

STANOWISKO dla MAiC w ramach konsultacji społecznych KE

sporządzone przez adwokat Agatę Majchrowską – Izba Adwokacka we Wrocławiu

Konsultacje społeczne Komisji Europejskiej ogłoszono pod nazwą „Otoczenie regulacyjne platform internetowych i pośredników internetowych, przetwarzania danych, chmur obliczeniowych i gospodarki współpracy”. Jak wynika z treści ankiety, konsultacje te mają związek z badaniem swobody przepływu danych w UE, rozpatrywanej analogicznie jak swoboda świadczenia usług czy swoboda przedsiębiorczości.

Definicja techniczna **Chmury Obliczeniowej** wyróżnia trzy główne modele: SaaS, IaaS oraz PaaS. Oznacza to, że w granicach technologicznego pojęcia Chmury można wyodrębnić platformy internetowe, oferujące zaawansowane zespoły usług. W szczególności są to usługi korzystania z treści cyfrowych, dostępnych za pośrednictwem sieci internet, na indywidualne żądanie, w ramach mechanizmów interaktywnych, działających z wykorzystaniem potencjału technologicznego Chmury (urządzeń i oprogramowania). Wg zaproponowanej dla potrzeb konsultacji definicji platformy internetowej (ang. *on-line platform*) obejmuje ona szereg usług dotychczas regulowanych w prawie UE dyrektywą 2000/31/WE [e-Commerce]. Z uwagi na przyjęty już uprzednio model regulacji tego sektora, wymienione w niej usługi społeczeństwa informacyjnego, w szczególności hosting, w ujęciu definicyjnym nie miały charakteru zamkniętego. Analizując pytania ankiety należy uznać, że obecnie będą rozwijane w ramach wszystkich aspektów podjętych w Strategii DSM. Przewidziano bowiem, że postęp technologiczny może wprowadzić pojęcia nie znane na etapie procedury legislacyjnej oraz w chwili wejścia aktów prawnych w życie.

W ankiecie¹ jako przykłady **platform internetowych** wymienia się: wyszukiwarki internetowe, narzędzia do specjalistycznego wyszukiwania, agregatory wiadomości, internetowe serwisy handlowe, platformy audiowizualne i muzyczne, platformy do udostępniania materiałów wideo, systemy płatności, sieci społecznościowe, platformy aplikacji, platformy gospodarki współpracy. Wyraźnie podkreślono, że dostawcy usług dostępu do sieci internet znajdują się poza zakresem proponowanej definicji. W przyjętej roboczo dla potrzeb ankiety definicji, Chmurę obliczeniową stanowią skalowalne, elastyczne, fizyczne lub wirtualne zasoby wspólne, z możliwością samodzielnego zarządzania i administrowania nimi na indywidualne żądanie. Na zasoby te składają się serwery, systemy operacyjne, sieci, oprogramowanie, aplikacje i systemy magazynowania (danych). W ramach powyższej definicji, platforma internetowa jest przedsięwzięciem o węższym zakresie, nadające się do modelowania w indywidualny sposób, przy użyciu z określonych „narzędzi” i usług konkretnego modelu Chmury Obliczeniowej.

Okręgowa Rada Adwokacka we Wrocławiu prowadzi aktualnie działania mające na celu sporządzenie opinii i uwag w ramach konsultacji społecznych ogłoszonych przez KE, korzystając m.in. z przeprowadzonych przeze mnie w tym przedmiocie badań naukowych i empirycznych.²

¹ Ankieta: otoczenie regulacyjne platform internetowych i pośredników internetowych, przetwarzania danych, chmur obliczeniowych i gospodarki współpracy, str.5;

² w oparciu m.in. o przygotowaną przeze mnie w tej mierze dysertację doktorską. Jestem adwokatem Izby Adwokackiej we Wrocławiu, rozprawę opracowałam pod kierunkiem prof. dr hab. Jacka Gołaczyńskiego. Stanowi ona kontynuację dotychczasowej pracy naukowej – praca magisterska obejmowała omówienie Swobody świadczenia usług w orzecznictwie ETS; Jestem współautorem Komentarza do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (red. J. Gołaczyński) oraz opublikowałam szereg artykułów dotyczących problematyki usług świadczonych drogą elektroniczną, usług płatniczych, reguł odpowiedzialności z tytułu świadczenia usług społeczeństwa informacyjnego [usług świadczonych drogą elektroniczną] i usług płatniczych oraz problemów związanych z dochodzeniem roszczeń opartych o e-dowody;

Dziekan ORA we Wrocławiu, Pan mecenas Andrzej Grabiński³, zaplanował wykład ekspercki i dyskusję seminaryjną, w celu uzupełnienia już opracowanych przeze mnie wniosków – zawierając uwagi i opinie adwokatów Izby Wrocławskiej⁴. Wyniki w/w badań, zostaną przedstawione w ramach ewentualnego uzupełnienia stanowiska do MAiC oraz poprzez dedykowany formularz w ramach konsultacji społecznych KE⁵.

