

Artykuły zgodne
ze standardem WCAG 2.0
na www.een.org.pl

4 (200) 2020
www.een.org.pl

BIULETYN EURO INFO

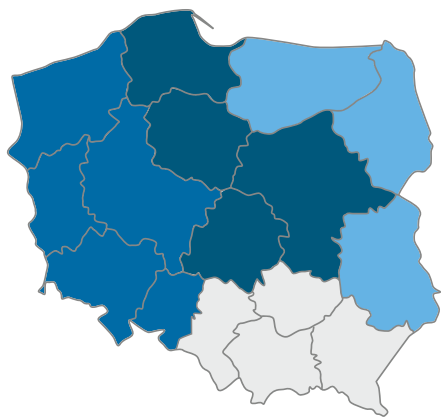
ISSN 2544-4719

**KOMERCYJNE WYKORZYSTANIE
ZNANYCH POSTACI FIKCYJNYCH**

**TESTY PSYCHOLOGICZNE W PROCESIE
REKRUTACJI A OCHRONA
DANYCH OSOBOWYCH**

CYFROWA PRZYSZŁOŚĆ EUROPY

Konsorcja realizujące projekt Enterprise Europe Network w Polsce



Enterprise Europe Network
– Central Poland

Enterprise Europe Network
– East Poland

Enterprise Europe Network
– West Poland

Enterprise Europe Network
– South Poland

Konsorcjum: Enterprise Europe Network–Central Poland

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości

ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa
tel. (22) 432 71 02
www.een.org.pl

Instytut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego

ul. Racjonalizacji 6/8, 02-673 Warszawa
tel. (22) 847 53 68
www.een-centralpoland.eu

Fundacja Rozwoju Przedsiębiorczości

ul. Piotrkowska 86, 90-103 Łódź
tel. (42) 630 36 67
www.frp.lodz.pl

Stowarzyszenie „Wolna Przedsiębiorczość”

ul. Piekarnicza 12A
80-126 Gdańsk
tel. 58 350 51 40
www.een.pomorskie.pl

Toruńska Agencja Rozwoju Regionalnego SA

ul. Włocławska 167, 87-100 Toruń
tel. (56) 699 54 80-83
www.een.tarr.org.pl

Uniwersytet Warszawski DELab

ul. Dobra 56/66, 00-312 Warszawa
tel. (22) 55 27 606
www.delab.uw.edu.pl/een/

Konsorcjum: Enterprise Europe Network–East Poland

Podlaska Fundacja Rozwoju Regionalnego

ul. Starobojarska 15, 15-073 Białystok
tel. (85) 740 86 83
www.pfrr.pl, www.een-polskawschodnia.pl,
www.een.pfrr.pl

Centrum Innowacji i Transferu Technologii, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ul. Prawocheńskiego 9, 10-720 Olsztyn
tel. (89) 523 39 00
www.uwm.edu.pl, www.een-polskawschodnia.pl,
www.uwm.edu.pl/een

Warmińsko-Mazurska Agencja Rozwoju Regionalnego SA w Olsztynie

ul. Jagiellońska 91a, 10-356 Olsztyn
tel. (89) 512 24 05
www.een.wmarr.olsztyn.pl,
www.een-polskawschodnia.pl

Centrum Innowacji i Transferu Technologii Politechniki Lubelskiej

ul. Nadbystrzycka 38H, 20-618 Lublin
tel. (81) 538 42 70
<http://lctt.pollub.pl>,
www.een-polskawschodnia.pl,
www.citt.pollub.pl

Lubelska Fundacja Rozwoju

Rynek 7, 20-111 Lublin
tel. (81) 528 53 11-12-31
www.lfr.lublin.pl,
www.een-polskawschodnia.pl

Park Naukowo-Technologiczny Polska Wschód w Suwałkach Sp. z o.o.

ul. Innowacyjna 1, 16-400 Suwałki
tel. (87) 564 22 24-25
www.park.suwalki.pl,
www.een-polskawschodnia.pl

Konsorcjum: Enterprise Europe Network–South Poland

Centrum Transferu Technologii, Politechnika Krakowska

ul. Warszawska 24, 31-155 Kraków
tel. (12) 628 28 45
www.transfer.edu.pl

Izba Przemysłowo-Handlowa w Krakowie

ul. Floriańska 3, 31-019 Kraków
(12) 428 92 55
www.iph.krakow.pl

Górnośląska Agencja Przedsiębiorczości i Rozwoju sp. z o.o.

ul. Wincentego Pola 16, 44-100 Gliwice
tel. (32) 339 31 10
www.gapr.pl

Fundusz Górnośląski SA Oddział w Katowicach

ul. Powstańców 17, 40-039 Katowice
tel. 32 72 85 828
www.enterprise.fgsa.pl

Świętokrzyskie Centrum Innowacji i Transferu Technologii Sp. z o.o.

ul. Studencka 1, 25-323 Kielce
tel. (41) 343 29 10
www.it.kielce.pl

Staropolska Izba Przemysłowo-Handlowa

ul. Sienkiewicza 53, 25-002 Kielce
tel. (41) 368 02 78
www.siph.com.pl

Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego SA

ul. Szopena 51, 35-959 Rzeszów
tel. (17) 867 62 34
www.rarr.rzeszow.pl

Stowarzyszenie Grupy Przedsiębiorców Przemysłu Lotniczego Dolina Lotnicza

ul. Szopena 51, 35-959 Rzeszów
tel. (17) 850 19 35
www.dolinalotnicza.pl

Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania

ul. mjr. H. Sucharskiego 2, 35-225 Rzeszów
tel. (17) 852 49 75
www.een.wsiz.pl

Konsorcjum: Enterprise Europe Network–West Poland

Wrocławskie Centrum Transferu Technologii, Politechnika Wrocławska

ul. Smoluchowskiego 48, 50-372 Wrocław
tel. (71) 320 33 18
www.wctt.pwr.edu.pl

Poznański Park Naukowo-Technologiczny Fundacji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza

ul. Rubież 46, 61-612 Poznań
tel. (+48) 61 827 97 46
www.ppnt.poznan.pl

Agencja Rozwoju Regionalnego SA w Koninie

ul. Zakładowa 4, 62-510 Konin
tel. (+48) 63 245 30 95
www.arrkonin.org.pl

Centrum Przedsiębiorczości i Transferu Technologii Uniwersytetu Zielonogórskiego

ul. Syrkiewicza 6, 66-002 Nowy Kiszelin
tel. (+48) 504 070 281
www.cptt.uz.zgora.pl

Fundacja Kaliski Inkubator Przedsiębiorczości

ul. Częstochowska 25, 62-800 Kalisz
tel. (+48) 62 765 60 58
www.kip.kalisz.pl

Dolnośląska Agencja Rozwoju Regionalnego SA

ul. Szczawieńska 2, 58-310 Szczawno-Zdrój
tel. (+48) 74 648 04 50
www.darr.pl

Stowarzyszenie „Promocja Przedsiębiorczości” w Opolu

ul. Damrota 4, 45-064 Opole
tel. (+48) 77 456 56 00
www.een.opole.pl

Regionalne Centrum Innowacji i Transferu Technologii

ul. Jagiellońska 20-21, 70-363 Szczecin
tel. (+48) 91 449 41 09
www.innowacje.zut.edu.pl

Zachodniopomorskie Stowarzyszenie Rozwoju Gospodarczego – Szczecińskie Centrum Przedsiębiorczości

ul. Kolumba 86, 70-035 Szczecin
tel. (+48) 91 433 02 20
www.zsrg.szczecin.pl/een/

Drodzy Czytelnicy,

uproszczenie zasad udzielania zamówień publicznych, poprawa pozycji wykonawców i podwykonawców, a także większy udział małych i średnich przedsiębiorstw w przetargach – oto najważniejsze cele nowej ustawy Prawo zamówień publicznych, która wejdzie w życie 1 stycznia 2021 r. Uchwalenie nowego aktu prawnego, regulującego obszar zamówień, jest uzasadnione kilkoma okolicznościami. Niewątpliwie ostatnie lata nie były najlepsze dla instytucji zamawiających. Wiele postępowań nie doczekało się rozstrzygnięcia, gdyż nie znalazły się firmy spełniające wymagane kryteria lub ceny ofert przekraczały zaplanowane budżety inwestycji. Często dochodziło do zrywania kontraktów, w tym opuszczenia przez pracowników placów budów. Dodatkowo obecnie obowiązujące przepisy były na tyle często nowelizowane, że dla wielu przedsiębiorców stały się zwyczajnie mało czytelne. Ułatwienia przewidziane w nowej ustawie Prawie zamówień publicznych mają zmienić obecną sytuację. Aby jednak należycie wykorzystać możliwości, które pojawią się po Nowym Roku, już dzisiaj warto zapoznać się z rozwiązaniami usankcjonowanymi przez polskiego i unijnego prawodawcę. W związku z tym zapraszamy do lektury artykułu pt. „Zamówienia publiczne bagatelne i podprogowe”. Zagadnienia związane z realizacją przetargów od 1 stycznia 2021 r. będziemy kontynuowali w kolejnych numerach Biuletynu.

Zapraszamy także do zapoznania się z najnowszymi ofertami współpracy zagranicznej pochodzącymi z bazy POD (*Partnership Opportunities Database*), prowadzonej przez Komisję Europejską i udostępnianej ośrodkom Enterprise Europe Network.

Z wyrazami szacunku
zespół redakcyjny
Biuletynu Euro Info

Redakcja nie zwraca materiałów niezamówionych oraz zastrzega sobie prawo do ich zmiany i redagowania. Uwagi i komentarze prosimy kierować na adres: biuletyn_ei@parp.gov.pl.

Wszystkie teksty zawarte w Biuletynie Euro Info mogą być przedrukowane wyłącznie po uzyskaniu zgody redakcji. Zainteresowanych prenumeratą prosimy o kontakt z najbliższym ośrodkiem Enterprise Europe Network.

Biuletyn Euro Info, wydawany przez ośrodek Enterprise Europe Network przy Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, jest współfinansowany przez Komisję Europejską ze środków pochodzących z programu COSME na lata 2014–2020 oraz przez Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii w ramach programu pn. „Udział Polski w programie na rzecz konkurencyjności przedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (COSME) oraz w instrumentach finansowych programów UE wspierających konkurencyjność przedsiębiorstw w latach 2015–2021”.

Komisja Europejska lub osoby występujące w jej imieniu nie są odpowiedzialne za informacje przedstawione w publikacji. Poglądy wyrażone w publikacji są poglądami Autorów i nie muszą pokrywać się z działaniami Komisji Europejskiej.

Spis treści

- 4 | **Akademia PARP**
Skuteczny pomysł na ciepło ze słońca

- 7 | **Zamówienia publiczne**
Zamówienia publiczne „bagatelne”
i „podprogowe”

- 11 | **Ochrona danych osobowych**
Współadministrowanie danymi osobowymi

- 15 | **Ochrona danych osobowych**
Testy psychologiczne w procesie rekrutacji
a ochrona danych osobowych

- 19 | **Digitalizacja**
Cyfrowa przyszłość Europy

- 23 | **Handel elektroniczny**
Niedozwolone postanowienia umowne
w regulaminach sklepów internetowych

- 27 | **Ochrona własności intelektualnej**
Prawo a komercyjne wykorzystanie znanych
postaci fikcyjnych

- 31 | **Oferty współpracy**

Redaktor naczelny: Paweł Sikorski
Zespół: Aleksandra Wolska, Agata Kudelska,
Eryk Rutkowski
Korekta: Pracownia C&C Sp. z o.o.
Adres redakcji: Enterprise Europe Network przy
PARP
ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa
Telefon: 22 432 71 02

**Skład, druk
i dystrybucja:** Pracownia C&C Sp. z o.o.
www.ccp.com.pl
Zdjęcia: AdobeStock
Nakład: 1400 egz.

Skuteczny pomysł na ciepło ze słońca

Polskie kolektory solarno-powietrzne podbijają świat

Eryk Rutkowski

SolHotAir – beneficjent programu Scale-Up oraz klient sieci Enterprise Europe Network – stworzył superwydajne kolektory solarno-powietrzne, które biją na głowę niemiecką, duńską oraz chińską konkurencję. Rozwiązanie zostało już wyróżnione wieloma nagrodami w Polsce i za granicą. Obecnie firma chce uruchomić produkcję i szuka inwestorów, którzy przyspieszyliby jej ekspansję.

Korzenie firmy sięgają 2015 roku, kiedy to założyciele SolHotAir – Mariusz Jeschke, Dorota Jeschke oraz Małgorzata Stangreciak – zajmowali się audytami zużycia energii elektrycznej dla instytucji samorządowych. – Robiliśmy audyty dla szkół, urzędów gminy oraz innych organizacji. Przy okazji wykonywania jednego ze zleceń ktoś nas zapytał, w jaki sposób można ograniczyć nie tylko zużycie energii elektrycznej, ale i ciepłej. To dało początek zupełnie nowemu rozdziałowi naszej działalności – mówi Małgorzata Stangreciak, CEO & Finance w SolHotAir.

Dostępne technologie z zakresu energii ciepłej zaczął śledzić Mariusz Jeschke, inżynier i przy okazji twórca całego rozwiązania oraz jeden ze współzałożycieli startupu. Natrafił na technologię opracowaną przez jedną z niemieckich firm – kolektor solarny produkujący z energii słonecznej energię ciepłą. Z ciekawości zakupił takie urządzenie, rozłożył je na czynniki pierwsze i przy okazji przebadał wydajność. – Technologia okazała się bardzo interesująca i obiecująca. Zdziwiła mnie jednak niska wydajność energetyczna panelu – wspomina Mariusz Jeschke.

Pan Mariusz wziął się do pracy i postanowił stworzyć kolektor solarno-powietrzny o zdecydowanie większej wydajności. Takie urządzenie to coś zupełnie innego niż panel fotowoltaiczny, który przetwarza energię słoneczną na energię elektryczną. – W tym



przypadku przetwarzamy energię słoneczną na energię ciepłą, czyli dostarczamy ciepłe powietrze mogące służyć do ogrzewania obiektów kubaturowych – wyjaśnia wynalazca i konstruktor.

Dlaczego to takie istotne? Wydatki na ogrzewanie są z reguły dużo wyższe niż na energię elektryczną szczególnie w gospodarstwach domowych. Do tego biorąc pod uwagę, że ciepło jest w większości przypadków wytwarzane z paliw kopalnych, jego produktem ubocznym jest CO₂ i duży ślad węglowy (ang. *carbon footprint*) u wszystkich odbiorców.

Najlepsi na świecie

Pierwszy prototyp panelu SolHotAir powstał w 2015 roku i swoją wydajnością zaskoczył nawet samego konstruktora. W pierwszej chwili myślał, że odczyty z jego własnych urządzeń pomiarowych mogą być trochę przekłamane, więc wysłał panel do ekspertów z Politechniki Białostockiej, aby go dokładnie przebadali. Okazało się jednak, że obydwa wyniki się do siebie bardzo zbliżone.

– Urządzenie może się poszczycić największą wydajnością energetyczną na świecie dla paneli solarno-powietrznych, która wynosi 83 procent. To oznacza, że właśnie tyle energii słonecznej jest przetworzone na energię ciepłą. Najlepsze wyniki w Europie sięgają 60 procent. W Chinach – maksymalnie 40 procent – przytacza dla porównania Mariusz Jeschke.

Co więcej niespotykaną na rynku wydajność urządzenia potwierdzi certyfikatem Fruenhofer Instytut Fuer Solare Energie Systeme, który jest największym instytutem w Europie zajmującym się badaniem urządzeń z zakresu energii odnawialnej.

W porównaniu z funkcjonującymi na rynku urządzeniami kolektor SolHotAir cechuje najwyższy przyrost temperatury ogrzewanego powietrza, tj. do 46°C (mierzony pomiędzy temperaturą powietrza wchodzącego a wychodzącego z panelu).

I tak na przykład przy temperaturze -5°C na zewnątrz w słoneczny dzień, powietrze w panelach warszawskiego

startupu może zostać podgrzane nawet do 40 stopni! Jeśli jednak niebo jest częściowo zachmurzone, urządzenie nadal będzie spełniać rolę grzewczą, z tą różnicą, że powietrze do ogrzewania będzie czerpane z wnętrza pomieszczenia.

Z czego składa się taki kolektor? Solarne kolektory powietrzne SolHotAir mają postać paneli – płaskich modułowych elementów o wymiarach 1,8 x 0,97 m. Wchodzące do panelu powietrze (zasysane mechanicznie) kierowane jest do kanałów powietrznych, których górna powierzchnia powleczona jest warstwą selektywną pochłaniającą promieniowanie słoneczne, dzięki czemu na całej drodze kanałów powietrznych następuje przyrost temperatury powietrza. W panelu SolHotAir po raz pierwszy zastosowano takie innowacje technologiczne jak turbulentny przepływ powietrza zamiast laminarnego (dzięki zastosowaniu generatora wirów) oraz innowacyjny materiał izolacyjny.

