

Redakcja Kwartalnika Naukowego Prawo Mediów Elektronicznych

Redaktor naczelny: prof. dr hab. *Jacek Gołaczyński*, UWr
Sekretarz redakcji dr hab. prof. nadzw. UOp *Dariusz Szostek*
Członek redakcji dr hab. prof. nadzw. UOp *Piotr Stec*
Członek redakcji dr hab. *Marek Leśniak*, UWr
Członek redakcji dr *Aleksandra Klich*, USz

Rada programowa:

r.pr. *Włodzimierz Chróścik*
sędzia *Jacek Czaja*, NSA
adw. *Rafał Dębowski*
dr hab. prof. nadzw. UWr *Włodzimierz Gromski* (przewodniczący)
prof. dr hab. *Ryszard Jaworski*, UWr
adw. *Xawery Konarski*
prof. *Avv. Michele Angelo Lupoi*, Uniwersytet Boloński
prof. dr hab. *Jacek Mazurkiewicz*
prof. dr habil. *Vytautas Nekrošius*, Uniwersytet Wileński
dr *Grzegorz Sibiga*, INP PAN
dr hab. prof. nadzw. UKSW *Grażyna Szpor*
prof. dr *Andreas Wiebe*, University of Goettingen
dr *Wojciech Wiewiórowski*, UG
prof. dr hab. *Krzysztof Wójtowicz*, UWr

Recenzenci:

dr hab. prof. nadzw. UMK *Andrzej Adamski*
prof. *Zsolt Balogh*, Uniwersytet Corvinus Budapeszt
dr hab. prof. UŁ *Sławomir Cieślak*
dr hab. prof. nadzw. *Kinga Flaga-Gieruszyńska*, USz
prof. dr hab. *Jacek Górecki*, UŚ w Katowicach
prof. em. dr *Wolfgang Kilian*, University of Hannover
dr hab. prof. nadzw. UJ *Ryszard Markiewicz*
dr hab. *Marek Świerczyński*, UKSW
prof. *Richard Warner* Ph.D, Chicago – Kent College of Law
dr hab. prof. nadz. UŚ *Kazimierz Zgryzek*

Adres redakcji:

Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii,
Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych
Komunikacji Elektronicznej
ul. Uniwersytecka 22/26, 51-145 Wrocław
e-mail: pme@beck.pl



Wydawca:

Wydawnictwo C.H. Beck
ul. Bonifraterska 17
00-203 Warszawa

tel.: 22 33 77 600
fax: 22 33 77 602
www.czasopisma.beck.pl

Nakład: 250 egz.

Spis treści

<i>Image merchandising</i> jako element komercjalizacji dóbr osobistych adw. Aleksandra Glanc-Walkiewicz, Błażej Gadek.....	4
Powierzenie przetwarzania danych osobowych w świetle ogólnego rozporządzenia o ochronie danych Aleksandra Pyka.....	10
E-sport w świetle nowelizacji ustawy o sporcie Szymon Myrna	17
Status prawny Internetu w świetle Konstytucji RP i obowiązującego prawodawstwa polskiego Szymon Jan Malinowski	23

Contents

<i>Image merchandising</i> as an element of commercialization of personal rights Aleksandra Glanc-Walkiewicz, Błażej Gadek.....	4
Entrusting the processing of personal data in the light of GDPR Aleksandra Pyka.....	10
E-sport in the light of amendments to the Act on Sport Szymon Myrna	17
Legal status of the Internet in the light of the Constitution of the Republic of Poland and applicable Polish law Szymon Jan Malinowski	23

Szanowni Państwo,

z przyjemnością przedstawiam pierwszy w 2020 r. numer kwartalnika naukowego Prawo Mediów Elektronicznych. W bieżącym numerze znajdziecie Państwo cztery artykuły naukowe opracowane przez osoby będące nie tylko przedstawicielami nauki, ale także zawodów prawniczych, co umożliwia uzupełnienie rozważań o charakterze naukowym doświadczeniem płynącym z wykonywania określonych zawodów lub pełnienia konkretnych funkcji.

W pierwszej kolejności do zapoznania się z tekstem dotyczącym statusu prawnego Internetu w świetle Konstytucji RP i obowiązującego prawodawstwa polskiego autorstwa *Szymona Jana Malinowskiego*. Biorąc pod uwagę systematyczne przenoszenie codziennego funkcjonowania do przestrzeni wirtualnej, a popularyzację środków społecznego komunikowania, ustalenie statusu prawnego Internetu staje się zadaniem jak najbardziej pożądanym.

25.5.2020 r. upływa dwuletni okres stosowania postanowień RODO. Problematyka ochrony danych osobowych stanowi jeden z istotniejszych obszarów zagadnień analizowanych na łamach kwartalnika PME. Niezwykle interesujące jest opracowanie autorstwa *Aleksandry Pyki* poświęcone zagadnieniu powierzenia przetwarzania danych osobowych w świetle ogólnego rozporządzenia o ochronie danych. Zagadnienie to jest istotne także z uwagi na możliwość zawarcia umowy powierzenia przetwarzania danych w formie elektronicznej, co niewątpliwie wpisuje się w tematykę poruszaną na łamach kwartalnika. Autorka, pełniąca funkcję IOD w Katolickim Uniwersytecie Lubelskim Jana Pawła II, dzieli się swoim doświadczeniem praktycznym, co niezwykle podkreśla walor praktyczny opracowania.

W bieżącym numerze, pozostając w tematyce danych osobowych, a w szczególności dóbr osobistych, prezentujemy Państwu artykuł autorstwa *Aleksandry Glanc-Walkiewicz* oraz *Błażeja Gadka* poświęcony *Image merchandisingowi* jako elementowi komercjalizacji dóbr osobistych. Zagadnienie wykorzystania dla promocji określonych dóbr lub usług wizerunku artysty, w szczególności wcielającego się w rolę aktora, jest szczególnie w dzisiejszej sytuacji spowodowanej ogłószonym stanem epidemii z powodu COVID-19 bardzo aktualne, większość sfery naszego codziennego funkcjonowania przeniosła się bowiem do przestrzeni wirtualnej.

Z uwagi na interdyscyplinarny charakter naszego czasopisma poruszony został w nim temat e-sportu. Zapraszamy do zapoznania się z tekstem autorstwa *Szymona Myrny* – pt. E-sport w świetle nowelizacji ustawy o sporcie, w którym w sposób interesujący omówiono zagadnienia dotyczące regulacji prawnej sportów opartych w głównej mierze na rywalizacji intelektualnej takich jak np. szachy, warcaby, brydż sportowy, przy jednoczesnym uwzględnieniu sportów elektronicznych. Omówione przez Autora zagadnienie przybliży Czytelnika do odejścia od standardowego pojmowania pojęcia sportu i stwarza możliwość uzmysłowienia sobie, jak bardzo problematyka ta była pomijana przez ustawodawcę.

W dalszym ciągu proponujemy Państwu możliwość publikacji na łamach Prawa Mediów Elektronicznych artykułów, glos czy recenzji. Zachęcamy do współpracy wszystkich Autorów, którzy podejmują tematykę wpływu nowych technologii na prawo prywatne lub publiczne.

W celu ułatwienia współpracy proponujemy Państwu harmonogram przesyłania artykułów i ich publikacji, który znajduje się na końcu tego wydania czasopisma w tzw. wymogach edytorskich. Zapraszam do publikacji, a także do kontaktu z nami pod adresem: pme@beck.pl.

Z poważaniem,
prof. dr hab. Jacek Gołaczyński

Image merchandising jako element komercjalizacji dóbr osobistych¹

adw. Aleksandra Glanc-Walkiewicz²

Błażej Gadek³

Niniejszy artykuł omawia *image merchandising*. Autorzy, odwołując się do doktryny polskiego prawa autorskiego i orzecznictwa sądowego, posilając się źródłami zagranicznymi, poszukują odpowiedzi na pytanie, kto jest dysponentem do komercyjnego wykorzystania maski scenicznej, czyli wykreowanej przez aktora postaci, na potrzeby marketingowe określonych dóbr lub usług.

Uwagi wstępne

Image merchandising polega na wykorzystaniu dla promocji określonych dóbr lub usług wizerunku artysty, w szczególności wcielającego się w rolę aktora. Zjawisko to rozpowszechniło się w latach 70. XX w. i jest silnie powiązane z popularnością gwiazd kina. Polski system prawny nie definiuje *image merchandisingu*. Zjawisko to można umiejscowić na pograniczu ochrony wizerunku w kontekście ochrony dóbr osobistych oraz ochrony wizerunku scenicznego artysty. Problematyczne może okazać się wskazanie, kto jest dysponentem do komercyjnego wykorzystania maski scenicznej, czyli wykreowanej przez aktora postaci, na potrzeby marketingowe określonych dóbr lub usług. Chodzi o ustalenie, czy będzie to producent filmowy, na którego aktor przenosi prawa do artystycznego wykonania, w związku z produkcją utworu, czy też może sam aktor, dysponujący prawem do rozporządzania swym wizerunkiem.

Utożsamianie aktora z rolą

Podczas wywiadu telewizyjnego w popularnym, brytyjskim talk-show, W. Smith wspominał początki swojej kariery filmowej, dla której przełomem miała się okazać rola w sitcomie pt. Bajer z Bel-Air. Przywołał on zabawną anegdotę dotyczącą wyboru imienia i nazwiska postaci, w którą miał się wcielić. A. Riberio, również występujący w tym serialu, miał mu powiedzieć: „Przez resztę życia ludzie będą się do ciebie zwracać twoim serialowym imieniem i nazwiskiem. Nazwij ją W. Smith”⁴.

Ta historia egzemplanuje zjawisko, które w psychologii ujmowane jest w ramach tzw. transferu emocji⁵. Widzowie mają tendencję do utożsamiania bohaterów filmowych i ich przeżyć z aktorem, który wciela się w rolę. Pozytywne skojarzenia i emocje, które budzi postać znana ze srebrnego ekranu, transferowane są na obiekt, będący przedmiotem reklamy, a zachwalany *ad casum* przez aktora nierozdzielnie łączącego się w zbiorowej świadomości z rolą, którą odgrywa. Nie powinno to dziwić, gdyż aż w 95% przypadków wpływ na decyzje konsumentów ma podświadomość⁶.

J. Balcarczyk zwraca uwagę na podnoszoną w literaturze kwestię, że autorytet aktorów wynika często z błędnego utożsamiania odtwórców ról z postaciami, w które się wcielają. Zachowanie takie oparte na podstawowym błędzie atrybucji w istocie sprowadza się do błędu poznawczego⁷. Autorka wskazuje również na siłę, jaką mają takie automatyczne konotacje w umysłach odbiorców, co przekłada się na wzrost zainteresowania danym produktem, jeśli firmuje go tzw. znana twarz, z którą uosabiają oni pozytywne wrażenia lub przeżycia.

Image merchandising w nauce prawa

Z prawnego punktu widzenia w takich sytuacjach mamy do czynienia ze zjawiskiem *character merchandisingu*. Idąc w ślad za definicją przedstawioną w raporcie WIPO, jest to komercyjne wykorzystanie postaci fikcyjnej albo wizerunku osoby fizycznej dla skojarzenia ich z określonymi dobrami występującymi w obrocie konsumenckim⁸. Raport WIPO nie jest jednak aktem prawa powszechnie obowiązującego, a jedynie omówieniem zjawiska przez jedną z wyspecjalizowanych agencji ONZ.

Historycznych początków *image merchandisingu* należy upatrywać w latach 30. XX w., gdy W. Disney rozpoczął eks-

¹ *Image merchandising as a factor of personal rights' commercialization*.

² Autorka jest adwokatem, specjalizuje się w prawie własności intelektualnej, w tym w prawie autorskim, doświadczona procesualistka prowadząca obsługę prawną przedsiębiorstw. W latach 1999–2011 pełniła urząd sędziego Sądu Rejonowego, delegowana do Sądu Okręgowego we Wrocławiu. Obecnie uczestniczka studiów doktorskich na WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego.

³ Autor jest absolwentem prawa WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego. Zawodowy obszar jego zainteresowań obejmuje szeroko pojmowane prawo prywatne, ze szczególnym uwzględnieniem styku nowych technologii i prawa.

⁴ The Graham Norton Show | Series 11 Episode 6 | BBC One, <https://youtu.be/hFjwbKMlmF4> (dostęp z 22.2.2020 r.).

⁵ A. Grzeszak, Jaki Baśka miała biust?, *Polityka* 2004, Nr 34.

⁶ Za: G. Zaltman, *How Customers Think: Essential Insights into the Mind of the Market*, Boston 2003, s. 9.

⁷ D. Doliński, B. Bloch, *Ukryte sensy zachowań. Rozmowy o wywieraniu wpływu i reklamie*, Kraków 2006, s. 114.

⁸ WIPO, *Character Merchandising*, Geneva 1994, s. 6.

ploatację wizerunku Myszkę Miki oraz innych bohaterów ze swej tajni, przenosząc je na przedmioty codziennego użytku. Lata 70. i 80. XX w. to z kolei okres wyjątkowo wzmożonego korzystania w *merchandisingu* z postaci fikcyjnych, wykreowanych na potrzeby filmów – wystarczy wspomnieć Rambo, ET czy postaci z Gwiezdnych Wojen, które trafiały na wszystkie artykuły, które można sprzedać – pościele, koszulki, bluzy, miniaturowe figurki czy gargantuiczne plakaty⁹. Sektor ten stał się niezwykle dochodowy. W samym 2014 r. tylko Disney, globalny lider rynku licencjodawców, na *merchandisingu* zarobił blisko 41 mld dolarów, a tylko dwa lata później 56,6 mld¹⁰.

Image merchandising, będący jednym z podtypów *character merchandisingu*, polega na wykorzystywaniu, do celów prowadzenia działalności gospodarczej (usług, reklamy, produkcji towarów) fikcyjnej postaci, wykreowanej na potrzeby odegrania określonej roli filmowej, przez aktora (osobę fizyczną w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego). By posłużyć się instruktywnym przykładem – *image merchandising* to koszulka z wizerunkiem S. Stallone’a, przedstawiająca go jako boksera, w sportretowanej przez niego roli Rocky’ego Marciano, z filmu pt. Rocky, lub reklama karty płatniczej, w której wystąpił R.D. Anderson, pokazująca jak za pomocą przedmiotów życia codziennego, za które zapłacić można kartą płatniczą, umyka on oprawcom. Nazwisko Anderson może w pierwszej chwili nie brzmieć znajomo, ale podświadomość Czytelników na pewno podsunęłaby właściwy obraz, gdyby powiedzieć, iż jest to odtwórca roli MacGyvera¹¹.

Praktyka stosowania *image merchandisingu*

Zjawisko *image merchandisingu* nie jest zawieszone w prawnej próżni. Jego regulacja wiąże się ściśle z instytucją ochrony wizerunku, zarówno na gruncie prawnocivilnej ochrony dóbr osobistych, jak i ochrony wizerunku w rozumieniu prawnautorskim. Zagadnienia te zostaną poddane analizie w dalszej części artykułu.

W obrocie gospodarczym wykorzystanie wizerunku aktora do celów reklamowych może przybierać dwie zasadnicze postaci. Aktor może reklamować produkt lub usługę, niejako podpisując się pod nimi własnym imieniem i nazwiskiem, co u odbiorcy, pozytywnie identyfikującego postać artysty, prowadzi do chęci nabycia danych dóbr lub usług. To zagadnienie, ściśle związane z komercjalizacją prawa do wizerunku, jako jednej z postaci dóbr osobistych, pozostaje poza przedmiotem zainteresowania niniejszego artykułu.

Druga z tych postaci, jednocześnie stanowiąca przedmiot analizy, to *image character*, będący hybrydą *real personality* i *fictional character*. Przykładowo agencję ochroniarską chciałby założyć K. Costner, który grał w filmie „Bodyguard” z W. Houston. Nazwałby ją *Frank Farmer Bodyguard* i występował w materiałach promocyjnych, a jego działalność

budziłaby u potencjalnych klientów zainteresowanie, gdyż jest silnie związana z wyobrażeniem działania takiego ochroniarza, wynikającym z wykreowanej przez aktora postaci w filmie. Mógłby zatem on dyskontować swoją grę w filmie, który okazał się międzynarodowym przebojem, na inne obszary działalności gospodarczej. Taką agencję ochroniarską, odwołującą się do roli K. Costnera z „Bodyguarda”, mogłaby również założyć osoba trzecia, angażując aktora tylko w promocję jej działalności. Sytuacja rodziłaby wiele pytań odnośnie do tożsamości dysponenta, prawa do skomercjalizowanego wykorzystania postaci, która stanowi element dzieła, a jednocześnie jest nieodparcie związana z wizerunkiem konkretnej osoby fizycznej.

Maska artystyczna a wizerunek

Dostrzeżony wyżej problem nie umknął również nauce prawa. W polskiej doktrynie prawa autorskiego wyróżniono pojęcie maski artystycznej, mającej odróżnić wizerunek, poddany ochronie prawnautorskiej od składowej części dzieła, jaką jest wizerunek sztuczny, ponieważ wykreowany przez aktora na potrzeby wcielenia się w postać, którą odgrywa. Pojęciem tym jako pierwszy posłużył się S. Ritterman, który zdefiniował maskę artystyczną jako „wizerunek, jaki artysta sztucznie stwarza dla oddania cudzej, a nie własnej postaci”¹².

Pojęcie *image merchandisingu* jest zatem immamentnie związane z maską artystyczną, choć samo określenie maski artystycznej nie stanowi definicji legalnej. Jeśli jednak uda się ustalić desygnat nazwy „maska artystyczna”, zdaje się, że będzie można precyzyjnie wskazać uprawnionego do dysponowania wizerunkiem scenicznym artysty. Jeśli oczywiście nie okazałoby się, że zakresy pojęć maski artystycznej i wizerunku w konkretnym przypadku krzyżują się wzajemnie.

Rozróżnienie, gdzie kończy się wizerunek, a zaczyna maska artystyczna, napotyka wiele trudności. J. Barta i R. Markiewicz wskazują, że nie można wykluczyć, że posługiwanie się wypracowanymi przez aktora cechami tudzież z nim kojarzonymi, jak chociażby elementy stroju, rekwizyty czy fryzury, może stanowić posługiwanie się jego wizerunkiem¹³. Nie ograniczają się oni zatem li tylko do naturalnych cech człowieka, jak zauważa J. Balcarczyk¹⁴. Stoi to w opozycji do poglądu, który wyraża E. Wojnicka, wskazująca, że wizerunkiem są dostrzegalne, fizyczne cechy człowieka tworzącego

⁹ *Ibidem*, s. 6–7.

¹⁰ Za CNBC, <https://www.cnn.com/2017/04/18/star-wars-helps-make-disney-57-billion-in-licensed-products.html> (dostęp z 22.2.2020 r.).

¹¹ Reklama Master Card, reż. T. Kuntz, 2006, za: <https://youtu.be/gYryLFfOa8k> (dostęp z 22.2.2020 r.).

¹² S. Ritterman, Komentarz do ustawy o prawie autorskim, Kraków 1937, s. 120.

¹³ J. Barta, R. Markiewicz, Ochrona powszechnych dóbr osobistych, [w:] J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Prawo mediów, Warszawa 2001, s. A/14.

¹⁴ J. Balcarczyk, Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja, Warszawa 2009, s. 24.

jego wygląd i pozwalające na identyfikację osoby wśród ludzi. Barta i Markiewicz wydają się zwolennikami podejścia, w którym następuje precyzyjne rozdzielanie przedmiotów ochrony, poddanych dodatkowo odrębnym reżimom prawnym – dobrom osobistym oraz prawom pokrewnym do artystycznego wykonania, aczkolwiek zauważają, że w pewnych okolicznościach rozpowszechnianie artystycznego wykonania i wizerunku są ze sobą równoznaczne¹⁵. Podejście to jest jednak dyskusyjne, ponieważ natychmiastowo nasuwa się kontrargument z zastosowaniem art. 87 ustawy z 4.2.1994 r. o prawach autorskich i prawach pokrewnych¹⁶. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu: „Jeżeli umowa nie stanowi inaczej, zawarcie przez artystę wykonawcę z producentem utworu audiowizualnego umowy o współudział w realizacji utworu audiowizualnego przenosi na producenta prawa do rozporządzania i korzystania z wykonania, w ramach tego utworu audiowizualnego, na wszystkich znanych w chwili zawarcia umowy polach eksploatacji”.

Zauważalna jest zatem problematyka precyzyjnego rozdzielania przedmiotów ochrony, poddanych dodatkowo odrębnym reżimom prawnym – cywilnoprawnej regulacji dóbr osobistych oraz prawnoautorskiemu systemowi ochrony praw pokrewnych do artystycznego wykonania. Z kolei inni autorzy, jak chociażby T. Grzeszak czy A. Matlak stoją na stanowisku, że przedmioty ochrony mogą mieć wspólne zakresy, gdy nie jest możliwe obiektywne rozdzielanie rzeczywistej postaci od odtwarzanej¹⁷.