Kompleksowe ujęcie normatywne usług w zakresie przedstawionym w zawartej ankiecie, zawierającej niewiążącą propozycję definicji platformy internetowej, uznać należy za słuszne. Napotkane w tym przedmiocie problemy wiążą się z dotychczasowym sposobem regulacji rynku usług – istnieje znaczne rozproszenie norm, regulacje mają charakter sektorowy i fragmentaryczny. Pierwszym i podstawowym problemem jest trudność odszukania właściwej normy prawnej, która charakteryzuje najpowszechniej obecnie zawierane umowy w obrocie *eCommerce* (i *mCommerce*) i nadaje ramy dla dalszej oceny takiej umowy. Ramy te są istotne w zakresie kształtowania reguł odpowiedzialności oraz formułowania roszczeń procesowych i odnoszących się do nich reguł rozkładu ciężaru dowodu. Prawo europejskie w tej mierze nie przenosi szczególnych zasad ponoszenia odpowiedzialności, opowiada się jednak za procedurą określania przypadków wyłączeń odpowiedzialności – oferując w tej mierze procedurę „*Notice and Takedown*”, bazującą w pewnej części na rozwiązaniach amerykańskich⁶. Należy podkreślić, że tego rodzaju mechanizm kształtowania odpowiedzialności nie jest obcy polskiemu systemowi prawa - co można odszukać w przedwojennych opracowaniach polskich adwokatów⁷, dotyczących zwłoki wierzyciela i uwalniania się od odpowiedzialności przez dłużnika. Brak uregulowań europejskich nadających się do implementacji na gruncie prawa krajowego ma istotne znaczenie. Przede wszystkim dlatego, że kodeks cywilny nie przewiduje nazwanej umowy o świadczenie usług. Jedynym w tej mierze przepisem jest art. 750 k.c. , odsyłający do odpowiedniego stosowania przepisów o zleceniu. Oznacza to, że umowy o świadczenie usług mające na celu osiągnięcie określonego rezultatu, nie posiadają w istocie normatywnej podstawy prawnej. W pozostałym (jedynie fragmentarycznym zakresie) usługi tego rodzaju regulowane są m.in. w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną czy ustawie o usługach na terytorium RP. Pewną wskazówką, choć też jedynie dla transakcji konsumenckich i faktycznej realizacji uprawnień z tytułu rękojmi, jest ustawa z 30.5.2015 r. o Prawach konsumenta⁸, implementująca dyrektywę konsumencką 2011/83/UE.

Należy jednak podkreślić, że zgodnie ze strategią Digital Single Market (Jednolitego Rynku Cyfrowego) z 6.5.2015 r. zaplanowano rewizję przepisów dyrektywy konsumenckiej z 2011 r., w oparciu o aktualne potrzeby rynku cyfrowego oraz prace nad regulacją elementów składowych Chmury Obliczeniowej (m.in. Platform Internetowych oraz Internetu Przedmiotów⁹ (IoT)).

Przy dokonywaniu analiz przedmiotowej regulacji na szczeblu UE, należy niewątpliwie wziąć również pod uwagę aktualną dyrektywę o usługach płatniczych PSD2¹⁰, szczególnie co do zasad kształtowania odpowiedzialności i rozkładu ciężaru dowodu. Opierając się na tym modelu należałoby aktualnie zaproponować, aby to na usługodawcy spoczywał ciężar wykazania, że

³ Wybrany dziekanem w 2013 r. Ponadto w latach poprzednich: członek ORA we Wrocławiu, członek Sądu Dyscyplinarnego ORA we Wrocławiu, członek NRA, przewodniczący Komisji Kształcenia Aplikantów Adwokackich przy NRA, sędzia Trybunału Stanu, oraz wiceprzewodniczący Trybunału Stanu;

⁴ z uwagi na okres ogłoszenia konsultacji i termin zakreślony przez MAiC, zbiegające się z uprzednio zaplanowanymi terminami wykładów i kolokwium, pierwszym możliwym terminem przeprowadzenia wykładu jest 5.11.2015;

⁵ po dokonaniu formalnej rejestracji w ramach publicznych konsultacji KE i podjęcia uchwały o ustanowieniu pełnomocnika ORA do złożenia pisemnego stanowiska;

⁶ Digital Millennium Copyright Act,

⁷ Por. m.in. St. Machalski, *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, 1938 r.; R.1, z.2;

⁸ Dz.U. 2014, poz. 827;

⁹ Internet of Things, pojęcie tłumaczone również w polskojęzycznych dokumentach jako „Internet Rzeczy”;

¹⁰ dotychczas jeszcze niezaimplementowaną do prawa krajowego;

należycie zaoferował swoje świadczenie oraz wykazania, że poziom interoperacyjności, zapobieganie wykluczeniu cyfrowemu i należycie spełnione obowiązki informacyjne (tworzące proponowaną klauzulę równości) zostały przezeń wykonane.

Mając na względzie aktualne regulacje, tak szeroka definicja o jakiej mowa w ankiecie, uchyli wątpliwości dotyczące charakteru prawnego platform internetowych i nie będzie powodowała konieczności wydawania orzeczeń interpretacyjnych przez TS UE. Orzeczenia te odwołują się *de facto* na podział na towary i usługi - jak to przewidziano w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹¹. Można jedynie podkreślić fakt, że dotychczasowe interpretacje dokonywane przez Trybunał Sprawiedliwości UE potwierdzały otwarty charakter definicji usług społeczeństwa informacyjnego, w tym również dla dostawy treści cyfrowych.