W panelach konkurencji powietrze przepływa liniowo pod powierzchnią absorbera, co negatywnie wpływa na sprawność przetwarzania energii. Powietrze w tym wypadku tworzy na powierzchni absorbera przyścienną warstwę, która jest swoistym izolatorem ciepła, hamującym przechodzenie ciepła do głównego strumienia.

W kolektorze SolHotAir wygląda to zupełnie inaczej. Powietrze wchodząc do kolektora (jest zasysane mechanicznie), przechodzi przez zespół generatora wirów przez co uzyskuje większą

energię zdolną do zerwania „przyściennej warstwy”. W ten sposób praktycznie każda cząsteczka powietrza przechodząc przez kanały kolektora, ma kontakt z rozgrzaną powierzchnią absorbera. Potwierdzona przez Fraunhofer ISE 83 proc. sprawność kolektora oznacza realną sprawność konwersji energii słonecznej na cieplnej w wymienniku w wysokości prawie 100%. Uzyskana rekordowa sprawność kolektora SolHotAir wynika z innowacyjnego opracowania systemu zawirowania powietrza.

Cegielski, Scale-UP i trzy nogi biznesu

Gdzie panele SolHotAir mogą znaleźć zastosowanie? Pierwsza gałąź biznesu to ciepło dla budynków użyteczności publicznej, obiektów sportowych oraz przemysłowych. Ogrzewanie tych ostatnich zostało przetestowane w jednej z poznańskich hal zakładów produkcyjnych H. Cegielski-Poznań SA w ramach pilotażowego programu akceleracyjnego Scale-Up prowadzonego przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości. W ramach akceleracji, która odbywała się pod skrzydłami IndustryLab, przytwierdzone do ściany budynku panele wтяgały ciepłe powietrze do jednej z hal.

– Scale-Up okazał się dla nas bardzo pomocnym programem i otworzył przed nami możliwość przetestowania urządzenia w warunkach rynkowych. Dzięki temu mogliśmy zobaczyć,

W porównaniu z funkcjonującymi na rynku urządzeniami kolektor SolHotAir cechuje najwyższy przyrost temperatury ogrzewanego powietrza.

czy jakieś elementy nie potrzebują usprawnień i modyfikacji. Bardzo dobrze, że program umożliwia nie tylko rozwój startupów software'owych, ale też hardware'owych, takich jak nasz. Sam feedback od zakładów Cegielskiego był bardzo pozytywny. Po zakończeniu programu odbyliśmy rozmowę z zarządem firmy i niewykluczone, że nawiążemy dalszą współpracę – mówi Dorota Jeschke, odpowiedzialna w firmie za marketing oraz relacje z klientami.

Zainteresowanie technologią wyrażają też samorządy. Technologia została zaprezentowana samorządowi miasta stołecznego Warszawy. Rozważana jest koncepcja ogrzewania obiektów sportowych kolektorami SolHotAir w celu zmniejszenia emisji CO₂ w mieście. – Realizacja w dużym obiekcie pozwoliłaby nam pokazać korzyści technologii na większą skalę i wejść na kolejny poziom rozwoju – prognozuje Małgorzata Stangreziak.

Obiecującym obszarem komercjalizacji jest też wykorzystanie paneli do utworzenia suszarni zielonej masy, która posłuży jako ekologiczne paliwo dla lokalnych elektrowni kogeneracyjnych, czyli wytwarzających jednocześnie ciepło i prąd. Takie rozmowy są również prowadzone z samorządem warszawskim.

Oprócz niespotykanej wydajności energetycznej, panel ma też bardzo dobre właściwości izolacyjne. Na tyle dobre, że może być wykorzystywany jako wypełnienie w konstrukcjach szkieletowych i zastępować tradycyjną elewację. Warszawski startup prowadzi już zresztą rozmowy z jedną z norweskich firm zajmujących się budową energooszczędnych hal, która poważnie zastanawia się nad zastosowaniem takiego właśnie rozwiązania. Panele SolHotAir da się ustawić w szereg tak, że nie widać łączeń między nimi, co znacząco poprawia odbiór estetyczny.



Patent z Enterprise Europe Network

Technologia SolHotAir jest już chroniona patentem w Polsce. Obecnie trwa procedura przyznania ochrony na terytorium Unii Europejskiej. Przy uzyskiwaniu polskiego patentu z pomocą SolHotAir przyszedł ośrodek Enterprise Europe Network przy DELab UW. – Przyznanie patentu było ważnym momentem w rozwoju firmy, ponieważ otworzyło jej drzwi do rozmów z inwestorami. Każde przedsiębiorstwo zaczyna być zupełnie inaczej postrzegane, kiedy da się wycenić wartość jego patentu – mówi Tomasz Krawczyk, ekspert z ośrodka Sieci przy z DELab UW, który pomagał SolHotAir nie tylko w wycenie patentowej, ale też przeprowadził audyty innowacyjności metodą Improve oraz Innovation Health Check i pomógł w nawiązaniu kontaktów z tajwańskim producentem wentylatorów, które firma będzie wykorzystywać w swoich produktach.

– Poprzez warszawski oddział TAITRA (ang. *Taiwan External Trade Development Council* – Tajwańska Rada Rozwoju Handlu Zagranicznego) pomogliśmy SolHotAir skontaktować się z tajwańskim producentem wentylatorów, które są wykorzystywane m.in. przez NATO – dodaje ekspert Sieci.

Wentylatory te mają gwarancję 50 tys. godzin pracy, co oznacza, że mogą pracować bez przerwy przez 20 lat. – Na tyle szacujemy żywotność naszych urządzeń. Jedyne komponenty SolHotAir, które wymagają konserwacji i inspekcji to filtry powietrza oraz własne wentylatory. Te pierwsze trzeba wymienić, te drugie po prostu oczyścić – mówi Mariusz Jeschke.

W przypadku SolHotAir nie jest to żaden problem, bowiem urządzenie zostało zaprojektowane tak, by było jak

Każde przedsiębiorstwo zaczyna być zupełnie inaczej postrzegane, kiedy da się wycenić wartość jego patentu.



najbardziej przyjazne w serwisowaniu. – Dojście do filtrów i wentylatora znajduje się na wierzchu. Wystarczy otworzyć klapkę i mamy do nich bezpośredni dostęp. Trochę czasu kosztowało nas, aby zaprojektować urządzenie w ten sposób, ale było warto – dodaje wynalazca. W przypadku konkurencji wygląda to dużo gorzej – aby przeprowadzić powyższe operacje, trzeba zdemontować całe urządzenie.

Dostawców części i akcesoriów warszawski startup szuka też w kraju. Jednym z takich partnerów może zostać firma Niczuk z Olsztyna. – To rzetelna firma o dużym zasięgu krajowym z certyfikowanymi elementami montażowymi, która dostarczyła nam najlepszy system montażowy do naszych kolektorów. Zostały wykorzystane do montażu na hali Cegielskiego – tłumaczy Mariusz Jeschke.

Pierwsze nagrody i plany na przyszłość

Technologia została już dostrzeżona zarówno w kraju, jak i za granicą, a firma otrzymała wiele nagród i wyróżnień. SolHotAir wygrało polską edycję Road to START Summit 2020 i miało reprezentować Polskę na konferencji START SUMMIT 2020 w St. Gallen w Szwajcarii, przy okazji walcząc o 25 tys. franków nagrody. Plany niestety pokrzyżował koronawirus, z powodu którego odwołano imprezę.

Za sprawą Business Insider Polska startupem zainteresował się również Sebastian Kulczyk, a SolHotAir został zaproszony do III edycji jego programu InCredibles. W jego ramach firma wzięła udział jesienią 2019 w spotkaniach z mentorami i inwestorami w Campus Google London oraz w konferencji Slush w Helsinkach. Startup trafił też do polskiego finału (5 finalistów) Chivas Venture dla startupów odpowiedzialnych społecznie.

Kierunki ekspansji zagranicznej SolHotAir to przede wszystkim kraje w strefie umiarkowanej. Naturalnym wyborem wydają się Niemcy oraz państwa skandynawskie. Technologia może mieć też duży potencjał rozwojowy w Stanach Zjednoczonych czy Kanadzie. Niemniej urządzenie może się również sprawdzić w Portugalii czy Hiszpanii, zwłaszcza w sezonie zimowym, kiedy budynki wymagają dogrzania.

Obecnie firma poszukuje inwestorów i planuje rozpoczęcie produkcji. – Budowanie własnej fabryki od podstaw byłoby zbyt kapitałochłonne, dlatego nie będziemy prowadzić samodzielnej produkcji od A do Z. Najprawdopodobniej zlecimy wykonanie określonych komponentów naszym zaufanym kooperantom. My zaś zajmujemy się montażem – zapowiada Dorota Jeschke.

Eryk Rutkowski

Departament Wsparcia
Przedsiębiorczości PARP, Enterprise
Europe Network Warszawa

Zamówienia publiczne „bagatelne” i „podprogowe”

Nowe szanse dla MŚP już po 1 stycznia 2021 r.

dr Jarosław Kola

Podstawową funkcją prawa zamówień publicznych jest ochrona konkurencji i zapewnienie równego traktowania przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Od wielu lat coraz wyraźniej podkreśla się jednak fakt, że zamówienia publiczne wykazują również duży potencjał w zakresie realizacji innych istotnych celów, w szczególności wynikających z polityki gospodarczej. Spostrzeżenie to jest szczególnie aktualne w obliczu wyzwań, jakie spowodowała epidemia COVID-19. Można zakładać, że zamówienia publiczne będą w najbliższych miesiącach czy nawet latach wykorzystywane jako narzędzie stymulowania rozwoju polskiej i europejskiej gospodarki. Dlatego warto, żeby przedsiębiorcy dobrze przygotowali się do wykorzystania tej szansy, tym bardziej, że już od 1 stycznia 2021 r. wejdą w życie liczne zmiany, w szczególności ukierunkowane na ułatwienie dostępu do zamówień małym i średnim przedsiębiorcom (dalej: MŚP).

Zamówienia publiczne jako „koło zamachowe” gospodarki

Unijne, a w ślad za nimi polskie przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych, są ukierunkowane w pierwszej kolejności na przeciwdziałanie ryzyku udzielania zamówień określonym przedsiębiorcom z powodów innych niż rachunek ekonomiczny, czyli na ochronę konkurencji. Od wielu lat system zamówień publicznych przechodzi jednak proces gruntownej modernizacji. Jego naczelnym celem jest uczynienie zamówień jednym z kluczowych „instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych”.

W tym kontekście jednym z najczęściej podnoszonych postulatów jest ułatwienie dostępu do rynku zamówień publicznych wspomnianym MŚP. Dążenia te są szczególnie wyraźne w Polsce. Próby podejmowane w tym kontekście przez niemal całą ostatnią dekadę nie doprowadzały do oczekiwanych rezultatów, jednak wydaje się, że uchwalona w dniu 11 września 2019 r. nowa ustawa Prawo zamówień publicznych (określana dalej jako „Nowe PZP”), może stanowić przełom w tym zakresie. Zawiera ona bowiem wiele rozwiązań w sposób oczywisty ukierunkowanych na polepszenie sytuacji MŚP w systemie zamówień, w szczególności poprzez uelastycznienie i odformalizowanie procedur. W uzasadnieniu do projektu tejże ustawy wyraźnie wskazano, że udział MŚP w rynku zamówień publicznych jest „nieproporcjonalny do potencjału”, a jego zwiększenie jest jednym z podstawowych celów Nowego PZP.



Ma to szczególnie duże znaczenie w obliczu wyzwań, jakim w najbliższych miesiącach czy latach będą musieli sprostać polscy przedsiębiorcy. W uzasadnieniu projektu Nowego PZP zwrócono uwagę, że „w wielu branżach dla co czwartego przedsiębiorcy zamówienia publiczne stanowią ponad połowę całkowitych przychodów, zaś dla co dziesiątego to 75% przychodów. Odpowiednio ukierunkowane i zarządzane zamówienia publiczne mogą tym samym stanowić ważny czynnik wzrostu przedsiębiorstw. Natomiast źle przeprowadzane postępowania, brak współpracy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, restrykcyjne umowy mogą prowadzić do upadku firm lub ich przechodzenia na inne rynki. Dlatego też tak istotnym jest wprowadzenie usprawnień proceduralnych ułatwiających przedsiębiorcom, w szczególności z sektora MŚP, dostęp do zamówień”.

Nowe zasady udzielania zamówień krajowych

Jak wynika z przywołanego wcześniej fragmentu, nowe rozwiązania ukierunkowane na wsparcie MŚP mają przede wszystkim charakter **proceduralny**.

Chodzi mianowicie o nowe tryby udzielania tzw. „krajowych” zamówień publicznych, określanych również jako „zamówienia podprogowe”. Warto wyjaśnić, że oba określenia, tzn. krajowe i podprogowe, nawiązują do tzw. progów unijnych. Są to wyrażone w euro kwoty, których przekroczenie skutkuje obowiązkowym stosowaniem reguł unijnego prawa zamówień publicznych przy udzielaniu zamówień, których wartość te kwoty przekracza. Dla uporządkowania dalszych uwag wypada również wskazać, że od 1 stycznia 2020 r. – w odniesieniu do zamówień klasycznych – kwoty te przedstawiają się następująco:

- 5 350 000 euro – w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane;
- 214 000 euro – w odniesieniu do zamówień na dostawy i usługi udzielanych przez uczelnie publiczne, państwowe instytucje kultury, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, przez jednostki samorządu terytorialnego, ich związki, a także przez podmioty, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego;
- 139 000 euro – w przypadku dostaw i usług udzielanych przez pozostałych zamawiających z sektora finansów publicznych.

Warto przy tym podkreślić, że chociaż mówi się zwykle, że są to zamówienia o „mniejszej wartości”, to jednak stanowią one bardzo istotną część polskiej gospodarki. Zamówienia podprogowe stanowią co roku ok. 30% globalnej wartości polskiego rynku zamówień publicznych. W latach 2015–2016 było to ok. 30 mld zł, w 2017 r. – 45 mld zł, a w 2018 r. – aż 55 mld zł. Co szczególnie ważne, zgodnie z Nowym PZP, w pewnym zakresie konkurencyjnym reżimem prawa zamówień publicznych zostaną objęte również umowy, które ze względu na bardzo niską wartość (poniżej 30 000 euro) w ogóle nie musiały być zawierane w ramach otwartych i konkurencyjnych procedur. Szacuje się przy tym, że ich łączna wartość może sięgać nawet 40 mld zł.

Przechodząc do bardziej szczegółowych uwag, należy stwierdzić, że od 1 stycznia 2021 r. zamówienia publiczne o wartości poniżej progów unijnych udzielane będą w dwóch zasadniczych reżimach:

- jako zamówienia bagatelne o wartości 50 000–130 000 zł, w minimalnym stopniu regulowanym na poziomie ustawowym, a także
- jako zamówienia „o wartości mniejszej niż progi unijne”, udzielane w ramach szczególnych, odformalizowanych procedur, którym poświęcono Dział III Nowego PZP.





Zamówienia bagatelne

Wprowadzenie kategorii „zamówień bagatelnych” stanowi niewątpliwie bardzo istotną zmianę w porównaniu z dotychczasowymi rozwiązaniami. Jak już zasygnalizowano, aktualnie obowiązujące przepisy nie znajdują zastosowania w odniesieniu do zamówień o wartości nieprzekraczającej równowartości 30 000 euro. Ich udzielanie nie będzie wymagało organizowania bardzo sformalizowanych procedur po 1 stycznia 2021 r., jednakże Nowe PZP wymusi na zamawiających większą transparentność procesu zawierania tego rodzaju umów.

Przed wszystkim będą oni zobowiązani do przekazywania informacji o zamiarze udzielenia zamówienia bagatelnego przedsiębiorcom, którzy mogliby być zainteresowani zawarciem umowy. Wydaje się, że ustanowienie takiego obowiązku może skłonić zamawiających do bardziej szczegółowego badania rynku potencjalnych wykonawców, co z kolei może służyć zwiększeniu konkurencyjności procesów zakupowych. Oczywiście przekazanie informacji do konkretnych przedsiębiorców to nie jedyna forma rozpowszechniania informacji o zamówieniach bagatelnych. Zamawiający zostali zobowiązani również do publikowania publicznych ogłoszeń, a odstąpienie od tego obowiązku będzie możliwe jedynie w uzasadnionych przypadkach.

