tylko jednym z nich. To właśnie te dodatkowe usługi świadczą współcześnie o atrakcyjności oferty. Model oprogramowania jako usługi (SaaS) jest obecnie najczęstszą postacią przechowywania danych w chmurze⁸. Przeciętny konsument, nieposiadający specjalistycznej wiedzy niezbędnej do samodzielnego zarządzania oprogramowaniem pośredniczącym i bezpieczeństwem teleinformatycznym, jest bardziej skłonny do zawarcia umowy, w której może korzystać z funkcjonalności chmury, bez konieczności ponoszenia odpowiedzialności za jej prawidłowe utrzymywanie. Zawierając taką umowę, może nawet nie mieć na względzie przechowywania danych, a jedynie skorzystanie z aplikacji dostępnej za pośrednictwem Internetu, która działa w taki sposób, jak ma to miejsce w przypadku gier online. Wychodząc naprzeciw takim oczekiwaniom, większość analizowanych wzorców ma za swój przedmiot, obok przechowywania danych w chmurze, świadczenie dodatkowych usług, a w niektórych przypadkach wzorzec całościowo reguluje wszystkie usługi świadczone przez dany podmiot w Internecie⁹.

Większość wzorców umownych nie różnicuje zasadniczo sytuacji stron umowy w zależności od statusu konsumenta lub przedsiębiorcy. Ma to miejsce jedynie w przypadku dostawców chmur Oktawave i e24cloud, którzy przewidują odrębne wzorce, a także dostawcy chmury Comarch IBARD, który postanowił, że stroną umowy może być wyłącznie podmiot prowadzący działalność gospodarczą.

W odniesieniu do opisu świadczenia można wskazać dwie wyróżniające się grupy oraz jeden specyficzny wyjątek. Podmioty świadczące liczne dodatkowe usługi, obok przechowywania danych w chmurze, w opisie świadczenia wymieniają dostęp i korzystanie z konta, oprogramowania oraz usług¹⁰. W przypadku przechowywania

5 UniCloud, e24cloud.

6 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 62-67.

7 *Ibidem*, s. 68-70.

8 *Ibidem*, s. 71.

9 Microsoft, Google Drive.

10 Microsoft, iCloud, Dropbox, Comarch IBARD.

danych w chmurze jako wyłącznego lub dominującego świadczenia opis wskazuje na przesyłanie, przechowywanie i udostępnianie plików lub na udostępnianie, „dzierzawę” wirtualnej przestrzeni w chmurze¹¹. Wyjątek przewiduje chmura Oktawave, której opis świadczenia odnosi się do stałego pozostawiania w gotowości do realizacji usług przez podmiot oferujący chmurowe przechowywanie danych w zamian za jednostki taryfowe, które zakupuje użytkownik.

Do zawarcia umowy w zdecydowanej większości przypadków dochodzi w drodze wypełnienia formularza rejestracyjnego na stronie podmiotu oferującego przechowywanie danych w chmurze, po jego następczym potwierdzeniu przez ten podmiot. Tylko chmura iCloud jest automatycznie aktywowana w urządzeniach wyposażonych w system operacyjny co najmniej iOS 9, jednak do skutecznego zawarcia umowy wymagana jest akceptacja jej warunków. Cechą charakterystyczną umów przechowywania danych w chmurze jest także określanie w treści wzorca minimalnych wymagań sprzętowych, których spełnienie przez użytkownika jest konieczne do prawidłowego działania usługi¹².

Dyrektywa w sprawie dostarczania treści cyfrowych i usług cyfrowych w art. 3 ust. 1 swoim zakresem zastosowania obejmuje zarówno umowy odpłatne, jak i takie, w których świadczeniem ze strony konsumenta są wyłącznie jego dane osobowe, przetwarzane w zakresie szerszym niż w celu dostarczania treści cyfrowych i usług cyfrowych lub w związku z wymogiem prawnym. Na gruncie analizowanych w niniejszym rozdziale empirycznych przykładów umowy przechowywania danych w chmurze należy zauważyć, że będą one podlegały przyszłym regulacjom. Także wzorce, które dopuszczają w ograniczonym zakresie nieodpłatny dostęp do infrastruktury chmury¹³, przewidują przetwarzanie danych osobowych w zakresie szerszym niż niezbędny dla dostarczania usług cyfrowych. Wśród umów odpłatnych można dokonać podziału na takie, które mają charakter subskrypcyjny i są automatycznie przedłużane¹⁴, co może rodzić w konkretnym przypadku ryzyko uznania takiej klauzuli za niedozwoloną, jeżeli termin do złożenia przez konsumenta oświadczenia woli o rezygnacji z usług zostanie uznany za rażąco krótki¹⁵, takie, które są zawierane na czas określony, przedłużany z mocy wyraźnego oświadczenia woli użytkownika¹⁶ oraz umowy zawierane na czas nieokreślony¹⁷. Automatycznemu przedłużeniu stosunku zobowiązaniowego łączącego strony towarzyszy uprawnienie dla przedsiębiorcy świadczącego usługi w chmurze do jednoczesnego samodzielnego inicjowania płatności przez okresowe pobieranie odpowiednich kwot od użytkownika zgodnie z ustaloną metodą płatności. W pozostałych przypadkach umów odpłatnych opłaty takie są dokonywane przez użytkownika i mają one charakter świadczenia z góry (*prepaid*). Charakterystyczne dla umowy przechowywania danych w chmurze, a szerzej dla znacznej części usług świadczonych na rynku cyfrowym, jest także posługiwanie się wirtualnym odwzorowaniem wartości jako środkiem płatniczym. Użytkownicy w pierwszej kolejności dokonują zakupu wybranej przez siebie liczby jednostek, a dopiero później te jednostki są wymieniane na możliwość dostę-

11 Google Drive, UniCloud, OVH, e24cloud.

12 Comarch IBARD, UniCloud.

13 Microsoft, iCloud, Dropbox, Google Drive, Comarch IBARD.

14 Microsoft, iCloud, Adobe, Dropbox.

15 Postanowienie SN - Izby Cywilnej z dnia 14 czerwca 2012 r., I CSK 657/11, Legalis nr 555722.

16 Comarch, UniCloud, OVH, e24cloud.

17 Google Drive, Oktawave.

pu do chmury zgodnie z obowiązującym strony cennikiem. Model ten jest wyraźnie zauważalny wśród dostawców usług w chmurze, którzy kierują swoją ofertę do klientów w Polsce¹⁸. Zjawisko to dostrzegł także ustawodawca unijny w motywie 23 dyrektywy, gdzie stwierdził, że takie cyfrowe odwzorowanie wartości nie powinno być samo w sobie traktowane jako treść lub usługa cyfrowa.

Istotne znaczenie z perspektywy wymogów przyszłych regulacji ma także sposób kontaktowania się przedsiębiorcy świadczącego usługę przechowywania danych w chmurze z użytkownikiem będącym konsumentem. Jak wcześniej wspomniano, umowy takie są najczęściej zawierane za pomocą środków komunikacji elektronicznej, jednak z wyłączeniem posługiwania się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W konsekwencji nie jest możliwe uznanie ich za czynności dokonane w formie elektronicznej, o których mowa w art. 78¹ k.c. Fakt ten nakłada na strony obowiązek roztropnego podchodzenia do możliwości dowodzenia określonych okoliczności w razie ewentualnego sporu. Jakkolwiek nie budzi wątpliwości stwierdzenie, że możliwość udowodnienia zdarzeń mających miejsce w systemie teleinformatycznym jest większa niż w przypadku ustnie zawartego porozumienia, to jednak nie każda informacja może być z łatwością odtworzona. Wychodząc z takiego założenia, ustawodawca unijny postanowił, aby w potencjalnie niekorzystnych dla konsumenta sytuacjach umożliwić mu odtwarzanie określonych informacji. Zgodnie z art. 19 ust. 1 lit. d) dyrektywy zmiana treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, która negatywnie wpływa w sposób większy niż jedynie nieistotny na dostęp lub korzystanie przez konsumenta z tych treści lub usług, musi mu zostać z wyprzedzeniem zakomunikowana na trwałym nośniku, którego definicja została zawarta w art. 2 pkt 13 dyrektywy. W analizowanych wzorcach umownych najczęstszym sposobem komunikowania się przedsiębiorcy z konsumentem jest wiadomość e-mail, jednak współwystępującą formą są także powiadomienia w samej usłudze¹⁹. W kontekście poczty elektronicznej można się zgodzić ze stwierdzeniem, że zapewnia ona dostęp do określonych informacji w przyszłości i pozwala na ich odtworzenie w niezmięnionej postaci, co wskazane zostało także w motywie 76 dyrektywy, z którego wprost wynika, że poczta elektroniczna spełnia przesłanki „trwałego nośnika”. Jest to konsekwencją zapisywania określonych informacji na substracie materialnym (dysku lub wirtualnym serwerze), który jedynie nie należy do stron, a do dostawcy usług hostingowych²⁰. Stanowisko takie nie jest równie klarowne w odniesieniu do powiadomień w aplikacji, którą zarządza kontrahent konsumenta. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wypowiadając się w kwestii dostarczania informacji o zmianach na skrzynkę pocztową na stronie internetowej bankowości elektronicznej, rozstrzygnął, że przesłanka trwałego nośnika będzie spełniona tylko wtedy, kiedy taka skrzynka będzie zapewniała dostęp do informacji i ich odtworzenie w niezmięnionej postaci, bez możliwości wprowadzania zmian przez przedsiębiorcę i tylko jeśli towarzyszy temu aktywne zachowanie przedsiębiorcy w zakresie skutecznego przekazania użytkownikowi tych informacji²¹. Uwzględniając te okolicz-

18 UniCloud, OVH, e24cloud, Oktawave.

19 Dropbox.

20 B. Kaczmarek-Templin: *Specyfika umów o dostarczanie treści cyfrowych w świetle ustawy o prawach konsumenta* (w:) *Ustawa o prawach konsumenta*, pod red. T. Skocznego, D. Karczewskiej, M. Namysłowskiej, Warszawa 2015, s. 97.

21 Wyrok Trybunału z dnia 25 stycznia 2017 r. w sprawie C-375/15 *BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG p. Verein für Konsumenteninformation*, ECLI:EU:C:2017:38.

ności, a także uniwersalną przydatność unijnego uregulowania, polski ustawodawca mógłby skorzystać z możliwości przewidzianej w motywie 16 dyrektywy i objąć wymogiem przekazywania informacji o niekorzystnych zmianach w usłudze także małych i średnich przedsiębiorców będących użytkownikami chmury.

6. Wykonanie i niewykonanie zobowiązania

Problematyka niniejszego podrozdziału stanowi węzłowe zagadnienie regulacji uchwalonych przez unijnego ustawodawcę. Kwestia zgodności przedmiotu świadczenia z umową w kontekście treści i usług cyfrowych z pewnością ponownie pociągnie za sobą dyskusję w doktrynie na temat konieczności przebudowy systemu naruszenia zobowiązania²². Nie odnosząc się jeszcze w tym miejscu do dogmatyczno-prawnych aspektów możliwych rozwiązań, można podać cechy umowy o przechowywanie danych w chmurze, jakie wyłaniają się z analizy wybranych wzorców umownych, a które będą miały znaczenie z perspektywy przyszłej wykładni unijnych regulacji w polskim porządku prawnym.

6.1. Umowy o gwarantowanym poziomie świadczenia usług (SLA)

Cechą charakterystyczną umów mających za przedmiot działalność związaną z wykorzystaniem zasobów teleinformatycznych jest posługiwanie się wzorcem umownym, który określa parametry jakościowe takiej usługi, uprawnienia przysługujące drugiej stronie kontraktu w przypadku ich niedotrzymania oraz okoliczności egzoneracyjne²³. Jak wyjaśnia J. Wilczewski, jednym z powodów, dla których umowy o gwarantowanym poziomie świadczenia usług stały się powszechne, było stwierdzenie, że „dostawca jest pewny jakości swoich usług w stopniu pozwalającym mu na zagwarantowanie dotrzymania wyznaczonych parametrów usługi, z zagrożeniem dotkliwych i prostych do wyegzekwowania sankcji”²⁴. Analiza stosowanych wzorców umownych prowadzi jednak do wniosku, że praktyka mająca z założenia wzmocnić stosunek zobowiązaniowy i budować zaufanie do świadczeniodawcy, gwarantującego odpowiedni poziom usług, zaczyna być wykorzystywana w celu obejścia ogólnych przepisów o szkodzie w Kodeksie cywilnym i utrudnia jednoznaczne stwierdzenie, które postanowienia zawarte w treści umowy określają główne świadczenia stron, a które jedynie dodatkowe obowiązki. Doniosłość tej problematyki wzrasta w związku z wprowadzeniem przez unijnego prawodawcę pojęcia zgodności treści świadczenia z umową. To zagadnienie zostanie poddane analizie w dalszej części pracy. W tym miejscu jednak należy zwrócić uwagę na kształt umowy o gwarantowanym poziomie usług, jaki wynika z badanych wzorców umownych.

Umowa o gwarantowanym poziomie usług dla chmury obliczeniowej w każdym przypadku przewiduje dostępność usługi w danym miesiącu lub roku kalendarzo-

22 Zob. F. Zoll (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań - część ogólna*, pod red. A. Olejniczaka, Warszawa 2018, rozdz. VI, nb 8.

23 J. Wilczewski: *Gwarancja Jakości Świadczonej Usług (Service Level Agreement) jako szczególny reżim odpowiedzialności kontraktowej*, *Prawo Mediów Elektronicznych* 2005, nr 2, Legalis.

24 *Ibidem*.

wym. Dostępność ta nigdy nie wynosi 100% w oznaczonym okresie, z którego dodatkowo wyłączane są zaplanowane przerwy techniczne. W przypadku nieosiągnięcia gwarantowanego poziomu użytkownikowi przysługuje uprawnienie do zgłoszenia żądania zapłaty określonej gratyfikacji (na przykład w formie bonusowego zasilenia konta²⁵ lub zniżki²⁶), rzadziej nazywanej wprost karą umowną²⁷. Omawiane umowy stanowią także niekiedy o braku możliwości potrącenia przyznanej wierzytelności z wierzytelnością podmiotu gwarantującego określony poziom usług²⁸, co w świetle brzmienia art. 385⁵ pkt 3 k.c. może wzbudzać zastrzeżenia co do legalności takich klauzul. Treść SLA może także określać bardziej szczegółowo techniczne aspekty udostępniania zasobów teleinformatycznych, takie jak odstępy czasowe pomiędzy pomiarami dostępności wyrażone w minutach²⁹. Wątpliwości budzą wspomniane wcześniej próby obejścia przepisów o szkodzie, jak to ma miejsce w przypadku SLA do umowy świadczenia usług Oktawave dla przedsiębiorców. Treść tego postanowienia wskazuje bowiem, że gwarantowany poziom usług nie stanowi usługi (sic!) i jego niedopełnienie nie może być uznane za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania³⁰. Ponadto podmiot świadczący usługi w chmurze może być uprawniony do jednostronnej modyfikacji gwarantowanego poziomu usług w dowolnym momencie³¹.

Wspomniane zastrzeżenia co do umów o gwarantowanym poziomie usług, a przede wszystkim ich wpływ na określenie zakresu świadczenia i ewentualnej późniejszej odpowiedzialności każdej ze stron będą wymagały omówienia w dalszej części pracy.

6.2. Przerwy w dostarczaniu usług

Prawodawca unijny w motywie 51 dyrektywy stwierdza, że krótkotrwałe przerwy w dostawie treści cyfrowych lub usług cyfrowych powinny być traktowane jako brak zgodności z umową, jeżeli są więcej niż nieistotne lub powtarzają się. Stanowisko to będzie musiało zostać uwzględnione w praktyce, ponieważ aktualne standardy odnoszące się do przerw w dostępie do chmury nie uwzględniają potencjalnie negatywnych skutków takich zdarzeń dla użytkownika. Dowolność po stronie przedsiębiorcy w zakresie możliwości krótkotrwałego zaprzestania świadczenia może niekiedy urastać do miana klauzuli niedozwolonej, na przykład wówczas, gdy podmiot oferujący przechowywanie danych w chmurze może okresowo „wycyfywać usługę” na czas nieokreślony³². Zdecydowana większość wzorców umownych przewiduje występowanie przerw w celu dokonania prac serwisowych, które to przerwy nie są uwzględniane w gwarantowanych poziomach dostępności usługi. W niektórych przypadkach takie zaprzestanie świadczenia jest komunikowane stronie z wyprzedzeniem³³, w innych możliwość poinformowania strony jest wyłącznie fakultatyw-

25 e24cloud.

26 Microsoft.

27 Oktawave dla konsumentów.

28 Microsoft.

29 Oktawave dla konsumentów.

30 Oktawave dla przedsiębiorców.

31 *Ibidem*.

32 iCloud.

33 UniCloud, e24cloud, Oktawave.

na³⁴. Sama konieczność okresowego wyłączania systemów obsługujących chmurę obliczeniową w celu ich konserwacji wydaje się zrozumiała i o ile może w konkretnym przypadku wpływać niekorzystnie na interes drugiej strony, to niemożliwe jest jej zupełne uniknięcie, jednak postanowienia przewidujące konieczność czasowego uniemożliwienia dostępu do infrastruktury chmury w celu przeprowadzenia prac serwisowych nie mogą stanowić klauzuli generalnej, umożliwiającej przedsiębiorcy wprowadzanie nieograniczonych temporalnie utrudnień w dostępie do usług. Nie bez znaczenia jest w tym kontekście uzależnienie uznania krótkotrwałej przerwy za brak zgodności z umową według dyrektywy od stwierdzenia istotności albo powtarzającego się charakteru, a nie od przyczyny jej wystąpienia. Także prace serwisowe przeprowadzane na zasobach teleinformatycznych dostawcy usług w chmurze, jeżeli częstotliwość ich występowania jest w konkretnym przypadku nadmierna, powinny być uznane za powodujące brak zgodności treści lub usług cyfrowych z umową, niezależnie od konieczności ich przeprowadzenia.

6.3. Zawieszenie dostępu do usług

Postanowienia dotyczące możliwości zablokowania konta użytkownika, a tym samym czasowego wstrzymania świadczenia, są obecne w każdym z analizowanych wzorców umownych. Do najczęstszych przestępstw takiego zawieszenia należy naruszenie umowy, przechowywanie w chmurze treści bezprawnych (zarówno z perspektywy postanowień umownych, jak i prawa powszechnie obowiązującego), podejmowanie działań zagrażających stabilności i bezpieczeństwu systemu teleinformatycznego oraz innych użytkowników, a także naruszanie praw osób trzecich. Uregulowanie takie natomiast nie znalazło swojego odzwierciedlenia w dyrektywie unijnej, w której nie przewidziano sytuacji, że przedsiębiorca byłby uprawniony do czasowego zaprzestania dostarczania treści lub usług cyfrowych. Na mocy art. 8 ust. 4 dyrektywy stan zgodności świadczenia z umową należy zapewnić przez cały okres trwania tej umowy. Pozostawienie jednak tego zagadnienia do swobodnego ukształtowania przez strony może niekiedy budzić wątpliwości. Zawieszenie świadczenia usług polega najczęściej na uniemożliwieniu dostępu do chmury w pełnym jej zakresie, a nie tylko w stosunku do tych danych, których umieszczenie legło u podstaw zawieszenia i niezależnie od innych działań będących przyczyną zawieszenia, na przykład łamania zabezpieczeń i wprowadzania zmian w oprogramowaniu pośredniczącym w dostępie do chmury. Ponadto uniemożliwienie dostępu może być określone w umowie jako utrzymujące się przez określony czas, niezależnie od faktu usunięcia przyczyn zawieszenia. Skutki takiego działania mogą być dla strony korzystającej z usług bardzo dotkliwe, a uznanie określonej przestępki zawieszenia usługi za spełnioną zależy od arbitralnej oceny przedsiębiorcy, zwłaszcza gdy jedyną taką przestępką jest klauzula generalna o znacznym stopniu niedookreśloności, na przykład „w celu ochrony usługi”³⁵. Należy również zwrócić uwagę na fakt, że okoliczności najczęściej wskazywane we wzorcach nie pokrywają się z kodeksowymi możliwościami wstrzymania się ze spełnieniem świadczenia, tj. z art. 488 i art. 490 k.c. Na gruncie świadczenia usług telekomunikacyjnych Sąd Apelacyjny

34 Comarch IBARD.

35 iCloud.

w Warszawie zwrócił uwagę na niesymetryczny charakter obowiązków stron w podobnych okolicznościach³⁶. W razie takiego zawieszenia konsument nie ma możliwości wstrzymania się ze swoim świadczeniem, ponieważ jak było już wcześniej wspomniane, umowa przechowywania danych w chmurze ma charakter *prepaid*, w związku z czym świadczenie zostało już spełnione. W tym samym orzeczeniu Sąd Apelacyjny zauważył również, że „zawieszenie świadczenia usług na podstawie umów niezależnie od faktu regulowania w terminie należności za świadczone usługi jest niedozwolonym postanowieniem umownym”³⁷. Takie stwierdzenie może się jednak wydawać zbyt daleko idące. Autonomia woli stron zapewnia im swobodę w kształtowaniu łączącego je stosunku prawnego, którego konieczną barierą stanowi, poza wskazaniami ustawodawcy w zakresie norm imperatywnych, właściwości stosunku i zasad współżycia społecznego, autonomia woli innych podmiotów³⁸. Ocenę komplikuje jednak fakt, że w związku z bezwzględnie wiążącym charakterem dyrektywy, o którym mowa w jej art. 22, swoboda ta będzie poddawana kolejnym ograniczeniom. Przyjmując, że stan zawieszenia świadczenia powoduje jednocześnie brak obiektywnej zgodności usług cyfrowych z umową (wszak nie są one świadczone), wskazane możliwości zawieszenia dostępności chmury będą dopuszczalne w świetle dyrektywy jedynie wówczas, gdy przedsiębiorca wykaże, że konsument został wyraźnie o nich poinformowany oraz wyraźnie i odrębnie je zaakceptował (art. 8 ust. 5 dyrektywy). Omówione okoliczności, jeżeli są przewidziane przez postanowienia umowne, mogą również przesądzić uznanie tych postanowień za naruszające przepisy o ochronie konsumenta na gruncie dotychczasowego prawa krajowego.

6.4. Odpowiedzialność odszkodowawcza

Niewątpliwie najbardziej rozbudowane jednostki redakcyjne analizowanych wzorców dotyczą określenia zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej przedsiębiorcy świadczącego usługi przechowywania danych w chmurze względem jego kontrahentów. W pierwszej kolejności należy wskazać, że każdy wzorzec zawiera stwierdzenie o wyłącznej odpowiedzialności użytkownika za dane przechowywane w chmurze. Głównym celem takich postanowień jest określenie osoby odpowiedzialnej względem osób trzecich za naruszenie ich praw przez treści zamieszczone w chmurze. Dodatkowo przewidziana jest niekiedy możliwość usunięcia takich treści w dowolnym momencie, bez informowania użytkownika, który je zamieścił³⁹.

W przypadku podmiotów świadczących usługi w wielu miejscach na świecie i posługujących się jednolitym wzorcem umownym, niezależnie od porządku prawnego obowiązującego na danym terytorium, regulacja zasad odpowiedzialności odszkodowawczej poprzedzona jest każdorazowo klauzulą salwatoryjną, która przyjmuje postać stwierdzenia wyłączenia odpowiedzialności we wskazanych przypadkach „w najszerszym zakresie dopuszczalnym przez prawo właściwe”. Do tych przypad-

36 Wyrok SA w Warszawie - VI Wydziału Cywilnego z dnia 14 lutego 2011 r., VI ACa 695/10, Legalis nr 1049564.

37 *Ibidem*.

38 K. Mularski, Z. Radwański (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne - część ogólna*, pod red. A. Olejniczaka, Z. Radwańskiego, Warszawa 2019, rozdz. I, nb 22-23.

39 iCloud.

ków można zaliczyć szkody pośrednie i wtórne, szkody wyrządzone nieumyślnie, wynikające z usterek po stronie infrastruktury użytkownika, w tym niewywiązywania się z zobowiązań przez operatorów sieci, szkody powstałe w wyniku działania siły wyższej, a także co najbardziej interesujące w kontekście dyrektywy unijnej, za utratę danych. Dostawcy usług przechowywania danych w chmurze wraz z usytuowaniem odpowiedzialności za przechowywane dane pod stroną użytkownika również jego wskazują jako odpowiedzialnego za sporządzenie kopii zapasowych i to jego obciąża ryzyko utraty danych przechowywanych na serwerze dostawcy, a odpowiedzialność z tego tytułu jest wyłączona po stronie podmiotu świadczącego usługi w chmurze⁴⁰. Taki sposób ukształtowania stosunku prawnego stron budzi wątpliwości w kilku aspektach, które będą w dalszej części pracy szerzej omawiane. Należy jednak w tym miejscu zaznaczyć możliwą sprzeczność takich postanowień z zasadnymi oczekiwaniami konsumenta zawierającego umowę chmurowego przechowywania danych, co stanowi jeden z obiektywnych wymogów zgodności z umową w rozumieniu art. 8 dyrektywy. Postanowienie o braku odpowiedzialności dostawcy chmury za utratę danych może także kolidować z naturą tego stosunku zobowiązaniowego, która to przesłanka stanowi ograniczenie zasady swobody umów z art. 353¹ k.c. Ustaleniu reżimu prawnego umowy przechowywania danych w chmurze będzie wobec tego musiało towarzyszyć także udzielenie odpowiedzi na pytanie o możliwość umownego kreowania zobowiązań naturalnych.

Analizowane wzorce umowne wprowadzają ponadto limity odpowiedzialności dostawcy usług za szkodę. Ograniczenia te najczęściej odnoszą się do opłat należnych przedsiębiorcy z tytułu przechowywania danych w chmurze i mogą przewidywać, że odszkodowanie zawsze stanowi równowartość kwot należnych lub już uiszczonych przez użytkownika w ciągu ostatniego miesiąca, z zastrzeżeniem maksymalnej wysokości odszkodowania w określonej dodatkowo kwocie, niekiedy rażąco niskiej, jak na przykład 20 dolarów⁴¹. Inaczej niż ma to miejsce w umowach o gwarantowanym poziomie świadczenia usług, analizowane wzorce przewidują także automatyczne potrącanie takich wierzytelności z wynagrodzeniem należnym podmiotowi oferującemu chmurowe przechowywanie danych. Dostawcy usług w chmurze wyłączają także swoją odpowiedzialność za szkodę w najszerszym możliwym zakresie, zwłaszcza we wzorcach skierowanych do przedsiębiorców⁴². Praktykę taką należy ocenić negatywnie, zwłaszcza przy uwzględnieniu potencjalnych skutków finansowych utraty danych przez podmiot należący do kategorii małych i średnich przedsiębiorców i brak możliwości szybkiej odbudowy na przykład utraconej bazy klientów. W odniesieniu do takich użytkowników wartościowym rozwiązaniem ze strony polskiego ustawodawcy byłoby rozciągnięcie zakresu ochrony przewidzianej w dyrektywie dla konsumentów, co zaznacza sam ustawodawca unijny w motywie 16 dyrektywy. Także objęcie stosunków prawnych pomiędzy przedsiębiorcami systemem klauzul niedozwolonych mogłoby zapobiec nadużyciom ze strony dostawców usług w chmurze⁴³.

W postanowieniach regulujących zakres odpowiedzialności stron z tytułu niewykonania zobowiązania wprowadzona zostaje niekiedy definicja pojęcia siły wyższej,

40 iCloud, OVH, e24cloud, Oktawave.

41 Dropbox.

42 Comarch IBARD, Oktawave.

43 zob. J. Pisiński (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań - część szczegółowa*, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2018, rozdz. I, nb 397.

której działanie wyłącza możliwość dochodzenia roszczeń wynikających z niewykonania umowy, jednak zakres ten nie obejmuje zobowiązań płatniczych użytkownika⁴⁴. W definicji tej mieszczą się także uchwalenie bądź zmiany w aktach prawnych, które mają wpływ na świadczenie usług w chmurze obliczeniowej, a omawiana dyrektywa niewątpliwie należy do tej kategorii. Jakkolwiek akty władzy państwowej bywają w doktrynie uznawane za przykłady działania siły wyższej⁴⁵, tak uprawnienie przedsiębiorcy do niewykonania zobowiązania w związku z wprowadzeniem nowych regulacji w zakresie ochrony konsumenta, zwłaszcza gdy okres pomiędzy uchwaleniem odpowiednich aktów prawnych a ich wejściem w życie, względnie wejściem w życie przepisów implementujących przepisy dyrektywy w prawie krajowym, jest znaczny, należy uznać za nieuzasadnione.

Analizowane wzorce umów przechowywania danych w chmurze nie przewidują odrębnych od postanowień SLA zapewnień gwarancyjnych. W niektórych przypadkach ten brak jest dodatkowo podkreślany w treści umowy⁴⁶. Okoliczność ta może zaskakiwać, gdyż wzorce nie określają także zabezpieczeń stosowanych w celu ochrony danych w chmurze ani sposobu ich szyfrowania. W nielicznych jedynie przypadkach kwestia ta jest uwzględniona w treści wzorca jako informacja o stosowaniu odpowiednich technik kryptograficznych i zwyczajowo przyjętych na rynku środków zabezpieczających⁴⁷. Z jednej strony możliwa jest sytuacja, w której dostawca usług w chmurze korzysta z zaawansowanych technik zabezpieczających i jednocześnie dąży do ograniczenia swojej ewentualnej odpowiedzialności, z drugiej strony zakres odpowiedzialności może być względnie szeroki, a techniczne aspekty ochrony danych niewystarczające. W takich okolicznościach ustalenie rzeczywistego poziomu bezpieczeństwa danych przechowywanych w chmurze jest dla konsumenta znacznie utrudnione, a być może i niewykonalne. Kwestia szyfrowania danych i pomijania w treściach umów obowiązków podmiotów świadczących usługi w chmurze w tym zakresie stoi także w sprzeczności z wymaganiami wobec podmiotów nadzorowanych przechowujących dane w chmurze, jakie sformułował w komunikacie Urząd Komisji Nadzoru Finansowego⁴⁸. Kryptograficzne aspekty przetwarzania danych zostały bowiem uznane jako jedno z istotniejszych w kontekście podejmowania decyzji o powierzeniu tej części działalności zewnętrznemu podmiotowi⁴⁹. Postulaty klarownego podziału odpowiedzialności i wysokiego standardu ochrony konsumenta nie znalazły swojego odzwierciedlenia także w dyrektywie. Pomimo stwierdzenia, że „zasada odpowiedzialności przedsiębiorcy za szkody jest kluczowym elementem umów o dostarczanie treści cyfrowych lub usług cyfrowych” w motywie 73, szczegółowe regulacje w tym zakresie pozostawiono w gestii państw członkowskich.

44 Microsoft.

45 P. Machnikowski, A. Śmieja (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań - część ogólna*, pod red. A. Olejniczaka, Warszawa 2018, rozdz. III, nb 540.

46 iCloud, Dropbox.

47 e24cloud.

48 Komunikat Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego dotyczący przetwarzania przez podmioty nadzorowane informacji w chmurze obliczeniowej publicznej lub hybrydowej z dnia 23 stycznia 2020 r.

49 *Ibidem*, s. 19.

7. Zmiana stosunku prawnego

Wzorce umów przechowywania danych w chmurze przewidują dwojakiego rodzaju zmiany w zakresie stosunku zobowiązaniowego łączącego strony. Pierwsze z nich odnoszą się do zmian podmiotowych w postaci przeniesienia praw lub następstwa prawnego. Możliwość cesji praw wynikających z umowy chmury jest najczęściej niedopuszczalna w przypadku użytkownika, a dozwolona po stronie przedsiębiorcy świadczącego usługi w chmurze. Uprawnienie tego ostatniego może zostać sformułowane na przykład jako możliwość przeniesienia ogółu praw i obowiązków na podmiot powiązany za poinformowaniem użytkownika, który wraz z zawarciem umowy wyraża na to zgodę⁵⁰. Ponadto podmiot świadczący usługi w chmurze jest często uprawniony do zlecenia wykonywania części swoich obowiązków przez podwykonawcę. Jak zauważa A. Krasuski, czynności zlecane w ramach outsourcingu mają najczęściej za przedmiot dane osobowe⁵¹. W takiej sytuacji ryzyko niemożności ustalenia podmiotu przetwarzającego dane użytkownika oraz miejsca, w który się ono odbywa, znacznie wzrasta. Zaskakuje wobec tego pominięcie kwestii zmian podmiotowych w dyrektywie, zwłaszcza przy uwzględnieniu, że regulacje dotyczące zmian samych treści lub usług cyfrowych zostały przez unijnego ustawodawcę ujęte bardzo restrykcyjnie.

Problematyka następstwa prawnego w kontekście umów przechowywania danych w chmurze znajduje swoje odzwierciedlenie w treści wzorca zupełnie wyjątkowo. W takich przypadkach możliwość przejścia praw i obowiązków w drodze dziedziczenia jest uznawana za niedopuszczalną, a same „prawa do treści w chmurze” za wygasające z chwilą śmierci⁵². Charakter stosunku użytkownika do danych umieszczonych przez niego w chmurze będzie rozważany w dalszej części pracy, jednak należy w tym miejscu zaznaczyć, że samo stwierdzenie o ustaniu jakichkolwiek uprawnień nie powinno być bezkrytycznie przyjmowane, zwłaszcza przy uwzględnieniu możliwości przechowywania w chmurze plików chronionych na gruncie prawa autorskiego, które to prawa o charakterze majątkowym podlegają dziedziczeniu⁵³.

Drugiego rodzaju zmiany, dotyczące właściwości świadczenia, stały się przedmiotem zainteresowania unijnego ustawodawcy. W motywach 74-77 dyrektywy wyrażony został pogląd, wedle którego zmiany w zakresie treści lub usług cyfrowych mogą być niezbędne, a jednocześnie korzystne dla konsumenta. Wśród nich można wyróżnić takie, które stanowią element umownych zobowiązań dostawcy usług w chmurze, takie, które są przeprowadzane w celu zapewnienia obiektywnej zgodności treści świadczenia z umową oraz takie, które nie mieszczą się we wskazanych dwóch kategoriach. W odniesieniu do tych ostatnich można zauważyć, że niekiedy modyfikacja przedmiotu świadczenia jest konieczna ze względu na postępujący proces unowocześniania środowiska technicznego, ale ta sama okoliczność może jednocześnie negatywnie wpływać na możliwości dostępu konsumenta do treści lub usługi cyfrowej, na przykład wówczas, gdy korzysta on z urządzeń nieobsługujących aktualizacji. Cała kategoria zmian wykraczających poza niezbędne do zapewnienia

50 Oktawave.

51 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 47-48.

52 iCloud.

53 M. Załucki (w.): *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, pod red. P. Ślęzaka, Warszawa 2017, art. 41, nb 17.

zgodności treści świadczenia z umową została uznana przez ustawodawcę unijnego za wymagającą harmonizacji, a ów istotny negatywny wpływ za przestanie odstąpienia od umowy. Oceny wymaga efektywność nowych regulacji w stosunku do systemu klauzul niedozwolonych, w szczególności tej wskazanej w art. 385³ pkt 19 k.c., która za niedozwolone uznaje postanowienia przyznające kontrahentowi konsumenta jednostronne uprawnienie do zmiany, bez ważnych przyczyn, istotnych cech świadczenia. Proponowane regulacje unijne odbiegają ponadto od praktyki zawierania umów przechowywania danych w chmurze. Analiza wzorców umownych w tym zakresie prowadzi do wniosku, że określone w dyrektywie przestanki modyfikacji świadczenia zazwyczaj nie są spełnione. W szczególności wzorce nie przewidują szczegółowych postanowień w zakresie aktualizacji oprogramowania i konsekwencji jego nieprzeprowadzenia przez użytkownika ani nie przyjmują podziału na kategorie zmian, który proponuje unijny ustawodawca. Modyfikacje dotyczące przechowywania danych w chmurze są określane w sposób łączny, utrudniający jednoznaczne ustalenie, które z nich stanowią element zobowiązań umownych, a które wykraczają poza ten zakres. W większości analizowanych wzorców jako podstawowy sposób zmiany parametrów świadczenia wskazano ten inicjowany przez użytkownika⁵⁴. Jest on bowiem uprawniony do modyfikacji usługi, na przykład zwiększenia pojemności przestrzeni dyskowej, w zamian za dodatkową opłatę. Uprawnienie to stanowi odzwierciedlenie jednej z podstawowych cech chmury obliczeniowej, jaką jest elastyczność, polegająca na ciągłym dostosowywaniu dostępności zasobów teleinformatycznych do aktualnego zapotrzebowania⁵⁵. Z kolei podmioty świadczące usługę chmurowego przechowywania danych zastrzegają, że przeprowadzane przez nie zmiany mogą być dokonywane w każdym momencie⁵⁶, przy czym określenie w treści wzorca uzasadnionych przyczyn ich wprowadzania należy do rzadkości⁵⁷. Niekiedy możliwość modyfikacji chmury jest dopuszczalna na mocy klauzuli generalnej, a jedynie przestanki wprowadzania zmian niekorzystnych dla użytkownika są szczegółowo określane⁵⁸. W tym kontekście należy również wskazać na obecne we wzorcach uprawnienie strony przechowującej dane w chmurze do wypowiedzenia umowy w następstwie każdej zmiany⁵⁹ lub tylko takiej o negatywnych dla użytkownika skutkach⁶⁰. Praktyką zauważalną w empirycznych przykładach omawianej umowy jest jednak zróżnicowanie zmian na takie, które odnoszą się do samego wzorca umownego oraz takie, które dotyczą parametrów technicznych i funkcjonalności chmury, a które to jak było już wcześniej wspomniane, nie są uwzględniane w treści wzorców. Konsekwencją tego jest przyznawanie uprawnienia do wypowiedzenia umowy tylko w przypadku zmian regulaminów, na przykład cennika, a nie wówczas, gdy dochodzi do modyfikacji samego sposobu świadczenia usług w chmurze⁶¹. W takiej sytuacji użytkownik może nawet nie być informowany o przeprowadzanych zmianach⁶², które mogą jednak mieć

54 iCloud, Comarch IBARD, UniCloud, OVH, e24cloud.

55 M. Siwicki: *Ochrona praw autorskich, bezpieczeństwa systemów informatycznych, danych osobowych i tajemnicy telekomunikacyjnej w chmurach obliczeniowych*, Prawo i Prokuratura 2015, nr 5, s. 113.

56 iCloud, Google Drive, Comarch IBARD, Oktawave.

57 Oktawave.

58 iCloud.

59 Adobe, Dropbox, UniCloud, Oktawave.

60 iCloud.

61 Adobe, Dropbox, Google Drive, Comarch IBARD, UniCloud, e24cloud.

62 iCloud, Google Drive, Comarch IBARD, UniCloud.

istotny wpływ na jego dostęp do usługi, jak ma to miejsce w przypadku zmiany fizycznej lokalizacji przechowywania danych, przepustowości lub wymagań sprzętowych dla obsługi aplikacji dostarczanych w ramach chmury. Także dodatkowe usługi świadczone wraz z przechowywaniem danych w chmurze mogą być, zgodnie z treścią wzorców, modyfikowane w sposób dowolny. Zjawisko to należy ocenić negatywnie, ponieważ jak już wcześniej wspomniano, często to właśnie te dodatkowe usługi stanowią determinantę podjęcia decyzji o zawarciu umowy z konkretnym dostawcą. Zwrócenia uwagi wymaga również fakt zróżnicowanego ujmowania okresu właściwego dla odstąpienia przez stronę od umowy, od tygodnia po miesiąc. Niekiedy jednak negatywne stanowisko użytkownika wobec dokonywanych zmian nie aktualizuje jego uprawnienia do odstąpienia od umowy, ale wiąże się z wypowiedzeniem umowy przez podmiot świadczący usługi w chmurze ze skutkiem natychmiastowym⁶³. W tym kontekście wprowadzenie przez unijnego ustawodawcę w art. 19 ust. 2 dyrektywy jednolitego, 30-dniowego terminu dla odstąpienia od umowy przez konsumenta zasługuje na aprobatę.

8. Zakończenie stosunku prawnego

Kontynuując wątek ustania stosunku zobowiązaniowego między stronami umowy przechowywania danych w chmurze, zauważyć można zdecydowaną rozbieżność między uprawnieniami wynikającymi z dyrektywy a sposobami regulacji tego zagadnienia we wzorcach umownych. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na przesłanki określające okoliczności odstąpienia od umowy przez użytkownika. W przypadku konsumentów, w znamienitej większości przypadków, wzorce przewidują 14-dniowy termin do odstąpienia od umowy⁶⁴, którego charakterystyka jest zbliżona do normy z art. 27 u.p.k., pomimo wyłączenia takiej możliwości w art. 38 pkt 13 u.p.k. w następstwie rozpoczęcia spełniania świadczenia. W tym terminie użytkownik może odstąpić od umowy bez podawania przyczyn i bez ponoszenia kosztów. Korzystający z usług w chmurze może także odstąpić od umowy w późniejszym czasie, jednak bez prawa do zwrotu wniesionych opłat⁶⁵. Pozostałe przypadki zakończenia stosunku prawnego z woli użytkownika znajdują swoje odzwierciedlenie w treści wzorca jedynie wyjątkowo, przybierając postać odstąpienia od umowy z zastrzeżeniem miesięcznego terminu wypowiedzenia⁶⁶. Problematyka odstąpienia od umowy w następstwie niewykonania zobowiązania przez dostawcę usług w chmurze nie jest przedmiotem regulacji w analizowanych wzorcach, jednak należy zwrócić uwagę na obecne niekiedy postanowienia mające na celu modyfikację normy wyrażonej w art. 494 k.c. Jak było już wcześniej wspomniane, płatności za usługi w chmurze są często uiszczane w postaci cyfrowego odwzorowania wartości, na przykład punktów o określonym terminie ważności, które w wyniku zaprzestania korzystania z usług zostają „anulowane”, a użytkownik nie jest uprawniony do żądania zwrotu ich równowartości⁶⁷.

63 e24cloud.

64 iCloud, Adobe, Dropbox, Comarch IBARD, UniCloud, e24cloud, Oktawave.

65 Microsoft, iCloud, Adobe, Dropbox, Comarch IBARD.

66 e24cloud, Oktawave.