Granica pomiędzy maską artystyczną a wizerunkiem artysty

O komplikacji wynikającej z takich różnych stanowisk świadczy spór w doktrynie będący echem orzeczenia SN z 15.4.1965 r.¹⁸. Przedmiotem sprawy był zarzut powódki – aktorki, znanej z filmu pt. *Krzyżacy* z roli *Danuśki*, która twierdziła, że publikacja pocztówek, które ją przedstawiały podczas odgrywania roli, naruszała jej prawo do wizerunku¹⁹. Sąd odmówił jednak aktorce prawa do ochrony wizerunku, gdyż jak wskazał w uzasadnieniu, to producent jest uprawniony do użycia zdjęć zrobionych przez operatora na potrzeby promocji filmu.

W świetle obecnie obowiązujących przepisów, zwłaszcza przywołanego art. 87 PrAutU, nie budzi to oczywiście wątpliwości, zwłaszcza że mowa tu o zdjęciach realizowanych przez ekipę filmową na planie filmowym, ale wymaga to przyjęcia, że pola eksploatacji, o których mowa w przywołanej normie prawnej, obejmują również obszar marketingu produkcji, co *prima facie*, zdaje się jak najbardziej uzasadnionym podejściem.

Jednak w uzasadnieniu SN szeroko wyznaczył zakres maski artystycznej, co spotkało się z krytyką A. Kopffa. W głosie do wyroku argumentował on, że przy użyciu roz-

szerzającej definicji maski artystycznej, którą posłużył się SN, o jej zastosowaniu mówiono by zawsze, gdy aktor został przedstawiony w roli, w jakiej przedstawiony jest w filmie. Z uwagi na wykonanie artystyczne w filmie, dziejącym się we współczesnych aktorowi czasach albo w takich sytuacjach, gdy rola nie wymaga od niego diametralnej zmiany wyglądu zewnętrznego, glosator widzi pole do kolizji między maską artystyczną a prawem do wizerunku. Autor wskazywał, że w takich wypadkach „nie ulegają zatarciu cechy indywidualizujące aktora jako jednostkę fizyczną i dlatego mamy do czynienia z wizerunkiem”²⁰.

Jest on zatem zwolennikiem rozróżnienia sytuacji między tą, gdy wykorzystanie maski artystycznej mogłoby doprowadzić do naruszenia wizerunku, a realizacją uprawnień dysponenta praw do artystycznego wykonania, z racji ich „wchłonięcia” przez producenta, w ramach umowy o współudział w realizacji utworu audiowizualnego.

Rzeczywiście stanowisko SN nie wydaje się dość przekonujące, zważywszy na to, że na pierwszy rzut oka w zakresie *merchandisingu* postaci ograniczałoby producentów filmowych do wyłącznie takich artystycznych wykonan, gdy aktor swym wyglądem znacząco odbiegałby od swego wizerunku na co dzień. Mogłoby wręcz dojść do kuriozalnej sytuacji, gdy aktor grający bardzo charakterystyczną rolę, niewymagającą od niego jednocześnie mocnej zmiany wizerunku, dyskontowałby tę rolę na poczet własnych korzyści, właśnie za sprawą *image merchandisingu*, choć *de facto* uprawnienia do rozporządzania maską artystyczną przeniósł na producenta filmowego. J. Balcarczyk wskazuje, że nie sposób w takiej sytuacji oczekiwać od przeciętnego odbiorcy, iż domyśli się, że fotos przedstawia nie aktora, jako osobę fizyczną, lecz wykonawcę w trakcie gry aktorskiej²¹. To rozumowanie jednak może nie zawsze okazać się poprawne. Ilustratywnym przykładem byłoby wykorzystanie dla celów marketingowych A. Schwarzeneggera, przyodzianego w skórzaną kurtkę i charakterystyczne, przeciwsłoneczne okulary. Wydaje się, że duża grupa odbiorców mogłaby w pierwszej chwili rzec Terminator, by dopiero w drugiej kolejności podać nazwisko byłego gubernatora Kalifornii. Należy jednak zwrócić uwagę na odmiennosć prawa amerykańskiego, które w tym zakresie wyróżnia pojęcie prawa do wizerunku postaci fikcyjnej, przyznając ochronę odtwórcy, który się w nią wcielił – a zatem spojrzenie odmienne od rodzimego.

¹⁵ J. Barta, R. Markiewicz, Wokół prawa do wizerunku, [w:] Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej 2002, Nr 80.

¹⁶ T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1231 ze zm.; dalej jako: PrAutU.

¹⁷ T. Grzeszak, Prawo do wizerunku i korespondencji, [w:] J. Barta (red.), System prawa prywatnego, t. 13, Prawo autorskie, Warszawa 2007.

¹⁸ I CR 58/65, Legalis.

¹⁹ J. Balcarczyk, Prawo do..., s. 36.

²⁰ A. Kopff, Glosa do wyroku SN z 15.4.1965 r., I CR 58/65, OSP 1966, z. 6, poz. 130.

²¹ J. Balcarczyk, Prawo do..., s. 36.

Z drugiej strony jednak, art. 87 PrAutU ma charakter dyspozytywny. D. Flisak wskazuje, że przepis ten uzupełnia normę z art. 70 ust. 1 PrAutU, obejmującą domniemanie nabycia przez producenta utworu audiowizualnego, na podstawie umów o stworzenie utworu lub o wykorzystanie już istniejącego utworu, autorskich praw majątkowych do eksploatacji tych utworów w ramach utworu audiowizualnego jako całości²². Brak sprecyzowanego wyróżnienia w umowie o artystyczne wykonanie pól eksploatacji może spowodować spór o granicę między domyślnym korzystaniem z maski artystycznej przez producenta filmowego, w ramach zgody ustawowej, a naruszeniem prawa do wizerunku artysty – wykonawcy. Rzeczywiście, zwłaszcza tam, gdzie aktor, kolokwialnie mówiąc, „gra siebie”, dla uniknięcia sporów kluczowe byłoby sporządzenie umowy o artystyczne wykonanie, która nie tyle nawet kazuistycznie, ile kompleksowo i rozsądnie, przedstawiałaby tę sytuację.

Nietrudno wyobrazić sobie bowiem sytuację, zwłaszcza przy dostępnych obecnie środkach technicznych, umożliwiających produkcję tzw. *deepfake*ów, polegającą na wykorzystaniu wizerunku z początków kariery niegdyś nieznanej aktorki/aktora, po osiągnięciu przez nią rozpoznawalności. Powstaje pytanie, czy takie ewentualne działanie producenta zasługiwałoby na ochronę prawną? Wydaje się, że przy domyślnej, ustawowej regulacji, taka sytuacja mogłaby się stać zarzewiem sporu prawnego, w szczególności że doszłoby do konfliktu w ocenie, czy zastosowano wizerunek, czy też może posłużono się maską artystyczną. Silnym argumentem za przyjęciem pierwszej oceny byłoby wskazanie, że dla społeczeństwa dany artysta stał się znany nie z roli, która teraz jest przedmiotem *image merchandisingu*, tylko w wyniku późniejszych dokonań. Taki *merchandising* u przeciętnego odbiorcy budziłby zatem skojarzenia nie z postacią, w którą artysta obecnie rozpoznawany wcielał się, lecz z jego teraźniejszymi dokonaniem.

Ciekawy kierunek interpretacji wyroku SN, który przytoczono wyżej, zaproponował B. Michalski. W szczególności dokonywał on rozróżnienia uprawnienia do reklamy przez producenta, bez zgody artysty, w zależności od wykorzystania zdjęć dla celów bezpośrednio związanych z reklamą i propagandą filmu. Niedopuszczalne jego zdaniem jest dokonywanie w imieniu aktora cesji jego praw na innego przedsiębiorcę, w celu obliczonej na zysk działalności handlowej²³. Wciąż zatem zagadnienie ogniskuje się na rozróżnieniu maski artystycznej i wizerunku w konkretnym przypadku. W Stanach Zjednoczonych w takich przypadkach korzysta się z tzw. testu *McFarlanda*. Był on amerykańskim aktorem, który zarzucił sieci restauracji wykorzystanie fotosów z serialu, w którym grał główną rolę, do dekoracji wnętrz lokali, co stanowiło bezprawne naruszenie jego prawa do wizerunku, mimo uzyskania przez właściciela restauracji zgody od producenta²⁴. Sąd przyznał mu rację, uznał bowiem, że w świadomości

społecznej doszło do ujednolicenia wykonawcy oraz odgrywanej przez niego postaci w ten sposób, że w odbiorze stali się nierozłączni²⁵. Wzmiankowany test ma za zadanie ułatwienie oceny, czy konkretne artystyczne wykonanie zbiega się jednocześnie z prawem do wizerunku. Jeśli w świadomości społecznej postać wykreowana na potrzeby utworu zbiegłaby się nierozdzielnie z wizerunkiem artysty, należy nadać pierwszeństwo wizerunkowi. O rozbudowanie testu pokusiła się A.D. Cook, która wyodrębniła sytuacje, gdzie dochodzi do zbiegu artystycznego wykonania i prawa do wizerunku²⁶. Uwagi poczynione przez amerykańską badaczkę mogą się przysłużyć również w polskich warunkach, gdyż stworzony przez nią katalog zawiera różne, potencjalne sytuacje, gdzie dochodzi do utożsamiania wizerunku artysty oraz jego maski artystycznej. Uszeregowane według stopnia nasilenia, jak zauważa J. Balcarczyk, mogą stanowić pomocny materiał dla sądu, by dokonać oceny – czy w konkretnym przypadku prawo do wizerunku i maska artystyczna stanowią niedającą się rozłączyć jedność²⁷.

Image merchandising jako pole eksploatacji

J. Balcarczyk zadaje pytanie, czy samo przedstawienie aktora na fotosie z filmu albo na zdjęciu wykonanym na planie filmowym (tzw. *werk*) może być uznane za artystyczne wykonanie²⁸. Autorka słusznie kontestuje pogląd J. Barty i R. Markiewicza, którzy dowodzą, że „tak jak zagranie jednej nuty trudno uznać za artystyczne wykonanie utworu, tak wątpliwe jest traktowanie tego, co znajduje się na jednym kadrze jako artystyczne wykonanie roli”²⁹. Poszukiwanie wymiernych wskaźników, od jak długiej sekwencji filmowej lub od ilu nut można mówić o artystycznym wykonaniu, zdaje się skazane z góry na porażkę. Autorka słusznie wskazuje na takie sytuacje, które przedstawiają aktora w pełnym kostiumie lub charakterystyce, co uniemożliwia przyznanie mu prawa do ochrony wizerunku, gdzie ewidentnie do czynienia mamy z maską artystyczną³⁰.

Zdaniem A. Gołaszewskiej, jeśli udział aktora lub aktorki ogranicza się do biernego statystowania w ujęciu, przez co

²² D. Flisak, [w:] D. Flisak (red.), Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, Warszawa 2015, s. 1186; podobnie K. Grzybicki, [w:] P. Ślęzak (red.), Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, Warszawa 2017, s. 614.

²³ B. Michalski, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 15.4.1965 r., I CR 58/65, PiP 1967, z. 4–5, s. 801 i n.

²⁴ *McFarland v. Miller*, 14 F.3d 912 (3d Cir.1994).

²⁵ L.S. Thompson, The Current State of Actors' Rights in Characters They Portray, 12 J. Contemporary Legal Issues 2001, Nr 611, s. 612 i n.

²⁶ A.D. Cook, Should right of publicity protection be extended to actors in the characters which they portray, 9 DePaul – Lca Journal At & Entertainment Law Nr 309/1999.

²⁷ J. Balcarczyk, Prawo do..., s. 48.

²⁸ *Ibidem*, s. 41.

²⁹ J. Barta, R. Markiewicz, Wokół..., s. 14.

³⁰ J. Balcarczyk, Prawo do..., s. 42.

nie można nadać takiej obecności charakteru artystycznego wykonania, to wypełnia to mimo wszystko dyspozycję art. 87 PrAutU. *Argumentum a maiori ad minus* wykonawca przełożył na rzecz producenta prawa pokrewne do artystycznego wykonania wraz z prawem do wykorzystania wizerunku, to tym bardziej należy przyjąć, że wyraził zgodę wyłącznie na wykorzystanie wizerunku w utworze audiowizualnym³¹.

Jednocześnie należy zauważyć, że art. 87 PrAutU wskazuje na wchłonięcie prawa do artystycznego wykonania przez utwór, a *ratio legis* polega na ułatwieniu korzystania z niego przez producenta utworu audiowizualnego. Ścisła wykładnia tego przepisu, zgodna z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*, nakazuje dość ostrożne posługiwanie się tą regulacją, w celu komercyjnego wykorzystania maski artystycznej, a wręcz implikuje zastosowanie odrębnych postanowień umownych, pod rygorem bezprawnego korzystania z wizerunku artysty, nawet gdy wciela się w charakterystyczną rolę – element utworu. Jest to istotne zwłaszcza ze względu na posłużenie się przez ustawodawcę formułą „w ramach utworu” odnoszącą się do reguł korzystania przez producenta utworu audiowizualnego. Taką też wykładnię tego artykułu proponuje A. Gołaszewska³².

O tym, że *merchandising* może nie mieścić się w takim domyślnym prawie producenta, świadczyć może otwarty katalog pól eksploatacji, wyszczególniony w art. 50 PrAutU. Dyrektywa wykładni, nakazująca interpretować te same zwroty w obrębie tego samego aktu prawnego w sposób jednolity, prowadzi do takiej właśnie konkluzji. Pola eksploatacji utworu, wprowadzone do języka prawnego, jednocześnie nie doczekały się legalnej definicji.

Interesujący kazus, wart choćby wzmianki, proponują N. Kewalramani i S. Hedge, którzy dostrzegają potencjalny konflikt pomiędzy umową na *merchandising* produktu zawartą z aktorem a wykorzystaniem przez producenta utworu audiowizualnego maski scenicznej tego samego aktora, w celach *merchandisingu* konkurencyjnego produktu³³. Jeśli przedsiębiorstwo, które zawarło umowę z aktorem, dołączyło do umowy postanowienie o wyłączności, istnieje wysokie ryzyko, że spotka się na drodze sądowej z aktorem za złamanie warunków kontraktu. Jeśli jednak maska sceniczna oddzielona jest od wizerunku aktora, to czy można mówić o jego winie? Wydaje się, że niezbędne na tym etapie rozważań jest ustalenie, czy *image merchandising* wchodzi w skład pól eksploatacji istniejących w chwili powstania utworu audiowizualnego. Będzie to bowiem przesądzać o zakresie uprawnień producenta i relacji ochrony prawnoautorskiej z ochroną dóbr osobistych.

Pojęcie pól eksploatacji jest charakterystycznym zwrotem, którym posługuje się polski ustawodawca, a nieznanym w prawodawstwie innych krajów. Ma on istotne praktyczne znaczenie, gdyż określa zakres dopuszczalnego korzystania (sposób korzystania) z utworu. Jak wskazuje W. Machała,

w ustawodawstwie innych krajów pojawiają się pojęcia zbliżone, o analogicznej funkcji, takie jak sposób korzystania (*Nutzungsart*) w prawie niemieckim³⁴. Ustawodawca, posługując się zwrotem w szczególności, po którym wymienia w art. 50 PrAutU pola eksploatacji, dokonuje przykładowej ich egzemplifikacji, z czego nie można wyciągać wniosku, że jest to katalog wyczerpujący³⁵. To przykładowe wyliczenie mocno nawiązuje do rozpowszechnionej unijnej nomenklatury, gdzie używane są terminy: prawo zwielokrotniania (*reproduction right*), prawo dystrybucji (*distribution right*) oraz prawo rozpowszechniania publicznego (*communication right*). Najpopularniejsza definicja mówi, że jest to forma korzystania z utworu wyraźnie odrębna pod względem technicznym lub ekonomicznym³⁶.

Reklamowanie utworu należałoby przyporządkować do niewymienionego *explicite* pola eksploatacji, z uwagi na trudność przyporządkowania go do którejkolwiek z kategorii, jakimi posługuje się ustawodawca. Przeciwnie takiemu pogładowi występują jednak M. Czajkowska-Dąbrowska³⁷ i T. Targosz³⁸, dzieląc argumentację, że cel eksploatacji nie może być kryterium decydującym o odrębności pola. Wskazują one bowiem, że kryterium celowe jest niespójne z polami wyszczególnionymi w art. 50 PrAutU. Eksploatacja utworu w reklamie ma przecież polegać na jego zwielokrotnieniu, rozpowszechnianiu czy wprowadzaniu do obrotu. Jest to jednak prawdziwe jedynie o tyle, o ile utwór w formie niezmienionej, ewentualnie fragmentarycznej, trafia do reklamy.

Należy bowiem zauważyć, że tak jak przykładowo wykorzystanie utworu muzycznego w reklamie będzie obejmować pola eksploatacji (w tradycyjnym rozumieniu tego pojęcia) znane już w chwili powstania utworu, tak w przypadku *image merchandisingu* przedmiotem eksploatacji nie będzie sam utwór, lecz jego element, czyli artystyczne wykonanie, który został wchłonięty z chwilą zawarcia umowy (z uwagi na zobowiązująco-rozporządzający skutek takiej umowy). Z poglądem tym polemizuje T. Targosz, który wskazuje, że pola celowe nie powinny być dopuszczalne, ze względu na zapewnienie bezpieczeństwa obrotu³⁹. Zbycie prawa częściowego

³¹ A. Gołaszewska, Art. 87, [w:] Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, Lex/el. 2019.

³² *Ibidem*, teza 10.

³³ N. Kewalramani, S. Hedge, Character Merchandising, [w:] Journal of Intellectual Property Laws, vol. 17, Georgia 2012, s. 458.

³⁴ M. Wojciech, Art. 50, [w:] Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, Lex/el. 2019.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ E. Traple, [w:] J. Barta, R. Markiewicz (red.), Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, Warszawa 2011, s. 330.

³⁷ M. Czajkowska-Dąbrowska, Pola eksploatacji utworów, czyli o dezintegracji pojęcia, [w:] Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi, Warszawa 2013, s. 178.

³⁸ T. Targosz, [w:] T. Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska, Umowy przenoszące autorskie prawa majątkowe, Warszawa 2010, s. 193.

uszczuła bowiem prawa zwywcy, a w razie przyjmowania pól eksploatacji według niejednoznacznych kryteriów może to prowadzić do nakładania się pól na siebie.

Jeśli jednak iść za dominującym poglądem doktryny, według którego nie można ze względu na kryterium celowościowe rozróżniać pól eksploatacji, należy się zastanowić, kto jest dysponentem maski artystycznej z danego utworu i na jakiej podstawie. Wydaje się za zasadne przyjęcie, że jeśli aktor, kolokwialnie mówiąc, „nie gra samego siebie”, to każda maska artystyczna stanowi część utworu audiowizualnego. Co za tym idzie – producent może nim rozporządzać, jednak dopuszczalne jest to jedynie w granicach wyznaczonych przez art. 87 PrAutU. A jeśli takie założenie przyjmujemy za zasadne, jednocześnie nie włączając *image merchandisingu* do pól eksploatacji, to wykorzystanie wizerunku artysty, przebranego w nawet najbardziej wymyślny kostium, ma charakter bezprawnego, jeśli tylko wykorzystano to do celu odrębnego niż produkcja utworu lub promowanie go. Istotne jest bowiem tutaj rozróżnienie, czy przedmiotem reklamy jest samo dzieło, czy też dobro lub usługa, sprzedawane konsumentom, powołując się na przywołany na początku tekstu „transfer emocji” oparty na błędzie poznawczym.

Podsumowanie

Umowy o artystyczne wykonanie, których jednym z sygnatariuszy będzie aktor, powinny zawierać postanowienia, precyzyjnie regulujące kwestie wykorzystania postaci, w którą wciela się autor. Powinien on przenieść prawo do rozpowszechniania, rozporządzania i korzystania z opracowań artystycznego wykonania w zamian za wynagrodzenie. Zgodnie z art. 87 PrAutU *in fine* przejście praw dotyczy wszystkich pól eksploatacji, znanych w chwili zawarcia umowy. Doprecyzowanie tych pojęć przyczyni się do wyeliminowania jakiegokolwiek niejasności, w kontekście wykorzystania przez producenta *image characteru*, którego nośnikiem jest aktor w danej roli. Pozostając przy dominującym sposobie rozumienia pól eksploatacji, wydaje się, że najwłaściwsze byłoby ujęcie w umowie z aktorem odrębnej klauzuli uwzględniającej prawo do wykorzystania „maski artystycznej” na potrzeby *merchandisingu*.

³⁹ T. Targosz, Art. 50, [w:] Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, Lex/el. 2019.

Słowa kluczowe: *image merchandising*, maska sceniczna, maska artystyczna, dobra osobiste, wizerunek.

Image merchandising as an element of commercialization of personal rights

This article discusses image merchandising. The authors refer to the doctrine of Polish copyright law and judicial decisions, using foreign sources. They attempt to answer the question of who is the administrator for the commercial use of the stage mask, i.e. a character created by an actor for marketing purposes of certain goods and services.

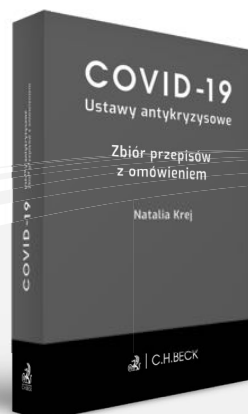
Keywords: image merchandising, stage mask, artistic mask, personal rights, image.