Odnosząc się do regulacji dotyczących treści cyfrowych chronionych prawem autorskim, warto zwrócić uwagę na potrzebę uwzględnienia w ramach definicji usług społeczeństwa informacyjnego, usługi subskrypcji oraz licencji – jako usług oferowanych przez dostawcę treści cyfrowych w ramach Chmury. W kwestii ustalania reguł odpowiedzialności należałoby opowiedzieć się za rozwiązaniem przewidującym, że dostawca cyfrowy powinien odpowiadać za ewentualne naruszenia praw autorskich na dwa sposoby. W przypadku, gdy to on umieścił w treści cyfrowe w Chmurze, powinien odpowiadać na zasadach ogólnych dla prawa autorskiego, jeśli zaś dostarcza je „automatycznie”, jako pośrednik, w wyniku świadczenia na rzecz podmiotu trzeciego usługi hostingu czy też w inny sposób nie generując ani nie modyfikując tych danych – adekwatną byłoby zastosowanie procedury *Notice and Takedown*.

Należy pamiętać, że powyższy aspekt powoduje konieczność ponownego przeanalizowania zasady anonimowości przewidzianej w ramach swobody świadczenia usług – w celu efektywnego zapewnienia możliwości dochodzenia roszczeń przez osoby, których prawa zostały w ten sposób naruszone lub w sposób odpowiedni wzmocnić procedury ustalenia osoby odpowiedzialnej za naruszenie.

Analogiczny mechanizm należałoby zaproponować w ramach odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych – również tych, przetwarzanych automatycznie jak w przypadku wyników wyszukiwarek. Ustanowione przez TS UE prawo do bycia zapomnianym jest jednak przykładem sytuacji, w której praktycznie cały ciężar usunięcia skutków działań osób trzecich (innych niż operatorzy wyszukiwarek) spoczywa na tych usługodawcach (takich jak np. Google). Mając na uwadze efekt Streisand – zapewnienie realizacji nadanego usługobiorcom uprawnienia do bycia zapomnianym, może się okazać dla usługodawców niemożliwe lub związane ze znacznymi kosztami. Regulacje powinny przewidzieć możliwość ustalenia osoby odpowiedzialnej względem usługobiorcy i usługodawcy, celem zagwarantowania im słusznego odszkodowania. Zarówno zatem poszkodowanemu usługobiorcy za jego szkodę oraz usługodawcy, który był zmuszony ponieść konsekwencje takiej sytuacji oraz koszty usunięcia wprowadzonych w taki sposób danych do sieci internet. Tego rodzaju regulacja wprowadzone nie wpłynęłaby na przyspieszenie czy usprawnienie mechanizmów usuwania już rozpowszechnionej informacji, jednak mogłaby stanowić instrument przewidujący sankcję za bezprawne działanie, a zatem – pełnić rolę narzędzia o charakterze *quasi*-prewencyjnym.

Przy uwzględnieniu w/w mechanizmów koncepcja należytej staranności usługodawcy powinna koncentrować się na wypełnieniu procedury *Notice and Takedown* – przypisanie usługodawcom obowiązku zapewnienia staranności (w stopniu wyższym – wymaganym od

¹¹ TFUE, uprzednio TWE;

podmiotów profesjonalnie świadczących usługi) przy monitorowaniu treści nie jest działaniem koniecznym. Uzupełniająco jedynie można rozważać koncepcję zautomatyzowanego monitorowania treści uznawanych powszechnie za bezprawne (np. propagujących nazizm, tzw. składników „black list”). Kryteria tworzenia takich czarnych list jednak należałoby oceniać analogicznie jak dla wszystkich innych swobód UE – czyli wg zasady uzasadnionego interesu publicznego i społecznego, w szczególności ochrony uznanych wartości czy interesu najsłabszych.

Opracowanie jednak takiej procedury (automatycznego wychwytywania niepożądanych informacji w sieci) wymaga uzyskania od usługodawców pełnej i kompletnej w tej mierze informacji o technicznych możliwościach i kosztach wprowadzenia takich rozwiązań od podmiotów świadczących tego rodzaju usługi. Zbyt kosztowne rozwiązania mogą bowiem prowadzić do osiągnięcia skutku odwrotnego od zamierzonego – reguły ekonomiczne pozwalają przypuszczać, że ów koszt zostanie w pewnym zakresie niejako przerzucony na usługobiorców, co może zniechęcić ich do dalszego korzystania z usług w ramach DSM.

Jeśli chodzi o ograniczenia lokalizacji danych (*GeoBlocking*), należy wspierać możliwość korzystania z usług (w szczególności dostępu do treści cyfrowych w chmurze obliczeniowych – bez względu na model Chmury) w dowolnej lokalizacji. Szczególne w tej mierze znaczenie ma obowiązująca dyrektywa 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych. Uwzględniając kształt najbardziej aktualnego orzecznictwa TS UE, usunięcie ograniczeń geograficznych może nie tylko wpłynąć na treść zaproponowanej w ankiecie definicji (z uwagi na konieczność podkreślenia usług klasycznej „telewizji” i charakteru internetowego broadcasting, szczególnie „indywidualnego”¹²) ale i na spełnienie oczekiwań społecznych osób podróżujących w ramach UE.