67 UniCloud.

Możliwości wypowiedzenia umowy przez podmiot świadczący usługi przechowywania danych w chmurze są uregulowane znacznie szerzej, a przesłanki umożliwiające odstąpienie od umowy najczęściej pokrywają się z tymi dotyczącymi zawieszenia świadczenia usług, z zaznaczeniem długotrwałości ich występowania. W sytuacji naruszenia obowiązków określonych we wzorcu, przechowywania w chmurze treści bezprawnych, korzystania z usług w sposób zagrażający dostawcy lub osobom trzecim albo rozpowszechniania szkodliwego oprogramowania, podmiot świadczący usługi w chmurze jest uprawniony do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym⁶⁸. Do rzadkości należy w takich wypadkach ustanawianie okresu wypowiedzenia⁶⁹. Spostrzeżenie to może nie budzić wątpliwości co do słuszności takich praktyk, o ile nie uwzględnić skutków odstąpienia od umowy przechowywania danych w chmurze. A skutki te, o ile w ogóle stosowne postanowienia znajdują swój wyraz w treści umowy, są dla użytkownika zdecydowanie niekorzystne. Należy zwrócić uwagę, że przesłanki wypowiedzenia umowy przez podmiot świadczący usługi w chmurze są oceniane w sposób subiektywny, a wzorce nie miarkują wagi każdej z nich, podczas gdy zauważalna jest różnica między zwłoką w zapłacie wynagrodzenia w związku z faktem kwestionowania jego wysokości a korzystaniem z infrastruktury chmury do prowadzenia działalności przestępczej. Jednak w następstwie wypowiedzenia umowy dostawcy usług w chmurze jest w obu przypadkach uprawniony do uniemożliwienia użytkownikowi dostępu i usunięcia jego danych⁷⁰. W niektórych przypadkach postanowienia wzorca wprost przewidują, że treści w chmurze są usuwane bez okresu przechowywania danych, jeżeli doszło do wypowiedzenia umowy w wyniku wcześniejszego zawieszenia świadczenia usług⁷¹, a niekiedy podkreślany bywa fakt, że w takiej sytuacji dostawca usług w chmurze kieruje się wyłącznie własnymi względami⁷². Mając na uwadze ochronę konsumenta, unijny ustawodawca dostrzegł w tym miejscu pole do nadużyć i postanowił w art. 16 ust. 4 dyrektywy, że przedsiębiorca świadczący usługi cyfrowe jest zobowiązany do udostępnienia konsumentowi dostarczonych lub wytworzonych przez niego treści po wygaśnięciu umowy. Rozwiązanie to jest szczególnie interesujące w perspektywie chmurowego przechowywania danych, których wartość zarówno majątkowa, jak i pozamajątkowa może być znaczna, a ich arbitralne usunięcie przez przedsiębiorcę może prowadzić do powstania szkody po stronie konsumenta, co zauważają także sami dostawcy usług w chmurze i zamieszczają w treści wzorca klauzule mające wyłączyć ich ewentualną odpowiedzialność z tego tytułu⁷³. Nieuregulowana pozostaje możliwość dostępu do danych po rozwiązaniu umowy przez użytkownika będącego przedsiębiorcą. Wprowadzenie analogicznej regulacji także w tym przypadku byłoby pożądane, gdyż w razie zastrzeżenia krótkiego terminu wypowiedzenia umowy lub jego natychmiastowych skutków możliwości znalezienia nowego dostawcy usług w chmurze, przeniesienia danych i dostosowania środowiska teleinformatycznego do nowych warunków mogą być utrudnione i generować znaczne koszty.

68 Microsoft, iCloud, Comarch IBARD, UniCloud, OVH, e24cloud.

69 Oktawave.

70 iCloud, Comarch IBARD, UniCloud, e24cloud, Oktawave.

71 Microsoft.

72 iCloud.

73 *Ibidem*.

Kwestia dostępu przedsiębiorcy do danych umieszczonych lub wytworzonych w chmurze po rozwiązaniu umowy weszła w zakres przepisów harmonizujących, które na mocy art. 16 ust. 3 dyrektywy nakazują przedsiębiorcy powstrzymywanie się od wykorzystywania treści innych niż dane osobowe, z nielicznymi wyjątkami. Zagadnienie to uregulowane zostało wyłącznie w jednym ze wzorców⁷⁴, z którego wynika, że treści udostępnione publicznie przestają być udostępniane, chyba że posługują się nimi inni użytkownicy lub usługodawcy. Stosowne regulacje powinny jednak stanowić element umowy, zwłaszcza przy uwzględnieniu faktu, że przedsiębiorcy zastrzegają sobie licencje na korzystanie z danych użytkownika umieszczonych w chmurze⁷⁵.

9. Aspekty prawnoautorskie

Zagadnienia z zakresu prawa własności intelektualnej nie są przedmiotem regulacji w dyrektywie o dostarczaniu treści cyfrowych i usług cyfrowych, jednak ich analiza ma wpływ na ustalenie rzeczywistego zakresu odpowiedzialności każdej ze stron umowy przechowywania danych w chmurze. Prawa autorskie w kontekście chmury obliczeniowej mogą być rozpatrywane na trzech płaszczyznach: jako przysługujące podmiotom trzecim, a związane z treściami przechowywanymi w chmurze, jako związane z danymi przesłanymi lub wytworzonymi w ramach dodatkowej usługi przez użytkownika chmury oraz jako uprawnienie do korzystania z oprogramowania dostarczanego przez podmiot świadczący usługi przechowywania danych w chmurze. W odniesieniu do tych ostatnich należy podkreślić, że nie zawsze aplikacje umożliwiające dostęp do funkcjonalności konkretnej chmury obliczeniowej są wytwarzane przez przedsiębiorcę oferującego chmurowe przechowywanie danych. W takich przypadkach użytkownik decydujący się na zawarcie umowy z dostawcą jest jednocześnie zobligowany do wyrażenia zgody na dodatkowe warunki świadczenia takich usług, czyli zawarcia odrębnej umowy, na mocy której udzielona mu zostanie licencja na korzystanie z oprogramowania⁷⁶. Przedsiębiorca świadczący usługi w chmurze nie występuje wówczas jako pośrednik przy zawieraniu takich umów, inaczej niż ma to miejsce w przypadku umieszczania w chmurze treści objętych prawami własności intelektualnej, które przysługują osobom trzecim. W tym kontekście wzorce umowne wskazują na konieczność uzyskania przez podmiot umieszczający takie dane w chmurze odpowiednich licencji zarówno dla siebie, jak i dla dostawcy usług w chmurze⁷⁷. Postanowienia obejmujące taki obowiązek równoległe formułują zobowiązanie dla użytkownika do obrony dostawcy usług w chmurze przed roszczeniami osób trzecich, które są związane z umieszczonymi przez niego treściami, z jego działalnością w ramach infrastruktury chmurowej lub z naruszeniem przez niego wzorca umownego⁷⁸. Niezależnie od takich postanowień każdy z analizowanych przykładów umowy przechowywania danych w chmurze przewiduje, że wyłączną odpowiedzialność za naruszenie praw osób trzecich ponosi użytkownik.

74 Google Drive.

75 Oktawave.

76 iCloud.

77 Microsoft, Oktawave.

78 Microsoft, iCloud, Oktawave.

Oprogramowanie komputerowe stanowi utwór chroniony na mocy Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jeśli spełnia przesłanki wskazane w art. 179. Sama umowa przechowywania danych w chmurze, bez zawarcia stosownych postanowień o upoważnieniu do korzystania z aplikacji na określonych polach eksploatacji, co stanowi wymóg udzielenia licencji z art. 67 ust. 1 wspomnianej ustawy, takich uprawnień nie gwarantuje. W konsekwencji analizowane wzorce umowne przewidują udzielenie stosownej licencji użytkownikowi chmury, o ile twórcą takiego oprogramowania jest podmiot oferujący usługi chmurowego przechowywania danych. Licencje te mają charakter niewyłączny⁸⁰ i najczęściej są niezbywalne⁸¹. Zastanawia jednak fakt wyłącznie sporadycznego określania pól eksploatacji⁸², których status jako *essentialia negotii* umowy licencyjnej co prawda bywa niejednoznacznie ujmowany przez doktrynę⁸³ i orzecznictwo⁸⁴, to jednak ich precyzyjne sformułowanie ułatwia stronom ewentualne dochodzenie roszczeń z tytułu naruszenia praw autorskich. Kwestia ta ma niebagatelne znaczenie także w odniesieniu do licencji dostawcy usług w chmurze na korzystanie z danych zamieszczonych przez użytkownika. W tym przypadku pola eksploatacji są równie rzadko wymieniane⁸⁵, a ponadto postanowienia wzorców nie przewidują terminów obowiązywania udzielonych licencji. Oznacza to, że są one zawierane na czas nieokreślony, a tym samym ich wypowiedzenie przez użytkownika jest możliwe zasadniczo na rok naprzód, na koniec roku kalendarzowego (art. 68 ust. 1 pr. aut.). Za dobrą praktykę należałoby uznać takie układanie stosunku prawnego między stronami, aby licencje związane z przechowywaniem danych w chmurze były temporalnie powiązane z celem tych umów.

Zagadnieniem znajdującym się na pograniczu zainteresowania prawa autorskiego i ochrony danych jest dostęp przedsiębiorcy do treści zamieszczonych w chmurze. Zrozumiałym jest, że jako fizyczny dysponent pamięci i mocy obliczeniowej znajduje się on w posiadaniu danych użytkownika zapisanych w systemie binarnym, jednak nie oznacza to automatycznego uprawnienia do ich odczytywania. Taka możliwość jest najczęściej zastrzegana jako odrębne postanowienie we wzorcu⁸⁶ i może odnosić się także do podmiotów stowarzyszonych i zaufanych osób trzecich dla dostawcy⁸⁷. Kwestia dostępu przedsiębiorcy do danych użytkownika leży w zakresie czynności dyspozytywnych stron, jednak ma ona istotne znaczenie z dwóch powodów, których nieuwzględnienie może prowadzić do naruszenia prawa lub wystąpienia szkody. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na wspomniany wcześniej Komunikat Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego, który wskazuje na wymóg wobec dostawcy usług w chmurze, z których korzystają podmioty nadzorowane, aby obowiązywała go zasada braku dostępu do przetwarzanych informacji podmiotu nadzorowanego⁸⁸. Ponadto dane przetwarzane w chmurze powinny być szyfrowane w określony sposób, a za zarządzanie lub generowanie kluczy powinien odpowiadać

79 J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 13, *Prawo autorskie*, pod red. J. Barty, Warszawa 2017, rozdz. XV, nb 2.

80 Google Drive, Comarch IBARD.

81 Microsoft, e24cloud, Oktawave.

82 Microsoft, iCloud, Dropbox.

83 M. Załucki (w:) *Ustawa...*, op. cit., art. 67, nb 5.

84 Wyrok Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej z dnia 23 września 2004 r., III CK 400/03, Legalis nr 78316.

85 iCloud, Google Drive.

86 iCloud, Google Drive.

87 Microsoft, Dropbox.

88 Komunikat..., op. cit., s. 18.

sam podmiot korzystający z infrastruktury chmurowej⁸⁹. W tym zakresie oferta podmiotów świadczących usługi na podstawie analizowanych wzorców jest niedostosowana do wymagań wobec podmiotów nadzorowanych, a standard ochrony danych jest zdecydowanie niższy.

Drugim powodem, dla którego uregulowanie zasad dostępu do chmury przez przedsiębiorcę nie powinno być bagatelizowane, są zasady dotyczące przetwarzania danych osobowych. Kwestia ta będzie stanowiła przedmiot rozważań także w późniejszych rozdziałach, jednak w kontekście omawiania przykładów umowy przechowywania danych w chmurze należy zauważyć, że zawierają one odpowiednie postanowienia dotyczące przetwarzania tych danych zupełnie wyjątkowo i to tylko w odniesieniu do samego użytkownika, a nie osób trzecich⁹⁰. Treści zamieszczone przez tego pierwszego mogą być bowiem dostępne dla przedsiębiorcy, który ma prawo z nich nie tylko korzystać, ale także ujawniać je osobom trzecim przy spełnieniu określonych przesłanek, również ocenianych przez samego przedsiębiorcę, z zastrzeżeniem nieponoszenia odpowiedzialności⁹¹. W tym kontekście, w celu uniknięcia komplikacji związanych z koniecznością stosowania przepisów rozporządzenia 2016/679, niektóre wzorce przewidują niedopuszczalność umieszczania w chmurze treści zawierających dane osobowe⁹², jednak rzeczywisty wpływ takich klauzul na praktykę może być niewielki. Jakkolwiek oczekiwanie od dostawcy usług w chmurze, który uzyskuje dostęp do danych użytkownika, w tym danych osobowych osób trzecich, aby przekazywał takim osobom wszystkie informacje wskazane w art. 14 rozporządzenia 2016/679 w imieniu administratora jest trudne do zrealizowania, tak należałoby postulować uwzględnianie wymagań stawianych w art. 28 podmiotom przetwarzającym dane w zdecydowanie większym stopniu, niż ma to miejsce aktualnie.

10. Aspekty terytorialne

Przechowywanie danych w chmurze w aspekcie terytorialnym może być rozpatrywane na płaszczyźnie faktycznej oraz prawnej. W tym pierwszym znaczeniu istotna jest geograficzna lokalizacja, w której znajdują się serwery przechowujące dane użytkownika. Lokalizacja ta najczęściej nie jest pojedyncza, a treści są przechowywane w sposób rozproszony na różnych urządzeniach⁹³. Jak zauważa A. Krasuski, określanie takiego miejsca w treści umowy nie jest powszechne ze względu na wspomnianą wcześniej elastyczność związaną z przechowywaniem danych w chmurze⁹⁴, a ponadto dane te mogą być dynamicznie przesyłane w sposób ciągły pomiędzy zasobami znajdującymi się na różnych obszarach geograficznych⁹⁵. Konstatacja ta jest prawdziwa także w odniesieniu do analizowanych wzorców umownych, z których tylko jeden precyzuje, że centra danych obsługujące świadczone usługi znajdują się w Polsce⁹⁶. Po raz kolejny należy zwrócić uwagę, że niemożność

89 *Ibidem*, s. 19.

90 e24cloud.

91 iCloud.

92 Oktawave.

93 M. Siwicki: *Ochrona praw...*, op. cit., s. 122.

94 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 144.

95 *Ibidem*, s. 142.

96 SLA do umowy świadczenia usług Oktawave.

ustalenia fizycznego miejsca, w którym przechowywane są dane, jest negatywną przesłanką zawarcia umowy, jaką formułuje Urząd Komisji Nadzoru Finansowego wobec podmiotów nadzorowanych. We wspomnianym komunikacie stwierdzono, że jakkolwiek ujawnienie dokładnej lokalizacji centrum przetwarzania danych (CPD) może być uznane za zagrażające bezpieczeństwu danych, tak niezbędnym minimum jest określenie miejsca z podaniem kraju oraz przybliżonej lokalizacji CPD (na przykład miejscowości lub regionu)⁹⁷. Także z perspektywy wspomnianego wcześniej rozporządzenia 2016/679 istotne znaczenie ma możliwość ustalenia, czy dane są przechowywane w państwie należącym do Europejskiego Obszaru Gospodarczego, gdyż w przeciwnym razie będą znajdować zastosowanie regulacje rozdziału V rozporządzenia, dotyczące transferu danych do państw trzecich. Zagadnienie to, wyczerpująco uregulowane w innych aktach prawa unijnego, słusznie nie zostało poruszone w treści omawianej dyrektywy.

W zakresie terytorialnych aspektów przechowywania danych w chmurze można zwrócić uwagę także na sposób wskazania prawa właściwego oraz określenia jurysdykcji. W stosunku do użytkowników chmury, którzy są jednocześnie przedsiębiorcami, prawo i właściwość sądu są powiązane z siedzibą usługodawcy⁹⁸. Z kolei w zdecydowanej większości przypadków jako prawo właściwe dla zobowiązań zaciągniętych przez unijnych konsumentów wzorce umowne wskazują na prawo kraju, w którym ma on miejsce pobytu⁹⁹, a w przypadku dostawców świadczących usługi na rodzimym rynku jako właściwe wskazane jest wprost prawo polskie¹⁰⁰. Jurysdykcja jest określana w sposób analogiczny do systemu prawnego. Postanowienia przewidujące poddanie stosunku zobowiązaniowego z konsumentem reżimowi i jurysdykcji właściwej dla podmiotu świadczącego usługi w chmurze należy do rzadkości¹⁰¹. Wnioski płynące z analizy empirycznych przykładów umowy przechowywania danych w chmurze należy w tym miejscu odnieść do szerszego kontekstu prawnego. Zasadą wyrażoną w art. 3 ust. 1 rozporządzenia Rzym I jest swoboda wyboru prawa właściwego dla zobowiązań umownych. W analizowanych wzorcach prawo właściwe jest wybierane przy użyciu łącznika w postaci miejsca pobytu albo siedziby jednej ze stron, a jego konsekwencją jest poddanie całego stosunku zobowiązaniowego reżimowi prawa wskazanego państwa, z włączeniem możliwości dokonywania oceny ważności samego kontraktu z perspektywy tego prawa¹⁰². Swoboda ta jest ograniczona w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w art. 3 ust. 3 i 4 rozporządzenia. W kontekście chmury obliczeniowej przesłanką lokalizacji wszystkich elementów stanu faktycznego, w chwili dokonywania wyboru prawa właściwego, w innym państwie jest możliwa do wyobrażenia, a w konsekwencji będą musiały być uwzględniane właściwe przepisy o charakterze imperatywnym¹⁰³. Po raz kolejny na znaczeniu w tym kontekście zyskuje konieczność ustalenia przybliżonej lokalizacji zasobów teleinformatycznych służących do świadczenia usług w chmurze. W stosunku do konsumentów umowa również może podlegać prawu wybranemu

97 Komunikat..., op. cit., s. 15.

98 e24cloud, Oktawave.

99 iCloud, Dropbox, Google Drive, OVH.

100 Comarch IBARD, UniCloud, Oktawave.

101 Microsoft.

102 M. Pazdan: *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I). Komentarz (w:) Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, pod red. M. Pazdana, Warszawa 2018, art. 3, nb 52.

103 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 143.

przez strony zgodnie z art. 3 rozporządzenia Rzym I, z tym zastrzeżeniem, że wybór taki nie może prowadzić do pozbawienia konsumenta ochrony przyznanej mu na podstawie przepisów, których nie można wyłączyć w drodze umowy, na mocy prawa miejsca zwykłego pobytu konsumenta, co wynika z art. 6 ust. 1 i 2 rozporządzenia Rzym I. W konsekwencji każdy z analizowanych wzorców, także tych określających jako właściwe wobec konsumentów prawo miejsca siedziby usługodawcy, wskazuje na wybór prawa w dopuszczalnym zakresie, jednak zarówno ochrona konsumenta w polskim systemie prawnym, na przykład występująca w postaci regulacji klauzul niedozwolonych, jak i przyszłe postanowienia implementujące dyrektywę będą znajdowały w omawianych przypadkach zastosowanie. Wyjątkiem może być jedynie sytuacja przewidziana w art. 6 ust. 4 lit. a) rozporządzenia Rzym I, jeżeli strony w umowie określiły dokładną lokalizację infrastruktury umożliwiającej świadczenie usług w chmurze, która znajduje się w państwie trzecim, jednak sytuacja taka będzie miała miejsce zupełnie wyjątkowo¹⁰⁴.

Jurysdykcja, niezależnie od postanowień zawartych we wzorcu, jest regulowana na poziomie krajowym przez przepisy Kodeksu postępowania cywilnego oraz na poziomie unijnym przez rozporządzenie Bruksela I bis. Zgodnie z art. 18 ust. 1 rozporządzenia Bruksela I bis, konsument może wytoczyć powództwo przeciwko swojemu kontrahentowi przed sądem państwa członkowskiego, na którego terytorium kontrahent ten ma miejsce zamieszkania (także statutową siedzibę, główny organ zarządzający, główne przedsiębiorstwo - art. 63 albo filię, agencję lub inny oddział w tym miejscu - art. 17 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis) albo przed sądem miejsca zamieszkania konsumenta. Z kolei przedsiębiorca może wytoczyć powództwo przeciwko konsumentowi tylko przed sądem państwa członkowskiego, na którego terytorium konsument ma miejsce zamieszkania (art. 18 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis). Powtarzanie norm wynikających z regulacji o charakterze bezwzględnym w treści wzorca, wbrew istniejącej praktyce w tym zakresie, nie jest konieczne, a postanowienia przewidujące możliwość wytoczenia powództwa przez kontrahenta konsumenta przed sądem właściwym ze względu na siedzibę podmiotu świadczącego usługi w chmurze¹⁰⁵ jest niedopuszczalne z uwagi na wyłączny charakter omawianej jurysdykcji¹⁰⁶. Na gruncie prawa krajowego przepis art. 1103⁶ § 1 k.p.c., przewidujący wyłączną jurysdykcję krajową, będzie mógł znaleźć zastosowanie jedynie wyjątkowo w przypadku spraw wytoczonych przez konsumenta, jeżeli nie dotyczą one umów konsumenckich, o których mowa w art. 17-19 rozporządzenia Bruksela I bis, mają cywilnoprawną naturę, a ponadto pozwany nie ma miejsca zamieszkania w UE ani nie zachodzą wyjątkowe podstawy jurysdykcji¹⁰⁷.

104 *Ibidem*, s. 144.

105 Microsoft.

106 M. Pilch (w:) *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (wersja przekształcona)*. Komentarz, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2019, art. 18, teza 5.

107 B. Trocha (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II. Komentarz do art. 730-1217*, pod red. J. Jankowskiego, Warszawa 2019, art. 1103⁶, nb 1.

11. Wnioski płynące z analizy wzorców umownych

Ze względu na ograniczenia w możliwości określenia reprezentatywnej próby badawczej, wyniki niniejszej analizy nie mogą prowadzić do sformułowania pewnych wniosków o charakterze uniwersalnym, jednak empiryczne przykłady umowy przechowywania danych w chmurze dostarczają podstaw do sformułowania tezy o częściowym wykształceniu się modelu świadczenia usług w chmurze obliczeniowej. Uwzględnienie w analizie dostawców o dominującej na rynku pozycji pozwala także stwierdzić, że znaczna część stosunków prawnych tego typu będzie tożsama lub zbliżona do omówionych przykładów. W konsekwencji do cech charakterystycznych modelu świadczenia usług w chmurze obliczeniowej można zaliczyć:

- 1) świadczenie, wraz z przechowywaniem danych w chmurze, dodatkowych usług, dostarczanych także przez podmioty zewnętrzne wobec dostawcy zasobów teleinformatycznych obsługujących chmurę;
- 2) odpłatny (także w postaci cyfrowego odwzorowania wartości lub danych osobowych) i subskrypcyjny charakter umowy;
- 3) występowanie dodatkowych porozumień dotyczących gwarantowanego poziomu świadczenia usług, których funkcja uwiarygadniająca rzetelność kontrahenta konsumenta jest jednak nikła;
- 4) znaczną swobodę przedsiębiorcy w zakresie uniemożliwiania dostępu użytkownika do infrastruktury chmury ze względu na przerwy w dostępie do usług, zawieszenie ich świadczenia lub zablokowanie konta użytkownika;
- 5) ograniczanie podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotu świadczącego usługi w chmurze względem jego kontrahenta, w tym wyłączenie odpowiedzialności za utratę danych, a także ustalanie wysokości odszkodowania na podstawie określonych w treści umowy limitów;
- 6) nieuwzględnianie we wzorcach umownych parametrów świadczonych usług (z wyłączeniem okresów dostępności) i wykorzystywanych zasobów teleinformatycznych, a także aspektów kryptograficznych i lokalizacyjnych;
- 7) nieokreślanie szczegółowych podstaw modyfikacji przedmiotu świadczenia, których dopuszczalność wprowadzana jest na podstawie klauzul generalnych, często bez jednoczesnego uprawnienia użytkownika do wypowiedzenia umowy w następstwie dokonywanych zmian;
- 8) znaczne rozbieżności w zakresie formułowania przesłanek odstąpienia od umowy przechowywania danych w chmurze, a także niewskazywanie konsekwencji takiego odstąpienia, w szczególności możliwości uzyskania przez użytkownika dostępu do danych przez określony czas;
- 9) brak oznaczenia pól eksploatacji i terminów obowiązywania przy postanowieniach przewidujących udzielanie licencji na oprogramowanie lub treści udostępniane w chmurze;

- 10) niespójność regulacji dotyczących możliwości odczytywania danych użytkownika przez przedsiębiorcę i przetwarzania przez niego danych osobowych podmiotów trzecich;
- 11) niemożność ustalenia dokładnego miejsca spełnienia świadczenia, wynikająca z elastyczności w korzystaniu ze sprzętu obsługującego procesy uruchamiane w ramach chmury obliczeniowej.

Zauważyć można, że model świadczenia usług w chmurze obliczeniowej, który wynika z analizy wzorców umownych, jest rezultatem upowszechnienia się tego sposobu dostarczania mocy obliczeniowej, a jego charakterystyka podyktowana jest raczej warunkami wykreowanymi przez samych dostawców, niż efektem pogłębionej refleksji prawnej w tym zakresie. Skutkiem tego jest brak spójności w odniesieniu do postanowień kluczowych z punktu widzenia prawa zobowiązań, takich jak zasady odpowiedzialności, kwestia dochowania należytej staranności, uprawnienie do odstąpienia od umowy, a przede wszystkim odpowiedź na pytanie o istotę świadczenia w umowie przechowywania danych w chmurze. Drugim wnioskiem wynikającym z analizy wzorców jest teza o niedostatecznym poziomie ochrony konsumentów, a także małych i średnich przedsiębiorców. Ryzyko uznania konkretnych klauzul umownych za niedozwolone jest znaczne, a możliwości dochodzenia swoich roszczeń przez użytkowników istotnie utrudnione. Dyrektywa o dostarczaniu treści i usług cyfrowych mogłaby stanowić remedium na te niedostatki, jednak wstępna analiza jej postanowień nie wydaje się optymistyczna. Konieczne zatem staje się dalsze zbadanie efektywności regulacji proponowanych przez unijnego ustawodawcę oraz słuszności przeniesienia reżimu rękojmi przy umowie sprzedaży do świadczenia usług, zwłaszcza w zestawieniu z dotychczasowym modelem ochrony konsumenta za pomocą konstrukcji klauzul niedozwolonych.

Rozdział II.

CHARAKTER PRAWNY UMOWY PRZECHOWYWANIA DANYCH W CHMURZE

1. Chmura obliczeniowa jako treść lub usługa cyfrowa

Ustawodawca unijny, decydując się na ujednoczenie systemu ochrony konsumentów na rynku cyfrowym, przyjął dychotomiczny podział przedmiotu dyrektywy na treści cyfrowe i usługi cyfrowe. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w brzmieniu poszczególnych jednostek redakcyjnych tekstu, gdzie oba rodzaje świadczenia w obrocie wirtualnym są wymieniane z osobna. Bez względu na skrupulatność w aspekcie lingwistycznym, podział ten nie wydaje się mieć dostatecznego uzasadnienia zarówno od strony praktycznej, jak i dogmatycznoprawnej. Posłużenie się jednak przez unijnego ustawodawcę pewną kategorią normatywną, wskazującą na przedmiot regulacji, implikuje konieczność zbadania, czym jest zjawisko chmury obliczeniowej, a w szczególności czy wchodzi ono w zakres zastosowania dyrektywy i stanowi desygnat pojęcia treści cyfrowej czy usługi cyfrowej. Odpowiedź na to pytanie została już pośrednio zasugerowana w pierwszym rozdziale, gdzie rozpatrywano stosowanie wzorców umownych z perspektywy przyszłych regulacji.

Definicje legalne wprowadzane przez ustawodawcę w akcie prawnym nie mają charakteru powszechnego, który determinowałby ich jednoznaczne rozumienie w całym systemie prawa. Ich zakres zastosowania nie wykracza poza sferę stosunków regulowaną w drodze tego konkretnego aktu. Definicje takie mogą jednak niejednokrotnie stanowić wskazówki interpretacyjne w procesie dokonywania wykładni innych pojęć. Do świadczenia usług w chmurze obliczeniowej będą odnosić się takie terminy, jak usługi świadczone drogą elektroniczną, usługi społeczeństwa informacyjnego, usługi cyfrowe, a także same treści cyfrowe. Mnogość tych określeń, wprowadzanych zarówno przez ustawodawcę krajowego, jak i unijnego, nie sprzyja przejrzystości obrotu na rynku cyfrowym. W najszerszym ujęciu przechowywanie danych w chmurze może zostać uznane za usługę w rozumieniu art. 57 TFUE. Zgodnie z zawartą tam definicją usługę stanowią świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób. Jak zauważa J. Taczowska-Olszewska, negatywny charakter tej definicji nakazuje przyjąć, że każde świadczenie, które nie łączy się ze swobodnym przepływem towarów, kapitału i osób, stanowi usługę, a jako przykłady można wymienić świadczenia towarzyszące tym swobodom, takie

jak pośrednictwo w zakresie dostępu do Internetu, przechowywanie danych użytkowników, ich szyfrowanie lub umożliwianie skorzystania z programów, aplikacji i sieci teleinformatycznych¹⁰⁸. Legalna definicja pojęcia usługi w kontekście społeczeństwa informacyjnego została wprowadzona w prawie unijnym w dyrektywie 2015/1535. Artykuł 1 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy definiuje usługę społeczeństwa informacyjnego jako każdą usługę normalnie świadczoną za wynagrodzeniem, na odległość, drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usług. Definicję tę przeniesiono także na grunt dyrektywy NIS, w której powtórzono jej treść na oznaczenie pojęcia usługi cyfrowej, z zastrzeżeniem rodzajów wskazanych w załączniku do dyrektywy. Jako jeden z nich wymieniono przetwarzanie danych w chmurze, które także odrębnie zdefiniowano w art. 4 pkt 19 jako usługę cyfrową umożliwiającą dostęp do skalowalnego i elastycznego zbioru zasobów obliczeniowych do wspólnego wykorzystywania. Na gruncie prawa krajowego można zwrócić uwagę na pojęcie usługi świadczonej drogą elektroniczną, o którym mowa w art. 2 pkt 4 u.ś.u.d.e. Za taką uznano usługę świadczoną bez jednoczesnej obecności stron (na odległość), poprzez przekaz danych na indywidualne żądanie usługobiorcy, przesyłaną i otrzymywaną za pomocą urządzeń do elektronicznego przetwarzania, włącznie z kompresją cyfrową, i przechowywania danych, która jest w całości nadawana, odbierana lub transmitowana za pomocą sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu art. 2 pkt 35 p.t. Do definicji tej odwołano się także w ustawie transponującej dyrektywę NIS do krajowego porządku prawnego. W art. 1 ust. 1 pkt 15 u.k.s.c. jako usługę cyfrową określono usługę świadczoną drogą elektroniczną we wskazanym wyżej rozumieniu, z uwzględnieniem katalogu wymienionego w załączniku nr 2 do tej ustawy. Katalog ten, wraz z definicją usługi przetwarzania w chmurze, stanowi w istocie powtórzenie treści dyrektywy NIS. Pomimo bogactwa w zakresie dotychczasowych definicji usług o charakterze cyfrowym, unijny prawodawca zdecydował się na wprowadzenie kolejnej, specjalnie na potrzeby dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych i usług cyfrowych. Jako spełniające przesłanki tych ostatnich wymienił w art. 2 pkt 2 usługi pozwalające konsumentowi na wytwarzanie, przetwarzanie i przechowywanie danych lub dostęp do nich w postaci cyfrowej lub usługi pozwalające na wspólne korzystanie z danych w postaci cyfrowej, które zostały przesłane lub wytworzone przez konsumenta lub innych użytkowników tej usługi albo inne formy interakcji przy pomocy takich danych. Nietrudno zauważyć, że wszystkie wymienione definicje obejmują swoim zakresem czynności polegające na dostarczaniu treści cyfrowych. Zastanawia więc fakt wyodrębnienia tych treści w stosunku do usług cyfrowych. Nie można w tym miejscu podzielić zapatrywań J. Taczkowskiej-Olszewskiej, wyrażonych na tle Ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, jakoby treści cyfrowe nie zawsze były objęte zakresem znaczeniowym terminu usługi cyfrowej¹⁰⁹. Wątpliwości w związku z tożsamością obydwu pojęć są aktualne wyłącznie na gruncie tej ustawy, gdzie producenci oprogramowania, niebędący jednocześnie operatorami usług kluczowych lub dostawcami usług cyfrowych, nie są zobligowani do spełnienia wymienionych w tej ustawie szczególnych obowiązków względem bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych. Jednak nawet w tym kontekście podział na treści i usługi cyfrowe sprawia wrażenie sztucznego, podyktowanego intuicyjnymi próbami przeniesienia

108 J. Taczkowska-Olszewska (w:) *Ustawa o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa. Komentarz*, pod red. W. Kitlera, J. Taczkowskiej-Olszewskiej, F. Radoniewicza, Warszawa 2019, art. 17, nb 20.

109 *Ibidem*, nb 19.

tradycyjnych pojęć cywilistycznych na grunt obrotu w przestrzeni wirtualnej. Skomplikowanie definicyjne w odniesieniu do usług cyfrowych jest, jak zauważa B. Kaczmarek-Templin, równie aktualnym problemem przy próbie określenia treści cyfrowych, które bywają definiowane jako towary, usługi, połączenie obydwu lub pojęcie zupełnie swoiste¹¹⁰. W pierwotnym brzmieniu projektu dyrektywy o dostarczaniu treści i usług cyfrowych jako określenie przedmiotu regulacji zaproponowane zostało jednolite pojęcie „treści cyfrowych”, które obejmowało także finalnie wyodrębnione usługi cyfrowe¹¹¹. Pojęcie to nawiązywało do art. 2 pkt 11 dyrektywy 2011/83/UE, który został następnie powtórzony przez polskiego ustawodawcę w art. 2 pkt 5 u.p.k., gdzie treści cyfrowe określono jako dane wytwarzane i dostarczane w formie cyfrowej. Taką samą definicję przyjęto w omawianej dyrektywie o dostarczaniu treści i usług cyfrowych. Należy jednak zaznaczyć, że dane cyfrowe w kontekście prawa cywilnego są pojęciem równie enigmatycznym, co same treści cyfrowe. Ostatecznie wprowadzono jednak podział na treści cyfrowe i usługi cyfrowe, który zdaje się być pochodną tendencji do rozpatrywania umów mających za przedmiot dobra wirtualne wyłącznie z perspektywy umowy sprzedaży lub umowy o świadczenie usług, co nie wyczerpuje jednak katalogu stosunków prawnych zawieranych w przestrzeni wirtualnej¹¹². Problemy te potwierdzają zawodność prób znalezienia trafnego pojęcia opisującego każdy przypadek dokonywania czynności prawnych w Internecie, nawet ze świadomością konieczności zachowania neutralności technologicznej. Proponowane legalne definicje treści i usług cyfrowych będą niekiedy zbyt wąskie, momentami zbyt szerokie, a w większości przypadków ich zakresy będą się krzyżować, co może prowadzić do niekorzystnych z perspektywy ochrony konsumenta i bezpieczeństwa teleinformatycznego sporów o terminologię. Wprowadzenie przez unijnego ustawodawcę tej dychotomii, sugerującej zachodzenie między zakresami pojęć treści i usług cyfrowych stosunku wykluczania, a ponadto wyczerpującego określenia katalogu zjawisk prawnie relewantnych na rynku cyfrowym, nie wydaje się zasadne. Rozwiązanie to nie znajduje swojego odzwierciedlenia także w zróżnicowaniu praw i obowiązków stron, które zarówno w przypadku treści, jak i usług cyfrowych są identyczne. Wobec tego trafniejszym rozwiązaniem byłoby odwołanie się do znanego prawa cywilnemu pojęcia świadczenia, a jedynie zaznaczenia wirtualnych aspektów jego spełnienia, bez potrzeby dopasowywania specyficznych pojęć do istniejących w poszczególnych porządkach prawnych typów umów. Uwagi te są aktualne zwłaszcza w odniesieniu do umowy przechowywania danych w chmurze. Z jednej strony jest ona bowiem usługą (stanowi świadczenie wykonywane zwykle za wynagrodzeniem i nie jest objęta postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób), pozwalającą konsumentowi na przechowywanie danych i dostęp do nich w postaci cyfrowej, a zatem usługa ta ma charakter cyfrowy. Z drugiej jednak dostawca chmury obliczeniowej oferuje użytkownikowi nie tylko samą możliwość przechowywania jego danych, ale także oprogramowanie, w tym interfejs chmury, które ma charakter danych wytwarzanych i dostarczanych w postaci cyfrowej, a w konsekwencji stanowi desygnat pojęcia treści cyfrowych. Alternatywnym sposobem określenia przedmiotu regulacji unijnej, możliwym do rozważenia w procesie implementacji dyrektywy, mogło-

110 B. Kaczmarek-Templin: *Specyfika...*, op. cit., s. 94.

111 COM (2015) 634 final, dostęp: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/PL/1-2015-634-PL-F1-1.PDF> (16 kwietnia 2020 r.).

112 B. Kaczmarek-Templin: *Specyfika...*, op. cit., s. 100.

by być posłużenie się przez ustawodawcę znanym już w doktrynie pojęciem konsumenta cyfrowego¹¹³. Udzielając jednak odpowiedzi na pytanie postawione na wstępie, należy stwierdzić, że umowa przechowywania danych w chmurze jest typem stosunku prawnego, do którego będą miały zastosowanie postanowienia dyrektywy w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych. Umowa tego rodzaju została ponadto wprost wymieniona w motywie 19 tej dyrektywy jako przykład usługi cyfrowej pozwalającej na tworzenie, przetwarzanie, przechowywanie i uzyskiwanie dostępu do danych w postaci cyfrowej.

2. Typologia umowy przechowywania danych w chmurze

Umowa przechowywania danych w chmurze nie została do tej pory uregulowana przez polskiego ustawodawcę. Wspomniana wcześniej definicja usług przetwarzania w chmurze, o której mowa w ustawie o Krajowym Systemie Cyberbezpieczeństwa, została wprowadzona wyłącznie na potrzeby określenia organizacji krajowego systemu cyberbezpieczeństwa, sposobu sprawowania nadzoru i kontroli nad nim oraz zakresu Strategii Cyberbezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej (art. 1 ust. 1 u.k.s.c.). W konsekwencji brak jest jednoznacznego stanowiska prawodawcy co do cywilnoprawnej oceny takiej umowy. Jakkolwiek przepisy dotyczące zobowiązań w Kodeksie cywilnym nierzadko mogą być modyfikowane przez strony, a zastosowanie znajdują tylko wówczas, gdy ukształtowany przez nie stosunek prawny ma charakter niekompletny lub niejasny¹¹⁴, tak ustalenie reżimu prawnego umowy nieznanego dotychczasowemu ustawodawstwu cywilnemu nie może się odbywać w zupełnym oderwaniu od tych regulacji. Może się bowiem okazać, że nowy na gruncie pojęciowym stosunek zobowiązaniowy odpowiada cechom umowy, której wzorcowy reżim został już opisany w księdze trzeciej Kodeksu cywilnego. Zagadnienie to ma doniosłe znaczenie, jak bowiem wynika z dokonanej analizy wzorców umownych, stosunek prawny stron umowy przechowywania danych w chmurze często jest pozbawiony istotnych elementów warunkujących kompletne i jasne określenie praw i obowiązków stron tej umowy, a także skutków ich niedochowania. Ich ustalenie musi się zatem odbyć w oparciu o ogólne przepisy dotyczące zobowiązań oraz w drodze analogii, najbardziej zbliżone regulacje dotyczące umów nazwanych w Kodeksie cywilnym i ustawach szczególnych¹¹⁵.

2.1. Podejście klasyfikujące i podejście typologiczne

Stanowisko nielicznej dotychczas doktryny względem umowy przechowywania danych w chmurze zarysowuje się dwutorowo. Część autorów uznaje ją za umowę nie-

113 D. Bezáková: *The Consumer Rights Directive and Its Implications for Consumer Protection Regarding Intangible Digital Content*, Masaryk University Journal of Law and Technology 2013, vol 7, nr 2, s. 180.

114 B. Gawlik: *Pojęcie umowy nienazwanej*, Studia Cywilistyczne 1971, t. XVIII, s. 6.

115 Wyrok Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej z dnia 13 grudnia 2012 r., V CSK 30/12, Legalis nr 667433.

nazwaną¹¹⁶, a część za umowę o świadczenie usług¹¹⁷. Zastanowienie budzi zajmowane niekiedy stanowisko, wedle którego jest to umowa nienazwana o świadczenie usług¹¹⁸ bądź nienazwana umowa zlecenia¹¹⁹. Pogląd ten wywodzi się ze wskazania polskiego ustawodawcy, że norma z art. 750 k.c. odnosi się do umów nieuregulowanych w innych przepisach, a zatem zdaniem tych autorów, umów nienazwanych. Podejście to jednak w aktualnie obowiązującym stanie prawnym nie wydaje się słuszne. W przeciwieństwie bowiem do modelu zaproponowanego w ramach Projektu Wspólnego Systemu Odniesienia (DCFR)¹²⁰, gdzie regulacja świadczenia usług stanowi swoistą część ogólną dla pozostałych typów umów, których celem nie jest przeniesienie własności (a zatem znaczna część umów nietypowych może być zakwalifikowana właśnie jako świadczenie usług)¹²¹, polski ustawodawca w art. 750 k.c. wyodrębnił ten równorzędny względem pozostałych typów umowy i określił jego reżim normatywny w drodze odesłania do przepisów o zleceniu. Wobec tego klasyfikacja danej umowy jako nienazwanej, a jednocześnie mieszczącej się w zakresie regulacji z art. 750 k.c., a zatem nazwanej, jest zabiegiem wewnątrznie sprzecznym i w istocie pozbawiającym ten termin jakiegokolwiek wartości poznawczej. Nie poprzestając jednak na tym stwierdzeniu, należy zastanowić się, czy rzeczywiście rozstrzygnięcie statusu umowy przechowywania danych w chmurze według schematu „albo (umowa nazwana), albo (umowa nienazwana)” jest rozwiązaniem słusznym i praktycznie pożytecznym.

Konsekwencją obowiązywania zasady swobody umów, wyrażonej w art. 353¹ k.c., a wcześniej wywodzonej jako logiczna konsekwencja normy z art. 58 k.c.¹²², jest dopuszczalność występowania w obrocie umów innych niż te, które zostały nazwane i uregulowane przez ustawodawcę¹²³. Pojawienie się takiej umowy stwarza konieczność udzielenia odpowiedzi na pytanie o jej reżim prawny. Stwierdzenie jej nietypowego charakteru nie przesądza tej kwestii, a jedynie wskazuje, że umowa ta nie została wprost scharakteryzowana przez ustawodawcę. Prawa i obowiązki stron umowy nazwanej nie mają bowiem charakteru wyłącznego, ale mogą być wspólne także dla umów nienazwanych. Jak zauważa B. Gawlik, do czynników mających wpływ na ustalenie reżimu prawnego należą: wola stron, ustawy, zasady współżycia społecznego, a także zwyczaj¹²⁴. Skoro status umowy nazwanej wiąże

116 J.F.S.R. Cunha, C.A. Rohrmann: *Some Legal Aspects of Cloud Computing Contracts*, *Journal of International Commercial Law and Technology* 2015, nr 1, s. 37; w kontekście umów polegających na dostarczaniu treści cyfrowych zob. także M. Wyrwiński: *Dostarczanie treści cyfrowych w Internecie - problem kwalifikacji prawnej świadczenia* (w:) *Nie tylko hipoteka... Zeszyt jubileuszowy dedykowany Profesorowi Jerzemu Pisulińskiemu*, pod red. M. Kućki, K. Pałki, Lex 2015, rozdz. 4.

117 zob. M. Matysiak: *Cloud gaming - wybrane problemy prawne*, *Monitor Prawniczy* 2019, nr 21, dodatek, s. 37. M. Siwicki: *Jurysdykcja krajowa w sprawach z zakresu prawa autorskiego w „chmurach obliczeniowych” w świetle rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012*, *Europejski Przegląd Sądowy* 2016, nr 1, s. 23.

118 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 357, E. Molenda-Kropielnicka: *Cloud Computing - zagadnienia prawne*, *Prace z Prawa Własności Intelektualnej* 2013, nr 119, s. 143.

119 B. Fischer: *Podział odpowiedzialności za chmurowe przetwarzanie danych osobowych z uwzględnieniem kształtowania regulacji umownych - wybrane zagadnienia*, *Monitor Prawniczy* 2014, nr 9, s. 16.

120 *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, pod red. Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, Munich 2009.

121 F. Zoll (w:) *System Prawa Handlowego*, t. 9, *Międzynarodowe Prawo Handlowe*, pod red. W. Popiołka, Warszawa 2013, rozdz. XIX, nb 434.

122 B. Gawlik: *Pojęcie...*, op. cit., s. 6.

123 *Ibidem*, s. 10.