Covid-19 Ustawy antykryzysowe

www.ksiegarnia.beck.pl

Zadzwonić: 81 46 13 300 • E-mail: kontakt@beck.pl



Powierzenie przetwarzania danych osobowych w świetle ogólnego rozporządzenia o ochronie danych

Aleksandra Pyka¹

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie instytucji powierzenia przetwarzania danych osobowych w świetle rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.4.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)², które zostało uregulowane w art. 28. Powołany przepis określa w szczególności wymogi dotyczące wyboru podmiotu przetwarzającego dane na zlecenie, jak również elementy obligatoryjne umowy bądź innego instrumentu prawnego, który regulowałby omawianą instytucję powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Uwagi wstępne

Powierzenie przetwarzania danych osobowych nie jest instytucją nową³, gdyż zostało wprowadzone w art. 31 ustawy z 29.8.1997 r. o ochronie danych osobowych⁴, który stanowił, iż administrator danych może powierzyć innemu podmiotowi, w drodze umowy zawartej na piśmie, przetwarzanie danych. Obecnie powierzenie przetwarzania danych osobowych zostało znacznie szerzej uregulowane w art. 28 RODO. Jak stanowi ust. 1 tego przepisu, jeżeli przetwarzanie ma być dokonywane w imieniu administratora, korzysta on wyłącznie z usług takich podmiotów przetwarzających, które zapewniają wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie spełniało wymogi rozporządzenia i chroniło prawa osób, których dane dotyczą (tzw. podmiotów danych). Niniejszy przepis reguluje instytucję powierzenia przetwarzania danych osobowych w świetle stosowanego od 25.5.2018 r. ogólnego rozporządzenia. Powołana podstawa prawna powierzenia przetwarzania danych nie zawiera definicji powierzenia⁵. Celem niniejszej publikacji jest przedstawienie instytucji powierzenia przetwarzania danych w odniesieniu do przepisów ogólnego rozporządzenia, a także w aspekcie praktycznym.

Podmiot, któremu powierzono przetwarzanie

W myśl art. 4 pkt 8 RODO pod pojęciem podmiotu przetwarzającego należy rozumieć osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który przetwarza dane osobowe w imieniu administratora. Charakterystyczne dla tego podmiotu jest więc przetwarzanie danych osobowych na zlecenie. Podmiot przetwarzający nie może przetwarzać danych osobowych w innym celu niż wskazany w umowie powierzenia lub innym instrumencie prawnym⁶.

Podmiotem przetwarzającym dane osobowe na zlecenie może być zarówno osoba fizyczna (w tym osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą), osoba prawna

(np. spółka prawa handlowego, stowarzyszenie, fundacja), podmiot publiczny (np. Centrum Usług Wspólnych), jak i jednostka lub inny podmiot (w tym tzw. ułomna osoba w myśl art. 331 § 1 KC). Ogólne rozporządzenie wskazuje, iż administrator korzysta z usług podmiotu przetwarzającego. Można postawić tezę, że nie każdy podmiot, który świadczy określone usługi, może być stroną umowy (lub innego instrumentu prawnego) powierzenia przetwarzania danych. Podmiot ten powinien zapewniać wdrożenie odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie spełniało wymogi ogólnego rozporządzenia, a także chroniło prawa osób, których dane dotyczą. Podmiot przetwarzający nie determinuje procesu przetwarzania danych tak jak administrator (nie ustala celów i sposobów przetwarzania, nie podejmuje samodzielnie decyzji odnośnie do wyboru podmiotu, któremu dane osobowe będą podpowierzone). Administrator oddelegowuje realizację określonej usługi, która wiąże się z przetwarzaniem danych osobowych, podmiotowi cechującemu się profesjonalizmem. Wydaje się również, że nie ma przeszkód, aby współadministratorzy powierzyli przetwarzanie danych jednemu podmiotowi. Prawodawca wskazał, iż „administrator powinien, powierzając podmiotowi przetwarzającemu czynności przetwarzania, korzystać z usług wyłącznie podmiotów przetwarzających,

¹ Autorka jest inspektorem ochrony danych w Katolickim Uniwersytecie Lubelskim Jana Pawła II, koordynatorem ds. ochrony danych osobowych w Towarzystwie Przyjaciół KUL oraz doktorantką na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji KUL.

² Dz.Urz. UE L Nr 119, s. 1; dalej jako: RODO lub rozporządzenie ogólne.

³ P. Litwiński, P. Barta, M. Kawecki, Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz, Warszawa 2018, s. 473.

⁴ Dz.U. z 2016 r. poz. 922 ze zm.

⁵ K. Witkowska-Nowakowska, Podmiot przetwarzający, [w:] E. Bielak-Jo-maa, D. Lubasz (red.), RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz, Warszawa 2018, s. 634.

⁶ J. Sobczak, Dane osobowe przetwarzane w chmurze obliczeniowej, Informacja w Administracji Publicznej 2017, Nr 2, s. 34.

które zapewniają wystarczające gwarancje – w szczególności jeżeli chodzi o wiedzę fachową, wiarygodność i zasoby – wdrożenia środków technicznych i organizacyjnych odpowiadających wymogom niniejszego rozporządzenia, w tym wymogom bezpieczeństwa przetwarzania” (motyw 81 preambuły ogólnego rozporządzenia). W tym miejscu należy dodać, że art. 32 RODO – dotyczący bezpieczeństwa przetwarzania – stanowi *explicite*, że zapewnienie odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych (celem zapewnienia stopnia bezpieczeństwa odpowiadającego ryzyku przetwarzania) jest również obowiązkiem podmiotu przetwarzającego dane na zlecenie. Podmiot ten nie powinien zatem wyłącznie opierać się na zaleceniach administratora, lecz każdorazowo analizować, czy istotnie wdrożone środki techniczne i organizacyjne zapewniają odpowiedni poziom bezpieczeństwa. Stwierdzenie naruszenia ochrony danych, które nastąpiło w wyniku działania bądź zaniechania podmiotu przetwarzającego po zawarciu umowy powierzenia przetwarzania (lub innego instrumentu prawnego), nie może prowadzić do kwestionowania wyboru ww. podmiotu przez administratora w kontekście niespełniania kryterium „profesjonalizmu”. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, „nie sposób zgodzić się z tego rodzaju wnioskowaniem, gdyż oznaczałoby to sprowadzenie sprawdzenia statusu podmiotu, któremu administrator zamierza powierzyć przetwarzanie, do dokonywania oceny jego postępowania po zawarciu umowy (z perspektywy ewentualnych naruszeń), a w konsekwencji prowadziłoby do możliwości zakwestionowania profesjonalnego statusu praktycznie wobec każdego podmiotu, który przed zawarciem umowy oceniony został jako podmiot zapewniający odpowiednie zabezpieczenie przetwarzanych danych”⁷.

Warto nadmienić, że powierzenie przetwarzania danych osobowych nie wymaga zgód osób, których dane dotyczą⁸. Niemniej realizując obowiązek informacyjny, administrator – na podstawie art. 13 ust. 1 lit. e) oraz art. 14 ust. 1 lit. e) RODO – jest zobowiązany poinformować o odbiorcach danych lub kategoriach odbiorców, jeżeli istnieją. Odwołując się do słownika pojęć zawartego w art. 4 pkt 9 RODO – podmiot przetwarzający dane na zlecenie jest odbiorcą danych, choć nie wynika to literalnie z samej definicji odbiorcy.

Posługiwanie się przez prawodawcę zwrotem „podmiot przetwarzający” może nasuwać wątpliwości interpretacyjne⁹. Pod tym pojęciem rozumieć można zarówno osoby przetwarzające dane z polecenia administratora (*vide* art. 29 RODO), jak i inne podmioty, które w operacjach przetwarzania danych osobowych odgrywają określoną rolę (w tym inni odbiorcy oraz organy publiczne, którym udostępniono dane w ramach konkretnego postępowania zgodnie z prawem UE lub prawem państwa członkowskiego).

Stosunku powierzenia przetwarzania danych osobowych nie należy pojmować jako formy zależności bądź podległo-

ści. W przypadku gdy dojdzie do powierzenia przetwarzania danych osobowych, podmiot ten może przetwarzać dane osobowe wyłącznie na udokumentowane polecenie administratora – co dotyczy także przekazywania danych osobowych do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej – chyba że obowiązek taki nakłada na niego prawo Unii lub prawo państwa członkowskiego, któremu podlega podmiot przetwarzający (*vide* art. 28 ust. 3 lit. a RODO). Decyzyjność w relacjach powierzenia przetwarzania danych jest charakterystyczna przede wszystkim dla administratora. Podmiot przetwarzający dane na zlecenie może jednak niezwłocznie poinformować administratora, że w jego ocenie wydane polecenie stanowi naruszenie ogólnego rozporządzenia bądź innych przepisów Unii lub państwa członkowskiego o ochronie danych.

Obowiązki podmiotu, któremu powierzono przetwarzanie

Podmiot przetwarzający dane na zlecenie jest obowiązany do identyfikowania ryzyka związanego z przetwarzaniem danych osobowych, a także stosowania odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych mających zapewnić bezpieczeństwo przetwarzania. Prawodawca dostrzegł potrzebę określenia obowiązków spoczywających również na podmiocie przetwarzającym, o czym stanowi motyw 79 preambuły RODO: „Ochrona praw i wolności osób, których dane dotyczą, oraz obowiązki i odpowiedzialność prawna, administratorów i podmiotów przetwarzających – także w odniesieniu do monitorowania ze strony organów nadzorczych i do środków przez nie stosowanych – wymagają dokonania w ramach niniejszego rozporządzenia jasnego podziału obowiązków (...)”. Ponadto podmiot przetwarzający jest zobowiązany informować administratora o obowiązku przekazania danych do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej, jeżeli wynika to z przepisów prawa UE lub prawa państwa członkowskiego (art. 28 ust. 3 RODO). Każdy podmiot przetwarzający dane na zlecenie jest zobowiązany prowadzić zgodnie z art. 30 ust. 2 RODO rejestr wszystkich kategorii czynności przetwarzania dokonywanych w imieniu administratora.

⁷ P. Fajgielski, Glosa do wyroku SN z 1.6.2017 r., CSK 597/16, OSP 2018, Nr 10.

⁸ Takie stanowisko podniósł organ nadzorczy (GIODO – obecnie PUODO) w sprawie toczącej się przed WSA w Warszawie (wyrok z 20.12.2016 r., II SA/Wa 1190/15, Legalis).

⁹ P. Fajgielski, Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz, Warszawa 2018, s. 342.

Wymogi dotyczące treści umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych lub innego instrumentu prawnego

Ogólne rozporządzenie – w przeciwieństwie do ustawy z 1997 r. – określa dosyć istotne wymogi dotyczące treści umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych lub innego instrumentu, w ramach którego administrator powierza przetwarzanie. Obowiązująca przez przeszło 20 lat ww. ustawa wskazywała w art. 31 obligatoryjne elementy umowy powierzenia, do których zaliczyć należało zakres i cel przetwarzania. Obecnie ogólne rozporządzenie znacząco rozbudowało obligatoryjne wymogi dotyczące treści powierzenia. Umowa bądź inny instrument prawny (porozumienie administracyjne, ogólne warunki ubezpieczenia etc.)¹⁰ powinny zawierać postanowienia dotyczące przedmiotu i czasu trwania przetwarzania, jego charakteru i celu, rodzaju danych osobowych, a także kategorii osób, których dane dotyczą, oraz obowiązków i praw administratora (*vide* art. 28 ust. 3 RODO). Prawodawca określił również enumeratywny katalog postanowień, które powinny być obligatoryjnie zawarte w umowie lub innej formie powierzenia. Mając na uwadze treść ww. normy prawnej, można stwierdzić, że elementy obligatoryjne stanowią swoistego rodzaju *essentialia negotii*, które powinny być zawarte w umowie o charakterze cywilnoprawnym, lecz również w każdej innej formie (w tym w porozumieniu administracyjnym).

Powierzając przetwarzanie danych osobowych, administrator powinien zobowiązać procesora do przetwarzania danych jedynie na udokumentowane polecenie. Odnosi się to również do przekazywania danych poza teren Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Podmiot przetwarzający dane na zlecenie jest jednak zwolniony z konieczności działania z polecenia, jeśli obowiązek przetwarzania danych wynika z prawa UE bądź państwa członkowskiego, któremu podlega ten podmiot. Przetwarzanie na podstawie udokumentowanego polecenia administratora wzmacnia rolę podmiotu, który ustala cele i sposoby przetwarzania danych, tym samym znacząco ograniczając autonomiczność procesora. Powierzenie przetwarzania danych osobowych uregulowane w określonej formie prawnej powinno odnosić się również do kwestii środków technicznych i organizacyjnych. Podmiot przetwarzający dane osobowe na zlecenie jest zobowiązany do podjęcia wszelkich środków wymaganych na mocy art. 32 RODO, tj. zabezpieczeń adekwatnych do ryzyka związanego z przetwarzaniem danych osobowych. Jak stanowi art. 28 ust. 3 lit. e) RODO, procesor powinien w miarę swych możliwości pomagać administratorowi wywiązać się z obowiązku realizowania uprawnień osób, których dane dotyczą – określonych w rozdziale III. Ogólne rozporządzenie nie wskazuje, czy świadczenie pomocy

przez podmiot przetwarzający ma charakter odpłatny, jednak wydaje się, że nie ma przeszkód, aby kwestię dotyczącą wypłaty ekwiwalentu pieniężnego uregulować szczegółowo w samej umowie powierzenia przetwarzania danych lub w innym instrumencie prawnym, zwłaszcza w sytuacji gdy wsparcie ze strony podmiotu przetwarzającego może znacząco wpływać na działalność tego podmiotu. Podmiot, któremu powierzono przetwarzanie danych osobowych, jest zobowiązany pomagać administratorowi również w wypełnianiu obowiązków określonych w art. 32–36 RODO. Umowa lub inny instrument prawny powinny regulować również kwestię zakończenia współpracy pomiędzy procesorem a administratorem w zakresie dotyczącym zwrotu danych osobowych lub ich usunięcia. Postanowienia umowy odmienne od przepisów prawa UE lub prawa państwa członkowskiego dotyczącego dalszego przetwarzania danych po zakończeniu korzystania z usług procesora będą nieważne, a odpowiednie zastosowanie znajdą właściwe regulacje normatywne. Warto wskazać w formie przykładu przepis ustawodawstwa krajowego, który wyłącza swobodę uregulowania zakończenia współpracy pomiędzy administratorem a podmiotem przetwarzającym dane na zlecenie. Zgodnie z art. 24 ust. 7 ustawy z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹¹, w przypadku zaprzestania przetwarzania danych osobowych zawartych w dokumentacji medycznej przez podmiot, któremu powierzono takie przetwarzanie, w szczególności w związku z jego likwidacją, jest on zobowiązany do przekazania danych osobowych zawartych w dokumentacji medycznej podmiotowi, określonemu w ust. 1, który powierzył przetwarzanie danych osobowych¹². Wyłączona zostaje zatem *ex lege* możliwość usunięcia danych osobowych.

Forma powierzenia przetwarzania danych osobowych

Warto zwrócić uwagę na tezę przedstawioną w piśmiennictwie na gruncie ustawy o ochronie danych osobowych z 1997 r., według której „Umowa w sprawie powierzenia przetwarzania danych innemu podmiotowi nie została w przepisach Ustawy [z 1997 r. o ochronie danych osobowych] sprecyzowana odnośnie do jej rodzaju. Brak także szczególnej regulacji tej umowy w przepisach prawa cywilnego. Ten stan prawny zostawia swobodę wyboru, ale wydaje się, że umowa

¹⁰ Warto zwrócić uwagę, iż w doktrynie pojawiło się stanowisko, zgodnie z którym pod pojęciem innego instrumentu prawnego rozumieć należy również tzw. delegację ustawową. Zob. M. Ujejski, Ukształtowanie wzajemnych stosunków administratorów i procesorów w ramach administracji publicznej, Informacja w Administracji Publicznej 2018, Nr 1, s. 21.

¹¹ T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1127 ze zm.

¹² M. Kamiński, Powierzenie przetwarzania osobowych danych medycznych a perspektywę prowadzenia dokumentacji medycznej w postaci elektronicznej, Prawo Mediów Elektronicznych 2008, Nr 8, s. 7.

powierzająca przetwarzanie danych osobowych powinna być kwalifikowana jako umowa o świadczenie usług, nienormowana w sposób szczególny¹³. Powierzenie przetwarzania danych może nastąpić niewyłącznie w formie postanowienia zawartego w nienazwanej umowie o świadczenie usług. Równie właściwą formą będzie zawarcie w pełni odrębnej umowy powierzenia przetwarzania danych, która ma charakter akcesoryjny w stosunku do umowy o świadczenie usług. Zarówno z perspektywy prawa cywilnego przyjęcie formy aneksu, jak i odrębnej umowy powierzenia przetwarzania danych nie wiąże się z żadnymi reperkusjami. Warto nadmienić, iż budzi wątpliwość twierdzenie, według którego dopuszczalne jest aneksowanie umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego w trybie ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹⁴. W sytuacji gdy w umowie o świadczenie usług nie zawarto postanowień dotyczących powierzenia przetwarzania danych osobowych, wątpliwe jest zawarcie aneksu do tejże umowy. Właściwe będzie argumentowanie, że powierzenie przetwarzania w formie aneksu narusza treść art. 144 ust. 1 PrZamPubU (dot. zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy). Nie ma natomiast przeszkód, aby aneksować inne umowy, które nie zostały zawarte w wyniku udzielenia zamówienia publicznego przeprowadzonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, jeśli przepisy nie stanowią inaczej. Dla potwierdzenia słuszności tej tezy warto odnieść się do orzecznictwa sądów administracyjnych. Jak wynika z tezy wyroku WSA w Krakowie z 28.2.2018 r.¹⁵: „art. 144 ust. 1 PrZamPubU nie wskazuje, jakie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego należy traktować jako istotne, jednak zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które – gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia – umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona”. Mając na uwadze powyższe, należy zwrócić uwagę, iż taka wykładnia art. 144 ust. 1 PrZamPubU może wywoływać wątpliwości interpretacyjne. Problematyka dotyczy sytuacji, w której w drodze aneksu zamawiający wraz z wykonawcą uregulowałby postanowienia dotyczące powierzenia, przy czym wykonawca, jako podmiot przetwarzający dane na zlecenie, nie spełniałby choćby kryterium z art. 28 ust. 3 lit. c RODO (podjęcie wszelkich środków – technicznych i organizacyjnych – wymaganych na mocy art. 32), czy też korzysta z usług innego podmiotu przetwarzającego, który nie zapewnia przestrzegania m.in. warunków dotyczących stosowania odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych. Istotną byłaby zatem zmiana wprowadzona w formie aneksu w postaci powierzenia przetwarzania danych wówczas, gdy pozostali oferenci (pierwotnie dopuszczeni)

spełnialiby kryteria określone w ogólnym rozporządzeniu. Oznacza to, iż dopuszczalność aneksowania umowy o świadczenie usług zawartej w trybie określonym w ww. ustawie nie jest jednoznaczna. Ponadto „za niedopuszczalne na gruncie prawa zamówień publicznych w związku z treścią art. 140 PrZamPubU należy, o czym wspominano szeroko wcześniej, uznać wszelkie zmiany do umowy powodujące rozszerzenie zakresu świadczenia wykonawcy poza zakres określony w przedmiocie zamówienia”¹⁶.

Według art. 28 ust. 9 RODO „umowa lub inny akt prawny, o których mowa w art. 3 i 4, mają formę pisemną, w tym formę elektroniczną”¹⁷. Forma pisemna (bądź elektroniczna) nie została zastrzeżona przez prawodawcę unijnego dla celów dowodowych (*ad probationem*). Niedochowanie rygoru zastrzeżenia formy szczególnej – pisemnej lub elektronicznej – skutkować będzie nieważnością umowy (*ad solemnitatem*). Zmiana postanowień umowy, wypowiedzenie czy też rozwiązanie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych powinno również nastąpić w formie pisemnej lub elektronicznej, choć nie wynika to wprost ze wskazanego powyżej przepisu. Odnosząc się do nieważności czynności prawnej, warto nadmienić, iż wątpliwości może budzić także zawieranie umów powierzenia przetwarzania danych osobowych z mocą wsteczną (retroaktywnie) – zarówno w formie aneksu, jak i odrębnej umowy. Ogólne rozporządzenie nie odnosi się jednak do zawierania umów powierzenia przetwarzania danych osobowych z mocą wsteczną.

W przypadku podmiotów publicznych (tj. w relacji pomiędzy tymi podmiotami) powierzenie przetwarzania nie może nastąpić w formie umowy cywilnoprawnej¹⁸. Zawarcie w świetle Kodeksu cywilnego umowy nienazwanej nie ma zastosowania w stosunkach pomiędzy podmiotami prawa administracyjnego. Kodeks cywilny reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi a osobami prawnymi (*vide* art. 1 KC). W tym przypadku właściwe jest powierzenie

¹³ R. Gola, Przekazywanie przez pracodawców przetwarzania danych osobowych innym podmiotom, *Sl. Prac.* 2011, Nr 8, s. 11–14.

¹⁴ T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej jako: PrZamPubU.

¹⁵ I SA/Kr 930/17, *Legalis*.

¹⁶ J. Olszewska-Stompel, M. Stompel, Prawo zamówień publicznych. Wybór najkorzystniejszej oferty i zawieranie umów, *Lex/el.* 2013.

