

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Äriõiguse ja intellektuaalse omandi õppetool

Kerli Tolk

**VASTUTUST VÄLISTAVATE JA PIIRAVATE TÜÜPTINGIMUSTE
KEHTIVUS PILVETEENUSE OSUTAMISEL SÕLMITAVATES
LEPINGUTES**

Magistritöö

Juhendaja
prof. Irene Kull

Tartu
2014

Sisukord

Sissejuhatus	3
1. Pilveteenuse osutaja kohustused.....	9
1.1. Pilveteenuse osutaja kohustuste allikad	9
1.2. Teenuse kättesaadavuse ja kvaliteedi tagamise kohustus	11
1.3. Teenuse turvalisuse ja andmete terviklikkuse tagamise kohustus	17
2. Pilveteenuse osutaja vastutust välistavate tingimuste kontroll.....	24
2.1. Kohaldatava õiguse valik.....	24
2.2. Tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamine.....	28
3. Vastutust välistavad ja piiravad lepingutingimused sõltuvalt rikkumise liigist	35
3.1. Üldised vastutust välistavad ja piiravad tingimused.....	35
3.2. Vastutuse välistamine teenuse kättesaadavuse rikkumise korral.....	39
3.3. Vastutuse välistamine turvalisuse ja terviklikkuse kohustuse rikkumise korral.....	41
3.4. Lubatud vastutuse piiramine	45
4. Vastutuse summaarsed piirangud ja hüvitise asendamine teenuse kasutamise krediidiga...	47
4.1. Hüvitise ulatusele ja nõude esitamisele seatud piirangute kehtivus	47
4.2. Teenuse kättesaadavuse kohustuse rikkumise hüvitamine teenuse kasutamise krediidiga kui ebamõistlikult kahjustav tingimus.....	50
Kokkuvõte	56
Validity of exclusion and limitation on liability clauses in cloud computing contracts (summary).....	61
Kasutatud allikad	67
Kasutatud kirjandus	67
Muud allikad.....	68
Normatiivaktid.....	70
Kohtupraktika	70
Pilveteenuse pakkujate lepingutingimused.....	70
Pilveteenuse kättesaadavuse näitajad	71

Sissejuhatus

Pilveteenus on Interneti-põhine teenus, mis võimaldab kasutajale juurdepääsu igal pool ja igal hetkel tarkvarale, ressurssidele ja informatsioonile, mida hoitakse mujal ja hallatakse kellegi teise poolt.¹ See tähendab, et kasutajale ei kuulu tarkvara ega muid ressursse, vaid teenuse pakkuja võimaldab tasu² eest kasutajale ligipääsu Interneti kaudu lepingu esemeks olevale teenusele.³ Pilveteenuse pakkuja all mõeldakse käesolevas töös ettevõtjaid, kes pilveteenust pakuvad ning teenus tähistab pakutavat teenust.

Töös uuritakse pilveteenuse osutaja poolt vastutusele seatavaid piiranguid pilveteenuse osutamisel sõlmitavates lepingutes ning analüüsitakse selliste tingimuste õiguspärasust. Pilveteenuse osutajad seavad ka muid piiranguid nende vastu esitatavatele nõuetele, mida samuti töös uuritakse kui võimalikke kasutajale kahjulikke tingimusi oma nõude maksmapanekul. Pilveteenuse osutamine on võrdlemisi uus teenus, mistõttu on sõlmitavates lepingutes õiguslikke probleeme, mis vajavad lähemat uurimist. Samuti võib teenuse uudsuse tõttu olla keeruline leida kohaldatavat seadust ning norme, mille alla pilveteenus paigutada. Käesolevas töö ei tegeleta kohaldatava seaduse leidmisega olukorras, kus lepingus esineb välismaine element. Töö on suunatud lepingupoolte kohustuste kindlakstegemisele ja nende sisu selgitamisele ning vastutuse ja õiguskaitsevahendite kohta käivate piirangute analüüsile juhul, kui lepingule kohaldatakse Eesti õigust.

Pilveteenuse osutamisel sõlmitavad lepingud on tüüpitingimustega lepingud võlaõigusseaduse⁴ (edaspidi VÕS) § 35 lg 1 mõttes. Tingimused on koostatud teenuse osutaja poolt, mis tähendab, et lepingust tulenevad õigused ja kohustused võivad olla ebaproportsionaalselt teenuse osutajat soodustavad ja seega kasutajat kahjustavad. Üheks silmatorkavamaks probleemiks võib nimetada vastutuse liigset piiramist teenuse osutaja poolt. Vastutus üritatakse välistada võimalikult suurel määral ning lisaks sellele piiratakse kahju hüvitamise nõuet ning muude õiguskaitsevahendite kasutamist. Pilveteenuse osutaja poolset vastutuse piiramist on probleemina välja toodud, kuid valdavalt on seda käsitletud üldiselt, mainides, et

¹ C. Pham. E-Discovery in the Cloud Era: What's a Litigant To Do? - Hastings Science and Technology Law Journal, vol 5, 2013, p. 142.

² Autori märkus: tasu pilveteenuse kasutamise eest võib olla ka mitterahaline, seega on töös läbivaldt vajalik täpsustus, kui silmas peetakse rahalise tasuta pakutavat teenust. Mitterahaline tasumine võib toimuda, kui teenuse kasutaja annab teenuse osutajale loa oma andmete edasiseks töötlemiseks või kui kasutajale edastatakse kontekstuaalset reklaami. Vt C. Millard. Cloud Computing Law. Oxford University Press 2013, p. 45.

³ C. Pham, *op. cit.*, p. 144.

⁴ Võlaõigusseadus. – RT RT I 2001, 81, 487; RT I, 29.11.2013, 4.

tegemist võib olla tingimustega, mis ei pruugi kohalike seaduste alusel kehtima jääda⁵. Käesoleva töö autorile teadaolevalt ei ole pilveteenuse osutamisel sõlmitavaid lepinguid erialases kirjanduses Eesti õiguse kontekstis käsitletud.

Pilveteenuse puhul on tegemist teenusega, mille osakaal aastatega suureneb⁶. Olukorras, kus lepingutingimused määratakse teenuse pakkuja poolt, võib tasakaal poolte õiguste ja kohustuste vahel osutada ebaõiglaselt kahjustavaks. Direktiiv 2000/31/EÜ elektroonilise kaubanduse kohta⁷ (edaspidi elektroonilise kaubanduse direktiiv) on tekitanud liikmesriikides segadust vastutusele kohaldatavate erandite suhtes.⁸ Nimelt leitakse ühelt poolt, et uusi teenuseid ei tuleks lisada erandite hulka, mida käsitlevad elektroonilise kaubanduse direktiivi artiklid 12-14, samas kui teised leiavad, et teenused tuleks lisada artiklites nimetatud teenuste hulka.⁹ Elektroonilise kaubanduse direktiivi artiklid on üle võetud Eesti õigusesse infoühiskonna teenuse seaduse¹⁰ (edaspidi InfoTS) §-des 8-10. Kuigi käesolevas töös nimetatud sätete sisu ei analüüsita, näitab eelnev, et pilveteenuste pakkumisega seonduvat ei ole lihtne paigutada olemasoleva regulatsiooni alla. Probleemi aktuaalsust väljendab lisaks see, et käsil on pilveteenuse lepingu mudeltingimuste väljatöötamine, kus on välja toodud ning probleemse aspektina nimetatud muu hulgas teenuse osutamisega kaasnevat vastutust ja võimalikku kahju hüvitamist.¹¹ Seega on esitatud probleem aktuaalne, kuna teemat ei ole käsitletud Eesti erialases kirjanduses ning ka välismaises kirjanduses on vastutust puudutavat käsitletud vähesel määral, ent probleemi olemasolu on nenditud.

Pilveteenuse tüüpe on kolm: tarkvara kui teenus (edaspidi SaaS – *software as a service*), platvorm kui teenus (edaspidi PaaS – *platform as a service*) ja infrastruktuur kui teenus (edaspidi IaaS – *infrastructure as a service*). Erinevus nende tüüpide vahel seisneb kasutajale võimaldatavas kontrollis teenuse üle. SaaS puhul on kasutaja kontroll minimaalne või puudub üldse, see tähendab, et kasutajal ei ole võimalust mõjutada pilves toimuvat, tal on üksnes

⁵ W. Kuan Hon, C. Millard, I. Walden. Negotiating Cloud Contracts: Looking at Clouds from Both Sides Now. Stanford Technology Law Review, vol 16, no 1, 2012, p. 81.

⁶ IDC Worldwide Cloud Systems Management Software 2014–2018 Forecast. 2014. Available: <http://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=247607>. 01.05.2014.

⁷ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 8. juuni 2000. a direktiiv 2000/31/EÜ infoühiskonna teenuste teatavate õiguslike aspektide, eriti elektroonilise kaubanduse kohta siseturul. - ELT L 178/01, 17.07.2000, lk 399-414.

⁸ European Commission. Commission Staff Working Document. Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. 2012, p. 23. Available: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2012:0271:FIN:EN:PDF>. 02.05.2014.

⁹ *Ibid.*, p. 24.

¹⁰ Infoühiskonna teenuse seadus. – RT I 2004, 29, 191; RT I, 06.01.2011, 12.

¹¹ European Commission. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe, p. 5. Available: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0529:FIN:EN:PDF>. 02.05.2014.

kasutamise õigus (nt e-mail, otsingubaasid).¹² PaaS tüüpi pilve puhul on kasutajal suurem kontroll – kasutaja saab installeerida, seadistada ja kohandada enda tarkvara rakendusi pilves ja luua uusi rakendusi –, kuid kasutaja ei saa kontrollida teenuse pakkuja serverites, operatsioonisüsteemides jmt toimuvat.¹³ Kõige rohkem kontrolli teenuse üle on kasutajatel IaaS mudeli puhul, kus kasutaja üürib ligipääsu teenusepakkuja serveritele, riistvarale ja võib nendele integreerida enda kohandatud operatsioonisüsteemi ja tarkvara. Selle mudeli puhul on teenuse pakkujal kontroll pilve infrastruktuuri üle, kuid kasutajal operatsioonisüsteemi ja tarkvara üle, st pakkuja vastutab pilve baasi töötamise eest ning klient on vastutav operatsioonisüsteemi säilitamise, uuendamise jmt eest, tagamaks pilve töötamise.¹⁴ Kontrolli ulatus võib sõltuda ka teenusepakkujatest, kuid üldine kontrolli tase, mis kasutajatele erinevate mudelite puhul võimaldatakse, on selline nagu eelnevalt kirjeldatud. Sellest tuleneb ka probleem andmete turvalisuse tagamiseks – kasutajatel on tihti üksnes ligipääs oma andmetele, neil ei ole kontrolli operatsioonisüsteemi või andmete hoiustamise koha üle, üksnes IaaS mudeli puhul on kasutajal kontroll andmete ja operatsioonisüsteemi üle.¹⁵ Kuna kontrolli teenuse üle on erinev ning seega ka kasutaja võimalused turvalisuse ja oma andmete säilitamiseks, ei tohi kõiki tingimusi hinnata samal alusel, vaid peab arvesse võtma teenuse tüüpi ning sellest tingitult ei pruugi alati teenuse osutaja vastutav olla.¹⁶

Pilveteenuse osutamisel sõlmitavad lepingud on ühest küljest küllaltki standardsed, teisalt võivad aga erinevate teenusepakkujate puhul suuresti erineda. Erisused on enamasti selgitatavad teenuse tüübist tulenevate erisustega ja teenuse sihtgrupiga.¹⁷ Lepinguid võib leida üsna lühikesi ja üldiseid, kuid ka pikki ja keerulisi. Paljud lepingud koosnevad mitmest dokumendist, näiteks lisanduvad üldistele tingimustele eraldi dokumendid teenuse osutamise taseme (edasipidi SLA – *service level agreement*), privaatsuspoliitika ja aktsepteeritava kasutamise poliitika kohta. Teenuse üldtingimustest võib leida sätted teenuse ulatuse, poolte õiguste ja kohustuste, vastutuse, kohaldatava õiguse ja lepingu lõpetamise kohta. SLA kirjeldab teenuse kasutamise kättesaadavuse taset, milline teenuse kättesaadavuse tase garanteeritakse, samuti võivad siin sisalduda tingimused, mis puudutavad teenuse eest tasumist ning teenuse mittekättesaadavuse korral hüvitist. Privaatsuspoliitika puudutab sätteid andmekaitse ja andmete töötlemise kohta, lisaks võib leida punkte isikuandmete turvalisuse tagamisest. Aktsepteeritava kasutamise poliitika kirjeldab, millisel viisil on teenuse

¹² C. Pham, *op. cit.*, p. 146.

¹³ *Ibid.*, p. 147.

¹⁴ *Ibid.*, p. 148.

¹⁵ *Ibid.*, p. 159.

¹⁶ C. Millard, *op. cit.*, p. 28.

¹⁷ *Ibid.*, p. 39.

kasutamine lubatud ning milline kasutamine on keelatud. Nimetatud punktid ei ole erinevate teenuse osutajate vahel alati eelnevalt kirjeldatud viisil jagatud, kuid töö kirjutamise käigus läbi töötatud tüüptingimustes on kirjeldatud jaotus valdav. Pilveteenuse lepingu all mõeldakse käesolevas töös teenuse osutaja poolt sätestatud tingimusi ning erinevaid dokumente, millega teenuse osutamine seotud on.

Pilveteenuse lepingute sõlmimisel ei toimu üldjuhul eraldi läbirääkimisi lepingutingimuste osas, läbirääkimised võivad toimuda vaid siis, kui teiseks pooleks on riik või väga suur ettevõtja, mistõttu on läbirääkimine pigem erandlik.¹⁸ Valdavalt läbirääkimisi ei toimu ning käesolevas töös käsitletakse lepinguid, mida eraldi läbi ei räägita ja mille kasutajateks on tarbijad ning väikese ja keskmise suurusega ettevõtjad.

Pilveteenuse lepingu sõlmimine on tehtud väga lihtsaks ja mugavaks, mistõttu kasutajad ei pruugi pidada oluliseks pöörata piisavalt tähelepanu lepingutingimustele, millega nad nõustuvad. Suurema mõjuga ettevõtjatel on reeglina eelnev võimalus läbirääkimisteks ja sellisel juhul on enim läbiräägitavateks tingimusteks SLA-s sätestatud ning privaatsust ja turvalisust puudutavad tingimused.¹⁹ Üritades sätestada minimaalseid privaatsuse ja turvalisuse tingimusi või sätestades, et teenuse osutaja ei taga neid üldse, on tegemist ka vastutust puudutava probleemiga, kuna kohustus välistatakse koos vastutuse välistamisega. Paljud pilveteenuse osutajad määravad tingimusteks kindlaks ka kohaldatava õiguse, milleks on enamasti pilveteenuse osutaja peamise tegevuskoha riigi õigus, kuid mõningatel juhtudel võib kohaldatava õiguse valik sõltuda ka kasutaja asukohast.²⁰ Käesolevas töös ei peatuta pilveteenuse lepingut puudutavatel teistel probleemidel nagu lepingutingimuste muutmine või lepingu lõpetamine.

Pilveteenuse kasutamise eesmärged on sõltuvalt kasutajast erinevaid. Tarbijad saavad pilveteenuseid kasutada andmete salvestamiseks (näiteks piltide hoiustamine või e-maili kasutamine) ning tarkvaraga seonduvalt. Ettevõtjad saavad kasutada pilveteenuseid, et pidada ettevõttesiseseid andmekeskuseid, lisaks saab kasutada küsitluskeskkondi tarbijate eelistuste teadasaamiseks, selle asemel, et ise vastav keskkond luua.²¹ Seega aitab pilveteenuste kasutamine hoida kokku ettevõtjal tekkivaid kulusid. Pilveteenuse osutamise paremaks muutmiseks on Euroopa komisjon teinud ettepanekuid teenuse toimimise parandamiseks,

¹⁸ W. Kuan Hon, C. Millard, I. Walden, *op. cit.*, p. 89.

¹⁹ C. Millard, *op. cit.*, p. 33.

²⁰ S. Bradshaw, C. Millard, I. Walden. *Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services*. Queen Mary University of London, School of Law. Legal Studies Research Paper No. 63/2010, p. 17.

²¹ European Commission. *Unleashing the potential of cloud computing in Europe*, *op. cit.*, p. 4.

suurema turvalisuse tagamiseks, kasutajasõbralikumate teenuste pakkumiseks ning uutel teenuste tekkimiseks kiiresti, odavalt ja paindlikult.²²

Käesoleva töö eesmärk on teha selgeks, millises ulatuses on pilveteenuse osutaja vastutuse piiramine õiguspärane ning millised vastutust välistavad ja kahju hüvitamist piiravad tingimused võiksid olla Eesti õiguse mõttes tühised. Pilveteenuse osutamise lepingud ei ole leidnud vastutuse kontekstis laiemat uurimist ning nagu eelnevalt mainitud, on tegemist tüüptingimustel sõlmitud lepingutega. Kuna ühe probleemina on välja toodud vastutust piiravaid tüüptingimusi, on kohane analüüsida nende kehtivust Eesti õiguse kontekstis. Seeläbi saab välja selgitada, milline vastutuse piiramine on, arvestades poolte õigusi ja kohustusi, lubatud ning millised vastutuse välistamise olukorrad ei pruugi kehtima jääda. Töö hüpoteesiks on, et pilveteenuse osutajad välistavad lepingutes vastutust rohkem kui lubatud ning seetõttu ei ole vastutust välistavad tingimused kehtivad tüüptingimuste regulatsiooni alusel. Samuti on töö hüpoteesiks, et ka vastutust piiravad piirangud, mis takistavad kasutajal oma nõude maksmapanekut, ei ole tüüptingimuste regulatsiooni alusel kehtivad.

Töö koosneb kolmest peatükist, millest esimene käsitleb pilveteenuse osutaja kohustusi. Pilveteenuse osutamise lepingud võivad olla küllaltki napolisõnalised ning tihti ei ole seal selgelt välja toodud teenuse osutaja kohustusi. Vastutuse eelduseks on kohustuse rikkumine ning seega on oluline teha selgeks, millised on teenuse osutaja olulisemad kohustused, mille rikkumise tõttu võib teenuse kasutajal tekkida huvi õiguskaitsevahendite kasutamiseks. Esimeses peatükis selgitatakse esmalt, millisest regulatsioonist võib Eesti õiguses leida pilveteenuse osutaja kohustused ja millistest allikatest veel teenuse osutaja kohustused tuleneda võivad. Selgitatakse ka teenuse osutaja kohustuste sisu, lähtudes nii seaduses sätestatust kui lepingu sisust, eesmärgist ja erinevatest lepingutingimustest.

Teises peatükis analüüsitakse, milline õigus kuuluks pilveteenuse osutamisel kohaldamisele ning kas oleks võimalik kohaldada Euroopa ühise müügiõiguse regulatsiooni. Lisaks peatutakse tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamisel pilveteenuse lepingust leitavatele tingimustele, hindamaks, kas tingimus on saanud lepingu osaks ja kas tingimus võib olla tühine.

Kolmandas peatükis uuritakse, milliseid tingimusi võib kohata üldiselt vastutuse piiramisel ja välistamisel Samuti käsitletakse vastutust välistavaid tingimusi lähtuvalt teenuse osutaja

²² *Ibid.*, p. 5.

olulisematest kohustustest ning nende kehtivust tüüptingimuste regulatsiooni alusel. Seejärel peatutakse küsimusel, millises ulatuses on vastutuse välistamine tüüptingimuste puhul lubatud.

Töö neljandas peatükis uuritakse, millised on vastutuse ulatusele seatud piirangud. Esmalt vaadatakse, millises ulatuses vastutust piiratakse ning milliseid piiranguid nõude esitamisele veel seatakse. Teiseks analüüsitakse teenuse krediidiga hüvitamist, mis on teenuse osutaja poolt ainukeseks hüvitamise vahendiks teenuse kättesaadavuse kohustuse rikkumise korral. Vastavaid tingimusi analüüsitakse samuti lähtuvalt tüüptingimuste regulatsioonist ning tingimuste kehtivuskontrolli kohaldamisest.

Käesoleva töö kirjutamisel on lähtutud Eesti seadusandlusest selgitamaks, kuidas pilveteenus paigutub Eesti õigusesse ning kuidas tõlgendada pilveteenuse osutamisel sõlmitavaid lepinguid kohaliku regulatsiooni alusel, lähtudes eelkõige tüüptingimuste regulatsioonist VÕS-is. Kuna Eestis ei ole pilveteenuse lepinguid erialases kirjanduses käsitletud, on kasutatud inglisekeelseid artikleid, mis analüüsivad pilveteenuse lepinguid ning nendes sisalduvaid probleemseid tingimusi. Oluline osakaal on olnud ka Euroopa Komisjoni poolt koostatud töödokumentidel ning Queen Mary University of London'i *Cloud Legal Project*'i raames läbi viidud uuringutel ja järeldustel. Samuti on töös pilveteenuse riskide hindamisel kasutatud Euroopa Arvutivõrkude ja Informatsiooni Turvalisuse Agentuuri (edaspidi ENISA – *European Union Agency for Network and Information Security*) poolt läbi viidud uuringuid. Konkreetsete näidete toomiseks lepingutingimustest on kasutatud pilveteenuse osutamisel sõlmitavate lepingute tüüptingimusi, mis on olnud vabalt ligipääsetavad teenuse osutaja veebikeskkonnas. Lepingutingimuste valimisel on pööratud tähelepanu erinevate tingimuste leidmisele, mis lepingutes ette võivad tulla. Sellega näidatakse ka teenusepakkujate erinevaid lähenemisviise. Teenuse osutajate valimisel ei ole seatud geograafilisi piiranguid, kuid valdavalt on valitud teenusepakkujad seadusloome sarnasuse tõttu Euroopa Liidu liikmesriikidest, sh Eestist. Lepingutingimusi on sisustatud seadusest tulenevate põhimõtete ja eesmärkide kaudu.

1. Pilveteenuse osutaja kohustused

1.1. Pilveteenuse osutaja kohustuste allikad

Pilveteenuse osutamisest tulenevate kohustuste kindlakstegemiseks on vaja esmalt selgitada, millise regulatsiooni alla pilveteenus Eesti õiguse mõttes paigutada võiks. Pilveteenuse osutamisel sõlmitavad lepingud on koostatud teenuse osutajate poolt ning nendes ei ole välja kujunenud teenuse osutaja kohustusi reguleerivat traditsioonilist jaotust. Kui teenuse osutamise tingimustes ka on vastav peatükk, võib sealt leida üldsõnalise tingimuse, mille kohaselt kohustub teenuse osutaja osutama vastavat teenust. Teenuse enda kirjeldus on reeglina üldsõnaline, küll on aga üksikasjalik loetelu, milles esitatakse asjaolud ja olukorrad, mille eest on teenuse osutaja vastutus välistatud.

VÕS § 23 lg 1 esimese lause kohaselt võivad lepingupoolte kohustused olla kindlaks määratud lepingus või sätestatud seaduses. VÕS § 23 lg 1 sätestab (p-des 1-4), et kohustused võivad tuleneda ka lepingu olemusest ja eesmärgist, poolte vahel väljakujunenud praktikast, lepingupoolte kutse- või tegevusalal kehtivatest tavadest või hea usu ja mõistlikkuse põhimõttest. Nagu eelnevalt mainitud, ei too pilveteenuse osutajad lepingutes selgelt välja, millised on nende kohustused teenuse osutamisel. Sellest tulenevalt peab teenuse osutaja kohustuste kindlakstegemisel lähtuma VÕS § 23 lg-s 1 sätestatud juhustest, pidades silmas nii seadusest tulenevaid kohustusi kui lepingu olemust ja eesmärki.

A. Cunningham ja C. Reed on arutlenud, millena pilveteenust käsitleda – kas tegemist on teenuse, kauba või *sui generis* seguga eelnevast kahest?²³ Pilveteenuse olemuse vähene teadmine on vahel viinud ka selleni, et pilveteenuse lepinguid käsitletakse kui tarkvara litsentsilepinguid või tehnoloogia müügilepinguid, mitte kui teenuse osutamise lepinguid.²⁴ Pilveteenuse (eelkõige SaaS-tüübi) puhul ei toimu omandiõiguse üleandmist ning samuti ei ole tegemist litsentsilepinguga, mistõttu on seda raske käsitleda kaubana.²⁵ Kuna ei toimu omandi üleandmist, ei ole tegemist müügilepinguga. Pilveteenuse puhul võimaldab teenuse osutaja kasutajal kasutada teenuse osutaja poolt eelnevalt välja töötatud keskkonda. Üldine eeldus ning valdav käsitlus on pilveteenus kui teenus ning sellest lähtub ka käesoleva töö

²³ A. Cunningham, C. Reed. Caveat Consumer? – Consumer Protection and Cloud Computing Part 1 – Issues of Definition in the Cloud. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 130/2013, January 18, 2013, p. 27.

²⁴ C. Millard, *op. cit.*, p. 34.

²⁵ A. Cunningham, C. Reed. Part 1, pp. 27-28.

autor. Samuti on A. Cunningham ja C. Reed lähtunud eeldusest, et pilveteenust tuleks vaadelda kui teenust.²⁶

Infoühiskonna teenuse seaduse § 2 p 1 sätestab infoühiskonna teenuse mõiste: „teenus, mida osutatakse majandus- või kutsetegevuse raames teenuse kasutaja otsesel taotlusel ja mille puhul andmeid töödeldakse, säilitatakse ja edastatakse digitaalkujul andmete töötlemiseks ja säilitamiseks mõeldud elektrooniliste vahendite abil, kusjuures osapooled ei viibi üheaegselt samas kohas. Infoühiskonna teenus peab olema täielikult üle kantud, edastatud ja vastu võetud elektrooniliste sidevahendite abil. Infoühiskonna teenus ei ole faksi ega telefonikõne abil edastatud teenus ega televisiooni- või raadioteenus“. Pilveteenust osutatakse majandus- või kutsetegevuse raames ning teenuse saamiseks sõlmib kasutaja lepingu. Sõltumata teenuse tüübist, toimub pilveteenuse käigus andmete töötlemine. Seega vastab pilveteenus infoühiskonna teenuse mõistele InfoTS § 2 p 1 mõttes.