124 *Ibidem*, s. 15.

się z większym wpływem zaledwie jednego z nich (regulacji ustawowych, jednak i w tym przypadku, jak już było wcześniej zauważone, nie pozostają one obojętne względem umów nienazwanych i mają wpływ także na ich kształt), to nie sposób stwierdzić, że reżim prawny konkretnej umowy, która odpowiada typowi scharakteryzowanemu przez ustawodawcę, jest bardziej szczegółowy w stosunku do analogicznej umowy, która nie znajduje swojego wzorcowego unormowania w systemie prawnym¹²⁵. Za właściwe należy zatem przyjąć podejście zaproponowane przez B. Gawlika, wedle którego „analiza cech reżimów prawnych umów nazwanych i nienazwanych dowodzi, iż cechy te mają nie alternatywny i kontryktoryjny, lecz stopniowalny charakter”¹²⁶. Konsekwencją takiego stwierdzenia jest odrzucenie przez autora klasycznego podejścia klasyfikującego (według schematu „albo... albo...”) na rzecz pojęć typologicznych (według modelu „bardziej... mniej...”)¹²⁷. Podejście to wiąże się z uznaniem braku empirycznie występujących umów nazwanych i nienazwanych, a jedynie przyjęciem tych pojęć za pewne konstrukty teoretyczne, stanowiące typy krańcowe zbioru wszystkich umów, które różnią się stopniem występowania cech wskazanych przez ustawodawcę. Cechą charakterystyczną takiego spektrum umów jest ich przejściowy charakter, przejawiający się w stopniowym przekształcaniu danego stosunku prawnego: od modelu kształtowanego wyłącznie na mocy woli stron, poprzez wyodrębnienie spójnego reżimu prawnego w drodze zwyczaju, aż po jego ustawowe unormowanie¹²⁸. Dokonana wcześniej analiza wzorców umownych prowadzi do wniosku, że umowa przechowywania danych w chmurze znajduje się w połowie skali między zupełnie nowymi typami umów a modelowymi przykładami, które znalazły swoje odzwierciedlenie w ustawodawstwie. Praktyka zawierania tego rodzaju umów doprowadziła do wykształcenia się pewnego typu empirycznego, który nie jest jednak jeszcze na tyle spójny i szczegółowy, aby znajdował zastosowanie do wszystkich stosunków prawnych tego rodzaju jako zwyczaj, o którym mowa w art. 56 k.c. Jednak uprawnione jest stwierdzenie, że przechowywanie danych w chmurze przestaje być nienazwanym, a staje się nazwanym typem umowy, którego reżim prawny jest określany nie tylko w drodze oświadczeń woli stron, ale także kształtuje go w pewnym stopniu tworzący się zwyczaj oraz te regulacje dotyczące nazwanych typów umów, które mają najbardziej zbliżony charakter, o czym będzie mowa w dalszej części pracy. Objęcie umowy przechowywania danych w chmurze unijną dyrektywą w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych także wypłyne na stopień określoności tego reżimu prawnego, a konsekwencją może być autonomiczne unormowanie tego typu umowy także przez polskiego ustawodawcę. Przyjęcie typologicznego podejścia będzie miało także duże znaczenie dla możliwości określenia szczegółowych cech umowy przechowywania danych w chmurze. Wyeliminowana zostaje konieczność „wpisywania” tego stosunku prawnego w dotychczasowe reżimy prawne umów nazwanych, co charakteryzuje podejście autorów podejmujących tę tematykę, o czym była mowa na wstępie. Przechowywanie danych w chmurze wykazuje bowiem cechy charakterystyczne dla co najmniej kilku nazwanych stosunków prawnych, a ograniczanie się wyłącznie do jednego z nich może niestusnie upraszczać specyficzne prawa i obowiązki stron tej umowy.

125 *Ibidem*, s. 16.

126 *Ibidem*.

127 *Ibidem*.

128 *Ibidem*, s. 22.

2.2. Umowa o charakterze mieszanym

Przyporządkowanie konkretnej umowy do jednego z ustawowych typów nie sprawia trudności, jeżeli wszystkie elementy przedmiotowo istotne tej umowy odpowiadają normatywnemu wzorcowi albo gdy żaden z nich nie może zostać uznany za tożsamy. Ocenę komplikuje sytuacja, w której cechy charakterystyczne danej umowy są zbliżone do więcej niż jednego nazwanego stosunku prawnego. Wówczas pojawia się pytanie o sposób ustalenia reżimu prawnego takiej umowy, a w szczególności o możliwość zastosowania przepisów określających prawa i obowiązki stron normatywnego wzorca. Przypadek, w którym dochodzi do takiego połączenia *essentialia negotii* różnych typów kontraktów, przyjęło się nazywać umową mieszaną¹²⁹.

Występowanie elementów charakterystycznych kilku typów umów w jednym stosunku prawnym może dotyczyć połączenia wyłącznie cech umów nazwanych, połączenia zarówno elementów ustawowo określonych, jak i cech o charakterze nowości względem systemu prawnego, a także zawarcia umowy, w której jedynie świadczenie uboczne wykazuje podobieństwo do innego wzorca normatywnego¹³⁰. Z wyłączeniem trzeciego przypadku, umowa w wymienionych sytuacjach nie może podlegać kompleksowej ocenie z punktu widzenia zespołu przepisów regulujących wyłącznie jeden stosunek nazwany, gdyż brak jest możliwości wskazania, który z nich (i czy którykolwiek) byłby tym właściwszym dla określenia spójnego reżimu prawnego. Jako że zespół praw i obowiązków stron umowy o charakterze mieszanym nie jest znany systemowi prawnemu, pojawia się pytanie o jego relację do pojęcia umowy nienazwanej. Jak twierdzi B. Gawlik, rozgraniczenie zakresów tych pojęć nie jest konieczne, gdyż kryteria ich wyodrębnienia są odmienne¹³¹. W przypadku umowy mieszanej kryterium tym jest współwystępowanie cech charakterystycznych dla nazwanych stosunków prawnych, a przymiot nienazwanego charakteru umowy odnosi się do jej nowości względem dotychczasowych wzorców albo do ustalonej przez strony nowej zależności pomiędzy znanymi elementami. Niewykluczona jest wobec tego sytuacja, w której umowa zawiera elementy zarówno obecne w dotychczasowym ustawodawstwie, jak i takie, które nie zostały jeszcze normatywnie określone. W konsekwencji B. Gawlik stwierdza, że najbliższym ocenie relacji tych pojęć byłby stosunek krzyżowania, a nie wykluczania¹³², a być może i stosunek zawierania¹³³.

Umowy mieszane mogą występować w trzech postaciach: jako umowy kombinowane, w których obowiązki jednej strony są podobne do świadczeń z kilku typów umów, jako umowy krzyżujące się, w których świadczenie każdej ze stron jest zbliżone do innego ustawowego wzorca oraz jako umowy mieszane *sensu stricto*, dla których świadczenie jednej strony jednocześnie spełnia cechy kilku stosunków nazwanych¹³⁴. Niektóre ustawowe regulacje określające reżim prawny umowy różnią się między sobą znacząco w zależności od stosunku prawnego, którego dotyczą, jak to ma miejsce w przypadku uprawnienia do odstąpienia od umowy czy też terminów przedawnienia roszczeń. Należy wobec tego ustalić, jaki wpływ mają

129 B. Gawlik: *Umowy mieszane - konstrukcja i ocena prawna*, Palestra 1974, nr 5, s. 28.

130 *Ibidem*, s. 25.

131 B. Gawlik: *Pojęcie...*, op. cit., s. 23.

132 *Ibidem*.

133 B. Gawlik: *Umowy...*, op. cit., s. 28.

134 *Ibidem*, s. 27-28.

przepisy określające prawa i obowiązki stron umowy nazwanej na reżim prawny umowy o charakterze mieszanym. B. Gawlik wskazuje na pojawiające się w doktrynie propozycje w tym zakresie, do których należą teoria absorpcji, wedle której reżim ten powinien być oceniany z perspektywy normatywnego wzorca, który odpowiada świadczeniu głównemu w umowie mieszanej, teoria kombinacji, która wskazuje na konieczność indywidualnego rozpatrywania każdego elementu zobowiązania z umowy mieszanej w perspektywie odpowiednich norm odnoszących się do nazwanych stosunków prawnych, a także najstuszniejsza, zdaniem autora, teoria analogii, która wyklucza stosowanie przepisów ustawy wprost, a dopuszcza jedynie analogię¹³⁵. Przenosząc powyższe rozważania na grunt umowy przechowywania danych w chmurze, należy zauważyć, że postawiony wcześniej zarzut dążenia do jednoznacznego określenia tego stosunku prawnego jako nazwanego typu umowy, w szczególności umowy o świadczenie usług, dostarcza także pewnych słusznych intuicji w zakresie reżimu tej umowy. Zobowiązanie podmiotu świadczącego usługi w chmurze obliczeniowej w istocie przybiera niejednokrotnie charakter świadczenia usług. Jednak taka kwalifikacja tej umowy jest niewystarczająca, zwłaszcza wobec skąpego uregulowania tego zagadnienia w ustawie. Istota chmury obliczeniowej sprowadza się bowiem do jednego, podstawowego aspektu, wspólnego wszystkim jej wariantom (IaaS, PaaS, SaaS), którym jest tytułowe przechowywanie danych. W przypadku umowy przechowania przedmiotem świadczenia są rzeczy, a w umowie przechowywania danych w chmurze - dane komputerowe, które mają charakter niematerialny, a zatem nie spełniają przesłanki rzeczy w rozumieniu art. 45 k.c. Możliwe jest jednak, że to właśnie reżim umowy przechowania jest zdecydowanie bardziej przystający do realiów chmury obliczeniowej. Należy wobec tego postawić tezę o mieszanym charakterze umowy przechowywania danych w chmurze, która zawiera elementy charakterystyczne zarówno dla umowy o świadczenie usług, jak i umowy przechowania. Połączenie tych cech w nierozdzielalną całość jest motywowane celem gospodarczym tej umowy, jakim jest umożliwienie korzystania z funkcjonalności zasobów teleinformatycznych, które w przeciwnym razie musiałby być zakupione i utrzymywane przez każdą ze stron. Wzorce umowne wskazują także na możliwość występowania cech innych nazwanych stosunków prawnych, na przykład umowy sprzedaży, umowy o dzieło czy umowy najmu. Przyjęcie typologicznego podejścia do tej umowy i uwzględnienie jej mieszanego charakteru jest wobec tego rozwiązaniem słusznym, umożliwiającym uwzględnienie zarówno regulacji ustawowych, jak i cechy nowości, która występuje w przypadku chmury obliczeniowej. *De lege lata* nie tylko regulacja umowy o świadczenie usług, ale i rozwiązania ustawowe w zakresie umowy przechowania powinny znaleźć swoje zastosowanie dla określenia reżimu umowy przechowywania danych w chmurze. Pozwoli to na kompleksową ocenę tego stosunku prawnego, bez konieczności rozstrzygnięcia kwestii spornych, do których należy niewątpliwie stosunek dóbr o charakterze wirtualnym względem kodeksowej definicji rzeczy. Ścisłe opowiedzenie się za wyczerpującym podziałem na umowy nazwane i nienazwane mogłyby w rychłej przyszłości prowadzić do konieczności każdorazowego stwierdzania nietypowego charakteru wszystkich nowych stosunków prawnych, do których będzie się odnosić także dyrektywa o dostarczaniu treści cyfrowych. Ocena prawna byłaby wówczas ograniczona do przepisów regulujących część ogólną zobowiązań, podczas gdy część szczegółowa księgi trzeciej Kodeksu cywilnego traciłaby na znaczeniu.

135 *Ibidem*, s. 30.

2.3. Umowy związane

Na wstępie rozważań dotyczących kształtu umowy przechowywania danych w chmurze, jaki wynika z wzorców umownych, którymi posługują się strony tego stosunku prawnego, wskazano, że stosunek ten jest przez strony często uzewnętrzniany w postaci kilku odrębnych od siebie nośników treści (np. kompletów papierowych arkuszy lub plików PDF). Spostrzeżenie to jest szczególnie trafne w stosunku do umów o gwarantowanym poziomie świadczenia usług, które już w samej nazwie mogą sugerować ich niezależność względem umowy przechowywania danych w chmurze. Tezę tę wzmacniają czynione niekiedy zastrzeżenia stron co do braku wpływu niewykonania zobowiązania do zapewnienia gwarantowanego poziomu usług na zobowiązanie do chmurowego przechowywania danych¹³⁶. Jednak oba zespoły postanowień mają wspólny cel gospodarczy, jakim jest efektywne wykorzystywanie zasobów teleinformatycznych o określonej funkcjonalności, a zatem są w jakimś stopniu ze sobą zgodne.

Związek ten mógłby przybrać postać zespołu (kompleksu) umów przy założeniu, że umowa przechowywania danych w chmurze i umowa o gwarantowanym poziomie świadczonych usług rzeczywiście stanowią odrębne umowy¹³⁷. Konieczne jest zatem udzielenie odpowiedzi na pytanie o to, czy fizyczny podział nośników treści danego stosunku zobowiązaniowego przesądza uznanie, że strony zawarły kilka umów, czy też mamy do czynienia z jedną złożoną umową. Kwestia ta ma istotne znaczenie także dla oceny zakresu zastosowania reżimu z dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych i usług cyfrowych.

Pojawiające się w doktrynie kryteria, którymi można się posłużyć w celu wskazania, czy konkretny kompleks postanowień sformułowany przez strony stanowi jedną czy też kilka umów, zostały omówione przez Z. Radwańskiego¹³⁸. W pierwszej kolejności wskazuje on na **wolę stron**, która jednak nie zawsze może być oceniona jako jednoznaczna. W przypadku umów przechowywania danych w chmurze strony dokonują terminologicznego wyodrębnienia umowy o świadczenie usług w chmurze oraz umowy o ich gwarantowanym poziomie, jednak decyzja o związaniu się węzłem obligacyjnym jest podejmowana w oparciu o oba kompleksy postanowień, które nie mogą funkcjonować w oderwaniu od siebie. Przy uwzględnieniu faktu, że umowy SLA dotyczą takich aspektów, jak dostępność chmury w ciągu określonego przedziału czasu, częstotliwość sporządzania kopii zapasowych czy też metody postępowania w razie niedotrzymania gwarantowanego poziomu usług, można stwierdzić, że wyodrębnienie umów o gwarantowanym poziomie świadczenia usług służy w pierwszej kolejności zapewnieniu przejrzystości treści, a kryterium wyodrębnienia są techniczne atrybuty chmury obliczeniowej. W dalszej kolejności Z. Radwański wskazuje na trzy kryteria pomocnicze przy dokonywaniu oceny tożsamości lub odrębności umów. Według **kryterium ekonomicznej jedności** za tezą o pojedynczym charakterze umowy przemawia zamierzony przez strony cel gospodarczy¹³⁹. Jest on zgodny między innymi wtedy, kiedy wierzyciel uprawniony do otrzymania

136 Oktawave dla przedsiębiorców.

137 Z. Radwański: *Teoria...*, op. cit., s. 232.

138 *Ibidem*, s. 232-234.

139 *Ibidem*, s. 233.

kilku świadczeń będzie mógł skorzystać z nich wyłącznie wspólnie¹⁴⁰. W kontekście przechowywania danych w chmurze ewentualne wyodrębnienie postanowień o gwarantowanym poziomie świadczenia usług dookreśla cel gospodarczy w postaci efektywnego wykorzystywania zasobów teleinformatycznych od strony technicznej. Zarówno samo uprawnienie do udostępnienia przedsiębiorcy danych w celu ich przechowania w postaci cyfrowej, jak i postanowienia określające możliwości dostępu do tych danych przez konsumenta, chociaż zawarte na odrębnych nośnikach, stanowią nierozzerwalną całość, a skorzystanie z nich w oderwaniu od siebie uniemożliwiłoby osiągnięcie wskazanego celu gospodarczego. Zgodnie z **kryterium okoliczności towarzyszących zawarciu umowy** nie przybiera ona postaci zespołu umów, jeżeli postanowienia zostały zawarte w tym samym czasie lub w tym samym dokumencie¹⁴¹. Adhezyjny charakter umowy przechowywania danych w chmurze obliczeniowej narzuca jednocześnie związanie się postanowieniami wzorców przechowywania danych w chmurze i określających gwarantowany poziom świadczenia usług. Różnica dokonuje się zatem wyłącznie w odniesieniu do fizycznych nośników postanowień, które są najczęściej wyodrębniane, jednak przyświeca temu zarówno dążenie do uproszczenia treści samego stosunku zobowiązaniowego, jak i utrwalona praktyka zawierania umów tego typu. Jako jeszcze jedno kryterium wskazywana jest **tożsamość stron**, które dokonują uzgodnienia poszczególnych postanowień¹⁴². Także w tym przypadku charakter umowy przechowywania danych w chmurze przemawia za tezą o niewyodrębnianiu postanowień o gwarantowanym poziomie świadczonych usług jako osobnej umowy. Rozstrzygające w tej kwestii może być także spostrzeżenie Z. Radwańskiego, że „zespół rozważanych postanowień umownych jedynie wtedy może stanowić składnik dwóch umów oddzielnych, gdy zdolny jest wyznaczyć konieczne dla ich istnienia elementy”¹⁴³. Postanowienia o gwarantowanym poziomie świadczenia usług pozbawione postanowień określających to świadczenie, które są wszak zawarte w odrębnym dokumencie, nie mogłyby stanowić samodzielnego zobowiązania pozbawionego przedmiotu. Należy zatem uznać, że umowa przechowywania danych w chmurze obejmuje także te postanowienia, które określają zobowiązanie dostawcy usług do zapewnienia ich gwarantowanego poziomu, pomimo terminologicznego wyodrębnienia tych postanowień jako „umowy SLA”. Za takim stanowiskiem przemawia także wzgląd na ochronę konsumenta, który jest podstawowym założeniem dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych i usług cyfrowych. Postanowienia dotyczące gwarantowanego poziomu świadczonych usług określają bowiem właściwości chmury, które decydują o jej funkcjonalności. Ta cecha stanowi z kolei jedną z podstawowych przesłanek uznania treści lub usług cyfrowych za zgodne z umową (art. 8 ust. 1 lit. b) dyrektywy).

2.4. Przechowywanie danych w chmurze jako umowa o świadczenie usług

Sposób uregulowania umów mających za przedmiot świadczenie usług w polskim Kodeksie cywilnym może zostać scharakteryzowany jako przeciwieństwo prak-

140 J. Pisuliński: *Umowy związane (na przykładzie umowy sprzedaży lub umowy o świadczenie usług i umowy o kredyt konsumencki)*, Monitor Prawniczy 2002, nr 21, s. 974.

141 Z. Radwański: *Teoria...*, op. cit., s. 233.

142 J. Pisuliński: *Umowy...*, op. cit., s. 974.

143 Z. Radwański: *Teoria...*, op. cit., s. 234.

tycznej doniosłości tego rodzaju zobowiązań. Już w 2004 roku Komisja Europejska zauważyła, że usługi stanowią 70% produktu krajowego brutto państw Unii Europejskiej, z czego 54% stanowią usługi świadczone wyłącznie przez podmioty prywatne, a tendencja została określona jako wzrostowa¹⁴⁴. Polski ustawodawca, odsyłając w zakresie uregulowania umów o świadczenie usług do reżimu właściwego dla umowy zlecenia (art. 750 k.c.), uczynił z tego ostatniego swoistą część ogólną w zakresie wszystkich zobowiązań polegających na czynieniu (*facere*), które nie doczekały się odrębnej regulacji w księdze trzeciej Kodeksu cywilnego lub w ustawach szczególnych. Podobne postanowienie przewidywał także przedwojenny Kodeks zobowiązań, w którego art. 498 § 2 uznano, że „umowy o świadczenie usług, nieuregulowane jako szczególny rodzaj umowy, podlegają przepisom o zleceniu”¹⁴⁵. Różnica w stosunku do aktualnego stanu prawnego wyrażała się jednak w tym, że świadczenie usług zostało wymienione w tytule XI jako zbiorcza kategoria, w której mieściły się różne stosunki prawne, np. wynikające z umowy o pracę, umowy przechowania czy umowy o naukę¹⁴⁶. W literaturze słusznie zauważono, że obecne podejście, niejednoznacznie wskazujące na umowę zlecenia jako zbiór norm o charakterze generalnym przeczy pandektowej strukturze kodeksu, a jego konsekwencją są trudności w ustaleniu elementów przedmiotowo istotnych umowy o świadczenie usług¹⁴⁷. Jak zauważa L. Ogiełto, regulacja art. 750 k.c. i jej skutki stanowią pewien fenomen nie tylko na gruncie polskiego prawa cywilnego, ale także w całej cywilistyce europejskiej¹⁴⁸. Intuicja polskiego prawodawcy dążącego do ujednoczenia tej wewnętrznie rozbudowanej i nieustannie rozszerzającej się kategorii była jednak słuszna, a stanowisko to podziela także ustawodawca unijny, między innymi w dyrektywie o dostarczaniu treści cyfrowych i usług cyfrowych.

Trudności w spójnym scharakteryzowaniu umowy o świadczenie usług są powodowane także brakiem jednolitej definicji usług, jak ma to miejsce np. w ustawodawstwie rosyjskim¹⁴⁹. Jakkolwiek upraszczające kategoryzację stosunków zobowiązaniowych by to nie było, trudno sobie wyobrazić pozytywną definicję zjawiska usług, która nie wpadałaby do jednej z dwóch problematycznych kategorii: podejścia zbyt sztywnego i rygorystycznego, nieprzystosowanego do nieustannie rozwijającego się rynku lub wprowadzenia w miejsce usług kolejnej klauzuli generalnej, która w istocie nie rozwijałaby tego terminu w większym zakresie niż ma to miejsce obecnie. Słusznie zatem postuluje się ujęcie tej regulacji od strony negatywnej, w której umową o świadczenie usług byłoby każde zobowiązanie niewiążące się z przeniesieniem prawa, przeniesieniem posiadania albo oddaniem przedmiotu do korzystania¹⁵⁰. Usługi polegają bowiem na dokonywaniu czynności faktycznych, które skła-

144 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Services in the Internal Market, COM (2004) 2 final, dostęp: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004PC0002&from=EN> (20 maja 2020 r.), s. 77.

145 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. - Kodeks zobowiązań (Dz. U z 1933 r., nr 82, poz. 598).

146 *Ibidem*.

147 M. Pecyna, F. Zoll: *Regulacja świadczenia usług jako wyzwanie legislacyjne* (w:) *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, pod red. J. Haberko, A. Olejniczaka, A. Pyrzyńskiej, D. Sokolowskiej, Lex 2015, rozdz. 3.1.

148 L. Ogiełto (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań - część szczegółowa*, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2018, rozdz. XIII, nb 65.

149 M. Pecyna, F. Zoll: *Regulacja...*, op. cit., rozdz. 1.2.

150 *Ibidem*.

dają się na świadczenie o charakterze czynienia (*facere*) a nie dawania (*dare*)¹⁵¹. Jednolita regulacja tej grupy umów powodowana jest z kolei dwoma względami. Po pierwsze, świadczenie usług, w przeciwieństwie do umowy sprzedaży, wykazuje znaczny stopień niedookreśloności przedmiotu świadczenia w chwili zawierania umowy. Strony zazwyczaj nie są w stanie przewidzieć wszystkich cech podejmowanych w ramach świadczenia usług działań, inaczej niż ma to miejsce w przypadku rzeczy. Treść umowy jest współtworzona w miarę jej wykonywania, a samo świadczenie usług może nastąpić jeszcze przed sformalizowaniem procesu jej zawierania, na przykład w postaci obowiązków przedkontraktowych¹⁵². Występują one także w przypadku innych umów, w tym umowy sprzedaży, np. wówczas, gdy jest ona zawierana poza lokalem przedsiębiorstwa lub na odległość (art. 12 u.p.k.). W kontekście świadczenia usług konsekwencją takiego sposobu współkształtowania się świadczenia wraz z jego spełnianiem mogą być jednak późniejsze trudności w ustaleniu zarówno przesłanki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania na gruncie Kodeksu cywilnego, jak i zgodności treści świadczenia z umową, o której mowa w dyrektywie o dostarczaniu treści cyfrowych i usług cyfrowych. Po drugie, rozwijanie ustawowego katalogu umów wiążących się ze świadczeniem usług w drodze wprowadzania osobnych regulacji dla każdego nowego typu stosunku prawnego mogłoby nie nadążyć za szybko zmieniającym się rynkiem i w dalszym ciągu powodować konieczność sięgania do konstrukcji umowy nienazwanej i umowy o charakterze mieszanym, w których określenie reżimu następowaloby *ad casum*. Należy także zwrócić uwagę na postępujące wzbogacanie dotychczasowych umów nazwanych w Kodeksie cywilnym elementami świadczenia usług¹⁵³. Sytuacja ta ma miejsce także w kontekście umowy przechowywania danych w chmurze. W konsekwencji słusznym kierunkiem są dążenia doktryny do zwiększenia znaczenia świadczenia usług w Kodeksie cywilnym, a nawet uczynienia właśnie z tego rodzaju umów, a nie z umowy zlecenia, części ogólnej dla całego kontraktowego prawa zobowiązań¹⁵⁴.

Jak już wcześniej zauważono, umowa przechowywania danych w chmurze nie daje się przyporządkować do jednego typu umowy, który został wymieniony w Kodeksie cywilnym lub ustawach szczególnych. W tym miejscu raz jeszcze należy podkreślić, że próby scharakteryzowania reżimu tej umowy wyłącznie w kontekście regulacji zlecenia, do której odsyła art. 750 k.c., nie zasługują na aprobatę. Jak zauważa L. Ogiegło, praktyka ta wynika z połączenia ze sobą dwóch spostrzeżeń: dowolnego (wszak nieopartego o jakąkolwiek spójną definicję) ustalenia, że świadczenie w analizowanej umowie ma charakter usługowy, a także braku możliwości wskazania regulacji o charakterze szczególnym, która znajdowałaby w danym przypadku zastosowanie¹⁵⁵. W konsekwencji część autorów poprzestaje na stwierdzeniu, że omawiana przez nich umowa ma charakter nienazwany, a jednocześnie jest umową

151 L. Ogiegło (w:) *System...*, op. cit., nb 60-61.

152 M. Pecyna, F. Zoll: *Regulacja...*, op. cit., rozdz. 2.3.

153 *Ibidem*, rozdz. 3.2.

154 zob. Zespół Problemowy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego Do Spraw Regulacji Świadczenia Usług: *Projekt zobowiązań świadczenia usług*, Transformacje Prawa Prywatnego 2004, nr 4, s. 75-88; *Principles of European Law. Service Contracts (PEL SC)*, pod red. M. Barendrecht, C. Jansen, M. Loos, A. Pinna, R. Cascão, S. van Gulijk, Munich 2007; *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, pod red. Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, Munich 2009.

155 L. Ogiegło (w:) *System...*, op. cit., nb 70.

o świadczenie usług, do której stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Jednak charakter współczesnych umów o świadczenie usług, zwłaszcza w przestrzeni wirtualnej, powoduje, że odwołanie się do reżimu umowy zlecenia jest zupełnym nieporozumieniem. Umowa przechowywania danych w chmurze jest w tym względzie jeszcze bardziej jaskrawym przykładem, gdyż jej głównym świadczeniem jest przechowywanie dóbr niematerialnych na serwerach należących do kontrahenta. W doktrynie podkreśla się, że regulacja art. 750 k.c. nie powinna znajdować zastosowania do zobowiązań, także polegających na świadczeniu czynienia, które jednak dają się subsumować pod inne przepisy, na przykład o umowie przechowania¹⁵⁶. W przypadku chmury obliczeniowej ich stosowanie będzie następowało w drodze analogii, gdyż dobra niematerialne nie spełniają przesłanki rzeczy, o której mowa w art. 45 i art. 835 k.c. Ograniczenie się wyłącznie do treści art. 750 k.c. w tym zakresie pozbawiłoby zarówno tę umowę, jak i wiele innych umów polegających na świadczeniu usług spójnego reżimu prawnego, który może być rekonstruowany z przepisów Kodeksu cywilnego, określających umowy najbardziej do nich zbliżone, a w to miejsce wskazywało wyłącznie przepisy dotyczące zlecenia, których stosowanie w konkretnych przypadkach mogłoby sprawiać więcej trudności niż dostarczać wyjaśnienie zagadnień, jakich strony same nie uregulowały. Ponadto przywiązanie do stosowania reżimów umów nazwanych jedynie wprost, bez uwzględnienia ich przydatności dla nowo powstających, płynnych w swoich granicach typów stosunków zobowiązaniowych, rychno prowadziło do utraty znaczenia tych pierwszych. Nie zawsze jednak (a być może i w większości omawianych przypadków) wszystkie elementy danej umowy będą mogły być przypisane, także w drodze analogii, do jednego ze szczególnych reżimów umów nazwanych w księdze trzeciej Kodeksu cywilnego. Dla takich przypadków właściwe będzie odwołanie się do szczątkowej regulacji art. 750 k.c., na podstawie której ustalenie właściwego reżimu, z uwzględnieniem przepisów o zleceniu, będzie następowało *ad casum*, w oparciu o treść złożonych oświadczeń woli, charakter konkretnej usługi oraz interes prawny stron¹⁵⁷.

W części poświęconej empirycznej analizie umowy przechowywania danych w chmurze zauważono, że świadczenie stron praktycznie nigdy nie jest ograniczone do samego przechowywania danych na serwerach. Dostawca usług w chmurze, w zależności od oferty, może być zobowiązany do tworzenia kopii zapasowych danych, udostępniania oprogramowania umożliwiającego ich przetwarzanie (np. programów do obróbki zdjęć lub tekstu), dostarczania wraz z przestrzenią dyskową różnorodnych aplikacji (np. komunikatorów internetowych, usług lokalizacyjnych czy gier online). Wszystkie te przypadki opierają się na podejmowaniu przez stronę pewnych czynności, przy czym w odniesieniu do usług cyfrowych następuje to za pośrednictwem działań matematycznych, przeprowadzanych przez komputery dostawcy, które stanowią świadczenie, jednak niemożliwe jest jego precyzyjne oddzielenie od pojęcia przedmiotu świadczenia¹⁵⁸. Jednocześnie te czynności faktyczne nie są objęte żadnymi szczególnymi przepisami księgi trzeciej Kodeksu cywilnego, za wyjątkiem art. 750. Wobec tego te elementy umowy przechowywania danych w chmurze, jako polegające na świadczeniu usług, ale nieuregulowane

156 *Ibidem*, nb 59.

157 *Ibidem*, nb 65.

158 Ch. Wenderhorst: *Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht*, Archiv für die civilistische Praxis 2006, t. 206, nr 2/3, s. 227.

innymi przepisami, powinny być oceniane z perspektywy zasady odpowiedniego stosowania przepisów o umowie zlecenia.

Odpowiednie stosowanie, jak twierdzi B. Gawlik, ma na celu uniknięcie powtarzania w ustawie wymienionej wcześniej grupy norm, która ma znajdować zastosowanie do „drugiego zakresu odniesienia” z tym zastrzeżeniem, że postanowienia bezprzedmiotowe lub pozostające w sprzeczności z postanowieniami szczególnymi nie będą miały zastosowania lub będą stosowane wyłącznie w zmodyfikowanej postaci¹⁵⁹. Z tego względu nieślusne jest twierdzenie o braku wskazania przez polskiego ustawodawcę reżimu dla umowy o świadczenie usług. Reżim ten istnieje i choć niezbyt fortunnie, jest określony właśnie przepisami o umowie zlecenia.

W kontekście tych elementów umowy przechowania danych w chmurze, które nie wiążą się z samym przechowywaniem danych, a ze świadczeniem usług o charakterze cyfrowym, w braku uregulowania danego zagadnienia przez strony należy zatem odwołać się do treści art. 734-751 k.c. Oprócz regulacji wynikających z dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych i usług cyfrowych, która w jednakowym stopniu będzie znajdowała zastosowanie do wszystkich elementów umowy przechowywania danych w chmurze, jakie wchodzi w zakres jej zastosowania, świadczenie usług w chmurze obliczeniowej, w braku odmiennych postanowień stron, będzie charakteryzowało się domniemaniem odpłatności (art. 735 k.c.), a zapłata powinna zasadniczo następować „z dołu” (art. 744 k.c.), jednak świadczący usługi jest uprawniony do otrzymania zaliczki (art. 743 k.c.) Dostawca usług powinien je świadczyć osobiście, chociaż można się zastanawiać, czy wymaganie, aby w każdym przypadku powierzenia wykonywania czynności osobie trzeciej dostawca usług w chmurze miał obowiązek powiadomienia drugiej strony o osobie i miejscu zamieszkania lub siedziby zastępcy (art. 738 § 1 k.c.). Czynności składające się na przechowywanie danych w chmurze nie są bowiem wykonywane bezpośrednio przez osobę fizyczną, ale przez określone maszyny. Powiadomienie powinno być zatem wymagane jedynie wówczas, gdyby wszystkie dotychczasowe czynności zostały powierzone podwykonawcy, w konsekwencji czego dotychczasowy dostawca usług w chmurze przestałby mieć wpływ na zarządzanie zasobami teleinformatycznymi, a nie wtedy, gdyby powierzał on wyłącznie serwisowanie serwerów innemu podmiotowi. Zastępca oraz podmiot świadczący usługi mogą przy tym odpowiadać solidarnie za szkody wyrządzone przez tego pierwszego (art. 738 § 2 k.c.). Solidarna jest także odpowiedzialność podmiotów, które wspólnie podjęły się zobowiązania do świadczenia usług w chmurze obliczeniowej (art. 745 k.c.). Nieadekwatne do charakteru chmury obliczeniowej jest z kolei wymaganie, aby dostawca usług w chmurze świadczył je w zgodzie ze sposobem wskazanym przez drugą stronę. Efektywność w wykorzystywaniu zasobów teleinformatycznych przemawia za tym, aby to dostawca usług w chmurze, jako podmiot dysponujący fachową wiedzą, był uprawniony do samodzielnego podejmowania decyzji w zakresie wykorzystania tych zasobów. Wyłącznie w przypadku chmury prywatnej, tworzonej w odpowiedzi na zapotrzebowanie konkretnego podmiotu i tylko jemu świadczonej, dostawca usług w chmurze powinien uwzględniać uwagi użytkownika. Uwagi te mogą być przy tym wydawane także w trakcie wykonywania zobowiązania, w czym właśnie

159 B. Gawlik: *Pojęcie...*, op. cit., s. 14.

ujawnia się specyficzny, niedookreślony charakter świadczenia wynikającego z tego stosunku prawnego¹⁶⁰.

W przypadku świadczenia w postaci wynagrodzenia dla profesjonalnego dostawcy chmury za świadczone usługi będzie obowiązywał skrócony, 2-letni termin przedawnienia roszczeń (art. 751 pkt 1 k.c.). Zarówno podmiot świadczący usługi w chmurze, jak i druga strona są uprawnieni do wypowiedzenia umowy w każdym czasie, jednak jeżeli następuje to bez ważnego powodu, to są zobowiązani do naprawienia powstałej szkody. Ze względu na maksymalny charakter harmonizacji przewidziany w dyrektywie uprawnienie to zostanie ograniczone w stosunkach konsumenckich. Pewne kontrowersje na gruncie umowy o świadczenie usług pojawiają się w zakresie odpowiedniego stosowania art. 746 § 3 k.c., który przewiduje niedopuszczalność zrzeczenia się uprawnienia do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów. Jak twierdzi L. Ogiegło, charakter tego przepisu jako *iuris cogentis* powoduje, że nawet jego „odpowiednie” stosowanie nie powoduje wyłączenia¹⁶¹, a w konsekwencji należy uznać, że także w umowie przechowywania danych w chmurze nie będzie dopuszczalne zrzeczenie się uprawnienia do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów. Wskazać tutaj należy na cel ochronny tej normy, jakim jest zapobieżenie niekorzystnym skutkom prawnym i faktycznym trwania zobowiązania, którego kształt w momencie zawierania umowy pozostaje niedookreślony, lub utraty zaufania do drugiej strony umowy¹⁶². Ponadto w orzecznictwie przyjmuje się, że strony mogą w umowie ograniczyć to prawo, np. przez określenie terminu wypowiedzenia albo katalogu wspomnianych ważnych powodów¹⁶³. Uprawnienie to pozostaje w związku z elastycznym wykorzystywaniem usług w ramach chmury obliczeniowej. Sytuacje takie będą najczęściej objęte porozumieniem stron, jednak w przeciwnym wypadku korzystnym rozwiązaniem jest umożliwienie im wypowiedzenia umowy z ważnych powodów, na przykład w związku z wygaśnięciem licencji obejmujących aplikacje wykorzystywane do świadczenia dodatkowych usług lub zaprzestaniem działalności przez podmioty trzecie, które współuczestniczyły w ich świadczeniu.

2.5. Przechowywanie danych w chmurze jako umowa przechowania

Podstawowym elementem umowy przechowania, który uniemożliwia zastosowanie regulujących ją przepisów wprost do umowy przechowywania danych w chmurze, jest przedmiot świadczenia. Zgodnie z art. 835 k.c. przedmiotem umowy przechowania mogą być bowiem wyłącznie rzeczy ruchome. Z kolei na mocy definicji z art. 45 k.c. za rzeczy uznaje się tylko przedmioty materialne. Cecha ta nie występuje w przypadku danych, które są jedynie informacjami przetwarzanymi przez komputer. Ponadto trudne do pogodzenia z naturą danych komputerowych byłoby spełnienie przez nie przesłanki niezastępowalności i zobowiązanie przechowawcy do zwrotu dokładnie tych samych plików¹⁶⁴. Ich dynamiczne powielanie i przenoszenie pomiędzy różnymi urządzeniami służy zabezpieczeniu treści przed nieuprawnionym

160 L. Ogiegło (w:) *System...*, op. cit., nb 54.

161 *Ibidem*, nb 67.

162 R. Morek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020, art. 746, nb 17.

163 Wyrok Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej z dnia 20 kwietnia 2004 r., V CK 433/03, Legalis nr 65445.

164 J. Napierała (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań - część szczegółowa*, pod red. J. Rajskego, Warszawa 2018, rozdz. XIII, nb 6-8.

dostępem. Z tego względu dosłowne rozumienie cech przypisywanych tradycyjnemu pojęciu rzeczy może okazać się nieprzystające do realiów obrotu w przestrzeni wirtualnej.

Obok określenia przedmiotu umowy przechowania, art. 835 k.c. określa podstawowy obowiązek przechowawcy, którym jest zachowanie rzeczy w stanie nieporozszonym oraz na konieczność „oddania” tej rzeczy przez składającego. Na gruncie tego drugiego, konstytucyjnego dla tej umowy postanowienia wyrażono dwa poglądy na temat umowy przechowania. Dominujące zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie jest stanowisko, według którego jest to kontrakt realny, do którego skuteczności wymagane jest wydanie rzeczy przechowawcy¹⁶⁵. Niektórzy autorzy opowiadają się jednak za konsensualnym charakterem tej umowy, która dochodzi do skutku już z chwilą złożenia przez strony zgodnych oświadczeń woli¹⁶⁶. Takie podejście wydaje się również bardziej słuszne w kontekście umowy przechowywania danych w chmurze. Omawiane wzorce przewidują dostęp użytkownika do aplikacji pośredniczących, a także zapewniona zostaje określona w umowie przestrzeń dyskowa już z chwilą złożenia zgodnych oświadczeń woli obu stron. Konieczność umieszczenia konkretnych plików w chmurze jako element warunkujący dojście umowy do skutku odbywałaby się z nieuzasadnioną szkodą dla dostawców usług w chmurze, którzy musieliby nieustannie utrzymywać wolną przestrzeń dyskową, a ponadto wprowadzałyby element niepewności obrotu. W hipotetycznej sytuacji dostęp do chmury mógł trwać przez cały założony w umowie okres, jednak żadne dane nie zostały w niej nigdy umieszczone. Świadczenie z umowy przechowywania danych w chmurze, tak jak w tradycyjnej umowie przechowania, polega bowiem na stałym podejmowaniu określonego zachowania przez dostawcę, a zatem jest świadczeniem o charakterze ciągłym¹⁶⁷.

Jak było już wcześniej wskazane, świadczenie w postaci przechowywania danych w chmurze występuje w tej umowie obok świadczenia innych usług cyfrowych. Nie można jednak uznać, by połączenie to stanowiło przykład zespołu umów. Jakkolwiek taki charakter często przybierają stosunki prawne, w których występuje element przechowania, tak konstatacja ta dotyczy specyficznych sytuacji, w których przechowanie przybiera charakter umowy ubocznej¹⁶⁸. Może to mieć miejsce w przypadku stanu faktycznego polegającego na oddaniu odzienia wierzchniego na przechowanie w restauracji, zakładzie pracy albo placówce służby medycznej¹⁶⁹. Analiza wzorców umownych w tym zakresie prowadzi do wniosku, że zarówno umowa przechowywania danych w chmurze i postanowienia o gwarantowanym poziomie świadczenia usług, jak i świadczenie w postaci przechowywania danych oraz świadczenia innych usług są z mocy woli stron ściśle ze sobą związane i dopiero ich wspólne wykonywanie może prowadzić do urzeczywistnienia założonego przez nie celu gospodarczego. Należy przy tym zauważyć, że takie współwystępowanie elementów umowy przechowania i stosowanie odpowiednich do niej przepisów

165 zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2007 r., III CSK 296/06, Legalis nr 156840; K. Zagrobelny (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2019, art. 835, nb 5; J. Górecki (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020, art. 835, teza 3; T. Antoszek (w:) *Kodeks cywilny. Tom III. Komentarz. Art. 627-1088*, pod red. M. Gutowskiego, Warszawa 2019, nb 6.

166 A. Klein: *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 2005, s. 160, przyp. 226.

167 J. Napierata (w:) *System...*, op. cit., nb 28.

168 *Ibidem*, nb 13.

169 *Ibidem*.

w drodze analogii występuje także w przypadku innych umów nienazwanych o charakterze mieszanym, na przykład w umowie przechowania przedmiotów i papierów wartościowych przez bank oraz w umowie sejfowej¹⁷⁰.

W doktrynie twierdzi się, że podmiot oddający rzecz na przechowanie nie musi być jej właścicielem, aby doszło do skutecznego zawarcia umowy¹⁷¹. Teza ta jest prawdziwa także w kontekście chmurowego przechowywania danych. Możliwa jest jednak sytuacja, w której podmiot umieszczający pewne informacje w chmurze obliczeniowej czyni to z naruszeniem praw autorskich osób trzecich. Przy analizie wzorców umownych zwrócono uwagę na ten problem, który dostrzegają także dostawcy usług w chmurze i przewidują postanowienia nakazujące użytkownikom zapewnienie wszystkich potrzebnych praw do danych przetwarzanych w chmurze, a także zobowiązanie się do ewentualnej „obrony” dostawcy przed roszczeniami osób trzecich¹⁷². Należy jednak zwrócić uwagę, że także w braku stosownych postanowień umownych podmiot umieszczający dane w chmurze powinien być odpowiedzialny za szkodę, którą poniósł przechowawca wskutek ich umieszczenia, jak ma to miejsce w przypadku rzeczy niebezpiecznych stanowiących przedmiot umowy przechowania¹⁷³. Jako odpowiadające przesłance niebezpieczeństwa w przypadku danych wirtualnych powinny być nie tylko sytuacje, w których konkretne pliki mają na celu zdestabilizowanie prawidłowego funkcjonowania systemów komputerowych, ale także takie, w których umieszczone w chmurze pliki są rezultatem naruszenia przysługujących osobie trzeciej praw autorskich. Odpowiedzialność składającego jest także korelatem wskazania wyłącznie jego jako uprawnionego do odbioru przedmiotu przechowania. Przechowawca jest bowiem zobowiązany do wydania tego przedmiotu jedynie drugiej stronie umowy, a nie osobie trzeciej, nawet jeżeli dochodzi ona swoich praw¹⁷⁴. Wyjątkiem jest tutaj sytuacja właściciela rzeczy, który dysponuje odpowiednim orzeczeniem zaopatrzoną w klauzulę wykonalności¹⁷⁵, jednak taka możliwość jest w dalszym ciągu obca dla obrotu dobrami o charakterze wirtualnym w polskim systemie prawnym¹⁷⁶. Należy jednak zwrócić uwagę na obowiązek przechowawcy wydania rzeczy osobie dysponującej znakiem legitymacyjnym (art. 921¹⁵ k.c.). Za odpowiednik fizycznego znaku legitymacyjnego mogą być uznane dane logowania, które uprawniają do uzyskania dostępu do treści przechowywanych w chmurze obliczeniowej.