¹⁷ Zawarcie umowy w formie ustnej nie spełnia wymogu określonego w art. 28 ust. 9 RODO. Warto nadmienić, że zagadnienie to było poruszane także na gruncie dotychczas obowiązującej ustawy z 1997 r. o ochronie danych osobowych. Zob. D. Fleszer, Zakres przetwarzania danych osobowych w działalności gospodarczej, Warszawa 2008, s. 238 i 239.

¹⁸ Warto poczytać szerzej na temat powierzenia przetwarzania pomiędzy podmiotami publicznymi na gruncie ustawy z 1997 r. o ochronie danych osobowych. Zob. P. Barta, Powierzenie przetwarzania danych osobowych w sektorze publicznym po zmianach w ustawie o ochronie danych osobowych wprowadzonych ustawą 500+, *Informacja w Administracji Publicznej* 2016, Nr 2, s. 43–47. Zob. T. Osiej, Dopuszczalność zawierania umów powierzenia przetwarzania danych osobowych w administracji publicznej, *Informacja w Administracji Publicznej* 2015, Nr 3, s. 25–27.

przetwarzania danych osobowych w drodze porozumienia administracyjnego¹⁹.

Podpowierzenie

Na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy nie uregulowano instytucji podpowierzenia, jednak nie stanowiło to przeszkody, aby taka konstrukcja była stosowana. Aktualna pozostaje definicja podpowierzenia przytoczona przez G. Sibigę, który wskazuje, że „przez podpowierzenie przetwarzania danych osobowych będziemy rozumieli sytuację, w której podmiot, któremu powierzono przetwarzanie danych na podstawie art. 31 OchrDanOsobU (przetwarzający, *processor*), dalej powierza ich przetwarzanie kolejnemu podmiotowi lub podmiotom (podwykonawca, *subprocessor*)”²⁰. Jak stanowi art. 28 ust. 2 RODO, „podmiot przetwarzający nie korzysta z usług innego podmiotu przetwarzającego bez uprzedniej szczegółowej lub ogólnej pisemnej zgody administratora. W przypadku ogólnej pisemnej zgody podmiot przetwarzający informuje administratora o wszelkich zamierzonych zmianach dotyczących dodania lub zastąpienia innych podmiotów przetwarzających, dając tym samym administratorowi możliwość wyrażenia sprzeciwu wobec takich zmian”. Korzystanie z usług innego podmiotu przez procesora nie jest dozwolone. Przesłanką wyłączającą zakaz podpowierzenia jest szczegółowa lub ogólna zgoda wyrażona przez administratora. Niekiedy postanowienia umowne wskazują, że formą akceptacji ze strony administratora jest niewniesienie sprzeciwu w przeciągu określonego czasu (np. 7 dni). Administrator kształtuje strukturę powierzenia poprzez dobór podmiotu przetwarzającego dane na zlecenie oraz podmiotu, któremu podpowierzono przetwarzanie. Niemniej odpowiedzialność za przetwarzanie podpowierzonych danych osobowych spoczywa na procesorze, o czym była mowa wyżej. Warto nadmienić, że niedopuszczalne są postanowienia umowy, według których odpowiedzialność za działania lub zaniechania podmiotu, któremu podpowierzono przetwarzania danych, spoczywa na administratorze. W przypadku scedowania ww. odpowiedzialności w drodze postanowień umowy lub innego instrumentu prawnego tracą one swą moc, a tym samym zastosowanie znajduje wskazany powyżej art. 28 ust. 4 RODO. Należy podać w wątpliwość stwierdzenie, że „z podpowierzeniem nie będziemy mieli natomiast do czynienia w sytuacji, gdy administrator danych łączy bezpośrednia umowa z podwykonawcą, obok umowy z przetwarzającym, którego też łączy umowa z podwykonawcą”²¹. Oznacza to, że realizując określone zadanie w imieniu administratora, podmiot przetwarzający nie mógłby podpowierzyć przetwarzania danych podmiotowi, z którym administrator zawarł bezpośrednio umowę. Eliminowałoby to zatem z obrotu – w konstrukcji podpowierzenia – podmioty, którym już powierzono

przetwarzanie danych. *Subprocessor* musiałby dysponować wiedzą, którym podmiotom administrator powierzył przetwarzanie danych.

Odpowiedzialność podmiotu przetwarzającego na zlecenie

Administrator nie ponosi już odpowiedzialności za działania (bądź zaniechania) podmiotu przetwarzającego na zlecenie dane osobowe, gdyż procesor może również być adresatem decyzji wydanej przez Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych²². Odpowiedzialność podmiotu przetwarzającego nie jest zatem ograniczona do odpowiedzialności cywilnej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (w przypadku umów cywilnoprawnych), lecz dotyczy również odpowiedzialności za niezgodne z prawem przetwarzanie danych (obszar prawa administracyjnego), a także odpowiedzialności karnej na gruncie ustawy z 10.5.2018 r. o ochronie danych osobowych²³. Powierzenie procesorowi przetwarzania danych osobowych zwalnia administratora z odpowiedzialności spoczywającej na tym podmiocie na gruncie ogólnego rozporządzenia. W zasadzie odpowiedzialność ta zostaje scedowana na podmiot przetwarzający. Odmienne kształtuje się odpowiedzialność za podpowierzenie przetwarzania danych osobowych. Zgodnie z art. 28 ust. 4 RODO „jeżeli ten inny podmiot przetwarzający nie wywiąże się ze spoczywających na nim obowiązków ochrony danych, pełna odpowiedzialność wobec administratora za wypełnienie obowiązków tego innego podmiotu przetwarzającego spoczywa na pierwotnym podmiocie przetwarzającym”. Korzystając z metody prawnoporównawczej, z całą pewnością można stwierdzić, że kwestia uregulowania obowiązków spoczywających na procesorze została znacznie szerzej uregulowana w ogólnym rozporządzeniu, aniżeli było to w poprzednim stanie prawnym²⁴.

¹⁹ W nawiązaniu do poczynionych uwag warto nadmienić, że zgodnie z wyrokiem NSA z 6.7.2004 r. (FSK 228/04, Legalis) „Przepisy prawa cywilnego regulują stosunki cywilnoprawne pomiędzy osobami fizycznymi i osobami prawnymi. Nie znajdują one zastosowania dla oceny skuteczności czynności jakie podejmują organy egzekucyjne w wykonawczym postępowaniu podatkowym, a więc postępowaniu o charakterze publicznoprawnym”.

²⁰ G. Sibiga, Podpowierzenie przetwarzania danych osobowych, MoP 2012, Nr 7, s. 31.

²¹ J. Byrski, Umowne powierzenie do przetwarzania danych osobowych w ustawie o ochronie danych osobowych, dyrektywie 95/46 i w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych, MoP 2016, Nr 20, s. 36–37.

²² P. Litwiński, Ochrona danych osobowych w ogólnym postępowaniu administracyjnym, Warszawa 2009, s. 109.

²³ T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1781 ze zm.

²⁴ Dla przykładu można odnieść się do poprzednio obowiązującej ustawy z 1997 r. o ochronie danych osobowych. Zob. Obowiązki przy powierzeniu przetwarzania danych [w:] M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, Prawo farmaceutyczne. Zagadnienia regulacyjne i cywilnoprawne, Warszawa 2008, s. 208–209.

W piśmiennictwie podkreślana jest również odpowiedzialność cywilnoprawna podmiotu przetwarzającego dane na zlecenie, gdyż „(...) można stwierdzić, że naruszenie przepisów RODO może w szczególności narazić procesora na roszczenia (w tym odszkodowawcze na podstawie przepisów powszechnego prawa cywilnego o deliktach) w związku z naruszeniem dóbr osobistych (prawa do prywatności) podmiotu danych”²⁵.

Z całą pewnością należy zanegować możliwość przeniesienia administracyjnej kary pieniężnej nałożonej na administratora lub podmiot przetwarzający dane na zlecenie przez Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych w drodze decyzji administracyjnej, jako jedno z postanowień umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych lub innego instrumentu prawnego. Wydaje się, że nie jest również dopuszczalne uregulowanie w umowie powierzenia przetwarzania możliwości zwolnienia z administracyjnej kary pieniężnej nawet przed wydaniem decyzji administracyjnej przez organ nadzorczy. Warto przy tym nadmienić, że administracyjne kary pieniężne nakładane mogą być jedynie w zależności od okoliczności każdego indywidualnego przypadku (art. 83 ust. 2 RODO). Niekiedy w umowach powierzenia przetwarzania danych pojawiają się stwierdzenia, że administrator ponosi wyłączną odpowiedzialność za określenie celów i sposobów, w jakich dane osobowe są lub mają być przetwarzane. Tak sformułowane postanowienie umowy jest niezgodne z art. 28 ust. 10 RODO, że bez uszczerbku dla art. 82, 83 i 84 RODO, jeżeli podmiot przetwarzający naruszy niniejsze rozporządzenie przy określaniu celów i sposobów przetwarzania, uznaje się go za administratora w odniesieniu do tego przetwarzania.

Centrum Usług Wspólnych jako podmiot publiczny przetwarzający dane na zlecenie

Centrum Usług Wspólnych jako jednostka obsługująca może być utworzona m.in. na podstawie art. 10a ustawy z 8.3.1990 r. o samorządzie gminnym²⁶, który stanowi, iż „Gmina może zapewnić wspólną obsługę, w szczególności administracyjną, finansową i organizacyjną: 1) jednostkom organizacyjnym gminy zaliczanym do sektora finansów publicznych, 2) gminnym instytucjom kultury, 3) innym zaliczanym do sektora finansów publicznych gminnym osobom prawnym utworzonym na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego – zwanym dalej „jednostkami obsługiwanyymi”. W świetle art. 10b ust. 1 SamGminU wspólną obsługę może prowadzić m.in. jednostka organizacyjna gminy, która w ramach realizacji zadań związanych ze wspólną obsługą administracyjną, finansową i organizacyjną, może

przetwarzać dane osobowe. Centrum Usług Wspólnych, jako jednostka obsługująca, będzie przetwarzać dane osobowe jako podmiot, któremu powierzono przetwarzanie danych osobowych, jednakże jest to tzw. ustawowe powierzenie przetwarzania danych. Wykonywanie ww. zadań nie będzie wymagało zawarcia odrębnego porozumienia administracyjnego regulującego kwestie powierzenia przetwarzania danych osobowych. Ogólne rozporządzenie nie definiuje pojęcia „innego instrumentu prawnego”, niemniej art. 10d SamGminU stanowiący, iż „jednostka obsługująca jest uprawniona do przetwarzania danych osobowych przetwarzanych przez jednostkę obsługiwaną w zakresie i celu niezbędnych do wykonywania zadań w ramach wspólnej obsługi tej jednostki”, należy zakwalifikować jako „inny instrument prawny”. W formie przykładu warto wskazać, iż Centrum Usług Wspólnych będzie legitymowało się statusem podmiotu przetwarzającego dane na zlecenie m.in. wówczas, gdy będzie przetwarzać dane osobowe na potrzeby prowadzenia dokumentacji związanej z dowozem niepełnosprawnych dzieci do szkół. Zgodnie z art. 39 ust. 4 ustawy z 14.12.2016 r. – Prawo oświatowe²⁷ obowiązkiem gminy jest zapewnienie bezpłatnego transportu i opieki w czasie przewozu do szkoły uczniom niepełnosprawnym. Jest to zadanie własne gminy, a realizacja zadania w postaci prowadzenia dokumentacji związanej z obowiązkiem zapewnienia bezpłatnego transportu do szkół uczniom niepełnosprawnym może być powierzona jednostce obsługującej. Podmiot ten stanie się wówczas podmiotem przetwarzającym dane na zlecenie.

Podsumowanie

Powierzenie przetwarzania danych osobowych – jak już wskazano na początku – nie jest instytucją nową. W zupełności nieprawidłowe jest twierdzenie, że powierzenie zostało uregulowane dopiero w ogólnym rozporządzeniu. Ten akt normatywny nie zmienił znacząco istoty powierzenia przetwarzania danych osobowych. Analizując przepisy, można jedynie stwierdzić, iż prawodawca unijny znacznie szerzej uregulował tę instytucję. Mając na uwadze całokształt uwag poczynionych w niniejszym artykule, należy nadmienić, że umowa powierzenia lub inny instrument prawny nie mogą zawierać postanowień mających na celu wyeliminowanie bądź obejście przepisów ogólnego roz-

²⁵ M. Gomularz, E. Laskowska, Wpływ ogólnego rozporządzenia o ochronie danych na zasady prowadzenia baz danych – problemy praktyczne na styku prawa prywatnego i publicznego, [w:] Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Wybrane zagadnienia, M. Kawecki, T. Osieja (red.), Warszawa 2017, s. 86.

²⁶ T.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 506 ze zm.; dalej jako: SamGminU.

²⁷ T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1148 ze zm.

porządzenia. Z rozważą należy również analizować, czy istotnie określony stosunek można zakwalifikować jako powierzenie przetwarzania danych osobowych, gdyż nie-

sie to za sobą daleko idące konsekwencje, jak przykładowo możliwość przeprowadzania audytów czy inspekcji przez administratora.

Słowa kluczowe: RODO, administrator, procesor, przetwarzanie, dane osobowe.

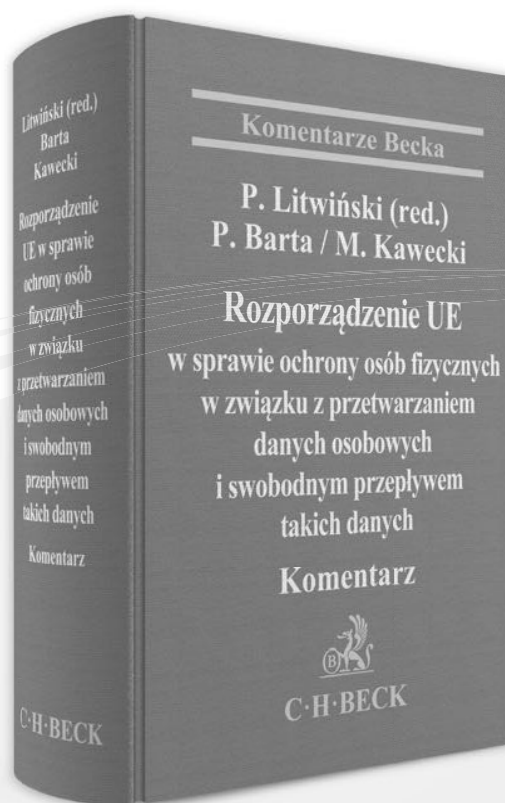
Entrusting the processing of personal data in the light of GDPR

The purpose of this article is to present the institution of entrusting the processing of personal data in the light of regulation of the European Parliament and of the Council 2016/679 of 27.4.2016, in the matter of protection of natural persons in regard to processing of personal data and free movement of such data and repealing Directive 95/46/EC (GDPR), which has been regulated in article 28. Directive specifies requirements regarding election of an entity to process data on request, and also obligatory elements of a contract, or another legal instrument, which would regulate the institution in question of entrusting the processing of personal data.

Keywords: GDPR, controller, processor, processing, personal data.



Komentarze Becka



www.ksiegarnia.beck.pl

Zadzwon: 81 46 13 300 • E-mail: kontakt@beck.pl

E-sport w świetle nowelizacji ustawy o sporcie

Szymon Myrna¹

Celem niniejszego opracowania jest analiza prawnych i faktycznych możliwości uznania e-sportu za pełnoprawny sport w świetle nowelizacji ustawy o sporcie z 20.7.2017 r. oraz 16.10.2019 r. Autor poszukuje odpowiedzi na pytania, czy wprowadzone zmiany wpływają w sposób znaczący na prawny status sportów elektronicznych, a także jakie wiążą się z tym konsekwencje dla społeczności e-sportowej. W opracowaniu poruszono także kwestię możliwości utworzenia polskiego związku sportów elektronicznych, kładąc szczególny nacisk na rolę polskiego związku sportowego jako ustawowej formy organizacji współzawodnictwa sportowego. Autor poddaje analizie zmiany w przepisach regulujących tworzenie polskich związków sportowych, jak również konsekwencje prawne i faktyczne rozszerzenia uprawnień Ministra Sportu w omawianej materii z punktu widzenia e-sportu.

Uwagi wstępne

Zagadnienie możliwości uznania e-sportu za pełnoprawny sport od dłuższego czasu stanowi przedmiot sporu w dyskusjach między zwolennikami i przeciwnikami takiego rozwiązania. Dotychczasowy brak szczególnych regulacji prawnych dotyczących e-sportu (określanego często zbiorczo mianem sportów elektronicznych) powodował konieczność poszukiwania odpowiednich rozwiązań wśród istniejących już instrumentów prawnych. Chodzi tutaj przede wszystkim o ustawę z 25.6.2010 r. o sporcie², w której to w art. 2 zawarto definicję sportu³.

We wcześniejszym brzmieniu⁴ nacisk położono wyłącznie na sferę aktywności fizycznej, całkowicie pomijając inne możliwe obszary ludzkiej aktywności, a zwłaszcza aktywność intelektualną⁵. To z pozoru niewielkie niedociągnięcie automatycznie pozostawia poza kręgiem zainteresowań wspomnianej ustawy całą rzeszę sportów opartych w głównej mierze na rywalizacji intelektualnej, takich jak np. szachy, warcaby, brydż sportowy czy wreszcie sporty elektroniczne. Tak wąskie ujęcie sfery aktywności ludzkich, kładące nacisk wyłącznie na aktywność fizyczną jako nieodłączny element każdego sportu, ocenić należy jako błędne i zdecydowanie niewystarczające. Z aprobatą przyjęto zatem nowelizację ustawy o sporcie z 20.7.2017 r., w której to dodano ust. 1a w brzmieniu: „Za sport uważa się również współzawodnictwo oparte na aktywności intelektualnej, którego celem jest osiągnięcie wyniku sportowego”.

Jakie zaś niesie to konsekwencje dla dynamicznie rozwijającej się gałęzi sportów elektronicznych? Czy wspomniane rozszerzenie definicji sportu pozwala uznać e-sport za spełniający jej ustawowe przesłanki, zrównując tym samym tę formę aktywności z innymi tradycyjnymi rodzajami sportu?

O ile w przypadku szachów, brydża czy warcabów sytuacja jest dość jasna, a objęcie tych dyscyplin zakresem ustawy nie powinno budzić większych kontrowersji⁶, o tyle w przypadku e-sportu sytuacja kształtuje się zgoła odmiennie.

Wpływ ma na to niewątpliwie historycznie dużo dłuższa obecność wspomnianych sportów w powszechnej świadomości, co przekłada się automatycznie na ich prestiż, sferę pewnej doniosłości i uznania dla tego rodzaju aktywności, w odróżnieniu od sportów elektronicznych, które w dalszym ciągu, szczególnie wśród starszego pokolenia uznawane są za dość infantylną, niewyszukaną i w gruncie rzeczy szkodliwą rozrywkę. Właśnie ów rozrywkowy charakter (obok pozornie stosunkowo niewielkiej podejmowanej aktywności fizycznej) stanowi jeden z głównych zarzutów stawianych e-sportowi i podstawę odmówienia mu statusu sportu w powszechnie przyjętym znaczeniu. W takim ujęciu sporty elektroniczne zostają zrównane z innymi aktywnościami mającymi na celu przede wszystkim rozrywkę czy też szeroko pojętą zabawę. Takie podejście jest wysoce krzywdzące i niesprawiedliwe, a także świadczy jednocześnie o dość pobieżnym zapoznaniu się ze specyfiką uprawiania sportów elektronicznych w obecnym, nowoczesnym wydaniu.

¹ Autor jest absolwentem stacjonarnych studiów prawa na Uniwersytecie Wrocławskim, aplikantem adwokackim Izby Wrocławskiej.

² T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1468 ze zm.; dalej jako: SportU.

³ W tym miejscu należy wspomnieć także o definicji sportu ustalonej przez Radę Europy, przyjętej następnie przez Komisję Europejską w Białej księdze na temat sportu z 11.7.2007 r., COM (2007) 391. Sport zdefiniowano tam jako „wszelkie formy aktywności fizycznej, które poprzez uczestnictwo doraźne lub zorganizowane, stawiają sobie za cel wypracowanie lub poprawienie kondycji fizycznej i psychicznej, rozwój stosunków społecznych lub osiągnięcie wyników sportowych na wszelkich poziomach”.

⁴ A zatem przed nowelizacją ustawy o sporcie z 20.7.2017 r.

⁵ M. Badura, H. Basiński, G. Kałużny, M. Wojcieszak, Ustawa o sporcie. Komentarz, Lex/el. 2011, komentarz do art. 2; W. Cajsels, Ustawa o sporcie. Komentarz, Legalis/el. 2011, komentarz do art. 2.

⁶ Chociaż nawet w przypadku tych sportów owe kontrowersje się pojawiają – zob. np. wyrok TSUE z 26.10.2017 r., C-90/16, The English Bridge Union Limited przeciwko Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs, Legalis – w którym to Trybunał orzekł, że brydż porównawczy nie jest sportem w rozumieniu dyrektywy VAT. Zdaniem Trybunału bowiem, aby daną aktywność można było uznać za sport w rozumieniu dyrektywy VAT, musi ją cechować „niepozbowiony znaczenia element fizyczny”.