Infoühiskonna teenuse seadus sätestab vastutuse piirangud teatud tüüpi teenuste osutamise puhuks, kuid seaduses ei ole nimetatud, millised on teenuse osutaja kohustused. InfoTS § 1 lg 3 kohaselt ei kohaldata InfoTS-i infoühiskonna teenusega seonduvatele küsimustele, mis on reguleeritud elektroonilise side seaduse, isikuandmete kaitse seaduse ja meediateenuste seadusega. Järelikult kohaldatakse InfoTS-i nimetatud seadustega reguleerimata ulatuses ja InfoTS regulatsioon ei ole ammendav. InfoTS § 1 lg 1 kohaselt sätestab seadus nõuded infoühiskonna teenuse osutajale, järelevalve teostamise korralduse ja vastutuse seaduse rikkumise eest. Sellest tulenevalt ei reguleeri infoühiskonna teenuse seadus teenuse osutaja kohustusi. Elektroonilise side seaduse²⁷ (edaspidi ESS) § 2 p 6 kohaselt on elektroonilise side teenuseks teenus, mis seisneb kokkulepitud tingimustel tervikuna või peamiselt signaalide edastamises või suunamises elektroonilise side võrgu kaudu. Elektroonilise side teenus on ka võrguteenus. Ka pilveteenust võib vaadelda kui elektroonilise side teenust ning selle põhjal saab otsida pilveteenuse osutaja kohustusi ESS-st.

ESS § 87 sätestab sideteenuse osutamisele ja sidevõrkudele esitatavad nõuded ja sideteenuse kvaliteedi. Käesoleva töö eesmärgist lähtuvalt võib olulisemate teenuse osutamise põhimõtete ja eesmärkidena tuua ESS § 87 lg 1 p-d 1, 2, 3, 7. Nimetatud punktide kohaselt tuleb tagada sidevõrgu toimimise turvalisus, säilitada selle terviklikkus, tagada edastatud või talletatud teabe kaitse ning tagada sideteenuse kvaliteet. Sellest lähtuvalt võib pidada neid pilveteenuse osutaja peamisteks kohustusteks ning järgnevides alapeatükkides selgitatakse nende

²⁶ *Ibid.*, p. 29.

²⁷ Elektroonilise side seadus. – RT I 2004, 87, 593; RT I 05.07.2013,3.

kohustuste sisu lähemalt. Pilveteenuse lepingutes ei ole neid kohustusi tihti sõnaselgelt sätestatud, mistõttu analüüsitakse nende kohustuste sisu tõlgendades koosmõjus seadust, pilveteenuse osutamise lepingut ja sellest tuleneda võivaid eripärasid.

1.2. Teenuse kättesaadavuse ja kvaliteedi tagamise kohustus

Tänapäeval on Internet ning selle kaudu osutatavad teenused ettevõtjate jaoks oluline osa igapäevasest tegevusest, ilma milleta on ettevõttega seotud teenuseid keeruline ette kujutada. Nimetatu hulka võib arvata nii tavapärase suhtluse meili teel kui erinevate tarkvara või andmete hoiustamise pilveteenuse kasutamise abil, lihtsustades märkimisväärselt ettevõtte toimimist. Ettevõtjad kasutavad pilveteenuseid vähendamaks kulutusi, mida nad peaksid tegema vastava tarkvara või lahenduse omandamisel ja haldamisel. Tegemist on efektiivse viisiga, kuidas ettevõtja saab osutada enda pakutavaid teenused paremini. A. Cunningham'i ja C. Reed'i kohaselt pakub pilveteenus kasutajate jaoks suurt tehnoloogilist tulu, kuna teenust kasutades on võimalik kasutada andmete varundamist suuremas ulatuses väiksemate kulustega ja saavutada tehniline jõud (*processing power*), mis ettevõtjale endale muidu jõuetekohane ei ole.²⁸ Samasugune roll on pilveteenustel tavatarbijate jaoks, kes kasutavad elektrooniliseks kirjavahetuseks pilveteenusel põhinevaid keskkondi või hoiustavad lisakoopiaid pilves. Sellest tulenevalt on oluline, et teenus oleks kättesaadav kogu aeg. Takistused teenuse osutamises võivad põhjustada kasutajale juba lühiajalisena märkimisväärset kahju, kuid teiselt poolt kahjustavad tõrked ja takistused ka teenuse osutaja mainet.

Kättesaadavus hõlmab osaliselt ka kvaliteedi tagamise kohustuse, kuivõrd reeglina lubatakse kindla kvaliteediga teenuse kättesaadavust. Pilveteenuse lepingu kõige olulisemateks tingimusteks võib pidada teenuse kättesaadavuse ja selle kvaliteedi tagamist puudutavaid õigusi ja kohustusi. H. B. Wolfe on rõhutanud, et pilveteenuse lepingus peab sätestama teenuse kättesaadavuse määra ning kohustuse rikkumise tagajärgede hüvitamise korra ja ulatuse.²⁹ Samal seisukohal on ka käesoleva töö autor: vastasel juhul on kasutajal keeruline selgeks teha, millal on lepingu rikkumine toimunud ja tekkinud õigus kasutada sellest

²⁸ A. Cunningham, C. Reed. Part 1, p. 8.

²⁹ H. B. Wolfe. Cloud Computing: The Emperor's New Clothes of IT. Proceedings of Informing Science & IT Education Conference (InSITE) 2011, p. 604. Available: <http://proceedings.informingscience.org/InSITE2011/InSITE11p599-608Wolfe281.pdf>. 04.05.2014.

tulenevaid õiguskaitsevahendeid. Sätestades teenuse kättesaadavuse määra, on kasutaja jaoks tagatud selgus teenuse ühe olulisema osa suhtes.

Teenuse kättesaadavus on enamasti reguleeritud SLA-s sisalduvates tingimustes, mis on pilveteenuse osutamise seisukohalt oluline osa lepingust, kuna sellega paneb teenuse osutaja paika teenuse kättesaadavuse parameetrid. Kasutaja jaoks on oluline, et SLA-st selguks, kuidas teenuse osutaja otsustab, kas teenuse kättesaadavuse lubatud tase on saavutatud, kes kättesaadavuse mõõtmise eest vastutab ning millised erandid teenuse kättesaadavuse taseme hindamise juures kehtivad.³⁰ Tihti on teenuse osutajad sidunud rikkumise hindamise ja kahju hüvitamise just SLA-s sätestatuga³¹, mistõttu on vajalik teada, kuidas otsustatakse, kas rikkumine on toimunud. Teenuse kättesaadavust puudutavate tingimuste lugemisel võib jääda tähelepanuta, et teenuse kättesaadavus tagatakse küll 100%-liselt, kuid selle hulka ei arvestata neid kättesaadavuse piiranguid, mille tegemise õigus tingimustega endale jäetakse. Näiteks jäetakse õigus kättesaadavust piirata hooldustööde tegemise ajal. Kättesaadavust ei tagata ka juhul, kui on tekkinud takistused kolmandate osapoolte tegude tagajärjel nagu tarkvaraviirused ja serveri rünnakud.³² SLA peab olema jõustatav, see tähendab, et teenuse osutaja peab suutma tagada lubatud teenuse kättesaadavuse kvaliteedi, säilitama kättesaadavuse hindamistulemused³³ ning seal peavad sisalduma õiguskaitsevahendid, mida kasutada, kui teenus ei vasta SLA-s sätestatud tingimustele.³⁴

Reeglina antakse lepingu tekstis definitsioon, mida konkreetse lepingu puhul teenuseks loetakse. Kui lepingus on lahti seletatud, milliseid teenuseid lepingu alusel pakutakse, siis on nende osutamine poole kohustuseks VÕS § 23 lg 1 järgi. Võlaõigusseadus eristab teenuse osutamise lepingutena käsunduslepingut ja töövõtulepingut. Otsustamaks, kumma lepinguna pilveteenuse osutamise lepinguid käsitleda, tuleb kohaldada täiendavalt VÕS §-s 24 sätestatud, kuivõrd töö autor leiab, et ilma täiendava analüüsita on keeruline otsustada, millise lepingu tingimustele pilveteenuse osutamine vastab. Töö eesmärgiks ei ole kindlaks teha, kas pilveteenusele kohaldada käsundus- või töövõtulepingusätteid, millest lähtuvalt ei peatuta kohustuste sisu tõlgendamisel VÕS § 24 järgi pikemalt. VÕS § 8 lg 2 kohaselt on leping

³⁰ A. Geyer, M. McLellan. Strategies for Evaluating Cloud Computing Agreements. Bloomberg Law Reports Technology Law, June 27, 2011, p. 1.

³¹ Aruba Cloud Computing SLA, p 6.1. Available: http://www.arubacloud.com/documents/SLA_Aruba_Cloud_Computing.pdf. 30.04.2014.

³² C. Millard, *op. cit.*, p. 63.

³³ Cloud Computing Service Level Agreements. Exploitation of Research Results. June 2013, p. 6. Available: http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?doc_id=2496. 04.05.2014.

³⁴ Th. J. Trappier. If It's in the Cloud, Get It on Paper: Cloud Computing Contract Issues. Educause Quarterly Magazine, Volume 33, Number 2, 2010, p. 3. Available: <http://www.educause.edu/ero/article/if-its-cloud-get-it-paper-cloud-computing-contract-issues>. 02.05.2014.

pooltele täitmiseks kohustuslik. Vastavalt VÕS § 76 lg-le 1 tuleb kohustus täita vastavalt lepingule või seadusele ning VÕS § 77 lg 1 järgi peab kohustuse täitma lepingule või seadusele vastava kvaliteediga. Kui kvaliteet ei tulene lepingust või seadusest, peab lepingupool kohustuse täitma vähemalt keskmise kvaliteediga. Autor leiab, et sellest tulenevalt saab lugeda teenuse osutaja kohustuseks teenuse osutamise ehk teenuse kättesaadavaks tegemise vastavalt teenuse kirjeldusele. Seejuures peab teenuse osutamine vastama lepingus või seaduses sätestatud kvaliteedile, nende puudumisel vähemalt keskmisele kvaliteedile. Tegemist on teenuse sisuks oleva põhikohustusega, millest sõltub kasutaja huvi teenuse kasutamise vastu.

Näiteks Pipedrive'i poolt osutatava teenuse kasutustingimused³⁵ sisaldavad lepingus kasutatavate terminite definitsioone p-s 1. Vastavalt lepingule defineeritakse teenust kui kliendisuhete haldamise ja müügi jälgimise teenust, mille teenuse osutaja teeb kasutajale kättesaadavaks veebilehel *online*'is. Punktis 10.1 täpsustatakse, milles teenuse osutamine seisneb: kasutaja saab andmeid salvestada, hoiustada ja organiseerida, koostada müügitoru³⁶, lisada müügitorusse tehingut puudutavaid etappe, jälgida muutusi ning lisada ülesandeid. Eelneva põhjal on Pipedrive'i peamiseks kohustuseks võimaldada kasutajal nimetatud funktsioonide kasutamine. Kohustuse täitmiseks on vajalik, et teenus oleks kasutajale tõrgeteta kättesaadav. Teenuse kasutamise eesmärgiks on järelkult müügietaappide jälgimise kaudu müügi tõhusam teostamine ja töökoormuse jaotamine ettevõtte siseselt. Kui müügitoru ei ole ettevõtja jaoks vajalikul hetkel kättesaadav, ei täida teenus kasutaja jaoks soovitud eesmärki ning tegemist on teenuse osutaja poolse põhikohustuse rikkumisega.

ESS § 96 lg 1 sätestab tingimused, mida leping peab kindlasti sisaldama. Käesoleva töö seisukohalt on oluline märkida, et nimetatud lõike punkti 6 järgi peab leping sisaldama ka sideteenusele esitatavaid kvaliteedinõudeid, sealhulgas teenuse kvaliteedi parameetreid, vastavalt ESS § 87 lõikele 2. ESS § 87 lg 2 alusel on kehtestatud Vabariigi Valitsuse määrus nr 140 „Nõuded sideteenuse osutamisele ja sidevõrkude tehnilised nõuded“³⁷ (edaspidi määrus). Määruse § 3 lg 1 p 2 kohaselt peab sideettevõtja planeerima, projekteerima, ehitama, hooldama ja kasutama sideteenuse osutamiseks kasutatavat sidevõrku nii, et sideteenus on

³⁵ Pipedrive Teenuse tingimused („client relationship management and sales tracking services that the Applicable Supplier makes available to the Client online at the Web Site“). Available: <https://www.pipedrive.com/et/terms-of-service>. 27.04.2014.

³⁶ Autori märkus: inglise keeles kasutatav termin on *pipeline*, mida Pipedrive on oma kodulehel tõlkinud kui müügitoru. Tegemist on tarkvararakendusega, mis võimaldab ettevõtjal kirja panna müügietaapid ning jälgida, milline müügietaapp on läbitud.

³⁷ Nõuded sideteenuse osutamisele ja sidevõrkude tehnilised nõuded. Vabariigi Valitsuse 22.06.2006 määrus nr 140. – RT I 2006, 31, 237; RT I, 03.07.2012, 17.

minimaalselt häiritud elektrikatkestuste, sidevõrgu rikete, tarkvaraviiruste ning muude sidevõrku ja sideteenust häirivate tegurite esinemisel. Sama lõike punkti 3 kohaselt peab sideettevõtja valima hooldustööde ja mõõtmise sellise meetodika ja mahu, et oleks tagatud sideteenuse lepingus nimetatud, sideteenusele esitatavate kvaliteedinõuete täitmine.

Loetletud tingimuste sätestamine on oluline, kuna kvaliteedinõuete ja parameetrite alusel saab kindlaks teha, kas teenuse osutaja on oma kohustust rikkunud või mitte. Kättesaadavust defineeritakse lepingutes erinevalt ning sellest tõusetub küsimus, mida võib pidada kohustuse rikkumiseks ehk millist ajavahemikku, mil kasutaja ei saa teenust kasutada, võib pidada teenuse osutaja lepingulise kohustuse rikkumiseks, millest tekib teenuse kasutajal õigus kasutada õiguskaitsevahendeid. Kui teenus ei ole kättesaadav, võib sellest ettevõtjale tekkida suur kahju, mistõttu on kättesaadavuse tagamine ja selle parameetrite kirjeldamine lepingus väga oluline.

Teenuse kättesaadavuse hulgast välistatakse tihti paljud olukorrad, mis kättesaadavust takistada võivad, näiteks teenuse kasutajast tingitud teod, planeeritud hooldustööd, millest on ette teatatud vähemalt 24 tundi, väljaspool teenuse osutaja kontrolli olevad asjaolud, nt *force majeure* ja internetikatkestused, kolmandate osapoolte teod.³⁸ ESS § 98 sätestab sideteenuse osutamise piiramise tingimused. See tähendab, et teenust tohib piirata üksnes nimetatud juhtudel ning muu piiramine ei ole lubatud. ESS § 98 lg 1 kohaselt võib sideettevõtja lõppkasutajale teenuse osutamist piirata üksnes juhul, kui „lõppkasutaja on hilinenud temale osutatud teenuse eest tasumisega üle 14 päeva või ületab temale kehtestatud krediidilimiiti, lõppkasutaja on sidevõrguga ühendanud mittetöökorras või nõuetele mittevastava terminalseadme, lõppkasutaja häirib terminalseadme kasutamisega sidevõrgu tööd või teisi sideteenuse kasutajaid, sideteenuse osutamise piiramine on vajalik sidevõrgu seadme või liinirajatise paigaldamiseks, remondiks, vahetamiseks või hooldamiseks, lõppkasutaja rikub oluliselt sideteenuse lepingu tingimusi või piirang tuleneb seadusest“. Sama paragrahvi lõike 2 kohaselt võib sideettevõtja sideteenuse osutamist piirata üksnes siis, kui ta on lõppkasutajale sellest sobival viisil ette teatanud, märkides ühtlasi piiramise aja ning põhjused. Kui sideteenuse osutamise piiramine on vajalik sidevõrgu seadme või liinirajatise paigaldamiseks, remondiks, vahetamiseks või hooldamiseks, peab sideettevõtja teatama vähemalt viis tööpäeva ette. Seega tuleb ka pilveteenuse lepingu tingimuste puhul hinnata, kas välistatud olukorrad vastavad loetelus sätestatule.

³⁸ C. Millard, *op.cit.*, p. 63.

ArubaCloud on üks vähestest teenuse osutajatest, kelle tingimustes sisalduvad teenuse osutaja kohustused. ArubaCloud sätestab üldtingimuste³⁹ p-s 6.1, et garanteerib kasutajale teenuse kasutamise „24/7/365“⁴⁰ vastavalt SLA-le ja tehnilistele erisustele. SLA p 2 kohaselt sätestatakse, et ArubaCloud teeb omalt poolt kõik mõistlikult võimaliku, et tagada kasutajale maksimaalne teenuse kättesaadavus. Sellele järgnevad erinevad parameetrid, mille alusel tagatakse kättesaadavus 100-99,95% ulatuses ning mittevastavus hüvitatakse vastavalt p-le 6 edasise krediidiga. SLA punktis 4 sätestatakse, et planeeritud hooldustöid ei arvestata kättesaadavuse tööaja hulka ning hooldustöödest teavitatakse 48 tundi enne tööde tegemist. Seega on tegemist lühema teavitamisajaga kui näeb ette ESS § 98 lg 2. Kättesaadavuse kohustus on ka ainus, mille üldtingimuste vastava alapunkti alt leida võib. Selle kohustuse sätestamisele järgnevad teenuse osutaja vastutust välistavad tingimused.

Ka Elastichosts tingimustes⁴¹ on alapeatükk, mis viitab teenuse osutaja kohustustele, kuid kirjas on seal, et teenuse osutaja paigaldab, opereerib ja peab ülal teenuse infrastruktuuri. Edasine peatüki alla kuuluv käib taas vastutuse välistamise kohta. SLA-s garanteeritakse hoiustatud andmete ja virtuaalserverite kättesaadavus 100%-liselt. Sellele järgneb tavapärane loetelu asjadest, mida kättesaadavuse hulka ei loeta.

UKFast sätestab tingimuste⁴² p-s 3.1, et teenust osutatakse vastavalt SLA-le. UKFast pilve puhul on kasutajal võimalik valida kahe SLA vahel, millest üks on standardne ja teine tagab kättesaadavuse ja probleemide lahendamise kiiruse suuremal määral lisatasu eest.⁴³ Seega võib teenuse kasutaja, kellele on kättesaadavuse tagamine väga oluline, leida ka teenuse osutajaid, kus on võimalik valida erinevate tingimustega SLA-de vahel.

Teisalt leidub ka lepinguid, kus ei sisaldu kokkulepet selle kohta, milline on tagatav teenuse kättesaadavuse tase. *Cloud Legal Project*'i raames uuritud 31-st teenusepakkujast 15 ei andnud teenusele kindlat kättesaadavuse määra protsentuaalselt. Selle asemel toimub teenuse osutamine parimal võimalikul viisil (*as is, best efforts*) või on lepingupunktis kirjas, et teenuse osutamine võib seiskuda igal ajal.⁴⁴ Siinkirjutaja leiab, et kuivõrd uuritud lepingutest rohkem kui pooled tagavad kättesaadavuse määra kindla protsendina, ei ole piisav, kui

³⁹ Aruba Cloud Computing Service Supply Terms. Available: http://www.arubacloud.com/documents/Aruba_Cloud_CGC.pdf. 30.04.2014.

⁴⁰ ArubaCloud üldtingimuste p-s 1 on defineeritud „24/7/365“ tähise kasutamine ning see tähistab teenuse kättesaadavust 24 tundi päevas, 7 päeva nädalas, 365 päeva aastas.

⁴¹ Elastichosts Terms of Service, SLA & AUP. Available <http://www.elastichosts.co.uk/cloud-servers/terms-of-service/>. 02.05.2014.

⁴² UKFast Terms. Available: <http://www.ukfast.co.uk/terms.html?tab=tandc&#setuptoolsion>. 02.05.2014.

⁴³ UKFast Service Level Agreement. Available: <http://www.ukfast.co.uk/service-level-agreement-cloud-hosting.html>. 02.05.2014.

⁴⁴ S. Bradshaw, C. Millard, I. Walden. *Contracts for Clouds*, p. 39.

teenuse osutaja sätestab kohustuse tagada teenuse kättesaadavuse „*as is*“ või „*as available*“ meetodil. Selliselt ei ole võimalik ka hinnata, millal on toimunud teenuse kättesaadavuses tõrge, mille tagajärjel saabub kasutajal õigus õiguskaitsevahendite kasutamiseks. Rikkumise hindamiseks tuleb sellises olukorras pöörduda seaduses sätestatud parameetrite poole, kuid arvestades, et tegemist on tüüptingimustega lepinguga, peab teenuse osutaja tagama kasutajale võimalikult suure selguse teenusest ja selle osutamisega seotud kriteeriumitest.

Pipedrive'i tingimuste p-s 15.1 on sätestatud, et teenuse osutamine toimub nii nagu võimalik („*as is*“, „*as available*“), st kasutajale ei anta tagatist teenuse kättesaadavuse kohta. Samuti ei ole Pipedrive'i tingimustest võimalik välja lugeda, kuidas toimub teenuse kättesaadavuse hindamine ning millisel juhul võiks olla tegemist teenuse osutaja poolse rikkumisega. Pipedrive'il puudub ka eraldi dokument või alapeatükk, mis reguleeriks kättesaadavust täpsemalt nagu eelnevalt nimetatud teenuse osutajate puhul. Pipedrive'i tingimuste p-s 15.2 sätestatakse, et teenuseosutaja ei garanteeri, et teenuse osutamisel ei teki katkestusi ega ilmnevate vigade parandamist, samuti ei garanteerita, et teenus või server, mis teenuse kättesaadavaks teeb, on vaba viirustest või muudest kahjustavatest teguritest. Selliselt ei vasta nimetatud tingimused nõuetele, mis tulenevad seadusest, kuna tingimustega ei anta mingisugust kindlust teenuse osutamise ja kättesaadavuse tagamise kohta.

Kättesaadavuse tagamise puudumine lepingust ei ole erandlik – ka Radicenter'i kasutustingimustes⁴⁵ ei ole kirjas, kuidas ja millisel määral tagatakse teenuse kättesaadavus. Tekib küsimus, kuidas hinnata sellise lepingu puhul teenuse osutaja kohustust ja selle võimalikku rikkumist. Pilveteenuse lepingu olemusest tulenevalt on teenuse osutajal sellegipoolest kohustus teenust osutada ning selle sisuks on võimaldada kasutajal teenust kasutada. Seega tuleb rikkumist sellisel juhul hinnata seaduse alusel. Töö autori arvates tuleks seaduse alusel teenuse kättesaadavuse tagamist hinnata ka siis, kui teenuse osutaja on sätestanud kättesaadavuse määra liiga madalana. Valdavalt on küll teenuse kättesaadavus tagatud kas ligikaudu 100%-liselt või ei ole kättesaadavust täpsemalt reguleeritud.

Võib öelda, et teenuse osutaja peamiseks kohustuseks on kättesaadavuse tagamine ning see peab toimuma teatud kvaliteedimääras. Kohustuse rikkumise hindamine on kasutaja jaoks lihtsam siis, kui teenuse osutaja poolt on paika pandud tagatav kättesaadavuse määr ning meetmed, kuidas seda hinnatakse. Teisalt tuleks sellisel juhul kontrollida, kas lepingus

⁴⁵ Radicenter kasutustingimused. Kättesaadav:
https://www.radicenter.ee/files/public/kcfinder/files/Radicenter_kashytyshtingimyshed%281%29.pdf.
02.05.2014.

lubatav kvaliteet vastab seadusest tulenevatele nõuetele. Seaduse poole tuleb pöörduda ka siis, kui teenuse osutaja ei sätesta lepingus üldse kättesaadavust puudutavaid tingimusi. Lisaks tuleb kättesaadavuse puhul pöörata tähelepanu sellele, mida ei loeta kättesaadavuse kohustuse rikkumise hulka, nt planeeritud hooldustööd. SLA puhul pakuvad teenuse osutajad mõnikord ka erinevaid tingimusi, sõltuvalt sellest, millist tasu on kasutaja nõus maksma.

1.3. Teenuse turvalisuse ja andmete terviklikkuse tagamise kohustus

Pilveteenuse kasutamise protsessis toimub andmete salvestamine ja töötlemine. Mida rohkem kasutajaid teenuse pakkujal on, seda rohkem on seal erinevaid andmeid ning seetõttu võivad ühe tõrke tulemusel olla kõigi kasutajate andmed ohus. ENISA on olulise riskina, mille esinemise tõenäosus ja mõju on samuti suured, välja toonud kasutajate andmete eraldatuses esineda võiva tõrke. Pilveteenusele on omased ühiskasutus ja jagatud ressursid. Sellest tulenevalt on suur oht, et üks kasutaja võib mõne tõrke tagajärjel pääseda ligi teise kasutaja andmetele või kui rünnak on tahtlik, võib tagajärjeks olla juurdepääs kõigi kasutajate andmetele.⁴⁶ H. B. Wolfe on tõdenud, et suuremad teenusepakkujad on häkkeritele väljakutsuvam ja suurema väärtusega sihtmärk.⁴⁷ Murdes läbi teenusepakkuja süsteemidest, on võimalik saavutada ligipääs kõigi kasutajate andmetele. Tagajärjeks võivad olla väärtuslike või delikaatsete andmete kaotsimine, maine kahjustamine ning tõrked teenuse kasutamises.⁴⁸ Seega on turvalisuse tagamine teenuse kasutajate jaoks äärmiselt oluline.

Suur osa pilveteenuse osutajaid usub, et turvalisuse tagamine on kliendi kohustus. Teenuse osutajad peavad kasutajate jaoks olulisemaks teenuse kättesaadavust, võimalikult madalaid kulusid ja kasutamise käepärasust, kuid mitte turvalisust.⁴⁹ Sellel võivad olla aga olulised tagajärjed, kuna kasutajad enamasti ei eelda, et turvalisuse tagamine peaks olema nende kohustus ning seega ei pööra sellele suuremat tähelepanu.⁵⁰ ENISA on oma raportis leidnud,

⁴⁶ ENISA. Cloud Computing. Benefits, Risks and Recommendations for Information Security. December 2012, p. 29. Available: <https://resilience.enisa.europa.eu/cloud-security-and-resilience/publications/cloud-computing-benefits-risks-and-recommendations-for-information-security>. 04.05.2014.

⁴⁷ H. B. Wolfe, *op. cit.*, p. 604.

⁴⁸ ENISA. Cloud Computing, p. 29.

⁴⁹ Ponemon Institute, Security of Cloud Computing Providers Study, April 2011, p 1. Available: <http://www.ca.com/~media/Files/IndustryResearch/security-of-cloud-computing-providers-final-april-2011.pdf>. 02.05.2014.