Ogłoszenia będą publikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych, czyli w ogólnodostępnym systemie teleinformatycznym utrzymywanym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Powinny precyzyjnie wskazywać przedmiot zamówienia, termin składania ofert, a także wszelkie inne informacje niezbędne z uwagi na okoliczności udzielenia danego zamówienia bagatelnego. Warto podkreślić, że ustawodawca zadbał, by wszyscy przedsiębiorcy mieli równe szanse uzyskania zamówienia bagatelnego, niezależnie od sposobu uzyskania informacji na jego temat. Mianowicie w art. 268 ust. 2 Nowego PZP wyraźnie wskazano, że określony w publicznym ogłoszeniu termin na składanie, powinien odpowiadać terminowi wyznaczonemu wykonawcom, którzy zostaną indywidualnie poinformowani

Jednym z najczęściej podnoszonych postulatów jest ułatwienie dostępu do rynku zamówień publicznych wspomnianym MŚP.

o zamiarze udzielenia zamówienia. Co więcej jeżeli już po publicznym ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia bagatelnego zamawiający zidentyfikuje potrzebę zmodyfikowania przedmiotu zamówienia lub jakichkolwiek innych istotnych uwarunkowań, będzie zobowiązany do zmiany ogłoszenia. Jeżeli natomiast zmiany będą miały istotny charakter – np. będą dotyczyły określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert – konieczne będzie odpowiednie przedłużenie terminu składania ofert, tak aby wszyscy zainteresowani przedsiębiorcy mieli równe szanse na zawarcie umowy.

Oczywiście rozwiązania te mogą budzić pewne kontrowersje, przede wszystkim w związku ze spodziewanym sformalizowaniem i spodziewanym wydłużeniem procesów zakupowych, które dotychczas nie były poddane takim rygorom formalnym. Tego rodzaju poglądy są już zresztą formułowane w opracowaniach dotyczących nowej ustawy. Z punktu widzenia wykonawców – w szczególności MŚP – nowe rozwiązania mogą jednak przyczynić się do poszerzenia dostępu i zakresu informacji do rynku publicznych zakupów, a tym samym stanowią szansę na poszerzenie portfela publicznych klientów.

Zamówienia „podprogowe”

Niewątpliwie największe znaczenie mają zmiany dotyczące udzielania zamówień o wartości przekraczającej kwotę 130 000 zł, ale niższej niż tzw. progi unijne. Jak już wspomniano, podstawowa zmiana dotycząca zamówień podprogowych polega na tym, że po raz pierwszy zasady ich udzielania uregulowano w sposób odrębny i zasadniczo autonomiczny w porównaniu do zamówień unijnych („nadprogowych”). Problematyce tej poświęcono w Nowym

PZP odrębny dział (art. 266–310 Nowego PZP), który zawiera szczególną i autonomiczną regulację zawierania umów o wartości niższej niż progi unijne przez podmioty posiadające status zamawiających publicznych (zamówienia klasyczne).

Procedury udzielania zamówień unijnych i krajowych (podprogowych) wykazują istotne podobieństwa konstrukcyjne. Nie mogło być oczywiście inaczej, gdyż wszelkie zamówienia publiczne – niezależnie od ich wartości – powinny być udzielane z poszanowaniem zasad traktatowych, w szczególności takich jak przejrzystość i równe traktowanie przedsiębiorców zainteresowanych zawarciem danej umowy. Zgodnie z wytycznymi Komisji Europejskiej udzielając zamówień podprogowych, zamawiający powinni zapewnić odpowiednie upublicznienie informacji po postępowaniu, w szczególności poprzez publikację ogłoszenia. Ponadto konieczne jest precyzyjne i niedyskryminacyjne opisanie przedmiotu zamówienia oraz zapewnienie równego dostępu do postępowania wszystkim zainteresowanym wykonawcom. Kluczowe jest jednak to, że od 1 stycznia 2021 r. postępowania te będą charakteryzowały się znacznie większą elastycznością i mniejszym formalizmem. W tym kontekście należy wymienić trzy kluczowe założenia nowej regulacji:

- poleganie na oświadczeniach wykonawców, zamiast wymagania składania licznych dokumentów urzędowych,
- wprowadzenie „trybu podstawowego”, tj. nowej uproszczonej procedury udzielania zamówień podprogowych, obejmującej możliwość prowadzenia negocjacji z wykonawcami,
- dopuszczenie możliwości podpisywania ofert, wniosków i oświadczeń nie tylko podpisem elektronicznym lub podpisem zaufanym albo osobistym.

Po pierwsze, utrzymano zasadę, że w postępowaniach o wartości poniżej progów unijnych zamawiający nie muszą, a jedynie mogą żądać dokumentów (podmiotowych środków dowodowych) na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. W przypadku skorzystania z tego uprawnienia do złożenia wskazanych



Wprowadzenie kategorii „zamówień bagatelnych” stanowi niewątpliwie bardzo istotną zmianę w porównaniu z dotychczasowymi rozwiązaniami.

dokumentów co do zasady będzie zobowiązany wykonawca, którego oferta zostanie najwyższej oceniona, chyba że zamawiający będzie już w posiadaniu lub będzie miał dostęp do tych podmiotowych środków dowodowych.

Po drugie, domyślną procedurą udzielania zamówień podprogowych będzie „tryb podstawowy”. W art. 275 Nowego PZP przewidziano, że może on zostać zorganizowany w dwóch modelach, w ramach których – po złożeniu ofert przez wykonawców – zamawiający będzie:

- 1) wybierał najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji albo
- 2) będzie prowadził negocjacje ofert w celu ich ulepszenia.

Co ciekawe negocjacje mogą być organizowane w dwóch wariantach: jako negocjacje obligatoryjne, a także jako negocjacje fakultatywne, które zamawiający może przeprowadzić po złożeniu ofert, lecz nie ma takiego obowiązku. Istotne jest przy tym to, że negocjacje nie będą mogły dotyczyć wszystkich elementów zamówienia.

Jeżeli negocjacje będą miały charakter fakultatywny, będą mogły dotyczyć tych elementów treści ofert, które będą podlegały ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, natomiast niedopuszczalne będą negocjacje prowadzące do zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia. Można więc stwierdzić, że w tym wariantcie negocjacje stanowią formę dogrywki pomiędzy oferentami.

Natomiast przedmiotem negocjacji obligatoryjnych będą warunki zamówienia, zaś celem negocjacji będzie podniesienie „efektywności zamówienia” w świetle potrzeb i wymagań zamawiającego, których opis będzie publikowany na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu podprogowym w Biuletynie Zamówień Publicznych. Należy jednak zastrzec,

że w tym wariantcie negocjacje nie będą mogły prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w opisie potrzeb i wymagań, dlatego zamawiający powinni opisywać je po dokonaniu wszechstronnej analizy swoich potrzeb.

Z pewnością dopuszczenie negocjacji to pozytywna zmiana zarówno z punktu widzenia zamawiających, jak i przedsiębiorców. Pozwoli to na podniesienie efektywności procesów zakupowych, a także ograniczy formalizm postępowań, na rzecz podejścia zorientowanego na realizację zasady *best value for money*. Warto też podkreślić, że odpowiadając na obawy przedsiębiorców zgłaszane obecnie w odniesieniu do trybów negocjacyjnych, ustawodawca zobowiązał zamawiających do zapewnienia, by negocjacje prowadzone z oferentami miały charakter poufny.

Wreszcie ostatnia ze wspomnianych istotnych zmian dotyczy zasad podpisywania ofert i dokumentów składanych w postaci elektronicznej. Jak wiadomo, elektroniczna postępowania o wartości poniżej progów unijnych była już kilkakrotnie odraczana, a jako jedną z przyczyn tego stanu rzeczy wskazywano brak popularności odpowiedniej infrastruktury, a w szczególności podpisów elektronicznych – zarówno po stronie zamawiających, jak i przedsiębiorców. W tym kontekście bardzo interesujące jest rozwiązanie przyjęte w Nowym PZP w odniesieniu do procedur podprogowych. Ustawodawca postanowił, że w postępowaniach tych oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału oraz oświadczenia będą składane w formie elektronicznej (tj. z zastosowaniem podpisu elektronicznego) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Można ocenić, że rozwiązanie to niewątpliwie znacząco ułatwi przedsiębiorcom udział w postępowaniach.

Dopuszczenie negocjacji to pozytywna zmiana zarówno z punktu widzenia zamawiających, jak i przedsiębiorców.

Wnioski

Można ocenić, że rozwiązania przyjęte w Nowym PZP w odniesieniu do zamówień o wartości poniżej progów unijnych oparto na sprawdzonych już rozwiązaniach, które jednak zostały w istotnym stopniu usprawnione. Co najistotniejsze ustawodawca uwzględnił wiele postulatów przedsiębiorców, w szczególności takich jak zmniejszenie formalizmu postępowań, a także ich uelastycznienie, czego najlepszym dowodem jest rozbudowanie narzędzi umożliwiających prowadzenie szerokich negocjacji w procesie zakupowym. O skuteczności omówionych rozwiązań przesądzi oczywiście praktyka po 1 stycznia 2021 r. Na obecnym etapie można jednak zakładać, że wykazują one duży potencjał w zakresie zwiększania efektywności procesów zakupowych, a także podnoszenia dostępności MŚP do rynku zamówień publicznych.

dr Jarosław Kola

specjalista w obszarze zamówień publicznych, Kancelaria WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr

- 1 Zob. w szczególności wyrok TSUE z dnia 20 września 1988 r. w sprawie C-31/87 Gebroeders Beentjes BV przeciwko Holandii, a także wyrok TSUE z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 Gemeente Arnhem i Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding BV – wielokrotnie przywoływane w późniejszych orzeczeniach.
- 2 Motywy 2 preambuły dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako „dyrektywa 2014/24/UE”).
- 3 Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624 Sejmu VII Kadencji, s. 2.
- 4 Tamże, s. 3.
- 5 Prezes UZP, Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r., Warszawa 2019, s. 29.
- 6 Zob. załącznik do oceny skutków regulacji pn. „Raport z konsultacji” z dnia 9 lipca 2019 r., dot. projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, nr w wykazie prac UD472, s. 6.
- 7 Zob. np. M. Filipek, Bagatelne dziś i od stycznia 2021 r., Monitor Zamówień Publicznych 2020, nr 181.
- 8 Komunikat Wyjaśniający Komisji Europejskiej dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02).
- 9 Zamówienie klasyczne o wartości poniżej progów unijnych może być udzielone również w trybie partnerstwa innowacyjnego, negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki. Zastosowanie tych trybów wymaga spełnienia szczególnych warunków.



Współadministrowanie danymi osobowymi

Konsekwencje wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-40/17 Fashion ID

Adrianna Michałowicz

Współadministrowanie danymi osobowymi nie jest instytucją nową. Przepisy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych¹ przewidywały, że pomiędzy podmiotami wspólnie określającymi cele i sposoby przetwarzania danych może zachodzić relacja współadministrowania². Obecnie instytucja ta jest uregulowana w art. 26 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE³. Jednak dopiero teraz, głównie za sprawą orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości⁴, współadministrowanie nabiera nowego, praktycznego znaczenia. Ważnych wskazówek w zakresie stosowania przepisów dotyczących współadministrowania dostarcza wyrok TS wydany w sprawie C-40/17 Fashion ID⁵.

Wyrok TS w sprawie C-40/17 Fashion ID

Osią sporu pomiędzy niemiecką spółką Fashion ID GmbH & Co. KG, prowadzącą sprzedaż online artykułów odzieżowych, a Verbraucherzentrale NRW eV, czyli niemieckim stowarzyszeniem zajmującym się ochroną konsumentów, była zamieszczona na stronie internetowej Fashion ID wtyczka „Lubię to”, której dostawcą jest portal społecznościowy Facebook Ireland. Niemieckie stowarzyszenie wniosło przeciwko Fashion ID powództwo o zaniechanie stosowania internetowej wtyczki, ponieważ korzystanie z niej prowadzi do naruszenia przepisów z zakresu ochrony danych osobowych. W toku postępowania dowodowego, prowadzonego

przed niemieckim sądem, wykazano, że dzięki zamieszczeniu wtyczki „Lubię to” do Facebooka są przekazywane informacje o adresie IP oraz identyfikatorze przeglądarki osoby odwiedzającej witrynę Fashion ID, przy czym przekazanie tych danych następuje automatycznie po otwarciu strony internetowej Fashion ID oraz niezależnie od tego, czy osoba odwiedzająca stronę kliknęła przycisk „Lubię to”, a nawet czy jest posiadaczem konta na Facebooku⁶. Ustalono też, że Fashion ID nie ma żadnego wpływu ani na to, jaki zakres danych jest przekazywany do dostawcy wtyczki, ani na to, jakie działania podejmie dostawca wtyczki w związku z pozyskanymi danymi. W tym kontekście niemiecki sąd powziął wątpliwości dotyczące m.in. tego, czy w tak ukształtowanym procesie przetwarzania operator witryny internetowej pełni rolę administratora, a jeśli tak, to jakie wynikają z tego konsekwencje związane z koniecznością zapewnienia ochrony danych osobowych użytkowników.

Odpowiadając na zadane pytania pre-judycjalne, TS wskazał, że niewątpliwie Fashion ID pełni rolę administratora, ponieważ spełnia kryteria wynikające z art. 2 lit. d) dyrektywy 95/46⁷. Trybunał odwołał się w tym zakresie do wcześniejszych orzeczeń⁸, ugruntowując tym samym własną linię orzeczniczą oraz potwierdzając, że tylko poprzez przyjęcie szerokiej definicji pojęcia „administratora” jest możliwe zapewnienie skutecznej i pełnej ochrony podmiotom danych. Trybunał zwrócił przy tym uwagę na fakt, że administrator nie musi działać samodzielnie, ponieważ w świetle przepisów dyrektywy 95/46 może on określać cele i sposoby przetwarzania danych osobowych wspólnie z innymi podmiotami. Wspólne administrowanie danymi oznacza zaś, że każdy z administratorów podlega przepisom z zakresu ochrony danych osobowych, nawet jeśli podmioty te nie uczestniczą w procesie przetwarzania danych

w taki sam sposób, w szczególności gdy jeden z nich nie ma dostępu do przetwarzanych danych osobowych lub gdy podmioty te są zaangażowane na różnych etapach przetwarzania i w różnym stopniu⁹.

Powyższe rozważania TS odniósł do relacji pomiędzy Fashion ID a spółką Facebook, dochodząc do wniosku, że ze względu na zainstalowanie wtyczki „Lubię to” na stronie internetowej Fashion ID pomiędzy podmiotami powstała relacja współadministrowania w odniesieniu do danych przetwarzanych za pośrednictwem tejże wtyczki. Postępowanie dowodowe prowadzone przed sądem niemieckim wykazało bowiem, że dzięki umieszczeniu przycisku „Lubię to” na swojej witrynie, Fashion ID umożliwiła Facebookowi pozyskiwanie danych osób odwiedzających jej witrynę, przez co zyskała jednocześnie status administratora w zakresie gromadzenia danych osobowych i ich ujawniania spółce Facebook poprzez transmisję. Dla przyjęcia konstrukcji współadministrowania danymi kluczowy w ocenie TS był fakt, że Fashion ID prawdopodobnie miała świadomość, że wtyczka służy do gromadzenia i przekazywania danych osobowych osób odwiedzających witrynę, i to niezależnie od tego, czy osoby te są członkami portalu społecznościowego, czy nie. W konsekwencji Fashion ID umożliwiła poprzez swoje działanie przetwarzanie danych osobowych również przez spółkę Facebook, ponieważ bez zamieszczenia wtyczki „Lubię to” dalsze przetwarzanie danych nie miałyby miejsca. Co więcej Trybunał zwrócił uwagę, że za przyjęciem modelu współadministrowania przemawiają również cele operacji przetwarzania, tj. po stronie Fashion ID – optymalizacja reklamy produktów oferowanych przez spółkę poprzez uczynienie ich bardziej widocznymi na portalu Facebook, zaś po stronie spółki Facebook – możliwość dysponowania pozyskanymi danymi we własnych celach komercyjnych.





Z względu na to, że przetwarzanie danych następuje zarówno w interesie gospodarczym Fashion ID, jak i Facebooka, należało więc przyjąć, że pomiędzy podmiotami zachodzi relacja współadministrowania danymi.

Odpowiadając na kolejne pytania prejudycjalne, Trybunał wskazał, że w razie przyjęcia, iż podstawą prawną przetwarzanych danych osobowych za pomocą wtyczki „Lubię to” jest art. 7 lit. f dyrektywy 95/46, przy ocenie, czy są spełnione przesłanki wynikające z tego przepisu należy brać pod uwagę prawnie uzasadnione interesy wszystkich współadministratorów. Trybunał nie przesądził przy tym, że przetwarzanie danych może nastąpić na podstawie powyższej podstawy prawnej, gdyż ostateczne ustalenie w tym zakresie należy do sądu krajowego rozpoznającego spór. Ponadto TS uznał, że takie obowiązki administratora, jak ewentualne uzyskanie zgody na przetwarzanie danych osobowych oraz przekazanie informacji na temat przetwarzania danych, spoczywają na operatorze witryny internetowej, na której zainstalowano wtyczkę „Lubię to”. Obowiązki te dotyczą jednak

operacji przetwarzania, za które ten operator jest odpowiedzialny, a zatem rozciągają się wyłącznie na operacje gromadzenia danych i ich ujawniania poprzez transmisję.