Problematyka uznania e-sportu za sport

Analizując możliwość uznania e-sportu za sport w rozumieniu znowelizowanych przepisów, należy pochylić się przede wszystkim nad kwestią, czy cybersport spełnia ustawowe przesłanki zawarte w ust. 1a SportU. Pierwszą z nich stanowi współzawodnictwo, drugą – oparcie na aktywności intelektualnej, trzecią natomiast jest cel, który to musi być ukierunkowany na osiągnięcie wyniku sportowego. Jak wskazano w definicji zawartej w słowniku PWN, za współzawodnictwo uważa się „ubieganie się kilku osób lub grup o pierwszeństwo w czymś lub o zdobycie czegoś”⁷, natomiast w przypadku aktywności intelektualnej brak jest jednoznacznej, uznanej definicji tego pojęcia. Trzeba zatem przyjąć jej zwykłe znaczenie w języku potocznym, czyli są to wszelkie przejawy aktywności umysłowej o ukierunkowanym, celowym działaniu. Ten rodzaj aktywności można też charakteryzować *a contrario*, przy użyciu pojęcia aktywności fizycznej, tj. jako sferę aktywności, w której główny nacisk położony jest na sferę umysłową, podczas gdy w przypadku aktywności fizycznej na pierwszy plan wysuwa się bez wątpienia sfera ruchowa, podejmowana przy udziale układu ruchu człowieka. Oczywiście tego rodzaju rozróżnienie ma charakter dość umowny, gdyż obydwie te sfery przenikają się wzajemnie, ale jednocześnie jednoznacznie pokazuje, że aktywności te różnią się przede wszystkim stopniem natężenia głównego czynnika, którym będzie w przypadku aktywności fizycznej ruch i praca mięśni człowieka, natomiast w przypadku aktywności intelektualnej wysiłek i praca umysłowa. Rozpatrując więc kwestię współzawodnictwa opartego na aktywności intelektualnej, rozumieć przez to należy ubieganie się osoby lub grupy osób o pierwszeństwo lub zdobycie czegoś poprzez podejmowaną aktywność głównie o charakterze umysłowym, niefizycznym. Ostatnią zaś ustawową przesłankę stanowi cel, który ma być ukierunkowany na osiągnięcie wyniku sportowego. Nie ma przy tym większego znaczenia, czy dane współzawodnictwo odbywa się na poziomie amatorskim czy też profesjonalnym. Jedynym warunkiem jest rodzaj motywacji wewnętrznej, co skutkuje uczestnictwem w rywalizacji sportowej, pewnych oczekiwań co do osiągniętego wyniku, a także chęć sprawdzenia swoich umiejętności na tle innych uczestniczących osób.

Czy zatem e-sport spełnia powyższe kryteria? Tutaj zdania są podzielone. Analizując kwestię spełnienia omówionych, ustawowych przesłanek w przypadku sportów elektronicznych, można pokusić się o stwierdzenie, że brak jest przeciwwskazań do uznania e-sportu za sport w rozumieniu znowelizowanej ustawy o sporcie⁸. Występuje w nim bowiem bez wątpienia element współzawodnictwa np. w obrębie istniejących profesjonalnych lig e-sportowych o globalnym zasięgu i uznaniu, zrzeszających graczy w takie tytuły jak *League of Legends* czy też *Counter-Strike: Global*

Offensive. Ponadto organizowane są ogromne wydarzenia, przyciągające zarówno tysiące fanów w miejscu rozgrywek, organizowanych często na stadionach piłkarskich lub dużych halach sportowych, jak i dziesiątki profesjonalnych zawodników rywalizujących między sobą o prestiż, a także wielomilionowe nagrody i kontrakty sponsorskie, wreszcie transmisje z rozgrywek oglądane są przez kibiców na całym świecie, nie ustępując przy tym często innym, klasycznym wydarzeniom sportowym. Również kolejna z przesłanek, tj. oparcie na aktywności intelektualnej, zdaje się być spełniona przez sporty elektroniczne. Odbywające się współzawodnictwo mimo występującego pewnego elementu fizycznego, w postaci konieczności obsługi kontrolerów urządzeń multimedialnych – najczęściej tzw. myszki komputerowej, niewątpliwie polega w głównej mierze na aktywności intelektualnej uczestników, którzy to w trakcie rozgrywki decydują o stosowanych taktykach i strategiach, planując indywidualnie lub drużynowo, jak pokonać przeciwnika, opierając się na znajomości struktury i mechaniki danej gry. Wreszcie sporty elektroniczne uprawiane są w zdecydowanej większości w celu osiągnięcia wyniku sportowego. Gracze współzawodniczą o miejsca w rankingach, na listach światowych, specjalne odznaczenia czy też jak np. w *Counter-Strike: Global Offensive* – o awansie do co raz to wyższych grup zrzeszających graczy o większych umiejętnościach aż do uzyskania rangi tzw. *Global Elite*, którą posiadają wyłącznie najlepsi użytkownicy, często profesjonalni gracze, występujący na zawodach na szczeblu międzynarodowym. Coraz częściej osiągane wyniki sportowe wiążą się z realnymi, poważnymi gratyfikacjami finansowymi (np. za zwycięstwo w danym turnieju) lub też możliwością podpisania kontraktów z profesjonalnymi drużynami e-sportowymi lub też umów sponsorskich (np. z firmami produkującymi sprzęt dla graczy).

Zaproponowane w niniejszym opracowaniu stanowisko przyznające e-sportowi prawa do bycia traktowanym w sposób równorzędny z innymi dyscyplinami sportu, jako przedstawiciela grupy sportów intelektualnych (umysłowych) uregulowanych w art. 2 ust. 1a SportU, stanowi naturalną konsekwencję rozwoju tego rodzaju aktywności. Co więcej, proces ten będzie się pogłębiać, o czym świadczyć może przede wszystkim ogromna popularność e-sportu wśród dzieci i młodzieży. Podjęcie kroków legislacyjnych w celu uregulowania chociażby podstawowych i wspólnych dla większości tytułów gier w obrębie kategorii sportów elek-

⁷ „Współzawodnictwo”, [w:] Słownik języka polskiego PWN, <http://sjp.pwn.pl/szukaj/wspolzawodnictwo.html>, (dostęp z 20.3.2020 r.).

⁸ Tak również T. Wcisło, Finansowanie organizacji e-sportowych przez jednostki samorządu terytorialnego ze środków przeznaczonych na rozwój sportu w świetle ustawy o sporcie, Samorząd Terytorialny 2019, Nr 12, s. 67–69.

tronicznych kwestii wydaje się zatem nie tylko potrzebne, ale wręcz konieczne.

Wątpliwości wokół projektu nowelizacji ustawy o sporcie

Polski ustawodawca zdaje się dostrzegać omawiany problem, czego wyrazem jest poruszenie kwestii sportów elektronicznych m.in. w uzasadnieniu do projektu nowelizacji ustawy o sporcie z 20.7.2017 r., przy czym wydaje się bardzo niekonsekwentny w swoim podejściu do tego tematu. Z jednej strony bowiem w uzasadnieniu projektu nowelizacji wprost odniesiono się do sportów elektronicznych jako jednej z kategorii sportów, których objęcie regulacjami umożliwi właśnie wprowadzenie do art. 2 omawianego ust. 1a, by następnie z drugiej strony, w komunikacie wydanym przez Ministerstwo Sportu i Turystyki – już po przyjęciu nowelizacji przez Sejm – w sposób dość znaczący zweryfikować swoje wcześniejsze stanowisko. Zanim jednak zostanie to poruszone w dalszej części tekstu, warto przytoczyć wybrane fragmenty wspomnianego uzasadnienia, gdyż zawierają one słuszne – a przy tym dość postępowe i idące z duchem czasu – spostrzeżenia świadczące o dużej otwartości autorów tego projektu na to wciąż jeszcze stosunkowo nowe zjawisko.

Autorzy projektu trafnie wskazują, że „nie tylko aktywność fizyczna sprzyja umacnianiu więzi społecznych czy budowaniu własnej wartości. Angażowanie aktywności umysłowej poprzez grę w brydża sportowego, warcaby czy szachy, a także sporty elektroniczne stwarza możliwość rozwoju intelektualnego, wzmacnia relacje społeczne, sprzyja socjalizacji uczestników, dodaje pewności siebie. Skutki aktywności intelektualnej w aspekcie społecznym są zatem podobne do uprawiania aktywności fizycznej. Należy również mieć na względzie, że profesjonalne podejście do gry w szachy, warcaby, brydża sportowego, a także sporty elektroniczne wymaga od uczestników uprawiania aktywności fizycznej. Ponadto gry w szachy, warcaby, brydża sportowego oraz sporty elektroniczne wyrabiają szybkość reakcji oraz rozwijają strategiczne myślenie”⁹. Poruszona została dość istotna kwestia, a mianowicie jednym ze sztandarowych argumentów przeciwników zrównania sportów elektronicznych z innymi tradycyjnymi rodzajami sportu bywa często stwierdzenie, że do uprawiania e-sportu nie jest niezbędna aktywność fizyczna lub jej udział jest minimalny. Podejście takie ocenić należy jako błędne, szczególnie w odniesieniu do osób uprawiających e-sport na szczeblu profesjonalnym, które to oprócz godzin spędzonych w świecie wirtualnym na doskonaleniu niezbędnych umiejętności w zdecydowanej większości przypadków pozostały czas spędzają, poprawiając swoją sprawność fizyczną, manualną, swoje reakcje czy też ćwicząc refleks. Można wysnuć przypuszczenie, że w tym wypadku pokutuje dość powszechny ciągle stereotyp gracza

stawianego jako negatywny przykład osoby całkowicie niezainteresowanej aktywnością fizyczną. Ponadto w uzasadnieniu projektu ustawy autorzy słusznie zauważają, iż sporty elektroniczne już od ponad 20 lat intensywnie się rozwijają, czego przejawem są już istniejące, a także ciągle pojawiające się nowe związki i federacje e-sportowe, zarówno na szczeblu lokalnym, krajowym, jak i międzynarodowym. Zapoznając się zaś z całością uzasadnienia, można zauważyć, że jego ogólny wydźwięk w kontekście rozszerzenia ustawowej definicji sportu o kategorie e-sportowe ma jak najbardziej charakter pozytywny. Z pewnym dystansem, ale i zaskoczeniem można więc potraktować wyjaśnienia zawarte w komunikacie przesłanym przez Ministerstwo Sportu i Turystyki portalowi Wirtualnemedi.pl, w którym to stwierdzono, iż nowe propozycje nie zmieniają statusu prawnego tzw. e-sportu, są natomiast zmianami technicznymi i symbolicznymi. Mają stanowić symboliczne otwarcie się na środowisko sportów elektronicznych. W żadnym wypadku jednak, zdaniem Ministerstwa, omawiana nowelizacja ustawy o sporcie nie zrównuje sportu elektronicznego ze sportem tradycyjnym. Co więcej, samo „symboliczne otwarcie na środowisko e-sportowe” ma przede wszystkim polegać na zwiększeniu możliwości promowania aktywności fizycznej wśród osób uprawiających sporty umysłowe, w tym także sporty elektroniczne¹⁰. Nie negując oczywiście pozytywnego elementu, jaki stanowi niewątpliwie każdego rodzaju promocja aktywności fizycznej, szczególnie wśród młodzieży, nie sposób nie zauważyć, że w takim ujęciu sporty elektroniczne traktowane są w sposób podrzędny, nie jako osobna, rozbudowana, a przede wszystkim równoprawna kategoria sportowa, lecz jedynie jako platforma umożliwiająca dotarcie do uprawiających e-sport zawodników czy też fanów śledzących ich zmagania. Trudno pozbyć się wrażenia, iż zamiast kroku milowego w dziedzinie uregulowania kwestii sportów elektronicznych otrzymano jedynie pewny miły i zasługujący na uznanie, ale wciąż jednak tylko gest, nieniosący ze sobą poważniejszych konsekwencji prawnych.

Polski związek sportów elektronicznych – uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*

Jednym z głównych argumentów resortu sportu mającym uzasadniać omawiane powyżej stanowisko, odmawiające sportom elektronicznym przymiotu równości z innymi sportami, jest brak jakiegokolwiek, istniejącego obecnie związku

⁹ Projekt ustawy o zmianie ustawy o sporcie oraz ustawy o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów z 16.3.2017 r., druk Nr 1410, Sejm VIII kadencji.

¹⁰ Zob. <https://www.wirtualnemedi.pl/arttykul/sejm-przyjal-nowelizacje-ustawy-o-sporcie-do-definicji-wlaczono-sport-elektroniczny-symboliczne-otwarcie-na-srodowisko-esportu> (dostęp z 28.11.2019 r.).

sportowego mającego zrzeszać zawodników, a także działaczy e-sportowych. Dotychczas bowiem żadna z organizacji e-sportowych nie spełniała kluczowej przesłanki umożliwiającej rejestrację polskiego związku sportowego w rozumieniu ustawy o sporcie przed nowelizacją, tj. konieczności przedłożenia Ministrowi Sportu zaświadczenia o przynależności do międzynarodowej federacji sportowej działającej w sporcie olimpijskim lub paraolimpijskim lub innej uznanej przez Międzynarodowy Komitet Olimpijski (MKOl). W sportach elektronicznych bowiem brak jest obecnie jednej, uznanej federacji sportowej o charakterze międzynarodowym, która mogłaby spełniać omawiane kryterium, co odróżnia sporty elektroniczne od tradycyjnych rodzajów sportu.

Powodów takiego stanu rzeczy upatrywać można przede wszystkim w stosunkowo krótkiej historii istnienia sportów elektronicznych, które to wciąż są zjawiskiem dosyć świeżym i rozwojowym. Ponadto innym ważnym aspektem rzutującym na opisywane zagadnienie jest niewątpliwie specyfika gier elektronicznych, które to co prawda można określić zbiorczo mianem sportów elektronicznych (jako pewnej kategorii czy też dyscypliny), ale w praktyce sprowadzają się do one do rywalizacji w obrębie danego tytułu (gry komputerowej). Czy należałoby więc utworzyć odrębne związki sportowe dla każdego z popularnych tytułów (np. Polski Związek Counter-Strike), czy też, co wydaje się bardziej racjonalne, należy utworzyć jeden związek sportów elektronicznych, zrzeszający wszystkich uprawiających e-sport, bez rozróżniania ich ze względu na konkretną grę komputerową. Innym ważnym aspektem wymagającym odpowiedniego uregulowania pozostawałaby także rola producentów gier czy też ich dystrybutorów w tym przedsięwzięciu. Gry komputerowe bowiem, poza pojedynczymi przypadkami, mają dość kłopotliwą cechę, a mianowicie szybko się dezaktualizują, zarówno pod względem technicznym – w wyniku wprowadzania na rynek nowego oprogramowania (*software*) czy też rozwoju technologiczno-sprzętowego (*hardware*), jak i oczekiwań graczy. Kolejne części najbardziej znanych tytułów takich jak FIFA wypuszczane są co roku, inne zaś, np. *Counter-Strike*, raz na kilka lat. Powstawanie gier komputerowych ma oczywiście charakter komercyjny – opłaca się utrzymywać wyłącznie serwery gier cieszących się zainteresowaniem graczy, natomiast nierentowne tytuły są porzucane, a ich serwery – wygaszane. Mogłoby więc hipotetycznie dojść do sytuacji, w której dany polski związek sportowy utraciłby rację bytu, ponieważ w wyniku decyzji deweloperskich zaniechano by wspierania danego tytułu, co sprawiłoby, iż rozgrywka w danej grze stałaby się niemożliwa. Uzasadniony w takim wypadku wydaje się pogląd, że utworzenie odrębnych związków sportowych do konkretnych tytułów gier komputerowych byłoby niecelowe, a lepszym rozwiązaniem byłoby utworzenie jednego, wspólnego polskiego związku sportowego działającego pod egidą Ministerstwa Sportu i Turystyki na zasadach zawartych

w ustawie, sam związek zaś powinien obejmować swoją pieczę wszystkie podkategorie e-sportowe, podobnie jak to jest w przypadku Polskiego Związku Narciarskiego (obejmuje różne dyscypliny, m.in. skoki narciarskie, biathlon czy biegi narciarskie) lub też Polskiego Związku Piłki Nożnej (oprócz klasycznej odmiany obejmuje także np. piłkę nożną osób niewidomych, futsal czy też piłkę nożną plażową). Zdecydowanie pozytywnie należy więc ocenić zmiany wprowadzone w ustawie o sporcie jej nowelizacją z 16.10.2019 r., które to znacząco rozszerzają uprawnienia Ministra Sportu w kwestiach związanych z tworzeniem polskich związków sportowych. Jakże zaś ma lub może mieć to przełożenie na kwestię e-sportu?

Przede wszystkim w przedmiotowej kwestii znaczenie mają zmiany poczynione w art. 11 SportU¹¹. W przepisie tym ust. 2 pkt 4 wyrażający wspomniane kryterium przynależności do federacji międzynarodowej otrzymał następujące brzmienie: „zaświadczenie o przynależności do międzynarodowej federacji sportowej działającej w sporcie olimpijskim lub paraolimpijskim lub innej uznanej przez Międzynarodowy Komitet Olimpijski albo ujętej w wykazie, o którym mowa w ust. 2a”, natomiast po ust. 2 dodano ust. 2a i 2b, zawierające delegację ustawową do określenia, w drodze rozporządzenia wykazu międzynarodowych federacji, do których przynależność stwarza możliwość uzyskania zgody Ministra Sportu na utworzenie polskiego związku sportowego (ust. 2a), a także formułującą nakaz wykreślenia danej międzynarodowej federacji z wykazu wspomnianego w ust. 2a, w przypadku gdyby MKOl uznał inną międzynarodową federację lub gdyby dana federacja przestała spełniać kryteria, o których mowa w ust. 2a (ust. 2b). Z kolei w uzasadnieniu można przeczytać, że: „Projektowane rozwiązanie ma na celu wprowadzenie dodatkowej przesłanki, której spełnienie umożliwiłoby podmiotom niespełniającym dotychczas warunku przynależności do międzynarodowej federacji sportowej działającej w sporcie olimpijskim lub paraolimpijskim lub innej uznanej przez Międzynarodowy Komitet Olimpijski skuteczne ubieganie się o status polskiego związku sportowego”¹². Wprowadzona zmiana w teorii znacząco wpływa na możliwość zarejestrowania polskiego związku sportów elektronicznych, oczywiście jedynie przy założeniu, że Minister Sportu umieści we wspomnianym wykazie którąkolwiek z powstających lub też już istniejących międzynarodowych federacji e-sportowych. By tak się jednak stało, któraś z nich musiałaby zyskać po-

¹¹ Art. 11.1. Wniosek o wyrażenie zgody na utworzenie polskiego związku sportowego składa się do ministra właściwego do spraw kultury fizycznej.

2. Do wniosku, o którym mowa w ust. 1, wnioskodawca dołącza [...]:

4) zaświadczenie o przynależności do międzynarodowej federacji sportowej działającej w sporcie olimpijskim lub paraolimpijskim lub innej uznanej przez Międzynarodowy Komitet Olimpijski albo ujętej w wykazie, o którym mowa w ust. 2.

¹² Projekt ustawy o zmianie ustawy o sporcie z 9.4.2019 r., druk Nr 3388, Sejm VIII kadencji.

wszechne uznanie środowiska zarówno e-sportowego, jak i sportowego, szczególnie na szczeblu resortowym. Biorąc pod uwagę wspomniane kontrowersje dotyczące tak podstawowego dla tej materii problemu, jakim jest uznanie e-sportu za sport, można domniemywać, że minie sporo czasu, zanim dojdzie do jakichś gwałtownych zmian w podejściu ustawodawcy do zagadnienia sportów elektronicznych. Warto w tym miejscu wspomnieć o pojawiających się informacjach o prowadzonych zaawansowanych rozmowach m.in. przez *International e-Sports Federation* – IeSF, federację zrzeszającą stowarzyszenia e-sportowe z całego świata z Międzynarodowym Komitetem Olimpijskim, których przedmiotem było uznanie przez ten komitet e-sportu za jeden ze sportów olimpijskich¹³, co mogłoby również dość znacząco wpłynąć na nastawienie rodzimego ustawodawcy. Mimo tego wciąż wydaje się, że sporo czasu jeszcze upłynie, zanim pojawią się konkretne, wiążące i pewne ustalenia w tej materii. Dlaczego jednak prawna legitymizacja polskiego związku sportowego dla sportów elektronicznych ma tak istotne znaczenie?

Przede wszystkim powstanie takiego związku znacząco wzmocniłoby pozycję e-sportu.

Posiadanie oficjalnego związku mogącego korzystać z przywilejów zarezerwowanych wyłącznie polskim związkom sportowym oznaczałoby bowiem *de facto* zrównanie e-sportu z innymi tradycyjnymi dyscyplinami, które również posiadają dedykowane im związki sportowe. Do tych przywilejów, wymienionych w art. 13 ust. 1 SportU, zaliczyć można przede wszystkim wyłączność na organizowanie i prowadzenie współzawodnictwa sportowego o tytuł Mistrza Polski oraz Puchar Polski w danej dyscyplinie, a także wyłączne prawo ustanawiania i realizacji reguł sportowych i dyscyplinarnych we współzawodnictwie sportowym organizowanym przez związek (z wyjątkiem reguł dyscyplinarnych dotyczących dopingu w sporcie). Wreszcie taki ustanowiony polski związek sportów elektronicznych miałby wyłączność na powoływanie narodowej kadry e-sportowej, reprezentującej Polskę na arenie międzynarodowej¹⁴. Ponadto oficjalnie uznawanemu związkowi sportowemu zdecydowanie łatwiej jest reprezentować interesy osób uprawiających dany sport,

a także świadomie kształtować kierunki jego rozwoju i popularyzacji. Wreszcie powstanie polskiego związku sportowego dla e-sportu umożliwiłoby graczom starania o stypendia sportowe¹⁵ będące w gestii Ministerstwa Sportu i Turystyki czy też różnego rodzaju dotacje rządowe¹⁶.