⁵⁰ Advisen. The Liability Issues of Cloud Computing Service Providers. January 2012, p. 7. Available: http://corner.advisen.com/pdf_files/CNA_Cloud_Computing_Whitepaper.pdf 04.05.2014.

et turvalisus on paljude pilveteenuse kasutajate jaoks esmajärgulise tähtsusega. Sobiva teenusepakkuja leidmisel on oluline kaal teenuse osutaja poolt pakutaval andmete konfidentsiaalsuse ja terviklikkuse tagamisel ning turvalisuse meetmete pakkumisel.⁵¹ Kuna turvalisus on kasutaja jaoks niivõrd suure tähtsusega, peaksid turvalisust puudutavad aspektid olema teenuse osutaja jaoks samuti prioriteetsed.⁵² Olukord, kus kumbki pool peab õigeks, et turvalisuse ja andmete terviklikkuse eest vastutamine on teise poole kohustus, ei taga teenuse osutamise juures pooltele, eelkõige kasutajale piisavat selgust. Seetõttu tuleb teha selgeks, kes peab tagama teenuse turvalisuse, millises määras ning ehk on tegemist kohustusega, mis lasub mõlemal poolel.

Teenuse osutajad ei sätesta lepingus sõnaselgelt andmete säilitamise kohustust ning enamasti üritavad välistada vastutuse andmete kadumise eest. Pilveteenuse olemusest tulenevalt ning lepingut tõlgendades on töö autor seisukohal, et andmete säilitamine on vähemalt osaliselt teenuse osutaja kohustus, kuna see on lähedalt seotud teenuse osutamisega ning on ehk isegi üks osa sellest. Kui teenuse osutajal puuduks kohustus andmeid säilitada, oleks enamikul juhtudel teenuse kasutamine ebaotstarbekas. Teenuse olemus seisneb selles, et kasutaja saab salvestada oma andmed teenuse käigus ning need on talle pidevalt kättesaadavad. ENISA on avaldanud, et turvalisust tagavate meetmete suurendamisega võib teenuse osutajal olla võimalik ka teenuse kättesaadavuse tagamisel esineda võivate tõrgete mõju vähendamine.⁵³ Seega on teenuse osutajal võimalik turvalisuse tagamise kaudu tagada parem teenuse kättesaadavus, mis on eelkõige teenuse osutaja huvides, kuna see tõstab tema usaldust potentsiaalsete teenuse kasutajate hulgas.

Lepingus peaksid olema kirjas ka meetmed turvalisuse tagamiseks, mida teenuse pakkuja on teinud selleks, et tagada teenuse kasutaja andmete maksimaalne turvalisus. Informatsiooni turvalisus on pilveteenuse puhul kasutaja, eriti ettevõtjast kasutaja jaoks väga oluline. Teenuse kasutaja peab olema kindel, et tema andmete turvalisus pilves on tagatud. Andmed peavad olema kasutajale kättesaadavad ning samas peab olema tagatud, et juurdepääsu ei oleks võimalik saada isikutel, kes selleks kasutaja poolt volitatud ei ole.⁵⁴ Kui lepingus ei ole kirjeldatud, kuidas turvalisus tagatakse ja mida selleks ette võetakse, puudub kasutajal kindlus oma andmete turvalisuse osas.

⁵¹ ENISA. Cloud Computing. Dec 2012, p. 9.

⁵² *Ibid.*, p. 9.

⁵³ *Ibid.*, p. 10.

⁵⁴ Commission Staff Working Document, p. 27.

Teenuse osutajal on seadusest tulenev kohustus turvalisuse meetmete tarvitusele võtmiseks. ESS § 87² lg 1 kohaselt on sideettevõtja kohustatud rakendama asjakohaseid tehnilisi ja organisatsioonilisi meetmeid, maandamaks sideteenuse ja -võrgu turvalisuse ning terviklikkusega seotud riske. Meetmed peavad olema proportsionaalsed võimaliku ohuolukorraga ning tagama turvalisuse ning terviklikkuse tagamist ohustatavate juhtumite minimaalse mõju sideteenuse kasutajatele ja seotud võrkudele ning kindlustama osutatavate teenuste jätkumise. ESS § 96 lg 1 p 18 kohaselt on meetmed, mida sideettevõtja võtab sidevõrkude ja -teenuste turvalisuse ning terviklikkuse tagamiseks lepingu kohustuslikuks osaks. Seega, kui lepingus ei ole vastavat kohustust kirjas, ei tähenda see, et teenuse osutajal kohustust ei oleks või selle kohustuse saaks täielikult üle kanda kasutajale.

Terviklikkuse säilitamine tähendab andmete kaitsmist lubamatu kustutamise või muutmise eest.⁵⁵ Teenuse terviklikkuse säilitamine tähendab sisuliselt vajalike turvameetmete kasutusele võtmist, kuna turvaaukude kaudu võib andmete terviklikkus kahjustatud saada. Euroopa Komisjoni töödokumendis on leitud, et kuigi riskid pilveteenuse kasutamise puhul ei erine oluliselt juba teadaolevatest riskidest muudes Interneti-põhistes teenustes, võib risk võimenduda pilves küllaltki lihtsalt ja kiiresti, mis kandub üle paljudele klientidele korraga.⁵⁶ ENISA uuringu kohaselt võib pidada pilveteenuse puhul kasutaja jaoks peamiseks riskiks kontrolli puudumist teenuse üle: kasutajal ei ole võimalik kontrollida kõiki turvalisust mõjutada võivad faktoreid ning samas puudub tihti piisav informatsioon teenuse osutaja poolsete turvalisuse tagamise meetmete kasutamise kohta.⁵⁷ Teoreetiliselt peaksid SLA-s sisalduvad tingimused katma turvalisuse meetmed, kuid tegelikkuses on kliendil väga vähe informatsiooni ja mõju turvalisuse üle.⁵⁸ Sellest tuleneb jällegi, et turvalisuse tagamine ei saa olla vaid kasutaja kohustus, kuna kasutaja ei kontrolli teenust täies ulatuses.

Üheks viisiks, kuidas ennetada lubamatut juurdepääsu kasutaja andmetele, on krüpteerimine. See võib olla nii ühe- kui kahepoolne ehk seda võib teha kas üks pooltest või mõlemad ning seda on võimalik teha ka osaliselt, rakendades seda vajalikul määral informatsioonile (nt isikute nimed), millele ligipääs oleks kahjulik.⁵⁹ Kui andmeid ei krüpteerita, on oht lubamatuks ligipääsuks olemas, mistõttu on oluline sissetungi ennetamine ja muude

⁵⁵ C. Millard, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁶ Commission Staff Working Document., p. 27.

⁵⁷ ENISA Procure Secure: A Guide to Monitoring of Security Service Levels in Cloud Contracts, 2012, p. 45.

⁵⁸ Commission Staff Working Document, p. 27. Available: http://www.enisa.europa.eu/activities/Resilience-and-CIIP/cloud-computing/procure-secure-a-guide-to-monitoring-of-security-service-levels-in-cloud-contracts/at_download/fullReport. 04.05.2014.

⁵⁹ C. Millard, *op. cit.*, p. 20.

süsteemide nagu tulemüüride olemasolu.⁶⁰ C. Millard on rõhutanud, et kohustuse hindamisel tuleb silmas pidada, millist tüüpi pilveteenusega on tegemist – kasutajal on rohkem kontrolli IaaS tüüpi kui PaaS või SaaS tüüpi pilve korral. Kasutajad ei kaota tingimata kogu kontrolli pilves, krüpteerimine ning varukoopiate tegemine on kasutajal võimalik enamasti igasuguse teenusetüübi puhul.⁶¹ Pilveteenuse kasutajal on seega võimalik turvalisust tagada krüpteerimise kaudu, kuid seda võib pidada kõige otstarbekamaks siis, kui tegemist on hoiustamise teenusega. S. Bradshaw, C. Millard ja I. Walden on juhtinud tähelepanu, et kui andmeid on vaja pidevalt kasutada, tuleb need kasutada soovides dekrüpteerida ning see ei pruugi mõistlik olla.⁶² Seega on turvalisuse tagamiseks võimalik palju ära teha ka kasutajal endal, muu hulgas vältides ligipääsu üleliigset jagamist.⁶³ Kui teenuse kasutaja ka krüpteerib oma andmed, ei taga see kaitset teenuse keskkonnas toimuda võivate ohtude vastu või serveris tekkivate probleemide korral. H. B. Wolfe on tõdenud, et selles ulatuses on turvalisuse tagamine võimalik vaid teenuse osutajal.⁶⁴ Eelnevast lähtudes ei saa pidada lubatuks pilveteenuse osutajate poolset turvalisuse kohustuse kasutajale panemist. Lepingus peab olema täpsustatud, kuidas vastav kohustus poolte vahel jaotub.

Eelnevas lõigus on juhitud tähelepanu sellele, et kohustuse hindamisel tuleb lähtuda pilveteenuse tüübist, kuna sellest sõltuvalt on kasutaja kontroll teenuses tehtavate muudatuste üle erinev. Kuigi IaaS pilveteenuse puhul on rõhutatud kasutajapoolseid võimalusi teha teenuses teatavaid muudatusi, sh turvalisuse osas, on ENISA märkinud ühe riskina teenuse kasutaja jaoks võimalikke konflikte kasutaja rakendatavate turvameetmete ja pilveteenuse keskkonna vahel. See tähendab, et mõned turvameetmed, mida kasutaja soovib pilves rakendada, ei pruugi ühilduda teenuse osutaja keskkonnaga, mille tagajärjel on kasutaja andmete turvalisus tagatud vähesemal määral kasutaja poolt soovitud. Probleemi ennetamiseks peab teenuse osutaja andma piisavat informatsiooni, kuidas kasutajal on võimalik tagada oma andmete turvalisus vastavalt teenuse keskkonna eripäradele.⁶⁵

Järgnevalt kirjeldatakse teenuse osutajate lepingutingimuste põhjal, kuidas teenuse pakkujad turvalisuse kohustust adresseerivad.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 21.

⁶¹ C. Millard, *op. cit.*, pp. 27-28.

⁶² S. Bradshaw, C. Millard, I. Walden. The Terms They Are A-Changin'...: Watching cloud contracts take shape. Technology Innovation, March 2011, Number 7, p. 6.

⁶³ C. Millard, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁴ H. B. Wolfe, *op. cit.*, p. 601.

⁶⁵ ENISA. Cloud Computing. Dec 2012, p. 24.

Radicer'i veebimajutuse kasutustingimustes sätestatakse, et Radicer teeb kasutaja kasutajakontost varukoopiaid, kuid Radicer ei vastuta kasutajakonto andmete säilivuse eest ning kasutaja on oma andmetest kohustatud ise tegema varukoopiaid.

UKFast privaatsuspoliitika tingimused⁶⁶ sätestavad isikuandmete töötlemise reeglid üldiselt: on kooskõlas andmekaitse põhimõtetega, sätestades muu hulgas, et andmeid hoitakse turvaliselt volitamata töötlemise ja kaotsimineku eest. Töö autor leiab, et UKFast võiks nimetatud tingimust selguse huvides täpsustada, kuna tegemist on üldise ja standardse tingimusega, mis ei pruugi tagada kasutaja jaoks soovitatavat kindlust turvalisuse tagamise kohta.

Pipedrive'i privaatsuspoliitikas⁶⁷ sätestatakse, et nii andmete saamisel kui nende edastamisel jälgitakse üldiselt aktsepteeritud standardeid. Samuti kasutatakse sobivaid administratiivseid, tehnilisi ja füüsilisi turvameetmeid, kaitsmaks isikuandmeid juhusliku või ebaseadusliku hävimise, kaotsimineku, muutmise ja muu ebaseadusliku töötlemise eest. See sisaldab tule müüride kasutamist, salasõnade kaitset ning muud ligipääsu kontrolli. Lisatakse ka krüpteerimise kasutamine andmete edastamisel avaliku internetivõrgu kaudu. Samas toonitatakse, et ükski andmete edastamise meetod Internetis või elektrooniline hoiustamine ei ole 100% kindel ning seetõttu ei saa tagada informatsiooni turvalisust ning seda teeb kasutaja omal vastutusel. Samuti ei saa tagada, et andmeid ei muudeta, hävitata või neile ei pääseta ligi tarvitusele võetud turvameetmetest läbi murdmise tõttu. Pipedrive'i veebilehel on kirjas, et „Pipedrive on turvaline ning teeb automaatselt varukoopiaid, iga päev.“, kuid lepingust vastavat tingimust ei leia. Võib järeldada, et kuigi lepingutingimustes kirjeldatakse turvalisuse tagamist üldsõnaliselt ja võidakse üritada kohustus panna teenuse kasutajale, tagavad teenuse osutajad turvalisust ja andmete terviklikkust suuremal määral kui lepingus sätestatud.

Radicer'i poolt pakutavate teenuste puhul tundub turvalisuse kohustuse täitmine selge ja mõistlik.⁶⁸ Turvalisuse juures märgitakse, kuidas toimub ühendus ja andmete edastamine ning millist sertifikaati kasutatakse ühenduse turvalisuse juures. Samuti on selgitatud, kuidas on välistatud ebaturvaliste paroolide kasutamine ja e-posti turvamine ning kuidas on tagatud teenuse eest tasumisel turvalisus. Tegemist on lühikese, kuid tunduvalt selgema ja suuremat kindlust tagava lepinguosaga kui eelnevalt kirjeldatud Pipedrive'i ja UKFasti tingimused, mis sätestavad turvalisuse tagamise üsna üldiselt.

⁶⁶ UKFast Data Protection. Available: http://www.ukfast.co.uk/terms.html?tab=data_protection_policy&#setupoption. 02.05.2014.

⁶⁷ Pipedrive Privacy Policy. Available <https://www.pipedrive.com/et/privacy>. 02.05.2014.

⁶⁸ Radicer'i privaatsus ja turvalisus. Kättesaadav: <https://www.radicer.ee/et/Privaatsus-ja-Turvalisus>. 02.05.2014.

ENISA on 2009. aasta pilveteenuse turvalisuse hindamise raportis välja toonud, milline oleks ratsionaalne kohustuste jaotamine iga teenuse tüübi puhul. SaaS tüüpi pilve puhuks on märgitud teenuse osutaja kohustustena erinevate turvalisust tagavate ja jälgivate süsteemide kasutamine. Kasutaja kohustusteks on andmetekaitse reeglitega kooskõlas tegutsemine ja kasutaja autentsuse tagamine, mis toimub salasõna kaudu.⁶⁹ PaaS teenuse puhul ei ole kasutaja ega teenuse osutaja kohustustes erisusi SaaS kohta kirjutatuga.⁷⁰ Küll aga on kohustuste tasakaal märkimisväärselt nihkunud IaaS pilveteenuse korral: teenuse osutaja kohustuseks on tagada füüsiline tugi infrastruktuurile (abivahendid, võimsus, jahutus, kaablid), füüsiline infrastruktuuri turvalisus ja kättesaadavus (serverid, mälumaht, arvutivõrgu ribalaius), virtuaalse tule müüri kasutamine; lisaks eelnevalt nimetatud kasutaja kohustustele lisanduvad IaaS pilveteenuse kasutajatele täiendavad turvalisust puudutavad kohustused nagu näiteks külalissüsteemide jälgimine, tule müüride, viirusetõrjete paigaldamine, turvalisuse jälgimine.⁷¹ Eelneva põhjal saab öelda, et SaaS ja PaaS tüüpi pilveteenuste korral peaks turvalisuse tagamine olema suuresti teenuse osutaja kohustus ning IaaS pilveteenuse korral on turvalisus poolte vahel jagatud, kusjuures teenuse osutaja kohustused piirduvad teenuse osutamiseks vajalike füüsiliste tegurite turvalisuse tagamisega ning kasutaja kanda jäävad teenuse enda turvalisust mõjutavad faktorid.

Turvalisuse tagamine ja teenuse terviklikkuse säilitamine on pilveteenuse osutaja teine oluline kohustus. Lepingus peab olema sätestatud, kuidas seda tagatakse ning millised meetmed on kasutusele võetud. Samas on tegemist kohustusega, mille võib sõltuvalt teenusest panna osaliselt kasutajale, kuna suuremat kontrolli võimaldava teenuse kasutamise (IaaS) puhul on kasutajal endal võimalik rakendada täiendavaid turvameetmeid. See aga ei tähenda, et teenuse osutaja võiks turvalisuse tagamise kohustuse täielikult kasutajale üle kanda. Võib jõuda järeldusele, et teenuse turvalisust on võimalik tagada mõlemal lepingupoolel.

Töö autor leiab, et turvalisuse meetmete sätestamine lepingutingimustes on oluline sõltumata sellest, millist tüüpi pilveteenuse lepinguga tegemist on. Lähtudes pilvetüübist peaks teenuse osutaja reguleerima, millisel määral tema turvalisust tagab ning millised meetmed peab kasutusele võtma kasutaja. See tähendab, et pilveteenuse osutaja võtab arvesse, kui suures ulatuses on kasutajal võimalik turvalisust tagada ja millisel määral on see teenuse osutaja võimuses ning lähtub sellest tingimuste koostamisel, mitte ei kohusta kasutajat

⁶⁹ ENISA. Cloud Computing. Benefits, risks and recommendations for information security. November 2009, pp. 66-67. Available: https://www.enisa.europa.eu/act/rm/files/deliverables/cloud-computing-risk-assessment/at_download/fullReport. 04.05.2014.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 67.

⁷¹ *Ibid.*, p. 68.

ebaproportsionaalselt turvalisuse meetmeid kasutusele võtma. Kui lepingus on selgelt määratletud, kuidas kohustus poolte vahel jaotub, on tagatud suurem selgus ka vastutuse osas.

Lisaks on autor seisukohal, et turvalisust reguleerivatest tingimustest võiks leida soovitusi kasutaja jaoks, kuidas turvalisust paremini tagada. Tegemist on kindlasti kohustusega, mille täitmisel on mõlemal poolel võimalus teenuse turvalisusele kaasa aidata. Selleks võivad olla ka lihtsad suunised nagu näiteks millistele tingimustele peaks vastama salasõna ja millise aja järel on mõistlik salasõna uuendada. Samas võib olla ka teenuse osutajal endal võimalik korraldada teenuse kasutamine selliselt, et teatud perioodi järel on salasõna vahetamine kohustuslik. Samuti ei saa olla lubatud turvalisust puudutavate tingimuste peitmine teiste tingimuste sisse, vaid neile tuleks eraldi tähelepanu juhtida, kuna tegemist on eelkõige kasutaja jaoks olulise osaga lepingust. Turvalisusest lähtuvalt peaks välja tooma, kui teenus ei sobi näiteks delikaatsete isikuandmete hoiustamiseks. Nimetatud tingimuste täitmine ja selgitamine ei ole autori arvates teenuse osutaja jaoks suuri pingutusi nõudev, kuid tagab paremal määral kasutajatele selguse ja kindluse teenuse turvalisuse tagamise korraldusest.

2. Pilveteenuse osutaja vastutust välistavate tingimuste kontroll

2.1. Kohaldatava õiguse valik

Cloud Legal Project'i raames uuritud pilveteenuse lepingutest on 15 teenuse osutajat 31-st märkinud kohaldatavaks õiguseks USA osariigi õiguse, vähesemal määral on märgitud kohaldatavaks õiguseks EL riikide õigust, näiteks märkides, et Euroopas asuvatele kasutajatele kohaldatakse Inglise õigust. Vaid kaks teenusepakkujad märkisid kohaldatavaks õiguseks teenuse kasutaja asukohajärgse õiguse.⁷² Seega on tõenäoline olukord, kus teenust kasutatakse Eestis, kuid lepingu järgi kuuluks kohaldamisele mõne USA osariigi õigus.

C. Millard on jõudnud järeldusele, kõrvutades *Cloud Legal Project*'i raames 2010. aastal läbiviidud uurimust 2013. aastal läbi viidud korduva uuringuga, et algselt valivad teenuse osutajad kasutatavaks õiguseks oma asukoha järgse õiguse. Ent pakutava teenuse kasutajateringi suurenedes, hakkavad teenuse pakkujad kohaldatava õigusena pakkuma kasutaja asukohajärgset õigust.⁷³ Sellel on suurem mõju ettevõtjatele, kuna tavakasutajad saavad kaitset erinevatest tarbijakaitse regulatsioonidest.

Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määruse (EÜ) nr 593/2008 lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta („Rooma I“)⁷⁴ (edaspidi Rooma I määrus) art 6 lg 1 kohaselt kuulub tarbijaga sõlmitud lepingu puhul kohaldamisele selle riigi õigus, kus on tarbija harilik viibimiskoht. Sama artikli lõike 2 kohaselt võivad pooled valida kohaldatava õiguse, kuid see ei tohi jätta tarbijat ilma kaitsest, mida võimaldab kohaldamisele kuuluv õigus art 1 järgi ning millest ei saa kokkuleppel kõrvale kalduda. See tähendab, et kui tarbija hariliku viibimiskoha järgne õigus pakub tarbijale suuremat kaitset, peab tarbijale olema tagatud ulatuslikum kaitse. Pilveteenuse osutajad peaksid sellisel juhul viima läbi põhjaliku analüüsi erinevate liikmesriikide õiguse kohta, kuna pilveteenuse kasutajaskonda võivad kuuluda tarbijad paljudest erinevatest liikmesriikidest. Tuleb rõhutada, et eelnev kaitseb üksnes tarbijaid. Pilveteenuse lepingute teiseks pooleks on tihti ka väikese ja keskmise suurusega ettevõtjad, kes peavad samuti nõustuma teenuse osutaja poolt pakutavate tingimustega.

⁷² S. Bradshaw, C. Millard, I. Walden. *Contracts for Clouds*, p. 17.

⁷³ C. Millard, *op. cit.*, p. 47.

⁷⁴ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EÜ) nr 593/2008, 17. juuni 2008, lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta („Rooma I“), ELT L 177, 24.07.2008, lk 6.

Euroopa Komisjon avaldas 2011. a oktoobris ettepaneku Euroopa ühise müügiõiguse⁷⁵ (edaspidi EÜM) kohta. Ettepaneku ühe põhjusena on nimetatud piiriülese kauplemise keerukust, kuna on vaja kohaneda erinevate liikmesriikide õigusega.⁷⁶ EÜM seletuskirja järgi on ettepaneku eesmärgiks on lihtsustada ettevõtjate jaoks piiriülese kaubanduse laiendamist ning eesmärki aitab saavutada Euroopa ühise müügiõiguse kui teise lepinguõiguse süsteemi loomine liikmesriigi siseriikliku õiguse kõrvale.⁷⁷ Sellega pakutakse lepingupooltele võimalust kasutada kohaldatava regulatsioonina EÜM-i ning kauplejal puuduks vajadus tutvuda teiste liikmesriikide tarbijakaitse regulatsioonidega.⁷⁸ Seega suureneks tarbijatel kindlus neile tagatavate õiguste suhtes, kuna EÜM-ga tagatakse tarbijate kaitse samas ulatuses kui elukohariigi õiguse kohaselt.⁷⁹ Samuti oleks võimalik valida EÜM-i kohaldamine lepingutes, mille teiseks pooleks on väikese- või keskmise suurusega ettevõtjad.⁸⁰ See tähendab paremat lepingulist positsiooni ka viimati nimetatutele, kuna pilveteenuse lepingu sõlmimisel peavad väikese ja keskmise suurusega ettevõtjad nõustuma pilveteenuse tüüptingimustega, mis aga ei pruugi tagada nende õiguste kaitset.

Pilveteenuse kui võrdlemisi uue teenuse suhtes puudub aga kindlus, millisel määral oleks võimalik kohaldada EÜM regulatsiooni pilveteenuse osutamisel sõlmitavatele lepingutele. EÜM art 1 lg 1 kohaselt võib EÜM-i kohaldada tehingute tegemisel kauba müügiks, digitaalse infosisu üleandmiseks ja seotud teenuste osutamiseks. Seejuures on C. Castro, C. Reed ja R. de Quieroz leidnud, et EÜM on kohaldatav osade pilveteenuste suhtes, mis sisaldavad digitaalse infosisu ülekandmist, kuid teatud pilveteenuste suhtes võib EÜM-i kohaldamise võimalikkus olla kaheldav.⁸¹

Kuivõrd pilveteenust pakutakse erinevate mudelite alusel (SaaS, PaaS, IaaS) ning ka mudelisisest varieeruvad pakutavad teenused, peab analüüsima, kas ja millised pilveteenused vastavad EÜM art-s 2 toodud definitsioonidele. Artikkel 2 p h defineerib kaupa kui vallasasja. Tsiviilseadustiku üldosa seadus⁸² (edaspidi TsÜS) § 50 lg 2 kohaselt on vallasasja defineeritud kui asja, mis ei ole kinnisasi ning TsÜS § 49 lg 1 kohaselt on asi kehaline ese. Töö autor on seisukohal, et pilveteenus ei vasta oma olemuselt asjale kui

⁷⁵ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus Euroopa ühise müügiõiguse kohta. Ettepanek. KOM (2011) 635 lõplik. Brüssel, 11.10.2011. Kättesaadav: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:et:PDF>. 02.05.2014.

⁷⁶ *Ibid.*, lk 2.

⁷⁷ EÜM Ettepanek, lk 4.

⁷⁸ *Ibid.*, lk 11.

⁷⁹ *Ibid.*, lk 6.

⁸⁰ *Ibid.*, lk 7.

⁸¹ C. Castro, C. Reed, R. de Quieroz. On the Applicability of the Common European Sales Law to Some Models of Cloud Computing Services. April 22, 2013, p. 3. Available: <http://ssrn.com/abstract=2254993>. 02.05.2014.

⁸² Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I 2002, 35,216; RT I, 13.03.2014, 103.

kehalisele esemele, mistõttu ei ole tegemist kaubaga EÜS art 2 p h mõttes. Punktis k defineeritakse müügilepingu mõiste ning pilveteenuse ei lange ka selle definitsiooni alla, kuna pilveteenuse osutamisel ei toimu omandiõiguse üleandmist.⁸³ Seega ei ole pilveteenuse puhul tegemist kauba müügiga.

EÜM art 2 p j defineerib digitaalse infosisu kui „andmed, mis on toodetud ja mida edastatakse digitaalsel kujul ning mis võivad olla toodetud ostja kirjelduse kohaselt, sealhulgas video- või audiosisu, piltide või tekstina esitatav digitaalne infosisu, digimängud, tarkvara ning digitaalne infosisu, mis võimaldab olemasoleva riist- või tarkvara personaliseerida“. Punkti j kohaselt arvatakse digitaalse infosisu hulgast välja mh elektroonilised sideteenused ja –võrgu ning nendega seotud vahendid ja teenused (iv) ning uue digitaalse infosisu loomine ja olemasoleva digitaalse infosisu muutmine tarbija poolt või teiste kasutajate poolt loodu kasutamine muul viisil (vi).