Dotychczasowe regulacje dotyczące umów o świadczenie usług, których konsultacje społeczne dotyczą, są fragmentaryczne. Jak sygnalizuje ELI w najnowszej opinii dotyczącej CESL, mechanizmy sprzedaży treści cyfrowych – w zakresie w jakim opierają się na realizowaniu umów przy wykorzystaniu regulaminów świadczenia usług lub określonych wzorców umownych – powodują, że zaciera się obowiązek badania czy usługobiorca jest konsumentem czy przedsiębiorcą (SME/LE)¹³. Jednak w kontekście dalej idących badań należytego wykonania umowy lub jej niewykonania, i uwzględniając obowiązującą w innych systemach prawa koncepcję naruszenia zobowiązania, istotne znaczenie ma czy korzystającym jest konsument czy przedsiębiorca, albowiem dla nich przewidziane są inne poziomy ochrony. Należy zatem rozważyć – analogicznie jak to ma miejsce w preambule PSD2 – aby SME zapewniać w podstawowym zakresie ochronę jak konsumentom. Realizacja tego zadania wpisze się w pewnym zakresie w klauzule równości – zważywszy na fakt korzystania z internetu zarówno przez tzw. dobrze poinformowanych usługobiorców, nadzwyczaj dobrze poinformowanych konsumentów (cyfrowych YETI¹⁴) oraz balansujących na granicy faktycznego wykluczenia cyfrowego nieporadnych przedsiębiorców, których zakres działania zawodowego w żadnej rozsądnej mierze nie pokrywa się zazwyczaj z korzystaniem z usług Chmury (w myśl zasady „równej broni”).

Odnośnie usuwania przeszkód istotnym jest, aby zapewnić jednolite zasady dochodzenia roszczeń i orzekania, zarówno w transakcjach transgranicznych jak i krajowych. Aktualny stan, w którym Sądy Krajowe niezmiernie rzadko zwracają się z pytaniami prawnymi do TS UE a kształt praw i obowiązków stron postępowania nadaje zindywidualizowane do konkretnej sprawy orzeczenie

¹² Czyli tworzenia krótkich filmików jak to ma miejsce przy korzystaniu z serwisu typu YouTube;

¹³ Oczywiście zasada ta powinna być respektowana w ramach rozszerzającej wykładni klauzuli równości, czyli tak, aby nie wymagać od mniej zorientowanej strony takiej samej wiedzy i staranności jak od strony zorientowanej w stopniu wyższym lub wręcz profesjonalnym. Takie ujęcie wyklucza co oczywiste spod regulacji relacje B2B LE/LE.

¹⁴ tzw. YETI consumer (Young Educated Technology-oriented Intelligent consumer);

sądu krajowego, nie sprzyja pewności dokonywania transakcji – tym bardziej, że usługodawcy ani usługobiorcy nie są zainteresowani sprawdzaniem kraju pochodzenia stron (a więc i prawa właściwego i jurysdykcji), bowiem dla pozyskania niematerialnych treści cyfrowych nie ma to żadnego znaczenia¹⁵.

Przechodząc do kwestii udostępniania danych wrażliwych (osobowych) lub umożliwiających identyfikację osoby korzystającej potencjału Chmury (ze względu na jej cechy charakteru, preferencje, hobby, itp.) należy również rozważyć wdrożenie procedury, na zasadach podobnych jak *Notice and Takedown* (tj. umożliwiającej zgłoszenie nadużywania danych przez usługodawców poprzez np. wyświetlanie dedykowanych reklam). W tej mierze można rozważyć, czy powinna powstać dedykowana instytucja, odpowiednio przygotowana technicznie, zdolna do ustalenia osoby odpowiedzialnej za „narzucające się” treści np. reklamowe, których usługobiorca sobie nie życzy. Należałoby rozważyć, analogicznie do przycisków na forach internetowych („zgłoś bezprawne treści”), nałożenie na usługodawców usług chmury obliczeniowej obowiązku udostępnienia (w sposób jasny i czytelny) usługi umożliwiającej złożenie przez korzystającego w ramach danej strony żądania niewyświetlenia dedykowanych reklam, dobieranych dla indywidualnych preferencji użytkownika. Obrót takimi danymi między usługodawcami powinien być ściśle monitorowany, z rygorami analogicznymi jak dla ochrony danych osobowych. Ta sama zasada powinna obowiązywać przy uregulowaniach dotyczących Internetu Rzeczy. Dzięki takiej regulacji, automatyczne wysyłanie danych identyfikujących osobę ze względu na jej preferencje, zdradzających jej osobiste potrzeby czy zainteresowania, w sposób umożliwiający powiązanie tych danych z danymi lokalizacyjnymi (IP, MAC adres, usługi lokalizacji, GPS, itp.) mogłoby następować jedynie wtedy, gdy usługodawca pobierający takie dane i je przetwarzający legitymuje się wyraźną i jednoznaczną zgodą usługobiorcy, należycie poinformowanego o zakresie i celu zbierania danych.