Podsumowanie

Zmiany wprowadzone do ustawy o sporcie nowelizacjami z 2017 i 2019 r. w kontekście e-sportu stanowią oczekiwane i konieczne otwarcie się ustawodawcy na rozwijającą się kwestię sportów elektronicznych. Zarówno rozszerzenie ustawowej definicji sportu, mimo pojawiających się sporów co do doniosłości i znaczenia tego faktu, jak i stopniowe luzowanie restrykcji ustawowych dotyczących zakładania polskich związków sportowych, szczególnie w kwestii sportów nieolimpijskich są szansą dla e-sportu na trwałe opuszczenie kategorii rozrywki i zrównanie swojej pozycji z innymi, tradycyjnymi gałęziami sportu. Aby tak się jednak mogło stać, niezbędne wydają się dalsze, najlepiej całościowe działania legislacyjne, ukierunkowane już bezpośrednio na kwestię sportów elektronicznych.

¹³ J. Łukomski, Wyścig po status polskiego związku (e-)sportowego, <https://lukomski-niklewicz.pl/wyscig-po-status-polskiego-zwiazku-e-sportowego/> (dostęp z 29.11.2019 r.).

¹⁴ J.E. Krześniak, Kluby i organizacje sportowe w prawie polskim na tle rozwiązań zagranicznych, Warszawa 2016, s. 367–369.

¹⁵ M. Niewczas, B. Stępień-Zalucka, Dyskryminacja polskich związków sportów nieolimpijskich. Uwagi na tle art. 11 ust. 2 pkt 4 ustawy o sporcie, PPP 2015, Nr 6, s. 57–60.

¹⁶ W tym miejscu należy zasygnalizować, że w grudniu 2019 r. w mediach zajmujących się sportami elektronicznymi pojawiła się informacja o uznaniu przez Polski Komitet Sportów Nieolimpijskich e-sportu za sport, a także włączeniu Polskiego Związku Sportów Elektronicznych w grono dyscyplin objętych patronatem przez wspomniany komitet. Wydarzenie to, choć pozytywne dla sceny e-sportowej, zostało dość powszechnie błędnie zinterpretowane w mediach. Zarówno bowiem Polski Komitet Sportów Nieolimpijskich, jak i Polski Związek Sportów Elektronicznych są organizacjami prywatnymi, pozarządowymi. Nieuprawnione jest więc pojawiające się stwierdzenie, że decyzje wspomnianych organizacji niosą ze sobą jakiegokolwiek konsekwencje dla statusu e-sportu z punktu widzenia polskiego ustawodawstwa. Sam zaś Polski Związek Sportów Elektronicznych, poza mylącą nazwą, nie ma nic wspólnego z opisywaną w artykule formą występującą w ustawie o sporcie, tj. polskim związkiem sportowym, do utworzenia którego niezbędna jest zgoda Ministra Sportu i Turystyki.

Słowa kluczowe: e-sport, nowelizacja ustawy o sporcie, sporty elektroniczne, polski związek sportów elektronicznych, sport, aktywność intelektualna.

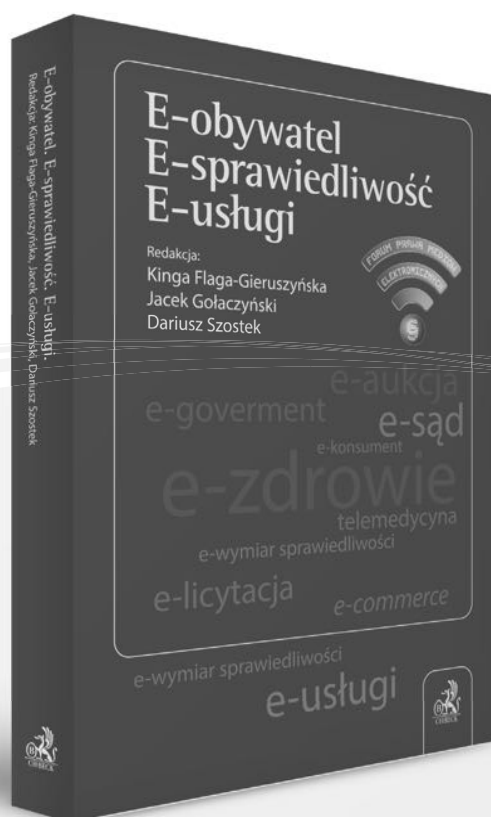
E-sport in the light of amendments to the Act on Sport

The aim of the presented study is the analysis of the legal and factual possibilities of recognition of e-sport as a fully-fledged sport in the light of amendments to the Act on Sport of 20 July 2017 and 16 October 2019. The author argues whether the implemented changes significantly affect the legal status of electronic sports and what are the consequences for the e-sports community. Moreover, this work discusses the possibility of creating Polish electronic sports association with an emphasis on the role of the Polish sports association as a legal entity responsible for organization of sports competitions. The author analyzes changes in the regulations of creating Polish sports associations as well as the legal and factual consequences of extending the powers of the Minister of Sport in this matter in the context of e-sport.

Keywords: e-sport, amendments to the Act on Sport, electronic sports, Polish electronic sports association, sport, intellectual activity.



E-obywatel. E-sprawiedliwość E-usługi



www.ksiegarnia.beck.pl

Zadzwon: 81 46 13 300 • E-mail: kontakt@beck.pl

Status prawny Internetu w świetle Konstytucji RP i obowiązującego prawodawstwa polskiego

Szymon Jan Malinowski¹

Środki społecznego komunikowania stanowią współcześnie integralną część życia ludzkości. Media wywierają ogromny wpływ na świadomość człowieka, kształtując jego charakter, preferencje, zachowania i poglądy. Mass media, zwłaszcza Internet, stały się alternatywną rzeczywistością – nowym światem pełnym wielu możliwości i licznych pokus i zagrożeń. Wiele osób uważa, że jest to niezależny świat, w którym użytkownicy są anonimowi, prawa i obowiązki nie istnieją, możliwa jest bezkarność, a granice działalności i czynów wyznacza jedynie subiektywna ocena użytkownika. Człowiek stworzył narzędzie przyszłości, które staje się coraz większym zagrożeniem dla niego samego. Również próba opracowania skutecznego prawa determinującego i określającego kształt funkcjonowania Internetu okazuje się trudna do uregulowania, jak również zrealizowania. Współcześnie, kiedy praktycznie każdą przestrzeń życia społecznego staramy się zdefiniować i uregulować prawnie, Internet wciąż pozostaje niejako poza zasięgiem skutecznej egzekutywy prawnej. Choć są podejmowane próby stworzenia różnych przepisów prawa poświęconych tejże materii, skuteczność egzekwowania tego prawa w praktyce okazuje się niewystarczająca. Pozostaje więc pytanie, jakie uwarunkowania prawne tworzy obecnie polska Konstytucja, a także czy istnieją przepisy odrębne wytyczające nieprzekraczalne granice Internetu oraz jak należy tworzyć prawo, aby w pełni regulowało cyfrową przestrzeń? Tematyka ta stała się istotą niniejszych rozważań prawno-naukowych. Rozważania oparto na analizie obowiązującego prawodawstwa krajowego, jak również judykatury SN i kazuistycznych komentarzy prawniczych oraz piśmiennictwa prawniczego. W pracy wykorzystano metodę analizy przypadków i dyskusję naukową dla opracowania ogólnych założeń syntetycznych niniejszego zagadnienia badawczego.

Uwagi wstępne

W dzisiejszych czasach środki społecznego komunikowania już na dobre „przeniknęły” życie prawie każdego człowieka na ziemi. Stały się one nieodłącznym elementem ludzkiej egzystencji i pewnego rodzaju „motorem” napędowym w działaniu. Komunikatory głosowe zamiast telefonów, elektroniczne poczty e-mailowe zastępujące tradycyjną pocztę listową czy portale społecznościowe jako swego rodzaju współczesna „wizytówka” człowieka, to jedynie przykłady tego, jak media zmieniły oblicze ludzkiego działania. O ile tradycyjne formy środków społecznego komunikowania, przez niektórych nazywane również środkami masowego przekazu bądź po prostu w skrócie mass mediami, takie jak: telewizja, radio czy gazeta zagościły lata temu w życiu codziennym i nie stanowiły dotychczas większego powodu do niepokojów, o tyle już Internet będący wynalazkiem współczesności wyznacza nowe granice i wzbudza wątpliwości oraz rodzi wiele pytań o swoją istotę i charakter, działanie i zasięg wpływu, jak również formę kontroli i umiejscowienia na gruncie prawnym, co stanowi istotę niniejszych rozważań naukowych.

Problem przedmiotowy jest istotny dla każdego z obywateli korzystających na co dzień z dóbr oferowanych im przez Internet. Na jego złożoność wskazuje wzajemne zbieganie się wielu różnych dziedzin nauki podejmujących analizę i naderżających tym samym wielość spojrzeń na „cyfrowy świat”. Tym bardziej stanowi to właściwy impuls do rozważań, w jaki spo-

sób ustawodawca reguluje status prawny Internetu, wpływając dzięki temu m.in. na stan bezpieczeństwa użytkowników czy stosowanie prawa.

Z dotychczasowego prawnego stanu wiedzy wynika, że problem regulacyjny trwa, co komplikuje kwestie dotyczące egzekwowania przestrzegania prawa przez użytkowników i w razie potrzeby skutecznej możliwości realizowania tegoż prawa przy jednoczesnym powstrzymaniu rozprzestrzeniania skutków negatywnego wpływu działalności cyberprzestępców.

Status prawny Internetu

Kiedy zastanawiamy się nad pozycją i charakterem prawnym Internetu, na myśl przychodzi wiele różnych aktów prawnych, które co do zasady powinny regulować i wskazywać przynajmniej ogólne przepisy regulujące i determinujące tak ważną sferę życia społecznego i publicznego, jaką niewątpliwie jest przestrzeń i samo narzędzie Internetu. Internet służy bowiem nie tylko jako narzędzie łączące społeczność w komunikacji, ale także stanowi narzędzie w służbie administracji publicznej i umiejscowienie dla elektronicznych wersji aktów prawnych. W tym miejscu przywołać można Biuletyn Informacji Publicznej czy Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, który od 1.1.2012 r. publikowany jest wyłącznie w formie elektronicznej i udostępniany na specjalnie do tego

¹ Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika.

przeznaczonej stronie internetowej². Słuszne wydaje się więc stwierdzenie, że w swej istocie prawo w określony sposób powinno ukształtować formę prawną Internetu, tworząc ramy jego działalności.

Podjmując próbę odnalezienia dowodów dla tego stwierdzenia, zasadne zdaje się odwołanie do najważniejszego aktu prawnego tworzącego krajowy system prawny w Polsce, jakim jest bez wątpienia Konstytucja RP. Niestety na gruncie prawa konstytucyjnego nie odnajdziemy ani jednego artykułu prawnego (przepisu), odwołującego się wprost do materii Internetu. Co więcej, w Konstytucji RP nie pada ani razu słowo „Internet”. Konstytucja wskazuje jedynie w ogólności na środki społecznego przekazu, które jedynie przez wnioskowanie analogiczne można utożsamiać z narzędziem, jakim jest Internet. Warto w tym miejscu wspomnieć o tych artykułach prawnych, które odnajdziemy na gruncie Konstytucji, a więc o zapewnieniu wolności prasy i innych środków społecznego przekazu (art. 14), wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się oraz ewentualnych formach ich ograniczenia (art. 49), a także wolności wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji oraz zakazu cenzury prewencyjnej środków społecznego przekazu (art. 54).

Biorąc pod uwagę polski porządek prawny, nie jest w tym nic dziwnego, że Konstytucja RP nie podejmuje wprost tematyki współczesnego „cyfrowego świata” Internetu. Za usprawiedliwienie może posłużyć fakt, że w roku jej uchwalenia w 1997 Internet, choć „zawitał” już w Polsce, to jednak nie był jeszcze aż tak znany, a tym bardziej upowszechniony. Choć Konstytucja RP po 2000 r. była dwukrotnie nowelizowana w 2006 i 2009 r., a przestrzeń Internetu była już w tym czasie bardzo rozwinięta, nasuwa się pytanie o przyczynę pominięcia w nowelizacji omawianego zagadnienia i nieuwzględnienia żadnych regulacji prawnych. Prawodawca nie poświęcił uwagi temu zagadnieniu na gruncie ustawy zasadniczej.

Nawet w regulacjach ustawowych trudno jest doszukiwać się jakichkolwiek zapisów mówiących bezpośrednio o niniejszej poruszanej materii. Funkcjonująca od 24.1.1984 r. ustawa – Prawo prasowe³, która była kilkakrotnie nowelizowana, nie wspomina o przestrzeni Internetu, choć do niedawna jeszcze posiadała zapisy odwołujące się wprost do okresu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej⁴.

Podjmuje się jednak próby interpretacji Prawa prasowego jako całokształtu przepisów prawnych regulujących sferę stosunków społecznych związanych z działalnością prasy. Wspomnianą prasę, na potrzeby stosowania prawa rozszerza się już nie tylko na ogół dzienników i czasopism, czyli tzw. prasę drukowaną, ale również media elektroniczne i wszystkie instytucje tworzące system medialny⁵. Przyzwala na to art. 7 ust. 2 pkt 1 PrPrasU, w przedmiocie którym prasa oznacza publikacje periodyczne nietworzące zamkniętej całości jednorodnej, posiadającej swoiste charakterystyczne

cechy: ukazuje się nie rzadziej niż raz do roku, opatrzona jest stałym tytułem lub nazwą, a także numerem i datą. Ponadto ustawodawca wymienia, co rozumie pod pojęciem prasy, a więc zarówno dzienniki i czasopisma, jak i serwisy agencyjne, stałe przekazy teleksowe, biuletyny, programy radiowe i telewizyjne oraz kroniki filmowe. Co istotne, zalicza tutaj także wszelkie już istniejące, jak też powstające w wyniku postępu technicznego środki masowego przekazu i ludzi tworzących te media oraz zajmujących się działalnością dziennikarską. Wspomniane powyżej „powstające w wyniku postępu technicznego środki masowego przekazu” utożsamiane są współcześnie właśnie m.in. z Internetem. Niemniej jednak interpretacje te są czynione niejako z przymusu, obowiązku w drodze odpowiedniej interpretacji, koniecznej na potrzeby rozpoznania danej sprawy.

Również na gruncie ustawy z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji⁶ przestrzeń Internetu jest wymieniona jedynie jako miejsce publikacji gromadzonych informacji przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji. Nie ma jednak żadnych regulacji określających charakter prawny wspomnianej przestrzeni. Sam cel nadrzędny działalności Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (KRRiT) został określony w art. 6 ust. 1 RadTelU, który mówi, że: „Krajowa Rada stoi na straży wolności słowa w radiu i telewizji, samodzielności dostawców usług medialnych i interesów odbiorców oraz zapewnia otwarty i pluralistyczny charakter radiofonii i telewizji”. Kontrola działalności KRRiT ogranicza się więc wyłącznie do radia i telewizji, a co z Internetem?

Inna ustawa podejmująca zagadnienie Internetu, tj. ustawa z 16.7.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne⁷, nie próbuje wyjaśniać charakteru istoty prawnej narzędzia Internetu. Z tej ustawy możemy dowiedzieć się jedynie o ogólnej specyfice działalności sieci telekomunikacyjnych⁸.

Omawiane zagadnienie jest również przedmiotem regulacji prawnej zawartej w ustawie z 7.5.2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych⁹, która choć porusza

² D. Chromicka, Problematyka udostępniania aktów prawnych i orzeczeń w internecie, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2012, Nr 12, s. 127–140, http://bazhum.muzhp.pl/media/files/Kwartalnik_Prawa_Publicznego/Kwartalnik_Prawa_Publicznego-r2012-t12-n2/Kwartalnik_Prawa_Publicznego-r2012-t12-n2-s127-140/Kwartalnik_Prawa_Publicznego-r2012-t12-n2-s127-140.pdf (dostęp z 13.1.2020 r.).

³ T.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1914 ze zm.; dalej jako: PrPrasU.

⁴ M. Maj, Jest projekt usunięcia „komuny” z Prawa prasowego... ale tylko powierzchownie!, <https://bezprawnik.pl/prawo-prasowe-2018/> (dostęp z 13.1.2020 r.).

⁵ D. Drążek, Ustawa Prawo prasowe, [w:] P. Gondek (red.), *Zeszyty Dziennikarskie Studium Dziennikarskiego im. św. Maksymiliana M. Kolbego* 2001, Nr 1, s. 63.

⁶ T.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 505 ze zm.; dalej jako: RadTelU.

⁷ T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 2460 ze zm.; dalej jako: PrTelU.

⁸ P. Wąglowski, Czy istnieje prawo internetowe?, http://prawo.vagla.pl/skrypts/prawo_internetowe.htm (dostęp z 13.1.2020 r.).

⁹ T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 2410 ze zm.

kwesję materialną Internetu, to czyni to jedynie w kontekście jego dostępności, a więc również ogólnej działalności sieci telekomunikacyjnej, nie zaś istoty formalnej przedstawiającej pozycję prawną Internetu. Należy jednak zauważyć, że ze względu na swoje znaczenie społeczne i gospodarcze media są współcześnie przedmiotem obszernej i bardzo zróżnicowanej regulacji prawnej. W polskim porządku prawnym w dziedzinie mediów nie przyjęto jednolitej terminologii. Cechą charakterystyczną jest także to, że brak jest szczegółowego unormowania wszystkich kwestii dotyczących mediów¹⁰.

W piśmiennictwie prawniczym wyrażono pogląd, że wobec dynamicznego rozwoju techniki komunikowania się Internet cały czas się zmienia, a w jego skład wchodzi coraz to nowe technologie, które nieustannie wymagają opracowywania nowych regulacji prawnych. Nie jest jednak możliwe stworzenie jednolitego i zarazem aktualnego w chwili wydania prawa, które całościowo regulowałoby problematykę Internetu, a co za tym idzie, sama normatywna definicja Internetu byłaby trudna do skonstruowania¹¹. Można więc dostrzec wiele różnych regulacji prawnych, w pewien sposób podzielonych na różne akty prawne funkcjonujące w prawodawstwie krajowym. Wystarczy wspomnieć chociażby o „dostępie warunkowym do usług chronionych” zawartych w ustawie z 5.7.2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym¹² czy rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady UE Nr 2016/679 z 27.4.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)¹³ powszechnie znanego jako RODO, jak również o wspomnianych już powyżej innych regulacji ustawowych.

Internet a bezkarność

Brak jednolitej regulacji prawnej dotyczącej Internetu może rodzić wątpliwości, czy prawo jest rzeczywiście spójne, zespolone i skuteczne dla prawidłowego jego egzekwowania w tej przestrzeni życia społecznego, a tym samym ochrony jego użytkowników.

Ustawodawca co prawda narzuca na nadawców i operatorów sieci kablowych dbałość o to, aby audycje lub inne przekazy nie propagowały postaw i poglądów sprzecznych m.in. z moralnością i dobrem społecznym, a w szczególności nie zawierały treści dyskryminujących ze względu na rasę, płeć lub narodowość¹⁴. Jednakże należy zauważyć, że choć dostawcy usług kablowych oferują swoim abonentom również inne interaktywne usługi multimedialne, takie jak chociażby Internet, to jednak rzeczywistość pokazuje, że nie prowadzą oni praktycznie żadnych działań, które zmierzałyby do przechwytywania niewłaściwych treści dostarczanych do

sieci przez własnych klientów, a już w ogóle ich eliminowania, choćby poprzez blokowanie dostępu do usług czy zerwanie umowy z usługobiorcą.

Użytkownik w sieci nie jest anonimowy. Nasze poczynania w wirtualnym świecie są rejestrowane, przetwarzane i analizowane. Czynione jest to, zarówno przez tzw. dostawców Internetu, przez różnego rodzaju portale i aplikacje, do których się logujemy, a którym to wyraziliśmy zgodę na pozyskiwanie i gromadzenie naszych informacji bądź sami je wprowadziliśmy na etapie rejestracji (efektem są spersonalizowane reklamy i oferty dostarczane użytkownikowi), aż po działalność hakerów, jak i pracowników agencji wywiadu i innych instytucji państwowych organów ścigania, m.in. Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego czy Centralnego Biura Antykorupcyjnego.

Działalność użytkownika w sieci jest więc kontrolowana, a przynajmniej monitorowana i analizowana, ale czy idzie to w parze z odpowiedzialnością prawną i odpowiednimi sankcjami za nienależyte (czytaj bezprawne) korzystanie z Internetu?