Podstawowym obowiązkiem podmiotu przechowującego rzeczy lub treści cyfrowe jest sprawowanie nad nimi pieczy¹⁷⁷. Niewykonaniem tego obowiązku nie jest wyłącznie dopuszczenie do pogorszenia stanu tych dóbr, ale także sam fakt narażenia ich na takie pogorszenie¹⁷⁸. W kontekście treści cyfrowych zagadnienie to nabiera większego znaczenia w związku z pojawieniem się nowych zagrożeń w postaci szko-

170 *Ibidem*, nb 15.

171 *Ibidem*, nb 2.

172 Microsoft, iCloud.

173 J. Napierata (w:) *System...*, op. cit., nb 34.

174 *Ibidem*, nb 30.

175 *Ibidem*.

176 zob. niemiecki przykład sądowego stwierdzenia uprawnienia do uzyskania dostępu do treści cyfrowych przez osobę będącą spadkobiercą podmiotu, który zawarł umowę mającą za przedmiot przechowywanie danych w chmurze - wyrok Sądu Krajowego w Berlinie z 17 grudnia 2016 r., 20 O 172/15, dostęp: https://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2016/20-o-172-15_urteil-vom-17-12-2015.pdf (21 maja 2020 r.).

177 K. Zagrobelny (w:) *Kodeks...*, op. cit., nb 1.

178 J. Napierata (w:) *System...*, op. cit., nb 29.

długiego oprogramowania oraz ryzyka ataków cybernetycznych. Niewykonaniem obowiązku sprawowania pieczy nad danymi przechowywanymi w chmurze będzie zatem już samo stwierdzenie braku odpowiednich zabezpieczeń komputerowych. W tym miejscu po raz kolejny ujawnia się potrzeba określenia w treściach umów przynajmniej minimalnego standardu takich zabezpieczeń, który mógłby być weryfikowany przez użytkownika i umożliwić późniejszą ocenę prawdziwości wykonania zobowiązania przez dostawcę usług w chmurze.

Zgodnie z brzmieniem art. 837 k.c. przechowawca jest zobowiązany do przechowywania rzeczy w taki sposób, do jakiego się zobowiązał, a w braku umowy w tym względzie w taki sposób, jaki wynika z właściwości przechowywanej rzeczy i okoliczności. Szczególne wymogi w tym zakresie będą obowiązywały w odniesieniu do różnych kategorii treści cyfrowych przechowywanych w chmurze: danych osobowych (w tym danych wrażliwych), informacji niejawnych czy treści zamieszczanych przez podmioty, których działalność podlega szczególnym regulacjom branżowym. W pierwszym przypadku podmiot świadczący usługi przechowywania danych w chmurze będzie bowiem dokonywał przetwarzania danych w rozumieniu art. 4 pkt 2 rozporządzenia 2016/679. W konsekwencji przechowywanie danych z tej kategorii będzie musiało się odbywać przy użyciu odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych (art. 28 ust. 1 rozporządzenia 2016/679). Zgodnie z art. 28 ust. 2 rozporządzenia 2016/679 skorzystanie z usług podwykonawców będzie wymagało pisemnej zgody administratora danych. Możliwość ta będzie wobec tego bardziej ograniczona w stosunku do przesłanek ustanowienia zastępcy i ograniczenia odpowiedzialności przechowawcy wyłącznie do winy w wyborze, o których mowa w art. 840 k.c. Ponadto miejscem przechowywania danych będą mogły być wyłącznie te państwa spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego, które zdaniem Komisji Europejskiej zapewniają „odpowiedni stopień ochrony” danych osobowych (art. 45 ust. 1 rozporządzenia 2016/679). Dotychczasowa praktyka zawierania umów mających za przedmiot przechowywanie danych w chmurze nie uwzględnia ponadto wymogów dotyczących umowy powierzenia przetwarzania danych, o której mowa w art. 28 ust. 3 rozporządzenia 2016/679. Zgodnie z jego brzmieniem umowa ta powinna określać przedmiot i czas trwania przetwarzania, jego charakter i cel, rodzaj danych osobowych, kategorie osób, których dane dotyczą oraz obowiązki i prawa administratora, a także inne, szczegółowo omówione elementy. W celu zapewnienia bezpieczeństwa danych osobowych, w tym danych wrażliwych przechowywanych w chmurze, w razie powstania ewidencji dostawców tego rodzaju usług rolą polskiego ustawodawcy mogłoby być nałożenie na nich szczególnego obowiązku wykazania zgodności tego przetwarzania z unijnymi wymaganiami.

Problematyka danych niejawnych dotyczy informacji, których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne (art. 1 ust. 1 u.o.i.n.). W tym zakresie przechowawca takich danych musiałby uzyskać odpowiednią akredytację, o której mowa w art. 48 u.o.i.n., a także spełnić szereg wymagań określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie podstawowych wymagań bezpieczeństwa teleinformatycznego¹⁷⁹. W przypadku przechowywania danych podmiotów podlegających szczegółowym regulacjom branżowym, na przy-

179 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 lipca 2011 r. w sprawie podstawowych wymagań bezpieczeństwa teleinformatycznego (Dz. U. z 2011 r., poz. 948).

kład podmiotom nadzorowanym przez KNF, dostawca usług w chmurze może być również zobligowany do wdrożenia specyficznych rozwiązań odpowiadających właściwościom przechowywanych treści¹⁸⁰.

Umowa przechowywania danych w chmurze, taka jak umowa przechowania, tworzy zobowiązanie wzajemne, jeżeli jest odpłatna, a wynagrodzenie dla dostawcy stanowi ekwiwalent jego świadczenia¹⁸¹. Za ustawodawcą unijnym należy przyjąć, że świadczeniem odpowiadającym świadczeniu dostawcy usług w chmurze będzie nie tylko zapłata ceny, ale także wynagrodzenie w postaci cyfrowego odwzorowania wartości (motyw 23 dyrektywy)¹⁸² oraz danych osobowych (art. 3 ust. 1 dyrektywy). Znaczna część omówionych wzorców umownych przewiduje właśnie taki sposób rozliczenia stron, które uznają oba świadczenia za równoważne¹⁸³. Do umowy przechowywania danych w chmurze nie znajdzie jednak zastosowania art. 838 k.c., w zakresie, w jakim przewiduje uprawnienie dla przechowawcy do zmiany miejsca przechowywania rzeczy wyłącznie wówczas, jeżeli jest to konieczne dla jej ochrony przed utratą lub uszkodzeniem. Immanentną cechą chmury jest jej elastyczność i ciągłe dopasowywanie dostępnych zasobów teleinformatycznych do aktualnego zapotrzebowania. Miejsce przechowywania danych w chmurze nie jest zatem stałe, ale podlega dynamicznym zmianom, które umożliwiają optymalizację funkcjonowania samej chmury. Należy jednak zwrócić uwagę, o czym będzie mowa w dalszej części pracy, że dowolność w zakresie zmiany miejsca przechowywania danych (centrum przetwarzania danych) doznaje ograniczeń w przypadku przetwarzania w chmurze danych osobowych. Powierzenie przetwarzania danych osobowych innemu podmiotowi wymaga bowiem spełnienia przesłanek przewidzianych w rozporządzeniu 2016/679, a ponadto przekazywanie danych osobowych do państw, które nie zapewniają odpowiedniego stopnia ich ochrony, może być zupełnie wyłączone (art. 45-46 rozporządzenia 2016/679). Z uwagi na ochronę praw konsumenta należy ponadto uznać, że dostawca usług w chmurze powinien powiadomić go o każdorazowej zmianie państwa, w obrębie którego jego dane są przechowywane, zwłaszcza wówczas, gdy dotyczy to danych osobowych. W tym kontekście unijny ustawodawca w art. 3 ust. 6 dyrektywy stwierdził, że pozostaje ona bez uszczerbku dla rozporządzenia 2016/679. Jeżeli zatem użytkownik, w szczególności konsument, nie wyraża zgody na to, aby jego dane osobowe były przetwarzane w innym państwie, to może cofnąć wyrażoną zgodę, co będzie równoznaczne z wypowiedzeniem umowy przechowywania danych w chmurze.

Podobnie jak w przypadku umowy przechowania, dostawca usług w chmurze zasadniczo nie powinien czynić użytku z przechowywanych danych bez uzyskania zgody składającego. Może to jednak uczynić nie tylko z konieczności ich zachowania w stanie niepogorszonym (art. 839 k.c.), na przykład podczas szyfrowania danych lub wykonywania kopii w celu przeniesienia ich na nowy serwer, ale także wówczas, gdy to korzystanie nie naruszy interesów użytkownika. W art. 15 ust. 3 dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych i usług cyfrowych postanowiono, że do takiego

180 zob. Komunikat..., op. cit., s. 17-18.

181 J. Napierata (w:) *System...*, op. cit., nb 25.

182 Pojęcie to odnosi się przy tym nie tylko do tzw. „kryptowalut”, ale także do tokenów cyfrowych, takich jak omówione w I rozdziale „jednostki”, których zakupu dokonuje użytkownik, aby następnie wymienić je na określony w cenniku czasowy dostęp do chmury.

183 A. Brzozowski (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań - część ogólna*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2019, rozdz. V, nb 49.

korzystania może dojść także po rozwiązaniu umowy, jeżeli dane: 1) nie są użyteczne poza kontekstem treści cyfrowych lub usługi cyfrowej dostarczonych przez przedsiębiorcę; 2) dotyczą wyłącznie aktywności konsumenta w trakcie korzystania z treści cyfrowych lub usługi cyfrowej dostarczonych przez przedsiębiorcę, 3) zostały połączone przez przedsiębiorcę z innymi danymi i nie mogą zostać z nich wydzielone lub mogą zostać wydzielone jedynie przy nakładzie niewspółmiernych wysiłków lub 4) zostały wygenerowane wspólnie przez konsumenta i inne osoby, a inni konsumenci mogą nadal korzystać z tych treści. Uprawnienia te będą doznawały ograniczeń w przypadku szczególnych kategorii treści, takich jak wspomniane dane osobowe lub informacje niejawne.

Do umowy przechowywania danych w chmurze, w braku odmiennych postanowień stron, znajdzie zastosowanie także art. 844 k.c., który przewiduje uprawnienie dla składającego do żądania zwrotu rzeczy oddanej na przechowanie w każdym czasie, a dla przechowawcy wówczas, gdy nie może jej już przechowywać bez własnego uszczerbku lub zagrożenia rzeczy albo gdy umowa była nieodpłatna lub zawarta na czas nieoznaczony, a zwrot nie nastąpi w chwili nieodpowiedniej dla składającego. Żądanie zwrotu lub odebrania rzeczy stanowi w istocie wypowiedzenie stosunku zobowiązaniowego¹⁸⁴. Sposób ukształtowania tego uprawnienia przez polskiego ustawodawcę na gruncie umowy przechowania czyni zadość wymogom związanym ze specyfiką przechowywania danych w chmurze. Należy jedynie zaznaczyć, że zwrot danych konsumenta powinien nastąpić zgodnie z postanowieniami dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych i usług cyfrowych, to znaczy nieodpłatnie, bez przeszkód ze strony przedsiębiorcy, w rozsądnym terminie i w powszechnie używanym formacie nadającym się do przetwarzania automatycznego (art. 15 ust. 4 dyrektywy). Skutkiem zwrotu danych powinno być ich niezwłoczne usunięcie z serwerów dostawcy usług w chmurze.

3. Obiektywne wymogi zgodności z umową a świadczenie w umowie przechowywania danych w chmurze

Unijny ustawodawca, ustanawiając spójny reżim ochrony konsumenta w umowach polegających na dostarczaniu treści cyfrowych lub usług cyfrowych, wskazał na dwa rodzaje kryteriów, które powinny decydować o zgodności świadczenia z umową. Z jednej strony są to elementy uzgodnione przez strony w treści umowy, takie jak opis przedmiotu świadczenia, ilość dostarczanych treści lub usług, a także ich jakość. Jak podkreślono w motywie 42 dyrektywy, za równoważne wymaganiom ustanowionym w treści umowy należy uznać także informacje podane przed jej zawarciem, które zgodnie z dyrektywą 2011/83/UE stanowią integralną część umowy. W tym samym miejscu dyrektywy uwzględniono także praktykę, polegającą na zawieraniu umów o gwarantowanym poziomie świadczonych usług i stwierdzono, że wymagania w niej zawarte także powinny być uwzględniane, jeżeli według prawa krajowego stanowią element stosunków umownych między konsumentem a przedsiębiorcą. Podobnie szczególny cel zawarcia umowy, o którym przedsiębiorca został poinformowany i który zaakceptował, a także wszystkie przewidziane w umowie aktualizacje składają się łącznie na kryterium subiektywnych wymagań zgodności

184 J. Napierała (w:) *System...*, op. cit., nb 30.

z umową. Ich ocena powinna być dokonywana w zależności od konkretnego przypadku, dlatego nie jest możliwe wyciągnięcie ogólniejszych wniosków dla umowy przechowywania danych w chmurze w tym zakresie. Unijny ustawodawca dostrzegł jednak, że umowy zawierane z konsumentami często przyjmują postać wzorców umownych o znikomej treści albo takiej, która przewiduje bardzo niski standard ochrony. Aby zapobiec temu zjawisku, jako drugie kryterium oceny zgodności treści świadczenia z umową wprowadzono wymagania o charakterze obiektywnym. Są to takiego rodzaju wymagania, których spełnienia może oczekiwać racjonalnie działający konsument na podstawie charakteru i celu danych treści lub usług cyfrowych, okoliczności sprawy oraz zwyczajów i praktyk kontrahenta. Umowa przechowywania danych w chmurze wiąże się z tego rodzaju oczekiwaniami ze strony użytkowników, a zatem należy określić standard, który w każdym przypadku powinien być dochowany, aby można było stwierdzić zgodność treści świadczenia z umową.

3.1. Cel przechowywania danych w chmurze

Zarówno motyw 45 dyrektywy, jak i jej art. 8 jako pierwszy element, który powinien być brany pod uwagę przy rozważaniu obiektywnych wymogów zgodności z umową, wskazuje cel, do jakiego zazwyczaj wykorzystuje się treści cyfrowe lub usługi cyfrowe tego samego rodzaju. W przypadku chmury obliczeniowej cel ten jest związany z jej genezą. Koncepcja upowszechnienia zjawiska przechowywania danych w chmurze powstała na wzór usług użyteczności publicznej, w których miejsce przechowywania oraz sposób dostarczania danego dobra (wody, energii elektrycznej, usług telekomunikacyjnych) ma mniejsze znaczenie niż sam fakt możliwości jego wykorzystania¹⁸⁵. Już samo to podejście implikuje konieczność zapewnienia chmurze obliczeniowej cechy, jaką jest neutralność technologiczna. Tak jak szeroki jest katalog przedmiotów wykorzystujących energię elektryczną, tak rozległe powinny być możliwości uzyskania dostępu do danych przechowywanych w chmurze obliczeniowej. Jest to właściwość, której użytkownik może zasadnie oczekiwać. Decyduje się on bowiem na umieszczenie danych w chmurze, aby móc mieć do nich dostęp w każdym miejscu i z dowolnego urządzenia. Podejście to nazywane jest także „kulturą dostępu” i charakteryzuje się założeniem, że nie przymiot własności lub posiadania danego dobra jest najistotniejszy, ale sam fakt możliwości korzystania z niego¹⁸⁶.

Przechowywanie danych w chmurze stanowi także przykład uprzemysłowienia nowych metod dostarczania mocy obliczeniowej¹⁸⁷. Przed powstaniem koncepcji chmury podmioty przetwarzające znaczne ilości danych cyfrowych musiały samodzielnie dokonywać zakupu odpowiedniej infrastruktury informatycznej, zatrudniać wykwalifikowanych pracowników oraz ponosić koszty prac konserwacyjnych i operacji zabezpieczających dane. Przeniesienie tych danych na serwery podmiotu trzeciego bez jednoczesnej rezygnacji ze stałego dostępu do nich, a nawet przy zwiększeniu możliwości w tym zakresie, przyczyniło się do znacznej redukcji dotychczasowych kosztów. Już w 2011 r. Komisja Europejska zauważyła, że 80% orga-

185 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 37.

186 *Ibidem*, s. 94.

187 COM (2012) 529 final, dostęp: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/PL/1-2012-529-PL-F1-1.Pdf> (22 maja 2020 r.), s. 4-5.

nizacji, które zdecydowały się na skorzystanie z usług w chmurze obliczeniowej, zredukowało w ten sposób swoje wydatki o 10-20%, przy jednoczesnym polepszeniu wydajności oraz zwiększeniu dostępu do innych rynków¹⁸⁸. W Komunikacie dotyczącym wykorzystania potencjału chmury obliczeniowej w Europie zwrócono uwagę nie tylko na dążenie do optymalnego wykorzystania zewnętrznych źródeł mocy obliczeniowej, ale także na normalizację oraz elastyczny charakter świadczonych usług¹⁸⁹. Ta pierwsza właściwość stanowi korelat pojęcia interoperacyjności na gruncie dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych i usług cyfrowych. Skoro celem chmury jest umożliwienie dostępu do danych w każdym miejscu i z każdego urządzenia, to konsument może zasadnie oczekiwać, że sprzęt komputerowy lub oprogramowanie, z którego korzysta, będą współdziałały z infrastrukturą chmury obliczeniowej. Przedsiębiorca powinien przy tym wiedzieć, jaki sprzęt jest najczęściej wykorzystywany przez konsumentów i jakie oprogramowanie ma lub może mieć zainstalowane użytkownik na swoich urządzeniach. Minimalne wymogi w tym zakresie powinny być również wskazane w treści umowy. Jeżeli w takich okolicznościach usługi w chmurze pozostają niekompatybilne z urządzeniami konsumenta, to przedsiębiorca powinien ponosić odpowiedzialność za brak zapewnienia obiektywnej zgodności świadczenia z umową. Przedsiębiorca nie powinien ponosić odpowiedzialności jedynie wówczas, gdy konsument korzysta ze sprzętu o nietypowej konfiguracji lub niezaktualizowanego oprogramowania, pomimo poinformowania go przez przedsiębiorcę o konieczności posiadania odpowiedniego sprzętu i oprogramowania. Racjonalnym działaniem konsumenta jako użytkownika chmury obliczeniowej będzie w każdym przypadku korzystanie przez niego z urządzeń posiadających dostęp do Internetu, a także zaktualizowane oprogramowanie. Nie można bowiem uznać za obiektywnie uzasadnione oczekiwanie sprawnego działania usług świadczonych w chmurze na urządzeniach niespełniających tych funkcjonalności.

Jako cel korzystania z usług w chmurze obliczeniowej należy także wskazać na wspomniane wcześniej elastyczne dopasowywanie dostępnych zasobów teleinformatycznych do aktualnego zapotrzebowania. Konsekwencją takiej właściwości jest możliwość łatwej zmiany pojemności dyskowej, z której użytkownik korzysta w ramach chmury. Także w tym zakresie brak możliwości modyfikacji powinien być każdorazowo wskazany w treści umowy, ponieważ konsument może zasadnie oczekiwać, że możliwość taka jest zapewniona.

3.2. Funkcjonalność chmury jako element zasadnych oczekiwań konsumenta

Stwierdzenie obiektywnej zgodności treści lub usług cyfrowych z umową wymaga, aby występowały one w takiej ilości i miały takie cechy oraz inne funkcje działania, jakie są typowe dla treści cyfrowych lub usług cyfrowych tego samego rodzaju i których konsument może zasadnie oczekiwać, biorąc pod uwagę charakter treści cyfrowych lub usług cyfrowych oraz oświadczenia publiczne złożone przez przedsiębiorcę lub inne osoby na wcześniejszych etapach łańcucha transakcji albo w imieniu przedsiębiorcy lub takich innych osób, w szczególności w reklamie lub na

188 *Ibidem*, s. 5.

189 *Ibidem*, s. 4.

etykiecie (art. 8 ust. 1 lit b dyrektywy). Jako punkty odniesienia dla wymienionych elementów ustawodawca unijny wskazał funkcjonalność, kompatybilność, dostępność, ciągłość i bezpieczeństwo. Dwie pierwsze cechy zostały zdefiniowane w art. 2 dyrektywy, zgodnie z którym kompatybilność oznacza zdolność treści cyfrowych lub usługi cyfrowej do współdziałania ze sprzętem komputerowym lub oprogramowaniem, z którym zazwyczaj korzysta się z treści cyfrowych lub usług cyfrowych tego samego rodzaju, bez konieczności przekształcania treści cyfrowych lub usługi cyfrowej (art. 2 pkt 10 dyrektywy). Funkcjonalność dotyczy zdolności treści cyfrowych lub usługi cyfrowej do pełnienia ich funkcji, z uwzględnieniem przeznaczenia tych treści lub tej usługi. Pojęcie funkcjonalności zostało także wspomniane w motywie 43 dyrektywy, w którym stwierdzono, że powinno ono być rozumiane jako odnoszące się do możliwych sposobów wykorzystania treści cyfrowych lub usługi cyfrowej. Już sama niejednoznaczność w sposobie definiowania tej przesłanki świadczy o potrzebie jej odniesienia do konkretnych treści lub usług cyfrowych. O ile bezpieczeństwo, ciągłość czy kompatybilność mogą być rozważane w częściowym oderwaniu od indywidualnych uwarunkowań dóbr o charakterze cyfrowym, o tyle nie sposób dokonać ogólnej charakterystyki funkcjonalności wszystkich treści lub usług cyfrowych. Konieczne jest zatem udzielenie odpowiedzi na pytanie o typowe funkcje chmury obliczeniowej, których konsument może zasadnie oczekiwać.

W dotychczasowej literaturze dotyczącej chmury obliczeniowej zauważono, że jej funkcjonalność sprowadza się do zagadnienia wykorzystania zasobów teleinformatycznych¹⁹⁰. Właściwości infrastruktury komputerowej są przy tym znane wyłącznie dostawcy usług w chmurze, a wiedza przeciętnego konsumenta z zakresu technik informatycznych jest ograniczona. W konsekwencji stawiana jest teza o nierówności stron tej umowy i niedostatecznej wiedzy konsumenta na temat sposobu świadczenia usług w chmurze¹⁹¹. Ze stanowiskiem tym można się zgodzić jedynie częściowo. Funkcjonalność chmury w rozumieniu unijnej dyrektywy nie powinna się bowiem sprowadzać wyłącznie do cech zasobów teleinformatycznych, których ustalenie wymaga specjalistycznej wiedzy z tego zakresu. Skoro pojęcie to zostało uznane za kryterium obiektywnej zgodności treści świadczenia z umową, które powinno być oceniane z perspektywy zasadnych oczekiwań konsumenta, to o funkcjonalności chmury mogą decydować jedynie takie cechy, których ustalenie i rynkowe porównanie jest dla konsumenta możliwe. Nie sposób bowiem stwierdzić, jakie są oczekiwania konsumenta co do typowych funkcji chmury, jeżeli nie miałby on żadnej wiedzy w tym zakresie. Na podkreślenie zasługuje także fakt, że to właśnie ograniczona wiedza konsumenta z zakresu technik informatycznych, a także lakoniczne ujęcie lub zupełne pominięcie tych zagadnień w treści wzorców umownych, mogą utrudniać możliwości ewentualnego wykazania naruszenia zobowiązania. Wobec tego słuszną decyzją unijnego ustawodawcy było odwołanie się do przesłanek o charakterze obiektywnym, powiązanych z wyobrażeniami przeciętnego konsumenta na temat treści lub usług cyfrowych, a nie jego specjalistyczną wiedzą na ich temat.

Konkretyzując pojęcie funkcjonalności treści lub usług cyfrowych, w literaturze zwraca się uwagę na takie elementy, jak sposób udostępniania (wymagający stałego dostępu do Internetu lub poprzez jednorazowe pobranie), obowiązki przedsiębior-

190 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 218-219.

191 *Ibidem*.

cy w zakresie aktualizacji, konieczność instalacji dodatkowego oprogramowania, ograniczenia techniczne, treści dodatkowo płatne, a także środki przeciwdziałające nieuprawnionemu usunięciu lub zmianie zabezpieczeń¹⁹². W przypadku publicznej chmury obliczeniowej, która jest głównym modelem świadczenia tego typu usług na rzecz konsumenta¹⁹³, dostępność będzie zawsze następowała za pośrednictwem sieci Internet. Do funkcjonalności chmury nie będzie zatem należała gwarantowana prędkość przesyłania plików między urządzeniami końcowymi konsumenta a serwerami przedsiębiorcy, gdyż właściwość ta zależy od wybranego przez konsumenta dostawcy usług internetowych.

Opowiadając się za kwalifikacją elementów umowy przechowywania danych w chmurze z perspektywy przepisów regulujących umowę przechowania, a nie umowy najmu, dokonano już wstępnego zaznaczenia standardu ochrony przedmiotu przechowania, czyli danych o charakterze cyfrowym. Uzasadnionym oczekiwaniem ze strony konsumenta nie jest bowiem jedynie możliwość korzystania z zasobów teleinformatycznych przedsiębiorcy, do których nie ma on wszak żadnego fizycznego dostępu, ale także zapewnienie, że umieszczone w chmurze dane będą zabezpieczone przed utratą lub nieuprawnionym dostępem. Uzasadnieniem takiego stanowiska jest brak możliwości kontrolowania ryzyka utraty lub ujawnienia danych przez konsumenta. O ile może on zapewnić bezpieczeństwo danych przechowywanych na własnych urządzeniach, o tyle nie jest to możliwe w odniesieniu do serwerów przedsiębiorcy świadczącego usługi w chmurze. W przeciwieństwie do umowy najmu fizycznie wydzielonej przestrzeni w celu umieszczenia tam rzeczy, gdzie najemca ma możliwość wprowadzenia własnych zabezpieczeń, na przykład w postaci ogrodzenia lub alarmu antywłamaniowego, charakterystyka chmury obliczeniowej uniemożliwia jakąkolwiek ingerencję użytkownika chmury w oprogramowanie antywirusowe lub innego rodzaju blokady na komputerach utrzymujących wirtualną przestrzeń dyskową. Z tego względu to właśnie dostawca usług w chmurze, jako wyłącznie uprawniony do kontroli tego rodzaju urządzeń, jest zobowiązany do zapewnienia bezpieczeństwa danych. Kwestia ta pozostaje poza zakresem opisu odpowiedzialności przedsiębiorcy w treści umowy. Niezależnie od tego, czy odpowiedzialność ta będzie maksymalnie szeroka czy zupełnie zredukowana, obowiązkiem stanowiącym przesłankę obiektywnej zgodności z umową będzie stosowanie tego rodzaju zabezpieczeń, które w świetle aktualnej wiedzy i przy uwzględnieniu postępu technologicznego w największym możliwym stopniu zapobiegą utracie danych lub uzyskaniu do nich dostępu przez osoby nieuprawnione. W tym pierwszym przypadku za niedopuszczalne należy uznać takie postanowienia umowne, które przenoszą ryzyko utraty danych na konsumenta, czyniąc go odpowiedzialnym za samodzielne wykonywanie kopii zapasowych wszystkich danych przechowywanych w chmurze¹⁹⁴. Nie do pogodzenia z celem usługi chmury obliczeniowej jest traktowanie jej funkcjonalności jako alternatywnego źródła przechowywania danych o niepewnym co do trwałości charakterze. Należy jednak zaznaczyć, jak wynika to z analizy wzorców umownych, że obowiązek zapobieżenia ingerencji osób trzecich w dane przechowywane w chmurze nie dotyczy sytuacji, w której do takiego nieuprawnionego dostępu doszło w wyniku celowego lub przypadkowego ujawnienia danych logowania przez samego użytkownika. W takich sytuacjach praktyka za-

192 B. Kaczmarek-Templin: *Specyfika...*, op. cit., s. 103.

193 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 75.

194 iCloud.

wierania tego typu umów pokazuje, że racjonalnie działający konsument powinien samodzielnie zabezpieczyć hasła i inne klucze dostępu przed nieautoryzowanym dostępem.

Do aktualnego standardu w zakresie funkcjonalności chmury obliczeniowej, jaki wynika z wcześniejszej analizy wzorców umownych i może jednocześnie stanowić obiektywne oczekiwanie ze strony konsumenta, należy także obowiązek aktualizowania oprogramowania pośredniczącego w dostępie do chmury, tak aby jej dostępność była możliwa niezależnie od systemu operacyjnego urządzenia końcowego. Na dostawcy usług w chmurze w modelu SaaS ciąży zatem obowiązek ciągłego dostosowywania aplikacji, aby zapewnić ich kompatybilność z urządzeniami użytkownika, jednak to ten drugi powinien być odpowiedzialny za przeprowadzenie aktualizacji tych aplikacji. W razie zaniechania takich działań przez konsumenta przedsiębiorca nie będzie bowiem odpowiadał za niezgodność treści lub usług cyfrowych w tym zakresie (art. 8 ust. 3 dyrektywy).

Do funkcjonalności chmury obliczeniowej w kontekście operacji przeprowadzanych na danych o charakterze cyfrowym należy zaliczyć ich kopiowanie, usuwanie, a także udostępnianie osobom trzecim przez użytkownika oraz zasadnicze wyłączenie takich możliwości w przypadku dostawcy usług w chmurze. Przy omawianiu problematyki dostępności do danych na uwagę zasługuje fakt, że żaden z analizowanych wzorców umownych nie gwarantuje dostępności na poziomie 100% w ciągu określonego przedziału czasu. Jakkolwiek cechą ta jest najczęściej przedmiotem postanowień umowy o gwarantowanym poziomie świadczenia usług, to należy stwierdzić, że funkcjonalność w rozumieniu dyrektywy powinna być rekonstruowana zarówno z całokształtu postanowień obowiązujących strony umowy jako subiektywny wymóg zgodności, jak i obiektywny wymóg zgodności, który nie został w nich dochowany. Cecha dostępności w analizowanych wzorcach umownych kształtuje się w zakresie od 99,50 do 99,98%. Należy zatem uznać, że racjonalnym oczekiwaniem konsumenta będzie możliwość uzyskania dostępu do chmury przynajmniej na wskazanym poziomie, jednak nie będzie on mógł jednocześnie zasadnie oczekiwać stuprocentowej niezawodności zasobów teleinformatycznych. Następstwem elastyczności chmury obliczeniowej będzie także oczekiwanie w zakresie możliwości swobodnego zwiększania przestrzeni dyskowej w zależności od potrzeb jednej ze stron. Ponadto brak możliwości fizycznej ingerencji użytkownika w infrastrukturę chmury obliczeniowej powoduje, że do zasadnych oczekiwań z jego strony należy nie tylko prawidłowe zabezpieczenie, ale także odpowiednia konfiguracja zasobów teleinformatycznych przez dostawcę usług w chmurze oraz zapewnienie wsparcia technicznego w razie problemów z dostępem do chmury.

Brak uregulowania w treści umowy określonego zagadnienia nie ma wpływu na istnienie obiektywnych wymogów zgodności świadczenia z tą umową. Podobnie bez znaczenia pozostanie przypadek odmiennego uregulowania pewnych kwestii, na przykład braku zabezpieczeń przed utratą danych lub swobodny dostęp do nich ze strony przedsiębiorcy, jeżeli konsument nie został wyraźnie poinformowany o takich odstępstwach w momencie zawarcia umowy oraz wyraźnie i odrębnie ich nie zaakceptował.

Należy również zauważyć, że obowiązek poinformowania konsumenta o funkcjonalności treści cyfrowych wynika także z art. 8 pkt 8 u.p.k. i powinien on nastąpić najpóźniej w chwili wyrażenia przez konsumenta woli związania się umową.

3.3. Modyfikacje przedmiotu świadczenia

Omawiając zmiany w zakresie stosunku zobowiązaniowego łączącego strony umowy przechowywania danych w chmurze, zauważono, że praktyka zawierania tego typu umów nie pokrywa się z wymaganiami wynikającymi z dyrektywy. Problematyka modyfikacji przedmiotu świadczenia została poruszona przy okazji omawiania przesłanek obiektywnej zgodności świadczenia z umową. Przykładem takiej modyfikacji są obowiązki w zakresie aktualizacji treści lub usług cyfrowych, o których mowa w art. 7 lit. d) oraz art. 8 ust. 2-3 dyrektywy. Zagadnieniu temu poświęcony został także art. 19 dyrektywy. Zakresy każdego z tych przepisów są jednak rozłączne. W pierwszych dwóch przypadkach unijny ustawodawca reguluje zmianę przedmiotu świadczenia, która jest niezbędna dla zachowania zgodności z umową. W zakresie subiektywnych wymogów zgodności z umową poprzestaje na stwierdzeniu, że treści lub usługi cyfrowe powinny być aktualizowane zgodnie z umową. Empiryczne przykłady umowy przechowywania danych w chmurze nie przewidują szczegółowych postanowień dotyczących aktualizacji, wobec czego istotniejszym zagadnieniem są granice dopuszczalności ich przeprowadzania bez wcześniejszego porozumienia stron, z wyłącznej inicjatywy dostawcy tego typu usług.

W art. 8 ust. 2 lit. a) dyrektywy uregulowano obowiązek przedsiębiorcy informowania konsumenta o aktualizacjach, w tym aktualizacjach zabezpieczeń, które są niezbędne do zachowania zgodności treści lub usługi cyfrowej z umową i które powinny być mu dostarczane przez cały okres trwania umowy. W razie niedochowania tego obowiązku, niepoinformowania konsumenta o konsekwencjach niezainstalowania aktualizacji lub dostarczenia błędnej instrukcji instalacji przedsiębiorca ponosi odpowiedzialność za brak zgodności z umową w tym zakresie (art. 8 ust. 3 dyrektywy). W związku z maksymalną harmonizacją przewidzianą przez dyrektywę, w zakresie zmian mających zapewnić obiektywną zgodność z umową, ograniczeniu ulegnie art. 385³ pkt 10 k.c., zgodnie z którym ważna przyczyna do dokonania takich zmian powinna być każdorazowo określona w treści umowy. Brak takiej wzmianki powoduje jedynie brak obowiązku aktualizacji treści lub usług cyfrowych jako subiektywnego wymogu zgodności z umową. Jeżeli jednak według obiektywnej oceny takie modyfikacje powinny być wdrożone, to przedsiębiorca jest nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany do ich przeprowadzenia. Konieczność zapewnienia obiektywnej zgodności treści lub usług cyfrowych z umową będzie mogła być również uznana za spełnienie wymogu zaistnienia ważnych przyczyn, o których mowa w art. 385³ pkt 19 k.c.

W przypadku chmury obliczeniowej aktualizacje mające zapewnić obiektywną zgodność świadczenia z umową mogą dotyczyć zarówno kompatybilności chmury z nowymi systemami operacyjnymi, ze szczególnym uwzględnieniem szybko zmieniającego się oprogramowania urządzeń mobilnych, jak i zabezpieczeń chmury, które powinny być nieustannie dostosowywane do pojawiających się nowych zagrożeń w sieci. Praktyka zawierania umów przechowywania danych w chmurze powinna

ulec zmianie w tym zakresie. O ile bowiem zmiany regulaminów i polityk prywatności są stronie komunikowane, o tyle techniczne uwarunkowania samego świadczenia są najczęściej modyfikowane poza zakresem wiedzy konsumenta, jak wynika to z wcześniejszej analizy wzorców umownych. Biorąc pod uwagę charakter usług w chmurze, jako skierowanych do najszerszego grona odbiorców, działania podejmowane przez dostawców takich usług na szeroką skalę w celu ich dostosowania do zmieniających się warunków technicznych i zapewnienia stabilności działania mogą w pojedynczych przypadkach prowadzić do uniemożliwienia konsumentowi, niedysponującemu urządzeniami o nowszych parametrach, dotychczasowego korzystania z usług. Dyrektywa o dostarczaniu treści cyfrowych i usług cyfrowych nie udziela odpowiedzi na pytanie, jakie uprawnienia przysługują konsumentowi, jeżeli aktualizacje niezbędne dla zachowania obiektywnej zgodności z umową w konkretnym przypadku negatywnie wpłyną na jego możliwości korzystania z takich treści lub usług. Konsument znajdujący się w takiej sytuacji najprawdopodobniej nie zdecyduje się na zainstalowanie aktualizacji, a tym samym, przy spełnieniu określonych obowiązków informacyjnych, odpowiedzialność przedsiębiorcy za brak zgodności świadczenia z umową zostanie wyłączona (art. 8 ust. 3 dyrektywy). Mając na względzie ochronę konsumenta, należałoby się jednak opowiedzieć za stosowaniem w takim przypadku art. 19 ust. 2 dyrektywy, który przewiduje uprawnienie dla konsumenta do rozwiązania umowy, jeżeli zmiana negatywnie wpływa na jego dostęp do treści lub usług cyfrowych. Dalece niekorzystna byłaby bowiem sytuacja konsumenta, który nie może skorzystać z uprawnień przysługujących mu w związku z brakiem obiektywnej zgodności świadczenia z umową i może wybierać jedynie pomiędzy trwaniem zobowiązania, z którego przedmiotu nie może korzystać (w przypadku przeprowadzenia aktualizacji) lub może korzystać, ale ponosząc ryzyko utraty danych, w związku z nieprzeprowadzeniem aktualizacji zabezpieczeń. Należy jednak zauważyć, że odpowiedzialność przedsiębiorcy nie zostanie wyłączona, jeżeli konsument wyraźnie poinformował go o parametrach urządzenia, które ma zamiar wykorzystywać w celu uzyskania dostępu do usług w chmurze i przedsiębiorca stanowisko to zaakceptował (art. 7 lit. b) dyrektywy).

Usługi o charakterze cyfrowym, w tym zjawisko chmury obliczeniowej, w przeciwieństwie do tradycyjnych usług muszą podlegać nieustannym zmianom, gdyż cecha tak charakteryzuje cały rynek funkcjonujący w przestrzeni wirtualnej, rozwijający się wraz z pojawieniem się nowych technologii. Jednocześnie dobra cyfrowe zaczynają przyjmować dominującą pozycję jako przedmiot obrotu konsumenckiego¹⁹⁵. Wychodząc naprzeciw nowym wyzwaniom, unijny ustawodawca przewidział szczególne uprawnienie dla przedsiębiorcy do jednostronnej zmiany przedmiotu świadczenia w zakresie wykraczającym poza to, co jest niezbędne dla zapewnienia subiektywnej lub obiektywnej zgodności z umową. Zgodnie z art. 19 ust. 1 dyrektywy, do modyfikacji treści lub usługi cyfrowej może dojść, jeżeli kumulatywnie zostaną spełnione następujące warunki: 1) umowa zezwala na taką zmianę i określa uzasadnioną przyczynę do jej dokonania, 2) zmiana jest wprowadzana bez dodatkowych kosztów dla konsumenta, 3) konsument został poinformowany w sposób jasny i zrozumiały o zmianie i 4) jeżeli zmiana negatywnie wpływa na dostęp konsumenta do treści lub usług cyfrowych, to został on z odpowiednim wyprzedzeniem poinformowany na trwałym nośniku o właściwościach i terminie dokonania zmiany oraz

195 D. Bezáková: *The Consumer...*, op. cit., s. 179.

o prawie do rozwiązania umowy lub o możliwości zachowania treści cyfrowych lub usługi cyfrowej bez takiej zmiany. Analiza wzorców umownych chmury obliczeniowej prowadzi do jednoznacznego wniosku, że strony nie określają uzasadnionych przyczyn do dokonywania zmian, pozostawiając tę możliwość otwartą dla przedsiębiorcy bez jakichkolwiek ograniczeń. Problematyka jednostronnej zmiany stosunku zobowiązaniowego jest jednym z istotniejszych zagadnień z zakresu umów polegających na świadczeniu usług. Jak już wcześniej wspomniano, w przeciwieństwie do umowy sprzedaży nie sposób przewidzieć każdego aspektu procesu spełnienia świadczenia na etapie zawierania takiej umowy. Treść stosunku zobowiązaniowego jest współkształtowana w trakcie jego wykonywania, a w przypadku usług cyfrowych cecha ta jest szczególnie wyraźna. Podmiot świadczący tego typu usługi nie powinien być jednak nieograniczony w uprawnieniach do wprowadzania zmian w treści umowy. Słusznie zauważają M. Pecyna i F. Zoll, że istnieje konieczność określenia przesłanek usprawiedliwiających takie zmiany przy uwzględnieniu interesów obu stron¹⁹⁶. Jako punkty odniesienia wskazują cel lub rezultat danej usługi, a także okoliczności towarzyszące złożeniu oświadczenia o zmianie umowy¹⁹⁷. W kontekście umowy przechowywania danych w chmurze należy zwrócić uwagę na dwojaki rodzaj zmiany: w zakresie elementów dotyczących samego przechowywania danych, a także w odniesieniu do usług cyfrowych, świadczonych w ramach tego przechowywania. W pierwszym przypadku, przy uwzględnieniu celu chmury w postaci efektywnego wykorzystania zasobów teleinformatycznych i dostarczania mocy obliczeniowej, za uzasadnione należy uznać przyznanie przedsiębiorcy uprawnienia do zmiany miejsca świadczenia usług, to znaczy fizycznej lokalizacji serwerów przechowujących dane. Zgodnie jednak z brzmieniem art. 19 dyrektywy okoliczność ta powinna być wprost wymieniona w treści umowy, a konsument powinien być każdorazowo informowany o takich zmianach. Mając na względzie konieczność zapewnienia kompatybilności aplikacji pośredniczących w dostępie do chmury z urządzeniami mającymi dostęp do sieci, z których korzystają użytkownicy, za uzasadnione należy uznać uprawnienie do zmiany umowy w zakresie, w jakim zapewnia ona zgodność chmury z parametrami urządzeń nieobecnych już na rynku. Zbyt daleko idącym wymogiem, godzącym w uzasadnione interesy dostawcy usług w chmurze, byłoby zobowiązanie go do dostosowywania oprogramowania do wszystkich urządzeń, które korzystają z dostępu do sieci. Katalog ten powinien być możliwie szeroki, jednak uwarunkowania informatyczne nie pozwalają na stworzenie oprogramowania, które z jednej strony odpowiadałoby funkcjonalności nowych urządzeń (np. smartfonów lub gogli do rozszerzonej rzeczywistości), a z drugiej nie przekraczało maksymalnych wymagań technicznych dla starszych produktów (np. telefonów komórkowych z monochromatycznym wyświetlaczem). Uprawnienie do takiej zmiany umowy, w postaci zwiększenia minimalnych wymagań dla sprawnego funkcjonowania chmury na urządzeniach końcowych, również musiałoby być przewidziane i uzasadnione w treści umowy.