C. Castro, C. Reed ja R. de Quieroz peavad vajalikuks käsitleda koos definitsioone, mis sisalduvad EÜM art 2 p-s j, art 5 p-s b ning põhjenduses 17. Selliselt saab tõlgendada digitaalse infosisu lepingutena mõningaid SaaS teenuseid, kuivõrd artiklis 5 ja põhjenduses 17 lisatakse definitsioonile ka andmete kättesaadavuse aspekt, erinevalt art 2 p j definitsioonist, mis keskendub andmete tootmisele ja edastamisele.⁸⁴ Ebaselgus jääb siiski pilveteenuste osas, mis seonduvad voogedastusega (*streaming*), kuna art 5 p b järgi võib EÜM-i kohaldada selliste digitaalse infosisu üleandmise lepingute suhtes, mida kasutaja saab salvestada, töödelda või kasutada ja taaskasutada. Sätte sõnastusest tulenevalt on oluline, et oleks tagatud taaskasutamise võimalus, mis aga ei ühti voogedastuse olemusega, kuna voogu iseloomustab ajutine andmete hoiustamine, mis kaob pärast kasutamist.⁸⁵ Töö autor nõustub eelneva argumentatsiooniga EÜM-i kohaldamise probleemsusest teatud tüüpi pilveteenustele.

C. Castro, C. Reed ja R. de Quieroz on seisukohal, et EÜM eesmärgiks on hõlmata ka pilveteenuseid, kuna sõnaselgelt ei ole art 2 p j mõjualast välja arvatud pilveteenuse osutamise lepinguid, nentides siiski, et kuivõrd seisukohta tuleb täiendavalt põhjendada, valitseb EÜM-i kohaldamisalas ebaselgus. Samuti on nad on EÜM-i kohaldatavuse võimalikkuses pilveteenuse lepingutele leidnud, et SaaS tüüpi teenuse puhul sõltub kohaldatavus sellest, milline on kasutatav teenus.⁸⁶ Kui teenus seisneb pilves olemasoleva sisu edastamises teenuse

⁸³ Vt käesoleva töö peatükk 1.1.

⁸⁴ C. Castro, C. Reed, R. de Quieroz, p.8.

⁸⁵ Näiteks teenused, mille kaudu kantakse veebis üle spordivõistlusi ning mis ei ole hiljem uuesti kättesaadavad. Vt C. Castro, C. Reed ja R. de Quieroz, pp. 8-9.

⁸⁶ C. Castro, C. Reed, R. de Quieroz, pp. 9-10.

kasutajale⁸⁷, võib EÜM olla kohaldatav. Kui aga kasutaja laadib sisu pilveteenuse kasutamisel ise, on tegemist andmete varundamise teenusega, mis ei lange EÜM-i kohaldamisalasse digitaalse infosisu ülekandmise tehinguna.⁸⁸ Veelgi enam, kui teenust kasutades luuakse uut sisu või muudetakse olemasolevat, on tegemist kasutaja loodud infosisuga, mis arvatakse art 2 p j (vi) kohaselt digitaalse infosisu mõiste hulgast välja.⁸⁹ PaaS ja IaaS langevad EÜM-i kohaldamisalast välja põhjusel, et teenuse osutamise käigus ei toimu digitaalse infosisu üleandmist ega müüki.⁹⁰ Järelikult, kuna pilveteenuse käsitlemisel digitaalse infosisu ülekandmise tehinguna esineb mitmeid takistusi, on vähe tõenäoline EÜM-i kohaldatavus pilveteenuse lepingute puhul.

Veel on võimalus, et pilveteenuseid saab käsitleda seotud teenustena, mida defineeritakse EÜM art 2 p-s m kui kauba või digitaalse infosisuga seotud teenust, näiteks paigaldamine, hooldus, parandamine või muul viisil töötlemine, mida osutab kauba või digitaalse infosisu müüja kauba või digitaalse infosisu müügilepinguga kohaselt või kauba või digitaalse infosisu müügilepinguga samal ajal sõlmitud teenuse osutamise lepingu kohaselt. Seejuures on aga art 6 lg 1 kohaselt välistatud EÜM-i kohaldamine segatüüpi lepingute suhtes, mistõttu väheneb SaaS pilveteenuste hulk, millele EÜM-i kohaldada võiks: kui kasutajal on võimalik teenust kasutades luua uut infosisu või sisu jagada, on tegemist juba segatüüpi lepinguga.⁹¹

Eelnev illustreerib, kuidas EÜM-i kohaldamine pilveteenuse osutamise lepingutele võib olla probleemne ning kohaldamine võib olla võimalik vaid väiksele osale teenustest, mida osutatakse SaaS pilveteenuse korral. Sellest tulenevalt tuleb kohaldada Rooma I määrust, mille järgi, nagu eelnevalt mainitud, kuulub kohaldamisele tarbija hariliku viibimiskoha järgne õigus ehk Eesti tarbijatele Eesti õigus, millest lähtuvalt analüüsitakse käesolevas töös pilveteenuse lepingutes sisalduvaid tingimusi Eesti õiguse alusel.

⁸⁷ Näiteks e-raamatud, videod, filmid, muusika, mängud, mis on kättesaadavad teenuse osutaja serveri kaudu. Vt Enhancing Consumer Confidence by Clarifying Consumer Law. Consultation on the supply of goods, services and digital content. Department for Business Innovation & Skills. July 2012, p. 128. Available: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31350/12-937-enhancing-consumer-consultation-supply-of-goods-services-digital.pdf. 02.05.2014.

⁸⁸ Näiteks piltide laadimine Facebooki või muudesse analoogsetesse keskkondadesse. Vt. Enhancing Consumer Confidence by Clarifying Consumer Law, p. 134.

⁸⁹ Sellele on tähelepanu juhtinud ka C. Castro, C. Reed ja R. de Quieroz, p. 11.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Näiteks kui pakutav teenus võimaldab kasutajal muusikat kuulata, on tegemist digitaalse infosisu lepinguga. Kui aga teenuse osutaja võimaldab kasutajal koostada muusikast andmebaasi ja jagada seda teiste kasutajatega, võib tegemist olla juba segatüüpi lepinguga, millele ei saa kohaldada EÜM-i. Vt C. Castro, C. Reed ja R. de Quieroz, p. 12.

2.2. Tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamine

Pilveteenuse osutamisel sõlmitavad lepingud on tüüptingimustega lepingud, see tähendab, et lepingutingimusi ei ole eraldi läbiräägitud ning sellest tulenevalt võivad tingimused olla kasutajate suhtes ebamõistlikult kahjustavad. Sideettevõtja ja lõppkasutaja võivad vabalt kokku leppida sideteenuse lepingu tingimustes, arvestades seejuures seadusest tulenevate piirangutega ja lõppkasutajate õiguste kaitseks kehtestatud kitsendustega (ESS § 92 lg 1). ESS § 92 lg 2 kohaselt on sideteenuse lepingu tingimus, millega piiratakse lõppkasutaja õigusi, võrreldes seaduses sätestatuga, tühine. Seega on poolte lepinguvabadus piiratud ning seaduses sätestatust kõrvalekaldumine täiendavate piirangute kehtestamisega toob kaasa tingimuse tühisuse. Käesolevas peatükis aga keskendutakse lepingutingimuste analüüsile tüüptingimuste regulatsiooni kohaselt.

Lepingutingimusi analüüsides tuleb teha selgeks, kas tegemist on tüüptingimusega, kas tingimust tuleb kontrollida selle võimaliku ebaõigluse tuvastamiseks ning kas konkreetne tingimus on ebamõistlikult kahjustav. VÕS § 35 lg 1 kohaselt loetakse tüüptingimuseks lepingutingimust, mis on eelnevalt välja töötatud tüüplepingutes kasutamiseks või mida lepingupooled muul põhjusel ei ole eraldi läbi rääkinud ja mida tüüptingimust kasutav lepingupool (tingimuse kasutaja) kasutab teise lepingupoole suhtes, kes ei ole seepärast võimeline mõjutama tingimuse sisu. Sama paragrahvi lõike 2 kohaselt eeldatakse, et tüüptingimust ei ole eraldi läbi räägitud. Sellega pannakse lepingutingimuse võimaliku tühisuse risk lepingupoolele, kes tingimuse koostas ja teisele poolele esitas, ilma et teisel poolel oleks võimalik tingimuse sisu mõjutada.⁹² Pilveteenuse osutamise leping sõlmitakse reeglina teenuse osutaja veebikeskkonnas, kasutades tüüptingimusi, millega teenuse kasutajal on võimalik tutvuda teenuse. Kasutajal endal ei ole reeglina võimalust tingimuste eraldi läbirääkimiseks. Tüüptingimuse tühisuse regulatsiooni eesmärgiks on kaitsta lepingupoolt, kelle suhtes on kasutatud eelnevalt välja töötatud ja läbi rääkimata lepingutingimust, nii et poolel ei ole olnud võimalust läbirääkimiste pidamiseks ja tingimuste sisu mõjutamiseks, ebamõistlikult kahjustavate lepingutingimuste eest.⁹³ Seega on käesoleval juhul kaitsmist vajavaks pooleks teenuse kasutaja ja tingimuse tühisuse riski peab kandma teenuse osutaja.

Tüüptingimuste kasutamise korral on teenuse kasutajal kaks võimalust. Esiteks võib tugineda sellele, et tüüptingimus ei ole saanud lepingu osaks VÕS § 37 lg 1 või lg 3 järgi ning teiseks, kui tingimus on saanud lepingu osaks, et tingimus on ebamõistlikult kahjustav VÕS § 42

⁹² RKTko 3-2-1-150-06, p 17.

⁹³ *Ibid.*, p 17.

alusel. VÕS § 37 lg 1 kohaselt peab tingimuse kasutaja enne lepingu sõlmimist või sõlmimise ajal tüüptingimusele kui lepinguosale selgelt viitama ja teisel lepingupoolel peab olema võimalus nende sisust teada saada ning tingimus ei tohi olla VÕS § 37 lg 3 kohaselt üllatuslik. Üldjuhul osutatakse pilveteenuse kasutamise soovi korral kasutaja tähelepanu teenuse kasutamise tingimustele. Teenusega liitumisel peab kasutaja täitma registreerimisvormi, mille juures on enamasti veebilink, mille kaudu on võimalik tingimustega tutvuda. Kui teenusega liitumisel on ankeedi juures viide kasutustingimustele, on täidetud tingimuse lepingu osaks saamise esimene eeldus ehk pilveteenuse osutaja on tingimustele viidanud. Tingimused ei ole valdavalt toodud ära osana registreerimisvormist, vaid nendega tutvumiseks peab kasutaja eraldi vajutama allajoonitud või muul moel rõhutatud sõnale, mille kaudu suunatakse kasutaja tingimusteni. Levinud näitena võib tuua inglisekeelse teavituse „*I accept the Terms*.“. Kasutaja otsustab, kas ta tutvub tingimustega või mitte, kuid teenuse osutaja on loonud võimaluse tingimustega tutvumiseks ning sellest lähtuvalt on täidetud ka teine eeldus tüüptingimuste lepingu osaks saamiseks. Vaidlus võib siiski tekkida sõltuvalt sellest, kuidas tingimustega nõustumist kasutajalt nõutakse. Töö autor on kohanud kahte varianti. Ühel juhul ei saa kasutaja teenusega liituda enne, kui on teinud linnukese kasti, mis on teavituse „nõustun tingimustega“ kõrval⁹⁴. Teiseks kasutatakse moodust, kus puudub eelnevalt nimetatud kast linnukese tegemiseks ning teavitus on lisatud informeerivana liitumise kinnitamiseks vajutatava nupu lähedusse.⁹⁵ Kui linnukese tegemine ei ole eelduseks lepingu sõlmimisele, võib tekkida vaidlus sellest, kas viitamine oli piisav.

Pilveteenuse osutamisel sõlmitavatest lepingutest võib leida tingimusi, mis on keerulise lausekonstruktsiooniga ning väga pikad. VÕS § 37 sätestab võimaluse, et tüüptingimus ei saa lepingu osaks juhul, kui tingimus on lõike 3 kohaselt niivõrd ebatavaline või arusaamatu, et teine lepingupool ei võinud selle tingimuse olemasolu lepingus mõistlikkuse põhimõttest lähtudes oodata või seda tingimust olulise pingutuseta mõista. Ei ole ebatavaline, et teenuse osutaja on lepingus ühe alapunkti alla koondanud kõik, mis võib vastutust puudutada. Ühes punktis ning ehk isegi ühes lauses soovitakse välistada pilveteenuse osutaja vastutus kõikideks juhtumiteks, lisades tingimusse pikad loetelud.⁹⁶

⁹⁴ Sellist meetodit kasutab liitumisvormi juures näiteks Elastichosts.

⁹⁵ Näiteks soovides hakata kasutama Pipedrive'i pakutavat teenust, on liitumisankeedi juures viited nii kasutustingimustele kui privaatsuspoliitikale: „Vajutades "Liitu tasuta" nupule nõustud meie Teenusetingimuste ja Privaatsusseadetega.“. Vajutades vastavale sõnale, suunatakse kasutaja tingimuste juurde.

⁹⁶ Näiteks Pipedrive'i kasutustingimuste p 20.3: „UNDER NO CIRCUMSTANCES, INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, NEGLIGENCE, WILL EITHER SUPPLIER OR ITS AFFILIATES, CONTRACTORS, EMPLOYEES, AGENTS, OR THIRD-PARTY PARTNERS OR SUPPLIERS BE LIABLE FOR ANY SPECIAL, INDIRECT, INCIDENTAL, CONSEQUENTIAL, PUNITIVE, OR EXEMPLARY DAMAGES ARISING FROM OR RELATED TO THE USE OF THE PIPEDRIVE SERVICES, INCLUDING THOSE

Tingimust, mis koosneb ühest lausest ja on ebamõistlikult pikk, on kasutajal keeruline lugeda ning selle sisust aru saada, kuna vahele on põimitud mitmeid kõrvallauseid. VÕS § 37 lg 3 näeb ette, et tingimus ei saa lepingu osaks kahel juhul: kui tingimus on kas ebatavaline või arusaamatu. Ebatavaline tähendab tingimuse üllatuslikkust kas sisu poolest või on tingimus paigutatud lepingus alapeatüki alla, kust kasutaja sellist tingimust ei oskaks oodata leida.⁹⁷ Kuivõrd pilveteenuse lepingute juures võib kohata rohkem tingimusi, mis on pikad ja keerulised ning töö autor ei ole kohanud tingimusi, mida võiks käsitleda üllatuslikena, ei peatuta pikemalt küsimusel, kas mõni pilveteenuse lepingus sisalduv tingimus võiks olla niivõrd ebatavaline, et ei ole saanud lepingu osaks. Et tingimus saaks lepingu osaks, peab see olema raskusteta arusaadav keskmisele tarbijale, tingimus peab olema struktureeritud ja ei tohi olla ebamõistlikult pikk.⁹⁸ Seega on võimalik, et tingimus, mis on esitatud kasutaja jaoks keeruliselt sõnastatuna ning ebamõistlikult pikana, ei ole saanud lepingu osaks.

Kui tüüptingimused on saanud lepingu osaks, tuleb tingimusi hinnata lähtudes tingimuse ebamõistlikult kahjustavast olemusest. VÕS § 42 lg 1 kohaselt on tüüptingimus tühine, „kui see lepingu olemust, sisu, sõlmimise viisi, lepingupoolte huvisid ja teisi olulisi asjaolusid arvestades kahjustab teist lepingupoolt ebamõistlikult, eelkõige siis, kui tüüptingimusega on lepingust tulenevate õiguste ja kohustuste tasakaalu teise lepingupoole kahjuks oluliselt rikutud. Ebamõistlikku kahjustamist eeldatakse, kui tüüptingimusega kaldutakse kõrvale seaduse olulisest põhimõttest või kui tüüptingimus piirab teise lepingupoole lepingu olemusest tulenevaid õiguseid ja kohustusi selliselt, et lepingu eesmärgi saavutamine muutub küsitavaks.“ Sama paragrahvi lõikes 3 sätestatakse olukorrad, millal võib eelkõige tarbijaga sõlmitud lepingus tüüptingimus ebamõistlik olla.

VÕS § 44 kohaselt, kui § 42 lg-s 3 nimetatud tingimust kasutatakse lepingus, mille teiseks pooleks on isik, kes sõlmis lepingu oma majandus- või kutsetegevuses, eeldatakse, et see tingimus on ebamõistlikult kahjustav. Seega on Eesti õiguse alusel kaitstud ka majandus- ja kutsetegevuses pilveteenuse osutamise lepingu sõlminud kasutajad. Direktiiv 93/13/EMÜ

THAT RESULT FROM THE USE OR THE INABILITY TO USE THE PIPEDRIVE SERVICES OR ANY LINKED SITES, THE MATERIALS, OR ANY OTHER INTERACTIONS WITH EITHER SUPPLIER, EVEN IF EITHER SUPPLIER OR AN AUTHORIZED REPRESENTATIVE OF THE SUPPLIER HAS BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES. APPLICABLE LAW MAY NOT ALLOW THE LIMITATION OR EXCLUSION OF LIABILITY OR INCIDENTAL OR CONSEQUENTIAL DAMAGES, SO THE ABOVE LIMITATION OR EXCLUSION MAY NOT APPLY TO YOU. IN SUCH CASES, THE SUPPLIERS' LIABILITY WILL BE LIMITED TO THE FULLEST EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW.“

⁹⁷ P. Varul jt (koost). Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura, Tallinn 2006, lk 138.

⁹⁸ M. Schillig. Study on the Unfair Terms Directive across Europe. King's College London. The Dickson Poon School of Law. August 2013, p. 152.

ebaõiglaste tingimuste kohta tarbijalepingutes⁹⁹ (edaspidi ebaõiglaste tüüptingimuste direktiiv) kaitseb ebaõiglaste tingimuste eest tarbijaid ning artikkel 2 b defineerib tarbijana füüsilist isikut, kes sõlmib lepingu eesmärkidel, mis ei ole seotud tema majandus- ega kutsetegevusega. Selliselt ei laiene direktiivi kaitse majandus- ja kutsetegevuses tegutsevatele isikutele nagu Eesti õiguse alusel. A. Cunningham ja C. Reed on aga märkinud, et IT teenuste valguses tuleks arutada, kellele tarbijakaitse regulatsioon kohalduma peaks.¹⁰⁰

S. Bradshaw, C. Millard ja I. Walden on tõdenud, et kuigi ettevõtjad on lepingutingimuste hindamisel vähem kaitstud, võivad eriti ebamõistlikud tingimused olla sellegipoolest tühised, viidates Inglise kohtu (English High Court of Justice) lahendile, mille kohaselt leiti, et leiti, et tüüptingimused IT teenuse lepingus, mis on sõlmitud mittespetsialistist ettevõtja ja spetsialistist teenusepakkuja vahel, võivad siiski osutada ebamõistlikeks ja ebaõiglasteks. Nimetatud lahendis ei olnud vaidluse all küll pilveteenuse osutamise leping, kuid lepingutingimused olid sarnased pilveteenuse osutamise lepingust leitavatele tingimustele.¹⁰¹

VÕS § 44 kohaselt, kui mõlemad pooled tegutsesid oma majandus- või kutsetegevuses, üksnes eeldatakse tingimuse ebamõistlikku kahjustamist ehk teisel poolel on võimalus tõendada vastupidist. On leitud, et nimetatud eeldus võiks kehtida vaid väikese ja keskmise suurusega ettevõtjatele, kuna suurtel ettevõtjatel peaks olema piisav positsioon läbirääkimistel oma huvide kaitsmiseks.¹⁰² Pilveteenuse lepingute sõlmimisel on samuti täheldatud keskmisest suuremate ettevõtjate võimalust lepingutingimuste läbirääkimiseks¹⁰³, mistõttu ei ole käesolevas töös mõeldud teenuse kasutajana suuremaid ettevõtjaid.

Kui tegemist on tüüptingimusega, tuleb esmalt kontrollida, kas esineb mõni VÕS § 42 lg-s 3 sätestatud juhtum. VÕS § 42 lg 3 sõnastusest tuleneb, et tingimused, mis on punktides sätestatud, on automaatselt ebamõistlikult kahjustavad. VÕS § 42 lg 3 kujutab endast eelkõige näidisloetelu, mis tähendab, et ka teised analoogsed tingimused võivad olla tühised. Järelikult, kui lepingus sisalduv tingimus ei vasta ühelegi lõikes 3 toodud olukorrale, ei tähenda see, et tingimus ei võiks sellegipoolest tühine olla.

Kui tingimus ei lange VÕS § 42 lg 3 punktide alla, siis kontrollitakse lõiget 1 ehk kas tingimus on tühine üldklausli alusel. Üldsätte kohaldamine võib olla vajalik ka juhul, kui

⁹⁹ Euroopa Nõukogu 5. aprilli 1993. a direktiiv 93/13/EMÜ ebaõiglaste tingimuste kohta tarbijalepingutes. – EÜT L 95/29, 21.04.1993, lk 288 – 293.

¹⁰⁰ A. Cunningham, C. Reed. Part 1, p. 11.

¹⁰¹ S. Bradshaw, C. Millard, I. Walden, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰² C. Ginter. Tüüptingimustest VÕS ja direktiivis 93/13/EMÜ. *Juridica* 2001/VII, lk 507.

¹⁰³ A. Cunningham, C. Reed. Part 1, p. 3.

lõikes 3 nimetatud tingimuse kohaldamine vajab täiendavat kaalumist ja hindamist.¹⁰⁴ VÕS § 42 lg 1 lause 1 kohaselt tuleb tüüptingimuse kehtivuse hindamisel arvestada lepingu olemust, sisu, sõlmimise viisi, lepingupoolte huvisid ja teisi olulisi asjaolusid. Analüüsi tulemusel võib esmapilgul kahjustavana tundunud tingimus osutada mõistlikuks, arvestades tavapärasest suuremaid võetud riske.¹⁰⁵ Pakutavaid pilveteenuseid on erinevaid, sõltudes pilveteenuse tüüpidest ning teenuste erinevatest variatsioonidest, näiteks võivad pilveteenusena pakutavad tarkvaralahendused varieeruda kasutusotstarbe poolest suuresti (tarkvara personali haldamiseks, tekstitöötluks, muusika kuulamiseks). Sellest tulenevalt on oluline hinnata, mis on konkreetse teenuse juures lepingu sisuks.

VÕS 42 lg 1 kohaselt on tegemist ebamõistliku kahjustamisega, kui lepingust tulenevate õiguste ja kohustuste tasakaalu on oluliselt rikutud teise poole kahjuks. Siin tuleb selgitada, mida tähendab kohustuste tasakaalu oluline rikkumine. Kohustuste tasakaalu arvestamise vajadus tuleneb ebaõiglaste tüüptingimuste direktiivi art 3 lg-st 1. Olulise tasakaalustamatuse hindamisel on Euroopa Kohus leidnud, et arvesse tuleb võtta sätteid, mis kuuluksid siseriiklikus õiguses kohaldamisele, kui lepingus puuduks vastav tingimus.¹⁰⁶ Sellisel viisil on võimalik hinnata, millisel määral on isiku olukord lepingutingimuse tõttu ebasoodsam. Ebaõiglaste tüüptingimuste direktiivi art 3 lg 1 seob tingimuse ebaõigluse ka hea usu põhimõtte rikkumisega. Eelnevalt nimetatud Euroopa Kohtu otsuses on leitud, et vastuolu hindamisel hea usu põhimõttega tuleb küsida, kas teine majandus- ja kutsetegevuses tegutsev ning tarbijat ausalt kohtlev isik ootaks tarbijalt vastava tingimusega nõustumist, kui tingimuses lepitaks eraldi kokku.¹⁰⁷

Pilveteenuse lepingu puhul tuleb tingimuse hindamisel arvesse võtta muu hulgas seda, kas tegemist on rahalise tasuta pakutava teenusega või tasulise teenusega. Rahalise tasuta pakutava teenuse juures võib võtta arvesse, et teenuse pakkuja saadav kasu ei ole samasugune kui tasulise teenuse korral ning seetõttu võib osutada õigustatuks vastutuse piiramine suuremal määral kui tasulise teenuse juures, kus ka kasutajal on suuremad ootused teenuse kvaliteedi suhtes. See aga ei tähenda, et rahalise tasuta pakutaval teenusel esinevate puuduste eest ei peaks teenuse osutajal üldse vastutama. A. Cunningham ja C. Reed on tõstatanud küsimuse, kas siis, kui kasutaja teenuse eest ei maksa, võib ta oodata teenuse osutajalt samasugust hooldust teenuse osutamises kui tasulise teenuse korral. Arvestades, et ka rahalise tasuta pakutava teenuse korral saab teenuse osutaja kasu – mida rohkem kasutajaid on näiteks

¹⁰⁴ P. Varul jt, *op. cit.*, lk 149.

¹⁰⁵ *Ibid.*, lk 149.

¹⁰⁶ EK C-415/11 Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), p 68.

¹⁰⁷ C-415/11 Aziz, p 69.

sotsiaalvõrgustikul, seda suurem on ka teenuse osutaja ettevõttele lisanduv väärtus –, on ka rahalise tasuta pakutava teenuse korral kasutajal samasugune õigus oodata pakutava teenuse kvaliteetset osutamist kui tasulise teenuse korral.¹⁰⁸

VÕS § 39 lg 1 kohaselt tuleb tüüptingimust tõlgendada nii nagu teise lepingupoolega sarnane mõistlik isik seda samadel asjaoludel mõistma pidi. Kahtluse korral tõlgendatakse tüüptingimust tingimuse kasutaja kahjuks. Riigikohus on kinnitanud seisukohta, et VÕS § 39 on erinorm VÕS § 29 ja TsÜS § 75 suhtes. Sellest tulenevalt ei saa tüüptingimuste tõlgendamisel lähtuda poolte ühisest tegelikust tahtest, vaid tõlgendamisel tuleb teise poolena lähtuda lepingupoolega sarnase mõistliku isiku seisukohast.¹⁰⁹ VÕS § 39 lg 1 lause 2 kohaselt tõlgendatakse kahtluse korral tüüptingimust tingimuse kasutaja kahjuks. Lepingutingimuse eelneva väljatöötajana on ka mõistlik, et tema kannab lepingu tõlgendamisega seotud riske.¹¹⁰ Pilveteenuse lepingu korral tuleb seega kahtluse korral tõlgendada tingimust teenuse kasutaja kasuks ning võtta arvesse, kuidas pidi tingimusest aru saama teine sarnane kasutaja. Nimetatud seisukohta on rõhutanud ka M. Schillig leides, et hinnata tuleb, kas keskmine sarnane tarbija mõistaks tingimuse sisu. Seejuures on oluline, et analüüs toimuks just võrdluses tarbijaga, kes sooviks sõlmida samadel tingimustel samasugust lepingut, mis erineb tavapärasest tsiviilõiguses levinud võrdlusmomendist keskmise mõistliku isikuga.¹¹¹ Niimoodi arvestatakse, et tavaline tarbija ei pruugi lugeda lepingutingimusi väga tähelepanelikult, sõltuvalt konkreetse lepingu sihtgrupist.¹¹²

Analüüsidis direktiivi 93/13/EMÜ kohaldatavust pilveteenuse lepingutele, on A. Cunningham ja C. Reed välja toonud, et olulise tähtsusega on direktiivi lisa punktid, mis välistavad või piiravad tarbija õigushüve sobimatult võrreldes teise osapoolega (Lisa 1 p b); on tarbijale siduvad, kusjuures teenuse osutaja tegevus on seotud tingimusega, mille täitmine oleneb üksnes tema enda tahtest (Lisa 1 p c); seovad tarbija pöördumatult tingimustega, millega tarbijal ei olnud tegelikke võimalusi tutvuda enne lepingu sõlmimist (Lisa 1 p i); annavad teenuse osutajale võimaluse muuta lepingutingimusi või teenuse omadusi (Lisa 1 p-d j, k); jätavad tarbija ilma õigusest võtta õiguslikke meetmeid või kasutada mis tahes muud õiguskaitsevahendit või tarbija kõnealust õigust piirates (Lisa 1 p q).¹¹³

¹⁰⁸ A. Cunningham, C. Reed. Consumer Protection & Cloud Computing, Part 2 – The Application of *ex ante* and *ex post* Consumer Protection Law in the Cloud. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 133/2013. February 5, 2013, p. 22.