Dość tylko przypomnieć historię znanego portalu *Megaupload Kima Dotcoma* do transferowania plików poza obszarem legalnego dostępu. Serwis posiadał 180 mln zarejestrowanych użytkowników, około 50 mln odwiedzających dziennie, strony łącznie były wyświetlone ponad miliard razy, unikatowych odwiedzających było ponad 81 mln. Strona *megaupload.com* była jedną z 13 najpopularniejszych na świecie. *Megaupload* przyczynił się do strat w wysokości 500 mln dolarów (przynajmniej tak utrzymują właściciele praw autorskich do wielu plików znajdujących się na serwerach serwisów), a wygenerował 175 mln dolarów zysku. Choć 19.1.2012 r. doszło do zatrzymania właściciela portalu i jego współników oraz zabezpieczenia mienia, szybko okazało się, że sukces służb był krótkotrwały. Zatrzymanie uznano za przeprowadzone niezgodnie z prawem, a sam właściciel ogłosił, że w rok po zlikwidowaniu *Megaupload* powstanie nowy portal pod nazwą *Mega*, co stało się faktem¹⁵. Najbardziej istotne w tym nie jest to, ile zarobiono na transferze tych danych w ramach

¹⁰ K. Skubisz-Kępka, Sprostowanie i odpowiedź w prasie. Studium z zakresu prawa polskiego na tle prawoporównawczym, Warszawa 2009, s. 30, <https://books.google.pl/books?id=j2pSAwAAQBAJ&pg=PA30&dq=prawo+medi%C3%B3w&hl=pl&sa=X&ved=0ahUKEwjXvMi-V37PoAhVT8aYKHTSPB34Q6AEIPjAD#v=onepage&q=prawo%20medi%C3%B3w&f=false> (dostęp z 24.3.2020 r.).

¹¹ P. Wagłowski, Czy istnieje prawo internetowe?..., *op.cit.*

¹² T.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 1341 ze zm.

¹³ Dz.Urz. UE Nr L 119, s. 1.

¹⁴ K. Chalubińska-Jentkiewicz, Media audiowizualne. Konflikt regulacyjny w dobie cyfryzacji, Warszawa 2011, s. 129, <https://books.google.pl/books?id=XFISAwAAQBAJ&pg=PA116&dq=pornografia+w+mediach+prawo&hl=pl&sa=X&ved=0ahUKEwjQ7OWX4bPoAhWLAhAIHd8CBbcQ6AEIJzAA#v=onepage&q=pornografia%20w%20mediach%20prawo&f=false> (dostęp z 24.3.2020 r.).

¹⁵ J. Janecki, Krótka historia o Megaupload Limited, <https://www.pcworld.pl/news/Krotka-historia-o-Megaupload-Limited,384254.html> (dostęp z 13.1.2020 r.).

działalności portalu, lecz fakt, że dane te mimo zamknięcia portalu nadal pozostawały w sieci i rozprzestrzeniły się na całą wirtualną rzeczywistość. Nie było sposobu na zatrzymanie tego, gdyż w jednej sekundzie właścicielem tych danych (plików udostępnianych za pośrednictwem portalu) mógł stać się praktycznie każdy użytkownik „cyfrowego świata”.

Odpowiedź na pytanie dotyczące bezkarności sieciowej byłaby twierdząca, jednakże w literaturze prawniczej prezentowane są różne poglądy i argumenty w przedmiocie tych rozważań.

Za przykład kontrargumentu dla bezkarności posłużyć może czyn pedofilski w rozumieniu art. 202 KK, dla którego przestrzeń Internetu nie jest wyłączona spod odpowiedzialności karnej i została w sposób dosłowny wskazana w przepisie. Ukazany przykład potwierdza, że możliwe jest wypracowanie dobrych rozwiązań prawnych pozwalających na zastosowanie odpowiednich regulacji *per analogiam*, zarówno do czynu popełnionego za pośrednictwem, jak i na gruncie samego Internetu. W Kodeksie karnym występuje mnóstwo norm, które mogą zostać naruszone w odniesieniu do Internetu. Regulacja zawarta w Kodeksie karnym sięga więc swoim wpływem również na obszar cyfrowej rzeczywistości. Wątpliwe wydaje się stwierdzenie, że istnieje w sieci bezkarność. O ile brak jest bezpośrednich regulacji odnoszących się wprost do poruszanej w niniejszej pracy materii, o tyle przepisy odrębne znajdują swoje zastosowanie również na tym gruncie i są one stosowane analogicznie do czynów popełnionych w przestrzeni wirtualnej – Internetu. Ważny wydaje się tu art. 9 § 1 KK, tj. „Czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi”. W celu określenia samego faktu nie jest już istotne miejsce popełnienia czynu zabronionego. Ustawodawca nie wyłącza więc spod odpowiedzialności przestrzeni cyfrowej, a jedynie na gruncie obowiązującego prawodawstwa krajowego nie postanowił wprost skodyfikować przepisów szczególnych właściwych wyłącznie dla przestrzeni Internetu ani zastosować ustawowego zapisu wymuszonego stosowania analogii.

Innym przykładem z Kodeksu karnego, który wprost odwołuje się do czynu popełnionego w środkach społecznego komunikowania, jest art. 216 § 2 KK. Wskazuje on na to, że: „Kto znieważa inną osobę za pomocą środków masowego komunikowania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”. Ustawodawca na gruncie Kodeksu karnego wymienia więc kilka przykładów – regulacji prawnych bezpośrednio odnoszących się do przestrzeni Internetu, które zostały opatrzone odpowiednimi sankcjami karnymi.

Dobrym przykładem może być również kwestia reklamy w środkach społecznego przekazu. W odniesieniu do reklamy w Internecie brak jest w polskim ustawodawstwie całościowej

regulacji. Nie oznacza to, że działalność reklamowa wykorzystująca to nowe źródło komunikowania i przekazu jest niczym nieograniczona. Wydaje się, że niektóre przepisy wprowadzające zakazy reklamy np. niektórych produktów, usług znajdują również zastosowanie w stosunku do przestrzeni Internetu¹⁶. Także w przypadku otrzymywania niechcianych informacji handlowych, na które użytkownik nie wyraził zgody, osoba taka jako pokrzywdzona może żądać ścigania (na wniosek) sprawcy w związku z popełnieniem wykroczenia¹⁷.

Brak jednolitej ustawy na temat Internetu w prawodawstwie polskim nie zwalnia więc użytkownika z prawego zachowania ani odpowiednich organów z egzekwowania prawa. W prawie krajowym przepisy odnoszące się do Internetu są wprawdzie rozbite w różnych aktach prawnych, co może utrudniać ich poznanie oraz późniejsze egzekwowanie, jednak wyłącza to z pewnością prawdziwość tezy, że Internet jest miejscem bezprawnego działania.

Analogia

Brak właściwych przepisów może jednak rodzić wiele wątpliwości, czy takie wnioskowanie jest słuszne i zgodne z zasadą legalizmu prawnego. Wypowiedział się na ten temat wielokrotnie SN, który w swoim orzecznictwie przyjął za dozwolone i zasadne stosowanie przepisów powszechnych analogicznie do sfery Internetu, gdy brak jest bezpośredniego wskazania, że dana sytuacja może wystąpić również za pośrednictwem przestrzeni sieciowej. Argumentował to tym, że czym innym jest odpowiednie stosowanie przepisów, a czym innym stosowanie ich w drodze analogii, przy czym analogię można stosować, w przypadku gdy stwierdzona zostanie luka prawna uniemożliwiająca rozstrzygnięcie prawnie istotnego zagadnienia (czyli tzw. luka instrumentalna)¹⁸.

Dla przykładu SN w postanowieniu z 26.7.2007 r.¹⁹ stwierdził, że osoba rozpowszechniająca bez rejestracji we właściwym sądzie okręgowym dziennik bądź czasopismo za pośrednictwem Internetu, zarówno wówczas, gdy przekaz taki towarzyszy przekazowi utrwalonemu na papierze, stanowiąc inną elektroniczną jego postać, jak i wówczas, gdy istnieje tylko w formie elektronicznej w Internecie, wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 45 PrPrasU. Oznacza to, że ustawodawca wyraźnie i jednoznacznie stwierdza – co już zostało wspomniane wcześniej – że prasą są, zarówno dzienniki i czasopisma, jak i wszelkie istniejące oraz powstające w wy-

¹⁶ K. Grzybzyk, Prawo reklamy, Warszawa 2012, wyd. 3, s. 222, <https://books.google.pl/books?id=8KNSAwAAQBAJ&pg=PA200&dq=prawo+-medi%C3%B3w+elektronicznych&hl=pl&sa=X&ved=0ahUKEwj9-4ab4LPoAhVa4KYKHWEJAJQwQ6AEILzAB#v=onepage&q=prawo%20medi%C3%B3w%20elektronicznych&f=false> (dostęp z 24.3.2020 r.).

¹⁷ Por. art. 10 z ustawy z 18.7.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, t.j. Dz.U. 2020 r. poz. 344 ze zm.

¹⁸ Zob. uchwała SN z 29.9.2009 r., III CZP 41/09, <http://sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia/III%20CZP%2041-09.pdf> (dostęp z 13.1.2020 r.).

¹⁹ IV KK 174/07, Legalis.

niku postępu technicznego środki masowego przekazywania, upowszechniające publikacje periodyczne w różnej formie.

Z kolei w postanowieniu z 17.4.2018 r.²⁰ SN podzielił pogląd Rzecznika Praw Obywatelskich i uznał, że Internet jest również miejscem publicznym w rozumieniu art. 141 KW. Dodał także, że treści publikowane w Internecie choć fizycznie rzeczywiście znajdują się na dyskach twardych, to jednak tworzą pewien rodzaj przestrzeni. Jeśli są więc dostępne na stronie internetowej, na którą każdy, bez ograniczeń może wejść, to tym samym przestrzeń taką należy uznać za miejsce publiczne. Sąd Najwyższy zwrócił ponadto uwagę, że nie każda strona internetowa może być traktowana jako przestrzeń publiczna. Dostęp do niektórych treści wymaga np. zalogowania się i w takich sytuacjach pojawić się może wątpliwość, czy mówimy o przestrzeni publicznej²¹. Pozostaje to więc wciąż otwartą kwestią do dyskusji.

Trudno więc nie zgodzić się z orzecznictwem SN, który zgodnie z prawem stwierdził *de lege lata*, że taka forma stosowania prawa jest w obecnym prawodawstwie właściwa i zasadna dla efektywnego orzekania w sprawach, które dotyczą przestrzeni wirtualnej – Internetu.

Problemy stosowania prawa

W odniesieniu do przestrzeni Internetu powstaje zasadniczy problem: co w przypadku gdy polskie prawo krajowe określa dane treści bądź czyny za naruszające obowiązujący porządek prawny (czyny zabronione), podczas gdy prawo międzynarodowe bądź regulacje innych państw normują podobne działania w odmienny sposób lub pozostawiają nieuregulowane?

Raz jeszcze warto przypomnieć w tym miejscu o działalności Megaupload, która choć została zlikwidowana, to jednak treści przez nią wytworzone i przetransferowane pozostały. Na podobnej zasadzie działa wiele stron internetowych oferujących w sposób darmowy bądź odpłatny (na rzecz właściciela portalu nie zaś twórcy czy dystrybutora) możliwość obejrzenia, a często także pobrania filmów, które w normalnej sytuacji dostępne są jedynie w emisji kinowej lub telewizyjnej bądź oferowane w formie dystrybucji płytowej lub za pośrednictwem oficjalnych sieciowych kanałów dystrybucyjnych. Prawa autorskie w Internecie są tu nagminnie łamane także przez samych użytkowników korzystających i wybierających tę formę oglądalności.

Egzekutywa prawna jest w tym przypadku znacząco utrudniona, jeśli w ogóle możliwa, gdyż z jednej strony na gruncie prawa krajowego wymusza stosowanie przepisów odrębnych poprzez analogię w odwołaniu do zaistniałego stanu faktycznego w przestrzeni Internetu, natomiast z drugiej strony wymaga stworzenia odpowiedniej międzynarodowej regulacji prawnej bądź umownych działań międzypaństwowych, zmierzających do skoordynowanych działań na rzecz prawnej

kontroli działalności przestrzeni cyfrowej i przeciwdziałania negatywnym zachowaniom. Bynajmniej nie chodzi tu o regulacje ograniczające wolność mediów czy wprowadzające cenzurę w przestrzeni sieciowej, jak np. słynna dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie praw autorskich na jednolitym rynku cyfrowym – tzw. *Acta2*²².

Problem stwarza fakt, że w Internecie granice państwowe i geograficzne nie mają praktycznie żadnego znaczenia. Każdy użytkownik, jeśli przepisy danego państwa na to zezwalają, może umieścić treść na serwerze po drugiej stronie globu w państwie, które zezwala na publikowanie określonych treści. Komplikuje to pracę organów egzekwujących prawo, które nie mogą skutecznie działać poza granicami swojego państwa bez zaistnienia międzynarodowych porozumień i skomplikowanych procedur. Złożoność problematyki egzekwowania prawa przez państwa może generować poczucie „politycznej bezradności” i skłaniać do podejmowania radykalnych, a niekoniecznie sensownych kroków. Poczucie bezradności może sprawić, że prosty środek, jakim jest zablokowanie nielegalnych treści dla własnych obywateli, stanowić będzie intratne rozwiązanie.

Internet stwarza w zasadzie nieograniczone możliwości rozpowszechniania informacji, także tych szkodliwych. Treści te pozostają jednak dostępne dla wszystkich poza blokującym krajem, a i tam w łatwy sposób można ominąć blokadę. Jedynym skutecznym rozwiązaniem jest usprawnianie procedur i stworzenie ponadnarodowej sieci kontaktów operacyjnych dla organów ścigania²³. Wprowadzenie jedynie odpowiednich norm na gruncie prawa wspólnotowego (unijnego) wydaje się wątpliwe, gdyż nie tworzyłoby to większych możliwości prawnych w eliminowaniu skutków działalności przestępczej. Także regulacyjne normy prawa międzynarodowego pozostawiałyby wiele pytań o faktyczną zdolność do realizacji tych idei – usuwania z przestrzeni wirtualnej niechcianych bądź naruszających prawo treści.

Pozostaje pytanie, czy w jakikolwiek sposób można efektywnie egzekwować prawo w Internecie, nie tylko w drodze sankcji nałożonych na poszczególnych użytkowników, ale także w kontroli treści, które znajdują się na tysiącach, jak

²⁰ IV KK 296/17, Legalis.

²¹ Komunikat SN z 17.4.2018 r., Internet jest miejscem publicznym, IV KK 296/17, http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Komunikaty_o_sprawach.aspx?ItemSID=223-271e0911-7542-42c1-ba34-d1e945caefb2&ListName=Komunikaty_o_sprawach (dostęp z 13.1.2020 r.).

²² KE z 14.9.2016 r., COM[2016] – 2016/0280[COD]; K. Janoś, ACTA2. Właściciel Wykopu: Internet wróci do czasów przed Facebookiem, <https://www.money.pl/gospodarka/acta2-wlasciciel-wykopu-internet-wroci-do-czasow-przed-facebookiem-6364553501243521a.html> (dostęp z 13.1.2020 r.).

²³ K. Szymielewicz, A. Mazgal, Internet a prawa podstawowe. Ekspresowy przegląd problemów regulacyjnych, Warszawa 2011, https://panoptikon.org/sites/default/files/publikacje/raport_internet_a_prawa_podstawowe_0_2.pdf (dostęp z 13.1.2020 r.).

nie milionach serwerów na świecie. Internet wykroczył już bowiem pośrednio poza ramy prawne i stanowi poważny problem nie tylko dla organów ścigania czy ustawodawcy, ale również w stosunku do użytkowników, którzy mogą stać się celem ataku cyberprzestępców.

Należy również zauważyć, że nie jest możliwe, aby wraz z dynamicznym rozwojem nowych technologii równocześnie powstawały normy prawne regulujące pojawiające się na bieżąco zmiany technologiczne. Na początku bowiem zawsze jest okres przejściowy, w którym albo nie ma jeszcze żadnych unormowań danej kwestii, albo nie mają one jeszcze utrwalonej praktyki co do ich praktycznego stosowania²⁴.

Cyberprzestępczość

W sieci znajduje się ogromna ilość newralgicznych danych umieszczonych, zarówno przez samego użytkownika, jak i administrację publiczną (w formie elektronicznych baz danych, np. Krajowy System Informacji Policyjnej), których ujawnienie może stanowić poważne zagrożenie, zarówno dla użytkownika, jak i dla bezpieczeństwa państwa. Jest tu więc wiele norm, które mogą zostać naruszone²⁵.

Próby formalnego ujęcia tematyki ochrony informacji przetwarzanej w systemach komputerowych podejmowane są już od początku lat 70. XX w.²⁶ W demokratycznym państwie powinniśmy jednak unikać radykalnych prawnie rozwiązań, które być może w jakimś stopniu odpowiadają na problem, ale przy okazji prowadzą do poważnych naruszeń podstawowych praw. Wprowadzenie ustawowego obowiązku blokowania stron internetowych, które zawierają nielegalne treści, jest odpowiedzią nieproporcjonalną i w swoich dalekośrodkowych skutkach zmierzającą do zamknięcia Internetu, który ze swej natury powinien zostać otwarty i neutralny²⁷.

Nielegalne treści należy skutecznie usuwać, a nie prowizorycznie blokować, gdyż poruszający się sprawnie użytkownik Internetu jest w stanie bez większego problemu obejść nałożone zabezpieczenia. Blokowanie treści z definicji jest niebezpieczne dla wolności słowa, choć polski TK w orzeczeniu z 7.6.1994 r.²⁸ uznał, że wolność wyrażania opinii jako postać wolności słowa jest wartością konstytucyjną chronioną w art. 83 Konstytucji i nie ma ona charakteru absolutnego. Trybunał gruntownie rozważał zasadę wolności słowa, wskazując w szczególności, że może być ona poddawana koniecznym ograniczeniom²⁹.

Jednakże praktyka państw, które eksperymentowały z tym środkiem pokazuje, że ze względu na techniczne ograniczenia nie da się z tzw. chirurgiczną precyzją blokować tylko tego, co prawodawca uzna za nielegalne. Za przykład może posłużyć Wielka Brytania, która zasłynęła z blokowania treści pornograficznych³⁰. Mechanizm wychwytywania i blokowania niepożądanych treści okazał się jednak zbyt ogólny. Doprowadził do tego, że system, blokując strony za-

wierające hasła pornograficzne, zablokował również stronę konserwatywnego członka parlamentu brytyjskiego – *Claire Perry*, która sama nawoływała do blokowania treści pornograficznych. Jak widać, blokowane bywają także legalne treści. Nie jest więc łatwe stworzenie narzędzia, które z dużą precyzją eliminowałoby wyłącznie rzeczywiste treści zakazane. Co więcej, opracowanie takiego algorytmu informatycznego wymaga stworzenia specjalnej infrastruktury

²⁴ Prawo Internetu, Czy prawo dogoni postęp?, <https://prawointernetu.eu/nawosci-prawne/czy-prawo-dogoni-postep> (dostęp z 24.3.2020 r.).

²⁵ K. Grabianowska, Bezpieczeństwo w sieci. Szanse i zagrożenia komunikacji internetowej z perspektywy pedagogicznej, [w:] T. Biernat, J. Gierszewski (red.), Wielowymiarowość bezpieczeństwa środowiska wychowawczego, Chojnice 2014, s. 81, <https://books.google.pl/books?id=yNj0CQAAQBAJ&pg=PA81&dq=pornografia+w+mediach&hl=pl&sa=X&ved=0ahUKEwjwhq314LPoAhXys4sKHao3ANAQ6AEIJzAA#v=onepage&q=pornografia%20w%20mediach&f=false> (dostęp z 24.3.2020 r.): „[...] wyróżnić można następujące zagrożenia wynikające z powszechnego wprowadzania technologii informacyjnej do życia człowieka: zanik humanistycznych wartości – technokratyczny sposób widzenia świata; możliwość swobodnego manipulowania ludźmi – sterowania ich świadomością; trudności w przystosowaniu się do zasad funkcjonowania w społeczeństwie informacyjnym oraz uzależnienie się od technologii. Ponadto [...] rozszerzanie się patologicznych procesów związanych z użytkowaniem technologii takich jak: przemoc i agresja w sieci (internetowe strony nienawiści zachęcają do terrorku itp.), erotyka i pornografia, piractwo i hakerstwo, elektroniczny hazard, przeładowanie informacjami i manipulacja nimi”.

²⁶ K. Liderman, Zapewnianie integralności informacji, [w:] J. Kosiński (red.), Przestępczość teleinformatyczna, Szczepiło 2010, s. 21.

²⁷ K. Szymielewicz, A. Mazgał, *op.cit.*: Problem blokowania stron internetowych zaistniał w polskiej debacie publicznej w 2009 r., w związku z rządową propozycją stworzenia Rejestru Stron i Usług Niedozwolonych. Próbowano tym sposobem rozwiązać m.in. problemy nielicencjonowanego hazardu w Internecie, mowy nienawiści oraz rozpowszechniania obrazów seksualnego wykorzystywania dzieci. Propozycja upadła w wyniku masowych protestów wszystkich środowisk związanych z Internetem. Już wówczas przewidywano jednak, że temat wróci, pod najlepszym politycznym pretekstem ochrony dzieci. W 2010 r. pojawił się projekt unijnej dyrektywy, zakładającej blokowanie stron jako metodę walki z rozpowszechnianiem obrazów seksualnego wykorzystywania dzieci. Istnieje jednak obawa, że na blokowaniu takich treści się nie skończy. Przemysł rozrywkowy już sygnalizuje chęć wykorzystania tego mechanizmu do wzmocnienia ochrony praw autorskich.