Jeśli chodzi o dostęp do danych publicznych czy naukowych i kwestię ich ponownego wykorzystania, powinny one korzystać w pełni ze swobody przepływu danych. W przypadku danych uzyskiwanych w ramach dostępu do informacji publicznej na podstawie indywidualnego wniosku wymagającego uzasadnienia interesu w żądaniu ich udostępnienia – obrót nimi powinien podlegać „reglamentacji” na zasadach takich samych jak przewidziane dla ochrony dóbr osobistych czy prawa autorskich i praw własności intelektualnej.

Otwarte platformy usług (w tym m.in. portale społecznościowe) charakteryzują się wyższą interaktywnością między kreatywnymi użytkownikami, zwykle nielimitowanym tworzeniem i udostępnianiem treści cyfrowych w ramach obranej platformy internetowej, a wręcz nawet możliwością dopuszczalnej możliwości modyfikacji samej platformy internetowej w ramach dostępnych usług Chmury. W ramach w/w usług status prawny osoby (jako konsumenta, MSE lub LE) nie ma szczególnego znaczenia. Wyjątkiem są te sytuacje, w których dochodzi do naruszeń kwalifikowanych w oparciu o ostrzejsze reżimy odpowiedzialności (zawodowej, wymaganej od przedsiębiorcy, wymaganej w ramach klauzul porządku publicznego, itp.).

Warto podkreślić, że odesłania wskazujące ogólne ramy prawne (czyli ograniczenia swobody przepływu danych) powinny każdorazowo mieć miejsce przy regulowaniu konkretnych usług (niejako sektorowo, jako wstęp lub jako przepis końcowy). To oznacza, że usługobiorca powinien być świadomy, że zasoby, dane cyfrowe czy usługi z których korzysta, są chronione na podstawie innych przepisów, odpowiednio: odnoszących się do ochrony dóbr osobistych, praw autorskich i pokrewnych, własności intelektualnej, ewentualnie – usługodawca powinien przekazać

¹⁵ Jedyne badania w tej mierze ograniczają do sprawdzenia kosztów transportu w przypadkach zakupów towarów przez internet.

usługobiorcy zapewnienie o istnieniu subskrypcji lub udostępnianiu mu jako użytkownikowi co najmniej czasowej i niewyłącznej licencji na korzystanie z określonych zasobów.

Koncepcja „platformy platform naukowych” w „sieci sieci naukowych” - Otwartej Europejskiej Naukowej Chmury Obliczeniowej jest zbieżna z koncepcją e-Gov, z jakiej korzysta m.in. KE, TS UE, PE, ponadto jest uzupełniona o możliwość dodawania danych i treści przez użytkowników. Można przyjąć, że jest to otwarty system pewnego rodzaju biblioteki naukowej, z możliwością umieszczania własnych publikacji i komentarzy. Od wielu lat wg analogicznej idei działa serwis Wikipedia. Na kanwie tego przykładu należy stwierdzić, że dla ustanowienia EOSC¹⁶ wymagane byłoby gwarantowanie usługi moderowania treści, nieodpłatnego dostępu do systemu plagiatowego oraz rejestru autorów. Nie istnieje europejski rejestr autorów i ich zgód na udostępnienie badań naukowych i publikacji w systemie licencji open. Nie istnieje rejestr ani mechanizm pozwalający ustalić ponad wszelką wątpliwość czy osoba udzielająca zgody jest uprawniona do jej udzielenia. W tym zakresie system taki musiałby być oparty o system zgód wyrażanych w standaryzowanej formie, przewidzianej m.in. w rozporządzeniu eIDAS¹⁷, weryfikowanych jako istniejące i niewygaste w odrębnie sporządzonym elektronicznym rejestrze autorów i chronionych utworów. Nie istnieje jednak również wyraźny system porównywania treści poszczególnych wypowiedzi, a tym bardziej system uwzględniający inteligentne tłumaczenia i wychwytyjący literówki. Przykładem wielojęzycznej platformy jest witryna internetowa TSUE, co potwierdza, że nie wielość wersji jest problemem, ani nawet rozbieżności wynikające z niedociągnięć tłumaczenia. Rzeczywistą trudność stanowi zapewnienie moderowania (monitorowania) danych, przez osoby posiadające kompetencje do ich merytorycznej oceny. Nawet przy przyjęciu, że zasoby takiej Naukowej Chmury byłyby regulowane analogicznie jak dla ochrony praw autorskich (własności intelektualnej) czy też ostatecznie – *Notice and Takedown*, do czasu utworzenia technicznych rozwiązań i odpowiednich rejestrów nie jest możliwe uchronienie się przed nielegalnym rozpowszechnianiem treści bez zgody ich autora. Można rozważyć, aby przed utworzeniem takiej „pełnowartościowej” Chmury Naukowej wdrożyć rozwiązanie pośrednie, tj. dedykowany system wyszukujący pośród niepublicznie zagregowanych danych znajdujących się w zasobach poszczególnych małych Chmur tworzonych przez „lokalne” organizacje i udostępniający osobie korzystającej jedynie linki do odpowiednich zasobów. Decyzja o możliwości udostępnienia danych zapadałaby jednak lokalnie, wg przepisów danego zbioru danych naukowych.