Usługi świadczone w ramach przechowywania danych w chmurze mogłyby być modyfikowane w szerszym zakresie. Możliwość ta nie wynika jednak z ich akcesoryjnego charakteru, wszak mogą być one główną motywacją dla konsumenta do zawarcia umowy, jak ma to miejsce w przypadku przechowywania danych w ramach mediów

196 M. Pecyna, F. Zoll: *Regulacja...*, op. cit., rozdz. 2.2.4.

197 *Ibidem*.

społecznościowych lub gier online, ale także z oczekiwań samych stron. Zmiany wdrażane przez dostawcę usług w chmurze będą bowiem najczęściej miały na celu usprawnienie działania oprogramowania, wprowadzenie dodatkowych funkcji lub rozszerzenie istniejących. Biorąc pod uwagę cel umowy przechowywania danych w chmurze w tym zakresie, polegający na obowiązku starannego działania, każda zmiana pozytywnie wpływająca na interesy konsumenta powinna być dopuszczalna. Uzasadnioną przyczyną w rozumieniu dyrektywy, która powinna się znaleźć w treści umowy, mogłoby być zwiększenie funkcjonalności chmury. Odwrotna sytuacja będzie mieć miejsce w przypadku ograniczenia elementów świadczenia usług. Modyfikacja taka może być następstwem zmian w zakresie praw autorskich. Dostawca usług w chmurze może bowiem wykorzystywać oprogramowanie, które jest kwalifikowane jako utwór w rozumieniu art. 1 ust. 1 pr. aut., a do którego prawa przysługują osobie trzeciej. Powinien on wówczas posiadać odpowiednią licencję uprawniającą go do wykorzystywania tego oprogramowania na określonych polach eksploatacji¹⁹⁸. Wygaśnięcie praw z umowy licencyjnej może ograniczyć możliwości świadczenia usług cyfrowych przed dostawcą chmury i pociągać za sobą konieczność zmian w treści umowy, z zachowaniem wymogów z art. 19 dyrektywy.

Każda modyfikacja przedmiotu świadczenia, wykraczająca poza zakres niezbędny do zachowania zgodności z umową, która negatywnie wpływa na dostęp lub korzystanie przez konsumenta z treści lub usług cyfrowych i jednocześnie wpływ ten nie jest jedynie nieistotny, uprawnia go do nieodpłatnego rozwiązania umowy w ciągu 30 dni od otrzymania informacji lub wprowadzenia takiej modyfikacji przez przedsiębiorcę, w zależności od tego, co nastąpiło później (art. 19 ust. 2 dyrektywy). Jednak uprawnienie takie nie będzie przysługiwało, jeżeli przedsiębiorca umożliwi konsumentowi zachowanie, bez dodatkowych kosztów, treści lub usługi cyfrowej bez zmian i pozostaną one zgodne z umową (art. 19 ust. 3 dyrektywy).

4. Naruszenie zobowiązania z umowy przechowywania danych w chmurze

Wprowadzenie przez unijną dyrektywę nowego reżimu dla umów mających za przedmiot dostarczanie treści lub usług cyfrowych na wzór uprawnień z tytułu rękojmi za wady rzeczy sprzedanej powoduje znaczne trudności w ocenie zachowania strony niewykonującej zobowiązania, przy uwzględnieniu istniejącego w tym zakresie odmiennego reżimu w polskim Kodeksie cywilnym. Problematyka ta sprowadza się do odpowiedzi na pytanie o to, co mieści się w pojęciu braku zgodności z umową, a co stanowi inne przypadki naruszenia zobowiązania. Doniosłość tego zagadnienia jest o tyle istotna, że uprawnienia wynikające z dyrektywy oraz te przysługujące w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przez jedną ze stron na gruncie Kodeksu cywilnego są odmiennie ukształtowane. Polskie ustawodawstwo cywilne nie przewiduje bowiem generalnego uprawnienia do odstąpienia od umowy, do którego może dojść jedynie w wyniku zwłoki lub wadliwości przedmiotu świadczenia. Wprowadzenie takiego uprawnienia niwelowałoby konieczność każdorazowego dokonywania oceny naruszenia zobowiązania w kategoriach wady lub nie-wady. Niezależnie od propozycji *de lege ferenda* w tym zakresie, należy omówić podstawowe sytuacje, w których może dojść do narusze-

198 M. Matysiak: *Cloud...*, op. cit., s. 37-38.

nia zobowiązania z umowy przechowywania danych w chmurze oraz określić uprawnień, które będą przysługiwały stronom w związku z tym naruszeniem.

4.1. Niezgodność świadczenia z umową

Dyrektywa w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych kontynuuje myśl, która została wyrażona w dyrektywie 1999/44/WE, dla której inspirację stanowiła z kolei konwencja CISG. Zasadniczym celem było zniesienie rozróżnienia pomiędzy rękojmią a jednolicie pojmowaną koncepcją naruszenia zobowiązania¹⁹⁹. Polski ustawodawca, wbrew unijnym intencjom, nie zdecydował się na wprowadzenie takiego spójnego reżimu, pozostawiając uregulowanie pojęcia wady specyficznym dla umowy sprzedaży i umowy o dzieło. W przypadku implementacji postanowień dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych i usług cyfrowych wyzwanie jest jednak większe. Koncepcja braku zgodności z umową, podobnie jak niektóre postanowienia dyrektywy 2011/83/UE, nie są bowiem wyłączone w stosunku do konsumentów. Przeciwnie, unijny ustawodawca w motywie 16 dyrektywy zaznacza możliwość rozszerzenia stosowania jej przepisów także na organizacje pozarządowe, przedsiębiorstwa typu start-up oraz małych i średnich przedsiębiorców. Stanowisko to powinno być starannie rozważone zwłaszcza w kontekście wyjątkowo dotkliwych następstw naruszenia zobowiązania z umowy przechowywania danych w chmurze w postaci ujawnienia lub utraty danych, nie tylko dla konsumentów, ale zwłaszcza dla podmiotów przechowujących takie dane, w tym dane innych konsumentów, w znacznej ilości. Ponadto, w przeciwieństwie do wady przy umowie sprzedaży, pojęcie zgodności z umową nie ogranicza się do jednego typu stosunku prawnego. W motywie 12 dyrektywy podkreślono, że kwestia charakteru prawnego umów o dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej powinna zostać pozostawiona prawu krajowemu do rozstrzygnięcia, ponieważ harmonizacji nie podlegają konkretne typy umów, ale wszystkie stosunki prawne, które mają za przedmiot dostarczanie treści lub usług cyfrowych. Polski ustawodawca nie będzie zatem mógł poprzestać na dychotomicznym ujęciu reżimu odpowiedzialności za wady rzeczy sprzedanej oraz postanowień wspólnych dla pozostałych postaci naruszenia zobowiązania.

Pojęcie niezgodności usług cyfrowych, do których należy także przechowywanie danych w chmurze, jest szczególnie trudne do zinterpretowania przy uwzględnieniu wspomnianego wcześniej płynnego charakteru tego rodzaju świadczenia. Jakkolwiek unijny ustawodawca w art. 8 ust. 4 dyrektywy stwierdza, że gdy umowa przewiduje dostarczanie treści lub usług cyfrowych w sposób ciągły przez określony czas, to te treści lub usługi muszą pozostawać zgodne z umową przez cały ten czas, tak zasadniczym problemem jest stwierdzenie, które z obowiązków przesądza o braku zgodności z umową, jako szczególnym przypadku nienależytego wykonania zobowiązania, objętym reżimem dyrektywy. Pojęcie niezgodności usługi cyfrowej z umową jest bowiem tylko jednym z wielu aspektów jednolicie pojmowanej formuły naruszenia zobowiązania (tzw. *remedy approach*)²⁰⁰. Jest ono przy tym kształtowane przez opis świadczenia, który stanowią poszczególne obowiązki stron,

199 F. Zoll (w:) *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., nb 8.

200 F. Zoll: *Rękojmia. Odpowiedzialność sprzedawcy*, Warszawa 2018, s. 101.

a które to dodatkowo mogą być dookreślane wraz z wykonywaniem zobowiązania. Wątpliwości może powodować sytuacja, w której określony obowiązek, na przykład wykonania przez dostawcę kopii zapasowych danych przechowywanych w chmurze, nie zostaje dochowany. Problem ten dotyczy możliwości przeprowadzenia wyraźnego rozróżnienia, czy niewykonanie takiego obowiązku stanowi nienależyte wykonanie zobowiązania, kwalifikowane jako subiektywny lub obiektywny brak zgodności z umową w rozumieniu dyrektywy, czy też jest to (częściowe) niewykonanie zobowiązania. Objęcie świadczenia usług reżimem zbliżonym do odpowiedzialności z tytułu rękopisów jest przy tym o tyle problematyczne, że w przypadku niedostarczenia rzeczy w umowie sprzedaży w ogóle nie ma miejsca na rozważanie pojęcia wady (niezgodności z umową) jako szczególnej postaci naruszenia zobowiązania. Podobne wątpliwości dotyczą jedynie przypadku świadczenia przedmiotu innego niż uzgodniony w treści umowy (*aliud*). Przyjmuje się jednak, że z chwilą przyjęcia takiego świadczenia przez kupującego powinno ono być kwalifikowane jako stanowiące naruszenie zobowiązania, a nie jego zupełne niewykonanie²⁰¹. Stanowisko takie należy zająć także względem świadczenia usług o charakterze cyfrowym. Nieprzeprowadzenie kopii zapasowej przez dostawcę usług w chmurze powinno być zatem oceniane jako brak zgodności z umową. Do niewykonania zobowiązania dojdzie jedynie wówczas, gdy zakres świadczonych usług będzie w rażący sposób naruszał wcześniejsze ustalenia stron, nie mając z nimi nic wspólnego, a zachowanie konsumenta nie będzie pozwalało na stwierdzenie, że przyjął on takie świadczenie przedsiębiorcy²⁰². Należy również zauważyć, że także niektóre obowiązki wykonywane już po spełnieniu świadczenia zostały wskazane jako determinanty obiektywnej zgodności usługi cyfrowej z umową, jak ma to miejsce w odniesieniu do obowiązków aktualizacyjnych (art. 7 lit. d) i art. 8 ust. 2 dyrektywy).

Stwierdzenie zgodności treści cyfrowych lub usługi cyfrowej z umową może nastąpić dopiero wtedy, gdy były one skutecznie dostarczone. Zgodnie z art. 5 dyrektywy, jeżeli strony nie uzgodniły inaczej, przedsiębiorca dostarcza treści cyfrowe lub usługę cyfrową bez zbędnej zwłoki po zawarciu umowy. Wykonanie zobowiązania do dostarczenia następuje, jeżeli treści lub środki pozwalające na uzyskanie do nich dostępu lub ich pobranie zostały udostępnione konsumentowi albo wybranej przez niego platformie, lub gdy konsument lub taka platforma uzyskali do nich dostęp (art. 5 ust 2 lit. a)²⁰³. Unijny ustawodawca opowiedział się zatem za koncepcją wymagalności roszczenia o dostarczenie treści cyfrowych, która następuje niezwłocznie po zawarciu umowy, o ile strony nie postanowiły inaczej. Zauważyć jednak można, że regulacja ta nie jest koniecznie korzystniejsza dla konsumenta w stosunku do art. 455 k.c., który łączy skutek w postaci wymagalności roszczenia z podjęciem przez wierzyciela czynności wezwania dłużnika, a zatem to konsument jest wówczas decydem wymagalności roszczenia w sytuacji niezgodnienia terminu jego spełnienia w treści umowy²⁰⁴.

201 *Ibidem*, s. 137.

202 *Ibidem*, s. 138-139.

203 W tym zakresie polska wersja dyrektywy zawiera oczywisty błąd językowy, ponieważ w lit. b) powtórzono treść lit. a), a tym samym nie wskazano momentu miarodajnego dla ustalenia faktu dostarczenia usług cyfrowych. Prawidłowa redakcja lit. b) powinna brzmieć: „konsument lub fizyczna lub wirtualna platforma wybrana przez konsumenta do tego celu uzyskali dostęp do usług cyfrowych”. Wniosek taki płynie także z analizy innych oficjalnych wersji językowych tej dyrektywy (angielskiej, francuskiej, niemieckiej, włoskiej, hiszpańskiej).

204 F. Zoll (w:) *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., nb 11.

Dostarczenie usługi cyfrowej w przypadku chmury obliczeniowej nastąpi, zgodnie z art. 5 ust. 2 lit. b) dyrektywy, gdy użytkownik uzyska do niej dostęp. Na podstawie analizy wzorców umownych można stwierdzić, że nastąpi to przez przesłanie konsumentowi danych logowania, które umożliwią mu dostęp do aplikacji chmury. Od tego momentu przechowywanie danych w chmurze, a także świadczone jednocześnie usługi, powinny pozostawać zgodne z omówionymi wcześniej subiektywnymi i obiektywnymi wymaganiami do czasu wygaśnięcia zobowiązania. Niezgodność treści lub usług cyfrowych może jednak nastąpić ponadto w wyniku niewłaściwej integracji ze środowiskiem cyfrowym konsumenta. Jeżeli taka integracja była przeprowadzana bezpośrednio przez przedsiębiorcę lub na jego odpowiedzialność, albo gdy była wynikiem błędów w dostarczonej przez niego instrukcji integracji, to ponosi on odpowiedzialność tak jak za niedochowanie subiektywnej lub obiektywnej zgodności z umową (art. 9 dyrektywy). Podobny skutek będzie miał miejsce, jeżeli naruszenie praw osób trzecich, w szczególności praw własności intelektualnej, uniemożliwi lub ograniczy korzystanie przez konsumenta z treści lub usługi cyfrowej, jednak w takiej sytuacji prawo krajowe może przewidywać nie tylko uprawnienie do odstąpienia od umowy, ale także jej nieważność (art. 10 dyrektywy). Oba te przypadki mają mniejsze znaczenie dla standardowej umowy przechowywania danych w chmurze, w której element przechowania jest jedynym świadczeniem dostawcy, jednak zagadnienia te są istotne dla przechowywania danych z gier sieciowych. Na podmiocie świadczącym tego typu usługi ciąży bowiem szczególny obowiązek zapewnienia, aby instrukcja w sposób możliwie precyzyjny i pewny wskazywała minimalne wymagania techniczne dla środowiska cyfrowego konsumenta. Jednocześnie mnogość utworów wykorzystywanych do świadczenia takiej usługi cyfrowej w postaci ilustracji, utworów muzycznych i utworów audiowizualnych powoduje, że przedsiębiorca chcący uniknąć negatywnych konsekwencji stwierdzenia braku zgodności z umową powinien dochować należytej staranności w zakresie zapewnienia odpowiednich licencji na korzystanie z takich utworów. Tradycyjna postać chmury obliczeniowej wykorzystuje najczęściej wyłącznie pojedynczy utwór w postaci oprogramowania, podczas gdy gry komputerowe nie mogą być kwalifikowane w całości jako utwór, a składają się z licznych, odrębnych elementów graficznych, dźwiękowych i programistycznych²⁰⁵.

Wątpliwości dotyczące zagadnienia niezgodności treści lub usług cyfrowych z umową względem polskiego reżimu odpowiedzialności z tytułu naruszenia zobowiązania ujawniają się także w związku z kategorycznym charakterem przestanki braku zgodności z umową. Strony mogą bowiem postanowić, że konkretne treści lub usługi cyfrowe nie będą miały obiektywnie oczekiwanej cechy, jednak przedsiębiorca jest zwolniony od odpowiedzialności jedynie wówczas, gdy o takim braku wyraźnie poinformował konsumenta, który następnie wyraźnie i odrębnie zaakceptował ten fakt (art. 8 ust. 5 dyrektywy). Unijny ustawodawca nie odpowiada jednak na pytanie, co się stanie, jeżeli już po zawarciu umowy przedsiębiorca dostarczy treści lub usługi cyfrowe, które odbiegają od obiektywnych wymogów zgodności z umową, ponieważ nie występują w umówionej ilości lub stanowią zupełnie odmienne świadczenie od tego określonego w umowie (np. dostarczenie edytora tekstu w chmurze zamiast programu graficznego), a konsument takie świadczenie przyjmie. Aksjolo-

205 M. Matysiak: *Cloud...*, op. cit., s. 37-38.

giczne intuicje sugerują zakwalifikowanie takiego stanu faktycznego jako nienależytego wykonania zobowiązania, a nie jego zupełnego niewykonania. W literaturze takie stanowisko jest prezentowane w kontekście przyjęcia rzeczy sprzedanej, która jest niekompletna lub przedmiotowo odmienna²⁰⁶. Możliwość rozwiązania tego problemu w odniesieniu do treści lub usług cyfrowych przez przyjęcie, że konsument w istocie odstępuje od umowy i strony kształtują nowe zobowiązanie, z uwzględnieniem wyłączenia niektórych obiektywnych wymogów zgodności z umową, nie wydaje się wystarczająca, zwłaszcza przy wzięciu pod uwagę przesłanek takiego odstąpienia wymienionych w art. 14 dyrektywy oraz ewentualnych wymogów co do formy takiej czynności prawnej. W sytuacji przyjęcia takiego odmiennego lub częściowego świadczenia przez konsumenta należy zatem opowiedzieć się za tezą o naruszeniu zobowiązania, które można zakwalifikować jako brak zgodności z umową. Przedsiębiorca nie powinien być zwolniony od odpowiedzialności przewidzianej w dyrektywie przez sam fakt przyjęcia wadliwego świadczenia przez konsumenta. Niewykluczona jest jednak sytuacja, w której dochodzenie roszczeń przez tego ostatniego zostanie ocenione jako nadużycie prawa podmiotowego, o którym mowa w art. 5 k.c.

4.2. Krótkotrwałe i długotrwałe przerwy w świadczeniu usług

Cechą charakterystyczną umów przechowywania danych w chmurze jest procentowe określenie w treściach tych umów minimalnego okresu, w którym usługi powinny być świadczone. Żaden z obecnych na rynku dostawców nie jest w stanie zagwarantować nieograniczonej dostępności. Dodatkowo ze wskazanych okresów przerwy w świadczeniu usług wyłączone są sytuacje, w których infrastruktura chmury nie jest dostępna ze względu na prace serwisowe i konserwacyjne. Unijny ustawodawca odniósł się do tego zagadnienia w motywie 51 dyrektywy, w którym stwierdził, że krótkotrwałe przerwy w dostawie treści cyfrowych lub usług cyfrowych powinny być traktowane jako brak zgodności z umową, jeżeli są więcej niż nieistotne lub powtarzają się. Tak ogólne ujęcie tych pojęć może powodować szereg komplikacji.

Brak dostępu do danych przechowywanych w chmurze, nawet jeżeli dochodzi do niego rzadziej niż w 0,01% przypadków, może mieć bardzo dotkliwe skutki dla strony przechowującej takie dane lub osób trzecich. Komisja Europejska dąży do umożliwienia i ułatwienia szybszego przyjęcia modelu chmury obliczeniowej we wszystkich sektorach gospodarki²⁰⁷ i w nieodległej przyszłości także takie dziedziny, jak świadczenie usług medycznych lub postępowania sądowe będą odbywać się z wykorzystaniem baz danych, czy też szerzej - usług teleinformatycznych (np. sztuczna inteligencja, która będzie podpowiadała rodzaj choroby na podstawie opisu symptomów). W takich przypadkach byłoby zatem korzystne uwzględnienie w treści umowy przechowywania danych w chmurze alternatywnych metod uzyskania dostępu do danych, na wypadek awarii zasobów teleinformatycznych dostawcy. Także w odniesieniu do konsumentów nawet jednorazowa, teoretycznie nieistotna przerwa w dostępie do chmury może się okazać dalece szkodliwa. Zarówno dyrek-

206 F. Zoll (w:) *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., nb 23.

207 COM (2012) 529 final, dostęp: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/PL/1-2012-529-PL-F1-1.Pdf> (28 maja 2020 r.), s. 1.

tywa, jak i analizowane wzorce umowne wyłączają jednak w takim wypadku odpowiedzialność dostawcy usług w chmurze.

Przechowywanie danych w chmurze polega na stałym zachowywaniu się dłużnika w określony sposób przez cały czas trwania stosunku zobowiązaniowego, ma zatem charakter świadczenia ciągłego²⁰⁸. Ciągłość ta nie oznacza jednak, że zobowiązanie takie jest świadczone w sposób absolutnie nieprzerwany i nierozdzielny²⁰⁹. Najbliższa umowie przechowywania danych w chmurze, znana polskiemu ustawodawstwu, jest w tym zakresie umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych. W art. 105 p.t. przewidziano szczególne ograniczenia odpowiedzialności kontraktowej dostawcy usług telekomunikacyjnych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W ust. 2 tego artykułu wskazano, że w przypadku świadczenia usługi powszechnej lub usługi, o której mowa w art. 81 ust. 5 tej ustawy, płatnej okresowo, odszkodowanie nie przysługuje, jeżeli łączny czas przerw był krótszy od 36 godzin. Polski ustawodawca opowiada się zatem za dopuszczalnością ograniczeń w zakresie ciągłości podobnego świadczenia. Pojawia się jednak pytanie, czy jeżeli suma okresów niedostępności usług w chmurze przekroczy maksymalny, dopuszczalny na mocy umowy próg, to strona korzystająca z takich usług, oprócz dobrodziejstwa w postaci bonów gratyfikacyjnych udzielanych w takich przypadkach przez przedsiębiorcę, może skutecznie dochodzić ewentualnego odszkodowania. W takim przypadku należy zauważyć, że strony, określając w treści umowy pewien okres dostępności usługi, ustalają wobec niej subiektywny standard, który stanowi jeden z punktów odniesienia dla oceny zgodności świadczenia z umową. W konsekwencji należy uznać, że przekroczenie tego limitu będzie mogło być uznane za więcej niż nieistotne, a zatem stronie będącej konsumentem będą przysługiwały uprawnienia wynikające z braku zgodności świadczenia z umową. Regulacja odpowiedzialności odszkodowawczej na mocy art. 3 ust. 10 dyrektywy została pozostawiona w gestii państw członkowskich i w związku z tym należy stwierdzić, że niedochowanie ustanowionego w umowie limitu będzie stanowiło, wbrew postanowieniom niektórych wzorców, naruszenie zobowiązania z umowy przechowywania danych w chmurze, które aktualizuje odpowiedzialność kontraktową z art. 471 k.c. Wspomniane przy analizie wzorców umownych postanowienia przewidujące dla użytkownika dodatkowe okresy korzystania z usług nie mogą być jednak uznane za stanowiące zastrzeżenie kary umownej, ze względu na ich niepieniężny charakter²¹⁰. Brak proporcjonalności względem szkody, której może doznać konsument, może także przesądzić o niedozwolonym charakterze takich postanowień, jako istotnie ograniczających odpowiedzialność względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 385³ pkt 2 k.c.). W konsekwencji należy uznać, że także krótkotrwałe przerwy w dostępie do chmury obliczeniowej, niezależnie od postanowień wzorca w tym zakresie, mogą prowadzić do powstania odpowiedzialności odszkodowawczej po stronie dostawcy usług w chmurze przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 471 k.c.

Zasoby teleinformatyczne wykorzystywane do świadczenia usług w chmurze muszą podlegać okresowym pracom konserwacyjnym, które mogą jednocześnie powodo-

208 T. Dybowski, A. Pyrzyńska (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań - część ogólna*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2019, rozdz. III, nb 46.

209 *Ibidem*, nb 47.

210 W. Borysiak (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020, art. 483, teza 59.

wać brak dostępu do przechowywanych danych. Dostawcy tego typu usług antycypują taką konieczność i w treści wzorca umieszczają postanowienia, które wyłączają czas potrzebny na przeprowadzenie prac serwisowych z gwarantowanych okresów dostępności. Jednak zgodnie z brzmieniem motywu 51 dyrektywy taki planowy brak możliwości korzystania z danych przechowywanych w chmurze będzie mógł zostać zakwalifikowany jako brak zgodności świadczenia z umową. Niezależnie bowiem od przyczyny krótkotrwałych przerw w dostępie do treści lub usług cyfrowych, jeżeli mają one powtarzający się charakter, powinny być uznawane za niedochowanie wymogów zgodności z umową. Uniknięcie takiego skutku mogłoby być jedynie wynikiem indywidualnego uzgodnienia z konsumentem, o którym mowa w art. 8 ust. 5 dyrektywy, jednak ze względu na adhezyjny charakter umowy przechowywania danych w chmurze sytuacja taka będzie miała miejsce jedynie wyjątkowo.

Przerwy w świadczeniu usług w chmurze obliczeniowej dotyczą nie tylko braku dostępności usług z przyczyn niezależnych od stron lub wymaganych ze względu na konieczność przeprowadzenia prac serwisowych, ale mogą być także efektem działań podejmowanych przez dostawcę takich usług w związku z naruszeniem postanowień umownych przez drugą stronę. Analizując wzorce umowne w tym zakresie, zauważono, że nierzadko przewidują one uprawnienie dla przedsiębiorcy do zablokowania konta użytkownika i tym samym uniemożliwienia mu dostępu do danych przez pewien czas. We wcześniejszej części pracy skupiono się na naruszeniach, których nie można zakwalifikować jako aktualizujące uprawnienie do wstrzymania się ze spełnieniem świadczenia przez drugą stronę. Można jednak zwrócić uwagę także na sytuacje, w których kodeksowe przesłanki wstrzymania się ze spełnieniem świadczenia będą spełnione. Umowa przechowywania danych w chmurze ma charakter wzajemny, zatem świadczenia obu stron powinny być spełnione jednocześnie, a każda ze stron może powstrzymać się ze spełnieniem świadczenia, dopóki druga strona nie zaoferuje świadczenia wzajemnego (art. 488 k.c.). Usługi świadczone w chmurze obliczeniowej mają charakter subskrypcyjny, w której podmiot korzystający z tego typu usług opłaca je w regularnych odstępach czasu, z góry lub z dołu, przez cały czas trwania stosunku zobowiązaniowego. Takie zachowanie się dłużnika, które polega na stałym dawaniu pewnej ilości pieniędzy lub rzeczy zamiennych w określonych odstępach czasu, jest cechą charakterystyczną świadczenia okresowego²¹¹. W doktrynie przyjmuje się, że uprawnienie do wstrzymania się ze spełnieniem świadczenia przez stronę, której świadczenie ma charakter ciągły, dotyczy także sytuacji, w których nie otrzymuje ona wzajemnego świadczenia okresowego²¹². Dostawca usług w chmurze może zatem uniemożliwić dostęp do infrastruktury chmury, jeżeli druga strona nie zapłaci umówionej kwoty w odpowiednim terminie. Uprawnienie to stanowi skuteczny instrument nacisku na konsumenta, dla którego brak dostępu do przechowywanych danych może być bardzo dotkliwy. Skuteczność ta jednak zawsze działa na korzyść przedsiębiorcy, przy czym nie zawsze aksjologicznym uzasadnieniem takiego działania jest ochrona wierzyciela. Gdyby użytkownik chmury doszedł do wniosku, że dostawca usług w chmurze nie spełnia swojego świadczenia, co wydaje się szczególnie utrudnione w przypadku usług polegających na wykonywaniu licznych, niezależnych od siebie obowiązków, to wstrzymanie się przez niego ze spełnieniem świadczenia w postaci

211 T. Dybowski, A. Pyrzyńska (w:) *System...*, op. cit., nb 51.

212 J. M. Kondek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020, art. 488, teza 7.

zapłaty ceny nie tylko nie wymusi na przedsiębiorcy podjęcia odpowiednich działań w celu wykonania zobowiązania, ale wręcz przeciwnie, doprowadzi do zablokowania jego konta i zupełnego uniemożliwienia korzystania z usług. Umowa przechowywania danych w chmurze stanowi bowiem najczęściej tzw. *smart contract*, w którym technologiczne rozwiązania powodują automatyczne wstrzymanie świadczenia w razie naruszenia któregoś z obowiązków przez drugą stronę²¹³. Unijny ustawodawca w motywie 15 dyrektywy pozostawia zagadnienie wstrzymania się ze spełnieniem świadczenia prawu krajowemu, jednak ochrona konsumenta, który jest wierzycielem w rozumieniu art. 488 § 2 k.c., nie wydaje się w tym zakresie wystarczająca. Trudny do rozstrzygnięcia może być także spór o to, czy wstrzymanie się przez przedsiębiorcę ze spełnieniem świadczenia może jednocześnie prowadzić do uznania braku zgodności z umową. Unijny ustawodawca przewiduje bowiem, że wyłącznie krótkotrwałe przerwy, które nie są istotne lub nie powtarzają się, nie powodują takiego braku zgodności. Wstrzymanie się ze spełnieniem świadczenia ze strony przedsiębiorcy może jednak utrzymywać się przez dłuższy czas, a w konsekwencji aktualizacji podlegać będzie uprawnienie konsumenta do odstąpienia od umowy, o którym mowa w art. 14 dyrektywy.

4.3. Odpowiedzialność odszkodowawcza

Dyrektywa w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych przewiduje zasady ponoszenia odpowiedzialności przez przedsiębiorców za brak zgodności świadczenia z umową oraz uprawnienia, które przysługują z tego tytułu konsumentowi, jednak nie reguluje kwestii samej odpowiedzialności odszkodowawczej. W motywie 73 dyrektywy stwierdzono, że zasada odpowiedzialności przedsiębiorcy za szkody jest kluczowym elementem tego typu umów, a odszkodowanie powinno w możliwie największym stopniu zbliżać konsumenta do sytuacji, w jakiej znajdowałby się, gdyby treści lub usługi cyfrowe zostały należycie dostarczone i były zgodne z umową. Zagadnienie to zostało jednak pozostawione do uregulowania przez państwa członkowskie. Należy zatem przedstawić, jak będzie się kształtowała odpowiedzialność dostawcy usług w chmurze za szkody powstałe w związku z subiektywnym lub obiektywnym brakiem zgodności z umową, a w szczególności czy powinien on ponosić odpowiedzialność na zasadzie winy lub czy korzystniejsze nie byłoby wprowadzenie przez polskiego ustawodawcę odpowiedzialności na zasadzie ryzyka.

Ostatecznie przyjęta przez Parlament Europejski i Radę wersja dyrektywy różni się w zakresie sposobu uregulowania odpowiedzialności odszkodowawczej od propozycji Komisji Europejskiej. Według pierwotnego wniosku prawo do odszkodowania podlegało unijnej regulacji, było jednak ograniczone wyłącznie do tych przypadków, kiedy szkoda dotyczyła samych treści cyfrowych lub sprzętu konsumenta²¹⁴. W ówczesnym motywie 44 dyrektywy podniesiono, że kwestia ta powinna zostać uregulowana na poziomie unijnym, aby wzmocnić zaufanie konsumentów do treści cyfrowych. Zgodnie z proponowanym brzmieniem art. 14 dyrektywy przedsiębiorca

213 F. Zoll (w:) *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., nb 131.

214 COM (2015) 634 final, dostęp: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0634&from=EN> (29 maja 2020 r.).

powinien ponosić odpowiedzialność za szkody wyrządzone w środowisku cyfrowym konsumenta w wyniku braku zgodności z umową lub niedostarczenia treści cyfrowych. Odpowiedzialność ta była zatem ograniczona wyłącznie do sprzętu i oprogramowania wykorzystywanego przez konsumenta w celu uzyskania dostępu do treści cyfrowych. Samo pojęcie odszkodowania zostało ponadto zdefiniowane jako kwota pieniędzy, która mogłaby przysługiwać konsumentom jako wyrównanie szkody majątkowej wyrządzonej w ich środowisku cyfrowym (art. 2 ust. 5 projektu dyrektywy). W jednym z dokumentów roboczych przygotowanych przez Komisję stwierdzono, że częściowa harmonizacja odpowiedzialności odszkodowawczej była aprobowana przez organizacje konsumenckie, jednak krytycznie wypowiadała się o niej większość unijnych zrzeszeń przedsiębiorców²¹⁵. Państwa członkowskie pozostawały w tej kwestii podzielone. Ostatecznie odstąpiono od pomysłu harmonizacji odpowiedzialności odszkodowawczej, pomimo że pojawiające się także w przypadku umowy przechowywania danych w chmurze zniżki na dostarczanie treści cyfrowych w przyszłości, które są powszechną formą rekompensowania szkód, jaką przewidują dostawcy usług cyfrowych, nie stanowią wystarczającej podstawy do uznania, że konsument znajduje się w takiej sytuacji, w jakiej byłby, gdyby treści cyfrowe zostały należycie dostarczone i były zgodne z umową²¹⁶.

Komisja Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych w swojej opinii w sprawie projektu dyrektywy zwróciła uwagę, że proponowany zakres odpowiedzialności odszkodowawczej, ograniczający ją do szkód materialnych wyrządzonych na sprzęcie lub oprogramowaniu konsumenta, jest ujęty zbyt wąsko²¹⁷. Komisja ta zaproponowała wobec tego quasi-objektywną odpowiedzialność przedsiębiorcy, która jednak mogłaby być miarkowana w zależności od tego, czy dostawca treści lub usług cyfrowych uczynił wszystko, aby zapobiec szkodzie, na przykład przez przestrzeganie kodeksów branżowych i norm technicznych, czy też dopuścił się zaniechań w tym zakresie. Ponadto odszkodowanie miało obejmować także szkody o charakterze niematerialnym. Taka propozycja również została ostatecznie odrzucona. Należy jednak zauważyć, że odpowiedzialność o charakterze objektywnym zawsze jest powiązana z pewnymi ograniczeniami tego mechanizmu. Na gruncie polskiego ustawodawstwa cywilnego odpowiedzialność na zasadzie ryzyka utrzymującego zarobkowo hotel ogranicza się do szkody w postaci utraty lub uszkodzenia rzeczy wniesionych²¹⁸, a przewoźnika za bagaż podróжного do wartości tego bagażu, który pozostaje pod jego pieczęcią²¹⁹. Pierwotna propozycja Komisji odpowiadała tym założeniom, przewidując, że tylko ściśle określone szkody majątkowe, wyrządzone w środowisku cyfrowym konsumenta, powinny być objęte zakresem odpowiedzialności przedsiębiorcy na zasadzie ryzyka i podlegać maksymalnej harmonizacji. Odrzucenie tej koncepcji w ostatecznej wersji dyrektywy może się wydać zrozumiałe, zwłaszcza na tle charakterystyki umowy przechowy-

215 SWD (2015) 274 final, dostęp: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015SC0274&from=EN> (29 maja 2020 r.), s. 47.

216 Opinia Komisji Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych dla Komisji Rynku Wewnętrznego i Ochrony Konsumentów i Komisji Prawnej w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych, dostęp: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/libe/avis/2016/582370/LIBE_AD\(2016\)582370_PL.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/libe/avis/2016/582370/LIBE_AD(2016)582370_PL.pdf) (29 maja 2020 r.), s. 14.

217 *Ibidem*.

218 K. Zagrobelny (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, Warszawa 2019, art. 846, nb 14.

219 T. Szancito: *Prawo przewozowe. Komentarz*, Warszawa 2008, art. 63, nb 1.

wania danych w chmurze. Współczesna różnorodność treści i usług cyfrowych jest na tyle bogata, że niejednokrotnie ryzyko wyrządzenia szkody w postaci uszkodzenia sprzętu lub oprogramowania konsumenta jest najmniejszym z tych, które mogą zaistnieć. Wprowadzenie odpowiedzialności odszkodowawczej o charakterze obiektywnym, ale sprowadzonej wyłącznie do jednego aspektu umów mających za przedmiot świadczenie o charakterze cyfrowym, mogłoby prowadzić do ograniczenia rzeczywistych możliwości obciążenia przedsiębiorcy powinnością doprowadzenia do takiego stanu, jaki by zaistniał, gdyby dostarczył on treści lub usługi cyfrowe zgodnie z umową. W przypadku przechowywania danych w chmurze to nie ryzyko przedostania się szkodliwego oprogramowania do urządzeń konsumenta jest największym niebezpieczeństwem, ale utrata lub nieuprawnione ujawnienie przechowywanych danych. Ponadto, jak zauważono w motywie 73 dyrektywy, prawo do odszkodowania istnieje już we wszystkich państwach członkowskich, a zatem wprowadzenie osobnych regulacji, specyficznych wyłącznie dla naruszenia zobowiązania w postaci niedostarczenia lub braku zgodności treści lub usług cyfrowych z umową, mogłoby nie sprzyjać przejrzystości systemu. W konsekwencji na pytanie o odpowiedzialność dostawcy usług w chmurze należy odpowiedzieć, że będzie ona podlegała, tak jak inne postacie naruszenia zobowiązania, postanowieniom art. 471 i n. k.c. i będzie przyjmowała postać odpowiedzialności na zasadzie winy.

Aktualna w dalszym ciągu pozostaje problematyka zbliżenia konsumenta do sytuacji, w jakiej znajdowałby się, gdyby usługi świadczone w chmurze obliczeniowej zostały należycie dostarczone i były zgodne z umową. Wskazane przy omawianiu wzorców umownych rozwiązania, które w maksymalnym zakresie wyłączają lub ograniczają odpowiedzialność przedsiębiorcy, a jako ewentualne formy odszkodowania przewidują dodatkowy okres korzystania z usług, nie mogą zostać uznane za wystarczające z perspektywy unijnej dyrektywy. Odstępując od maksymalnej harmonizacji odpowiedzialności odszkodowawczej, unijny ustawodawca w istocie „przerzucił” ciężar tej regulacji na państwa członkowskie. Polski ustawodawca powinien wobec tego odpowiedzieć na negatywną praktykę minimalizowania odpowiedzialności odszkodowawczej przedsiębiorców, która obecnie doznaje ograniczeń tylko w zakresie ogólnych granic dla klauzul modyfikujących odpowiedzialność, to znaczy art. 473 § 2 k.c., który stwierdza nieważność zastrzeżeń przewidujących wyłączenie odpowiedzialności za szkody wyrządzone umyślnie, art. 385³ pkt 2) k.c., który w razie wątpliwości za niedozwolone postanowienia umowne uznaje takie, które wyłączają lub istotnie ograniczają odpowiedzialność względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, a także art. 58 k.c.²²⁰. Wyrażona w motywie 73 dyrektywy intencja unijnego ustawodawcy sugeruje jednak, że ze względu na potrzebę ochrony konsumenta w umowach mających za przedmiot dostarczanie treści lub usług cyfrowych zasadą powinno być odszkodowanie w pełnym wymiarze. Wobec tego aktualne regulacje przewidujące stwierdzenie nieważności pewnych postanowień umownych również nie są wystarczające. Polski ustawodawca mógłby postanowić, tak jak to uczynił względem prowadzącego na własny rachunek przedsiębiorstwo lub zakład wprawiany w ruch za pomocą sił przyrody albo posiadacza mechanicznego środka komunikacji poruszanego za pomocą sił przyrody w art. 437 k.c., a także w odniesieniu do produktów niebezpiecznych w art. 449⁹ k.c. oraz

220 M. Kaliński (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań - część ogólna*, pod red. A. Olejniczaka, Warszawa 2018, rozdz. I, nb 179.

w kontekście wad rzeczy sprzedanej w art. 558 § 1 k.c., że odpowiedzialność przedsiębiorcy za niedostarczenie lub brak zgodności treści lub usług cyfrowych z umową nie będzie mogła być wyłączona lub ograniczona. W przypadku odrębnego uregulowania umowy przechowywania danych w chmurze dostawcy tego typu usług, niezależnie od statusu drugiej strony, mogliby ponadto ponosić odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za utratę przechowywanych danych do wartości tych danych. Zwolnienie dostawcy usług w chmurze z odpowiedzialności za utratę danych jedynie wówczas, gdy wykaże on, że szkoda wynika z właściwości samych danych, wskutek siły wyższej albo z wyłącznej winy poszkodowanego, mogłoby pozytywnie wpłynąć na bezpieczeństwo i zaufanie do infrastruktury chmury obliczeniowej. Należy bowiem zauważyć, że w przypadku umów polegających na świadczeniu usług występują szczególne trudności w ustaleniu wartości przedmiotu świadczenia, kwestii wykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a w konsekwencji także i wysokości należnego odszkodowania, zwłaszcza wówczas, gdy obowiązki były spełniane przez pewien czas²²¹.

W braku odrębnego uregulowania umowy przechowywania danych w chmurze konsekwentnie za przyjętą kwalifikacją tej umowy należy stwierdzić, że w drodze analogii znajdzie do niej zastosowanie art. 840 i 841 k.c. Odpowiedzialność dostawcy usług w chmurze zostanie ograniczona do winy w wyborze, jeżeli zmuszony przez okoliczności przeniesie on przechowywane dane z własnych zasobów teleinformatycznych na urządzenia innego podmiotu świadczącego usługi w chmurze i tylko jeżeli niezwłocznie zawiadomi o tym użytkownika. W przeciwnym razie będzie on odpowiadał solidarnie wraz z tym podmiotem trzecim. Ponadto dostawca usług w chmurze będzie mógł odpowiadać za *casus mixtus*, czyli za skutki przypadku, które by nie nastąpiły, gdyby zachował się zgodnie z treścią zobowiązania²²². Dojdzie do tego wówczas, gdy bez zgody użytkownika i bez koniecznej potrzeby zmieni miejsce ich przechowywania, zmieni sposób ich przechowywania lub przeniesie je na urządzenia podmiotu trzeciego, przy czym już brak samej zgody lub koniecznej potrzeby będzie wystarczający dla przypisania tego typu odpowiedzialności²²³. Takie odstępstwa od przesłanki winy jako podstawy odpowiedzialności dostawcy usług w chmurze mają istotne znaczenie, ponieważ podmioty decydujące się na zawarcie umowy przechowywania danych w chmurze działają w zaufaniu, że to właśnie wybrany przez nie dostawca, cieszący się niejednokrotnie znaczną renomą lub pozycją dominującą na rynku, będzie przetwarzał ich dane i będzie to robił w sposób zapewniający odpowiedni poziom bezpieczeństwa. Dodatkowo dyrektywa w sprawie dostarczania treści lub usług cyfrowych nie reguluje bezpośrednio hipotetycznej sytuacji, w której doszłoby do utraty danych, pomimo spełnienia subiektywnych i obiektywnych wymogów zgodności z umową. W takich okolicznościach konsumentowi nie będą przysługiwały uprawnienia wynikające z dyrektywy, jednak będzie on mógł skutecznie dochodzić odszkodowania na gruncie Kodeksu cywilnego, pod warunkiem, że spełnione zostaną przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 471 k.c., w tym niezachowanie należytej staranności przez dostawcę usług w chmurze.

221 M. Pecyna, F. Zoll: *Regulacja...*, op. cit., rozdz. 3.1.4.

222 A. Olejniczak, Z. Radwański: *Zobowiązania - część ogólna*, Warszawa 2014, s. 92.

223 J. Napierała (w:) *System...*, op. cit., nb 41.

Zobowiązanie z umowy przechowywania danych w chmurze ma charakter staranne- go działania. Rezultat nie jest w niej z góry przewidziany, a dostawca takich usług jest jedynie obowiązany do podejmowania działań w określonym kierunku²²⁴. Należyta staranność dostawcy usług w chmurze powinna być oceniana z uwzględnieniem zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 k.c.). Ocena tej przestanki jako determinanty winy wymaganej do przypisania odpowiedzialności odszkodowawczej względem konsumenta za niedostarczenie lub brak zgodności świadczenia z umową będzie jednak częściowo dokonywała się już na przedpolu, przy rozważaniu obiektywnych wymogów zgodności z umową. Starannie działający dostawca usług w chmurze powinien bowiem zapewnić funkcjonalność chmury co najmniej na poziomie typowym dla tego rodzaju usług. Jednak tak jak można odstąpić od obiektywnych wymogów zgodności z umową lub zupełnie nie brać ich pod uwagę, co w braku odmiennej decyzji polskiego ustawodawcy będzie miało miejsce w odniesieniu do przedsiębiorców, tak wymóg działania z należytą starannością nie oznacza, że nie można zawrzeć umowy przechowywania danych w chmurze z podmiotem, który oferuje gorsze niż przeciętne warunki²²⁵. Takie świadome obniżenie przez strony standardu świadczonych usług będzie brane pod uwagę przy ocenie ewentualnej bezprawności działania dłużnika. W razie ustalenia, że dostawca usług w chmurze nie był zobowiązany do zapewnienia bezpieczeństwa danych, co jest częstą praktyką w świetle analizowanych wzorców umownych, to przyjmuje się, że pomimo zaistnienia związku przyczynowego między takimi zaniechaniami a finalnym niewykonaniem zobowiązania nie będzie on ponosił odpowiedzialności odszkodowawczej²²⁶. Ponownie pojawia się zatem zasygnalizowane już wcześniej zagadnienie, a mianowicie pytanie o dopuszczalny zakres kreowania zobowiązań naturalnych. Polegają one na obowiązku świadczenia, z którym jednak nie łączy się uprawnienie do dochodzenia przymusowego jego spełnienia, wynagrodzenia szkody lub zaskarżenia innych czynności dłużnika²²⁷. Zobowiązanie dostawcy usług w chmurze często jest ukształtowane we wzorcu umownym w taki sposób, że nie odpowiada on za utratę lub ujawnienie danych, podczas gdy to właśnie te zjawiska stanowią największe ryzyko związane z przechowywaniem danych w chmurze. Taka umowa obligacyjna pozbawiona reguł odpowiedzialności, także poza obrotem konsumenckim, nie powinna być uznawana za dopuszczalną. Co prawda Sąd Najwyższy w jednym z orzeczeń dotyczących umowy przedwstępnej przyznał stronom kompetencje do kreowania zobowiązań naturalnych w ramach swobody umów²²⁸, jednak stanowisko to jest krytykowane w literaturze²²⁹. Jako argument uzasadniający niedopuszczalność takiego ukształtowania zobowiązania wskazuje się, że jego immanentnym elementem, derogowanym wyłącznie z mocy wyraźnej woli ustawodawcy, jest zaskarżalność²³⁰. Ustawodawca odstępuje od tego wymogu jedynie wtedy, kiedy negatywnie ocenia zawieranie określonych stosunków prawnych, jak w przypadku gier lub zakładów prowadzonych bez zezwolenia właściwego organu (art. 413 k.c.), uznaje, że brak silnej woli do zobowiązania się uzasadnia zaniechanie sankcjonowania takiego stosunku prawnego, jak w przypadku umowy

224 A. Brzozowski (w:) *System...*, op. cit., nb 58.

225 J. Napierata (w:) *System...*, op. cit., nb 39.

226 *Ibidem*.