²⁸ K 17/93, OTK 1994, Nr 1, poz. 11.

²⁹ K. Chałubińska-Jentkiewicz, Media audiowizualne..., *op.cit.*, s. 131.

³⁰ M.M. Bieczyński, Prawne granice wolności twórczości artystycznej w zakresie sztuk wizualnych, Warszawa 2011, s. 276–277, <https://books.google.pl/books?id=fHBSAwAAQBAJ&pg=PA276&dq=pornografia+prawo&hl=pl&sa=X&ved=0ahUKEwiak5ei4bPoAhWVrIsKHcwDBcgQ6AEIUDAF#v=onepage&q=pornografia%20prawo&f=false> (dostęp z 24.3.2020 r.): „W prawie polskim zagadnienia związane z pornografią regulowane są w kodeksie karnym. Przestępstwem jest publiczne prezentowanie treści pornograficznych w sposób mogący narzucić ich odbiór osobie, która tego sobie nie życzy lub osobie poniżej 15. roku życia. Karalna jest produkcja, sprowadzanie lub rozpowszechnianie pornografii z udziałem osób poniżej lat 18 albo związane z użyciem przemocy lub posługiwaniami się zwierzęciem. Posiadanie pornografii karalne jest tylko w przypadku treści pornograficznych z udziałem osób poniżej 15. roku życia. Innego rodzaju pornografia jest w Polsce dozwolona. [...] Dla bytu przestępstwa konieczne jest jednak istnienie nośnika. [...] W świetle wyników wykładni językowej wskazana regulacja może znaleźć zastosowanie w takim samym stopniu w stosunku do dzieła malarskiego, performance, sztuki video, jak również wszystkich innych mediów wykorzystywanych w działalności artystycznej, pojęcie treści pornograficznej ma bowiem charakter ogólny i nie ogranicza się do enumeratywnie wymienionych sposobów jej prezentacji”.

i odpowiednich regulacji prawnych, zanim będzie mogło być wykorzystywane do legalnego i odpowiedniego blokowania określonych treści³¹.

Z końcem 2016 r. w Polsce powołano przy Komendzie Głównej Policji specjalne Biuro Do Walki z Cyberprzestępczością, które ma ułatwić walkę z przestępczością związaną z użyciem najnowocześniejszych technologii, a do jego głównych zadań należy rozpoznanie, zapobieganie i zwalczanie cyberprzestępczości oraz ujawnianie i ściganie sprawców³².

W ostatnim czasie coraz więcej mówi się o wojskach cybernetycznych, które miałyby powstać w Siłach Zbrojnych RP. Należy jednak zauważyć, że powołanie odpowiednich organów ochrony prawnej to jedynie część sukcesu. O wiele bardziej istotne jest stworzenie spójnych przepisów prawnych i przyznanie odpowiednich kompetencji ustawowych, pozwalających podejmować określone czynności przez organy ścigania, np. w sferze przeciwdziałania przestępczości sieciowej. Pozwoli to na faktyczne poprawienie stanu bezpieczeństwa państwa, zwiększając przy tym realne możliwości egzekwowania prawa.

Bez właściwych regulacji prawnych poziom egzekutywy będzie jedynie pośredni – wyłącznie w stosunku do winowajcy, z pominięciem możliwości niwelowania skutków tych działań.

Obywatele mają prawo oczekiwać, że państwo zagwarantuje im faktyczną ochronę dóbr osobistych, jak również uchroni przed potencjalnym atakiem i stanie się celem przestępców. Wynika to także z przepisów Kodeksu cywilnego, choćby z art. 24: „Ten, czyje dobro osobiste zostaje zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania, chyba że nie jest ono bezprawne”³³. Jednak samo zablokowanie treści w Internecie nie wyeliminuje żadnego z przejawów cyberprzestępczości³⁴.

Należy więc szukać takich rozwiązań na gruncie regulacji prawnych, które z jednej strony umożliwiłyby pokrzywdzonym łatwe i szybkie dochodzenie swoich roszczeń, a z drugiej zachowanie tego, co jest nadrzędną cechą Internetu: możliwość nieskrępowanej, nieograniczonej wymiany informacji i poglądów, jak również komunikacji. W wielu krajach próbuje się osiągnąć ten cel poprzez przerzucenie częściowej (warunkowej) odpowiedzialności za publikowaną treść na pośredników, np. administratorów portalu czy dostawców sieci, którzy mają techniczną możliwość kontrolowania użytkowników, ich działań i aktywności oraz treści zamieszczanych w przestrzeni cyfrowej. W Polsce dla przykładu wymaga się od dystrybutora sieci rejestrowania, kodowania i przechowywania przez określony czas aktywności swoich odbiorców dla ewentualnych potrzeb organów ścigania. Rozwiązanie to nie jest jednak doskonałe i nie gwarantuje sukcesu. Może ono doprowadzić do groźnej w demokratycznym porządku prawnym sytuacji, kiedy to pośrednicy – z ostrożności – będą

eliminować ze swoich platform wszelkie potencjalnie kontrowersyjne treści.

W Polsce obecnie doświadczane przez użytkowników są sytuacje, w których treści zamieszczane na poszczególnych portalach są cenzurowane, głównie nie z powodów naruszenia prawa, lecz ze względów politycznych i ideologicznych. Dlatego też odpowiednie ukształtowanie zasad odpowiedzialności pośredników za treść, jak również kontrola prowadzonej cenzury staje się kluczowym wyzwaniem regulacyjnym³⁵.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że treści umieszczone w sieci rozpowszechniają się i wpływają na opinie innych użytkowników, bez względu na to, czy są zgodne z prawdą. Użytkownicy Internetu zwykle nie mają wpływu na to, gdzie faktycznie docierają tworzone przez nich treści i jakie wywołują skutki.

Osoba pokrzywdzona, która doświadczyła zniesławienia czy naruszenia prywatności lub innych dóbr osobistych w Internecie, nie ma łatwej drogi dochodzenia swoich praw. Problemem jest także samo wskazanie, wobec kogo może je rościć. Prawo w tym zakresie nie jest wystarczająco precyzyjne. Pokrzywdzony co prawda może zwrócić się z żądaniem zablokowania spornej treści do pośrednika – czyli firmy, która zarządza platformą, na której treść została opublikowana – jednak nie ma żadnej gwarancji, że wysłana przez niego „wiadomość” zostanie uznana za wartą zainteresowania. Jeśli pokrzywdzony zdecyduje się wystąpić na drogę sądową, to poza długotrwałą i kosztowną procedurą napotka fundamentalną barierę: obowiązek ustalenia tożsamości i adresu domniemanego naruszcyciela, bo bez tego nie można nawet wnieść sprawy do sądu. Należy bowiem zauważyć, że często treści nielegalne bądź naruszające czyjeś dobra są umieszczane na serwerach trudnych do zlokalizowania, często także w państwach poza strefą Unii Europejskiej. Dodatkowo nie ma możliwości np. zablokowania treści, które są rozpowszechniane przez wyszukiwarki w formie zachowanych kopii stron internetowych.

³¹ K. Szymielewicz, A. Mazgal, *op.cit.*

³² Komenda Główna Policji, Biuro do Walki z Cyberprzestępczością Komendy Głównej Policji rozpoczęło działalność, <http://www.policja.pl/pol/aktualnosci/135801,Biuro-do-walki-z-Cyberprzestepczoscia-Komendy-Glownej-Policji-rozpoczelo-dzialal.html> (dostęp z 13.1.2020 r.).

³³ Por. art. 24 KC.

³⁴ P. Wasilewski, Wolność prasowej wypowiedzi satyrycznej. Studium cywilistyczne na tle porównawczym, Warszawa 2012, s. 230, <https://books.google.pl/books?id=e6FSAwAAQBAJ&pg=PA205&dq=prawo+medi%C3%B3w&hl=pl&sa=X&ved=0ahUKEwjXvMiV37PoAhVT8aYKHT-SPB34Q6AEIbzAJ#v=onepage&q=prawo%20medi%C3%B3w&f=false> (dostęp z 24.3.2020 r.): Dobra osobiste podlegają szczególnym rygorom ochrony prawnej. Centralnym jej elementem jest domniemanie bezprawności zagrożenia/naruszenia dobra osobistego.

³⁵ K. Szymielewicz, A. Mazgal, *op.cit.*

Podsumowanie

Zadanie, które stoi przed regulatorami na całym świecie, to pogodzenie interesów i wartości, jakie występują po obydwu stronach sporu. Istotą jest opracowanie skutecznego mechanizmu eliminowania z sieci treści, które rzeczywiście naruszają prawa innych osób, nie ograniczając przy tym wolności słowa bardziej, niż jest to konieczne, a także zachowując zasady uczciwego procesu³⁶.

Wydaje się więc zasadne, by prawo było w taki sposób skonstruowane, aby wszystkie osoby i podmioty powiązane w jakikolwiek sposób z przestrzenią wirtualnej rzeczywistości rozumiały i znały swoje prawa oraz obowiązki.

Brak ustawowego bezpośredniego uregulowania przestrzeni Internetu w postaci odrębnej ustawy nie zwalnia użytkowników z zachowania zgodnego z przyjętymi normami i obowiązującym prawem powszechnym. Nie nadaje ich działalności również cech nieskrępowanej wolności i bezkarności. Jak już zostało wskazane na przykładach, sądy „elastycznie” podchodzą do interpretowania prawa w tym zakresie i przeciwdziałania działalności cybernetycznej przestępców. Obowiązujące regulacje prawne dotyczące różnych sfer aktywności mogą dotyczyć również przestrzeni Internetu, gdyż w orzecznictwie wskazuje się na możliwość stosowania przepisów analogicznie do przestrzeni Internetu. Problemem pozostać może umiejętność dokonania stosownej subsumpcji stanu faktycznego z ustaloną normą i wydanie ostatecznego orzeczenia.

Dlatego też w toku podjętych rozważań uważam, że choć brak jest faktycznych regulacji prawnych w przedmiocie Internetu, zarówno na gruncie Konstytucji, jak i innych ustaw, to mimo wszystko poziom egzekutywy prawnej nie stanowi

większego problemu w odniesieniu do cyberprzestępstw popełnionych przez obywateli polskich.

Należy jednak zwrócić uwagę, że w przypadku, w którym treści pochodzą z zagranicznych serwerów, jak również w przypadku gdy zostały one zamieszczone przez użytkowników polskich na ogólnodostępnych stronach, możliwość przeciwdziałania w takich przypadkach jest znacząco utrudniona, a momentami niemożliwa. Można co prawda pociągnąć do odpowiedzialności autora treści, jednak samo naprawienie szkody poprzez usunięcie danych treści z przestrzeni publicznej jest już raczej niemożliwe. Wynika to z braku rozwiązań w tym zakresie, zarówno prawnych, jak i przede wszystkim technicznych. Dopóki nie zostaną wypracowane działające poprawnie mechanizmy technicznego przeciwdziałania przestępstwom sieciowym, prawo będzie jedynie częściowo skuteczne.

Także tworzenie odrębnej gałęzi „prawa internetowego” choć może wydawać się zasadne, to jednak z racji wspomnianego już dynamicznego rozwoju Internetu i współczesnych nowych technologii, prawo to w momencie uchwalenia prawdopodobnie byłoby już nieaktualne i tworzyłoby jeszcze większą liczbę wątpliwości interpretacyjnej, a tym samym stanowiło możliwość elastycznej interpretacji (unikania odpowiedzialności) przez cyberprzestępców. Bardziej zasadne wydaje się więc stworzenie spójnej regulacji prawnej. W mojej ocenie takie działanie pozwoli na zachowanie porządku prawnego i łatwiejsze dokonywanie interpretacji przepisów, a tym samym stosowanie i egzekwowanie obowiązującego prawa względem całej przestrzeni „wirtualnej rzeczywistości”.

³⁶ *Ibidem*.

Słowa kluczowe: Rzeczypospolita Polska, prawo konstytucyjne, prawo mediów, Internet, nowe technologie, cyberzagrożenia, przestępczość, czyn zabroniony, zagrożenia cywilizacyjne i kulturowe, Konstytucja RP.

Legal status of the Internet in the light of the Constitution of the Republic of Poland and applicable Polish law

Means of social communication are nowadays an integral part of humanity's life. The media have a huge impact on human consciousness, shaping their character, preferences, behaviors and views. Mass media, especially the Internet, have become an alternative reality – a new world full of many possibilities and numerous temptations and threats. Many people think that this is an independent world, in which users are anonymous, rights and obligations do not exist, impunity is possible, and the limits of activity and actions are only determined by the subjective assessment of the user. Human has created a tool of the future, which is becoming a growing threat to himself. Also, an attempt to develop an effective law determining and defining the shape of the functioning of the Internet turns out to be difficult to regulate as well as to implement. In the modern era, when we try to define and regulate virtually every area of social life, the Internet space is still somewhat beyond the reach of an effective legal executive. Although attempts are being made to create various legal provisions devoted to this matter, the effectiveness of enforcement of this law in practice turns out to be insufficient. So the question remains what legal conditions

are currently created by the Polish Constitution, and whether there are separate provisions defining the impassable limits of the Internet and how should law be created to fully regulate digital space? This subject has become the essence of these legal and scientific considerations. Deliberations are based on effective national legislation, and also judicature of the Supreme Court and casuistic legal remarks and juridical literature. In the paper, the author used the method of case study and scientific debate in order to formulate arguments a priori of the issue in question.

Keywords: Republic of Poland, constitutional law, media law, Internet, new technologies, cyberthreats, crime, prohibited act, civilizational and cultural threats, constitution.



E-sąd. E-praca. E-finance



www.ksiegarnia.beck.pl

Zadzwonić: 81 46 13 300 • E-mail: kontakt@beck.pl

WYMOGI EDYTORSKIE:

- język publikacji: polski, angielski, niemiecki, rosyjski;
- edytor tekstu Word (format .doc lub .docx);
- styl czcionki: Times New Roman;
- wielkość czcionki: tekst główny – 12 pkt, przypis – 10 pkt;
- interlinia: 1,5 wiersza (w przypadku przypisów – 1 wiersz);
- objętość artykułu: do 30 000 tys. znaków ze spacjami;
- marginesy: standardowe – wszystkie 2,5 cm;
- przypisy dolne: odsyłaczami przypisów powinny być cyfry arabskie; odsyłacz należy umieścić bezpośrednio po fragmencie, do którego odnosi się przypis (przed kropką kończącą zdanie);
- należy dołączyć słowa kluczowe w języku polskim i angielskim;
- tytuł powinien być napisany czcionką Times New Roman 14 pkt (czcionka pogrubiona);
- tekst powinien składać się z następujących części: lid (streszczenie ok. 1500 znaków ze spacjami), uwagi wstępne, rozwinięcie (z podziałem na zatytułowane części), podsumowanie;
- do artykułu należy załączyć także lid (streszczenie) w języku angielskim (ok. 1500 znaków ze spacjami);
- śródtytuły nie powinny być numerowane, lecz pogrubione;
- należy dołączyć notę biograficzną (ok. 800 znaków ze spacjami);
- prosimy o wskazanie afiliacji.

Powoływane w przypisach pozycje bibliograficzne prosimy pisać według wzoru:

Inicjał. Nazwisko, Tytuł, ew. numer wydania, tom, część itp., miejsce i rok wydania, a następnie cytowane strony skrótem „s.”, np.: J. Kowalski, Jak pisać przypisy?, t. 2, Warszawa 2006, s. 12–13.

W przypadku kolejnego powołania się **bezpośrednio** na cytowaną pozycję:

Ibidem, s. 15–16.

Powołanie kolejny raz, gdy cytujemy tylko jedną pozycję danego autora:

J. Kowalski, *op. cit.*, s. 29–20.

Kolejne powołanie, gdy cytuje się kilka pozycji danego autora, zawiera pierwsze wyrazy tytułu, np.:

J. Kowalski, Jak pisać..., s. 28–29.

W przypadku **prac pod redakcją**, jeśli powoływana publikacja stanowi część całości:

P. Igrek, Cytowanie, [w:] J. Kowalski (red.), Jak pisać przypisy?, t. 2, Warszawa 2006, s. 12–13.

W **przypadku publikacji w czasopiśmie** tytuł czasopisma zastępuje nazwę wydawnictwa, po nim następuje rok (rocznik), przecinek, następnie numer (nr) w ramach rocznika ewentualnie także numer od początku wydawania pisma i numer strony:

J. Kowalski, Jak pisać przypisy?, Wiadomości Tekściarskie 2006, Nr 28 (236), s. 7.

Kilka kwestii specjalistycznych:

1. Oczekiwane oznaczenie ustawy wygląda następująco: Dz.U. z 2006 r. Nr 28, poz. 456.
2. Publikator prosimy podawać jedynie przy pierwszym powołaniu aktu prawnego. Wówczas nazwę aktu i datę (miesiąc słownie) podajemy w tekście głównym (np. ustawa z 13.4.2003 r. o zasadach pisanie artykułów), w przypisie zaś publikator (np. t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 28, poz. 456).
3. Zapisując artykuł, ustęp, punkt aktu prawnego, skrótów nie oddzielamy przecinkami, tak więc: art. 28 ust. 59 pkt (bez kropki!) 36, a nie: art. 28, ust. 59, pkt. 36.
4. W przypadku orzeczeń sądowych prosimy o zastosowanie następujących oznaczeń: Wyrok SN z 11.5.2011 r., I CA 123/11, OSNCP 2011, Nr 8, poz. 34. Nazwę orzeczenia i jego datę prosimy podać w tekście głównym (np. wyrok SN z 11.5.2011 r.), natomiast w przypisie publikator (I CA 123/11, OSNCP 2011, Nr 8, poz. 34).

Harmonogram publikacji:

Nr 1 – teksty do końca stycznia, druk luty/marzec
Nr 2 – teksty do końca kwietnia, druk maj/czerwiec
Nr 3 – teksty do końca lipca, druk sierpień/wrzesień
Nr 4 – teksty do końca października, druk listopad/grudzień

Osoba do kontaktu: dr Aleksandra Klich, e-mail: pme@beck.pl

EDITORIAL REQUIREMENTS:

- language of publication: Polish, English, German, Russian;
- text editor MS Word (.doc or .docx);
- font style: Times New Roman;
- font size: main text – 12 pts, footnote – 10 pts;
- line spacing: 1.5 line (for footnotes – 1 row);
- volume of the article: up to 30,000 characters with spaces;
- margins: standard – all 2.5 cm;
- footnotes: cross-referenced footnotes should be Arabic numerals; reference should be placed immediately after the passage to which the footnote regards (before the full stop ending a sentence);
- article must be attached with key words in Polish and English;
- the title should be written in Times New Roman 14 pts (bold);
- text should consist of following parts: lead (summary, around 1500 characters with spaces), initial comments, amplification (with a division into parts with titles), summation;
- article should also be attached with a lead (summary) in English (around 1500 characters with spaces);
- intertitles should not be numbered, but bold;
- article must be attached with a biographical note (approx. 800 characters including spaces);
- please indicate affiliation.

The referenced sources should adhere to the following style:

Initial(s). Last name, Title, edition number if applicable, volume, part, etc., place and year of publication, followed by the page(s) referred to with the ‘p. (pp.)’ abbreviation, e.g.: J. Kowalski, How to do references?, Vol. 2, Warszawa 2006, p. 12–13.

For subsequent reference made **directly** to the cited item:

Ibidem, p. 15–16.

Further reference, when several positions by a given author are being cited, include the first words of the title, e.g.:

J. Kowalski, How to..., p. 28–29.

For edited volumes, when the publication referenced forms a part of the whole:

P. Igrek, Citing, [in:] J. Kowalski (ed.), How to do references?, Vol. 2, Warszawa 2006, p. 12–13.

For publications in periodicals, the title of the periodical replaces the name of the publisher, followed by the year, comma, then the number (No.) within the year, possibly the consecutive number and page numbers:

J. Kowalski, How to do references?, Editorial news 2006, No. 28 (236) p. 7.

A few technical issues:

- a. Expected indication of a legal act goes as follows:
Journal of Laws of 2006, No. 28, item 456. The publishing body should only be provided when referring to the act for the first time. Then the name and date of the act (month – in words) shall be given in the body of the text (e.g. The Act of 13 April on the rules of writing articles), and the publishing body shall be given in the footnote (e.g. Journal of Laws of 2006, No. 28, item 456).
- b. When writing article, paragraph, point of a legal act, abbreviations should not be separated by commas, that is: art. 28 par. 59 point (no full stop!) 36, not: art. 28, par. 59, pt. 36).
- c. For court judgements, please use the following indications: Judgement of the Supreme Court of 11.5.2011, I CA 123/11, OSNCP 2011, No. 8, item 34. Mind that the appellate of the judgement and its date should be indicated in the main text (e.g. Judgement of the Supreme Court of 11.5.2011), and the publishing body in the footnote (I CA 123/11, OSNCP 2011, No. 8, item 34).

Publication schedule (deadlines):

No. 1 – submitting manuscripts – end of January (print – February/March)
No. 2 – submitting manuscripts – end of April (print – May/June)
No. 3 – submitting manuscripts – end of July (print – August/September)
No. 4 – submitting manuscripts – end of October (print – November/December)

Contact Person: Aleksandra Klich PhD, e-mail: pme@beck.pl