¹⁰⁹ RKTko 3-2-1-64-07, p 12.

¹¹⁰ *Ibid.*, p 12.

¹¹¹ M. Schillig, *op. cit.*, pp. 13-14.

¹¹² *Ibid.*, p. 14.

¹¹³ A. Cunningham, C. Reed. Part 2, p. 29.

Nimetatud punktid on võetud üle ka VÕS tüüptingimuste regulatsiooni VÕS § 37 lg 1 ja § 42 lg 3 p-de 2, 3, 14 ja 16 kaudu. Siinkirjutaja nõustub eelnevalt välja toodud punktide arvestamise vajalikkusega, kuigi ehk mitte niivõrd tingimusega, mille kohaselt tarbijal ei olnud tegelikke võimalusi tutvuda tingimustega. Töö autor on eelnevalt tüüptingimuste lepingu osaks saamist analüüsides asunud seisukohale, et valdavalt teenuseosutajad viitavad lepingutingimustele ning kui vastav hüperlink on olemas, on kasutajal võimalus lepingutingimustega eelnevalt tutvuda. Lisaks A. Cunninghami ja C. Reedi poolt nimetatud punktidele leiab töö autor, et relevantne on ka Lisa 1 p m, mis vastab VÕS § 42 lg 3 p-le 17, mille kohaselt ei ole lubatud anda teenuse osutajale õigust otsustada, kas teenus vastab lepingutingimusele või anda teenuse osutajale ainuõigus tõlgendada ükskõik millist lepingutingimust.

3. Vastutust välistavad ja piiravad lepingutingimused sõltuvalt rikkumise liigist

3.1. Üldised vastutust välistavad ja piiravad tingimused

Pilveteenuse pakkujad kasutavad vastutuse välistamisel tingimusi, mis on üldised ja laienevad kõikidele lepingu rikkumise juhtudele ning tingimusi, milles on vastutuse piirang või välistamine ette nähtud konkreetse rikkumise puhuks. Järgnevalt käsitletakse vastutust välistavaid tingimusi, milles ei ole määratletud, millise konkreetse lepingu rikkumise korral teenuse osutaja ei vastuta ehk millal tema suhtes ei saa vastutust kohaldada.

Pilveteenuse lepingutingimuste hindamisel tasub arvestada, et teenust pakutakse paljudele kasutajatele eelnevalt teenuse osutaja poolt koostatud keskkonnas ning kasutajal on võimalik valida endale sobivaim erinevate teenusepakkujate hulgast. Teenuse pakkujal võib olla väga keeruline või isegi võimatu muuta teenust vastavalt erinevate kasutajate soovidele, seda ka IaaS tüüpi teenuse puhul, kus kasutajal on suurem kontroll teenuse sisu üle, kuid teenust osutatakse siiski standardiseeritud keskkonnas.¹¹⁴ Pilveteenuse infrastruktuuris esinevatel tõrgetel võivad olla laiaulatuslikud tagajärjed, mistõttu tuleb kaaluda, kas standardsed vastutust piiravad tingimused võtavad arvesse poolte kohustuste jaotust.¹¹⁵ Kasutaja jaoks on oluline, et teenus oleks kogu aeg kättesaadav ning sealne info säiliks.¹¹⁶ Kui kasutaja jaoks eksisteerib pidevalt reaalne oht, et teenust ei ole võimalik osutada vastavalt nõuetele, puudub kasutajal usaldus pilveteenuse kasutamise suhtes. Seega peab pilveteenuse osutaja olema oma teenuse kasutamise võimalikkuses veendunud ja olema valmis võtma endale vastutuse, kui teenuses tõrkeid esineb.¹¹⁷ Siinkirjutaja nõustub, et teenuse osutaja peab olema valmis vastutama ning olukorrad, mis väljuvad teenuse osutaja kontrolli alt, on kaetud *force majeure* klausliga, mistõttu ei ole põhjendatud vastutuse välistamine teenuse osutajal lasuvate põhikohustuste osas.

Cloud Legal Project'i raames uuritud lepingutest selgus, et kui Euroopas asuvad teenusepakkujad ei piira üldiselt vastutust otsese kahju (s.o kahju, mis tekib kasutajale andmete kadumise tõttu) eest, siis kaudse kahju (saamata jäänud tulu) eest välistasid vastutuse kõik teenusepakkujad, v.a üks pakkuja, kellel lepingus oli vastav kahju reguleerimata.

¹¹⁴ C. Millard, *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁵ ENISA. Cloud Computing 2009, p. 6.

¹¹⁶ Expert Group Report. The Future of Cloud Computing. Opportunities for European Cloud Computing Beyond 2010, p. 13. Available:

¹¹⁷ Drafting a Cloud Computing Contract. University of Oslo, Faculty of Law. 2011, p. 31. Available: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22926/SILALAHIX-xMaster.pdf?sequence=1>. 04.05.2014.

Andmete kadumisest tekkiv saamata jäänud tulu võib ettevõtja jaoks olla ulatuslik ning seega on arusaadav, miks teenuse osutajad selle eest vastutuse välistavad.¹¹⁸

Tingimuste juures, millega välistatakse kaudse kahju hüvitamine, on S. Bradshaw, C. Millard ja I. Walden juhtinud tähelepanu Inglise kohtu (English High Court of Justice) lahendile, kus tõusetus küsimus kahju ettenähtavusest IT lepingutes. Kohus leidis, et hageja ettevõttele tekkinud kahju, mis tulenes kostjapoolsest lepingu rikkumisest, oli otsene lepingu rikkumisest tekkinud kahju. Pilveteenuse pakkujad, kes üritavad kaudse kahju alla paigutada rikkumist, mis tuleneb serveri tõrkest ja välistada sellise kahju hüvitamist, peavad seega arvestama, et selline tingimus ei pruugi püsima jääda.¹¹⁹

Teisalt tuleb vastutuse piiramise hindamisel lähtuda konkreetsest teenusepakkujast, tema kohustustest ning sellest sõltuvalt analüüsida, kas vastutuse piiramine võib olla mõistlik. C. Millard on näitena toonud Inglise kohtus (English High Court of Justice) toimunud vaidluse, mille üheks pooleks oli PayPal, kes piiras vastutuse ulatust saamata jäänud tulu eest. Kohus leidis, et vastutust välistav tingimus oli mõistlik, arvestades PayPal'i äritegevust. Seejuures ei ole aga kindel, kas kohus leiaks, et pilveteenuse pakkujal on sama ulatuslikud kohustused kui PayPal'il, mis oli vastutuse välistamise mõistlikkuse hindamisel oluline.¹²⁰

Kui teenuse osutaja välistab vastutuse täielikult, kuulub kohaldamisele VÕS § 42 lg 3 p 1, mille kohaselt on tarbijat kahjustavaks eelkõige tüüptingimus, millega välistatakse tingimuse kasutaja seadusest tulenev vastutus või piiratakse seda juhuks, kui põhjustatakse teise lepingupoole surm või kahjustatakse tema tervist, samuti muuks juhuks, kui kahju tekitatakse tahtlikult või raske hooletuse tõttu. VÕS § 39 lg 2 ls 2 kohaselt, kui tingimuse saab jagada mitmeks üksteisest sõltumatuks osaks, jääb ühe osa tühisuse korral tingimus muus osas kehtima. Järelikult võib jagatava kohustuse korral puudutada tingimus ainult osa kohustusest ja tingimus ise võib jääda osaliselt ka kehtima. VÕS kommentaarides on leitud, et osalist kehtivust ei saa kohaldada nii, et tingimus jääb kehtima väiksemas mahus, näiteks tõlgendades, et tahtliku kahju tekitamise asemel kehtib vastutus hooletuse tõttu tekitatud kahju eest.¹²¹ Tingimus peab olema keeleliselt ja sisuliselt jagatav selliselt, et osad oleksid eraldi arusaadavad ja iseseisvalt kohaldatavad.¹²² Seega, kui tingimus on sõnastatud viisil, mis ei võimalda seda eraldiseisvateks osadeks jagada, on tingimus tervikuna tühine.

¹¹⁸ S. Bradshaw, C. Millard, I. Walden. *Contracts for clouds*, p. 35.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 35-36.

¹²⁰ C. Millard, *op. cit.*, p. 61.

¹²¹ Sama seisukohta on avaldanud ka P. Varul jt, lk 141.

¹²² *Ibid.*, lk 141.

Pipedrive'i kasutustingimuste punkt 20.3 välistab igasuguse kaudse kahju (ehk VÕS § 128 lg 2 mõttes saamata jäänud tulu) hüvitamise, sõltumata kahju esile kutsunud rikkumise põhjusest. Radicenter sätestab oma kasutustingimustes, et „ei vastuta mitte ühegi kahju eest, mis võib tekkida“. Selline tingimus on tühine VÕS § 42 lg 3 p 1 alusel, kuna sõnastus välistab vastutuse kahjude eest, mis võivad tekkida surma või tervisekahjustuse tagajärjel, samuti kahju tekitamise tahtluse või raske hooletuse korral. Nimetatud tingimus on tühine tervikuna ning ei loo võimalust, et vastutuse välistamine jääks osaliselt kehtima. Käesoleval juhul ei viita tingimus ka keeleliselt sellele, et kohustus võiks olla jagatav nii, et osa tingimusest jääks kehtima VÕS § 39 lg 2 kohaselt. Seega on nimetatud tingimus VÕS § 42 lg 3 p 1 alusel tervikuna tühine.

Vastukaaluks eelnevatele tingimustele võib näha teistsugust lähenemist UKFast'i lepingus, kus kasutustingimuste p 9.1 kohaselt ei piira lepingus mitte ükski tingimus ettevõtja vastutust kasutaja surma või kehavigastuse puhuks, mis tuleneb ettevõtja hooletusest. Punktis 9.2 seatakse vastutusele rahaline piirang, mida käsitletakse pikemalt küll järgmises peatükis, aga ka seal on eraldi välja toodud, et piirang ei kehti p-s 9.1 nimetatud juhul. Punktis 9.3 välistatakse igasugune vastutus kasutaja ja kolmandate isikute ees kaudse kahju hüvitamiseks, sh majandusliku tulu kaotamine, kasutaja ettevõtte maine väärtuse kahanemine või muu kahju, mis tekib teenusega seoses täitmise või mittetäitmise tagajärjel (nii lepinguline kui lepinguväline kahju), isegi kui teenuse osutaja poolt oli sellise kahju tekkimine ettenähtav või teenuse osutaja tähelepanu oli sellele juhitud. Viimati nimetatud punktis sätestatuga oli küllaltki sarnane ka Pipedrive'i lepingus käsitletud tingimus. Mõlema teenuse osutaja puhul on tegemist pika ja keeruliselt sõnastatud lepingupunktiga, mis võib paljude kasutajate jaoks jääda ebaselgeks. Pikkade ja keeruliste lausekonstruktsioonide puhul on võimalik, et tingimus on VÕS § 37 lg 3 alusel keeleliselt ebaselge ja ei ole seetõttu lepingu osaks saanud. Töö autor leiab, et tingimusest võib kasutaja aru saada, et välistatakse kahju hüvitamine ning näitlikustavad loetelud võivad kasutajale olukorra selgemaks teha kui ainuüksi juriidiliste terminite nagu otsene või kaudne kahju kasutamine. Teenuse osutajal on sellegipoolest võimalik pikaks venivad laused ümber muuta kasutajasõbralikumaks ning kindlustada seeläbi tingimuse lepingu osaks saamine.

ElasticHosts tüüptingimustes on sätestatud sarnaselt UKFast'i kasutustingimustega, et välja arvatud kahju, mis tekib teenuse osutaja poolse pettuse või tervise kahjustamise tagajärjel, välistab teenuse osutaja vastutuse kaudse kahju eest, milleks on näiteks majanduslik kahju, ettevõtte maine vähenemine või andmete hävimine või kadumine. Töö autor on seisukohal, et kaudse kahjuna ka andmete hävimisest ja kadumisest tekkiva kahju hüvitamise välistamine

võib vastuollu minna lepingu eesmärgiga, kuna andmete kadumine või hävimine on teenuse osutaja poolse peamise kohustuse rikkumise otsene tagajärg ning sellest tulenev kahju on teenuse osutajale ettenähtav ja kaetud lepingu eesmärgiga.

W. Kuan Hon, C. Millard ja I. Walden on leidnud, et kui teenuse osutaja on võtnud endale vastutuse üksnes otsese kahju eest, on suur tõenäosus, et ei jää vaidlusetu, kuidas terminit sisustada ning milline tekkida võib kahju selle alla tegelikkuses kuulub. Olukorras, kus kasutajatel on olnud võimalus lepingutingimustes eraldi kokku leppida, on vastutus reguleeritud täpsemalt ning saavutatud teenuse osutaja vastutus andmekaitset või privaatsust puudutavate rikkumiste ning turvalisuse rikkumise olukordadeks.¹²³

A. Cunningham ja C. Reed on tõstatanud vastutuse välistamisel otsese kahju¹²⁴ puhuks küsimuse, kas tegemist on teenuse osutaja hoolsuskohustuse piiranguga või kas selline välistamine on ebaõiglane. Nad leiavad, et isegi kui teenuse osutaja ei kasuta teenuse osutamiseks kolmandaid osapooli, on võimalikud juhtumid, mis võivad viia andmete kadumise või ohustamiseni ning sellised olukorrad võivad juhtuda ka siis, kui teenuse osutaja tegutseb piisava hoolsusega (st olukorrad, mis on väljaspool teenuse osutaja kontrolli). Kui aga teenuse pakkuja kasutab teenuse osutamisel omakorda kolmandate osapoolte teenuseid, on ebamõistlik, et kasutaja peab nõustuma vastutust välistava tingimusega, välja arvatud siis, kui kasutajat on teavitatud, et teenuse osutajal ei ole täielik kontroll teenuse üle, mistõttu võib olla võimalik, et ta ei saa teenuse osutamisel tagada hoolsuskohustusele vastavat andmete säilimist. Jättes kõrvale teenuse osutaja hoolsuskohustuse, võib vastutuse välistamine olla kasutaja suhtes ebaõiglane. Näiteks vastutuse piiramine osas, mis on põhjustatud halva teenuse (*poor service*) tõttu, on tõenäoliselt tühine.¹²⁵

Lisaks on A. Cunningham ja C. Reed leidnud, et vastutuse välistamine peaks olema lubatud osas, mis ei ole teenuse osutajale ettenähtav. Välistades kaudse kahju hüvitamise tervikuna, võib tingimus olla siiski ebaõiglane. Kui välistatakse vastutus kahju eest, mis ei ole ettenähtav, välistab see võimaluse, et kogu tingimus muutub tühiseks.¹²⁶ Ka eelnevalt on töös tõdetud, et kaudse kahju hüvitamise välistamine tekitab probleeme juba termini sisustamisel. Võlaõigusseadus ei kasuta mõistet kaudne kahju, mistõttu on keeruline võtta termini sisustamisel pilveteenuse kontekstis kindlat seisukohta. Käesoleva töö autor nõustub A. Cunninghami ja C. Reedi mõttekäiguga, mille kohaselt peaks lähtuma kahju ettenähtavusest.

¹²³ W. Kuan Hon, C. Millard ja I. Walden, *op. cit.*, p. 93.

¹²⁴ Otsese kahju all mõeldakse vastutust kahju eest, mis tekib kasutajale seoses andmete kadumise või ohustamisega. Vt A. Cunningham, C. Reed. Part 2, p. 38.

¹²⁵ A. Cunningham. C. Reed. Part 2, p. 38.

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 38-39.

Sellest lähtub kahju hüvitamisel ka VÕS § 127 lg 3, mille kohaselt kuulub kahju hüvitamisele vaid ulatuses, mis oli poolele rikkumise võimaliku tagajärjena ettenähtav.

3.2. Vastutuse välistamine teenuse kättesaadavuse rikkumise korral

Teenuse kasutajad eeldavad, et pilveteenus on usaldatav, mistõttu on ootamatud olukorrad, kus teenuse kättesaadavuses esineb rikkeid.¹²⁷ Juba paaritunnine tõrge teenuse kättesaadavuses võib kasutajale tekitada märkimisväärse kahju. Sajaprotsendilist töökindlust ei ole võimalik tagada, kuid tekib küsimus, kes peab kandma riski – kas kasutaja, kes peaks arvestama teenuse riketega ja võtma seda kui võimalikku kulu, või teenuse osutaja, kellel on lepingu järgi kohustus tagada teenuse kättesaadavus teataval määral ning on seega vastutav kasutajale tekkiva kahju eest?¹²⁸ Kättesaadavuse kohustuse rikkumise hindamisel tekib küsimus, milline rikkumine on oluline ja toob endaga kaasa vastutuse, kuna poolte vajadused on erinevad – mõne teenuse puhul ei vaja kasutaja teenust kogu aeg, vaid üksnes teatud ajahetkel. Seega, kas teenus peaks olema kättesaadav 100% kogu aeg või 100% ajast, mil kasutajal on teenust vaja kasutada?¹²⁹

Teenuse kasutaja jaoks on oluline teada, kes on teenuse mittevastavuse korral vastutav ja millised on kohaldatavad õiguskaitsevahendid.¹³⁰ Teenuse kättesaadavuse puudumine võib kasutajale tekitada ka lühiajaliselt suurt kahju, näiteks kui teenus, milleks on veebilehe majutamine, ei ole kättesaadav ettevõtja jaoks kõige külastatavamal ajal päevas. Seega ootab kasutaja, et teenuse osutaja rikkumise eest vastutaks ja puuduse tekkimisel kahju talle hüvitatakse. Tekkiv kahju võib olla mitmesugune: otsene kahju näiteks andmete kaotsiminekest või majanduslik kahju ulatuses, milles ettevõtjal jäi tulu saamata, kuna teenuse kaudu pakutav veebileht ei olnud ettevõtte klientidele kättesaadav. On aga tavaline, et teenuse osutaja ei taga lepingus kindlat teenuse kättesaadavuse määra ning välistab ka oma vastutuse selle eest. Teenuse osutajad on selliste tingimuste seadmisel võrdlemisi julged ja

¹²⁷ P. T. Jaeger, J. Lin, J. M. Grimes. Cloud Computing and Information Policy: Computing in a Policy Cloud? *Journal of Information Technology & Politics*, 2008, vol 5, issue 3, p. 273.

¹²⁸ *Ibid.*, p 273.

¹²⁹ Expert group meeting on cloud computing contracts. Synthesis of the meeting of 19/20 november 2013, p. 4. Available: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/expert_groups/synthesis_cloud_computing_19112013_en.pdf. 02.05.2014.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 6.

võib kohata ka tingimusi, mille kohaselt ei taga teenuse osutaja üldse, et rikked parandatakse või teenuse kasutamine jätkub.¹³¹

Kättesaadavuse juures tuleks arvestada, et pilveteenuse osutaja ei pea siiski vastutama iga väiksema tõrke eest. Küsida tuleks, milline on piisavalt oluline rikkumine. See aga oleneb konkreetset sellest, millist teenust pakutakse ja kuivõrd on teenuse osutaja teadlik kasutajatest ja eesmärkidest, milleks teenust kasutatakse. Lisaks tuleb võtta arvesse, kas tegemist on tasulise või rahalise tasuta teenusega ning kas tegemist on hädavajaliku teenusega.¹³² Kasutaja ei saa loota, et kui teenuse osutaja pakub teenust ilma rahalise tasuta, siis on tagatud ka maksimaalne kättesaadavuse tase.

Teenuse osutajad tagavad teenuse kättesaadavuse tavaliselt vahemikus 99,0% - 100%. Kui kättesaadavus on tagatud 99% arvestatuna ühe kuu kohta, tähendab see, et kuu jooksul võib esineda teenuses tõrkeid 7,2 tunni ulatuses¹³³. Seejuures aga ei arvestata 7,2 tunni hulka hooldustööde tegemiseks kuluvat aega ja muud, mille teenuse osutaja on tõrgeteta teenuse osutamise ajast välja arvanud.

SLA rikkumiste puhuks on pilveteenuse osutajad välistanud tavaliselt kõik teised õiguskaitsevahendid peale edasise kasutamise krediidiga hüvitamise (*service credits*) ning ka seda täiendavate tingimustega.¹³⁴ C. Millard on leidnud, et teenuse osutajad peavad teenust pakkudes arvestama sellega, et süsteemis võivad esineda rikked ning nägema selliseid juhtumeid ette ning tugevdama süsteemi selle asemel, et eeldada süsteemi kindlust ning pidevat kättesaadavust.¹³⁵ Samuti peaksid ka teenuse kasutajad arvestama, et kuigi tehnoloogia on arenenud kiiresti, võib ette tulla kasutust takistavaid asjaolusid. Tuleb eristada olukordi, mis on teenuse osutaja kontrolli all, st mille eest teenuse osutaja peaks vastutama ning olukordi, mis jäävad teenuse osutaja kontrolli alt välja.

Kuna pilveteenuse maht ei ole piiramatult, võib teenuse kättesaadavuses esineda tõrkeid ka seetõttu, et teenuse kasutajate hulk kasvab liiga suureks.¹³⁶ Sellisel juhul on selge, et teenuse osutaja peab vastutama rikkumise eest, kuna juurdevõetavate kasutajate hulk on pilveteenuse osutaja kontrolli all.

¹³¹ Taolise tingimuse võib leida näiteks Pipedrive'i kasutustingimuste punktist 15.2.

¹³² Expert group meeting on cloud computing contracts, p. 4.

¹³³ Autori arvutuskäik: 30 päeva * 24 tundi * 0,01.

¹³⁴ W. Kuan Hon, C. Millard, I. Walden, *op. cit.*, p. 97.

¹³⁵ C. Millard, *op. cit.*, p. 35.

¹³⁶ W. Kuan Hon, C. Millard ja I. Walden, *op. cit.*, p. 96.

Kui teenuse osutaja lepingutingimuste hulka kuulub ka SLA, siis ei ole vastutus tavaliselt täielikult välistatud, vaid piiratud teenuse krediidiga. Kui lepingus teenuse kättesaadavust, ei kajastata, siis võib leida tingimuse, mille kohaselt ei taga teenuse osutaja teenuse kättesaadavust. Teenuse kättesaadavuse võimaldamise kaudu täidab teenuse osutaja oma põhikohustust ning vastutuse välistamine põhikohustuse rikkumise juhtumiks ei saa olla lubatud.

3.3. Vastutuse välistamine turvalisuse ja terviklikkuse kohustuse rikkumise korral

Kättesaadavuse rikkumise korral on kasutajal peab kasutajal olema õigus võtta abivahendeid teenuse osutaja vastu. Küsimus on aga selles, millisel määral peaksid teised rikkumised andma teenuse kasutajale õiguse kasutada õiguskaitsevahendeid.¹³⁷ Kuna teenuse osutajal on vähemalt osaliselt kohustus tagada teenuse turvalisus ja terviklikkus¹³⁸, saab öelda, et teenuse osutaja peab ka vastutama nimetatud kohustuse täitmise eest.

Mõned eksperdid on leidnud, et kasutaja peaks olema vastutav riskide vähendamise eest, mis pilveteenusega kaasneda võivad.¹³⁹ Siin tuleb jällegi arvestada, millise pilveteenuse tüübiga on tegemist ning kui suurel määral on kasutajal võimalik riske vähendada. Kindlasti ei saa kõikide riskide vähendamise eest vastutada kasutaja, kuna sellist kontrolli ei ole kasutajal ühegi pilveteenuse tüübi puhul. Teenuse osutaja peab sellest tulenevalt eelduslikult vastutama vähemalt teenuse keskkonna kasutamise turvalisuse eest.

Cloud Legal Project'i raames uuritud pilveteenuse kasutustingimustest on samuti selgunud, et paljud teenuseosutajad välistavad vastutuse andmete terviklikkuse eest. Mõned teenusepakkujad sätestavad, et teevad endast oleneva (*best efforts*), et tagada andmete säilimine, kuid sellegipoolest ei tunnista, et neil oleks vastav kohustus ja vastutus ning andmete terviklikkuse säilitamise kohustuse on jäetud kasutaja kanda.¹⁴⁰ Mõningatel juhtudel

¹³⁷ Expert group meeting on cloud computing contracts, p. 6.

¹³⁸ Vt käesoleva töö peatükk 1.3.

¹³⁹ Expert group meeting on cloud computing contracts, p. 6.