Konsekwencje współadministrowania danymi osobowymi

Jak wskazano na wstępie, wyrok wydany w sprawie Fashion ID zawiera wiele wskazówek w zakresie interpretacji przepisów dotyczących współadministrowania danymi. Mimo że orzeczenie zostało wydane na podstawie uchylonych już przepisów dyrektywy 95/46, rozważania Trybunału zachowują aktualność na gruncie obowiązujących przepisów ogólnego rozporządzenia o ochronie danych. Stąd stanowisko przyjęte przez Trybunał jawi się jako szczególnie ważne z perspektywy podmiotów stosujących podobny model biznesowy. Korzystanie z wtyczek internetowych lub innych narzędzi dostarczanych przez zewnętrznych dostawców jest obecnie

bardzo popularne; przyciski odsyłające do portali typu Facebook, Twitter, Instagram czy YouTube, znajdują się na wielu stronach internetowych. Niestety osoby odwiedzające witryny, na których zostały zainstalowane tego rodzaju wtyczki, rzadko wiedzą, że narzędzia te mogą służyć do gromadzenia danych osobowych i przekazywania ich następnie do dostawcy wtyczki. Problem jest tym istotniejszy, że często sam operator witryny może nie mieć świadomości, że umożliwia on tego rodzaju operacje przetwarzania.

Zaproponowane przez TS rozwiązanie, czyli uznanie, że operator witryny internetowej, na której zamieszczono wtyczkę zewnętrznego serwisu, jest wspólnie z dostawcą tej wtyczki współadministratorem przetwarzanych w ten sposób danych osobowych, ma sprzyjać zapewnieniu szerokiej i skutecznej ochrony dla osób, których dane są przetwarzane. Jednym z celów uregulowania instytucji współadministrowania w przepisach ogólnego rozporządzenia o ochronie danych było bowiem zapewnienie należytej ochrony praw i wolności podmiotów danych poprzez nałożenie



na współadministratorów odpowiednich obowiązków. Przyjęcie modelu współadministrowania rodzi więc określone konsekwencje w sferze działalności podmiotów dokonujących wspólnie operacji przetwarzania danych.

Na mocy art. 26 RODO prawodawca unijny zobowiązał współadministratorów do określenia, w sposób przejrzysty i w drodze wspólnych uzgodnień, podziału zadań i obowiązków wynikających z przepisów rozporządzenia, zwłaszcza w zakresie realizacji praw podmiotów danych oraz obowiązków informacyjnych. W dwóch przypadkach reguła ta doznaje wyjątku. Po pierwsze, w sytuacji gdy obowiązki współadministratorów są określone w prawie unijnym lub prawie państwa członkowskiego, któremu współadministratorzy podlegają; jako przykład można wskazać art. 24c ustawy z 8 września 2009 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym, w którym wskazano, pomiędzy jakimi podmiotami zachodzi stosunek współadministrowania i jakie obowiązki spoczywają w związku z tym na poszczególnych podmiotach. Po drugie, gdy wynika to z okoliczności przetwarzania; w niektórych przypadkach stan faktyczny może narzucać określony

rozkład obowiązków współadministratorów. Wydaje się, że takie założenie poczynił również TS w wyroku w sprawie Fashion ID, przyjmując, iż obowiązek uzyskania zgody na przetwarzanie danych osobowych powinien spoczywać na operatorze witryny internetowej, a nie na dostawcy wtyczki, ponieważ proces przetwarzania danych zostaje zainicjowany wejściem osoby odwiedzającej witrynę.

Poza wskazanymi powyżej wyjątkami, współadministratorzy mogą podzielić się obowiązkami według własnego uznania, w szczególności mogą dokonać ich podziału opierając się na etapach przetwarzania. Jak zauważył TS w innym orzeczeniu wydanym w sprawie Wirtschaftsakademie, poszczególni administratorzy mogą być zaangażowani w przetwarzanie na różnych jego etapach i w różnym stopniu. Pogląd ten został powtórzony w wyroku w sprawie Fashion ID. Ponadto z przepisów rozporządzenia wynika, że zasadnicza treść poczynionych przez współadministratorów uzgodnień powinna być udostępniona podmiotom danych, przy czym przez „zasadniczą część” rozumie się informacje istotne z punktu widzenia osoby, której dane dotyczą, np. informacje

o sposobie realizacji przysługujących jej praw. Dodatkowo współadministratorzy mogą ustalić jeden punkt kontaktowy dla podmiotów danych. Niemniej jednak osoby, których dane dotyczą, mogą wykonywać przysługujące im prawa wobec każdego z administratorów, niezależnie od treści udostępnionych uzgodnień.

Współadministrowanie danymi osobowymi w praktyce

Zastosowanie modelu współadministrowania danymi osobowymi zgodnie ze wskazówkami TS zawartymi w wyroku w sprawie Fashion ID powoduje wiele problemów praktycznych. Pojawiające się wątpliwości stawiają, moim zdaniem, pod znakiem zapytania proponowaną przez Trybunał koncepcję opartą na założeniu, że szerokie definiowanie pojęć „administratora” oraz „współadministratora” sprzyja zapewnieniu lepszej ochrony podmiotom danych. W niektórych sytuacjach stosowanie konstrukcji współadministrowania, zgodnie z poglądami TS, może okazać się bardzo utrudnione.



Aby przyjąć model współadministrowania, należy przede wszystkim ocenić, czy jest spełniona podstawowa przesłanka w postaci wspólnego ustalania celów i sposobów przetwarzania danych. Mając na uwadze treść wyroku w sprawie Fashion ID, powstaje więc pytanie, czy powyższe kryteria są spełnione w przypadku, gdy jeden ze współadministratorów pełni marginalną rolę w procesie przetwarzania lub nie posiada dostępu do przetwarzanych danych osobowych, przez co jego wpływ na określanie celów i sposobów przetwarzania jest znikomym. Wydaje się, że operator zamieszczający na swojej witrynie wtyczkę „Lubię to” lub inną, pełniącą podobną funkcję, ma wpływ jedynie na to, że w ogóle dochodzi do przetwarzania danych, nie zaś na to, w jaki sposób jest realizowane przetwarzanie, czy jakie dane osobowe są przetwarzane, zwłaszcza w zakresie operacji podejmowanych przez drugiego współadministratora. Co więcej w doktrynie wskazuje się, że dla zaistnienia stosunku współadministrowania jest wymagana tożsamość celów realizowanych przez współadministratorów oraz współdziałanie przy ustalaniu tych celów. Tymczasem analiza uzasadnienia wyroku w sprawie Fashion ID prowadzi do odmiennego wniosku, albowiem, jak wskazał TS, zarówno Fashion ID, jak i Facebook, przetwarzają dane osobowe w celu realizacji własnego interesu gospodarczego, przy czym interesy obydwu podmiotów są różne.

Warto też zauważyć, że brak lub niewielki wpływ na określanie celów i sposobów przetwarzania danych zwykle jest równoznaczny z niemożnością dokonania wspólnych uzgodnień co do podziału zadań i obowiązków, o których mowa w art. 26 RODO. W rzeczywistości regulaminy lub polityki prywatności udostępniane przez dostawców wtyczek internetowych, za pomocą których dochodzi do przetwarzania danych osobowych, nie zawierają postanowień, które można byłoby zakwalifikować jako „wspólne uzgodnienia” współadministratorów.

Z kolei odnosząc się do przesłanek legalizujących przetwarzanie danych, wątpliwa jest możliwość prawidłowego przeprowadzenia testu równowagi w przypadku uznania, że podstawą prawną przetwarzania jest art. 6 ust. 1 lit. f RODO. W sytuacji gdy administrator nie ma faktycznego dostępu do danych

osobowych, w konsekwencji czego może nie mieć pewności, jakie dane są przetwarzane, nie będzie w stanie właściwie ocenić, czy interesy lub podstawowe prawa i wolności podmiotu danych, wymagające ochrony danych osobowych, mają nadrzędny charakter wobec prawnie uzasadnionych interesów administratora lub strony trzeciej. W ramach testu równowagi administrator jest obowiązany bowiem ocenić konieczność przetwarzania np. pod kątem zakresu przetwarzanych danych, weryfikując jednocześnie, czy jest spełniona zasada minimalizacji danych wynikająca z art. 5 ust. 1 lit. c RODO. Analogiczna wątpliwość pojawia się w przypadku realizacji przez podmiot danych przysługujących mu praw – współadministrator niemający dostępu do danych nie spełni prawidłowo swoich zobowiązań, np. obowiązku wydania na żądanie osoby, której dane dotyczą, kopii przetwarzanych danych osobowych.

Reasumując, analiza wyroku TS w sprawie Fashion ID, jak również próba zastosowania przyjętych przez TS wytycznych w praktyce, prowadzą do wniosku, że współadministrowanie nadal pozostaje instytucją niezrozumiałą i może powodować wiele trudności. Szczególnie ostrożnie należy stosować wskazówki TS w innych, podobnych stanach faktycznych. Przyjęcie modelu współadministrowania danymi wymaga rzetelnej oceny całokształtu relacji, jaka istnieje pomiędzy podmiotami, a także poprawnej weryfikacji sposobu działania wtyczki lub innego narzędzia internetowego służącego do przetwarzania danych osobowych. Tylko w ten sposób współadministratorzy są w stanie zapewnić prawidłowe przestrzeganie przepisów ogólnego rozporządzenia o ochronie danych.

Adrianna Michałowicz
doktorantka w Katedrze Europejskiego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego; aplikant adwokacki w Lubasz i Wspólnicy – Kancelaria Radców Prawnych sp. k. Autorka specjalizuje się w prawie ochrony danych osobowych, prawie gospodarczym i prawie własności intelektualnej

Wyrok wydany w sprawie Fashion ID zawiera wiele wskazówek w zakresie interpretacji przepisów dotyczących współadministrowania danymi.

- 1 Dz. Urz. UE L nr 281 z dn. 23 listopada 1995 r., s. 31 ze zm., dalej: „dyrektywa 95/46”.
- 2 Artykuł 2 lit. d dyrektywy 95/46.
- 3 Dz. Urz. UE L nr 119 z dn. 4 maja 2016 r., s. 1 ze zm., dalej: „RODO” lub „ogólne rozporządzenie o ochronie danych”.
- 4 Dalej: „TS” lub „Trybunał”.
- 5 Wyrok TS z dn. 29 lipca 2019 r. w sprawie C-40/17 Fashion ID GmbH & Co.KG przeciwko Verbraucherzentrale NRW eV, dalej: „wyrok w sprawie Fashion ID”.
- 6 Opinia rzecznika generalnego Michała Bobeka z dn. 19 grudnia 2018 r. w sprawie C-40/17 Fashion ID, pkt 1.
- 7 Obecnie art. 4 pkt 7 RODO.
- 8 Zob. wyrok TS z dn. 13 maja 2014 r. w sprawie C-131/12 Google Spain SL i Google Inc. przeciwko Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) i Mariowi Costesze Gonzálezowi; wyrok TS z dn. 5 czerwca 2018 r. w sprawie C-210/16 Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein przeciwko Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, dalej: „wyrok w sprawie Wirtschaftsakademie”.
- 9 Wyrok w sprawie Fashion ID, pkt 67, 69–70.
- 10 Wyrok w sprawie Fashion ID, pkt 77.
- 11 Wyrok w sprawie Fashion ID, pkt 80.
- 12 Wyrok w sprawie Fashion ID, pkt 77–79.
- 13 Artykuł 7 lit. f dyrektywy 95/46 zezwalał na przetwarzanie danych osobowych, gdy „jest to konieczne dla potrzeb wynikających z uzasadnionych interesów administratora danych [...], z wyjątkiem sytuacji, kiedy interesy takie podporządkowane są interesom związanym z podstawowymi prawami i wolnościami osoby, której dane dotyczą [...]”. W aktualnym stanie prawnym przetwarzanie danych osobowych w celach wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez administratora lub przez stronę trzecią umożliwia art. 6 ust. 1 lit. f RODO.
- 14 Wyrok w sprawie Fashion ID, pkt 96.
- 15 Wątpliwości dotyczyły tego, czy w analizowanym stanie faktycznym podstawą przetwarzania nie powinna być zgoda podmiotu danych. Stanowisko takie zaprezentowała Komisja Europejska, twierdząc że zgoda może być wymagana przepisami dyrektywy 2002/58 dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej ze względu na możliwość uzyskania przez dostawcę wtyczki dostępu do informacji przechowywanych na urządzeniu końcowym osoby odwiedzającej witrynę Fashion ID.
- 16 Wyrok w sprawie Fashion ID, pkt 101.
- 17 K. Witkowska-Nowakowska, Artykuł 26 [w:] E. Bielak-Jomaa (red.), D. Lubasz (red.), RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz, Wolters Kluwer Polska, 2018.
- 18 I. Kowalcuk-Pakuła, M. Chołuj, Współadministrowanie – nowy paradygmat w prawie ochrony danych osobowych, Monitor Prawniczy – dodatek specjalny „Prawo nowych technologii”, 21/2019, s. 16.
- 19 Wyrok w sprawie Fashion ID, pkt 102; I. Kowalcuk-Pakuła, M. Chołuj, Współadministrowanie – nowy paradygmat..., s. 16.
- 20 Wyrok w sprawie Wirtschaftsakademie, pkt 43.
- 21 J. Byrski, H. Hoser, Social media oraz technologie umożliwiające śledzenie użytkowników Internetu a współadministrowanie danymi osobowymi, Monitor Prawniczy – dodatek specjalny „Prawo nowych technologii”, 21/2019, s. 11.
- 22 J. Byrski, H. Hoser, Social media..., s. 10.
- 23 J. Byrski, H. Hoser, Social media..., s. 12.



Testy psychologiczne w procesie rekrutacji a ochrona danych osobowych

Czy można je przeprowadzać?

Agnieszka Bieniek

Kwestia możliwości przeprowadzania w Polsce testów psychologicznych kandydatom na pracowników jest bardzo krytykowana. Podczas takich czynności może bowiem dojść do pozyskania danych osobowych szczególnej kategorii. Niektóre testy mogą ujawniać nie tylko informacje o cechach kandydatów pożądanym na danym stanowisku pracy – np. poprzez określenie typu osobowości kandydata, podejścia przez niego do stawianych mu wymogów i zadań, sposobu podejmowania decyzji i zarządzania, otwartości na rozwój i nowe pomysły, interakcji z ludźmi – lecz także informacje stricte osobiste, do których pracodawca jednak nie powinien mieć dostępu. Testy osobowościowe mogą bowiem zdradzać informacje o stanie zdrowia kandydata, jego poglądach, życiu prywatnym, jak również inne informacje, których osoba poszukująca pracy zapewne nie chciałaby ujawnić nawet podczas standardowego postępowania rekrutacyjnego. Istnieje jednak grono pracodawców, które nie wyobraża sobie przyjmowania do pracy kandydatów na stanowiska kierownicze bez przeprowadzenia takich testów. Dzięki nim możliwe jest bowiem lepsze zrozumienie i przewidywanie ludzkich zachowań, określenie obszarów do potencjalnego ich rozwoju, a i niestety nawet wskazówki co do sposobu skutecznego wywierania wpływu na decyzje pracownika.

Testy osobowościowe przed dniem 25 maja 2018 r.?

Do czasu wejścia w życie **Ogólnego rozporządzenia o ochronie danych osobowych** (RODO)¹ wielu pracodawców wykorzystywało testy osobowościowe w procesie rekrutacji, w szczególności, jak już zostało wspomniane, podczas rekrutacji na stanowiska kierownicze czy menadżerskie. Niemniej

jednak już na gruncie uprzedniej ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych Główny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, czyli organ do spraw ochrony danych osobowych w latach 1997–2018, wypowiadał się, że wykonywanie testów psychometrycznych kandydatów do pracy jest **niedopuszczalne ze względu na związek z koniecznością badania stanu psychicznego danej osoby**. W jednym ze swoich orzeczeń Wojewódzki Sąd Administracyjny badający sprawę związaną z przetwarzaniem danych osobowych kandydatów na pracowników, a pozyskanych przy pomocy testów psychometrycznych za ich wcześniejszą zgodą, wskazał, że psychometria „jest działem psychologii zajmującym się zagadnieniami związanymi z pomiarem (ilościowym opisem) zjawisk i procesów psychologicznych”. Ze względu na to, że **badane są cechy osobowości, predyspozycje i motywacje, nie można uznać, że są to dane zwykłe**². Ponadto w jednym ze swoich rocznych sprawozdań GIO DO wskazał, że w wyniku przeprowadzonych w 2009 r. kontroli nakazał usunięcie i zaprzestanie zbierania danych osobowych obejmujących m.in. dane kandydatów do pracy pozyskane w wyniku przeprowadzenia za pomocą systemu informatycznego testów określających przydatność do wykonywania pracy.