227 R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania*, Lwów 1938, s. 21.

228 zob. wyrok SN z dnia 22 grudnia 2000 r., II CKN 353/00, Legalis nr 49627.

229 zob. M. Krajewski: *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, rozdz. IV, § 4, pkt III.

230 *Ibidem*.

przedwstępnej (art. 390 k.c.) albo czyni to ze względów czysto pragmatycznych, na przykład w związku z trudnościami dowodowymi przy zobowiązaniach, które uległy przedawnieniu²³¹. Biorąc pod uwagę nie tylko treść art. 473 § 2 k.c., ale przede wszystkim naturę chmury obliczeniowej, a także innych umów polegających na świadczeniu usług, przyznanie stronom uprawnienia do wyłączenia zaskarżalności łączącego je stosunku obligacyjnego nie jest uzasadnione. Zastrzeżenia te nie są bowiem wynikiem obopólnych uzgodnień, ale elementem wzorca umownego, w praktyce niejednokrotnie ignorowanym na etapie zawierania umowy. Nawet jednak wynegocjowany charakter takich postanowień nie powinien być uwzględniany. Na dane przechowywane w chmurze najczęściej składają się także dane osobowe oraz treści objęte prawami własności intelektualnej osób trzecich i względ na ich ochronę przemawia za tym, aby reguły dotyczące odpowiedzialności dostawcy za szkodę wyrządzoną ich utratą lub ujawnieniem nie były ograniczane. Takie postanowienia, także w obrocie profesjonalnym, powinny być uznawane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a w konsekwencji, jak to wynika z art. 58 § 2 k.c. - nieważne.

4.4. Środki ochrony prawnej przysługujące konsumentowi

Jednym z trzech środków wymienionych w art. 1 dyrektywy w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych, który miałby przyczynić się do polepszenia funkcjonowania rynku wewnętrznego przy zapewnieniu wysokiego poziomu ochrony konsumentów, jest przyznanie konsumentom jednolitych uprawnień, z których mogliby skorzystać w przypadku naruszenia przez przedsiębiorcę postanowień prawa krajowego implementujących dyrektywę. Nazwane w pierwotnej wersji projektu środkami zaradczymi, uprawnienia te różnią się w zależności od tego, czy do dostarczenia treści lub usług cyfrowych w ogóle nie doszło, czy też są one sprzeczne z subiektywnymi lub obiektywnymi wymogami zgodności z umową.

Niedostarczenie usług cyfrowych w przypadku chmury obliczeniowej będzie miało miejsce wówczas, gdy konsument w ustalonym terminie lub bez zbędnej zwłoki nie otrzyma danych logowania lub innych kluczy dostępu umożliwiających mu skorzystanie z określonych w umowie zasobów teleinformatycznych i innych usług z tym związanych. W takiej sytuacji art. 13 dyrektywy przewiduje, że konsument powinien w pierwszej kolejności wezwać przedsiębiorcę do dostarczenia tych treści lub usług, a jeżeli do tego nie dojdzie w dodatkowym, wyraźnie uzgodnionym przez strony terminie lub bez zbędnej zwłoki, jest on uprawniony do rozwiązania umowy. Brzmienie tego artykułu jest odmienne od zaproponowanego przez Komisję Europejską w początkowych wersjach projektu dyrektywy. W przypadku niedostarczenia treści lub usług cyfrowych konsument miał być bowiem uprawniony do natychmiastowego rozwiązania umowy²³², jednak z pomysłu tego zrezygnowano na etapie prac w Parlamencie Europejskim²³³. Aktualnie rozwiązanie takie przyjęto jedynie

231 R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania...*, op. cit., s. 23-24.

232 COM (2015) 634 final, dostęp: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0634&from=EN> (31 maja 2020 r.), s. 31.

233 A8-0375/2017, dostęp: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2017/0375/P8_A\(2017\)0375_PL.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2017/0375/P8_A(2017)0375_PL.pdf) (31 maja 2020 r.), s. 73.

w odniesieniu do okoliczności, w których przedsiębiorca oświadczył lub jasno to z nich wynika, że do dostarczenia treści lub usług cyfrowych nie dojdzie, albo gdy strony wcześniej ustaliły, że określony termin spełnienia świadczenia ma dla konsumenta istotne znaczenie i nie został on dochowany (art. 13 ust. 2 dyrektywy). Rozwiązanie podobne przyjęto w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2011/83/UE w odniesieniu do towarów dostarczanych konsumentowi. W ten sposób osiągnięto pewien kompromis pomiędzy potrzebą ochrony konsumenta a umożliwieniem przedsiębiorcy skutecznego dostarczenia treści lub usług cyfrowych bez ryzyka nadużyć prawa do rozwiązania umowy ze strony konsumenta. Negatywna praktyka jest bowiem zauważalna, zwłaszcza w przypadku umów polegających na świadczeniu usług cyfrowych, w których konsument czerpie największą korzyść z przedmiotu świadczenia tuż po zawarciu umowy, od której następnie odstępuje²³⁴. W zakresie, w jakim użytkownik chmury, będący konsumentem, odstępuje od umowy w wyniku niedostarczenia tej usługi przez przedsiębiorcę ze względu na maksymalny charakter harmonizacji zastosowania nie znajduje norma z art. 491 k.c. Strony również nie będą mogły inaczej ukształtować tego uprawnienia ze szkodą dla konsumenta w związku z bezwzględnie wiążącym charakterem unijnych regulacji (art. 22 dyrektywy).

Bardziej zróżnicowany jest katalog uprawnień przysługujących konsumentowi w związku z brakiem subiektywnej lub obiektywnej zgodności z umową, który został określony w art. 14 dyrektywy. Do środków ochrony prawnej w tym zakresie można zaliczyć żądanie doprowadzenia treści lub usług cyfrowych do zgodności z umową, uprawnienie do obniżenia ceny, a także rozwiązanie stosunku prawnego z inicjatywy konsumenta. Przesłanki pierwszego z tych środków nie ulegały znaczącym zmianom w toku prac legislacyjnych. Konsument może żądać doprowadzenia treści lub usług cyfrowych do zgodności z umową, jeżeli nie jest to niemożliwe lub pociągałoby za sobą niewspółmierne koszty dla przedsiębiorcy, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności sprawy, szczególnie wartości, którą miałyby dane treści lub usługi cyfrowe, gdyby zostały prawidłowo dostarczone, a także samo znaczenie braku zgodności z umową (art. 14 ust. 2 dyrektywy). Na tle umowy przechowywania danych w chmurze należy stwierdzić, że duże znaczenie w zakresie tych przesłanek będą miały dodatkowe funkcjonalności chmury, które stanowią jeden z głównych czynników motywujących stronę do zawarcia umowy z konkretnym dostawcą²³⁵. Doprowadzenie treści lub usług cyfrowych do zgodności z umową powinno nastąpić w rozsądnym terminie, nieodpłatnie i bez poważnych niedogodności dla konsumenta, przy uwzględnieniu charakteru tych treści lub usług oraz celu, do którego konsument zamierza je wykorzystywać. Można zauważyć, że mnogość okoliczności, które powinny być brane pod uwagę przy uznawaniu żądania doprowadzenia treści lub usług cyfrowych do zgodności z umową za uzasadnione, powoduje, że ten środek ochrony może raczej zawęzić dotychczasowe możliwości konsumenta w zakresie żądania wykonania zobowiązania, niż je rozszerzać. Nie jest też jasne, dlaczego unijny ustawodawca zrezygnował z przyznania konsumentowi uprawnienia do wstrzymania się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego do czasu doprowadzenia

234 Zob. orzeczenia sądów niemieckich zapadłe na tle usług świadczonych przez PARSHIP GmbH - Wyrok Sądu Rejonowego w Hamburgu z dnia 31 października 2016 r., 12 C 196/16, dostęp: <https://www.ra-kotz.de/online-partnerschaftsvermittlung-wertersatz-nach-vertragswiderruf.htm> (31 maja 2020 r.).

235 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 207.

treści lub usług cyfrowych do stanu zgodności z umową²³⁶. Wspomniany wcześniej charakter tych umów jako *smart contracts* mógł mieć tutaj znaczenie i rezygnując z tej regulacji, być może antycypowano zupełne zaprzestanie dostarczania treści lub usług cyfrowych w wyniku nieuregulowania płatności przez konsumenta. Niewykluczone jednak, że wyraźne stanowisko unijnego ustawodawcy w tej sprawie mogłoby zmienić obecną praktykę na korzyść konsumenta.

Przestanki przyznania konsumentowi prawa do obniżenia ceny treści lub usług cyfrowych albo do rozwiązania umowy zostały określone łącznie. Zgodnie z art. 14 ust. 4 dyrektywy oba środki ochrony prawnej dotyczą wyłącznie umów o charakterze odpłatnym. Są one przyznawane, jeżeli doprowadzenie treści lub usług cyfrowych do zgodności z umową jest niemożliwe lub niewspółmierne w stosunku do kosztów albo jeżeli przedsiębiorca nie uczynił zadość temu obowiązkowi, nawet jeżeli próbował to zrobić. Obniżenie ceny lub rozwiązanie umowy jest dopuszczalne także wówczas, gdy brak zgodności z umową jest na tyle poważny, że uzasadnia ich natychmiastowe wdrożenie. W przypadku umowy przechowywania danych w chmurze przesłanka ta będzie spełniona zwłaszcza wtedy, gdy aplikacje dostarczane konsumentowi są obciążone złośliwym oprogramowaniem, które może wyrządzić szkodę w jego środowisku cyfrowym lub jeżeli dane umieszczane w chmurze podlegają nieuprawnionemu ujawnieniu. Żądanie obniżenia ceny lub rozwiązania umowy może także nastąpić w związku z oświadczeniem przedsiębiorcy, że nie doprowadzi treści lub usług cyfrowych do zgodności z umową, lub jeżeli okoliczności jednoznacznie wskazują na to, że do doprowadzenia treści lub usług cyfrowych do zgodności z umową nie dojdzie albo nie nastąpi to w rozsądnym terminie lub bez poważnych niedogodności dla konsumenta. Środek ochrony prawnej w postaci żądania obniżenia ceny może wywoływać znaczne problemy w stosunku do usług cyfrowych, do których należy także chmura obliczeniowa. Zgodnie bowiem z art. 14 ust. 5 dyrektywy w stosunku do umów o charakterze ciągłym obniżenie ceny dotyczy okresu, w którym występował brak zgodności i jest proporcjonalne do zmniejszenia wartości, jaką dane świadczenie miałyby, gdyby było zgodne z umową. Problem wynika z tego, że ocena wartości danej usługi dokonuje się przy uwzględnieniu aspektu temporalnego, a nie w oderwaniu od niego. Jeżeli już udałoby się wykazać, że brak pewnej funkcjonalności chmury obniżał jej rynkową wartość o określoną kwotę w danym przedziale czasowym, co również wydaje się wątpliwe do osiągnięcia, to niewykluczona jest sytuacja, w której właśnie ten konkretny brak, nawet krótkotrwały, unicestwił korzyść, którą konsument planował odnieść w związku z zawarciem umowy. W takim przypadku doprowadzenie do zgodności z umową lub obniżenie ceny traci na znaczeniu, a jedynym racjonalnym rozwiązaniem wydaje się być odstąpienie od umowy. Unijny ustawodawca przesądził jednak, że może do niego dojść jedynie wówczas, gdy brak zgodności z umową nie jest nieistotny. Przesłanka istotności nie została nigdzie zdefiniowana i brak jest jakichkolwiek wskazówek co do perspektywy dokonywania jej oceny. Problem z niedookreślonością tego sformułowania był już poruszany w literaturze dotyczącej rękopisami, gdzie wskazywano, że pod uwagę powinien być brany punkt widzenia kupującego, a nie sama przydatność danej rzeczy²³⁷. Stanowisko to zasługuje na akceptację także w kontekście treści i usług cyfrowych. Uprawnienie do rozwiązania umowy przysługuje także wówczas,

236 A8-0375/2017, dostęp: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2017/0375/P8_A\(2017\)0375_PL.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2017/0375/P8_A(2017)0375_PL.pdf) (31 maja 2020 r.), s. 75.

237 J. Pisuliński (w:) *System...*, op. cit., nb 394.

gdy brak zgodności z umową jest nieistotny, jeżeli umowa mająca za przedmiot dostarczenie treści lub usług cyfrowych przewiduje dla przedsiębiorcy wynagrodzenie w postaci udostępnienia danych osobowych, a nie zapłaty ceny. Unijny ustawodawca uzasadnia to stwierdzeniem, że w takich przypadkach nie jest możliwe żądanie obniżenia ceny (motyw 67 dyrektywy).

Ze środkami ochrony prawnej, które przysługują konsumentowi w związku z niedostarczeniem albo brakiem zgodności treści lub usług cyfrowych z umową, powiązana jest kwestia ciężaru dowodu. Zgodnie z art. 12 dyrektywy spoczywa on zasadniczo na przedsiębiorcy. Jeżeli umowa przewiduje pojedynczą dostawę lub szereg takich dostaw, to ciężar dowodu po stronie przedsiębiorcy obowiązuje przez jeden rok od momentu dostawy, a w przypadku umów o charakterze ciągłym - przez cały okres ich dostarczania (art. 12 ust. 2-3 dyrektywy). Także w razie kwestionowania uprawnienia do rozwiązania umowy to na przedsiębiorcy spoczywa ciężar udowodnienia, że brak zgodności z umową jest nieistotny (art. 14 ust. 6 dyrektywy). Konsument jest zobowiązany do wykazania braku zgodności treści lub usług cyfrowych z umową jedynie wtedy, gdy przedsiębiorca udowodni, że środowisko cyfrowe konsumenta nie jest zgodne z wymaganiami technicznymi, o których go poinformował w sposób jasny i zrozumiały przed zawarciem umowy albo jeżeli konsument nie współpracuje z przedsiębiorcą, o ile ten ostatni poinformował go o konsekwencjach braku współpracy (art. 12 ust. 4-5 dyrektywy).

4.5. Odstąpienie od umowy

Uprawnienie do odstąpienia od umowy przechowywania danych w chmurze po wejściu w życie przepisów transponujących unijną dyrektywę w sprawie dostarczania treści i usług cyfrowych będzie się różniło w zależności od tego, czy występuje w obrocie profesjonalnym czy konsumenckim, o ile polski ustawodawca nie zdecyduje się na wyjście poza zakres dyrektywy i uregulowanie w zgodzie z unijnym reżimem stosunków, które nie są nią objęte. Wynika to z tego, że pojęcie braku zgodności treści lub usług cyfrowych obejmie znakomitą większość przypadków naruszenia zobowiązania w stosunkach konsumenckich. Nienależyte wykonanie zobowiązania, które nie będzie jednocześnie stanowiło przesłanki skorzystania ze środków prawnych przyznanych konsumentowi na mocy dyrektywy, może wystąpić wówczas, gdy ukształtowany przez strony stosunek prawny będzie przewidywał pewne obowiązki przedkontraktowe lub niezwiązane z samymi treściami lub usługami cyfrowymi, jak na przykład obowiązek uzyskania certyfikatu potwierdzającego określone kompetencje dostawcy albo wówczas, gdy umowa o charakterze mieszanym będzie przewidywała pewne świadczenia w tradycyjnej formie, na przykład przeprowadzenie szkolenia i dostarczenie materiałów szkoleniowych jako element umowy o dzieło i obowiązek ten nie zostanie dochowany. W pozostałych przypadkach naruszenie subiektywnych lub obiektywnych wymogów zgodności z umową będzie podlegało ocenie wyłącznie przez pryzmat przepisów implementujących dyrektywę. Ze względu na maksymalny charakter harmonizacji dotychczasowe postanowienia prawa krajowego przewidujące uprawnienie do odstąpienia od umowy, na przykład w wyniku zwłoki drugiej strony w spełnieniu świadczenia, nie znajdą zastosowania. Ponadto strony będą mogły ukształtować uprawnienie do rozwiązania łączącego je stosun-

ku prawnego, ale tylko o tyle, o ile nie odbędzie się to ze szkodą dla konsumenta (art. 22 dyrektywy). W przypadku chmury obliczeniowej dotychczasowa praktyka wskazuje, że takim dodatkowym uprawnieniem jest możliwość odstąpienia od umowy w ustalonym przez strony okresie próbnym, która wynosi najczęściej 14 dni i jest ukształtowana na wzór odstąpienia konsumenckiego, o którym mowa w art. 27 u.p.k., a zatem pomimo rozpoczęcia spełniania świadczenia wyłączony zostaje przepis art. 38 pkt 13 u.p.k. z korzyścią dla konsumenta.

Uprawnienie do odstąpienia od umowy, nazwane w dyrektywie prawem do jej rozwiązania, przysługuje w sytuacji niedostarczenia treści lub usług cyfrowych albo ich niezgodności z treścią umowy. W tym drugim przypadku dotyczy to jednak wyłącznie umów odpłatnych, o ile brak zgodności nie jest nieistotny lub takich, w których konsument dostarcza przedsiębiorcy dane osobowe w zakresie szerszym niż niezbędny do spełnienia świadczenia. Do rozwiązania umowy dochodzi w wyniku złożenia przedsiębiorcy oświadczenia woli przez konsumenta (art. 15 dyrektywy). Zgodnie z art. 60 k.c. będzie to mogło nastąpić w dowolnej formie, która ujawnia wolę w sposób dostateczny, w tym także w postaci elektronicznej, co będzie najczęstszym rozwiązaniem w przypadku chmury obliczeniowej. W zakresie skutków odstąpienia od umowy, w związku z niedostarczeniem lub brakiem zgodności z umową, problematyczna jest kwestia zastosowania art. 494 k.c. do umów rodzących zobowiązania ciągłe, ze względu na istniejące trudności w dokonaniu zwrotu świadczeń już spełnionych. Jeżeli świadczenie jednej ze stron ma charakter pieniężny, co będzie miało miejsce w zdecydowanej większości przypadków, wówczas dokonanie zwrotu przez tę stronę jest możliwe. Trudności pojawiają się jednak w związku ze świadczeniami, które ze swej istoty nie podlegają zwrotowi, takimi jak usługi świadczone przez drugą stronę. Gdyby przyjąć, że zwrot takiego świadczenia jest niemożliwy do spełnienia i zastosowanie powinny znaleźć przepisy o niemożliwości świadczenia, prowadziłoby to do nieakceptowalnego wniosku, że tylko jedna ze stron jest zobowiązana do podporządkowania się dyspozycji z art. 494 k.c. i jej zobowiązanie do zwrotu nadal by się utrzymywało²³⁸. Postuluje się zatem przyjęcie, że art. 494 k.c. odsyła w zakresie skutków odstąpienia od umowy także do przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, z wyłączeniem zasady aktualności wzbogacenia, o której mowa w art. 409 k.c.²³⁹ Wynika to z zestawienia tej regulacji z treścią art. 495 § 1 k.c., który określa skutki następczej niemożliwości świadczenia i odsyła wprost do przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. *Ratio legis* obowiązku, o którym mowa w art. 494 k.c. to zaostrzenie reżimu zwrotu świadczenia przez stronę, która dopuściła się naruszenia zobowiązania, a zatem nie powinna móc powoływać się na wyzbycie się przedmiotu wzbogacenia. W przeciwnym wypadku trudno byłoby uzasadnić rozróżnienie w zakresie reżimu zwrotu świadczeń, o którym mowa w art. 495 § 1 i art. 494 k.c.²⁴⁰. Konsekwencją przyjęcia tej koncepcji jest uznanie, że w przypadku świadczenia, które ze swej istoty nie podlega zwrotowi, strona jest zobowiązana do zwrotu jego wartości (art. 405 k.c.). Zwrot świadczeń w przypadku odstąpienia od umowy sprzedaży w wykonaniu uprawnień z tytułu rękojmi również jest regulowany przez art. 494 k.c. i przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, w ramach tzw. odesłania do skutków prawnych, a nie do podstawy

238 F. Zoll (w:) *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., nb 307.

239 *Ibidem*.

240 *Ibidem*.

roszczenia²⁴¹. Alternatywnym podejściem względem skutków odstąpienia od umowy o charakterze ciągłym mogłoby być przyjęcie, że strona, której świadczenie nadaje się do zwrotu, jest uprawniona do wstrzymania się z jego spełnieniem na mocy art. 496 k.c., do czasu zaoferowania zwrotu otrzymanego świadczenia przez drugą stronę. W orzecznictwie zauważa się również niekiedy, że odstąpienie od umowy rodzącej zobowiązanie o charakterze ciągłym wywołuje skutek *ex nunc*, chociaż stanowisko to nie znajduje bezpośredniego oparcia w treści art. 494 k.c.²⁴². Dyrektywa z kolei wprost przewiduje, że przedsiębiorca powinien zwrócić konsumentowi kwoty zapłacone zgodnie z umową, a w przypadku umów o charakterze ciągłym zwrot powinien nastąpić proporcjonalnie do okresu, w którym wystąpił brak zgodności świadczenia z umową (art. 16 ust. 1 dyrektywy). Zwrot zapłaconych kwot w związku z obniżeniem ceny lub rozwiązaniem umowy powinien nastąpić bez zbędnej zwłoki, jednak nie później niż w ciągu 14 dni od złożenia przez konsumenta oświadczenia woli, nieodpłatnie i przy użyciu tego samego sposobu płatności, chyba że konsument wyraźnie zgodzi się na inną metodę (art. 18 dyrektywy). Konsument nie jest ponadto zobowiązany do zapłaty za okres poprzedzający rozwiązanie umowy, w którym występował brak zgodności (art. 17 ust. 3 dyrektywy). Raz jeszcze należy podkreślić trudności związane z oszacowaniem takich proporcji w przypadku umowy przewidującej dostarczanie usług cyfrowych, w których korzyści wynikające z świadczenia nie muszą być symetryczne względem upływu czasu. Ponadto zupełne wyłączenie zobowiązania do zapłaty, nawet części wynagrodzenia, za treści lub usługi cyfrowe, które były wadliwie dostarczane, może prowadzić do nadużyć ze strony konsumentów²⁴³. Uwagi te są podnoszone w literaturze także w odniesieniu do innych umów polegających na świadczeniu usług, nie tylko tych o charakterze cyfrowym, gdzie zauważa się, że rozliczenie stron po odstąpieniu od umowy może nie być satysfakcjonujące dla żadnej z nich²⁴⁴. Odstąpienie od umowy przechowywania danych w chmurze, do którego dojdzie w obrocie profesjonalnym w wyniku naruszenia zobowiązania, będzie w zakresie skutków determinowane przez treść art. 494 k.c., przy uwzględnieniu podniesionych wcześniej uwag oraz przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, z wyłączeniem zasady aktualności wzbogacenia²⁴⁵. Skutki te nie powinny się zasadniczo różnić od następstw unijnych regulacji. Także w tym przypadku mogą wystąpić znaczne trudności w ustaleniu korzyści odniesionej z faktu korzystania z zasobów teleinformatycznych oraz dodatkowych usług.

W zakresie obowiązków nakładanych na przedsiębiorcę w związku z rozwiązaniem umowy przez konsumenta unijny ustawodawca przewiduje pewne *novum* związane z charakterystyką treści i usług cyfrowych, które ma istotne znaczenie zwłaszcza w odniesieniu do umowy przechowywania danych w chmurze. Zgodnie bowiem z treścią art. 16 ust. 3 dyrektywy przedsiębiorca jest zobowiązany do powstrzymania się od korzystania z treści innych niż dane osobowe dostarczone lub wytworzone przez konsumenta w związku ze świadczeniem przedsiębiorcy. Wyjątki dotyczą sytuacji, w których treści te nie są użyteczne w oderwaniu od świadczenia przedsiębiorcy, dotyczą wyłącznie aktywności konsumenta w trakcie korzystania

241 F. Zoll: *Rękojmia...*, op. cit., s. 272.

242 Wyrok Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej z dnia 15 maja 2007 r., V CSK 30/07, Legalis nr 89611.

243 zob. wyrok Sądu Rejonowego (Amtsgericht) w Hamburgu z dnia 31 października 2016 r., 12 C 196/16, dostęp: <https://www.ra-kotz.de/online-partnerschaftsvermittlung-wertersatz-nach-vertragswiderruf.htm> (1 czerwca 2020 r.).

244 M. Pecyna, F. Zoll: *Regulacja...*, op. cit., rozdz. 3.1.3.

245 F. Zoll (w): *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., nb 307.

z przedmiotu zobowiązania, zostały połączone przez przedsiębiorcę z innymi danymi i nie mogą zostać zupełnie wydzielone lub wydzielone bez dotożenia niewspółmiernych wysiłków albo zostały wygenerowane przez konsumenta i inne osoby, które dalej mogą z nich korzystać (art. 16 ust. 3 dyrektywy). Poza ostatnim wyjątkiem przedsiębiorca jest zobowiązany do udostępnienia konsumentowi tych treści po rozwiązaniu umowy w sposób nieodpłatny, bez przeszkód w rozsądnym terminie i w powszechnie używanym formacie nadającym się do przetwarzania automatycznego. Wzorce umowne przechowywania danych w chmurze nie regulowały do tej pory skutków odstąpienia od umowy, w szczególności sposobu umożliwienia użytkownikowi przeniesienia przechowywanych danych do innego urządzenia lub wirtualnej lokacji. Niekiedy sposób uregulowania tego zagadnienia był wprost przeciwny, uprawniający dostawcę usług w chmurze do natychmiastowego skasowania danych ze swoich serwerów. Stanowisko unijnego ustawodawcy zasługuje zatem na aprobatę. Przedsiębiorcy, antycypując możliwość wystąpienia przez konsumenta z żądaniem udostępnienia danych po rozwiązaniu umowy, nie będą już mogli nieodwracalnie ich usuwać lub wykorzystywać. Stanowisko takie powinno zostać przyjęte także dla umowy przechowywania danych w chmurze w obrocie profesjonalnym. W takich przypadkach zarówno możliwości szybkiego przeniesienia dużej ilości danych, jak i ryzyko powstania szkody w związku z ich usunięciem są bowiem znacznie większe. Z zagadnieniem tym łączy się kwestia przenoszalności danych, czyli możliwości ich odzyskania w formacie, który jest łatwo dostępny, odczytywalny i zdalny od przenoszenia w ramach różnych aplikacji, a także odwracalności danych, czyli ich zwrotnego przekazania w takim formacie, w jakim zostały dostarczone²⁴⁶. Dostawcy usług cyfrowych, w tym chmurowego przechowywania danych, mogą dążyć do uzależnienia użytkowników od swoich zasobów przez udostępnianie im danych w formatach specyficznych wyłącznie dla danego podmiotu, a w efekcie uniemożliwienie im następczego skorzystania z oferty konkurencyjnego dostawcy. W komunikacie Komisji Europejskiej w sprawie wykorzystania potencjału chmury obliczeniowej w Europie zauważono, że konsumenci rzadko kiedy mają możliwość zweryfikowania kwestii przenoszalności i odwracalności danych przed zawarciem umowy²⁴⁷. Wymóg udzielenia konsumentowi dostępu do treści cyfrowych po rozwiązaniu umowy w powszechnie używanym formacie ma zatem zapobiec negatywnym praktykom w tym zakresie. W literaturze podkreśla się, że zagadnienia przenoszalności i odwracalności danych powinny zostać uregulowane w treści umowy²⁴⁸, jednak praktyka zdaje się temu przeczyć. *De lege ferenda* należałoby opowiedzieć się za koniecznością wprowadzenia ustawowego obowiązku względem dostawców usług w chmurze udostępniania treści w formatach niepowodujących trudności z ich odczytywaniem, który zapobiegłby działaniom o znamionach nieuczciwej konkurencji na rynku.

Obok obowiązków nakładanych na przedsiębiorców dyrektywa w sprawie dostarczania treści i usług cyfrowych przewiduje obowiązki konsumenta, które są następstwem rozwiązania umowy. Zgodnie z art. 17 dyrektywy konsument powinien powstrzymać się od korzystania z treści lub usług cyfrowych i udostępniania ich osobom trzecim. Jednocześnie przedsiębiorca jest uprawniony do uniemożliwienia

246 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 207-208.

247 COM (2012) 529 final, dostęp: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/PL/1-2012-529-PL-F1-1-Pdf> (1 czerwca 2020 r.), s. 12.

248 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 208-209.

mu takiego korzystania, na przykład przez zablokowanie konta użytkownika (art. 16 ust. 5 dyrektywy). Jeżeli treści lub usługi cyfrowe były dostarczone na nośniku materialnym, konsument jest zobowiązany do jego zwrotu na żądanie i koszt przedsiębiorcy (art. 17 ust. 2 dyrektywy).

Polski system prawa cywilnego nie przewiduje generalnego uprawnienia do odstąpienia od umowy, do którego może dojść jedynie w stypizowanych przypadkach²⁴⁹. Jeżeli ustawodawca nie zdecyduje się na objęcie reżimem z dyrektywy stosunków dwustronnie profesjonalnych, to możliwości odstąpienia od umowy przechowywania danych w chmurze będą względem nich znacznie ograniczone. Zwłoka, o której mowa w art. 491 k.c., nie stanowi największego ryzyka związanego z przechowywaniem danych w chmurze. Inne postacie naruszenia zobowiązania, na przykład wspomniane już wielokrotnie ujawnienie danych albo narażenie ich na utratę, mogą być znacznie bardziej dotkliwe dla strony. Należy zatem przyjąć, zgodnie z wcześniejszą kwalifikacją tej umowy, do której powinno się stosować także przepisy o zleceniu, że stosunek prawny przechowywania danych w chmurze będzie mógł zostać wypowiedziany (ze skutkiem *ex nunc*), także jeżeli zaistnieją ku temu ważne powody i uprawnienia tego strony nie mogą się zrzec (art. 746 § 3 k.c.)²⁵⁰. W przypadku umów nieodpłatnych wypowiedzenie będzie mogło nastąpić także przy braku ważnych powodów (art. 844 § 2 k.c. *per analogiam*), jednak należy przy tym uwzględnić, że w stosunkach konsumenckich za umowę odpłatną będzie uznawany również przypadek, gdy konsument udostępnia przedsiębiorcy dane osobowe w szerszym zakresie, niż jest to wymagane dla dostarczania treści lub usług cyfrowych albo w celu spełnienia wymogów prawnych (art. 3 ust. 1 dyrektywy).

5. Wnioski płynące z analizy umowy przechowywania danych w chmurze

Zjawisko przechowywania danych w chmurze obliczeniowej stało się powszechne dopiero na przestrzeni ostatnich kilku lat. Konstatacja ta nie przeczy jednak stwierdzeniu, że tego rodzaju usługi nie są czymś zupełnie nowym, nieznanym dotychczasowemu ustawodawstwu cywilnemu. Jak wynika z przeprowadzonej analizy empirycznych przykładów umowy przechowywania danych w chmurze oraz dokonanej charakterystyki tego stosunku obligacyjnego, zmiana środowiska, w którym dochodzi do zawarcia umowy i późniejszego wykonywania zobowiązania wpływa na sposób kształtowania się praw i obowiązków stron tej umowy, ale wpływ ten dokonuje się w znacznej mierze w oparciu o niepodlegające dezaktualizacji regulacje kodeksowe. Mając to na uwadze, analiza umowy przechowywania danych w chmurze z perspektywy unijnej dyrektywy w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych może zostać podsumowana przez wskazanie następujących cech charakterystycznych:

- 1) przechowywanie danych w chmurze stanowi przykład usługi cyfrowej, do której znajdują zastosowanie postanowienia dyrektywy w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych;

249 F. Zoll (w:) *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., nb 273.

250 zob. A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 374.

- 2) umowa przechowywania danych w chmurze nie została do tej pory uregulowana przez polskiego ustawodawcę, jednak praktyka zawierania tego rodzaju umów doprowadziła do wykształcenia się pewnego empirycznego typu umowy, który wykazuje cechy charakterystyczne dla umowy o świadczenie usług i umowy przechowania (umowa mieszana);
- 3) wyodrębnienie umów o gwarantowanym poziomie świadczenia usług (SLA) służy zapewnieniu przejrzystości treści, jednak postanowienia te są elementem umowy przechowywania danych w chmurze, a nie zespołu umów;
- 4) umowa przechowywania danych w chmurze jest umową wzajemną, a sposób wykonywania zobowiązania do przechowywania danych może się różnie kształtować, w zależności od kategorii danych, które podlegają przechowaniu;
- 5) przechowywanie danych w chmurze w stosunkach konsumenckich powinno się odbywać nie tylko zgodnie z treścią umowy (subiektywne wymogi zgodności z umową), ale także w sposób odpowiadający uzasadnionym oczekiwaniom konsumenta w stosunku do tej kategorii dóbr (obiektywne wymogi zgodności z umową);
- 6) celem chmury obliczeniowej jest efektywne wykorzystywanie zasobów teleinformatycznych i dostarczanie mocy obliczeniowej, na wzór usług użyteczności publicznej;
- 7) obowiązkiem dostawcy usług w chmurze jest stosowanie tego rodzaju zabezpieczeń, które w świetle aktualnej wiedzy i przy uwzględnieniu postępu technologicznego w największym możliwym stopniu zapobiegają utracie danych lub uzyskaniu do nich dostępu przez osoby nieuprawnione;
- 8) niezależnie od postanowień zawartych w treści umowy dostawca usług w chmurze jest zobowiązany do ich bieżącej aktualizacji, w szczególności w zakresie kompatybilności aplikacji i bezpieczeństwa danych;
- 9) zmiana umowy przechowywania danych w chmurze w zakresie miejsca przechowywania danych oraz minimalnych wymagań technicznych dla korzystania z oprogramowania powinna być przewidziana w treści umowy, podczas gdy korzystne dla konsumenta modyfikacje dodatkowych usług mogłyby być dokonywane na podstawie generalnej klauzuli usprawnień funkcjonalności;
- 10) usługi w chmurze obliczeniowej powinny pozostawać zgodne z subiektywnymi i obiektywnymi wymogami zgodności z umową przez cały okres jej trwania, jednak ze względu na opis świadczenia, który stanowią obowiązki stron, dookreślane wraz z wykonywaniem zobowiązania, ocena ta może być płynna;
- 11) umowa przechowywania danych w chmurze nie gwarantuje nieograniczonej dostępności tego rodzaju usług, jednak przekroczenie określonego w umowie limitu będzie się wiązało z odpowiedzialnością odszkodowawczą po stronie dostawcy usług w chmurze, a konsument będzie mógł skorzystać ze środków przewidzianych w dyrektywie;

- 12) przewidziane w umowie przechowywania danych w chmurze przerwy na prace konserwacyjne mogą zostać uznane za brak zgodności z umową, jeżeli są więcej niż nieistotne lub powtarzają się;
- 13) dostawca usług w chmurze odpowiada na zasadzie winy i jego odpowiedzialność za utratę lub ujawnienie danych nie może zostać wyłączona, a w stosunkach konsumenckich ograniczenie formy odszkodowania do przyznania dodatkowego okresu korzystania z usług nie może zostać uznane za doprowadzenie do takiej sytuacji, w jakiej konsument by się znajdował, gdyby treści cyfrowe zostały należycie dostarczone i były zgodne z umową;
- 14) niedostarczenie usług w chmurze lub ich niezgodność z treścią umową będą skutkowały przyznaniem konsumentowi uprawnienia do obniżenia ceny lub odstąpienia od umowy, a przesłanka istotności warunkująca możliwość odstąpienia powinna być oceniana z punktu widzenia interesów konsumenta;
- 15) stosunek prawny przechowywania danych w chmurze może zostać wypowiedziany (ze skutkiem *ex nunc*), jeżeli zaistnieją ku temu ważne powody i uprawnienia tego strony nie mogą się zrzec.

Rozdział III.

ROLA CZYNNIKÓW KSZTAŁTUJĄCYCH PRZECHOWYWANIE DANYCH W CHMURZE

Wpływ na kształt umowy przechowywania danych w chmurze mają nie tylko postanowienia uzgodnione przez strony i zawarte w treści umowy, o których była mowa w pierwszym rozdziale, albo przepisy krajowe i unijne, odnoszące się do tego rodzaju stosunku prawnego, które były przedmiotem drugiego rozdziału, ale także inne czynniki specyficzne dla umów polegających na świadczeniu dóbr i usług o charakterze cyfrowym. Wśród nich można wyróżnić takie, które są przyjmowane wyłącznie z mocy woli strony, jak postanowienia dotyczące gwarantowanego poziomu świadczenia usług (SLA), takie, które zasadniczo są dobrowolne, ale ich przyjęcie jest niekiedy wymagane dla zawarcia umowy z określonym podmiotem, jak normy techniczne oraz takie, które będą miały obligatoryjny charakter w zależności od przedmiotu świadczenia, jak obowiązki nakładane na podmiot w związku z dokonywanym przez niego przetwarzaniem danych osobowych. Wszystkie te czynniki determinują prawa i obowiązki stron umowy przechowywania danych w chmurze.

1. Umowy dotyczące gwarantowanego poziomu świadczenia usług (*Service Level Agreement*)

Umowy dotyczące gwarantowanego poziomu świadczenia usług, nazywane także Umowami SLA, Umowami o Poziomach Usług lub Certyfikatami Jakości Usług, stanowią cechę charakterystyczną dla usług telekomunikacyjnych i informatycznych²⁵¹. Wbrew swej nazwie postanowienia te nie konstytuują odrębnej umowy²⁵², a jedynie dookreślają obowiązki dostawcy usług w chmurze w zakresie istniejącego zobowiązania. Za integralną część umowy przechowywania danych w chmurze, a nie odrębny stosunek prawny, zostały one także uznane w międzynarodowej normie dotyczącej problematyki SLA - ISO/IEC 19086-1:2016²⁵³. W literaturze zauważa się, że postanowienia związane z gwarantowanym poziomem świadczenia usług dotyczą zapewnienia przez dostawcę określonego poziomu jakości usług, którego ocena jest dokonywana w drodze uzgodnionych przez strony parametrów jakościowych, a także przewidują uprawnienia dla użytkownika w przypadku niezapewnienia tych

251 J. Wilczewski: *Gwarancja...*, op. cit., s. 1.

252 zob. rozdział II.2.3.

253 ISO/IEC 19086-1:2016, dostęp: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:19086:-1:ed-1:v1:en> (11 czerwca 2020 r.), pkt 3.4.

poziomów, z zastrzeżeniem, że przysługują one niezależnie od dołożenia należytej staranności ze strony dostawcy usług²⁵⁴. Praktyka wyodrębniania tego typu postanowień może niekiedy budzić wątpliwości na tle istniejącego reżimu odpowiedzialności z tytułu naruszenia zobowiązania lub przyszłych uprawnień konsumenta w związku z niedostarczeniem albo brakiem zgodności treści lub usług cyfrowych z umową. Umowy SLA bywają bowiem jedynie mniej lub bardziej udanymi próbami przetłumaczenia wzorców umownych, którymi posługują się dostawcy usług teleinformatycznych w innych systemach, pozbawionymi koniecznej refleksji na temat rodzimych uwarunkowań prawnych²⁵⁵. Oprócz wspomnianego wcześniej dążenia do uporządkowania treści umowy przez wyodrębnienie technicznych parametrów świadczonej usługi w osobnym dokumencie występowanie umów SLA jest związane z pewnym oczekiwaniem ze strony użytkowników, że ich kontrahent jest na tyle przekonany co do jakości świadczonych przez siebie usług, że nie obawia się przewidzianych względem niego dotkliwych w założeniu i łatwych do wyegzekwowania sankcji²⁵⁶. Umowa o gwarantowanym poziomie świadczenia usług pełni zatem nie tylko funkcję porządkującą, ale także wzmacniającą wzajemne zaufanie stron.

W literaturze jako podstawowe elementy umowy SLA wyróżnia się określenie gwarantowanych poziomów usług, przysługujących stronie środków zaradczych oraz ewentualnych przyczyn egzoneracyjnych. Parametry jakościowe opisujące pierwszy z tych elementów są zależne od usługi cyfrowej, której dotyczą. W przypadku chmury obliczeniowej usługa ta polega na udostępnianiu określonych, wstępnie skonfigurowanych zasobów teleinformatycznych, a zatem jako punkty odniesienia dla określenia poziomu świadczonych usług ustanowione powinny być okresy dostępności, czas reakcji na brak dostępności, sposoby zabezpieczenia danych przez utratą lub nieuprawnionym ujawnieniem, a także sposób dokonywania kopii zapasowych tych danych²⁵⁷. Przeprowadzona wcześniej analiza wzorców umownych prowadzi jednak do wniosku, że jedynie pierwszy z tych wskaźników jest szczegółowo opisywany w treści wzorca. Budowanie zaufania do usług świadczonych w chmurze doznaje zatem poważnych ograniczeń. Dostępność chmury jest bowiem jedną z wielu funkcjonalności, które mają dla użytkownika istotne znaczenie. W przypadku tej cechy dostawca usług w chmurze ponosi odpowiedzialność bez konieczności wykazywania braku należytej staranności, jednak inne parametry jakościowe, nieuwzględnione w treści SLA, muszą podlegać odrębnej ocenie: z perspektywy przesłanki należytej staranności w przypadku przedsiębiorców albo obiektywnych wymogów zgodności z umową w przypadku przyszłych konsumentów. Możliwości użytkownika w tym zakresie są znacznie utrudnione w związku z brakiem fizycznego dostępu do infrastruktury chmury oraz możliwości zweryfikowania określonych pomiarów technicznych. Dlatego w wypowiedziach dotyczących ukształtowania poziomu usług w umowach SLA podkreślana bywa nie tylko konieczność określenia samych parametrów jakościowych, ale także sposobu dokonywania ich pomiaru oraz strony uprawnionej do jego przeprowadzania²⁵⁸. W przypadku dostępności chmury obliczeniowej można ponadto zauważyć, jak czyni to J. Wilczewski, że zbliżony w teorii poziom 99% i 99,999% dostępności w skali roku wynosi odpowiednio 87

254 J. Wilczewski: *Gwarancja...*, op. cit., s. 1.

255 *Ibidem*.

256 *Ibidem*, s. 2.

257 *Ibidem*, s. 3-4.