¹⁴⁰ S. Bradshaw, C. Millard, I. Walden. *Contracts for clouds*, pp. 21-22.

pakub teenuse osutaja nimetatud teenust täiendava tasu eest. Teisalt, on ka lepinguid, kus teenuse osutaja ei reguleeri andmete terviklikkust üldse.¹⁴¹

Vastutuse välistamine andmete terviklikkuse suhtes on ebamõistlik eelkõige siis, kui tegemist on andmete varundamist pakkuva teenuseosutajaga. Sama seisukohta on avaldanud ka A. Cunningham ja C. Reed, märkides, et eelkõige andmete varundamise teenuse korral on andmete terviklikkuse säilitamine küsimus teenuse osutamise kvaliteedist. Kui teenuse osutaja välistab vastutuse andmete terviklikkuse suhtes, jääb arusaamatuks, mis on pakutava teenuse sisu.¹⁴² Töö autor nõustub eelneva argumentatsiooniga: kui teenuse osutaja välistab vastutuse oma põhikohustuse osas, jääb selgusetuks, miks teenuse osutaja teenust pakub, kui teenuse nõuetekohase toimimise osas valitseb ebakindlus. Vastutuse välistamine võib olla õigustatud siis, kui tegemist on teenust vahendava teenusepakkujaga, kuid sellisel juhul peab teenuse pakkuja selguse tagamiseks sellest kasutajale varakult teada andma.¹⁴³

Tehnoloogiliselt teadlikumad pilveteenuse kasutajad korraldavad oma andmete tagavarakoopiade olemasolu ise ning ei oota niivõrd, et teenuse osutaja teeks varukoopiad osana teenusest.¹⁴⁴

Pilveteenuse osutamisel sõlmitavate lepingute mudeltingimuste koostamise ekspertgrupis tehti ettepanek, et teenuse osutaja peaks lepingus sätestama, milleks teenus ei sobi¹⁴⁵ - see aitab paremini mõista vastutuse välistamise kehtivust. Kui teenuse osutaja on sätestanud, et teenus ei sobi delikaatsete andmete töötlemiseks, siis ei peaks ta ka vastutama selle eest, kui kasutaja seda hoolimata hoiatusest teha otsustab. Teenuse kasutajal peaks olema kohustus hinnata teenusega kaasnevaid riske ning kui tegemist on kõrge konfidentsiaalsuse astmega andmetega, siis ei ole sobivaim variant nende hoiustamiseks avalik pilveteenus. Nimetatud probleem võib tekkida eelkõige majandus- ja kutsetegevuses osalevatel ettevõtjatel ning taolist kohustust võiks pidada poolel ettevõtlusega kaasnevaks hoolsuskohustuseks.

Arvesse tuleb võtta ka seda, et sõltuvalt pilveteenusest (nii pilveteenuse tüübist kui osutatavast teenusest), ei pruugi teenuse osutaja teada andmete olemust (nt kas tegemist on isikuandmetega), kuni teenuse osutaja otsustab aktiivselt andmetele ligi pääseda. See tähendab, et kõiki teenuse osutajaid ei peaks kohtlema samamoodi nendega, kes kasutavad

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 22.

¹⁴² A. Cunningham, C. Reed. Part 2, p. 33.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 34.

¹⁴⁴ W. Kuan Hon, C. Millard ja I. Walden, *op. cit.*, p. 95.

¹⁴⁵ Expert group meeting on cloud computing contracts, p. 3.

kasutaja andmeid eraldi eesmärkidel (nt reklaam).¹⁴⁶ Seda tuleb arvesse võtta vastutuse välistamise hindamisel. Kui teenuse osutaja ei tea, milliseid andmeid pilves hoitakse ning pilveteenuse osutaja ei kasuta neid oma eesmärkidel, siis võib olla õigustatud vastutuse välistamine suuremal määral. Siinkirjutaja leiab, et teenuse osutaja peab kasutajale arusaadaval viisil selgeks tegema, et teenuse osutajale ei ole teada, milliseid andmeid pilves hoiustatakse ning kõigi andmete turvalisus tagatakse samamoodi, st ei võeta delikaatsete isikuandmete turvalisuse tagamiseks kasutusele täiendavaid meetmeid. See tagab turvalisuse ja andmete terviklikkuse seisukohalt kasutaja jaoks suurema selguse.

Teenusest sõltuvalt saab hinnata, millisel määral on kasutajal endal võimalik turvalisust tagada. Lisaks on tõstatatud küsimus ka sellest, kas kasutatava teenuse turvalisus on halvem kasutaja poolt võetavatest turvalisuse meetmetest.¹⁴⁷ N. MacDonald on avaldanud turvalisuse hoiatuste esinemist kajastava tabeli, kust nähtub, et kasutaja kohapealsete seadmete ja andmetega tuli ette rohkem turvalisust ohustavaid juhtumeid (kolmanda osapoolde rünnakuid) kui pilveteenuse keskkonnas.¹⁴⁸ C. Millard on väljendanud, et pilveteenuse turvalisuses võib kindel olla ning see on vähemalt sama hea kui kohapealsete vahendite turvalisus, kui mitte turvalisem.¹⁴⁹ Sellest tulenevalt võib leida, et kuna kasutajal endal ei ole võimalik tagada sellist turvalisust nagu teenuse osutajal, on vastutuse piiramine õigustatud. Siinkirjutaja aga leiab, et tihti võibki pilveteenuse kasutama hakkamise üheks põhjuseks olla parema turvalisuse tagamine, mis ettevõtjal endal osutuks kulukaks, kuid kasutades andmete hoiustamiseks teenust, mis on sellele suunatud, on kasutaja suurem ootus turvalisusele kui see, mida tal endal oleks võimalik pakkuda. Seega ei pea töö autor nimetatud hindamise meetodit igas olukorras asjakohaseks, mis aga ei välista, et mõnel juhul võib just taoline hindamine tagada mõlema poole positsioone arvestava ning õige tulemuse. Veelgi enam, kui on leitud, et teenuse osutajate turvalisus on heal tasemel, võiksid teenuse osutajad seda lepingutes kajastada ning näidata, millisel määral on turvalisus tagatud. Lepingutingimuste pinnalt võib nähtuda nagu teenuse osutaja ei võtaks turvalisuse tagamiseks piisavalt meetmeid, kuid töö autor on arvamusel, et tegelikkuses on turvalisuse tagamine parem, kuna ka teenuse osutajad soovivad kaitsta oma keskkonda soovimatute sissetungijate ja muutuste eest. Teenuse osutaja poolt vastutuse välistamine teenuse turvalisuse puhuks ei ole õigustatud ka seetõttu, et teenuse

¹⁴⁶ C. Millard, *op. cit.*, p. 32.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 28.

¹⁴⁸ N. MacDonald. Cloud Computing Can Be More Secure. Gartner, March 2012. Available:

http://blogs.gartner.com/neil_macdonald/2012/03/31/cloud-computing-can-be-more-secure/. 30.04.2014.

¹⁴⁹ C. Millard, *op. cit.*, p. 29.

osutaja on teenuse keskkonna loonud ning sellest tulenevalt on võimalik süsteemi muuta, lähtudes turvalisuse kaalutlustest.¹⁵⁰

Pipedrive'i kasutustingimuste punktis 20.1.b on sätestatud, et teenuse osutaja ei vastuta kasutaja ees kliendi andmete kustutamise, rikkumise või salvestamise rikke tõttu tekkinud tagajärgede eest. Kliendi andmeid on p-s 1 defineeritud kui igasugused kliendi poolt sisestatud andmed, failid või informatsioon. See tähendab, et tegemist on andmetega, mida klient sisestab teenust kasutades ning andmed ja nende pidev olemasolu veebikeskkonnas on teenuse kasutamiseks vajalik. Tegemist on tasulise teenusega ning kui kaovad kõik kasutaja poolt sisestatud andmed, ei täida teenus kasutaja jaoks eesmärki ning tegemist on, vähemalt kasutaja seisukohalt, lepingurikkumisega.

Lepingupunkti kehtima jäämiseks peab olema reguleeritud, millisel juhul vastutus välistatakse, näiteks hooletuse korral. Vastasel juhul välistab tingimus vastutuse ka tahtliku ja raske hooletuse tõttu andmete kustutamise, rikkumise või salvestamise rikke tõttu tekkinud kahju hüvitamise kohustuse. Tingimust ei ole võimalik ka VÕS § 39 lg 2 alusel osadeks jagada ning selle alusel tagada tingimuse osalist kehtivust. Selline tingimus kuulub VÕS § 42 lg 3 p 1 kohaldamisalasse ning on tühine.

Elasticosts teenuse osutamise tingimuste kohaselt ei taga teenuse osutaja andmete terviklikkust, teenuse turvalisust ega teenuse sobivust mingil kindlal eesmärgil. Samuti on sätestatud, et teenus ei sobi kasutamiseks süsteemides, mille jaoks on turvalisus kriitilise tähtsusega (*safety critical systems*). Elasticosts pakub infrastruktuuri kui teenust, see tähendab, et teenuse kasutajal on küllaltki suur kontroll teenuse üle ning võimalik kasutusele võtta ka omalt poolt täiendavad turvalisuse meetmed. Autor leiab, et pakkudes teenust, kus kasutajal on suurem kontroll teenuse üle, ei ole teenuse osutaja vabastatud omapoolsest turvalisuse tagamise kohustusest, vähemalt määras, milles turvalisuse tagamine on võimalik teenuse pakkujal. Samuti sätestab Elasticosts, et kasutaja ei tohi anda salasõna või turvalisuse võtit (*security key*) kolmandatele pooltele mitte ühelgi põhjusel. Ka sellisel viisil tagatakse turvalisust ning teenuse osutaja poolt on tervitatav salasõna edastamise keelu meeldetuletamine.

¹⁵⁰ Drafting a Cloud Computing Contract, p. 35.

3.4. Lubatud vastutuse piiramine

Kui üldiselt peaksid mõlemad pooled vastutama neile pandud kohustuse rikkumise eest, siis vastutusest on võimalik vabaneda, kui rikkumine on vabandata. VÕS-s reguleerib rikkumise vabandata § 103, mille lõige 2 sätestab, et rikkumine on vabandata, kui kohustust rikuti vääramatu jõu tõttu. Vääramatu jõud on asjaolu, mida pool ei saanud mõjutada ning ei saanud ka oodata, et ta sellega kohustuse tekkimise ajal arvestaks või takistava asjaolu ületaks ehk tegemist peab olema asjaoluga, mida võlgnik ei saanud mõjutada.¹⁵¹ Vääramatu jõu põhijuhumitena on nimetatud loodusjõud, sotsiaalsed asjaolud ning muud asjaolud, kui need vastavad VÕS § 103 lg 2 tingimustele.¹⁵² Selliste tingimuste olemasolu võib kohata paljudes lepingutes. Pipedrive'i tingimustes on reguleerib nimetatud olukorda punkt 20.5, kus sätestatakse, et kumbki pool ei vastuta kohustuse rikkumise või viivituse eest, kui see on põhjustatud asjaolust, mis on väljaspool tema mõistlikku mõjuala ning sellele järgneb näidisloetelu asjadest, mis võivad sellise olukorra põhjustada.

Heaks näiteks *force majeure*'i kohta on UKFast'i tingimused, kus p 15.1 kohaselt ei vastuta teenuse osutaja asjaolude eest, mis on tema kontrolli alt väljas ning lubab sellisest juhtumist teavitada kasutajat nii pea kui võimalik. Punktis 15.2 sätestatakse, et teenuse osutaja võtab kasutusele kõik mõistlikult võimaliku, et eemaldada *force majeure*'i tõttu tekkinud probleem nii pea kui võimalik. Selline punkt ei ole küll otseselt vajalik, kuna pärast mõistliku aja möödumist probleemi eemaldamiseks vabandata mõju kaob, kuid annab kasutajale teavet, et teenuse osutaja on sellisest kohustusest teadlik.

Vääramatu jõu tõttu tekkivad takistused teenuse osutamises ei ole teadaolevalt omased üksnes pilveteenustele. Küll aga on ENISA leidnud, et loodusjõudude tagajärjel tekkivad võimalikud rikked on pilveteenuse puhul madalamad kui klassikalise infotehnoloogia kasutamise puhul, kuna eeldatavasti on teenuse osutaja kaitsnud teenusega seotud elemente rohkem kui keskmine teenuse kasutaja.¹⁵³ Teisalt, kui vääramatu jõud siiski mõjutab pilveteenust, on sellega kaasnevad tagajärjed suuremad, kuna teenuse osutaja eesmärk on taastada teenuse toimimine mitte niivõrd konkreetse teenuse kasutaja jaoks, vaid üldiselt teenuse osutamise jätkamise võimaldamiseks.¹⁵⁴

¹⁵¹ P. Varul jt, *op. cit.*, lk 326.

¹⁵² *Ibid.*, lk-d 327-328.

¹⁵³ ENISA. Cloud Computing. Dec 2012, p. 41.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 41.

Käesolevas peatükis käsitletu ei tähenda, et teenuse osutaja ei tohiks tüüptingimustega lepingu korral vastutust üldse välistada. Tuleb aga jälgida, et vastutuse välistamine oleks kooskõlas tüüptingimuste regulatsiooniga ning seetõttu tuleks valida, kuidas vastutuse välistamist lepingus sõnastada. Võttes aluseks VÕS § 42 lg 3 p 1, võib teenuse osutaja välistada oma vastutuse muul juhul kui tervisekahjustamise või surma põhjustamise korral ning samuti siis, kui kahju ei tekitata tahtluse või raske hooletuse tõttu. Seega võiks piirata vastutust hooletusest tekkiva kahju põhjustamiseks.

4. Vastutuse summaarsed piirangud ja hüvitise asendamine teenuse kasutamise krediidiga

4.1. Hüvitise ulatusele ja nõude esitamisele seatud piirangute kehtivus

Pilveteenuse kasutamisel hoitavate andmete kadumine või volitamata töötlemise tagajärjed võivad ettevõtjate jaoks olla üsna kulukad, näiteks kui kaduma läheb ärisaladust sisaldav informatsioon või konfidentsiaalne informatsioon.¹⁵⁵ Ainus viis sellise rikkumise kompenseerimiseks on kahju hüvitamine ning järelikult on tegemist ühe kõige olulisema õiguskaitsevahendiga pilveteenuse kasutaja jaoks. Eelnevates peatükkides on välja toodud, kuidas pilveteenuse osutajad üritavad välistada vastutust tekkida võiva kahju eest. Lisaks võib lepingutest leida teenuse osutajate poolt seatud piiranguid kahju hüvitamise olukordadeks.

Üheks levinud lepingupunktiks, mida pilveteenuse osutajate üldtingimustes kohata võib, on piirangu seadmine kahju hüvitamise ulatusele. Paljud teenuseosutajad seavad piirangu, mis on seotud kasutaja poolt teatud perioodil tasutud maksetega. Cloud Legal Project'i raames läbi viidud teenuse osutajate lepingutingimustest selgus, et suurem osa (31-st analüüsitud lepingust 19) seavad tingimustes vastutusele piirangu maksimaalselt välja makstava hüvitise sätestamise kaudu. Näiteks võib kohata tingimusi, kus piirang on seatud nii, et makstav hüvitis ei ületa kasutaja poolt 12 kuu jooksul makstud tasu. Seitse teenuse osutajat ei piiranud vastutust summaarselt, küll aga olid nad välistanud vastutuse täiel määral ning selle põhjal on S. Bradshaw, C. Millard ja I. Walden järeldanud, et koos vastutuse välistamisega piiratakse ka vastutuse ulatus täielikult.¹⁵⁶ Teenusest sõltuvalt erineb hüvitise piirang küllaltki olulisel määral, sõltudes ka sellest, kes on teenuse kasutajate sihtgrupiks. Iga teenus on loodud kindlale sihtgrupile – mõned teenused on suunatud tavatarbijatele ning teised ettevõtjatele, mis küll ei tähenda, et teenuse osutaja tingimata piiraks kasutajateks võetavaid isikuid vastavalt.¹⁵⁷ Näiteks teenuse puhul, mis on suunatud kasutamiseks tavatarbijatele, on vastutus piiratud 100 dollariga¹⁵⁸, samas kui teenus, mille kasutajate sihtgrupiks on ettevõtjad, seab piiranguks 5000 naela¹⁵⁹.

Tüüpitingimusena ei ole vastutuse summaarne piiramine keelatud, kuid seejuures tuleb arvestada, millise kohustuse rikkumise eest kahjuhüvitist piiratakse. Kui kahjuhüvitist

¹⁵⁵ Advisen. The Liability Issues of Cloud Computing Service Providers, p. 3.

¹⁵⁶ S. Bradshaw, C. Millard, I. Walden. Contracts for clouds, p. 36.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 8.

¹⁵⁸ ADrive terms p. 16. Available: <http://www.adrive.com/terms>. 27.04.2014.

¹⁵⁹ UKFast terms p. 9.2.

piiratakse poole olulise kohustuse rikkumise puhuks, st kui tegemist on olulise rikkumisega, võib vastutuse piiramine olla ebamõistlik ja tarbijat kahjustav.¹⁶⁰ Rikkumise olulisust saab hinnata igal konkreetsel juhul eraldi, tuginedes VÕS § 116 lg-le 2, kus sätestatakse olulise rikkumise juhtumid taganemise puhuks. Siinkirjutaja on seisukohal, et samade kriteeriumite alusel võib hinnata rikkumise olulisust ka kahjuhüvitise piirangu kehtivuse hindamisel. Pilveteenuse puhul võib oluliseks lepingurikkumiseks eelnevast lähtudes pidada olukorda, kus teenuse kättesaadavus on katkenud enam kui ühel korral, pikaks ajavahemikus või kui teenuse osutaja ei ole võimeline tagama andmete terviklikkust teenuse keskkonnas. Nimetatud rikkumiste korral vastutuse piiramine mõnekuulise teenustasu ulatuses võib sellest tulenevalt olla ebamõistlik ja VÕS § 42 lg 3 p 2 mõttes tühine.

Sarnaselt eelnevalt leituga on ka A. Cunningham ja C. Reed leidnud, et vastutuse ulatuse piirang on tõenäoliselt tühine ebaõiglaste tüüptingimuste direktiivi Lisa 1 p b alusel, mis vastab VÕS § 42 lg 3 p-le 2. Näiteks on leitud, et kasutaja suhtes on ebaõiglane tingimus, millega piiratakse vastutust 500 naelani.¹⁶¹

Järgnevalt esitatakse mõned näited teenusepakkujate poolt pakutavatest hüvitise piirangutest:

- Pipedrive'i kasutustingimuste p 20.4 kohaselt ei vastuta teenuse osutaja mis tahes põhjusel teenuse osutamisega seoses tekkinud kahju korral suuremas ulatuses kui 100% tasust, mis on kasutaja poolt makstud kahjujuhtumi tekkimisele eelneval 6 kuul.
- ArubaCloud üldtingimuste p 6.2 viimase lause kohaselt, muul juhul kui SLA rikkumise korral, vastutab ArubaCloud maksimaalselt summas, mis on kasutaja poolt tasutud viimase 12 kuu jooksul.
- UKFast kasutustingimuste punktis 9.2 piiratakse vastutuse määra kõigiks muudeks juhtudeks (v.a p 9.1) summas 5000 naela või kasutaja poolt makstud summas punktis 6.1 sätestatud suuruses sellel kuul, mil rikkumine toimub.
- Elastichosts piirab hüvitise suurust ühe kalendrikuu suuruse tasuga, mis kuulus tasumisele rikkumise toimumise kuul.

Eelnevad tingimused näitavad selgelt, kuidas hüvitisele seatud piirang erineb teenusepakkujast sõltuvalt märkimisväärselt ning hüvitis võib jääda vahemikku ühe kuni kaheteistkümne kuu eest makstud tasuni. Siit tõusetub küsimus, milline piirang on ebamõistlik, võttes arvesse, et nimetatud piirangud kehtivad eelkõige olukordades, mis ei ole

¹⁶⁰ P. Varul jt, *op. cit.*, lk 153.

¹⁶¹ A. Cunningham. C. Reed. Part 2, p. 39.

eraldi reguleeritud SLA-s, st välja arvatud teenuse kättesaadavuse kohustuse rikkumine. Seega võib siia alla kuuluda ka andmete kadumisest tekkiv kahju, mis võib sõltuvalt andmete väärtusest kasutaja jaoks erineda suurel määral. Järelikult ei pruugi osutada hüvitis ühe kuu teenustasu ulatuses piisavaks, et katta kasutajale tekkinud kahju.

Kahjuhüvitisele seatud piirangute puhul võiks arvesse võtta, kas tegemist on tasulise või rahalise tasuta teenusega – tasulist teenust kasutades ootab kasutaja teenuse vastavust kättesaadavusele ja turvalisusele suuremal määral kui rahalise tasuta pakutavalt teenuselt. Kohustused peaksid mõlemal juhul olema teenuse osutajal samad, aga erisus võiks olla just kahjuhüvitise suuruses – tasulise teenuse suhtes on kasutajal tõenäoliselt suurem usaldus ja suuremad ootused. Käesoleva töös jaoks uuritud tüüptingimused olid mõeldud ainult sellistele teenustele, mida pakuti rahalise tasu eest.

Lisaks hüvitisele seatud piirangutele on pilveteenuse osutajad seadnud tähtaja ka hüvitise nõude esitamisele. Selliste tingimuste korral võib küsida, kas tingimus kehtib VÕS § 42 lg 3 p 9 alusel, mille kohaselt on ebamõistlikult kahjustav tingimus, millega nähakse teisele poolele ette ebamõistlikult lühike tähtaeg nõude esitamiseks, sh ebamõistlikult lühike nõude aegumistähtaeg. Tähtaega võib pidada ebamõistlikuks siis, kui rikkumine või selle tagajärjed selguksid alles pärast sätestatud tähtaega.¹⁶² Pilveteenuse puhul sõltub see nii teenusest kui selle kasutamise otstarbest. Kui tegemist on kasutaja jaoks teenuse keskkonnaga, kuhu ta salvestab tagavarakoopiaid ning ei külasta teenuse keskkonda igapäevaselt ning võib-olla pikemaajaks, ei pruugi teenuse kasutaja liiga lühikese nõude esitamise tähtaja jooksul andmete kadumist avastada. Kui aga tegemist on kasutaja jaoks igapäevaselt kasutatava tarkvaraga, peaks rikkumine selguma lühikese aja jooksul. Seega sõltub rikkumise avastamine teenusest ning eesmärgist, milleks kasutaja teenust vajab.

Kui nõude esitamiseks tähtaega seadev tüüptingimus ei ole tühine VÕS § 42 lg 3 p 9 mõttes, tuleb tühisust kontrollida VÕS § 42 lg 1 mõttes, mille teise lause kohaselt eeldatakse ebamõistlikku kahjustamist siis, kui tüüptingimusega kaldutakse kõrvale seaduse olulisest põhimõttest. Nõude aegumist reguleerib TsÜS § 145, mille lõike 1 kohaselt on aegumistähtaja lühendamise tehinguga lubatud. VÕS kommentaaride kohaselt tuleb seaduse olulisest põhimõttest kõrvalekaldumise korral hinnata asjaolusid, mis võivad kõrvalekaldumist õigustada – kaaluda tuleb lepingu eesmärki, selle eripärasid ning praktikat.¹⁶³ Tavapärase tehingust tuleneva nõude aegumistähtaeg on TsÜS § 146 lg 1 kohaselt kolm aastat.

¹⁶² P. Varul jt, *op. cit.*, lk 156.

¹⁶³ *Ibid.*, lk 151.

Ebamõistlikult kahjustavaks tuleb lugeda oluliselt lühemate tähtaegade ettenägemist.¹⁶⁴ Lepingutingimustes on nõude esitamise tähtaeg esitatud mõnekuulisena, mida võib küll õigustada teenuse osutaja soov saada teada nõuetest ja lahendada need võimalikult kiiresti, kuid siinkirjutaja on seisukohal, et selline piirang on kasutajat ebamõistlikult kahjustav. Seda põhjusel, et kui seadus näeb nõude aegumistähtajaks kolm aastat, siis selle lühendamine kõigest paarile kuule, on oluliselt lühem aeg kui seaduses ette nähtud, mistõttu kaldutakse kõrvale seaduse põhimõttest.

Elastichosts tingimuste kohaselt keelatakse kasutajal nõude esitamine teenuse osutaja vastu, kui kasutaja ei teavita teenuse osutajat nõude sisust ühe kuu jooksul rikkumise toimumisest ja ühe kuu jooksul nõude makspanekust. Selline tingimus seab kasutajale nõude esitamiseks väga suured piirangud ning osutub suure tõenäosusega tühiseks kas VÕS § 42 lg 3 p 9 või VÕS § 42 lg 1 alusel, kuna nõudest teavitamine ühe kuu jooksul on oluliselt lühem tähtaeg kui TsÜS-st tulenev kolmeaastane tähtaeg.

4.2. Teenuse kättesaadavuse kohustuse rikkumise hüvitamine teenuse kasutamise krediidiga kui ebamõistlikult kahjustav tingimus

Kui teenus ei ole kättesaadav ning on võimalik tuvastada, et tegemist on teenuse osutaja poolse rikkumisega, ei pruugi kasutaja siiski saavutada soovivat eesmärki ehk kahju hüvitamist. Kuigi paljud teenuse osutajad välistavad teenuse kättesaadavuse osas oma vastutuse, on SLA-des tihti ette nähtud kasutajale kompensatsioon, kui teenuse kättesaadavus ei vasta kokkulepitule. *Cloud Legal Project*'i raames uuritud teenuse osutajatest kõik (31) sätestasid kompensatsiooni teenuse edasise kasutamise krediidiga¹⁶⁵, mitte näiteks tasu tagastamisega, st kasutajale võimaldatakse teenust kasutada teatud aja jooksul ilma tasu maksmata. Siin võib aga tõusetuda probleem sellest, et kui kasutajale on rike põhjustanud ebamugavusi ning tekitanud kahju, ei pruugi tal olla enam huvi jätkata selle teenusepakkuja teenuse kasutamist. Samale järeldusele on jõudnud ka S. Bradshaw, C. Millard, I. Walden, kirjutades, et levinud on hüvitada teenuse kasutamine krediidiga, mis vastab ühe kuu

¹⁶⁴ *Ibid.*, lk 156.

¹⁶⁵ C. Millard, *op. cit.*, p. 64.

teenustasule, kuid olles kord kogunud tõsist tõrget teenuse kasutamisel, võib kasutaja soovida vahetada teenuseosutajat.¹⁶⁶ Sellisel juhul ei ole pakutavast abinõust kasutajale abi.

Elastichosts sätestab, et teenuse kättesaadavuse parameetrite mittetäitmisel, on kasutajal võimalik taotleda teenuse krediiti maksimaalselt 30 päeva kohta käiva tasu ulatuses. Kättesaadavuse rikke korral, mis kestab kauem kui 15 minutit, on kasutajal võimalik saada krediiti 100-kordselt perioodi eest, mil teenus kättesaadav ei olnud. Kui hoiustatud andmed kaovad püsivalt, on õigus saada krediiti kogu 30 päeva tasu ulatuses. Autor leiab, et kui teenuse kasutaja andmed kaovad püsivalt, ei ole ühe kuu tasu ulatuses krediidi andmine ilmselt kasutaja jaoks rahuldav lahendus. Esiteks, kuna kõik tema andmed on püsivalt kadunud, kaob kasutaja jaoks usaldus teenuse osutaja suhtes ning suure tõenäosusega otsustab ta edaspidi teise kasutaja jaoks, seega ei ole see tema jaoks sobiv hüvitis. Teiseks, teadmata küll, kui suur on ühe kuu teenustasu, võib seda kõigi andmete kadumise puhul pidada liiga väikseks hüvitiseks – proportsionaalseks ei saa pidada tingimust, mille kohaselt kasutaja kõikide andmete kadumine hüvitatakse 30-päevalise tasuta kasutamisega.