Testy osobowościowe obecnie

Ani przepisy RODO, ani obecnie obowiązująca ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych³ nie regulują wprost kwestii dopuszczalności stosowania testów osobowościowych w rekrutacji. W Ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych wskazano, jakimi zasadami administratorzy danych

powinni się kierować podczas przetwarzania wszelkich danych osobowych, w tym m.in. tych pozyskiwanych podczas rekrutacji. Chodzi o art. 5 RODO, w którym została zawarta:

- zasada zgodności z prawem, rzetelności i przejrzystości,
- zasada ograniczonego celu,
- zasada minimalizacji danych,
- zasada prawidłowości danych,
- zasada ograniczonego w czasie przechowywania danych,
- zasada integralności i poufności,
- zasada rozliczalności.

Ponadto w RODO wskazano, kiedy można uznać przetwarzanie danych zwykłych za zgodne z prawem, poprzez enumeratywne wyliczenie podstaw do ich przetwarzania. Zostały one zawarte w art. 6 ust. 1. Zgodnie z tym przepisem przetwarzanie jest zgodne z prawem wtedy, gdy:

- a) osoba, której dane dotyczą wyraziła zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych w jednym lub większej liczbie określonych celów;
- b) przetwarzanie jest niezbędne do wykonania umowy, której stroną jest osoba, której dane dotyczą, lub do podjęcia działań na żądanie osoby, której dane dotyczą, przed zawarciem umowy;
- c) przetwarzanie jest niezbędne do wypełnienia obowiązku prawnego ciążącego na administratorze;
- d) przetwarzanie jest niezbędne do ochrony żywotnych interesów osoby, której dane dotyczą, lub innej osoby fizycznej;
- e) przetwarzanie jest niezbędne do wykonania zadania realizowanego w interesie publicznym lub w ramach sprawowania władzy publicznej powierzonej administratorowi;
- f) przetwarzanie jest niezbędne do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez administratora lub przez stronę trzecią.



Natomiast w przepisie art. 9 ust. 1 RODO wprowadzono zakaz przetwarzania szczególnych kategorii danych osobowych, tj. danych osobowych ujawniających pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych oraz przetwarzania danych genetycznych, danych biometrycznych w celu jednoznacznego zidentyfikowania osoby fizycznej lub danych dotyczących **zdrowia – rozumianego zarówno jako dane osobowe o zdrowiu fizycznym, jak i psychicznym osoby fizycznej**, seksualności lub orientacji seksualnej tej osoby. Zakaz ten, zgodnie z art. 9 ust. 2 RODO, nie ma zastosowania m.in. wtedy, kiedy:

- 1) osoba, której dane dotyczą, wyraziła wyraźną zgodę na przetwarzanie tych danych osobowych w jednym lub kilku konkretnych celach, chyba że prawo Unii lub prawo państwa członkowskiego przewidują, iż osoba, której dane dotyczą, nie może uchylić takiego zakazu (lit. a powyższego przepisu);
- 2) przetwarzanie jest niezbędne do wypełnienia obowiązków i wykonywania szczególnych praw przez administratora lub osobę, której dane dotyczą, w dziedzinie prawa pracy, zabezpieczenia społecznego i ochrony socjalnej, o ile jest to dozwolone prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego, lub porozumieniem zbiorowym na mocy prawa państwa członkowskiego przewidującymi odpowiednie zabezpieczenia praw podstawowych i interesów osoby, której dane dotyczą (lit. b powyższego przepisu);

- 3) przetwarzanie jest niezbędne do celów profilaktyki zdrowotnej lub medycyny pracy, do oceny zdolności pracownika do pracy, diagnozy medycznej, zapewnienia opieki zdrowotnej lub zabezpieczenia społecznego, leczenia lub zarządzania systemami i usługami opieki zdrowotnej lub zabezpieczenia społecznego na podstawie prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego lub zgodnie z umową z pracownikiem służby zdrowia i z zastrzeżeniem określonych warunków i zabezpieczeń.

Ponadto przepisy RODO dają Państwu Członkowskiemu możliwość zawarcia w swoich przepisach bardziej szczegółowej regulacji zapewniającej ochronę praw i wolności w przypadku przetwarzania danych osobowych pracowników w związku z zatrudnieniem, w szczególności do celów rekrutacji, wykonania umowy o pracę, w tym wykonania obowiązków określonych przepisami lub porozumieniami zbiorowymi, zarządzania, planowania i organizacji pracy, równości i różnorodności w miejscu pracy, bezpieczeństwa i higieny pracy, ochrony własności pracodawcy lub klienta oraz do celów indywidualnego lub zbiorowego wykonywania praw i korzystania ze świadczeń związanych z zatrudnieniem, a także do celów zakończenia stosunku pracy. Przepisy te muszą obejmować odpowiednie i szczegółowe środki zapewniające osobie, której dane dotyczą, poszanowanie jej godności, prawnie uzasadnionych interesów i praw podstawowych, w szczególności pod względem przejrzystości

przetwarzania, przekazywania danych osobowych w ramach grupy przedsiębiorstw lub grupy przedsiębiorców prowadzących wspólną działalność gospodarczą oraz systemów monitorujących w miejscu pracy (art. 88 ust. 1 i 2 RODO).

Rozwiązania obowiązujące w Polsce

Obecnie na podstawie Kodeksu pracy pracodawca **żąda od osoby ubiegającej się o zatrudnienie** podania danych osobowych obejmujących:

- 1) imię (imiona) i nazwisko;
- 2) datę urodzenia;
- 3) dane kontaktowe wskazane przez taką osobę;
- 4) wykształcenie;
- 5) kwalifikacje zawodowe;
- 6) przebieg dotychczasowego zatrudnienia.

Przy czym pracodawca żąda podania danych osobowych, o których mowa w pkt 4–6, **tylko wtedy, gdy jest to niezbędne do wykonywania pracy określonego rodzaju lub na określonym stanowisku** (art. 22(1) § 1 i 2 Kodeks pracy). Zatem tylko co do powyższych danych pracodawca ma podstawę prawną wynikającą z obowiązku prawnego na nim ciążącego do ich przetwarzania.

W tym miejscu pojawia się pytanie, czy nie można uznać, że dane pozyskane podczas testu osobowościowego – np. kandydata na kierownicze





stanowisko – dotyczą właśnie jego kwalifikacji zawodowych? Patrząc jednak na dotychczasowe rozumienie dokumentów potwierdzających kwalifikacje zawodowe, to są nimi różnego rodzaju dyplomy, świadectwa, zaświadczenia lub inne dokumenty **uprawniające do wykonywania danego zawodu** (np. zawodu regulowanego przepisami prawa, zawodu lekarza, nauczyciela, radcy prawnego, osoby obsługujące i konserwujące urządzenia techniczne podlegające dozorowi technicznemu), a tym samym byłoby nieuprawnione rozszerzanie tej kategorii danych osobowych również na kwalifikacje wynikające z testu osobowościowego.

Kolejne pytanie jakie się nasuwa jest takie, czy nie można byłoby skorzystać z podstawy prawnej wynikającej z art. 6 ust. 1 lit. f RODO, a mianowicie, że przetwarzanie takich danych jest niezbędne do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez administratora lub przez stronę trzecią. Należy jednak pamiętać, iż ta podstawa przetwarzania nie dotyczy sytuacji, w których nadrzędny charakter wobec tych interesów mają interesy lub podstawowe prawa i wolności osoby, której dane dotyczą, wymagające ochrony danych osobowych. Zalecany w tym przypadku swoisty test proporcjonalności, którego musi dokonać administrator, czyli w tym wypadku potencjalny pracodawca, w zakresie wyważenia dwóch dóbr chronionych prawem, tj. jego prawnie uzasadnionego interesu lub strony trzeciej z jednej strony i interesów, podstawowych praw oraz wolności podmiotu danych z drugiej. Niestety naszym zdaniem test ten wypada negatywnie w zakresie danych pozyskiwanych podczas rekrutacji pracowniczej przy pomocy testów psychometrycznych. Z jednej strony mamy bowiem interes pracodawcy, który dla dobra zakładu pracy chce zatrudnić pracowników z najszerszym zakresem cech pożądanых na danym stanowisku pracy i chce mieć pewność słusznego wyboru danej osoby na pracownika. Z drugiej zaś strony mamy interes kandydata na pracownika oraz jego wymagające ochrony prawa i wolności w tym prawo do prywatności i intymności, wolności choćby w sferze poglądów i przekonań, czy tajemnicy w zakresie udzielania informacji o swoim stanie zdrowia.

A może zgoda na przetwarzanie danych?

Polski ustawodawca dopuścił **możliwość przetwarzania innych danych osobowych za zgodą kandydata, lecz pod pewnymi warunkami**. Zgodnie bowiem z przepisem art. 22(1a) Kodeksu pracy zgoda osoby ubiegającej się o zatrudnienie może stanowić podstawę przetwarzania przez pracodawcę innych danych osobowych niż wymienione wyżej, z wyjątkiem danych osobowych dotyczących wyroków skazujących i naruszeń prawa. I już by się wydawało, że mając na względzie wyłącznie językową wykładnię powyższego przepisu, jeśli pracodawca uzyska taką zgodę od kandydata, to będzie mógł przeprowadzić testy osobowości, gdyż wyjątkiem od przetwarzania danych kandydata za jego zgodą są wyłącznie wspomniane dane dotyczące wyroków skazujących i naruszeń prawa. Tym bardziej że przetwarzanie na podstawie zgody, o którym mowa w art. 22(1a) § 1 Kodeksu pracy, dotyczy danych osobowych udostępnianych przez osobę ubiegającą się o zatrudnienie lub pracownika **na wniosek pracodawcy** lub danych osobowych przekazanych pracodawcy z inicjatywy osoby ubiegającej się o zatrudnienie.

Przedwczesną radość studzi jednak kolejny przepis zawarty w Kodeksie pracy, a mianowicie art. 22(1b) § 1, z którego wynika, iż zgoda osoby ubiegającej się o zatrudnienie może stanowić podstawę przetwarzania przez pracodawcę danych osobowych szczególnej kategorii, wyłącznie w przypadku, gdy przekazanie tych danych osobowych **następuje z inicjatywy osoby ubiegającej się o zatrudnienie**. Przyjmuje się, że przetwarzanie przez pracodawcę danych o zdrowiu jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy jest to niezbędne do wypełniania obowiązku nałożonego na niego przepisami prawa. Dlatego też przedstawienie pracodawcy dokumentów potwierdzających dane osobowe o stanie zdrowia osoby niepełnosprawnej jest obecnie dobrowolne⁴.

Przy tym **brak zgody lub jej wycofanie, nie może być podstawą niekorzystnego traktowania osoby ubiegającej się o zatrudnienie**, a także nie może

powodować wobec niej jakichkolwiek negatywnych konsekwencji, zwłaszcza nie może stanowić przyczyny uzasadniającej odmowę zatrudnienia. Powyższe dotyczy zarówno zgody na przetwarzanie zwykłych danych osobowych, jak również danych osobowych szczególnej kategorii poprzez odpowiednie odwołanie do art. 22(1a) § 2 Kodeksu pracy znajdujące się w art. 22(1b) § 1 tegoż Kodeksu. Taka regulacja kwestii wyrażania zgody w polskim prawie pracy ma zabezpieczyć kandydatów na pracowników przed nadużyciami ze strony pracodawców, którzy są silniejszą stroną stosunku pracy. Tym bardziej że zgoda osoby, której dane dotyczą, powinna być udzielona **dobrowolnie**. A tę dobrowolność zgodnie z art. 7 ust. 4 RODO ocenia się pod względem tego, czy między innymi od jej wyrażenia nie jest uzależnione wykonanie umowy, w tym świadczenie usługi, w szczególności jeśli przetwarzanie danych osobowych nie jest niezbędne do wykonania tej umowy.

Zatem nawet jeśli uznać, że podczas takiego testu osobowościowego byłyby przetwarzane wyłącznie dane zwykłe, to w przypadku braku zgody kandydata na przeprowadzenie testu osobowościowego, pracodawca nie ma prawa odrzucić jego kandydatury z tego powodu. Naruszałoby to i tak wątpliwą dobrowolność zgody na przetwarzanie danych w stosunkach pracowniczych.

Stanowisko Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych

Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych nie wypowiedział się jeszcze bezpośrednio w zakresie stosowania przez pracodawców testów osobowościowych. Wskazówką w tej kwestii może być jednak treść poradnika UODO dotyczącego ochrony danych osobowych w miejscu pracy⁵. Na pytanie: czy pracodawca może przetwarzać szczególne kategorie danych osoby ubiegającej się o pracę, w odpowiedzi wskazano m.in. kwestię związaną z postępowaniem kwalifikacyjnym kandydata do służby w Policji. Zgodnie bowiem z art. 25 ust. 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁶, przyjęcie kandydata do służby w Policji następuje po przeprowadzeniu postępowania kwalifikacyjnego mającego





na celu ustalenie, czy kandydat spełnia warunki przyjęcia do służby w Policji oraz określenie jego predyspozycji do pełnienia tej służby. Postępowanie kwalifikacyjne, z zastrzeżeniem ust. 3 tegoż przepisu, składa się z następujących etapów:

- 1) złożenie podania o przyjęcie do służby, kwestionariusza osobowego kandydata do służby, a także **dokumentów stwierdzających wymagane wykształcenie i kwalifikacje zawodowe** oraz zawierających dane o poprzednim zatrudnieniu;
- 2) test wiedzy;
- 3) test sprawności fizycznej;
- 4) **test psychologiczny**;
- 5) przeprowadzenie rozmowy kwalifikacyjnej;
- 6) **ustalenie zdolności fizycznej i psychicznej do służby w Policji**;
- 7) sprawdzenie w ewidencjach, rejestrach i kartotekach prawdziwości danych zawartych w kwestionariuszu osobowym kandydata do służby;
- 8) przeprowadzenie postępowania sprawdzającego określonego w przepisach o ochronie informacji niejawnych.

Zatem zawarta w Poradniku dla pracodawców odpowiedź Prezesa UODO może sugerować postrzeganie testów psychologicznych jako zawierających szczególne kategorie danych. Z analizy tego przepisu wynika wręcz, że test psychologiczny czy ustalenie zdolności psychicznej do służby w Policji to etapy obowiązkowe, co więcej niemieszczące się w kwalifikacjach zawodowych. Powyższe w konsekwencji może prowadzić nawet do stanowiska, że w przypadku testów osobowościowych powinna być stosowana taka zasada, jak przy pozyskiwaniu przez pracodawców informacji

od kandydata o jego karalności, zatem jeśli przepisy prawa nie przewidują takiego obowiązku, to pracodawcy nie powinni przetwarzać takich danych nawet za zgodą kandydata na pracownika.

O czym trzeba pamiętać?

Podsumowując powyższe rozważania, rekomendowalibyśmy pracodawcom daleko idącą ostrożność w stosowaniu testów osobowościowych w ramach procesu rekrutacyjnego, gdyż to na nich jako administratorach danych ciąży ryzyko związane z naruszeniem zasad ochrony danych osobowych. Przede wszystkim pracodawcy powinni uzyskać zgodę od kandydata na przeprowadzenie takiego testu. Powinna być ona dobrowolna, konkretna i jednoznaczna oraz wyrażona świadomie, gdyż to te elementy będą badane podczas ewentualnych kontroli legalności przetwarzania danych osobowych przez PUODO. Zapytanie o zgodę musi zostać przedstawione w sposób pozwalający wyraźnie odróżnić je od pozostałych kwestii związanych z zatrudnieniem, w zrozumiałej i łatwej dostępnej formie, jasnym i prostym językiem. Kandydaci powinni być poinformowani o celach takich testów, zakresie danych, które zostaną na ich podstawie pozyskane, osób, które będą miały wgląd w wyniki i o tym, że są one zobowiązane do zachowania ich w tajemnicy oraz posiadają stosowne upoważnienie do przetwarzania takich danych, a co najważniejsze o możliwości odmowy udzielania zgody na udział w takim teście, jak również o uprawnieniu na jej wycofanie, które musi być równie łatwe jak jej wyrażenie. Testy osobowościowe kandydatów

na pracowników powinny być przeprowadzane w sposób profesjonalny przez certyfikowanych psychologów, którzy są zobowiązani do zachowania tajemnicy zawodowej oraz powinny w swoim zakresie badać wyłącznie konkretne predyspozycje i to w taki sposób, by nie doszło podczas ich przeprowadzania do pozyskania danych szczególnej kategorii. Nasuwa się więc twierdzenie, że przeprowadzenie testów psychologicznych w taki sposób, by nie narazić się na zarzut nielegalnego przetwarzania danych osobowych, jest obecnie bardzo trudne.