258 *Ibidem*, s. 4.

godzin albo 5 sekund²⁵⁹. Oznacza to, że postanowienia dotyczące gwarantowanego poziomu usług w mniejszym stopniu spełniają rolę gwarancyjną, a bardziej stanowią pewną strategię marketingową.

Wśród środków zaradczych wyróżnia się najczęściej uprawnienie do obniżenia ceny lub zastrzeżenie obowiązku zapłaty kary umownej, usunięcie przyczyny braku świadczenia usługi na określonym poziomie w gwarantowanym terminie, a także rozwiązanie umowy. Z analizy wzorców umownych wynika, że dwa pierwsze środki mogą być determinowane przez charakter strony będącej użytkownikiem chmury. W przypadku konsumentów częstszą sytuacją jest zastrzeżenie kary umownej, o której mowa w art. 484 k.c. W przypadku przedsiębiorców środek zaradczy będzie przyjmował zazwyczaj formę wynagrodzenia, na przykład w postaci obniżenia należności za usługę, gdy ta jest świadczona wadliwie. W tym drugim przypadku zauważa się niekiedy, że spełnia on taką samą funkcję, jak uprawnienie do obniżenia ceny w przypadku sprzedaży rzeczy obciążonej wadą²⁶⁰. Kwalifikacja taka ma jednak charakter zupełnie teoretyczny, ponieważ w praktyce uprawnienie do obniżenia ceny dotyczy usług świadczonych w przyszłości, a nie świadczenia już spełnionego bez dochowania umówionego poziomu i dostawca usług w chmurze nie zwraca użytkownikowi kwoty stanowiącej różnicę między umówioną ceną a ceną wynikającą z jej obniżenia²⁶¹, a jedynie udziela rabatu na zakup przyszłych usług. Zwrotu tego nie musi dokonywać, jeżeli strony postanowią, że odpowiednia kwota obniża wynagrodzenie za następny okres. Takie ukształtowanie środka zaradczego w umowie o gwarantowanym poziomie świadczenia usług jest dopuszczalne w granicach zasady swobody umów, jednak będzie on występował jedynie obok, a nie zamiast roszczeń wynikających z dyrektywy w związku z brakiem zgodności treści lub usług cyfrowych z umową. Podobnie szerokie ujmowanie w umowach SLA okoliczności egzoneracyjnych nie będzie mogło wyłączyć uprawnień przysługujących konsumentowi na mocy dyrektywy w zakresie, w jakim niedochowanie ustalonych parametrów jakościowych będzie stanowiło brak zgodności treści lub usług cyfrowych z umową. W motywie 14 dyrektywy zauważono, że państwa członkowskie mają swobodę regulowania skutków takiego braku zgodności, jeżeli jego przyczyna wynika z przeszkody niezależnej od przedsiębiorcy, ale tylko wtedy, gdy nie można oczekiwać od przedsiębiorcy, że uniknie przeszkody lub jej skutków bądź je przezwycięży.

Uwzględnienie przez strony w treści umowy postanowień o gwarantowanym poziomie świadczenia usług, a także sposobu rekompensowania jego niedotrzymania, rodzi pytanie o ich stosunek względem zasad ogólnych dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej. W szczególności należy zbadać, czy postanowienia takie ustanawiają odrębny reżim odpowiedzialności, jak ma to miejsce w przypadku gwarancji przy umowie sprzedaży, czy też strony przez ich wprowadzenie dokonują jedynie modyfikacji zasad ogólnych. W literaturze podkreśla się, że ze względu na odmienną funkcję postanowień SLA, które mają na celu poprawę istniejącego stanu braku zgodności usługi ze wskazanymi poziomami, w przeciwieństwie do odpowiedzialności odszkodowawczej, która ma jedynie zrekompensować negatywne skutki naruszenia zobowiązania, pierwsze z wymienionych rozwiązań wydaje się

259 *Ibidem*.

260 *Ibidem*, s. 5.

261 J. Pisuliński (w:) *System...*, op. cit., nb 385.

słuszniejsze²⁶². Należy przy tym zauważyć, że przesłanką aktualizującą możliwość dochodzenia środków zaradczych nie jest brak dochowania należytej staranności przez dostawcę usług w chmurze, wystąpienie szkody czy też związek przyczynowy między tymi elementami, a jedynie stwierdzenie niedotrzymania określonych w umowie SLA parametrów jakościowych. Odpowiedzialność dostawcy usług w chmurze przybiera zatem charakter odpowiedzialności absolutnej²⁶³, jednak dotyczy ona bardzo wąskiego katalogu okoliczności, kwalifikowanych jako naruszenie zobowiązania lub brak zgodności z umową. Z tego względu przyjmuje się, że reżim odpowiedzialności, jaki wynika z postanowień o gwarantowanym poziomie świadczenia usług, ma charakter dodatkowy względem odpowiedzialności odszkodowawczej na gruncie Kodeksu cywilnego²⁶⁴, a w przyszłości także i względem przepisów implementujących dyrektywę w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych. W przypadku niedochowania należytego poziomu świadczenia usług w chmurze obliczeniowej użytkownik będzie mógł wybrać, czy chce skorzystać z uprawnień przyznanych mu w umowie SLA, czy też wynikających z dyrektywy w przypadku konsumentów lub przepisów o odpowiedzialności odszkodowawczej w Kodeksie cywilnym w przypadku przedsiębiorców. Za tezę tą przemawia także stanowisko przyjmowane w doktrynie względem zbliżonych do postanowień SLA uprawnień z tytułu rękojmi przy umowie sprzedaży, których możliwość dochodzenia jest niezależna od roszczeń przysługujących kupującemu z tytułu odpowiedzialności odszkodowawczej²⁶⁵. Skorzystanie ze środków zaradczych przewidzianych w umowie SLA nie będzie uniemożliwiało także dochodzenia naprawienia dalszych szkód, o ile możliwość taka nie zostanie wyraźnie wyłączona²⁶⁶. Uwagi te znajdują swoje odzwierciedlenie również w przypadku niektórych wzorców umowy przechowywania danych w chmurze, gdzie modyfikacja odpowiedzialności odszkodowawczej jest dokonywana niezależnie od postanowień o gwarantowanym poziomie świadczenia usług, które dotyczą jedynie wąskiego katalogu funkcjonalności chmury, zazwyczaj sprowadzającego się do jej dostępności.

2. Normy techniczne dotyczące świadczenia usług w chmurze obliczeniowej

Unijny ustawodawca w art. 8 ust. 1 lit. a) dyrektywy postanowił, że jednym z punktów odniesienia dla dokonywania oceny obiektywnej zgodności treści lub usług cyfrowych z umową mają być normy techniczne, a w ich braku branżowe kodeksy postępowania mające zastosowanie w danym sektorze. Zjawisko poszukiwania odpowiedzi na pytanie o należyty standard świadczenia w przypadku umów polegających na starannym działaniu w pozaustawowych źródłach nie jest czymś nowym. Wymuszone zostało przez istniejące trudności w wykazaniu naruszenia zobowiązania do świadczenia usług, jednak z czasem stało się nie tylko alternatywnym modelem ochrony, ale także wyznacznikiem wiarygodności kontrahenta²⁶⁷. Od or-

262 J. Wilczewski: *Gwarancja...*, op. cit., s. 6.

263 M. Kaliński (w:) *System...*, op. cit., nb 47.

264 J. Wilczewski: *Gwarancja...*, op. cit., s. 7.

265 K. Haładyj, M. Tulibacka (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020, art. 566, teza 8.

266 J. Wilczewski: *Gwarancja...*, op. cit., s. 8.

267 M. Pecyna, F. Zoll: *Regulacja...*, op. cit., rozdz. 3.4.

ganizacji cechowych, poprzez przedkontraktowe obowiązki informacyjne, aż do programu normalizacji europejskiej przewidzianego w rozporządzeniu 1025/2012 asymetria informacyjna pomiędzy usługobiorcą a usługodawcą wpływa na tendencje do poszukiwania bardziej adekwatnych modeli oceny prawidłowości wykonania zobowiązania²⁶⁸. Zapatrywania te są tym bardziej widoczne na tle świadczenia usług o charakterze cyfrowym, w których użytkownik zazwyczaj pozbawiony jest zarówno odpowiedniej wiedzy, jak i rzeczywistych możliwości weryfikacji cech świadczących o prawidłowym przebiegu wykonywania zobowiązania. Dyrektywa w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych kontynuuje dotychczasowy nurt w harmonizacji i mając na uwadze potrzebę ochrony konsumenta, a w szczególności ograniczając go deficyt informacyjny, podkreśla, że przedsiębiorcy powinni stosować normy, otwarte specyfikacje techniczne, dobre praktyki i kodeksy postępowania, które mogłyby zostać opracowane na poziomie międzynarodowym lub europejskim i przyczynić się do ujednoczenia stosowania dyrektywy (motyw 50 dyrektywy). W ten sposób zmianie ulega temporalny rozkład ciężaru w badaniu prawidłowości wykonania zobowiązania, które będzie odbywać się już nie po wygaśnięciu zobowiązania, ale niejako na przedpolu jego wykonywania²⁶⁹.

Uwzględnianie norm technicznych w umowach o świadczenie usług spełnia rolę podobną do wzorców umownych, jednak ze względu na kompetencje i prawne ramy działania tworzącego je podmiotu ich wartość merytoryczna jest większa. W przypadku chmury obliczeniowej mają one za zadanie nie tylko przyczynić się do ujednoczenia sposobu świadczenia usług z wykorzystaniem zasobów teleinformatycznych, ale także zapobiec negatywnemu zjawisku utrudniania przenoszalności danych przez dostawców takich usług, a w konsekwencji uzależnieniu użytkownika wyłącznie od konkretnego dostawcy - tak zwanemu *vendor lock-in*²⁷⁰. Jak wskazano w rozporządzeniu 1025/2012, normalizacja świadczenia usług jest jednym ze sposobów zapewnienia interoperacyjności, która to cecha jest wyznacznikiem prawidłowego funkcjonowania chmury obliczeniowej (motyw 3 rozporządzenia 1025/2012). W rozporządzeniu tym ujednoczono zmienione w latach 80. XX w. podejście do normalizacji, która nie powinna hamować innowacyjności i wprowadzania nowych towarów do obrotu, jak czyni to rygorystyczna legislacja, ale przyczynić się do utrzymywania odpowiedniego poziomu dóbr i usług w całej Unii Europejskiej²⁷¹. W rezolucji Parlamentu Europejskiego w sprawie wykorzystania potencjału chmury obliczeniowej w Europie podkreślono, że normy powinny umożliwiać łatwe i kompletne przenoszenie danych i usług, a także przyczynić się do zwiększenia konkurencyjności, a nie jej ograniczenia, poprzez zapewnienie wysokiego stopnia interoperacyjności między usługami w chmurze²⁷². Na przekór jednak tym zapatrywaniom, w kontekście umowy przechowywania danych w chmurze, Komisja Europejska zwróciła uwagę na wywołującą chaos informacyjny mnogość norm technicznych, która uniemożliwia jednocześnie określenie należytego standardu świadczenia usług i stosowania środków ochronnych zapobiegających ujawnieniu

268 *Ibidem*, rozdz. 3.4-3.5.

269 *Ibidem*, rozdz. 3.5.

270 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 157-158.

271 *Ibidem*, s. 169-171.

272 Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 10 grudnia 2013 r. w sprawie wykorzystania potencjału chmury obliczeniowej w Europie (2013/2063(INI)), dostęp: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IP0535&from=PL> (10 czerwca 2020 r.), s. 6.

lub utracie danych²⁷³. Normy dotyczące chmury obliczeniowej są przyjmowane na szczeblu międzynarodowym przez Międzynarodowy Związek Telekomunikacyjny (ITU), Międzynarodową Organizację Normalizacji (ISO) oraz Międzynarodowy Komitet Elektrotechniczny (JTC), a na poziomie unijnym przez Europejski Komitet Normalizacyjny (CEN), Europejski Komitet Normalizacyjny Elektrotechniki (CENELEC) i Europejski Instytut Norm Telekomunikacyjnych (ETSI)²⁷⁴. Ich uwzględnienie w konkretnym stosunku prawnym może być wynikiem dobrowolnej deklaracji dostawcy, ale może również stanowić nałożony na niego obowiązek, jak ma to miejsce w przypadku dostawców usług w chmurze, którzy zawierają umowę z podmiotami nadzorowanymi przez KNF²⁷⁵ albo punkt odniesienia w procesie ustalania obiektywnych oczekiwań konsumenta względem usług w chmurze obliczeniowej. Po wejściu w życie przepisów implementujących dyrektywę do krajowego porządku prawnego dezaktualizacji ulegnie zatem podnoszony w doktrynie argument o braku jakiegokolwiek obowiązku stosowania się do norm technicznych, jeżeli dostawca usług w chmurze obliczeniowej wyraźnie nie zawarł takiej deklaracji w treści umowy²⁷⁶.

Unijny ustawodawca, stwierdzając, że normy techniczne stanowią wyznacznik obiektywnych oczekiwań konsumenta względem treści lub usług cyfrowych, nie rozstrzygnął, które z norm powinny znaleźć zastosowanie, a w szczególności czy należałoby przyznać prymat normom międzynarodowym, europejskim, zharmonizowanym lub krajowym, o których mowa w rozporządzeniu 1025/2012. Pomimo zaznaczonej wcześniej wątpliwości co do mnogości norm technicznych w komunikacie Komisji Europejskiej w sprawie wykorzystania potencjału chmury obliczeniowej w Europie stwierdzono, że dalsze inicjatywy na rzecz normalizacji są jednak potrzebne²⁷⁷. Misję ustalenia niezbędnych norm dotyczących chmur obliczeniowych i ich interoperacyjności powierzono Europejskiemu Instytutowi Norm Telekomunikacyjnych. W listopadzie 2013 r. organizacja ta wydała raport końcowy, w którym wymieniła 28 norm (dokumentów opracowanych przez formalnie uznane jednostki normalizacyjne) i 37 specyfikacji (dokumentów opracowanych przez inne organizacje), które mogłyby znaleźć zastosowanie do chmury obliczeniowej²⁷⁸. Ze względu na ściśle informatyczny charakter większości z nich szczegółowe omówienie treści każdego dokumentu nie wydaje się konieczne, jednak można zwrócić uwagę na te normy, które mają bezpośredni wpływ na zakres odpowiedzialności dostawcy usług w chmurze. Należą do nich: norma PN-ISO/IEC ISO 20000, która była pierwszym międzynarodowym standardem zarządzania usługami IT i przewiduje określone wymogi wobec procesu projektowania, dostarczania, ulepszania i monitorowania usług informatycznych, normy PN-EN ISO/IEC 27001 i PN-EN ISO/IEC 27002, dotyczące zarządzania bezpieczeństwem informacji, które stanowią podstawę wydawania certyfikatów potwierdzających odpowiedni poziom zabezpieczenia danych, norma ISO/IEC 27017, odnosząca problematykę standardów bezpieczeństwa infor-

273 COM (2012) 529 final, dostęp: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/PL/1-2012-529-PL-F1-1.Pdf> (10 czerwca 2020 r.), s. 7.

274 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 181.

275 Komunikat..., op. cit., s. 17.

276 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 190.

277 COM (2012) 529 final, dostęp: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/PL/1-2012-529-PL-F1-1.Pdf> (10 czerwca 2020 r.), s. 13.

278 ETSI: *Cloud Standards Coordination - Final Report*, dostęp: https://www.etsi.org/images/files/Events/2013/2013_CSC_Delivery_WS/CSC-Final_report-013-CSC_Final_report_v1_0_PDF_format-.PDF (11 czerwca 2020 r.), s. 34-36.

macji bezpośrednio do infrastruktury chmury obliczeniowej, norma ISO/IEC 17826, określająca wymogi wobec interfejsu chmury oraz zarządzania danymi, a także norma ISO/IEC 27018, która ustanawia kodeks postępowania dotyczący ochrony danych osobowych w chmurze i zawiera wytyczne dotyczące środków, które powinien stosować dostawca przetwarzający dane osobowe²⁷⁹. Niewymienionymi w raporcie ETSI ze względu na późniejsze ich wydanie, ale mającymi istotne znaczenie dla umowy przechowywania danych w chmurze są także normy z serii ISO/IEC 19086, w których podjęto się zadania uporządkowania problematyki postanowień o gwarantowanym poziomie świadczenia usług w chmurze obliczeniowej²⁸⁰. Sama umowa przechowywania danych w chmurze nie stała się do tej pory przedmiotem normalizacji, wobec czego podnosi się, że to na konsumentcie spoczywa obowiązek posiadania odpowiedniej wiedzy w celu zweryfikowania rzetelności zawartych w niej postanowień²⁸¹. Należy jednak zauważyć, że normy techniczne nie stanowią norm prawnych ani informacji publicznej²⁸², a dostęp do nich wiąże się zazwyczaj z koniecznością poniesienia dodatkowych wydatków. Słuszną decyzją unijnego ustawodawcy było zatem odciążenie konsumenta przez postanowienie, że normy techniczne powinny stanowić punkt odniesienia dla oceny zgodności świadczenia z umową, niezależnie od faktu zapoznania się z ich treścią przez konsumenta.

Uwzględnianie norm technicznych w umowie o dostarczanie treści lub usług cyfrowych ma na celu zapewnienie transparentności obrotu, jednak powoduje jednocześnie pewne dogmatycznoprawne komplikacje. Z jednej strony dostawca deklarujący zgodność swoich usług z określoną normą włącza ją do treści stosunku zobowiązaniowego, a przeto staje się ona elementem subiektywnych wymogów zgodności z umową w rozumieniu dyrektywy. Z drugiej jednak strony normy techniczne zostały wprost wskazane jako punkt odniesienia dla oceny obiektywnej zgodności treści lub usług cyfrowych z umową, niezależnie od deklaracji przedsiębiorcy, przy czym to odwołanie do norm technicznych nie miało charakteru bezpośredniego, co wprost mogłoby przesądzać ich bezwzględnie obowiązujący charakter²⁸³. Pojawia się zatem pytanie o cechę normalizacji jako działalności dobrowolnej. Założeniem norm technicznych jest ich odróżnienie od działalności legislacyjnej, wyrażające się w braku mocy wiążącej i sankcji przewidzianych na wypadek niezapewnienia zgodności z normami technicznymi²⁸⁴, także w przypadku norm dotyczących świadczenia usług (motyw 11 rozporządzenia 1025/2012). Przyznanie konsumentowi określonych uprawnień względem dostawcy usług w chmurze, włącznie z najdalej idącą możliwością rozwiązania stosunku prawnego, w przypadku niespełnienia przez dostawcę określonych, obiektywnie oczekiwanych wymogów, wynikających z norm technicznych, może być jednak postrzegane jako działanie sankcjonujące taki brak. Niezrozumiała w takich okolicznościach może być także sensowność wprowadzonego przez unijnego ustawodawcę podziału na obiektywne i subiektywne wymogi zgodności z umową. Praktyka zawierania umów przechowywania danych w chmurze pokazuje, że normy techniczne wyznaczają nie tylko standard oczekiwań konsumenta, lecz także są przyjmowane we wzorcach, czyli określają cechy

279 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 192-194.

280 ISO/IEC 19086-1:2016, dostęp: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:19086:-1:ed-1:v1:en> (11 czerwca 2020 r.).

281 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 212-214.

282 *Ibidem*, s. 185.

283 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 187.

284 *Ibidem*, s. 178.

samej umowy. Rozróżnienie na subiektywne i obiektywne wymogi zgodności z umową, jako podstawa budowania nowych, bardziej adekwatnych kryteriów dla oceny prawidłowości wykonania zobowiązania w umowach polegających na dostarczaniu treści lub usług cyfrowych, może być zatem kwestionowane.

3. Przetwarzanie danych osobowych w chmurze

W motywie 6 rozporządzenia 2016/679 zwrócono uwagę, że rozwój nowych technologii powoduje powstanie nowych wyzwań w dziedzinie ochrony danych osobowych, ponieważ zwiększają się możliwości przedsiębiorców w zakresie ich przetwarzania. Biorąc pod uwagę fakt, że usługi w chmurze obliczeniowej przyjmują niejednokrotnie charakter globalny, a wykorzystywanie przez dostawców chmury obliczeniowej usług świadczonych przez podmioty trzecie jest powszechne, konieczne jest ustalenie wpływu tych okoliczności na możliwość przechowywania w chmurze danych osobowych oraz obowiązków nakładanych na dostawcę w związku z dostępem i przetwarzaniem tych danych.

Dyrektywa w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych niejednokrotnie podkreśla, że ustanowione w niej prawa i obowiązki pozostają bez uszczerbku dla rozporządzenia 2016/679, którego przepisy powinny mieć w całości zastosowanie do przetwarzania danych osobowych w związku z każdą umową objętą zakresem zastosowania dyrektywy i którym w razie kolizji należy przyznać pierwszeństwo (motywy 37-39, 48 i 69 dyrektywy; art. 3 ust. 8 i art. 16 ust. 2 dyrektywy). Także w definicji danych osobowych z art. 2 pkt 8 dyrektywy odwołano się do brzmienia tego rozporządzenia, w którego art. 4 pkt 1 stwierdzono, że dane osobowe oznaczają wszelkie informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej („osobie, której dane dotyczą”), a możliwa do zidentyfikowania osoba fizyczna to osoba, którą można bezpośrednio lub pośrednio zidentyfikować, w szczególności na podstawie identyfikatora, takiego jak imię i nazwisko, numer identyfikacyjny, dane o lokalizacji, identyfikator internetowy lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających fizyczną, fizjologiczną, genetyczną, psychiczną, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość osoby fizycznej. Szeroki katalog informacji stanowiących dane osobowe powoduje zatem, że w praktyce jedynie nieliczne dane przechowywane w chmurze nie będą w żaden sposób dotyczyły zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej. Ze względu na złożony charakter zagadnienia ochrony danych osobowych w prawie unijnym w tym miejscu należy wskazać jedynie na te problemy, które są ściśle związane z przetwarzaniem danych osobowych w ramach chmury obliczeniowej.

W pierwszej kolejności można zwrócić uwagę na sytuację, w której użytkownik chmury umieszcza w niej dane osobowe osób trzecich. W takich okolicznościach pojawić się mogą trudności w ustaleniu administratora danych osobowych. Zgodnie z art. 4 pkt 7 rozporządzenia 2016/679 administratorem jest podmiot, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych. Specyfika umowy przechowywania danych w chmurze uniemożliwia użytkownikowi decydowanie o sposobie, miejscu i czasie wykorzystania konkretnych zasobów teleinformatycznych, a nawet uzyskanie informacji na temat tego

wykorzystania²⁸⁵. Zagadnienia te pozostają w wyłącznej kompetencji dostawcy usług w chmurze, który samodzielnie decyduje o lokalizacji centrum przetwarzania danych, dynamicznym wykorzystywaniu infrastruktury komputerowej, migracji danych pomiędzy urządzeniami, a nawet skorzystaniu z zasobów innych dostawców. W literaturze zauważa się, że wymuszenie na nim określonego sposobu przetwarzania danych, zgodnie z wytycznymi użytkownika, miałoby negatywny wpływ na parametry jakościowe świadczonych usług i wzrost kosztów, a w konsekwencji przyczyniłoby się do zahamowania rozwoju chmury obliczeniowej²⁸⁶. Skoro użytkownik nie ma możliwości decydowania o sposobie przetwarzania danych osobowych, to nie można mu przypisać statusu administratora. Ponadto w przypadku konsumentów na ogół nie będzie spełniony warunek z art. 2 ust. 1 rozporządzenia 2016/679, który przewiduje, że rozporządzenie ma zastosowanie do przetwarzania danych osobowych w sposób całkowicie lub częściowo zautomatyzowany oraz do przetwarzania w sposób inny niż zautomatyzowany danych osobowych, stanowiących część zbioru danych lub mających stanowić część zbioru danych. Konsument bowiem nie przetwarza danych w sposób zautomatyzowany ani dane, którymi dysponuje, nie stanowią najczęściej zbioru danych. W związku z tym podkreśla się, że rozporządzenie 2016/679 nie uwzględnia specyfiki usług świadczonych w chmurze, a tym samym ogranicza wykorzystanie potencjału chmury obliczeniowej w zakresie, w jakim przedmiotem przechowania są dane osobowe²⁸⁷.

Dostawca usług w chmurze obliczeniowej może występować jako podmiot przetwarzający dane w imieniu użytkownika lub jako administrator wyłącznie jego danych. W tym pierwszym przypadku powinien on, zgodnie z art. 28 ust. 1 rozporządzenia 2016/679, zapewniać wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie spełniało wymogi tego rozporządzenia i chroniło prawa osób, których dane dotyczą. Ponadto skorzystanie z usług innego dostawcy nie będzie się mogło odbyć bez uprzedniej pisemnej zgody administratora (art. 28 ust. 2 rozporządzenia 2016/679), a wszystkie kategorie czynności przetwarzania, dokonywane w imieniu administratora, powinny być odnotowywane w rejestrze (art. 30 ust. 2 rozporządzenia 2016/679). Jeszcze przed wejściem w życie rozporządzenia 2016/679 podnoszono, że możliwości dokumentacji przetwarzania danych i idea sterowalności danymi osobowymi są znacznie ograniczone w stosunku do chmury obliczeniowej, której cechą charakterystyczną jest możliwość przechowywania danych niezależnie od fizycznej architektury zasobów komputerowych i ich lokalizacji²⁸⁸. Ujednolicenie reżimu ochrony danych osobowych w całej Unii Europejskiej i wprowadzenie jeszcze dalej idących obowiązków w zakresie ich przetwarzania powoduje, że także i dzisiaj wymogi te są uznawane za nieprzystosowane do specyfiki usług świadczonych z wykorzystaniem infrastruktury chmury obliczeniowej²⁸⁹. Dostawcy usług w chmurze, z jednej strony chcąc zachować niezależność w procesie decydowania o wykorzystaniu zasobów teleinformatycznych i uniknąć ponoszenia dodatkowych kosztów, z drugiej jednak dążąc do uniknięcia odpowiedzialności za niezgodne z prawem przetwarzanie danych osobowych, mogą

285 M. Siwicki: *Ochrona danych osobowych w zatrudnieniu w chmurze obliczeniowej*, Monitor Prawniczy 2016, nr 12, s. 657.

286 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 390.

287 *Ibidem*, s. 395.

288 M. Siwicki: *Ochrona...*, op. cit., s. 657.

289 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 412.

zastrzegać w treści umowy niedopuszczalność ich umieszczania w chmurze. Alternatywnym podejściem do przechowywania danych osobowych może być także ich anonimizacja. W motywie 26 rozporządzenia 2016/679 stwierdzono bowiem, że zasady ochrony danych nie powinny mieć zastosowania do informacji anonimowych, czyli informacji, które nie wiążą się ze zidentyfikowaną lub możliwą do zidentyfikowania osobą fizyczną, ani do danych osobowych zanonimizowanych w taki sposób, że osób, których dane dotyczą, w ogóle nie można zidentyfikować lub już nie można zidentyfikować. W tym samym motywie podkreślono jednak, że wyłączenie to nie dotyczy spseudonimizowanych danych osobowych, które przy użyciu dodatkowych informacji można przypisać osobie fizycznej. Ponadto na uwadze należy mieć stanowisko TSUE, wyrażone w wyroku z dnia 7 maja 2009 r., zgodnie z którym anonimizacja nie może uniemożliwiać osobie, której dane dotyczą, uzyskania do nich dostępu²⁹⁰.

Problematyka obowiązków nakładanych na dostawcę usług w chmurze w związku z dokonywanym przez niego przetwarzaniem danych osobowych nie zamyka się na treści samego rozporządzenia 2016/679. W motywie 48 dyrektywy zauważono bowiem, że niewykonanie obowiązków przewidzianych w rozporządzeniu 2016/679 może jednocześnie stanowić brak zapewnienia obiektywnej zgodności treści lub usług cyfrowych z umową. Jako przykład opisano sytuację, w której przedsiębiorca oferujący oprogramowanie szyfrujące dane nie wdraża odpowiednich środków zapobiegających nieautoryzowanemu ujawnieniu danych osobowych, a przez to jego usługa nie nadaje się do celów, do których zazwyczaj korzysta się z tego rodzaju usługi cyfrowej. Naruszenie przepisów rozporządzenia 2016/679 będzie przesądzało o braku obiektywnej zgodności z umową także wtedy, gdy przedsiębiorca oferujący aplikację ułatwiającą zakupy w Internecie nie podejmie wymaganych działań zapewniających ochronę przetwarzania danych osobowych konsumenta, które w konsekwencji zostaną narażone na działanie złośliwego oprogramowania lub oprogramowania szpiegującego (motyw 48 dyrektywy). Uwzględniając przytoczone przez unijnego ustawodawcę przykłady, należy stwierdzić, że naruszenie przez dostawcę usług w chmurze obowiązków wynikających z rozporządzenia 2016/679 prowadzi do obiektywnej niezgodności z umową, jeżeli przedmiotem przechowania są dane osobowe (co będzie miało miejsce w zdecydowanej większości przypadków), a w konsekwencji konsument może w takiej sytuacji skorzystać ze środków ochrony przewidzianych w dyrektywie na wypadek niedostarczenia albo braku zgodności treści lub usług cyfrowych z umową. W kontekście zarysowanej we wcześniejszym rozdziale różnicy między rzetelnym zabezpieczeniem danych i maksymalnym ograniczeniem odpowiedzialności odszkodowawczej a brakiem stosownych zabezpieczeń przy jednoczesnym ponoszeniu odpowiedzialności za szkodę w pełnym jej zakresie należy stwierdzić, że przy przetwarzaniu danych osobowych w chmurze ta druga sytuacja nie powinna być dopuszczalna w świetle dyrektywy. Zgodnie bowiem z zasadą integralności i poufności danych, wyrażoną w art. 5 ust. 1 lit. f) rozporządzenia 2016/679, dane osobowe muszą być przetwarzane w sposób zapewniający odpowiednie bezpieczeństwo, w tym ochronę przed niedozwolonym lub niezgodnym z prawem przetwarzaniem oraz przypadkową utratą, zniszczeniem lub uszkodzeniem, za pomocą odpowiednich środków technicznych lub organizacyjnych.

290 Wyrok Trybunału z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie C-553/07 *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam p. M. E. E. Rijkeboer*, ECLI:EU:C:2009:293.

4. Wnioski płynące z analizy czynników kształtujących przechowywanie danych w chmurze

Czynniki kształtujące umowę przechowywania danych w chmurze obliczeniowej mają charakter multicentryczny. Część z nich stanowi normy prawa powszechnego, krajowego lub międzynarodowego albo element zobowiązaniowego stosunku prawnego stron tej umowy, lecz są i takie, które nie mają mocy wiążącej, a jednak determinują aktualny i przyszły sposób świadczenia usług w chmurze. Dyrektywa w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych w założeniu miała uwzględniać te czynniki, jednak czyni to w sposób dalece niespójny i wywołujący więcej wątpliwości, niż oczekiwano by od przepisów harmonizujących. Umowy SLA wspomniano jedynie w motywie 42 dyrektywy, normy techniczne uwzględniono tylko jako punkt odniesienia dla oceny obiektywnych wymogów zgodności z umową, a zagadnienie ochrony danych osobowych w całości poddano reżimowi z rozporządzenia 2016/679, bez odniesienia tej kwestii do specyfiki umów polegających na dostarczaniu treści lub usług cyfrowych. Czynniki te mają jednak istotny wpływ na przechowywanie danych w chmurze obliczeniowej i ich analiza pozwala na wyciągnięcie następujących wniosków:

- 1) postanowienia o gwarantowanym poziomie świadczenia usług są elementem umowy przechowywania danych w chmurze i pełnią funkcję porządkującą, a także w założeniu wzmacniającą wzajemne zaufanie stron;
- 2) reżim odpowiedzialności, jaki wynika z umowy SLA, ma charakter dodatkowy względem odpowiedzialności odszkodowawczej i odpowiedzialności za niedostarczenie albo brak zgodności treści lub usług cyfrowych z umową;
- 3) normy techniczne stanowią punkt odniesienia dla oceny obiektywnej zgodności usług świadczonych w chmurze obliczeniowej z umową, jednak ich mnogość może utrudniać wskazanie jednolitego standardu;
- 4) normy techniczne mają z założenia charakter dobrowolny i mogą być uwzględniane w treści umowy, stanowiąc jednocześnie element subiektywnych wymogów zgodności z umową, wobec czego podział na subiektywne i obiektywne wymogi zgodności z umową zaproponowany przez unijnego ustawodawcę nie wydaje się słuszny;
- 5) użytkownik chmury obliczeniowej, który umieszcza w niej dane osobowe osób trzecich, nie spełnia przesłanki administratora tych danych, ponieważ specyfika chmury uniemożliwia mu ustalenie sposobów ich przetwarzania, a w przypadku konsumenta przetwarzanie danych nie następuje w sposób zautomatyzowany, dane zaś, którymi dysponuje, najczęściej nie stanowią zbioru danych;
- 6) naruszenie przez dostawcę usług w chmurze obowiązków wynikających z rozporządzenia 2016/679 stanowi brak zachowania obiektywnej zgodności z umową, jeżeli przedmiotem przechowania są dane osobowe.

Rozdział IV.

PRZYSZŁOŚĆ UMOWY PRZECHOWYWANIA DANYCH W CHMURZE

Wzrost dostępności i zainteresowania usługami świadczonymi z wykorzystaniem infrastruktury chmury obliczeniowej, a także konieczność implementacji unijnej dyrektywy w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych stawia przed polskim ustawodawcą trudne zadanie rozstrzygnięcia, jak polski system prawa cywilnego powinien odpowiedzieć na wyzwania pojawiające się wraz z rozwojem nowych technologii. Dotychczasowy sposób uregulowania umowy o świadczenie usług, a także generalnego uprawnienia do odstąpienia od umowy z powodu naruszenia zobowiązania wyłącznie w przypadku zwłoki nie wydają się w tym zakresie wystarczające. Rozwiązania zaproponowane w dyrektywie również nie zawsze dostarczają trafnych rozwiązań problemów wynikających z funkcjonowania zjawiska chmury obliczeniowej w obrocie. Ich implementacja nie powinna być zatem pozbawiona koniecznego krytycznego spojrzenia na propozycję przeniesienia modelu z rękojmi za wady rzeczy sprzedanej do umowy polegającej na świadczeniu usług cyfrowych. Rozważenia wymagają również możliwości polskiego ustawodawcy w zakresie typizacji samej umowy przechowywania danych w chmurze. Zagadnienie to nie powinno ograniczać się jedynie do wskazania propozycji konkretnych rozwiązań, ale być przyczynkiem do dyskusji na temat słuszności konstruowania nowych typów umów nazwanych, a w dalszej perspektywie przyszłości instrumentów prawa cywilnego spełniających wymóg neutralności technologicznej.

1. Słuszność przeniesienia reżimu z rękojmi do regulacji świadczenia usług

Dyrektywa w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych została przyjęta wraz z dyrektywą 2019/771 w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów. Oba akty prawa unijnego zostały zainicjowane wnioskiem Komisji, złożonym w ramach „Strategii jednolitego rynku cyfrowego dla Europy”²⁹¹. Jeszcze przed wyodrębnieniem pojęcia usługi cyfrowej przedmiotem harmonizacji miały być wszystkie umowy związane z dostarczaniem treści cyfrowych, w tym usługi umożliwiające tworzenie, przetwarzanie lub przechowywanie

291 COM (2015) 634 final, dostęp: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/PL/1-2015-634-PL-F1-1.PDF> (13 czerwca 2020 r.), s. 2.

danych²⁹², niezależnie od tego, czy w świetle prawa krajowego umowy takie stanowiąby umowę sprzedaży, umowę o świadczenie usług, umowę wypożyczenia czy też umowę *sui generis*²⁹³. W toku prac legislacyjnych zaproponowano, aby także treści cyfrowe wbudowane w towar fizyczny były objęte zakresem zastosowania dyrektywy o dostarczaniu treści i usług cyfrowych, a zatem żeby do zobowiązania mającego za przedmiot taki towar znajdowały zastosowanie reżimy z obydwu dyrektyw („podejście rozdzielne”), jednak z koncepcji tej zrezygnowano, argumentując, że podejście takie stwarzałoby ryzyko braku pewności prawa i problemy w praktycznym stosowaniu przepisów²⁹⁴. Ostatecznie treści cyfrowe i usługi cyfrowe zawarte w towarach lub wzajemnie z nimi połączone, dostarczane na podstawie umowy sprzedaży, zostały w całości poddane regulacji dyrektywy 2019/771 w sprawie sprzedaży towarów. Rada wskazała przy tym, że usługi cyfrowe pełnią tę samą rolę, co wbudowane treści cyfrowe, zatem powinny być objęte przepisami dotyczącymi towarów²⁹⁵. Rozwiązanie takie może jednak budzić wątpliwości na tle polskiego systemu prawa cywilnego. Krajowy ustawodawca staje bowiem przed dylematem, czy dokonując implementacji obydwu dyrektyw, powinien uczynić to w sposób literalny, powtarzając treść niektórych przepisów w zależności od reżimu sprzedaży powszechnej, sprzedaży między przedsiębiorcami, sprzedaży konsumennej, nieobjętej rzeczy ruchomych i dotyczącej rzeczy ruchomych oraz dostarczania konsumentowi treści lub usług cyfrowych, czy też powinien uwzględnić łatwo generalizowany charakter norm zawartych w obydwu dyrektywach i dokonać przebudowy całego systemu, z uwzględnieniem innowacyjnego i technologicznie neutralnego charakteru unijnych regulacji. To drugie podejście należy uznać za bardziej trafne rozwiązanie, także z tego względu, że nieproporcjonalność między stronami umowy o dostarczanie treści lub usług cyfrowych nie jest specyficznie konsumencka, co jest wyraźnie zauważalne zwłaszcza na tle umowy przechowywania danych w chmurze obliczeniowej. Ponadto stwarzałoby to okazję do naprawy wprowadzonego do Kodeksu cywilnego systemowego rozbicia na subiektywne pojęcie wady, które obejmuje niemal wszystkie wypadki nienależytego wykonania zobowiązania, a ogólnego reżimu niewykonania zobowiązania, do którego dochodzi w stypizowanych przypadkach²⁹⁶.

Maksymalny charakter harmonizacji przewidziany w dyrektywie w sprawie dostarczania treści i usług cyfrowych powoduje jednak jeszcze dalej idące komplikacje. O ile bowiem przebudowa przepisów rękojmi przy umowie sprzedaży w celu ich dostosowania do dyrektywy 2019/771 jest łatwa do wyobrażenia, o tyle tego samego nie można powiedzieć o świadczeniu usług o charakterze cyfrowym. Jeżeli konkretna umowa przewiduje wyłącznie zobowiązanie do dostarczania treści lub usług cyfrowych, to podlegać będzie w całości reżimowi przewidzianemu w dyrektywie. Jednak współcześnie różne typy umów są nasycane elementami świadcze-

292 *Ibidem*, s. 18.

293 *Ibidem*, s. 7.

294 Zmieniony wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów, zmieniającej rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady oraz dyrektywę 2009/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i uchylającej dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady - Debata orientacyjna, ST 9261 2018 INIT, dostęp: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9261_2018_INIT&from=EN (13 czerwca 2020 r.), s. 4-5.

295 *Ibidem*, s. 5.

296 F. Zoll: *Rękojmia...*, op. cit., s. 99.

nia usług²⁹⁷, również tych o charakterze cyfrowym, a w stosunku do nich unijny ustawodawca stwierdza, że dyrektywa znajduje zastosowanie wyłącznie do tych elementów, które dotyczą dostarczania treści cyfrowych lub usług cyfrowych (motyw 33 dyrektywy). Skutkiem tego jest zatem powstanie „podejścia rozdzielnego”, któremu pierwotnie chciano zapobiec. Przenosząc te rozważania na grunt Kodeksu cywilnego, można zauważyć, że reżimy umów nazwanych, a w konsekwencji także umów mieszanych, niejednokrotnie przewidują uprawnienia ukształtowane w sposób zdecydowanie odmienny od tego określonego w dyrektywie. Ma to miejsce zwłaszcza w przypadku uprawnienia do odstąpienia od umowy. Jeżeli bowiem umowa dotycząca świadczenia usług cyfrowych, taka jak umowa przechowywania danych w chmurze, będzie obejmowała elementy spoza zakresu unijnej harmonizacji, na przykład wykonanie dzieła w postaci dostarczenia materiałów szkoleniowych na temat wykorzystania technik informatycznych, to niejasne w świetle maksymalnego charakteru dyrektywy jest uprawnienie do odstąpienia w całości od takiej umowy, na przykład w sytuacji, o której mowa w art. 636 § 1 k.c. Należy przyjąć, że jeżeli takie obowiązki stanowiły powód, dla którego strona zawarła umowę, to niesłusznym podejściem byłoby uniemożliwienie jej skorzystania z tego uprawnienia wyłącznie z powołaniem się na maksymalny charakter unijnej harmonizacji. Przy przyjęciu takiego stanowiska pojawia się jednak kolejny problem, a mianowicie czy przewidziane w dyrektywie skutki odstąpienia od umowy, na przykład ustanawiające obowiązek przedsiębiorcy do udostępnienia konsumentowi dostarczonych lub wytworzonych przez niego treści cyfrowych, powinny mieć zastosowanie do takich sytuacji. Zauważyć można, że także te regulacje nie są specyficznie konsumencie, ale można je określić jako specyficznie cyfrowe. Odpowiedzi mógłby zatem dostarczyć polski ustawodawca, decydując się na jednolite uregulowanie skutków odstąpienia od umowy związanej z dostarczaniem treści lub usług cyfrowych, niezależnie od statusu podmiotów, które ją zawarły. Można bowiem postawić tezę, że niewyraźną wprost w treści dyrektywy, ale możliwą do wyprowadzenia z jej motywów intencją unijnego ustawodawcy było objęcie jak najszerszego katalogu przypadków naruszenia zobowiązania i uregulowanie jego skutków bez względu na to, z jakiego źródła wyniknęły. Postulatem *de lege ferenda* jest zatem nie tylko zmiana przepisów o rękojmi, ale także przebudowa systemu regulującego naruszenie zobowiązania w przypadku świadczenia usług, z uwzględnieniem regulacji specyficznych dla treści i usług o charakterze cyfrowym.