Kui teenuse osutajal ei õnnestu tagada nõuetekohast kättesaadavust rohkem kui ühel korral 30 päeva jooksul, on Elastichosts hüvitamiseks ette näinud teistsuguse hüvitise arvestamise meetodi. Sellisel juhul on krediidiga hüvitamine piiratud maksimaalselt 100%-ga tasust, mis on kulunud alates eelmisest rikkest või 100% tasust eelneva 30 päeva jooksul – hüvitamine toimub selle järgi, milline tasu on madalam. Nimetatud piirang tundub teenuse kasutaja aspektist veelgi ebamõistlikum – arvestades juba eelnevalt välja toodud argumente, on teistkordse rikke korral kasutajal veel väiksem huvi teenuse kasutamise jätkamise vastu. Seda enam, et reguleeritakse olukorda, kus 30 päeva jooksul toimub rohkem kui üks rikkumine. Teenuse krediidi saamiseks peab kasutaja kontakteeruma teenuse osutajaga 30 päeva jooksul ning see on tingimuste kohaselt üksnes teenuse osutaja otsustada, millises ulatuses krediiti antakse ning tegemist on lõpliku ja siduva otsusega. Tingimuste kohaselt on teenuse krediidi taotlemine kasutaja ainus õiguskaitsevahend, mida kasutada teenuse kättesaadavuse rikkumise või andmete kadumise korral. Krediiti antakse edasise teenuse kasutamise jaoks ning seda ei saa vahetada sularaha või muu makseviisi vastu.

ArubaCloud sätestab SLA p-s 6 teenuse hüvitamise edasise kasutamisega. Punkt 6.1 kohaselt kompenseeritakse kasutajat edasise krediidiga iga 15-minutilise rikke eest, mis on tekkinud väljaspool SLA-s nimetatud lubatud rikkeid, kuid maksimaalselt hüvitatakse rike 300 minuti ulatuses. Punkt 6.2 seab täiendava eelduse krediidi saamiseks: kasutaja peab 10 päeva jooksul

¹⁶⁶ S. Bradshaw, C. Millard, I. Walden. Watching cloud contracts take shape, p. 8.

rikke lõppemisest võtma teenuse osutajaga ühendust vastava lehekülje kaudu. Punkti 5.1 kohaselt arvestatakse üksnes selliseid rikkeid, mis on tuvastatud teenuse osutaja poolt. ArubaCloud üldtingimuste p 6.2 kohaselt on välistatud igasugune muu kahju hüvitamine kui SLA-s sätestatud. Tõlgendades koos punkte 6.2 SLA-s ja 6.2 üldtingimustes, võib jõuda järeldusele, et ainus viis teenuse kättesaadavuse rikke hüvitamiseks on edasise kasutamise krediit, kuid selleks peab kasutaja tegutsema 10 päeva jooksul. Töö autor on seisukohal, et selline tingimus piirab kasutaja õigusi liigselt – see piirab nii kasutaja õigust teiste õiguskaitsevahendite kasutamisele seoses SLA-ga kui ka nõude esitamise aega ebamõistlikult. Tegemist on põhikohustusega ning ka teenuse osutamine seisnebki teenuse kättesaadavaks tegemises. Arusaamatuks jääb põhjendus tingimuse taga, mille kohaselt krediiti antakse iga 15-minutilise rikke eest¹⁶⁷, see tähendab, et näiteks 25-minutilise rikke korral saab kasutaja nõuda krediiti vaid 15 minuti eest. Töö autor ei näe sellise tingimuse taga mõistlikku selgitust, miks peaks hüvitamine toimuma 15-minutilise, kuid mitte üheminutilise täpsusega. Tegemist võib olla tarbijat ebamõistlikult kahjustava tingimusega VÕS § 43 lg 3 p 2 mõttes, kuna piiratakse õiguskaitsevahendite kasutamist ebamõistlikult.

Samuti, kui krediiti antakse iga 15-minutilise tõrke eest, tuleneb punkti sõnastusest, et kui toimub rike, mis kestab vähem kui 15 minutit, kuid rikkeid esineb näiteks iga päev, siis ei ole kasutajal õigust teenuse krediidile. Ometi võib ka igapäevaselt esinevaid väiksemaid tõrkeid pidada teenuse osutaja poolt kohustuse rikkumiseks. Autor nendib, et igapäevaste rikete esinemine teenuse osutamisel on ilmselt väga haruldane, kuid lepingus peaks sellegipoolest olema reguleeritud ka olukord, kus tõrked ei ole märkimisväärsed, ent esinevad sagedamini.

ArubaCloud lubab teenuse kättesaadavust minimaalselt 99,95% ulatuses¹⁶⁸. See tähendab, et tõrkeid võib esineda kuu jooksul 0,36 tundi ehk 21,6 minutit. Kui juba kahel päeval kuus esineb teenuse osutamises tõrge, mis kestab 13 minutit, ei ole ArubaCloud tingimuste alusel teenuse kasutajal õigust nõuda teenuse kasutamise krediiti, ent kokku on rikkumine toimunud 26 minutit, millega on teenuse osutaja rikkunud lubatud kättesaadavuse määra. Seega on teenuse osutaja rikkunud oma peamist kohustust. Lepingutingimuste järgi on aga kasutaja ainsaks õiguskaitsevahendiks teenuse krediidiga hüvitamine, millele on seatud täiendavad eeldused. Eelneva näite alusel ei ole täiendavad eeldused täidetud, rikkumine on toimunud, kuid lepingu alusel ei ole sellises olukorras kasutajal õigust teenuse krediidile ning kättesaadavuse rikkumise puhuks on teenuse osutajad enamasti välistanud ka teiste

¹⁶⁷ ArubaCloud Computing SLA p 6.1 vastav inglisekeelne sõnastus „*each complete portion of fifteen minutes*“.

¹⁶⁸ Autori märkus: ArubaCloud lubab protsentuaalset kättesaadavust küll aasta kohta, kuid teenuse krediidi hüvitamisel lähtutakse 30-päevalisest ajavahemikust. Seetõttu arvutab töö autor lubatud kättesaadavuse ühe kuu kohta.

õiguskaitsevahendite kasutamise. Seega jääb kasutaja lepingu kohaselt ilma igasugusest kaitsest. Tekkiv olukord on kasutaja jaoks äärmiselt ebamõistlik ja õigusi riivav, mistõttu loetakse vaidluse korral nimetatud tingimus tõenäoliselt tühiseks VÕS § 42 lg 3 p 2 alusel, kuna kasutaja õigus kasutada õiguskaitsevahendeid on piiratud ebamõistlikult juhuks, kui teenuse osutaja paneb toime rikkumise.

Teenuse kättesaadavuse rikke korral teenuse kasutamise edasise krediidiga hüvitamine ning muude õiguskaitsevahendite kasutamise välistamine on teenuse osutaja seisukohalt tõenäoliselt kõige soodsam viis rikkumise hüvitamiseks. Tundub ka mõistlik, et mitte iga väiksem rike ei too endaga kaasa edasise krediidi saamise võimalust, vaid selleks on seatud ajaline piirang. Kahe teenusepakkuja tingimuste pinnalt võib lugeda rikkumiseks vähemalt 15-minutilist teenuse kättesaadavuse riket. Töö autor on seisukohal, et välistades muul viisil kahju hüvitamise, on tegemist kasutajat ebamõistlikult kahjustava tingimusega, mis langeb VÕS § 42 lg 3 p 2 mõjualasse. VÕS § 42 lg 3 p 2 kohaselt on tarbijat ebamõistlikult kahjustav tingimus, millega välistatakse teise poole õiguskaitsevahendite kasutamine tingimuse suhtes või piiratakse nende kasutamist ebamõistlikult. Teenuse pakkuja peaks võtma arvesse, et pärast suurt rikkumist (milleks võib lugeda teenuse kättesaadavuse pikaajalise rikke) ei pruugi kasutajal olla huvi teenuse kasutamist jätkata ning seetõttu võiks näha olulise rikkumise puhuks ette alternatiivsed meetodid. Sellisel viisil oleksid teenuse kasutaja huvid rohkem kaitstud. Kui teenuse osutaja soovib, et kasutaja valiks edasise krediidiga hüvitamise, peaks hüvitatav määr olema selline, mis on teenuse kasutajale kasulik ning tagaks, et kasutaja otsustaks just sellise hüvitise kasuks. Kindlasti ei saa pidada lubatavaks praegust olukorda, kus teenuse osutajad välistavad igasuguse muu hüvitamise viisi.

ENISA on hinnanud pilveteenuse osutamisel tekkivaid riske ning toonud välja, et kuigi ebaõnnestumise tõenäosus teenuse kättesaadavuse lubatud taseme säilitamisel on väike, on teenuse kättesaadavuses esineva tõrkega kaasnev mõju suur. Sellega kaasnevad teenuse osutaja jaoks nii majanduslikud kui mainet kahjustavad tagajärjed.¹⁶⁹ Samasugused tagajärjed võivad esineda ka kasutajal, kui teenust kasutatakse omakorda teenuse osutamiseks – teenuse osutaja poolse rikkumise tagajärjel ei ole teenuse kasutaja klientide jaoks teenus (nt veebileht) kättesaadav. Eelnev kinnitab rikkumise tagajärje laiaulatuslikkust ning pilveteenuse pakkuja poolt pakutava hüvitise ebaproportsionaalsust.

Tähelepanu tasub siinkohal juhtida ka käesoleva töö peatükis 1.2 kirjutatule, mille kohaselt arvestatakse kättesaadavuse hulgast välja näiteks planeeritud hooldustööd jm, mille teenuse

¹⁶⁹ ENISA. Cloud Computing. Dec 2012, pp. 27-28.

pakkuja on SLA-s välistanud. Seega, kui teenuse kättesaadavus on häiritud asjaolude tõttu, mida teenuse osutaja ei arvesta töövõimeaja (*uptime*) hulka, ei ole kasutajal õigust ka teenuse krediidile.

Lisaks eelnevalt kirjeldatule on tingimustes sätestatud, et teenuse krediidi andmise otsustab teenuse osutaja ainuisikuliselt ning see otsus on lõplik. See tähendab, et teenuse kasutaja hinnangut rikkumise toimumise üle ei võeta arvesse ning teenuse osutaja otsustab, kas rikkumine on toimunud ning sellest tulenevalt, kas kasutajale antakse krediiti või mitte. Tingimuse kaudu on teenuse osutajal võimalik krediidi andmisest keelduda ning sõltuvalt lepingust võib olla ka sätestatud, et otsus on lõplik. Selline tingimus on tühine VÕS § 42 lg 3 p 17 mõttes, mille kohaselt on tarbijat ebamõistlikult kahjustav tingimus, millega antakse tingimuse kasutajale õigus ühepoolselt määrata, kas osutatud teenuse täitmine vastab lepingutingimustele. Kui otsustamise õigus on teenuse osutajal, on rikutud poolte õiguste ja kohustuste tasakaalu põhimõte.¹⁷⁰

T. J. Trappler on välja toonud, et SLA hüvitise eesmärgiks ei olegi krediidi saamine, vaid teenuse osutaja motiveerimine teenuse osutamiseks nõutaval tasemel. SLA täitmise hindamiseks peab leping sisaldama kasutaja õigust teenuse kättesaadavuse andmeid ka ise hinnata, lisaks võiks teenuse pakkuja avalikustada igapäevased teenuse kvaliteedi hinnangud.¹⁷¹ Ka Euroopa Komisjoni poolt avaldatud pilveteenuse SLA-de uuringus on avaldatud, et kasutajad nõuavad kättesaadavuse hindamise süsteemi suuremat läbipaistvust ning see on võimalik tagada teenuse kättesaadavuse jälgimisega reaajas, avalikustades nimetatud andmed. Selliselt näitab teenuse osutaja oma pühendumust tagada lepingus ette nähtud teenuse kättesaadavus.¹⁷² Nimetatud kvaliteedi hindamise tulemused on kättesaadavad näiteks Salesforce'i, Microsoft'i, Google'i ja Amazon'i veebilehtedel.¹⁷³ Kuivõrd võib leida näited teenusepakkujatest, kes avaldavad teenuse kättesaadavust puudutavat informatsiooni avalikult, ei ole tegemist teenuse osutaja jaoks näitajatega, mille avalikustamine oleks vastuolus teenuse osutaja huvidega. Tegemist on teenusepakkujatega, kelle kasutajaskond on suurem. Näitajate avalikustamine ja selleks vajalikud muudatused nõuavad teenuse osutajalt täiendavaid kulutusi ning seega ei pruugi see paljude teenuse osutajate jaoks olla majanduslikult otstarbekas. Vastavate tulemuste kõikidele kasutajatele avalikult

¹⁷⁰ P. Varul jt, *op. cit.*, lk 158.

¹⁷¹ T. J. Trappler, *op. cit.*, p. 5.

¹⁷² Cloud Computing Service Level Agreements, p. V.

¹⁷³ Mõõtmistulemused on kättesaadavad teenuse osutaja veebilehtedel vastavalt:

<http://trust.salesforce.com/trust/status/>; <http://azure.microsoft.com/en-us/support/service-dashboard/>;

<http://www.google.com/appsstatus#hl=en>; <http://status.aws.amazon.com/>. 30.04.2014.

kättesaadavaks tegemisel, on kasutaja jaoks selge, kui rikkumine on toimunud.¹⁷⁴ W. Kuan Hon, C. Millard ja I. Walden on leidnud, et kättesaadavuse kontrollimiseks on kaks moodust: kasutaja jälgib kättesaadavust ise või jagab teenuse osutaja kasutajatele vastavad andmed eraldi veebilehel. Samas on nenditud, et kui kasutajad jälgivad teenuse kättesaadavust ise, võib see omakorda teenuses häireid põhjustada.¹⁷⁵ Võimalik on ka olukord, kus kättesaadavuse jälgimisega tegeleb kolmas usaldusväärne isik.¹⁷⁶

Kui teenuse kättesaadavuse tõrgete puhuks on ette nähtud vastutus üksnes teenuse krediidiga ettenähtud ulatuses, tähendab see, et sõltumata rikke suurusest, on kasutaja jaoks ainsaks rikkumist leevendavaks vahendiks teenuse krediit. Ka W. Kuan Hon, C. Millard ja I. Walden on välja toonud, et teenuse kasutamise krediidiga toimub hüvitamine sellisel juhul ka teenuses asetleidva suurema rikkumise korral ning üldiselt ei ole levinud sellisteks juhtumiteks erineva vastutuse ulatuse määramine.¹⁷⁷

W. Kuan Hon, C. Millard ja I. Walden on oma artikli raames küsitlenud ka erinevaid teenusepakkujaid ja -kasutajaid. Üheks intervjuueeritud kasutajaks oli keskmisest suurem ettevõtja, kes kasutab pilveteenust, et pakkuda oma lõppkasutajatele teenust reaalajas. Kasutaja ei üritanud SLA tingimusi, sh vastutust ja kahju hüvitamist läbi rääkida ega muuta, kuna häire kättesaadavuses oleks ettevõtte mainele niivõrd kahjustav, et rahaliselt ei oleks seda võimalik kompenseerida, mistõttu otsustas ta nõustuda pakutavate tingimustega. Teisalt on W. Kuan Hon, C. Millard ja I. Walden leidnud, et kuigi kättesaadavuse lubatav tase ei ole valdavalt läbiräägitav, võivad läbirääkimised õnnestuda teenuse krediidi osas – teenuse osutaja võib olla nõus asendama krediidi rahalise hüvitisega raha-tagasi-põhimõttel.¹⁷⁸

Eelnev näitab, kui oluline võib kasutaja jaoks olla teenuse kättesaadavus ning veelgi enam, kuidas pakutav teenuse krediit võib sõltuvalt kasutajast olla ebapiisav moodus kahju hüvitamiseks.

Piirates vastutust kättesaadavuse puhuks, keelduvad teenuse osutajad mõistmast, et teenuse kasutajatel on omakorda kohustused oma klientide ees¹⁷⁹ ning tihti kasutataksegi pilveteenust, et kasutaja saaks enda pakutavat teenust osutada (näiteks kasutades veebilehe majutust pilveteenusena).

¹⁷⁴ T. J. Trappier, *op. cit.*, p. 5.

¹⁷⁵ W. Kuan Hon, C. Millard ja I. Walden, *op. cit.*, p. 97.

¹⁷⁶ Cloud Computing Service Level Agreements, p. 35.

¹⁷⁷ W. Kuan Hon, C. Millard ja I. Walden, *Negotiating Cloud Contracts*, p. 97.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*, p.98.

Kokkuvõte

Käesoleva töö eesmärgiks oli välja selgitada, millises ulatuses on pilveteenuse osutaja vastutuse piiramine õiguspärane ning millised vastutust välistavad ja kahju hüvitamist piiravad tingimused võiksid olla Eesti õiguse mõttes tühised.

Pilveteenuse osutamisel sõlmitavad lepingud on tüüptingimustega lepingud VÕS § 35 lg 1 mõttes. Tingimused on koostatud teenuse osutaja poolt, mis tähendab, et lepingust tulenevad õigused ja kohustused võivad olla ebaproportsionaalselt teenuse osutajat soodustavad ja kasutajat kahjustavad. Pilveteenuse osutamisel on poolte kohustuste esmaseks allikaks leping. Tulenevalt VÕS § 23 lg-st 1 võivad lepingupooled olla seotud ka nende kohustustega, mis tulenevad seadusest, lepingu olemusest või eesmärgist. Eesti õiguses on eriseaduseks, millest võib leida pilveteenuse osutaja kohustused ESS, mille § 87 lg 1 p-de 1, 2, 3 ja 7 kohaselt tuleb tagada sidevõrgu toimimise turvalisus, säilitada selle terviklikkus, tagada edastatud või talletatud teabe kaitse ning tagada sideteenuse kvaliteet. Nimetatud kohustused võib jagada kaheks pilveteenuse ostaja peamiseks kohustuseks: kättesaadavuse ja kvaliteedi tagamise ning turvalisuse ja terviklikkuse tagamise kohustuseks.

Kättesaadavus hõlmab osaliselt ka kvaliteedi tagamise kohustuse, kuivõrd reeglina lubatakse kindla kvaliteediga teenuse kättesaadavust. Autor leidis, et kuivõrd *Cloud Legal Project*'i raames uuritud lepingutest rohkem kui pooled teenuse osutajad tagavad kättesaadavuse määra protsentuaalselt, ei ole piisav teenuse osutaja kohustuse määratlemine „*as is*“ või „*as available*“ meetodil. Selliselt ei ole võimalik ka hinnata, millal on toimunud teenuse kättesaadavuses tõrge, mille tagajärjel saabub kasutajal õigus õiguskaitsevahendite kasutamiseks.

Pilveteenusele on omased ühiskasutus ja jagatud ressursid. Sellest tulenevalt on suur oht, et üks kasutaja võib mõne tõrke tagajärjel pääseda ligi teise kasutaja andmetele või kui rünnak on tahtlik, võib tagajärjeks olla juurdepääs kõigi kasutajate andmetele. Autor leiab, et andmete säilitamine on vähemalt osaliselt teenuse osutaja kohustus, kuna see on lähedalt seotud teenuse osutamisega. Andmed peavad olema kasutajale kättesaadavad ning kaitstud lubamatu kasutamise eest kolmandate isikute poolt.

Turvalisuse ja terviklikkusega seotud riskide maandamise kohustus on sätestatud ka ESS § 87² lg-s 1. Terviklikkuse säilitamine tähendab andmete kaitsmist lubamatu kustutamise või muutmise eest. Kuid turvalisuse tagamine ei saa olla vaid kasutaja kohustus, kuna kasutajal

puudub vajalikus ulatuses kontrolli teenuse üle. Serveris ja teenuse keskkonnas tekkida võivate probleemide ennetamine on võimalik vaid teenuse osutajal. Turvalisuse ja terviklikkuse tagamise kohustuse jaotumine poolte vahel sõltub pilveteenuse tüübist. Autor on seisukohal, et ENISA poolt koostatud teenusetüübist sõltuv kohustuste jaotus selliselt, et SaaS ja PaaS tüüpi teenuste puhul on turvalisuse tagamine suuresti teenuse osutaja ülesanne, IaaS pilveteenuse korral vastutab teenuse osutaja aga teenuse osutamist mõjutavate füüsiliste faktorite eest ning kasutaja kohustuseks on kasutada tulemüüre, viirusetõrjeid ja tagada turvalisus muude sarnaste vahendite kaudu, on põhjendatud.

Pilveteenuse lepingutes reguleeritakse tavaliselt ka lepingule kohaldatavat õigust ning üldiselt on selleks teenuse osutaja tegevuskoha järgse riigi õigus. Kui teenuse kasutajaks on tarbija, tuleb arvestada, et Rooma I määruse art 6 lg 1 kohaselt kuulub kohaldamisele tarbija viibimiskoha järgne õigus, kuivõrd tarbijale peab olema samasugune kaitse nagu kohaliku õiguse järgi. Analüüsides EÜM-i kohaldatavuse võimalikkust, jõuti järele, et pilveteenuse paigutamine sätestatud definitsioonide alla on paljude pilveteenuste puhul probleemne, mistõttu kuulub kohaldamisele Rooma I määruse art 6 lg 1 järgi tarbija viibimiskoha järgne õigus ehk Eestis viibivale tarbijale Eesti õigus.

Pilveteenuse lepingu sõlmimine toimub üldjuhul teenuse osutaja veebikeskkonnas, kus kasutaja täidab registreerimisvormi ning sealsamas on veebilink, mille kaudu on võimalik tingimustega tutvuda. Kui registreerumise eelduseks on linnukese tegemine kasti, mille kõrval on link kasutustingimustega, leiab töö autor, et tingimused on saanud lepingu osaks, kuivõrd on loodud võimalus tingimustega tutvumiseks. Kui aga eelnimetatud eeldust registreerimiseks ei ole ja on üksnes informeeriv viide, võib olla vaieldav, kas viitamine oli piisav kasutaja tähelepanu juhtimiseks.

Pilveteenuse osutamisel sõlmitavates lepingutes sisalduvad keerulise lausekonstruktsiooniga ja pikad tingimused tuleks lugeda lepingu osaks mittesaanud tingimuseks. Pilveteenuse pakkujad kasutavad vastutuse välistamisel tingimusi, mis on üldised ja laienevad kõikidele lepingu rikkumise juhtudele ning tingimusi, milles on vastutuse piirang või välistamine ette nähtud konkreetse rikkumise puhuks. Pilveteenuse infrastruktuuris esinevatel tõrgetel võivad olla laiaulatuslikud tagajärjed, mistõttu tuleb kaaluda, kas standardsed vastutust piiravad tingimused võtavad arvesse poolte kohustuste jaotust. Töö autor on leidnud, et teenuse osutaja peab olema valmis vastutama põhikohustuste täitmise eest ning olukorrad, mis väljuvad teenuse osutaja kontrolli alt, on kaetud *force majeure* klausliga, mistõttu ei ole põhjendatud vastutuse välistamine teenuse osutajal lasuvate põhikohustuste osas. Vastutuse piiramise

hindamisel tuleb lähtuda konkreetsest teenusepakkujast, tema kohustustest ning sellest sõltuvalt analüüsida, kas vastutuse piiramine võib olla mõistlik. Kui teenuse osutaja välistab vastutuse täies ulatuses, kuulub kohaldamisele VÕS § 42 lg 3 p 1, mille kohaselt on tarbijat kahjustavaks eelkõige tüüptingimus, millega välistatakse tingimuse kasutaja seadusest tulenev vastutus või piiratakse seda juhaks, kui põhjustatakse teise lepingupoole surm või kahjustatakse tema tervist, samuti muuks juhaks, kui kahju tekitatakse tahtlikult või raske hooletuse tõttu. Kui tingimus on sõnastatud viisil, mis ei võimalda seda eraldiseisvateks osadeks jagada, on tingimus tervikuna tühine.

Teenuse kasutajad eeldavad, et pilveteenus on usaldatav, mistõttu on ootamatud olukorrad, kus teenuse kättesaadavuses esineb rikkeid. Kui teenuse osutaja lepingutingimuste hulka kuulub ka SLA, siis ei ole vastutus tavaliselt täielikult välistatud, vaid piiratud teenuse kasutamise krediidiga. Teenuse kättesaadavuse võimaldamise kaudu täidab teenuse osutaja oma põhikohustust ning vastutuse välistamine põhikohustuse rikkumise juhtumiks ei saa olla lubatud.

Teenuse osutaja teiseks peamiseks kohustuseks on teenuse turvalisuse ja terviklikkuse tagamine, kuid ka selles osas üritavad teenuse osutajad vastutust välistada. *Cloud Legal Project*'i raames uuritud pilveteenuse kasutustingimustest on samuti selgunud, et paljud teenuseosutajad välistavad vastutuse andmete terviklikkuse eest. Vastutuse välistamine andmete terviklikkuse suhtes on ebamõistlik eelkõige siis, kui tegemist on andmete varundamist pakkuva teenuse osutajaga. Vastutuse välistamine võib olla õigustatud siis, kui tegemist on teenust vahendava teenusepakkujaga, kuid sellisel juhul peab teenuse pakkuja selguse tagamiseks piisava kontrolli puudumisest turvalisuse täielikuks tagamiseks kasutajale varakult teada andma. Kui teenuse osutaja märgib lepingus, milleks teenus ei sobi, aitab see paremini hinnata vastutuse välistamise kehtivust, kuna teenusest sõltuvalt saab hinnata, millisel määral on kasutajal endal võimalik turvalisust tagada. On leitud, et pilveteenuse keskkonnad tagavad turvalisust paremal viisil kui meetodid, mida on kasutajal võimalik kohapealsete meetoditega rakendada. Autor leiab, et üldjuhul ei tohiks eelnev olla vastutuse välistamisel õigustuseks, kuivõrd tihti võib pilveteenuse kasutama hakkamise üheks põhjuseks olla pilveteenuses tagatav kõrgem turvalisus, mille saavutamine kasutajal endal osutuks kulukaks.