Można przyjąć, że inicjatywa Europejskiej Chmury Obliczeniowej jest zagadnieniem o technicznym charakterze, z uwagi na faktyczne możliwości ustanawiania zabezpieczeń, narzędzi ochrony danych (i danych osobowych). Legalne kwestie ochrony danych lub ustanawiania zabezpieczeń, dochodzenia roszczeń, identyfikacji „sprawców” naruszeń oraz ciężaru dowodu są analogiczne jak dla usług omówionych powyżej. Spośród problemów należy jednak wyróżnić brak możliwości negocjowania umów, ze względu na sposób i okoliczności ich zawarcia, uzależnienie się od konkretnego dostawcy wobec braku jednoznacznych informacji o sposobach, możliwościach i kosztach przenoszenia danych między usługodawcami (uwzględniając jedynie „zwyczajową” standaryzację usług) oraz trudności w dochodzeniu roszczeń wobec realnej trudności w pozyskaniu informacji przez poszkodowanego użytkownika. Można powiedzieć, że tego rodzaju usługi mogą i powinny być realizowane na warunkach podobnych do innych usług społeczeństwa informacyjnego, uwzględniając regulacje dotyczące usług płatniczych. Oznacza to, że usługodawca powinien w sposób jasny informować o warunkach świadczenia usług, o danych wymaganych dla

¹⁶ European Open Science Cloud;

¹⁷ Regulacja nr 910/2014; Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE;

określenia interoperacyjności usługi z usługami lub urządzeniami użytkownika, oferować usługi w sposób niedyskryminacyjny i nie powodujący sytuacji zagrożenia wystąpienia zjawiska wykluczenia cyfrowego (czyli uwzględniający możliwości przeciętnego użytkownika) oraz udostępniać w sposób widoczny możliwość zgłoszenia zastrzeżeń użytkownika co do sposobu działania lub należytej jakości oferowanych usług. Z uwagi na techniczne uwarunkowania to usługodawca powinien dowodzić należytego zaoferowania swojego świadczenia oraz spełnienia kryteriów przedstawienia jasnej i czytelnej informacji, która mogła mieć wpływ na decyzję o skorzystaniu z danych zasobów przez użytkownika.

Wzorce umowne obowiązujące usługodawców Chmury Obliczeniowej nie mogą być zbyt skomplikowane nie powinny powtarzać zapisów regulacji ogólnych lub sektorowych. Jednak przy tworzeniu ewentualnych wzorców, mających służyć za element umów o świadczenie usług z użytkownikiem warto wskazać na konkretne warunki czy ograniczenia swobody świadczenia usług (odesłaniem „sektorowym”). Tego rodzaju standaryzacja z pewnością doprowadziłaby do efektywniejszej ochrony w razie stwierdzenia naruszeń i usprawnienia reguł kształtujących zasady dochodzenia roszczeń.

Standaryzacja, mimo tego, że powszechnie aprobowana w drodze swoistej samoregulacji nie zależy od tego czy usługobiorcą jest konsument czy przedsiębiorca. Tworzenie nieco „sztucznych” podziałów na kategorie usługodawców objętych dwoma różnymi regulacjami czy sposobami ochrony nie jest zabiegiem celowym ani pożądanym. Z uwagi na brak przepisów odnoszących się do sytuacji przedsiębiorców, można odnieść wrażenie, że korzystają z zasobów cyfrowych tak jak konsumenci, a dopiero z chwilą stwierdzenia naruszenia orientują się, że ich sytuacja nie jest taka sama jak konsumenta. W obrocie zaś LE/LE czy LE/SME zazwyczaj nie dochodzi do zawierania umów, nie podlegających negocjacji. Reguły słuszności prowadzą do przekonania, że o ocenie konkretnego przypadku powinna decydować raczej ocena zorientowania obu stron w używanych narzędziach oferowanych przez Chmury, a nie ich formalny status (stanowiąc niejako kryteria oceny kompetencyjnej).

Zdecydowanie łatwiej jest stworzyć jeden zbiór informacji o sposobie korzystania z usług, sposobie dochodzenia roszczeń, granicach odpowiedzialności – nie dzieląc go na grupy, z tej prostej przyczyny, że przedsiębiorcy współpracujący w ramach ściśle zawodowej działalności, dysponujący „równą bronią” układają swoje stosunki umowne w drodze indywidualnych negocjacji lub działając co najmniej ze świadomością ryzyk prawnych i gospodarczych występujących w ramach danego sektora usług.