Agnieszka Bieniek

autorka jest radcą prawnym; specjalizuje się w prawie pracy i ubezpieczeń społecznych, jak również w prawie ochrony danych osobowych; reprezentuje klientów w sporach sądowych, negocjując z związkami zawodowymi wspomaga ich w bieżącej działalności oraz przeprowadza szkolenia w ww. zakresie; od 2012 r. jest związana z Kancelarią Ostrowski i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Toruniu

1 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 119, s. 1).

2 Wyrok WSA z siedzibą w Warszawie z dnia 18 grudnia 2008 r. II SA/Wa 1131/08, Legalis 261564.

3 Dz.U. z 2019 r. poz. 1781.

4 Art. 2b ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 426 ze zm.)

5 Ochrona danych osobowych w miejscu pracy Poradnik dla pracodawców, <https://www.uodo.gov.pl/pl/383/545>.

6 Dz.U. z 2020 r. poz. 360 ze zm.

Cyfrowa przyszłość Europy

Unijna strategia gospodarki opartej na danych a możliwości rozwoju dla przedsiębiorców

Karolina Kaim

Rzeczywistość, w której żyjemy, niezaprzeczalnie zmierza ku coraz większej digitalizacji. Także trwająca obecnie pandemia koronawirusa przyczyniła się do wzmocnienia elektronicznej odnogi handlu oraz skierowała zainteresowanie w stronę rozwiązań cyfrowych¹. Globalna wioska, która kiedyś stanowiła jedynie mrzonkę, staje się coraz bardziej realna, a gospodarka oparta na danych do 2025 r. ma osiągnąć zawrotną wartość 289 miliardów euro. I to w dodatku tylko w samej Unii Europejskiej. W niniejszym artykule wyjaśniam, jaką wizję niedalekiej przyszłości roztacza przed nami Komisja Europejska, czemu na wartości zyskają rozwiązania z dziedziny *data science* oraz jakie nowe perspektywy rozwoju mają przed sobą mali i średni przedsiębiorcy.

Strategia Komisji Europejskiej dla gospodarki opartej na danych

W lutym bieżącego roku Komisja Europejska przedstawiła do konsultacji dwa kluczowe dla gospodarki opartej na danych dokumenty – *Kształtowanie cyfrowej przyszłości Europy*² oraz *Europejską strategię w zakresie danych*³. Jak zobrazowano to w pierwszej ze wspomnianych publikacji, „tworzenie Europy na miarę ery cyfrowej przypomina kompletowanie układanki składającej się z wielu wzajemnie ze sobą powiązanych elementów”⁴. Owe elementy niezbędne dla prawidłowego kształtowania cyfrowej przyszłości Europy to:

- 1) technologia przynosząca korzyści ludziom;
- 2) uczciwa i konkurencyjna gospodarka;
- 3) wartości, demokratyczne i zrównoważone społeczeństwo;
- 4) międzynarodowa współpraca Europy – realizacja roli partnera globalnego⁵.

W pierwszym komunikacie dotyczącym cyfrowej przyszłości Europy można odnaleźć podstawy dla unijnej strategii dla gospodarki opartej na danych, która została szerzej omówiona w drugim dokumencie. Głównym celem podejmowania działań napędzających rozwój gospodarki i społeczeństwa opartych na danych jest umożliwienie podejmowania lepszych decyzji, zarówno w przedsiębiorstwach, jak i w sektorze publicznym⁶. Zdaniem Komisji, „aby osiągnąć ten (...) cel, UE może oprzeć się na solidnych ramach prawnych – w zakresie ochrony danych, praw podstawowych, bezpieczeństwa i cyberbezpieczeństwa – oraz na swoim rynku wewnętrznym”⁷ – w tym w szczególności na RODO⁸. O co toczy się gra? Odpowiedź uzyskujemy niemal wprost – o dane. Dane będące siłą napędową rozwoju gospodarczego, powszechnego wdrażania innowacyjnych praktyk, a także przełomowym elementem mającym potencjał przyczyniania się do polepszenia sytuacji klimatycznej i środowiskowej⁹.

Unijne stanowisko względem rozwoju sztucznej inteligencji (AI)

Szczególnie istotnym w kontekście omówionej wyżej strategii dokumentem jest długo wyczekiwana *Biała księga w sprawie sztucznej inteligencji*¹⁰. Prezentowane w niej podejście Komisji ma charakter regulacyjny i inwestycyjny, a jego celem jest „promowanie stosowania sztucznej inteligencji i zajęcie się zagrożeniami związanymi z niektórymi [jej] zastosowaniami”¹¹. Choć cytowany dokument stanowi zaledwie załącznik dla przyszłej strategii unijnej względem rozwoju AI, przedstawia wysoce prawdopodobne kierunki nowelizacji prawa unijnego oraz krajowego poszczególnych państw członkowskich, o czym

mowa w dalszej części niniejszego artykułu. Już na tym etapie z całą pewnością można stwierdzić, iż podejście Komisji względem wprowadzania sztucznej inteligencji jest skoncentrowane na problematyce bezpieczeństwa i etyki, jakie niesie za sobą ten proces. Tym samym za rozsądne należałoby uznać przyjęcie przez przedsiębiorców ostrożnościowej polityki względem technologii AI, w tym w szczególności względem jakichkolwiek planów wprowadzania jej do obrotu, które powinny zostać poparte odpowiednią oceną ekspercką.

USA i Chiny – co robią inaczej?

Do głównych konkurentów Unii Europejskiej w przedmiocie rozwijania gospodarki innowacyjnej należą Stany Zjednoczone oraz Chiny. Jak słusznie wskazano w komunikacie Komisji, model amerykański niemalże w stu procentach koncentruje się na sektorze prywatnym¹², co istotnie ogranicza możliwości rządu oraz instytucji publicznych w zakresie wykorzystywania zgromadzonych informacji dla podejmowania lepszych decyzji, brania czynnego udziału we wdrażaniu innowacji czy koordynowaniu strategii budowy gospodarki i społeczeństwa opartych na danych. Jak czytamy dalej, „w Chinach nadzоровi rządowemu towarzyszy ścisła kontrola dużych firm technologicznych, która obejmuje ogromne ilości danych bez wystarczających gwarancji dla osób fizycznych”¹³. Strategia unijna zakłada uczenie się na błędach konkurentów, a więc minimalizację ryzyka związanego z naruszeniem prywatności osób fizycznych i dbałość o bezpieczeństwo przekazywanych informacji przy jednoczesnym zachowaniu wysokiego poziomu eksploatacji danych¹⁴. Powyższe wydaje się być niemalże idealistycznym

założeniem. Niemniej jednak usprawnienie dzielenia się danymi pomiędzy sektorami z zachowaniem optymalnych środków bezpieczeństwa wydaje się być możliwe, pod warunkiem odpowiedniego skoordynowania procesu wdrażania strategii gospodarki opartej na danych.

Wsparcie dla *data science*

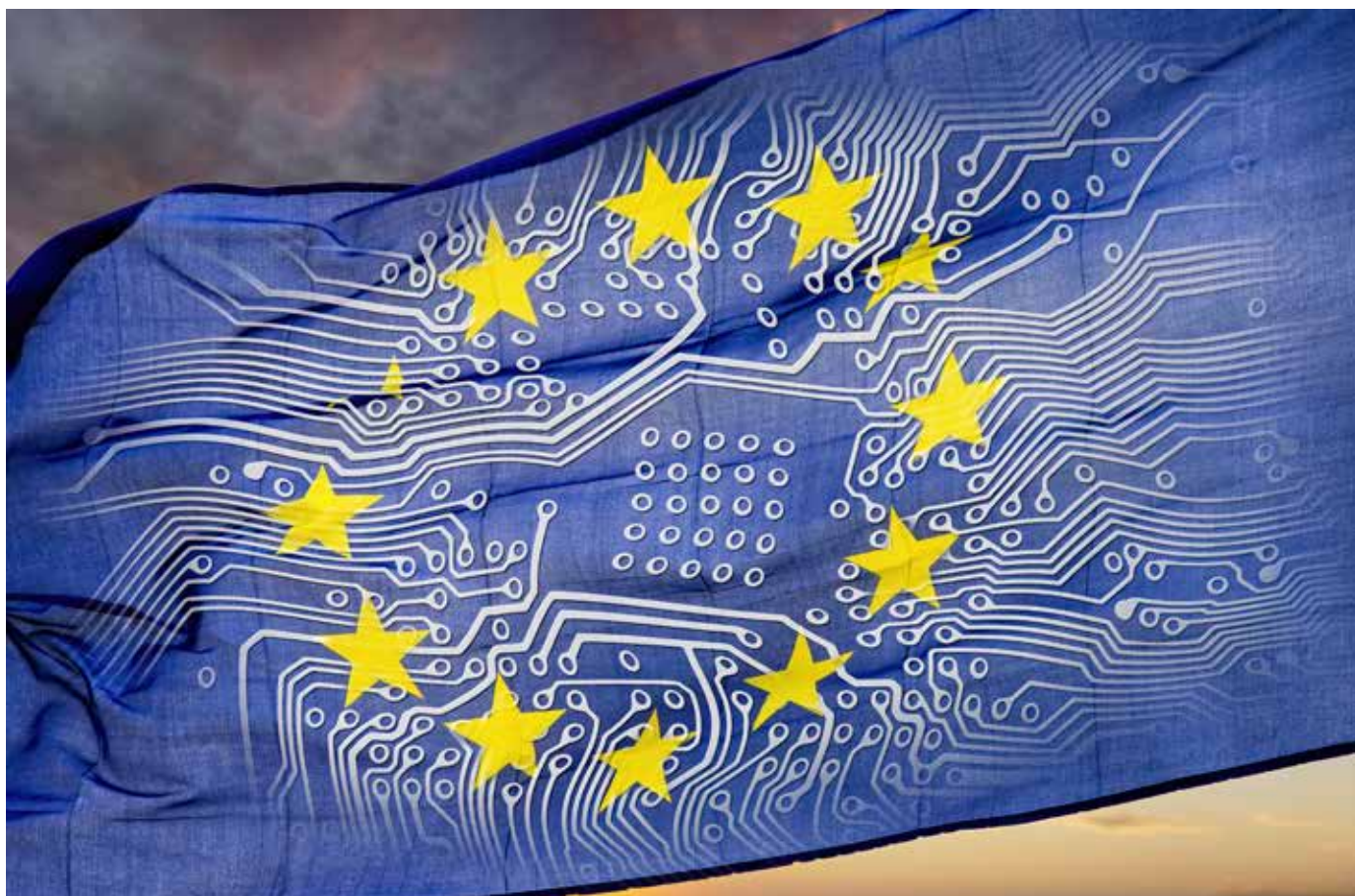
Oprócz planowanego rozwoju wspólnych przestrzeni danych oraz łączenia infrastruktury chmurowej¹⁵ jako obszaru największych inwestycji w ramach budowania społeczeństwa opartego na danych (do 2 miliardów euro wsparcia ze strony Komisji), będzie kontynuowany program „Horyzont Europa” (do tej pory „Horyzont 2020”)¹⁶. W ramach jego realizacji na dofinansowanie mogą liczyć przedsiębiorcy rozwijający między innymi „technologie służące zachowaniu poufności czy też technologie stanowiące podstawę przestrzeni danych przemysłowych i osobowych”¹⁷. Ponadto będą możliwe partnerstwa w ramach obszarów sztucznej inteligencji, robotyki oraz europejskiej chmury dla

otwartej nauki¹⁸. W praktyce oznacza to możliwość ubiegania się przez przedsiębiorców o wsparcie unijne na rzecz projektów z dziedziny *data science*, co ma przyczynić się do rosnącej innowacyjności dostępnych na rynku rozwiązań, a także wspierać gospodarkę opartą na danych w ramach prezentowanej przez Komisję strategii.

Wspólna przestrzeń rozwoju

Jak słusznie zwrócono uwagę, dla wykorzystania w pełni potencjału Unii Europejskiej w gospodarce opartej na danych, jest konieczne wzmocnienie systemu wewnętrznego umożliwiającego powtórne wykorzystanie danych w innowacyjnych celach¹⁹. To właśnie przez pryzmat możliwości ponownego wykorzystania danych ocenia się ich wartość, stąd wyróżnienie konieczności udroźnienia kanałów ich przepływu jako jednego z kluczowych elementów europejskiej strategii²⁰. Stworzenie wspólnej przestrzeni rozwoju współpracy w zakresie przekazywania danych ma odbyć

się z podziałem na cztery główne płaszczyzny – B2B (ang. *Business-to-Business*), B2G (ang. *Business-to-Government*), G2B (ang. *Government-to-Business*) oraz G2G (ang. *Government-to-Government*)²¹. Głównym założeniem w przypadku modelu G2B jest udostępnianie danych przez administrację publiczną przedsiębiorcom²². Dotyczy to w szczególności zbiorów danych o wysokiej wartości, w tym danych szczególnie chronionych, które do tej pory często nie były udostępniane w celach badawczych „ze względu na brak zdolności lub mechanizmów pozwalających na podjęcie konkretnych działań badawczych w sposób zgodny z przepisami o ochronie danych osobowych”²³. Jeśli zaś chodzi o udostępnianie danych w relacjach między przedsiębiorstwami (B2B), ma ona ulec ekonomicznemu uatrakcyjnieniu z perspektywy tych podmiotów²⁴. Powyższe można interpretować jako plan uruchomienia w przyszłości programu unijnego, który wspierałby finansowo tego typu gospodarczą wymianę danych, jednocześnie oferując wytyczne ułatwiające zawieranie umów gwarantujących równe pozycje negocjacyjne stron oraz bezpieczeństwo przekazywanych informacji²⁵. Kolejny z wyróżnionych modeli,



B2G, koncentruje się na wykorzystaniu danych prywatnych przez organy publiczne²⁶. Zgodnie z treścią omawianego dokumentu Komisji, „obecnie nie ma wystarczających danych sektora prywatnego, które sektor publiczny mógłby wykorzystać w celu (...) świadczenia usług publicznych, takich jak zarządzanie mobilnością lub zwiększenie zakresu i terminowości oficjalnych statystyk”²⁷. Uruchomienie wymiany o takim charakterze ma za zadanie przyspieszenie rozwoju społeczeństwa opartego na danych oraz zoptymalizowanie podejmowanych decyzji w wielu obszarach sektora publicznego²⁸. Podobnie jak w przypadku modelu B2B, także i tutaj jest rekomendowane „opracowanie odpowiednich zachęt sprzyjających budowaniu kultury wymiany danych” na poziomie krajowym²⁹. Tym samym istnieje prawdopodobieństwo uruchomienia w poszczególnych państwach członkowskich UE programów nagradzających przekazywanie danych przez przedsiębiorców prywatnych na rzecz sektora publicznego, co stanowić może źródło dodatkowych środków na rozwój dla przedsiębiorców opierających swoją działalność na danych³⁰. Równie dużą wagę w budowaniu gospodarki opartej na danych przywiązuje się do wymiany informacji między organami publicznymi (G2G), przy czym przygotowanie oraz wdrożenie odpowiednich procedur w tym zakresie pozostaje w gestii administracji wewnętrznej na poziomie krajowym³¹.

Machine learning – co może pójść nie tak?

W prezentowanej strategii dla unijnej gospodarki opartej na danych, Komisja wskazuje, iż „infrastruktura powinna wspierać tworzenie europejskich puli danych umożliwiających analizę dużych zbiorów danych oraz uczenie się maszyn w sposób zgodny z przepisami o ochronie danych i z prawem konkurencji”³². Za główne obszary ryzyka mechanizmów z obszaru *machine learning* należy uznać właśnie kwestie bezpieczeństwa przetwarzania danych osobowych. Nie bez znaczenia pozostają potencjalne problemy przedsiębiorców wprowadzających na rynek produkty wykorzystujące sztuczną inteligencję,



którzy – w braku odpowiednich, jasnych regulacji w tym przedmiocie – nie mają możliwości dokonania oceny ryzyka związanego z ww. decyzją³³. W efekcie „niepewność prawa może (...) obniżyć ogólny poziom bezpieczeństwa i osłabić konkurencyjność europejskich przedsiębiorstw”³⁴. Owa niepewność dotyczy zarówno prawa konkurencji oraz standardów rynkowych dla wprowadzanych do obiegu przedmiotów, praw konsumentów, jak i postępowania dowodowego, które z uwagi na specyficzny charakter produktów wykorzystujących AI może zostać wystawione na próbę³⁵. Aby uporządkować nadciągającą cyfrową rzeczywistość, rekomenduje się dostosowanie przez państwa członkowskie UE istniejących już ram prawnych w dziedzinie sztucznej inteligencji³⁶. Ponadto „konieczne może być wprowadzenie nowych przepisów dotyczących konkretnie sztucznej inteligencji w celu dostosowania unijnych ram prawnych do aktualnych i oczekiwanych zmian technologicznych i handlowych”³⁷. Choć na regulację przedmiotowo poświęconą sztucznej inteligencji trzeba będzie poczekać, już teraz warto zapoznać się z wytycznymi oraz wyróżnić główne ryzyka biznesowe. Przedsiębiorcy skupiający swoją działalność na technologiach innowacyjnych, w tym w szczególności na robotyce oraz rozwiązaniach typu *smart* wykorzystujących sztuczną inteligencję, powinni dokonać analizy

prawnej oraz biznesowej wprowadzania ww. produktów do obrotu opierając się na aktualnie obowiązujących przepisach w związku z opublikowanymi przez Komisję Europejską dokumentami odnoszącymi się do gospodarki opartej na danych i sztucznej inteligencji.