Problematyka przeniesienia reżimu z rękojmi do regulacji świadczenia usług ujawnia się na jeszcze jednej płaszczyźnie. W przeciwieństwie bowiem do fizycznych towarów, których wada jest zazwyczaj cechą łatwą do obiektywnego zweryfikowania, reżim odpowiedzialności za brak zgodności usług cyfrowych z umową dotyczy w istocie samego opisu świadczenia, który może być dodatkowo rozwijany w trakcie wykonywania zobowiązania. W pierwotnym projekcie dyrektywy, zaproponowanym przez Komisję, przedmiotem regulacji były wyłącznie szeroko rozumiane treści cyfrowe, a w stosunku do usług stwierdzono, że te z nich, podczas świadczenia których dominuje element działania człowieka lub które dotyczą określonych sektorów, takich jak opieka zdrowotna, usługi hazardowe lub finansowe, nie są objęte zakresem zastosowania dyrektywy²⁹⁸. Pojęcie treści cyfrowych obejmowało jednak

297 M. Pecyna, F. Zoll: *Regulacja...*, op. cit., rozdz. 3.2.

298 COM (2015) 634 final, dostęp: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/PL/1-2015-634-PL-F1-1.PDF> (14 czerwca 2020 r.), s. 13.

usługi umożliwiające tworzenie, przetwarzanie lub przechowywanie w formie cyfrowej danych dostarczonych przez konsumenta, a także rozpowszechnianie danych dostarczanych przez innych użytkowników lub inne formy interakcji tych danych²⁹⁹. W prawie polskim takie stosowanie przepisów o rękojmi do świadczenia usług może mieć miejsce w przypadku umowy mieszanej, zobowiązania do przeniesienia własności ze świadczeniem usług, na mocy art. 6 u.p.k. W literaturze krytycznie jednak wypowiedziano się za prostym zastosowaniem teorii absorpcji, zwracając uwagę, że przepisy o sprzedaży konsumenckiej powinny być stosowane do umowy mieszanej wtedy, gdy zobowiązanie do przeniesienia własności ma charakter dominujący lub żadnemu świadczeniu nie można przypisać takiej roli³⁰⁰. Podkreśla się również, że przyjęcie w implementowanym tą regulacją art. 5 ust. 2 dyrektywy 2011/83/UE teorii absorpcji dotyczy jedynie poszczególnych norm tej dyrektywy, a nie każdego przypadku umowy mieszanej³⁰¹. Podejście zrównujące świadczenie usług z umową sprzedaży jest problematyczne z tego względu, że mogą pojawić się trudności w ustaleniu, które elementy opisu świadczenia wyznaczają przedmiot usługi i mogą być objęte pojęciem rękojmi, a które są innymi klauzulami, regulującymi zakres odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania. Jakkolwiek unijny ustawodawca w sposób maksymalnie szeroki sformułował przesłanki subiektywnej i obiektywnej zgodności treści lub usług cyfrowych z umową, tak nie każde naruszenie zobowiązania będzie aktualizowało uprawnienia przewidziane w dyrektywie dla konsumenta, na przykład w sytuacji wspomnianego wcześniej wadliwego wykonania dzieła w postaci dostarczenia materiałów szkoleniowych. Należy bowiem mieć na uwadze, że świadczenie usług w prawie unijnym jest rozumiane szerzej, niż to przyjęto w art. 750 k.c., w sposób przeciwstawiający tego rodzaju zobowiązania umowie sprzedaży³⁰². Nierozstrzygnięty pozostaje także status poleceń wydawanych przez konsumenta dostawcy treści lub usług cyfrowych, które nie były szczegółowo objęte treścią porozumień umownych, ani nie można ich uznać za spełniające przesłanki obiektywnych wymogów zgodności z umową. Mogą one jednak niejednokrotnie być konieczne dla uzyskania satysfakcjonującego obie strony świadczenia, na przykład wówczas, gdy pierwotny sposób wykonania zobowiązania zostanie zakłócony przez nieoczekiwany rozwój wypadków³⁰³.

2. Regulacja umowy przechowywania danych w chmurze obliczeniowej

Zjawisko przechowywania danych w chmurze obliczeniowej i jego analiza przeprowadzona przez Grupę ekspertów ds. umów dotyczących przetwarzania w chmurze stały się paradygmatem wyznaczającym zakres unijnej harmonizacji niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych³⁰⁴. Przy uwzględnieniu także szybkiego rozwoju tego rodzaju usług, nieznanających odzwierciedle-

299 *Ibidem*, s. 27.

300 F. Zoll: *Problem z pojęciem umowy sprzedaży w nowej ustawie o prawach konsumenta - zagadnienie umów mieszanych z obowiązkiem świadczenia usługi*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2014, nr 4(3), s. 13-14.

301 *Ibidem*, s. 14.

302 *Ibidem*, s. 16-17.

303 zob. M. Pecyna, F. Zoll: *Regulacja...*, op. cit., rozdz. 2.2.2.

304 COM (2015) 634 final, dostęp: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/PL/1-2015-634-PL-F1-1.PDF> (14 czerwca 2020 r.), s. 9.

nia w dotychczasowym ustawodawstwie krajowym, szczególnie istotnego znaczenia nabiera pytanie o konieczność wprowadzenia nowych regulacji prawnych w zakresie chmury obliczeniowej lub zaniechania takich pojedynczych unormowań na rzecz całościowego dostosowania prawa cywilnego do wyzwań rynku cyfrowego.

Przyszła regulacja umowy przechowywania danych w chmurze może być rozpatrywana na dwóch płaszczyznach. W pierwszej kolejności dotyczyć to będzie sposobu implementacji dyrektywy w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych, a także stopnia, w jakim normy w niej zawarte mogą rozwiązywać problemy wynikające z funkcjonowania chmury obliczeniowej w obrocie, o których była mowa w I rozdziale. Może się bowiem okazać, że prawidłowa implementacja dyrektywy zminimalizuje rozważania na gruncie drugiej płaszczyzny, dotyczącej konieczności odrębnej typizacji umowy przechowywania danych w chmurze.

Podejście unijnego ustawodawcy do kwestii dostarczania treści i usług cyfrowych ma charakter problemowy. Jego celem jest ustanowienie odpowiednich, jednolitych środków, które stanowiąby *remedium* na określone wyzwania legislacyjne. W omawianym przypadku jest to uwzględnienie usprawiedliwionych oczekiwań użytkowników, ograniczonych podmiotowo do konsumentów, jako słabszej strony stosunku zobowiązaniowego, względem dostawców treści lub usług cyfrowych. Podejście takie stwarza trudności dla legislatora w systemie pandektowym, który implementując przepisy harmonizujące, musi mieć na względzie konieczność zachowania spójności systemu³⁰⁵. Spójności takiej nie udało się w całości osiągnąć, dokonując transpozycji dyrektywy 2011/83/UE w sprawie praw konsumentów, której normy zostały rozdzielone pomiędzy Kodeks cywilny a ustawę o prawach konsumenta. W tym drugim akcie normatywnym znalazły się bowiem regulacje takie jak art. 6 u.p.k., które modyfikują normy kodeksowe, a tym samym ustanawiają kolejną, fragmentaryczną część ogólnej prawa zobowiązań³⁰⁶. Ponownie zatem polski ustawodawca musi się zmierzyć z pytaniem, czy kontynuować dotychczasową legislację, podyktowaną względami czysto technicznymi, wynikającymi z mało elastycznej struktury Kodeksu cywilnego³⁰⁷ i uchwalić odrębną ustawę poświęconą dostarczaniu treści i usług cyfrowych konsumentom, czy też podjąć się zadania przebudowy księgi trzeciej, mając na uwadze wspomniany kilkakrotnie, generalizowalny charakter unijnych regulacji. Zauważyć przy tym można, że przyjęcie prymatu harmonizacji maksymalnej w unijnym prawie konsumenckim stanowi jednocześnie sugestię co do minimalnej harmonizacji wszystkich stosunków prawnych obejmujących regulowane zagadnienie. Nie chodzi przy tym wyłącznie o wspomnianą w motywie 16 dyrektywy możliwość rozszerzenia jej zakresu zastosowania na organizacje pozarządowe, przedsiębiorstwa typu *start-up* lub małych i średnich przedsiębiorców, ale także o cel dyrektywy, którym nie jest wyłącznie ochrona konsumenta, ale przede wszystkim usuwanie przeszkód w swobodnym przepływie towarów³⁰⁸. Przy omawianiu alternatywnych wariantów jej treści zauważono, że ukierunkowane, w pełni zharmonizowane przepisy dotyczące treści cyfrowych i towarów, stwarzałyby sytuację, w której wygrywałiby zarówno przedsiębiorcy, jak

305 F. Zoll: *Problem...*, op. cit., s. 9.

306 *Ibidem*, s. 19.

307 *Ibidem*, s. 9.

308 K. Osajda, E. Łętowska (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań - część ogólna*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2019, rozdz. I, nb 80.

i konsumenci, ponieważ doszłoby do wzrostu konkurencji i obrotów handlowych ogółem, konsumenci mieliby większy wybór produktów w lepszych cenach, a skutkiem tego byłyby makroekonomiczne korzyści dla samej Unii³⁰⁹. Ponadto za nie-sprzyjające spójności systemu należy uznać różnicowanie reżimu prawnego w taki sposób, że nowsze, a jednocześnie bardziej adekwatne regulacje dotyczą wyłącznie stosunków między konsumentami a przedsiębiorcami, podczas gdy pozostały obrót odbywa się w ramach starszego reżimu. Polski ustawodawca powinien zatem wykorzystać stworzoną przez dyrektywę w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych oraz dyrektywę 2019/771 w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów szansę i dostosować kodeksowe instytucje do nowych wyzwań, zgodnie z założeniami strategii jednolitego rynku cyfrowego. Maksymalny charakter harmonizacji nie stanowi bowiem przeszkody w przedmiotowym lub podmiotowym wyjściu poza zakres zastosowania dyrektywy, jeżeli dotyczy to stanów faktycznych, które nie są tą dyrektywą wprost normowane³¹⁰. Trzeba przy tym mieć na uwadze, że o ile taka „nadmiarowa” implementacja z punktu widzenia prawa unijnego bezpośrednio nie wymusza na państwach członkowskich konieczności dokonywania jej wykładni w zgodzie z dyrektywą, to jednak różnicowanie sposobu interpretowania określonych norm w zależności o tego, czy mają bezpośrednie odzwierciedlenie w dyrektywie, czy też stanowią wyjście poza jej zakres zastosowania, należy ocenić krytycznie z punktu widzenia spójności systemu³¹¹. Niezależnie od powyższego, kodeksowe uregulowanie przedkontraktowych obowiązków ostrzegawczych, wprowadzenie generalnego uprawnienia do odstąpienia od umowy w przypadku naruszenia zobowiązania, ujednoczenie okoliczności jednostronnej modyfikacji przedmiotu świadczenia, uwzględnienie dominującego charakteru świadczenia usług we współczesnych stosunkach obligacyjnych czy też wdrożenie innych rozwiązań, o których była mowa w II rozdziale, mogłoby mieć pozytywny wpływ nie tylko na systemową koherencję, ale również przyczynić się do lepszego uregulowania problematycznych zagadnień, względem których jakość normatywna unijnych postanowień nie jest wystarczająca. W ten sposób także stosunki prawne w chmurze obliczeniowej, jakkolwiek dalej niewskazane wprost w Kodeksie cywilnym, zostałyby objęte pewnym i adekwatnym do ich charakteru reżimem prawnym. Wówczas podnoszona w literaturze konieczność wprowadzenia dodatkowej regulacji³¹², swoistej dla umowy przechowywania danych w chmurze, w zdecydowanym stopniu utraciłaby znaczenie.

W przypadku nieuwzględnienia powyższych postulatów i transponowania unijnych regulacji, ograniczonych do stosunków między konsumentami a przedsiębiorcami, potrzeba znalezienia adekwatnego rozwiązania problemów, związanych z funkcjonowaniem zjawiska chmury obliczeniowej w obrocie, byłaby aktualna. Podkreśla się bowiem, że przeciętny użytkownik chmury nie posiada specjalistycznej wiedzy informatycznej i nie jest w stanie określić swojego zapotrzebowania na usługi w chmurze, modelu chmury obliczeniowej, który byłby dla niego najbardziej odpowiedni, a przede wszystkim zagrożeń związanych z przechowywaniem danych w takiej for-

309 COM (2015) 634 final, dostęp: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/PL/1-2015-634-PL-F1-1.PDF> (14 czerwca 2020 r.), s. 10.

310 F. Zoll: *Problem...*, op. cit., s. 16.

311 R. Zimmermann: *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford 2005, s. 204.

312 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 217.

mie, a w związku z tym stanowi słabszą stronę tego stosunku obligacyjnego³¹³. Niedostateczna wiedza użytkownika, połączona z brakiem jakichkolwiek obowiązków nakładanych na dostawcę usług w chmurze, przesądza dalece niepewny charakter takiej umowy. Jako minimalny wymóg należałoby zatem wskazać konieczność uregulowania przedkontraktowych obowiązków informacyjnych, a w szczególności obowiązków ostrzegawczych, które nie zostały uwzględnione w treści dyrektywy. Dostawca usług w chmurze jest w stanie oszacować ryzyko, które może się urzeczywistnić w trakcie spełniania świadczenia, w związku z czym to na nim powinien spoczywać obowiązek poinformowania drugiej strony o możliwych do wystąpienia zagrożeniach jeszcze przed zawarciem umowy. Środki przewidziane w dyrektywie mają za zadanie jedynie następczą neutralizację negatywnych skutków niedostarczenia albo braku zgodności treści lub usług cyfrowych z umową, ale nie przyczyniają się one do zwiększenia możliwości usługobiorcy w zakresie swobodnego, opartego na pełnej świadomości skutków prawnych, podjęcia decyzji o związaniu się umową. Wprowadzenie tego rodzaju obowiązków względem dostawcy usług w chmurze miałyby pozytywny wpływ nie tylko na *stricte* wolicjonalne aspekty czynności prawnej, ale także uwzględniłoby jej społeczny charakter³¹⁴ i przyczyniałoby się do budowania wzajemnego zaufania pomiędzy podmiotami uczestniczącymi w zawarciu umowy. Konsekwencją naruszenia przedumownych obowiązków ostrzegawczych byłaby z kolei konieczność wykonywania usługi zgodnie z umową, pomimo ziszczenia się ryzyka, a także możliwość dochodzenia naprawienia szkody lub skorzystania z uprawnień przysługujących w związku z wystąpieniem określonej wady oświadczenia woli³¹⁵.

Wśród innych zagadnień dotyczących przyszłej regulacji świadczenia usług w chmurze obliczeniowej podkreśla się brak występowania organu administracji publicznej, który w zakresie norm zadaniowych i kompetencyjnych sprawowałby nadzór nad działalnością gospodarczą w chmurze obliczeniowej³¹⁶. Postuluje się nie tylko wyznaczenie takiego organu, ale również wdrożenie modelu reglamentacji prawnej działalności gospodarczej związanej ze świadczeniem usług w chmurze obliczeniowej, przez uregulowanie statusu brokera³¹⁷. Podmiot taki miałby minimalizować dysproporcje między potencjalnymi usługobiorcami a dostawcami chmur obliczeniowych przez negocjowanie lepszych warunków umownych, przeprowadzanie audytów i sprawowanie funkcji wspierającej użytkownika w trakcie trwania umowy³¹⁸. Na gruncie umów zawieranych przez instytucje unijne z dostawcami usług w chmurze rolę taką spełnia już od jakiegoś czasu Dyrekcja Generalna ds. Informatyki Komisji Europejskiej (DIGIT), której celem jest także dążenie do uwzględnienia w umowach przechowywania danych w chmurze wytycznych w zakresie efektywności energetycznej, zgodnych z założeniami proekologicznej polityki zamówień publicznych³¹⁹. Na gruncie prawa polskiego broker miałby być zawodem zaufania

313 *Ibidem*, s. 219.

314 M. Gutowski, Z. Radwański (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne - część ogólna*, pod red. A. Olejniczaka, Z. Radwańskiego, Warszawa 2019, rozdz. VIII, nb 3.

315 M. Pecyna, F. Zoll: *Regulacja...*, op. cit., rozdz. 2.1.

316 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 220.

317 *Ibidem*, s. 228.

318 *Ibidem*.

319 *European Commission Cloud Strategy - Cloud as an enabler for the European Commission Digital Strategy*, dostęp: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/ec_cloud_strategy.pdf (15 czerwca 2020 r.), s. 12-13.

publicznego, podlegającym obowiązkowemu wpisowi do publicznego rejestru brokerów³²⁰. Do dalszych przedmiotów przyszłej regulacji chmury obliczeniowej można także zaliczyć utworzenie przez organ nadzorujący tego rodzaju działalność portalu informacyjno-usługowego oraz wprowadzenie dodatkowej certyfikacji zgodności systemów informatycznych i ich interoperacyjności z wymogami prawnymi³²¹.

3. Typizacja umów w przyszłości

Początki przechowywania danych w chmurze obliczeniowej znacząco odbiegały od dzisiejszego kształtu tej umowy. Nie dotyczy to wyłącznie przekształcania się chmury w kierunku kompleksowej umowy, odznaczającej się wielością świadczeń, w której przechowanie danych jest tylko jednym z nich, ale również zmieniających się uwarunkowań informatycznych i powstawania nowych technologii, które w naturalny sposób modyfikują znaczną część założeń dotyczących chmury. Leżąca u jej podstaw koncepcja przetwarzania sieciowego (*grid computing*), polegająca na połączeniu rozproszonych zasobów teleinformatycznych w celu wspólnego świadczenia usług³²², ma dzisiaj znaczenie bardziej historyczne niż rzeczywiście wyznaczające zakres praw i obowiązków stron tej umowy. Konstatacja ta nie dotyczy wyłącznie zjawiska chmury obliczeniowej, ale znacznej części stosunków obligacyjnych, które wiążą się z wykorzystaniem możliwości rynku cyfrowego. Z tego względu należy zastanowić się, czy podnoszona w literaturze potrzeba wprowadzenia odrębnych, dodatkowych regulacji prawnych³²³ musi wiązać się z koniecznością każdorazowego ujęcia nowego stosunku prawnego w nieznanym dotychczasowej cywilistyce typ umowy nazwanej.

Omówiona w II rozdziale charakterystyka zjawiska przechowywania danych w chmurze obliczeniowej doprowadziła do wniosku, że jest to umowa mieszana, z elementami umowy przechowania i umowy o świadczenie usług. W związku z nasyceniem znacznej części współczesnych stosunków obligacyjnych elementami świadczenia usług umowy mieszane stają się dzisiaj zasadą³²⁴, a posługiwanie się sztywnymi, klasyfikującymi pojęciami umów nazwanych i nienazwanych przestaje stanowić użyteczne narzędzie badawcze³²⁵. Nie chodzi przy tym o utratę znaczenia części szczegółowej zobowiązań, ale właśnie o jej wystarczający charakter dla poszukiwania odpowiedzi na pytanie o cechy reżimu prawnego, właściwego dla nowo powstających stosunków prawnych, z zastrzeżeniem wcześniejszych krytycznych uwag względem lakonicznego uregulowania umowy o świadczenie usług, poprzez odwołanie się do umowy zlecenia. Dostosowywanie prawa krajowego do nowych wyzwań powinno się zatem odbywać nie w drodze ujmowania umów w określone typy, ale przez poszukiwanie bardziej adekwatnych rozwiązań na poziomie części ogólnej. Rynek dóbr i usług o charakterze cyfrowym podważa bowiem wiele znanych i wręcz paradygmatycznych pojęć dotychczasowej cywilistyki. Dane, które nie

320 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 228.

321 *Ibidem*, s. 229-230.

322 D. Szostek (w:) *Informatyzacja postępowania cywilnego. Komentarz*, pod red. J. Gotaczyńskiego, D. Szostka, Warszawa 2016, art. 77³, nb 11.

323 A. Krasuski: *Chmura...*, op. cit., s. 217.

324 F. Zoll: *Problem...*, op. cit., s. 20.

325 B. Gawlik: *Pojęcie...*, op. cit., s. 12.

spełniają przesłanki rzeczy, nie są zasadniczo przedmiotem regulacji księgi drugiej i czwartej Kodeksu cywilnego, a jednak ich znaczenie przewyższa niejednokrotnie to przypisywane przedmiotom materialnym. Problem ten nie ogranicza się wyłącznie do regulacji kodeksowych, ale jest zauważalny także na gruncie prawa autorskiego, w związku z przewidzianą w rozporządzeniu 2018/302 sugestią przyszłego rozszerzenia obowiązku umożliwiania korzystania z nabytych usług cyfrowych, których główną cechą jest zapewnienie dostępu do utworów chronionych prawem autorskim, także w innych państwach członkowskich, niezależnie od terytorialnych ograniczeń wynikających z licencji. Biorąc pod uwagę założenia Europejskiej Agendy Cyfrowej³²⁶, której celem jest maksymalizacja potencjału wzrostu gospodarki cyfrowej, między innymi przez cyfryzację przemysłu i usług, a także rozwój sztucznej inteligencji, wątpliwa wydaje się możliwość dalszego rozwijania katalogu umów nazwanych i ustalania ich szczegółowego reżimu prawnego przy zachowaniu neutralności technologicznej. Z aksjologicznego punktu widzenia takie podejście również nie wydaje się uzasadnione. Umowy mające za przedmiot treści cyfrowe, tak jak umowa przechowywania danych w chmurze, korzystają z dorobku naukowego powstałego w oparciu o dotychczasowe typy umów, a jednocześnie przełamują ustanowione w nich granice dotyczące *essentialia negotii*. Osadzenie tych zjawisk w ramach nowej klasyfikacji stosunków prawnych prowadziłoby do zawężenia ich możliwości rozwoju, ale także do utraty znaczenia dotychczasowych, utrwalonych w wypowiedziach doktryny i orzecznictwa reżimów, właściwych dla nazwanych stosunków prawnych. Z tego samego względu więcej uwagi należałoby poświęcić nie typizacji umów, ale zastosowaniu teorii analogii w przypadku umów o charakterze mieszanym³²⁷. We wcześniejszej części pracy zwrócono bowiem uwagę na pojawiające się w doktrynie tendencje do rozpatrywania nowych stosunków prawnych wyłącznie z perspektywy związłego uregulowania umowy o świadczenie usług.

Wątpliwy charakter typizacji nowych stosunków prawnych wynika z jeszcze jednego źródła. Jakkolwiek podjęte przez Komisję Europejską próby skodyfikowania europejskiego prawa umów do tej pory kończyły się niepowodzeniem, tak wyzwanie to w dalszym ciągu jest aktualne³²⁸. Kolejne dyrektywy ingerujące w regulację prawa prywatnego stanowią przykład wspomnianego wcześniej podejścia problemowego, którego celem jest wskazanie odpowiednich środków zaradczych względem przeszkód w funkcjonowaniu unijnych swobód, a nie koherentne uregulowanie wszystkich aspektów określonego zagadnienia. Dyrektywa w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych została przyjęta w celu zapewnienia odpowiednio wysokiego poziomu ochrony konsumentów i ułatwienia przedsiębiorcom oferowania treści lub usług cyfrowych, świadczonych w sposób transgraniczny, a przez to urzeczywistnienie założeń jednolitego rynku cyfrowego. Problematyka nazwania i wskazania *essentialia negotii* umowy, która obejmuje dostarczanie treści lub usług cyfrowych, ma znaczenie zupełnie drugorzędne. Nie sposób jednak nie zauważyć, że umowa taka może stanowić na gruncie prawa polskiego umowę sprzedaży, umowę o świadczenie usług, umowę o dzieło, a zdecydowanie najczęściej będzie przybierała charakter umowy mieszanej.

326 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Spotecznego i Komitetu Regionów - Europejska Agenda Cyfrowa, dostęp: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010DC0245&from=PL> (15 czerwca 2020 r.).

327 B. Gawlik: *Umowy...*, op. cit., s. 30.

328 N. Jansen, R. Zimmermann: *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford 2018, s. 13.

Tak jak nie ma potrzeby wprowadzania odrębnego typu umowy przechowywania danych w chmurze, tak niesłusznym posunięciem ze strony polskiego ustawodawcy byłoby implementowanie unijnych norm przez stworzenie nowej umowy nazwanej - umowy o dostarczanie treści lub usług cyfrowych. Postęp technologiczny rychło doprowadziłby do sytuacji, w której nawet definicje sformułowane na najwyższym poziomie ogólności nie umożliwiłyby takiego określenia elementów przedmiotowo istotnych, które stanowiłyby adekwatne odzwierciedlenie istoty nowych stosunków obligacyjnych. Trudne do wyobrażenia byłoby także przeprowadzenie logicznego podziału między umową o dostarczanie treści lub usług cyfrowych a dotychczasowymi umowami nazwanymi w Kodeksie cywilnym. Zwrócić należy przy tym uwagę, że o ile podejście unijnego prawodawcy może mieć charakter problemowy, o tyle polski ustawodawca powinien mieć na względzie skodyfikowaną, a przez to systemową naturę prawa cywilnego, którego konsekwencją jest konieczność zachowania wewnętrznej spójności i niedopuszczenie do nadmiernego nagromadzenia rozporoszonych norm³²⁹. Z tego względu słuszejszym, aczkolwiek niekoniecznie łatwiejszym rozwiązaniem byłoby zredefiniowanie ram właściwych dla umów polegających na świadczeniu usług, które uwzględniłyby ich współcześnie dominującą pozycję względem umowy sprzedaży, stanowiącej trzon tradycyjnego prawa zobowiązań³³⁰. Podejście takie musiałyby uwzględniać okoliczność, że świadczenie usług zarówno w prawie unijnym, jak i w większości systemów prawnych nie ogranicza się do jednego typu nazwanego stosunku prawnego czy też ich zbioru³³¹, ale stanowi pewien układ interesów, wyznaczony przez zanegowanie cech charakterystycznych dla umowy sprzedaży³³².

Sens typizacji nowych umów może być podważany także z tego względu, że zdecydowana większość „nowych” stosunków prawnych wcale nie jest czymś innowacyjnym w obrocie. Tak jak w przypadku chmury obliczeniowej praktyka zawierania tego typu umów prowadzi do wykształcenia się względnie spójnego i ugruntowanego w świadomości stron kształtu zobowiązania. Rola ustawodawcy nie powinna się zatem sprowadzać do określenia modelu, który powinien mieć zastosowanie, jeżeli strony nie uregulują określonego zagadnienia w sposób odmienny. Można stwierdzić, że nauka i orzecznictwo, a także sama praktyka obrotu będą w stanie zrobić to w sposób szybszy i bardziej odpowiadający aktualnemu zapotrzebowaniu gospodarczemu. Rolą ustawodawcy powinno być jednak dbanie o to, aby funkcjonowanie zasady swobody umów nie odbywało się ze szkodą dla autonomii woli stron, które nie są względem siebie równorzędne. Takiego celu nie da się osiągnąć przez typizację umów, ale przez ciągłe rozwijanie i dostosowywanie instrumentów ogólnego prawa zobowiązań.

329 R. Zimmermann: *The New...*, op. cit., s. 198.

330 F. Zoll (w:) *System Prawa Handlowego...*, op. cit., nb 394.

331 *Ibidem*, nb 407.

332 *Ibidem*, nb 395.

4. Wnioski płynące z analizy przyszłego kształtu umowy przechowywania danych w chmurze

Przyszłość umowy przechowywania danych w chmurze w najbliższej perspektywie będzie w znacznym stopniu uzależniona od sposobu implementacji dyrektywy w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych. Normy w niej zawarte, a także ograniczony zakres ich zastosowania, pomimo maksymalnego charakteru harmonizacji, nie są wystarczające dla urzeczywistnienia założeń prawdziwie jednolitego rynku cyfrowego. Ciężar ustalenia odpowiednich warunków dla rozwoju działalności gospodarczej na rynku cyfrowym spoczywa zatem w znacznej mierze na państwach członkowskich. Analiza już przeprowadzonych i możliwych do podjęcia działań legislacyjnych pozwala na wyciągnięcie następujących wniosków dotyczących przyszłości świadczenia usług w chmurze obliczeniowej:

- 1) polski ustawodawca powinien uwzględnić łatwo generalizowany charakter norm zawartych w dyrektywie i dokonać przebudowy całego systemu prawa zobowiązań, z uwzględnieniem innowacyjnego i technologicznie neutralnego charakteru unijnych regulacji;
- 2) w przypadku umowy mieszanej, która przewiduje świadczenia niezwiązane z dostarczaniem treści lub usług cyfrowych, należałoby przyjąć, że stronie odstępującej od takiej umowy przysługują uprawnienia przewidziane w dyrektywie na wypadek rozwiązania umowy;
- 3) wyjście poza zakres dyrektywy i uregulowanie w zgodzie z unijnym reżimem stosunków, które nie są nią objęte, w znacznym stopniu niwelowałoby konieczność wprowadzania odrębnych regulacji, specyficznych dla umowy przechowywania danych w chmurze, w tym jej typizacji;
- 4) ustawodawca powinien co najmniej uregulować przedkontraktowe obowiązki informacyjne dla chmury obliczeniowej, a w szczególności obowiązki ostrzegawcze, które nie zostały uwzględnione w treści dyrektywy;
- 5) dynamiczny rozwój rynku cyfrowego powoduje, że typizacja nowych stosunków prawnych przy zachowaniu wymaganej neutralności technologicznej jest trudna do osiągnięcia, a sens podejmowania takich działań może być kwestionowany;
- 6) ustawodawca powinien podjąć się zadania zredefiniowania ram właściwych dla umów polegających na świadczeniu usług, które uwzględniłyby ich współcześnie dominującą pozycję względem umowy sprzedaży.

PODSUMOWANIE

Przechowywanie danych w chmurze nie było do tej pory przedmiotem szerszego zainteresowania polskiego ustawodawcy, a wypowiedzi doktryny w tym temacie również nie należą do licznych. Przeprowadzona w niniejszej pracy analiza empirycznych przykładów umowy mającej za przedmiot świadczenie usług w chmurze obliczeniowej prowadzi jednak do wniosku, że znaczna część tego typu stosunków prawnych ma tożsamy lub zbliżony do siebie charakter. Są to umowy odpłatne, przyjmowane w trybie adhezyjnym, składające się najczęściej ze wzorca umownego oraz dodatkowych postanowień o gwarantowanym poziomie świadczenia usług. Wyraźnie zauważalna jest dysproporcja między uprawnieniami przysługującymi użytkownikowi a uprawnieniami dostawcy usług w chmurze, z korzyścią dla tego drugiego, który dąży jednocześnie do maksymalnego ograniczenia swojej odpowiedzialności odszkodowawczej. Zjawisko to jest rezultatem dotychczasowego braku pogłębionej refleksji prawnej w zakresie umów polegających na świadczeniu dóbr o charakterze cyfrowym, przy jednoczesnym dynamicznym rozwoju tego rodzaju stosunków prawnych. Przechowywanie danych przestaje ponadto odgrywać pierwszorzędą rolę, a wyznacznikiem atrakcyjności konkretnej oferty staje się świadczenie dodatkowych usług. Kwestia ta ma niebagatelne znaczenie dla określenia reżimu prawnego tej umowy. Przechowywanie danych w chmurze jest bowiem umową o charakterze mieszanym, która łączy cechy umowy przechowania i umowy o świadczenie usług. Teza ta nie wybrzmiała w dotychczasowej literaturze, niechętniej upatrywaniu w chmurze obliczeniowej innego stosunku prawnego niż wynikający z umowy o świadczenie usług. Reżim prawny zbudowany w oparciu o stosowane w drodze analogii przepisy dotyczące przechowania jest jednak bardziej odpowiedni dla przechowywania danych niż lakoniczne uregulowanie umowy o świadczenie usług. Znaczenie klasyfikacji umowy przechowywania danych w chmurze nabiera jednak drugorzędno znaczenia w związku z uchwaleniem dyrektywy w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych. Dyrektywa ta wprowadza bowiem nowe wymagania wobec przedsiębiorców świadczących usługi w chmurze obliczeniowej. Przechowywanie danych w chmurze w stosunkach konsumenckich będzie się musiało odbywać nie tylko zgodnie z treścią umowy, ale także w sposób odpowiadający uzasadnionym oczekiwaniom konsumenta w stosunku do tej kategorii dóbr. Brak zachowania subiektywnej lub obiektywnej zgodności z umową będzie się wiązał z przyznaniem konsumentowi określonych uprawnień, w tym prawa do zakończenia stosunku zobowiązaniowego. W przypadku chmury obliczeniowej szczególnie istotnego znaczenia nabiera w tym kontekście obowiązek stosowania przez dostawcę usług w chmurze tego rodzaju zabezpieczeń, które w świetle aktualnej wiedzy i przy uwzględnieniu postępu technologicznego w największym stopniu zapobiegają utracie danych lub uzyskaniu do nich dostępu

przez osoby nieuprawnione. Istotniejszego niż dotychczas znaczenia nabiorą także normy techniczne, które będą stanowiły punkt odniesienia dla oceny obiektywnej zgodności świadczenia z umową.

Unijna harmonizacja miała stanowić odpowiedź na nowe wyzwania rynku cyfrowego, jednak w jej ostatecznym kształcie trudno się dopatrywać jakiegoś większego sukcesu. Szczególne trudności pojawiają się w związku z objęciem świadczenia usług reżimem zbliżonym do rękojmi. W przeciwieństwie bowiem do rzeczy cechy usługi są wyznaczane przez opis świadczenia, który w dodatku może być modyfikowany w trakcie wykonywania zobowiązania. Również podział na subiektywne i obiektywne wymogi zgodności z umową może być kwestionowany, co jest wyraźnie zauważalne w przypadku norm technicznych. W związku z maksymalnym charakterem harmonizacji na gruncie prawa polskiego problematyczne może się okazać wskazanie takich przypadków naruszenia zobowiązania, które jednocześnie nie stanowią braku zgodności z umową. Istotnym, aczkolwiek zamierzonym mankamentem dyrektywy jest także jej ograniczony zakres zastosowania wyłącznie do stosunków konsumenckich. Ostateczny wpływ unijnych regulacji na dalsze kształtowanie się umowy przechowywania danych w chmurze będzie zatem w znacznym stopniu zależał od decyzji podejmowanych przez polskiego ustawodawcę. Implementacja dyrektywy może być bowiem równie owocna dla przyszłego rozwoju prawa cywilnego, co hamująca wszelką modernizację.

Cechą charakterystyczną przechowywania danych w chmurze, ale także i innych stosunków obligacyjnych związanych z wykorzystaniem możliwości rynku cyfrowego, jest przewaga dostawcy treści lub usług cyfrowych zarówno w zakresie wiedzy, jak i możliwości kształtowania treści umowy w stosunku do użytkownika, nie tylko tego będącego konsumentem. Ustawodawca powinien zatem podjąć odpowiednie środki, aby zasada swobody umów nie wykluczała w takich sytuacjach autonomii woli słabszej strony stosunku zobowiązaniowego. Oczekujące na implementację dyrektywy w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych oraz niektórych aspektów umów sprzedaży towarów mają w znacznym stopniu generalizowalny charakter. Okoliczność ta stwarza szansę na istotną modernizację polskiego prawa cywilnego, w sposób zwiększający jego spójność i przystosowanie do wyzwań związanych z obrotem na rynku cyfrowym. Modernizacja ta mogłaby się przyczynić do naprawy zachwianej dzisiaj równowagi stron umowy przechowywania danych w chmurze, jak i innych nowopowstających stosunków prawnych. Rolą prawa cywilnego nie jest bowiem stanie na straży sztywnych ram zamierzonego obrotu, ale żywotne dostarczanie odpowiedzi na współczesne problemy w relacjach pomiędzy podmiotami prywatnymi.

BIBLIOGRAFIA

Antoszek T. (w:) *Kodeks cywilny. Tom III. Komentarz. Art. 627-1088*, pod red. M. Gutowskiego, Warszawa 2019.

Barta J., Markiewicz R., Matlak A. (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 13, *Prawo autorskie*, pod red. J. Barty, Warszawa 2017.

Bezáková D.: *The Consumer Rights Directive and Its Implications for Consumer Protection Regarding Intangible Digital Content*, *Masaryk University Journal of Law and Technology* 2013, vol 7, nr 2, s. 177-191.

Borysiak W. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020.

Brzozowski A. (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań - część ogólna*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2019.

Cunha J.F.S.R., Rohrmann C.A.: *Some Legal Aspects of Cloud Computing Contracts*, *Journal of International Commercial Law and Technology* 2015, nr 1, s. 37-46.

Dybowski T., Pyrzyńska A. (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań - część ogólna*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2019.

Fischer B.: *Podział odpowiedzialności za chmurowe przetwarzanie danych osobowych z uwzględnieniem kształtowania regulacji umownych - wybrane zagadnienia*, *Monitor Prawniczy* 2014, nr 9, s. 12-20.

Gawlik B.: *Pojęcie umowy nienazwanej*, *Studia Cywilistyczne* 1971, t. XVIII, s. 5-33.

Gawlik B.: *Umowy mieszane - konstrukcja i ocena prawna*, *Palestra* 1974, nr 5, s. 25-32.

Górecki J. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020.

Gutowski M., Radwański Z. (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne - część ogólna*, pod red. A. Olejniczaka, Z. Radwańskiego, Warszawa 2019.

Haładyj K., Tulibacka M. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020.

Jansen N., Zimmermann R.: *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford 2018.

Kaczmarek-Templin B.: *Specyfika umów o dostarczanie treści cyfrowych w świetle ustawy o prawach konsumenta* (w:) *Ustawa o prawach konsumenta*, pod red. T. Skocznego, D. Karczewskiej, M. Namysłowskiej, Warszawa 2015.

Kaliński M. (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań - część ogólna*, pod red. A. Olejniczaka, Warszawa 2018.

- Klein A.: *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 2005.
- Kondek J. M. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020.
- Kotowski A.: *Wybrane problemy badań empirycznych w naukach prawnych*, Przegląd Prawa Publicznego 2014, nr 7-8, s. 21-33.
- Krajewski M.: *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002.
- Krasuski A.: *Chmura obliczeniowa. Prawne aspekty zastosowania*, Warszawa 2018.
- Longchamps de Berier R.: *Zobowiązania*, Lwów 1938.
- Machnikowski P., Śmieja A. (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań - część ogólna*, pod red. A. Olejniczaka, Warszawa 2018.
- Matysiak M.: *Cloud gaming - wybrane problemy prawne*, Monitor Prawniczy 2019, nr 21, dodatek, s. 35-40.
- Molenda-Kropielnicka E.: *Cloud Computing - zagadnienia prawne*, Prace z Prawa Własności Intelektualnej 2013, nr 119, s. 109-149.
- Morek R. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020.
- Mularski K., Radwański Z. (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne - część ogólna*, pod red. A. Olejniczaka, Z. Radwańskiego, Warszawa 2019.
- Napierała J. (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań - część szczegółowa*, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2018.
- Ogiegło L. (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań - część szczegółowa*, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2018.
- Olejniczak A., Radwański Z.: *Zobowiązania - część ogólna*, Warszawa 2014.
- Osajda K., Łętowska E. (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań - część ogólna*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2019.
- Panowicz-Lipska J., Radwański Z.: *Zobowiązania - część szczegółowa*, Warszawa 2015.
- Pazdan M.: *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I). Komentarz (w:) Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, pod red. M. Pazdana, Warszawa 2018.
- Pecyna M., Zoll F.: *Regulacja świadczenia usług jako wyzwanie legislacyjne (w:) Współczesne problemy prawa zobowiązań*, pod red. J. Haberko, A. Olejniczaka, A. Pyrzyńskiej, D. Sokółowskiej, Lex 2015.
- Pilch M. (w:) *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (wersja przekształcona). Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2019.
- Pisuliński J. (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań - część szczegółowa*, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2018.
- Pisuliński J.: *Umowy związane (na przykładzie umowy sprzedaży lub umowy o świadczenie usług i umowy o kredyt konsumencki)*, Monitor Prawniczy 2002, nr 21, s. 973-982.

Radwański Z.: *Teoria umów*, Warszawa 1977.

Siwicki M.: *Jurysdykcja krajowa w sprawach z zakresu prawa autorskiego w „chmurach obliczeniowych” w świetle rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012*, Europejski Przegląd Sądowy 2016, nr 1, s. 21-26.

Siwicki M.: *Ochrona danych osobowych w zatrudnieniu w chmurze obliczeniowej*, Monitor Prawniczy 2016, nr 12, s. 654-660.

Siwicki M.: *Ochrona praw autorskich, bezpieczeństwa systemów informatycznych, danych osobowych i tajemnicy telekomunikacyjnej w chmurach obliczeniowych*, Prawo i Prokuratura 2015, nr 5, s. 109-127.

Szancito T.: *Prawo przewozowe. Komentarz*, Warszawa 2008.

Szostek D. (w:) *Informatyzacja postępowania cywilnego. Komentarz*, pod red. J. Gołaczyńskiego, D. Szostka, Warszawa 2016.

Taczowska-Olszewska J. (w:) *Ustawa o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa. Komentarz*, pod red. W. Kitlera, J. Taczowskiej-Olszewskiej, F. Radoniewicza, Warszawa 2019.

Trocha B. (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II. Komentarz do art. 730-1217*, pod red. J. Jankowskiego, Warszawa 2019.

Wenderhorst Ch.: *Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht*, Archiv für die civilistische Praxis 2006, t. 206, nr 2/3, s. 205-299.

Wilczewski J.: *Gwarancja Jakości Świadczonej Usług (Service Level Agreement) jako szczególny reżim odpowiedzialności kontraktowej*, Prawo Mediów Elektronicznych 2005, nr 2, Legalis.

Wyrwiński M.: *Dostarczanie treści cyfrowych w Internecie - problem kwalifikacji prawnej świadczenia (w:) Nie tylko hipoteka... Zeszyt jubileuszowy dedykowany Profesorowi Jerzemu Pisulińskiemu*, pod red. M. Kućki, K. Pałki, Warszawa 2015.

Zagrobelny K. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, Warszawa 2019.

Załucki M. (w:) *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, pod red. P. Ślęzaka, Warszawa 2017.

Zimmermann R.: *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford 2005.

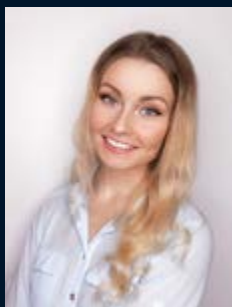
Zoll F.: *Rękojmia. Odpowiedzialność sprzedawcy*, Warszawa 2018.

Zoll F. (w:) *System Prawa Handlowego*, t. 9, *Międzynarodowe Prawo Handlowe*, pod red. W. Popiołka, Warszawa 2013.

Zoll F. (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań - część ogólna*, pod red. A. Olejniczaka, Warszawa 2018.

Zoll F.: *Problem z pojęciem umowy sprzedaży w nowej ustawie o prawach konsumenta - zagadnienie umów mieszanych z obowiązkiem świadczenia usługi*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2014, nr 4(3), s. 8-20.

Wydawnictwo powstało w ramach serii „Biblioteka UOKiK”. Niniejsza publikacja zajęła III miejsce w konkursie Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na najlepszą pracę magisterską poświęconą ochronie konsumentów w edycji 2020/2021.



Katarzyna Wiśniewska - absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz Szkoły Prawa i Kultury Japońskiej współorganizowanej przez Graduate School of Law Uniwersytetu w Kobe. Studentka studiów podyplomowych z zakresu zarządzania zasobami IT na Politechnice Warszawskiej. W latach 2015-2020 laureatka i finalistka konkursów z prawa konstytucyjnego, cywilnego i międzynarodowego publicznego oraz stypendystka stypendium Rektora dla najlepszych studentów Uniwersytetu Jagiellońskiego. Laureatka III miejsca w Ogólnopolskim Konkursie Wiedzy o Prawie Unii Europejskiej organizowanym przez Europe Direct - Gdańsk oraz Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. W ramach działalności naukowej zajmuje się problematyką prawa cywilnego i nowych technologii.

„Autorka dokonuje bardzo oryginalnej analizy zasadności stosowania przeniesionego z umowy sprzedaży modelu odpowiedzialności za niezgodność z umową. Autorka pokazuje problemy tego modelu, pokazując, że w przypadku umowy chmury obliczeniowej niezwykle trudno jest wyznaczyć cechy samej usługi w odróżnieniu od ukształtowania reżimu odpowiedzialności. Jest to bardzo dojrzała praca przydatna dla nauki i praktyki. Praca jest innowacyjna nie tylko ze względu na analizę nowej dyrektywy i stosunkowo nowego rodzaju usług, ale także ze względu na pokazanie granic wydajności modelu odpowiedzialności wzorowanego na sprzedaży. Także analiza wzorców umownych dostawców tego rodzaju usług jest nowatorska.”

Z recenzji **prof. dr. hab. Fryderyka Zolla**

„Zaletą recenzowanej pracy jest jasne postawienie problemu badawczego a także przeanalizowanie stosowanych w praktyce wzorów umów o świadczenie usług przechowania danych w chmurze. Należy się zgodzić z autorką, że funkcjonujące w obrocie umowy można zakwalifikować jako umowę mieszaną, łączącą elementy umowy przechowania i umowy o świadczenie usług.”

Z recenzji **prof. dr. hab. Jerzego Pisulińskiego**

ISBN 978-83-64681-25-7

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa
www.uokik.gov.pl