Lepingupunkti kehtima jäämiseks peab olema reguleeritud, millisel juhul vastutus välistatakse, näiteks hooletuse korral. Vastasel juhul välistab tingimus vastutuse ka tahtliku ja raske hooletuse tõttu andmete kustutamise, rikkumise või salvestamise rikke tõttu tekkinud kahju

hüvitamise kohustuse. Selline tingimus kuulub VÕS § 42 lg 3 p 1 kohaldamisalasse ning on tühine. Töö esimeseks hüpoteesiks oli, et pilveteenuse osutajad välistavad lepingus oma vastutust rohkem kui lubatud, mistõttu ei ole vastutust välistavad tingimused kehtivad tüüptingimuste regulatsiooni alusel. Eelneva põhjal saab öelda, et valdavas osas peab hüpotees paika, kuivõrd välistades vastutuse põhikohustuse osas tervikuna, on tegemist olukorraga, kus vastutus välistatakse ka tahtliku ja raske hooletuse tõttu tekitatud kahju korral. Vastutuse välistamine on lubatud, kui rikkumine on vabandata või kui kahju tekitatakse hooletuse tõttu.

Lepingutest võib leida ka teenuse osutajate poolt seatud piiranguid kahju hüvitamise olukordadeks. Paljud teenuseosutajad seavad piirangu, mis on seotud kasutaja poolt teatud perioodil tasutud maksetega. Tüüptingimusena ei ole vastutuse summaarne piiramine keelatud, kuid seejuures tuleb arvestada, millise kohustuse rikkumise eest kahjuhüvitist piiratakse. Kui tegemist on olulise rikkumisega, võib vastutuse piiramine olla ebamõistlik ja tarbijat kahjustav. Pilveteenuse puhul võib oluliseks lepingurikkumiseks pidada olukorda, kus teenuse kättesaadavus on katkenud enam kui ühel korral, pikaks ajavahemikus või kui teenuse osutaja ei ole võimeline tagama andmete terviklikkust teenuse keskkonnas. Nimetatud rikkumiste korral võib vastutuse piiramine mõnekuulise teenustasu ulatuses sellest tulenevalt olla ebamõistlik ja VÕS § 42 lg 3 p 2 mõttes tühine.

Kahjuhüvitisele seatud piirangute puhul tuleb arvesse võtta, kas tegemist on tasulise või rahalise tasuta teenusega. Kohustused peaksid mõlemal juhul olema teenuse osutajal samad, aga erisus võiks töö autori hinnangul seisneda kahjuhüvitise suuruses. Lisaks hüvitisele seatud piirangutele on pilveteenuse osutajad seadnud tähtaja ka hüvitise nõude esitamisele. Selliste tingimuste korral võib tingimus osutada tühiseks VÕS § 42 lg 3 p 9 alusel. Lepingutingimustes nõude esitamise tähtaja esitamine mõnekuulisena on autori hinnangul kasutajat ebamõistlikult kahjustav, kuna on oluliselt lühem seaduses sätestatud 3-aastasest tähtajast, mistõttu kaldutakse oluliselt kõrvale seaduse põhimõttest.

Kuigi paljud teenuse osutajad välistavad teenuse kättesaadavuse osas oma vastutuse, on SLA-des tihti ette nähtud kasutajale kompensatsioon, kui teenuse kättesaadavus ei vasta kokkulepitule. Rikkumine kompenseeritakse teenuse edasise kasutamise krediidiga, mitte näiteks tasu tagastamisega. Hüvitist, mis vastab ühe kuu teenustasule, võib pidada kõigi andmete kadumise olukorras ebarproportsionaalselt väikeseks hüvitiseks. Tingimuste kohaselt on teenuse krediidi taotlemine kasutaja ainus õiguskaitsevahend, mida kasutada teenuse kättesaadavuse rikkumise või sellest tuleneva andmete kadumise korral. Teenuse krediidi

saamiseks peab kasutaja kontakteeruma teenuse osutajaga sõltuvalt lepingutingimustest näiteks 10 või 30 päeva jooksul ning see on tingimuste kohaselt üksnes teenuse osutaja otsustada, millises ulatuses krediiti antakse ning tegemist on lõpliku ja siduva otsusega. Töö autor on seisukohal, et selline tingimus on kasutajat liigselt kahjustav, piirates nii kasutaja õigust kasutada teisi õiguskaitsevahendeid kui ka nõude esitamise tähtaega ebamõistlikult. Autor peab ebamõistlikult kahjustavaks ka tingimusi, mille kohaselt on kasutajal õigus teenuse krediidile üksnes kindlate ajavahemike eest, kuna see piirab kasutaja õigust hüvitisele liigselt. Kuigi teenuse kättesaadavuses esineva tõrke korral rikkumise hüvitamine teenuse krediidiga ja teiste õiguskaitsevahendite kasutamise välistamine on teenuse osutaja huvides, ei pea töö autor lubatavaks olukorda, kus teenuse osutajad välistavad teiste õiguskaitsevahendite kasutamise ja kahju hüvitamise muul viisil kui teenuse krediidi kaudu.

Lisaks võib lepingutingimuse kohaselt otsustada teenuse osutaja ainuisikuliselt, kas rikkumine on toimunud ja kas kasutajal on õigus teenuse krediidile. Tingimuse kaudu on teenuse osutajal võimalik krediidi andmisest keelduda ning sõltuvalt lepingust võib olla ka sätestatud, et otsus on lõplik. Selline tingimus on tühine VÕS § 42 lg 3 p 17 mõttes, mille kohaselt on tarbijat ebamõistlikult kahjustav tingimus, millega antakse tingimuse kasutajale õigus ühepoolset määrata, kas osutatud teenuse täitmine vastab lepingutingimustele. Kui otsustamise õigus on teenuse osutajal, on rikutud poolte õiguste ja kohustuste tasakaalu põhimõtte. Töö teiseks hüpoteesiks oli, et ka vastutust piiravad tingimused ei ole tüüptingimuste regulatsiooni alusel kehtivad. Eelneva põhjal saab öelda, et erinevate tingimuste analüüs kinnitab hüpoteesi paikapidavust ning valdavalt võib vastutust piiravaid tingimusi pidada kasutaja suhtes ebamõistlikult kahjustavateks ning tühisteks.

Validity of exclusion and limitation on liability clauses in cloud computing contracts

Summary

Cloud computing can be defined as a way of accessing software, resources and information, which is stored elsewhere and managed by someone else. This means that the user does not own the software or other resources but cloud provider enables access over the Internet. There are three main models of cloud computing: software as a service (SaaS), platform as a service (PaaS) and infrastructure as a service (IaaS). In relation to this thesis, the most important difference between different types of services is the level of control users have over the cloud – having the least control in SaaS services, slightly more in PaaS services and the most control over the content in IaaS services.

Cloud computing contracts are usually standard term contracts, meaning the rights and obligations of parties may be unproportionally in favour of the cloud provider and, therefore, may cause unfair harm to cloud customers. Cloud providers tend to limit their liability as far as possible. It has been discussed that terms excluding or limiting the liability of cloud provider might not be valid under local legislation, especially under consumer protection regulations. Contracts considered in the thesis are ones which have not been previously negotiated and which are entered into with consumers and small to medium sized enterprises.

The aim of this master's thesis is to clarify to what extent can the liability of providers be limited and whether the terms limiting or excluding liability are void under Estonian Law of Obligations Act (hereinafter LOA). The thesis consists of four main parts. The first chapter focuses on obligations of the cloud provider as they are often not set out in the contracts. The second chapter analyses the applicable law and applying standard term regulation on terms of cloud contracts. The third chapter concentrates on terms seeking to exclude or limit cloud provider's liability and whether such terms could be void. In the fourth and final chapter monetary limitations on liability and service credits are analysed.

Contract terms of cloud services are analysed under Estonian law. The author has researched the findings of the Cloud Legal Project by the Queen Mary University of London and also reports of the European Union Agency Network and Information Security. The terms used in this thesis have been found online on the websites of service providers and they have been chosen to show the different approaches of providers.

Cloud providers have often not set out their obligations in the contract. Therefore, according to LOA § 23 (1) obligations may also arise from the nature and purpose of the contract and be provided by law. Relevant obligations can be found in Estonian Electronic Communications Act § 87 (1). According to this, the following principles must be met: ensuring the security of operation of the communications network, preserving the integrity and ensuring the protection, also, ensuring the quality of communication services.

Cloud computing enables the customer to use processing power and storage that might be otherwise unaffordable to the customer. It is extremely important for the cloud customer that the service availability is guaranteed as even short-term service interruptions can have serious consequences. Thus, it is necessary to address service continuity in SLA alongside with indemnification. The availability of the service is usually addressed in service level agreements. It is important for the user to know how availability is measured and what is not counted in the service uptime calculation, *e.g.* planned maintenance, *force majeure*, third party attacks. SLA has to be enforceable, meaning the provider has to be able to ensure that the quality parameters are retained.

As it is usually defined what the service being provided is, it can be said the cloud provider is obligated to make the service available as described in the contract. If the contract specifies availability and quality of the service, it can be assessed whether the provider is in breach of a contract. When SLA is offered, it usually sets the availability of the service between 99% - 100%. However, some contracts do not specify the service level in percent and state that the services are provided „as is“ and „as available“. This makes it difficult for the user to evaluate the breach.

One of the main obligations of service provider is to make sure the security of the service and data integrity is not at risk. Attacking a cloud provider's system may result in gaining access to everyone's data and information stored in cloud. Therefore, cloud security is a main priority for cloud users. However, cloud users believe it to be the responsibility of a cloud provider to take appropriate security measures, while cloud providers place the obligation of security on cloud users. The author has found securing the cloud and maintaining data integrity to be at least partially an obligation that has to be carried out by service provider. Otherwise, the purpose of the service remains unclear as the nature of many services is maintaining or storing data.

While deciding the appropriate division of the obligation, it is important to take into account to what extent the user has control over the service. This helps to decide what measures regarding security have to be taken by the cloud customer and what is the extent of the obligation that has to be carried out by the service provider. Measures which can be taken by the cloud customer may be packing up their content, encrypting data and making sure passwords are kept safe. Depending on the type of service, cloud customer may also be able to use additional firewalls (most likely in IaaS services). *Ergo*, the obligation of security and data integrity lies on both parties. The clarification of the scope of the obligation should be stated in the contract, guaranteeing that the cloud user understands the means that have to be taken by the user in order for the data to be safe. Also, the contract should state if the service is not recommended for certain types of data, *e.g.* sensitive data.

Many cloud contracts include terms asserting applicable law. This is typically the jurisdiction of cloud provider's place of business. However, according to the Rome I Regulation consumers are governed by the law of the country of consumer's habitual residence. Since researching different jurisdictions to protect consumers is time and money consuming to cloud providers, it was analysed whether CESL (Common European Sales Law) could be applied to cloud computing contracts. The problem arising is, whether cloud computing services are within the scope of the CESL as it may be used for sales contracts, contracts for the supply of digital content and related service contracts. Cloud computing is not a sales contract as there is no transfer of ownership. Some cloud computing services can be described as contracts for digital supply but only when the content is already on the cloud server and sent to the user. If the content is uploaded to the cloud by a customer, it is a service contract rather than a contract for supplying of digital content, *ergo* CESL is not be applicable. When new content is created it falls within the exception made in art 2 and again, CESL cannot be applied. Also, contracts for mixed purposed are excluded from the scope of CESL in art 6, which means that cloud services that allow user to create or share content in addition to supplying digital content are mixed purpose contracts. Thus, CESL cannot be chosen. In conclusion, there are few types of cloud services that fall within the scope of CESL, which means that most likely the Rome I Regulation will apply.

As a result of the aforementioned, it is necessary to evaluate the validity of standard terms under the Estonian Law of Obligations Act. First, it is possible that the standard terms are not part of the contract because they have not been referred to in a clear manner before or while entering into the contract. Secondly, it is possible that the standard terms are so uncommon or unintelligible that they are not deemed to be part of the contract. Thirdly, when the standard

terms are part of the contract, it possible the term is void, as is it considered to be unfair under the LOA § 43 (3). Last, if the term is not unfair under LOA § 43 (3), the term has to be evaluated under LOA § 43 (1) whether the term causes unfair harm to the other party, particularly if it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations. Unfair harm is presumed if a standard term derogates from a fundamental principle of law. The author has found that terms usually become part of the contract and therefore have to be tested for unfairness under LOA § 43. Under the Law of Obligations Act terms can similarly become void when the other party to the contract is a person who entered into the contract for the purposes of the economic or professional activities of the person. The difference is, though, that in the latter case it is only presumed that the term is unfair, while with consumers terms are considered to be unfair.

There are terms that seek to exclude the liability altogether and also terms that apply to specific occasions. It is not uncommon to limit the liability for indirect damages, which, however, may be insufficient as there have been discussions about the meaning behind indirect damages. If the service provider excludes liability altogether, the term is considered to be void because it limits the liability in situations where damage is caused intentionally or due to gross negligence. Limitation of liability is permitted when the damages are not foreseeable.

When the service provider does not guarantee service availability as a percent it can be possible that the provider also excludes liability for service unavailability. Consequences of service interruptions may be severe for customers who use cloud to provide real time services of their own. Also, as a result of service unavailability data may be lost or damaged. When the cloud provider has service level agreement, the liability is not excluded but rather limited as the only way of remedying the damage is by service credits.

Cloud providers may also exclude their liability for data integrity while others assert they will make their best efforts to ensure data integrity. Some providers may state that the customer is solely responsible for the security and backup of their content. However, some service providers may offer pack up as an additional part of the service. When the service provider specifies that the service is not suitable for sensitive data, provider should not be considered liable if, despite the fact, customer still decides to use the service for sensitive data and the security measures are not strict enough.

In addition, it is important to assess the extent in which the user can ensure the security of the content. This is different for every type of cloud. Though it has been found that cloud services are more secure than customers' on premise applications, it the author is of the opinion that it cannot be a justification for excluding or limiting liability as the higher level of security may often be the reason the customer has chosen to use the cloud services. Also, the author has come to the conclusion that service providers take more measures to secure the cloud than they state in the contract, because it is in the interests of the provider that the cloud is safe from hackers. When cloud providers deny liability regarding security and data integrity, the term is void as this also means cloud provider denies liability if the damage is caused intentionally or due to gross negligence.

Cloud provider is not liable for the breach of contract that has happened due to *force majeure*. Though after reasonable amount of time has passed, the non-performance is no longer excused. Excluding liability in case of carelessness might also be acceptable.

When the liability is not excluded, it is often limited by a maximum amount paid by the customer over the last months, varying from one to twelve months. Sometimes the limit has been set as a sum of money as well. Monetary limitations are allowed but only when they are not unreasonable to the customer. When the maximum amount paid to the customer is the amount paid by the customer over the last few months, it could be void as it restricts the customer's use of legal remedies unreasonably compared to the damages that may rise from the breach. However, it should be taken into account whether the service is free or paid – in case of free services it may be justified to limit the amount in which damages are compensated. In addition to aforementioned, the service provider may limit the term for submitting the claim arising from the breach. These contract terms may also be void as the term for submitting the claim is often unreasonably short. If it is not void under LOA § 42 (3) p 9 it may be void under § 41 (1) as stating the term too short derogates from a fundamental principle of law.

When there has been an interruption in service availability, usually the only remedy to the customer is compensation by service credits. However, once customers have experienced service interruptions they may not wish to continue using the cloud service offered, making the remedy insufficient for the customer. Credits offered are usually limited with a maximum amount paid by the customer in the last month making the credit not proportional compared to the damages that may arise. In addition, there are more requirements in order to receive service credits, *e.g.* the customer has to contact the service provider in 10 days and only

interruptions that have been discovered by the service provider's monitoring are considered. Also, the unavailability has to last for certain period of time, smaller interruptions are not compensated. This again may be unreasonable because when service interruptions happen several times a month but last for a fewer period of time, there is no compensation, although several smaller interruptions cause damage as well. Also, it may be stated that the decision whether the customer has the right to receive service credits is the sole decision of the cloud provider and the decision is final. These terms are void according to LOA § 42 (3) p 17 as it provides the cloud provider with the right to unilaterally determine whether the service is performed according to the contract.

In conclusion, cloud providers tend to limit and exclude their liability in cloud computing contracts. As a result of this thesis, it can be said that the terms limiting or excluding cloud provider's liability are most likely considered to be void as they cause unfair harm to cloud customers.

Kasutatud allikad

Kasutatud kirjandus

1. A. Cunningham, C. Reed. Caveat Consumer? – Consumer Protection and Cloud Computing Part 1 – Issues of Definition in the Cloud. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 130/2013, January 18, 2013, pp. 1-21. Available: <http://ssrn.com/abstract=2202758>. 02.05.2014.
2. A. Cunningham, C. Reed. Consumer Protection & Cloud Computing, Part 2 – The Application of *ex ante* and *ex post* Consumer Protection Law in the Cloud. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 133/2013. February 5, 2013, pp. 1-41. Available: <http://ssrn.com/abstract=2212051>. 02.05.2014.
3. A. Geyer, M. McLellan. Strategies for Evaluating Cloud Computing Agreements. Bloomberg Law Reports Technology Law, Vol. 3, No. 13, June 27, 2011.
4. Castro, C. Reed, R. de Quieroz. On the Applicability of the Common European Sales Law to Some Models of Cloud Computing Services. April 22, 2013, pp. 1-14. Available: <http://ssrn.com/abstract=2254993>. 02.05.2014.
5. C. Ginter. Tüüptingimustest VÕS ja direktiivis 93/13/EMÜ. Juridica 2001/VII, lk 501-513.
6. C. Pham. E-Discovery in the Cloud Era: What's a Litigant To Do? - Hastings Science and Technology Law Journal, Vol. 5, 2013, pp. 139-190.
7. C. Millard. Cloud Computing Law. Oxford University Press 2013.
8. H. B. Wolfe. Cloud Computing: The Emperor's New Clothes of IT. Proceedings of Informing Science & IT Education Conference (InSITE) 2011, pp. 599-608. Available: <http://proceedings.informingscience.org/InSITE2011/InSITE11p599-608Wolfe281.pdf>. 04.05.2014.
9. M. Schillig. Study on the Unfair Terms Directive across Europe. King's College London. The Dickson Poon School of Law. August 2013. Available: http://www.ofc.gov.uk/shared_ofc/policy/UTD-study.pdf. 04.05.2014.
10. N. MacDonald. Cloud Computing Can Be More Secure. Gartner, March 2012. Available: http://blogs.gartner.com/neil_macdonald/2012/03/31/cloud-computing-can-be-more-secure/. 30.04.2014.
11. P. T. Jaeger, J. Lin, J. M. Grimes. Cloud Computing and Information Policy: Computing in a Policy Cloud? Journal of Information Technology & Politics, Vol. 5, Issue 3, 2008, pp. 269-283.
12. P. Varul jt (koost). Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura, Tallinn 2006.

13. S. Bradshaw, C. Millard, I. Walden. Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services. Queen Mary University of London, School of Law. Legal Studies Research Paper No. 63/2010, pp. 1-46. Available: <http://ssrn.com/abstract=1662374>. 04.05.2014.
14. S. Bradshaw, C. Millard, I. Walden. The Terms They Are A-Changin'...: Watching cloud contracts take shape. Technology Innovation, No. 7, March 2011, pp. 1-12.
15. Th. J. Trappier. If It's in the Cloud, Get It on Paper: Cloud Computing Contract Issues. Educause Quarterly Magazine, Vol. 33, No. 2, 2010. Available: <http://www.educause.edu/ero/article/if-its-cloud-get-it-paper-cloud-computing-contract-issues>. 02.05.2014.
16. W. Kuan Hon, C. Millard, I. Walden. Negotiating Cloud Contracts: Looking at Clouds from Both Sides Now. Stanford Technology Law Review, Vol. 16, No. 1, 2012, pp. 79-129.

Muud allikad

17. Advisen. The Liability Issues of Cloud Computing Service Providers. January 2012. Available: http://corner.advisen.com/pdf_files/CNA_Cloud_Computing_Whitepaper.pdf 04.05.2014.
18. Cloud Computing Service Level Agreements. Exploitation of Research Results. Editor Dimosthenis Kyriazis. June 2013. Available: http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?doc_id=2496. 04.05.2014.
19. Drafting a Cloud Computing Contract. University of Oslo, Faculty of Law. 2011. Available: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22926/SILALAHIX-xMaster.pdf.pdf?sequence=1>. 04.05.2014.
20. ENISA. Cloud Computing. Benefits, Risks and Recommendations for Information Security. December 2012. Available: <https://resilience.enisa.europa.eu/cloud-security-and-resilience/publications/cloud-computing-benefits-risks-and-recommendations-for-information-security>. 04.05.2014.
21. ENISA. Cloud Computing. Benefits, risks and recommendations for information security. November 2009. Available: https://www.enisa.europa.eu/act/rm/files/deliverables/cloud-computing-risk-assessment/at_download/fullReport. 04.05.2014.

22. ENISA Procure Secure: A Guide to Monitoring of Security Service Levels in Cloud Contracts, 2012. Available: http://www.enisa.europa.eu/activities/Resilience-and-CIIP/cloud-computing/procure-secure-a-guide-to-monitoring-of-security-service-levels-in-cloud-contracts/at_download/fullReport. 04.05.2014.
23. Enhancing Consumer Confidence by Clarifying Consumer Law. Consultation on the supply of goods, services and digital content. Department for Business Innovation & Skills. July 2012. Available: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31350/12-937-enhancing-consumer-consultation-supply-of-goods-services-digital.pdf. 02.05.2014.
24. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus Euroopa ühise müügiõiguse kohta. Ettepanek. Brüssel, 11.10.2011. Kättesaadav: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:et:PDF>. 02.05.2014.
25. European Commission. Commission Staff Working Document. Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. 2012. Available: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2012:0271:FIN:EN:PDF>. 02.05.2014.
26. European Commission. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe. Available: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0529:FIN:EN:PDF>. 02.05.2014.
27. Expert group meeting on cloud computing contracts. Synthesis of the meeting of 19/20 november 2013, p. 4. Available: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/expert_groups/synthesis_cloud_computing_1912013_en.pdf. 02.05.2014.
28. Expert Group Report. The Future of Cloud Computing. Opportunities for European Cloud Computing Beyond 2010. Available: <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/ssai/docs/cloud-report-final.pdf>. 04.05.2014.
29. IDC Worldwide Cloud Systems Management Software 2014–2018 Forecast. 2014. Available: <http://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=247607>. 01.05.2014.
30. Ponemon Institute, Security of Cloud Computing Providers Study, April 2011. Available: <http://www.ca.com/~media/Files/IndustryResearch/security-of-cloud-computing-providers-final-april-2011.pdf>. 02.05.2014.

Normatiivaktid

31. Elektroonilise side seadus. – RT I 2004, 87, 593; RT I 05.07.2013,3.
32. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 8. juuni 2000. a direktiiv 2000/31/EÜ infoühiskonna teenuste teatavate õiguslike aspektide, eriti elektroonilise kaubanduse kohta siseturul. - ELT L 178/01, 17.07.2000, lk 399-414.
33. Euroopa Nõukogu 5. aprilli 1993. a direktiiv 93/13/EMÜ ebaõiglaste tingimuste kohta tarbijalepingutes. – EÜT L 95/29, 21.04.1993, lk 288 – 293.
34. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 17. juuni 2008 määrus (EÜ) nr 593/2008 lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta („Rooma I“), ELT L 177, 24.07.2008, lk 6.
35. Infoühiskonna teenuse seadus. – RT I 2004, 29, 191; RT I, 06.01.2011, 12.
36. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I 2002, 35,216; RT I, 13.03.2014, 103.
37. Nõuded sideteenuse osutamisele ja sidevõrkude tehnilised nõuded. Vabariigi Valitsuse 22.06.2006 määrus nr 140. – RT I 2006, 31, 237; RT I, 03.07.2012,17.
38. Võlaõigusseadus. – RT RT I 2001, 81, 487; RT I, 29.11.2013,4.

Kohtupraktika

39. EK 14.03.2013, C-415/11 Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa).
40. RKTKo 30.04.2007, nr 3-2-1-150-06.
41. RKTKo 11.07.2007, nr 3-2-1-64-07.

Pilveteenuse pakkujate lepingutingimused

42. Adrive. Terms of Service. Available: <http://www.adrive.com/terms>. 27.04.2014.
43. Aruba Cloud Computing. Service Level Agreement. Available: http://www.arubacloud.com/documents/SLA_Aruba_Cloud_Computing.pdf. 30.04.2014.
44. Aruba Cloud Computing. Service Supply Terms. Available: http://www.arubacloud.com/documents/Aruba_Cloud_CGC.pdf. 30.04.2014.
45. Elastichosts. Terms of Service, SLA & AUP. Available: <http://www.elastichosts.co.uk/cloud-servers/terms-of-service/>. 02.05.2014.
46. Pipedrive. Privaatsuspoliitika. Kättesaadav: <https://www.pipedrive.com/et/privacy>. 02.05.2014.

47. Pipedrive. Teenuse tingimused. Kättesaadav: <https://www.pipedrive.com/et/terms-of-service>. 27.04.2014.
48. Radicenter. Kasutustingimused. Kättesaadav: https://www.radicenter.ee/files/public/kcfinder/files/Radicenter_kashytshtingimyshed%281%29.pdf. 02.05.2014.
49. Radicenter. Privaatsus ja turvalisus. Kättesaadav: <https://www.radicenter.ee/et/Privaatsus-ja-Turvalisus>. 02.05.2014.
50. UKFast Terms. Available: <http://www.ukfast.co.uk/terms.html?tab=tandc&#setuption>. 02.05.2014.
51. UKFast. Service Level Agreement. Available: <http://www.ukfast.co.uk/service-level-agreement-cloud-hosting.html>. 02.05.2014.
52. UKFast. Data Protection. Available: http://www.ukfast.co.uk/terms.html?tab=data_protection_policy&#setuption. 02.05.2014.

Pilveteenuse kättesaadavuse näitajad

53. Salesforce System Status. Available: <http://trust.salesforce.com/trust/status/>. 30.04.2014.
54. Microsoft Azure Service Dashboard. Available: <http://azure.microsoft.com/en-us/support/service-dashboard/>. 30.04.2014.
55. Google Apps Status Dashboard. Available: <http://www.google.com/appsstatus#hl=en>. 30.04.2014.
56. Amazon Web Services. Service Health Dashboard. Available: <http://status.aws.amazon.com/>. 30.04.2014.

Lihlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Kerli Tolk,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihlitsentsi) enda loodud teose „Vastutust välistavate ja piiravate tüüptingimuste kehtivus pilveteenuse osutamisel sõlmitavates lepingutes“, mille juhendaja on prof. Irene Kull:
 - 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, **05.05.2014**