Jeśli chodzi o gospodarki współpracy [*collaborative economy*] koncepcja zawarta w pytaniach odpowiada co do zasady znanej polskiemu prawu umowie o wspólne przedsięwzięcie. Proponowane rozwiązanie tworzenia „nieformalnych”, tymczasowych lub współprowadzonych przedsięwzięć również nie jest rozwiązaniem nieznanym – w krajowym systemie prawa, w razie braku sformalizowania takiej umowy posługiwano się pojęciem „spółka cicha”. Wszelkie metody skojarzenia osób (fizycznych i prawnych), zasobów, i to nie tylko te dostępne za pomocą platform internetowych są powszechnie stosowane. Oceniając pytania ankiety należy dojść do wniosku, że przedmiotem rozważań są aspekty wykorzystywania platform internetowych do przedsięwzięć, w których ustalenie rodzaju stosunku prawnego łączącego strony, prawa właściwego rządzącego ich stosunkiem prawnym czy jurysdykcji może nie być jasne. Kształt pytań ankiety sugeruje powinność zbadania czy zawieranie takich umów może prowadzić do osłabienia praw socjalnych, zatrudnienia, przepisów ochrony zdrowia i bhp. Jeśli chodzi zatem o ustalenie prawa właściwego, można powiedzieć, że najrozsądniejszym byłoby uznanie, że strony same mają dokonać wiążącego wyboru prawa właściwego (analogicznie do *merger clause*), a jeśli zawierają umowę w sposób

„nieformalny” czy „skryty” to konsekwencją zawierania umowy nielegalnej powinno być wyłączenie praw do dochodzenia roszczeń (oczywiście za wyjątkiem tych, których dochodzenie przewidują bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym prawa pracy, prawa karnego czy prawa podatkowego). Należy uznać, że dochodzenie roszczeń opartych o bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa powinno być ustalane (co do zakresu i sposobu) w oparciu o normy kolizyjne prawa prywatnego międzynarodowego. Jedynie odniesienie powinno znajdować się w treści aktu regulującego *collaborative economy* - bez konieczności wprowadzania w tej mierze szerszych uregulowań. Należy rozważyć również możliwość stosowania zasady, że o ile nie popełniono przestępstwa, określanego wg reguł prawa materialnego karnego i odpowiednich dla tej dziedziny norm kolizyjnych, powinna obowiązywać zasada „*volenti non fit iniuria*” Przy dokonywaniu ocen konkretnych sytuacji należałoby kierować się kryteriami analogicznymi jak ustanowione przez TS UE dla oceny zachowań należycie zorientowanego konsumenta, który nie jest uprawniony do roszczeń spełniających kryteria nadużywania przysługującego mu prawa podmiotowego. Analizując w tej mierze ewentualne zachowania usługodawców tradycyjnych, obawiających się konkurencji ze strony osób, które pozyskują pracowników w ramach np. telepracy, finalna odpowiedź na pytanie o wagę argumentów zainteresowanych stron będzie możliwa dopiero po przeprowadzeniu szczegółowej analizy ekonomicznej i socjologicznej zjawiska. *Prima facie*, umożliwianie młodym ludziom pracy przez internet może stanowić o podjęciu próby przeciwdziałania bezrobociu, popadania w stany depresyjne czy też nadużywania środków psychotropowych – jak wskazuje się w bowiem w ramach badania zjawisk społecznych, praca kształtuje odpowiedzialność, natomiast brak pracy może prowadzić do wykluczenia społecznego.

Propagowanie gospodarki opartej o nowe technologie nie jest konieczne – rozwija się samodzielnie w znacznej mierze na skutek zwiększającej się aktywności użytkowników sieci. Istotnym jest aby – niezależnie od różniących się wzajemnie systemów prawnych – umożliwić nawiązywanie takich relacji. Sankcją jednak za ich nawiązanie nie powinno być to, aby podlegać nieznanym jednej ze stron regułom, dla niej – krzywdzącym. Rozpatrując orzecznictwo TS UE odnoszące się do swobody świadczenia usług można wskazać, że różnice w postrzeganiu konkretnych zachowań jako niepożądane w danym systemie prawa krajowego są nieuniknione, mimo powszechności zjawiska korzystania z zasobów cyfrowych w obrębie rynku niemal całkowicie pozbawionego barier (poza ewentualna barierą technologiczną oraz cenzurą).

Jak wskazują aktualne prace nad CESL ujednoczenie przepisów prawa napotyka trudności i wprowadzanie fragmentarycznych regulacji sektorowych jest zadaniem prostszym do zrealizowania niż duże kompleksowe projekty. „Łatki” o których mowa w aktualnej dyskusji nad strategią DSM nie zawsze prowadzą do jednolitego systemu prawa powodując rozbieżności definicyjne między aktami sektorowymi lub swoiste *superfluum* ustawowe – czyli wielokrotne powtarzanie tych samych zasad w kilku aktach sektorowych.

Otoczenie regulacyjne dla Chmur Obliczeniowych z pewnością – dla uzyskania modelu idealnego – wymagałoby jednej spójnej regulacji. Być może mógłby to być jednolity kodeks Prawa Cyfrowego [Digital Single Law] – skoro Europejski Kodeks Cywilny nie jest projektem nadającym się do zrealizowania. Należy zadać pytanie, czy jeśli różnice systemów prawa poszczególnych krajów członkowskich nie nadają się do usunięcia, w świetle wymagań jakie stworzył rozwój internetu i obowiązujących tam zasad muszą być uznawane za kolidujące z koncepcją stworzenia Prawa Cyfrowego. Można przyjąć, że przyszedł czas wyboru między kolizją wewnętrzną (dualizmem umów cywilnych tradycyjnych i cyfrowych) a kolizją globalną w ramach „jednorodzajowych” technicznie usług cyfrowych (które są regulowane zróżnicowanymi i rozproszonymi normami w różnych krajach, które niełatwo odszukać). Rozważając fakt, że rozróżnienie na regulacje B2C i B2B w

poszczególnych systemach prawa istniało już od co najmniej 15 lat, może czas wprowadzić drugą płaszczyznę podziału (nie podmiotową – B2B i B2C, a z uwagi na świat usług tradycyjny i cyfrowy), w miejsce podejmowania kolejnych prób pogodzenia wielu systemów prawa i wielu sceptyków unifikacji i rewolucji w tradycyjnym postrzeganiu prawa.