Szansa dla małych i średnich przedsiębiorców

Szczególnie ważnym z perspektywy małych i średnich przedsiębiorców elementem przedstawionej przez Komisję strategii jest planowane zwiększenie dostępu do narzędzi gospodarki opartej na danych dla tego sektora. Sztandowymi projektami mającymi usprawnić budowanie specjalnych zdolności przez wspomnianych przedsiębiorców oraz działalności typu startup są „Horyzont Europa” i „Cyfrowa Europa”³⁸. Planowane jest także uruchomienie funduszy strukturalnych i inwestycyjnych, których celem będzie wsparcie małych i średnich przedsiębiorców poprzez lepszy dostęp do danych oraz „opracowywanie nowych usług i zastosowań opartych na danych, między innymi poprzez programy inkubacji”³⁹. Warto zatem, aby podmioty zaliczane do MŚP w nadchodzącym czasie obserwowały pojawiające się komunikaty w związku z programami pomocy unijnej oraz

wykorzystały możliwość pozyskania dofinansowania, dzięki któremu możliwe będzie zwiększenie innowacyjności ich działalności przy jednoczesnym obniżeniu kosztów narzędzi usprawniających bezpieczne gromadzenie i analizowanie danych.

Jak dane mogą pomóc środowisku?

Dane i ekologia wydają się być odległymi pojęciami, niemniej w rzeczywistości odpowiednio stymulowany przepływ informacji oraz ich odpowiednie wykorzystanie może stać się narzędziem neutralizującym negatywne skutki gospodarki dla środowiska naturalnego, co uwzględniono wprost w omawianej w niniejszym artykule europejskiej strategii w zakresie danych⁴⁰. Do planów przedstawionych przez Komisję należą:

- 1) uruchomienie inicjatywy „GreenData4All”, ukierunkowanej na wspieranie przejścia na bardziej ekologiczną gospodarkę⁴¹;
- 2) wprowadzenie usług wykorzystujących dane wielokrotnego użytku dla zagwarantowania zgodności z przepisami dotyczącymi ochrony środowiska⁴²;
- 3) stworzenie europejskiej przestrzeni danych na potrzeby inteligentnych aplikacji dla gospodarki oraz opracowanie cyfrowych „paszportów produktów”, mających zapewnić realizację strategii na rzecz promowania zrównoważonych produktów⁴³;
- 4) zainicjowanie projektu pilotażowego mającego na celu dążenie do osiągnięcia zerowego poziomu emisji zanieczyszczeń, dzięki wczesnemu wdrożeniu odpowiedniej strategii zarządzania danymi⁴⁴;
- 5) uruchomienie inicjatywy „Kierunek Ziemia”, który „zaoferuje platformę (...) umożliwiającą wizualizację, monitorowanie i prognozowanie aktywności natury i człowieka (...) w celu wsparcia zrównoważonego rozwoju”⁴⁵.

Wyżej opisane elementy strategii w zakresie danych odnoszące się do realizacji celu w postaci uczynienia z Europy pierwszego na świecie kontynentu neutralnego dla klimatu⁴⁶

są niewątpliwie bardzo ambitne. Niezależnie od ich ostatecznego efektu oraz skuteczności, za ważną dla przedsiębiorców informację należy uznać wysokie prawdopodobieństwo wyróżniania się projektów z dziedziny *data science* implementujących technologie czerpania z zasobów, jakimi są dane na rzecz środowiska i ekologii na poziomie ich ewaluacji w przypadku ubiegania się o odpowiednie dofinansowanie unijne bądź krajowe.

Cyfrowa przyszłość

Prognozowany wzrost poziomu digitalizacji otaczającej nas rzeczywistości na przestrzeni następnych pięciu lat może wydawać się na chwilę obecną szokujący⁴⁷ – ale czy naprawdę jest się czego obawiać? Zapowiedź nadchodzących zmian przez Komisję Europejską stanowi jedynie potwierdzenie stopniowej ewolucji danych, które powoli stają się nową walutą. To z pewnością dobra wiadomość dla przedsiębiorców wyczekujących ułatwień w rozwijaniu innowacyjnych technologii. Kolejnym krokiem milowym będą zmiany prawne, które nadadzą bardziej szczegółowe ramy nowej rzeczywistości cyfrowej. Ale na to musimy jeszcze poczekać.

Karolina Kaim

specjalistka ds. własności intelektualnej, w szczególności w obszarach nowych technologii i prawa amerykańskiego, współpracuje z kancelarią Barta & Kaliński sp. j. w Krakowie

- 1 Renewed Reality, raport Instytutu Infuture; <http://infuture.institute/raporty/renewed-reality/> (data dostępu: 01 czerwca 2020 r.).
- 2 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Kształtowanie cyfrowej przyszłości Europy, Bruksela 2020, COM(2020) 67; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0067&from=PL> (data dostępu: 25 maj 2020 r.).
- 3 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Europejska strategia w zakresie danych, Bruksela 2020, COM(2020) 66; <https://op.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/ac9cd214-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1/language-pl/format-xhtml> (data dostępu: 20 maj 2020 r.).

- 4 Komunikat Komisji (...), Kształtowanie cyfrowej przyszłości Europy, s. 3; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0067&from=PL> (data dostępu: 25 maj 2020 r.).
- 5 Komunikat Komisji (...), Kształtowanie cyfrowej przyszłości Europy, s. 4–16; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0067&from=PL> (data dostępu: 25 maj 2020 r.).
- 6 Komunikat Komisji (...), Europejska strategia w zakresie danych, s. 1, Bruksela 2020, COM(2020) 66; <https://op.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/ac9cd214-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1/language-pl/format-xhtml> (data dostępu: 20 maj 2020 r.).
- 7 Tamże.
- 8 RODO.
- 9 Komunikat Komisji (...), Europejska strategia w zakresie danych, s. 3, Bruksela 2020, COM(2020) 66; <https://op.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/ac9cd214-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1/language-pl/format-xhtml> (data dostępu: 20 maj 2020 r.).
- 10 Biała księga w sprawie sztucznej inteligencji. Europejskie podejście do doskonałości i zaufania, Bruksela 2020, COM(2020) 65, <https://op.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/aace9398-594d-11ea-8b81-01aa75ed71a1/language-pl/format-PDF> (data dostępu: 30 maj 2020 r.).
- 11 Tamże, s. 1.
- 12 Komunikat Komisji (...), Europejska strategia w zakresie danych, s. 4, Bruksela 2020, COM(2020) 66; <https://op.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/ac9cd214-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1/language-pl/format-xhtml> (data dostępu: 20 maj 2020 r.).
- 13 Tamże.
- 14 Tamże.
- 15 Tamże, s. 18.
- 16 Tamże, s. 21.
- 17 Tamże.
- 18 Tamże.
- 19 Tamże, s. 7.
- 20 Tamże.
- 21 Tamże.
- 22 Tamże.
- 23 Tamże, s. 8.
- 24 Tamże.
- 25 Tamże.
- 26 Tamże.
- 27 Tamże.
- 28 Tamże.
- 29 Tamże.
- 30 Tamże.
- 31 Tamże.
- 32 Tamże, s. 6.
- 33 Biała księga w sprawie sztucznej inteligencji (...), s. 14, Bruksela 2020, COM(2020) 65, <https://op.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/aace9398-594d-11ea-8b81-01aa75ed71a1/language-pl/format-PDF> (data dostępu: 30 maj 2020 r.).
- 34 Tamże.
- 35 Tamże, s. 14–15.
- 36 Tamże, s. 15–17.
- 37 Tamże, s. 18.
- 38 Tamże, s. 23.
- 39 Tamże.
- 40 Komunikat Komisji (...), Europejska strategia w zakresie danych, Bruksela 2020, COM(2020) 66; <https://op.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/ac9cd214-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1/language-pl/format-xhtml> (data dostępu: 20 maj 2020 r.).
- 41 Komunikat Komisji (...), Europejska strategia w zakresie danych, s. 28–29, Bruksela 2020, COM(2020) 66; <https://op.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/ac9cd214-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1/language-pl/format-xhtml> (data dostępu: 20 maj 2020 r.).
- 42 Tamże, s. 29.
- 43 Tamże.
- 44 Tamże.
- 45 Tamże.
- 46 Tamże, s. 28.
- 47 The European Data Strategy. Shaping Europe's Digital Future, s. 2–3; https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/attachment/862109/European_data_strategy_en.pdf (data dostępu: 10 czerwca 2020 r.).

Niedozwolone postanowienia umowne w regulaminach sklepów internetowych

Korzyści dla przedsiębiorcy stosującego regulamin wolny od klauzul niedozwolonych

Joanna Lubecka

Prowadzenie działalności handlowej w sieci (e-commerce) wymaga podjęcia szeregu działań przygotowawczych, w tym stworzenia regulaminu sklepu internetowego. Jest to dokument określający warunki i treść umów zawieranych przez przedsiębiorcę z klientami za pośrednictwem Internetu. Regulamin powinien zawierać określone elementy wynikające z szeregu aktów prawnych. W pracy nad jego treścią warto zadać sobie następujące pytania:

- 1) Czy tworząc regulamin sklepu internetowego, przedsiębiorca ma pełną swobodę w określeniu jego postanowień?
- 2) Czy istnieją postanowienia, których przedsiębiorca powinien unikać w regulaminie sklepu internetowego?
- 3) Czym są niedozwolone postanowienia umowne?
- 4) Czy ich stosowanie w treści regulaminu sklepu internetowego może wiązać się z jakimiś zagrożeniami dla przedsiębiorcy?

5) Co zyskuje przedsiębiorca, stosujący regulamin wolny od niedozwolonych klauzul umownych?

Dzisiejszy konsument, w tym ten dokonujący zakupów za pośrednictwem Internetu, ceni sobie przejrzystość reguł określonych przez przedsiębiorcę. Szczególnie w ostatnim czasie wiele mówi się o transparentności dotyczącej e-commerce. Prawidłowy pod względem prawnym regulamin sklepu internetowego może w konsekwencji stanowić jeden z czynników przekładających się na wyniki sprzedażowe danego przedsiębiorcy. Nie bez powodu Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazuje, iż: *Konsument, który przypuszcza, że umowa, którą oferuje mu przedsiębiorca, zawiera postanowienie niedozwolone, powinien zwrócić mu uwagę na ten fakt. W przypadku gdy nie wyraża on zgody na zmianę kwestionowanych punktów kontraktu, najlepiej zmienić kontrahenta*¹.

Należy również wspomnieć o tym, że przedsiębiorca stosujący regulamin sklepu internetowego, który nie zawiera niedozwolonych klauzul umownych, unika także dotkliwych sankcji finansowych mogących być wynikiem naruszenia obowiązujących w tym zakresie zakazów.

Przyjrzyjmy się zatem tematyce dotyczącej niedozwolonych postanowień umownych w regulaminach sklepów internetowych.

Regulamin sklepu internetowego jako wzorzec umowny – konsekwencje prawne

W praktyce klient sklepu internetowego nie ma realnego wpływu na treść regulaminu sklepu internetowego przygotowanego przez przedsiębiorcę. Regulamin jest umieszczany na stronie internetowej sklepu, aby klienci i potencjalni klienci mogli bez trudu zapoznać się z jego treścią i poznać warunki zawarcia ewentualnej umowy. Postanowienia regulaminu nie są jednak uzgadniane z każdym klientem odrębnie przed zawarciem umowy. Tego rodzaju sytuacja mogłaby skutecznie sparaliżować niejedyn biznes funkcjonujący w branży e-commerce. Konsument dokonujący zakupów przez Internet, co do zasady nie może zatem wynegocjować warunków oferowanej umowy. Może on natomiast dokonać wyboru pomiędzy zawarciem umowy lub odrzuceniem tej możliwości. Z tej właśnie przyczyny regulamin sklepu internetowego jest uznawany za wzorzec umowny. Podlega on określonym rodzajom kontroli, które opisano w dalszej części artykułu².



Niedozwolone postanowienia umowne – pojęcie

W pierwszej kolejności ustalmy jednak, czym są niedozwolone postanowienia umowne. Zgodnie z regulacją ustawową, postanowienia umowy zawieranej z konsumentem niezgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami rażąco naruszając jego interesy (niedozwolone postanowienia umowne). Nie dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny³.

Jak widzimy, obie przesłanki decydujące o uznaniu postanowienia za niedozwolone stanowią pojęcia nieostre, czyli trudne do jednoznacznego zdefiniowania. W praktyce ich znaczenie jest ustalane w nauce prawa i orzecznictwie sądów.

Postanowienie niezgodnione indywidualnie

Postanowienia umowne, które nie zostały uzgodnione indywidualnie to te, na które konsument nie miał rzeczywistego wpływu. Dotyczy to w szczególności postanowień umowy przejętych z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta⁴. W tym zakresie obowiązuje zatem domniemanie, że postanowienia przejęte z wzorca umowy (regulaminu) nie zostały uzgodnione indywidualnie. Ciężar dowodu, że dane postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie, spoczywa na tym, kto się na to powołuje⁵. W praktyce będzie to najczęściej przedsiębiorca, usiłujący

W praktyce klient sklepu internetowego nie ma realnego wpływu na treść regulaminu sklepu internetowego.

Regulamin sklepu internetowego jest uznawany za wzorzec umowy.

wykazać, że doszło do związania konsumenta treścią postanowień zawartych w umowie lub wzorcu.

Sprzeczność z dobrymi obyczajami i rażąco naruszenie interesów konsumenta

Przesłankami pozwalającymi na uznanie danego postanowienia za niedozwolone jest też jego sprzeczność z dobrymi obyczajami i rażąco naruszenie interesów konsumenta. Obydwa warunki muszą wystąpić łącznie.

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje, że dla oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia ze sprzecznością z dobrymi obyczajami należy określić, czy przedsiębiorca, który traktowałby konsumenta w sposób sprawiedliwy i słuszny, mógłby spodziewać się, że konsument wyraziłby zgodę na zastosowanie danego postanowienia umownego wzorca umowy po przeprowadzeniu w tym zakresie indywidualnych negocjacji⁶. Klauzula dobrych obyczajów nawiązuje do uczciwych, rzetelnych działań stron, a ich istotą jest szeroko rozumiany szacunek do drugiego człowieka. W konsekwencji za sprzeczne z dobrymi obyczajami uznaje się działania wykorzystujące niewiedzę czy brak doświadczenia drugiej strony lub naruszające równorzędność stron⁷.

TSUE wskazuje także, w jaki sposób należy oceniać, czy w danym przypadku mamy do czynienia z postanowieniem umownym, które w sposób rażąco narusza równowagę stron. Rażąca nierównowaga może wynikać z ograniczenia praw konsumenta przysługujących mu na podstawie umowy, utrudnienia w korzystaniu z tych praw lub nałożenia na niego dodatkowych obowiązków, których nie przewidyują przepisy prawa danego państwa⁸.

Główne świadczenia stron

Kontrola niedozwolonych postanowień umownych nie dotyczy postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały one sformułowane w sposób jednoznaczny. Postanowienia te muszą być zatem transparentne⁹.

Kontrola abstrakcyjna i kontrola incydentalna

Kontrola postanowień, które nie zostały uzgodnione indywidualnie z konsumentem, może mieć charakter tzw. kontroli konkretnej i kontroli abstrakcyjnej. Oba te rodzaje uwzględniają wyżej opisane kryteria oceny niedozwolonych postanowień umownych.

Kontrola incydentalna jest dokonywana w odniesieniu do danego stosunku prawnego, czyli danej umowy jaka została zawarta z konsumentem. Dokonuje się ona zatem w toku sporu toczącego się przed sądem na tle konkretnej umowy zawartej przez przedsiębiorcę z konsumentem. Ten rodzaj kontroli ma na celu ochronę indywidualnych interesów konkretnego konsumenta, który zawarł umowę z przedsiębiorcą¹⁰.