Podsumowanie:

Nie ma wątpliwości, że dyskusje dotyczące regulacji nie pokrywają się ze skalą rozwoju usług w ramach e-Commerce i m-Commerce. Dokonanie wyboru, o którym mowa wyżej, między stanowieniem prawa spójnego z poszczególnymi systemami „tradycyjnymi” lub stworzenie kolejnej płaszczyzny podziału (nie „podmiotowej” a „przedmiotowej”) jest pożądane. Wydaje się, że dyskusji powinien podlegać zatem i przede wszystkim sposób dokonania takiego podziału. Gdy dokonamy wyboru, rozwiązania adekwatne dla potrzeb rynku i usprawiedliwionych oczekiwań społecznych i ekonomicznych (w ramach celu „*fit for purpose*”) wypracują się już z większą łatwością. Prawo regulujące czynności codzienne nie powinno nastęrczać tak wielopłaszczyznowych trudności z jego odnalezieniem, stosowaniem i egzekwowaniem.

ORA we Wrocławiu, zamierza uszczegółowić w/w problemy o dodatkowe uwagi zgłoszone przez przedstawicieli Adwokatury Wrocławskiej, w ramach zaplanowanego wykładu eksperckiego. Kompletne stanowisko zostanie przedstawione KE z kopią do MAiC w terminie do 30.12.2015.

Z uwagi na współistniejący program dotyczący prowadzenia spraw z urzędu w ramach Ogólnopolskiego Systemu¹⁸ „Darmowa pomoc prawna¹⁹” i wynikające z tego tytułu obowiązki adwokatów względem osób korzystających z tego programu, istotnym jest, aby dążyć do wykluczenia, a co najmniej zminimalizowania sytuacji, w których adwokaci świadczący pomoc prawną są zobowiązani jej udzielić, mimo braku jednoznacznej normy prawnej regulującej sytuację prawną osoby zasięgającej porady. Z uwagi na wymogi stawiane profesjonalnym pełnomocnikom, adwokaci zobowiązani są działać z najwyższą starannością - co w przypadku braku czytelnych i jasnych regulacji i niejednorodności orzecznictwa jest obiektywnie utrudnione. Nie ma wątpliwości, że stanowisko co do kształtu regulacji i sposobu stanowienia prawa będzie miało wpływ na jego stosowanie.

Uprzejmie proszę o przyjęcie niniejszego dokumentu w ramach czynności MAiC podejmowanych w okresie konsultacji społecznych KE.

adwokat Agata Majchrowska

¹⁸ <https://ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/darmowa-pomoc-prawna/>

¹⁹ v. ustawa z 5.8.2015 o nieodpłatnej pomocy prawnej oraz edukacji prawnej

Załącznik – Metryka dokumentu

Charakter dokumentu	STANOWISKO WSTĘPNE – dokument sporządzony przed przeprowadzeniem konsultacji wewnętrznych w ramach wykładu eksperckiego organizowanego przez Okręgową Radę Adwokacką we Wrocławiu, celem przedłożenia opinii w ramach konsultacji społecznych KE: „Otoczenie regulacyjne platform i pośredników internetowych, przetwarzania danych, chmur obliczeniowych i gospodarki współpracy” [WERSJA ELEKTRONICZNA]
Języki dokumentu	Polski (PL),---
Autor dokumentu	adwokat Agata Majchrowska
Organ współorganizujący i współprowadzący badanie w ramach konsultacji społecznych KE	Dziekan Okręgowej Rady Adwokackiej we Wrocławiu adw. Andrzej Grabiński
Data sporządzenia dokumentu	30.10.2015
Adresat dokumentu	Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji
Adresy poczty e-mail przeznaczone do przesłania dokumentu	KonsultacjeDSI@mac.gov.pl Jaroslaw.Sekula@mac.gov.pl Barbara.Szymanska@mac.gov.pl
Dane adresowe autora dokumentu	adwokat Agata Majchrowska Kancelaria Adwokacka Agata Majchrowska ul. Kościuszki 63/3, 50-008 Wrocław e-mail: majchrowska.agata@gmail.com GSM: +48 507 109 629
Organ prowadzący rejestr, numer w rejestrze	Naczelna Rada Adwokacka, 922
Źródło danych dla adresatów dokumentu	https://maic.gov.pl/konsultacje/platfomy-internetowe-nielegalne-tresci-w-internecie-i-odpowiedzialnosc-tzw-posrednikow (dane kontaktowe wg stanu z 21.10.2015 oraz 30.10.2015)
Oświadczenie	Stanowisko autorskie, oparte o prace własne i wymienione w nich źródła [komplet do wglądu]
Ilość stron dokumentu	9
Załączniki	Metryka dokumentu