Kontrola abstrakcyjna jest natomiast dokonywana w oderwaniu od konkretnej umowy. Dotyczy ona postanowień wzorca umownego, którym posługuje się przedsiębiorca w relacjach z konsumentami. Obecnie ten rodzaj kontroli jest przeprowadzany w toku postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK na podstawie odpowiednich przepisów ustawy UOKiK. W efekcie tej kontroli Prezes UOKiK wydaje decyzję, w której może uznać postanowienie wzorca umowy za niedozwolone i zakazać jego wykorzystywania, a także określić środki usunięcia trwających skutków naruszenia zakazu¹¹. W przypadku tej kontroli ochronie podlega zatem głównie interes publiczny¹². Prawomocna decyzja o uznaniu postanowienia wzorca umowy za niedozwolone ma skutek wobec przedsiębiorcy, co do którego stwierdzono stosowanie niedozwolonego postanowienia umownego oraz



wobec wszystkich konsumentów, którzy zawarli z nim umowę na podstawie wzorca wskazanego w decyzji¹³.

Możliwe następstwa uznania postanowienia za niedozwolone

Pierwszą sankcją związaną ze stosowaniem niedozwolonych postanowień umownych przez przedsiębiorcę zawierającego umowy z konsumentami jest to, że konsument nie jest nimi związany¹⁴. W tym wypadku strony są związane umową w pozostałym zakresie¹⁵.

Należy również pamiętać, że stosowanie we wzorcach umów zawieranych z konsumentami niedozwolonych postanowień umownych jest zakazane¹⁶. Naruszenie tego zakazu może zakończyć się nałożeniem dotkliwej kary pieniężnej na przedsiębiorcę stosującego niedozwolone postanowienia umowne, której wysokość może sięgać nawet 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary¹⁷.

Przykłady niedozwolonych postanowień umownych – praktyka

Kształtując treść regulaminu sklepu internetowego, warto zatem pamiętać o poszanowaniu równości stron oraz interesu konsumentów. Przechodząc do praktyki – jakie konkretnie postanowienia regulaminu sklepu internetowego mogą stanowić niedozwolone postanowienia umowne?

Zgodnie z regulacją kodeksową¹⁸ w razie wątpliwości uważa się, że niedozwolonymi postanowieniami umownymi są te, które w szczególności:

- 1) wyłączają lub istotnie ograniczają odpowiedzialność względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania;
- 2) uzależniają zawarcie, treść lub wykonanie umowy od zawarcia innej umowy, niemającej bezpośredniego związku z umową zawierającą oceniane postanowienie;

- 3) uprawniają kontrahenta konsumenta do jednostronnej zmiany umowy bez ważnej przyczyny wskazanej w tej umowie;
- 4) wyłączają obowiązek zwrotu konsumentowi uiszczonej zapłaty za świadczenie niespełnione w całości lub części, jeżeli konsument zrezygnuje z zawarcia umowy lub jej wykonania;
- 5) nakładają wyłącznie na konsumenta obowiązek zapłaty ustalonej sumy na wypadek rezygnacji z zawarcia lub wykonania umowy;
- 6) przewidują wyłącznie dla kontrahenta konsumenta jednostronne uprawnienie do zmiany, bez ważnych przyczyn, istotnych cech świadczenia.

W przypadku wątpliwości, czy dane postanowienie stanowi niedozwoloną klauzulę umowną, można posłużyć się informacjami publikowanymi na stronie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w szczególności wpisom zawartym w rejestrze klauzul niedozwolonych lub bazie decyzji Prezesa UOKiK¹⁹.

Przyjrzyjmy się zatem kilku przykładom postanowień, jakie zostały uznane za niedozwolone.

• „(...)”²⁰ zastrzega sobie prawo do zmiany treści niniejszego regulaminu bez uprzedzenia”

Postanowienie to zostało wpisane do rejestru klauzul niedozwolonych pod numerem: 5066. Zgodnie z treścią wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17 kwietnia 2013 roku, sygn. akt: XVII AmC 4148/12 – postanowienie to może wywoływać po stronie konsumenta mylne wyobrażenie, co do przysługujących mu praw. Wątpliwości mogą się przecież pojawić w sytuacji, gdy konsument złoży zamówienie, zaś w trakcie jego realizacji obowiązujący regulamin zostanie przez przedsiębiorcę zmieniony. Brak jednoznacznego wskazania, który regulamin ma zastosowanie we wskazanym przypadku godzi w interesy konsumenta. Konsument może bowiem nie mieć możliwości wcześniejszego zapoznania się z nową treścią regulaminu czy też jej zaakceptowania. Co więcej dokonywanie zmian bez przyczyny rodzi niepewność po stronie konsumenta co do warunków dokonywanych usług. Można bowiem z łatwością wyobrazić sobie, że konsument podjął

decyzję o dokonaniu zakupu w danym sklepie np. z uwagi na czas realizacji dostawy. Po złożeniu zamówienia sklep internetowy zmienia regulamin i zmienia czas realizacji dostaw. Jak podkreślił Sąd: *Taka arbitralność uprawnień stawia konsumenta w pozycji petenta, zaskakiwanego, nieposzanowanego, narażonego na koszty (telefony), który albo chce odzyskać zwrot płatności, albo proszącego o szybszą realizację dostawy.*

• „Towar do zwrotu przyjmujemy wyłącznie w oryginalnym opakowaniu”

Postanowienie to zostało wpisane do rejestru klauzul niedozwolonych pod numerem 5301. Dlaczego zostało ono uznane za niedozwolone? Zgodnie z treścią rozstrzygnięcia²¹ jakie zapadło w sprawie, ograniczenie prawa do zgłoszenia niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową przez wymóg dostarczenia towaru w oryginalnym opakowaniu jest przejawem nadużywania przez przedsiębiorcę uprzywilejowanej pozycji kontraktowej profesjonalisty liczącego na brak świadomości prawnej konsumenta.

• „Podstawą przyjęcia reklamacji jest dowód zakupu towaru (paragon fiskalny lub faktura VAT)”

Postanowienie to zostało wpisane do rejestru klauzul niedozwolonych pod numerem 4242. W treści rozstrzygnięcia Sadu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów²² jakie zapadło w sprawie, Sąd przypomniał, że rolą kontroli abstrakcyjnej wzorca umowy jest weryfikacja „przywzwoitości” wzorca zachowań przedsiębiorców wobec konsumentów. Sąd ocenia zatem, jak wyglądałyby prawa lub obowiązki konsumenta przy braku danej klauzuli umownej, która jest poddawana ocenie. Ustala, czy sytuacja ta była by dla konsumenta lepsza. Omawiane postanowienie zostało uznane za abuzywne, z uwagi na to, że zmusza ono konsumenta do przedkładania określonych dowodów, aby przedsiębiorca ustosunkował się do jego żądania, pomimo że ustawodawca takiego obowiązku nie nałożył.

• „(...)”²³ nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie lub niedostarczenie zamówienia w wybranym przez Klienta terminie w wyniku wydarzeń i sytuacji, na które nie ma wpływu”

Na mocy decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia



30 grudnia 2019 r., numer: RKT – 13/2019, wyżej wymienione klauzula została uznana za niedozwolone postanowienie umowne i zakazano jego wykorzystywania. Jak wskazał Prezes UOKiK, działanie przedsiębiorcy stosującego tego rodzaju postanowienie umowne w sposób rażąco narusza interesy konsumenta, którego zamówienie zostało dostarczone po upływie terminu wynikającego z umowy albo nie zostało dostarczone, z uwagi na to, że sprzedawca na podstawie powyższego postanowienia wyłączył swoją odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zobowiązania lub niewykonanie zobowiązania. W tej sytuacji konsument nie otrzyma zamówionego towaru albo realizacja jego zamówienia zostanie opóźniona i mimo tego nie będzie mógł on uzyskać od przedsiębiorcy żadnego odszkodowania za niewłaściwe wykonanie umowy lub brak jej wykonania. W konsekwencji, gdyby wobec konsumenta zastosowanie miały ogólne przepisy prawa, byłby on w lepszej sytuacji, niż gdyby zastosowano wobec niego kwestionowane postanowienie wzorca.

„Różnice między rzeczywistym wyglądem produktu, a jego zdjęciem na stronie internetowej (...)”²⁴ nie mogą być podstawą reklamacji i zwrotu zakupionego towaru”.

Postanowienie to pochodzi z tej samej decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 grudnia 2019 roku, numer: RKT – 13/2019²⁵. Wyłącza ono odpowiedzialność przedsiębiorcy za różnice pomiędzy zdjęciami oferowanych produktów a ich rzeczywistym wyglądem, przesądzając, że takie różnice nie uprawniają do składania reklamacji. Jak wskazał Prezes UOKiK, oceniane postanowienie było sprzeczne z dobrymi obyczajami, ponieważ kształtowało sytuację konsumenta w sposób mniej korzystny niż miało by to miejsce na podstawie ogólnych przepisów prawa. Dobry obyczaj, który został naruszony w tym wypadku, to wykorzystywanie przewagi kontraktowej przez przedsiębiorcę, który stworzył wzorec umowy. Tymczasem zgodnie z regulami ogólnymi, konsument ma prawo dochodzenia od sprzedawcy roszczeń wynikających z różnic między rzeczywistym wyglądem produktu a jego zdjęciem na stronie internetowej sklepu. Z uwagi na to, uprawnienie to nie może zostać wyłączone ani ograniczone postanowieniami wzorca.



Podsumowanie

Jak widzimy, praca nad regulaminem sklepu internetowego wymaga uwzględnienia zarówno elementów niezbędnych, które powinny się w nim znaleźć, jak i także refleksji nad tym, czego przedsiębiorca powinien unikać w jego treści.

W kolejnej publikacji dotyczącej e-commerce zajmiemy się klauzulami dotyczącymi jurysdykcji sądu i prawa właściwego w regulaminach sklepów internetowych.

Joanna Lubecka

adwokat, Kancelaria Lubecka.Law

1 Cytat pochodzi ze strony [www: https://www.uokik.gov.pl/niedozwolone_klauzule.php](https://www.uokik.gov.pl/niedozwolone_klauzule.php).
 2 K. Chałubińska-Jentkiewicz, J. Taczowska-Olszewska, Świadczenie usług drogą elektroniczną. Komentarz, Warszawa 2019.
 3 Art. 3851 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145), zwanej dalej: „KC”.
 4 Art. 3851 § 3 KC.
 5 Art. 3851 § 4 KC.
 6 Tak: TSUE w wyroku z dnia 14 marca 2013 r., Aziz, C-415/11 oraz red. prof. ucz. UW dr hab. Konrad Osajda [w] Kodeks cywilny. Komentarz, 2020, wyd. 25.
 7 E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 9, Warszawa 2019.
 8 Tak: TSUE w wyroku z dnia 16 stycznia 2014 roku, Constructora Principado, C-226/12.
 9 W praktyce ustalenie co stanowi główne, a co uboczne świadczenie stron może sprawiać trudności. Tytułem przykładu w nauce prawa podnosi się, że odsetki za opóźnienie zapłaty ceny nie dotyczą świadczenia głównego, lecz ubocznego, wskazując jednocześnie, że w przypadku klauzul waloryzacyjnych, których

zastosowanie wpływa na wysokość świadczenia głównego, formułowanie podobnego wniosku nie wydaje się zasadne – tak: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 9, Warszawa 2019.

10 M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626. Wyd. 2, Warszawa 2019.
 11 Art. 23b ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369), zwanej dalej: „ustawa OKiK”.
 12 M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626. Wyd. 2, Warszawa 2019.
 13 Art. 23d ustawy OKiK.
 14 Zgodnie z Art. 3851 § 1 KC.
 15 Zgodnie z Art. 3851 § 2 KC.
 16 Art. 23a ustawy UOKiK.
 17 Zgodnie z art. 106 ust. 1 punkt 3a ustawy UOKiK, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 23a tejże ustawy.
 18 Otwarty katalog zawarty w art. 3853 KC.
 19 Zgodnie z informacją opublikowaną na stronie internetowej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: https://www.uokik.gov.pl/rejestr_klauzul_niedozwolonych2.php *Do rejestru wpisywane były postanowienia umowne uznane za niedozwolone prawomocnym wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) przed 17.04.2016 r., czyli przed wejściem w życie znolizowanej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Obecnie, ze względu na zmianę modelu kontroli abstrakcyjnej postanowień wzorców umowy z sądowej na administracyjno-sądową realizowaną przez Prezesa UOKiK, do rejestru trafiają klauzule tylko w tych sprawach, w których wniesiono pozwy do SOKiK przed 17.04.2016 r. W nowych sprawach rozstrzygnięcia dotyczące stosowania niedozwolonych postanowień wzorców umowy wynikają z decyzji Prezesa UOKiK i publikowane są w bazie decyzji na stronie internetowej Urzędu.*
 20 Oznaczenie przedsiębiorcy, którego dotyczyło postępowanie.
 21 Wyrok Sądu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 27 lipca 2012 r., sygn. akt: XVII AmC 4880/11.
 22 Wyrok z dnia 26 października 2012 r., sygn. akt: XVII AmC 3998/12.
 23 Oznaczenie przedsiębiorcy, którego dotyczyło postępowanie.
 24 Oznaczenie przedsiębiorcy, którego dotyczyło postępowanie.
 25 Decyzja wymienia także inne klauzule, które zostały uznane za niedozwolone w ramach tego postępowania.



Prawo a komercyjne wykorzystanie znanych postaci fikcyjnych

Co jest dozwolone?

Jarosław Jeziński

Istnieją postacie fikcyjne znane na całym świecie, jak choćby Superman, Harry Potter czy Darth Vader. Jak to bywa z popularnością wiążą się duże pieniądze. Sławni bohaterowie przyciągają setki zainteresowanych, przez co niosą ze sobą ogromną wartość marketingową. Z tego względu wielu przedsiębiorców próbuje uatrakcyjnić swoje produkty i marki, wykorzystując do tego wizerunki lub nazwy znanych postaci. Z pewnością dużo atrakcyjniejsze dla młodego klienta będą bowiem zeszyty czy plecaki z wizerunkiem Spider-Mana niż zwykłe, „szare” akcesoria szkolne. Taki sposób działania jest znany na całym świecie już od wielu lat, a funkcjonuje on pod nazwą *character merchandising*. Zgodnie z definicją zaproponowaną przez Światową Organizację Własności Intelektualnej jest to „adaptacja lub ponowne

wykorzystanie przez twórcę fikcyjnej postaci, lub przez rzeczywistą osobę, lub przez jeden spośród upoważnionych podmiotów trzecich, istotnych cech charakterystycznych tejże postaci lub osoby w odniesieniu do pewnych dóbr i/lub usług, mające na celu wytworzenie w potencjalnych konsumentach potrzeby pozyskania tych dóbr i/lub usług ze względu na przywiązanie konsumenta do tej postaci”. *Character merchandising* może zatem polegać na marketingowym wykorzystaniu wizerunków sławnych osób fizycznych (przeważnie celebrytów) albo właśnie nazw lub wizerunków znanych postaci fikcyjnych.

Skoro takie zabiegi przedsiębiorców są zjawiskiem powszechnym, to powstaje pytanie, czy takie działanie jest

dozwolone, tzn. czy można np. wyprodukować i sprzedawać koszulki z podobną Myszki Miki? Czy potrzebna jest do tego jakaś zgoda? Czy prawo w jakikolwiek sposób chroni wizerunek bądź nazwę postaci fikcyjnej?

Prawnoautorska ochrona postaci fikcyjnych

Postacie fikcyjne mogą być objęte ochroną na podstawie prawa autorskiego, prawa własności przemysłowej oraz na podstawie przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Za podstawową formę ochrony należy uznać ochronę prawnoautorską. Przysługuje ona bowiem bez konieczności



dopełnienia jakichkolwiek formalności, np. bez konieczności rejestracji we właściwym urzędzie, w przeciwieństwie do ochrony postaci na gruncie prawa własności przemysłowej jako znaku towarowego. Jednocześnie ta forma ochrony budzi najwięcej wątpliwości i rodzi najwięcej pytań praktycznych.

W ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych² nie ma szczególnych przepisów, które regulowałyby wprost ochronę postaci fikcyjnych, ale taka możliwość wynika z przepisów ogólnych. Przypomnijmy, że zgodnie z art. 1 ust. 1 ww. ustawy, prawo autorskie chroni „utwór”, czyli przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci. Dopuszczalność ochrony prawnoautorskiej bohaterów fikcyjnych potwierdza również doktryna prawna oraz orzecznictwo. Tytułem przykładu można wskazać na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 grudnia 1974 r.³, w którym stwierdzono: „Ochronie prawa autorskiego podlega nie temat, lecz jego indywidualizacja (postać i koncepcja bohatera oraz innych postaci, ich losy, określone sytuacje, opisy itp.)”. Tezę tę potwierdził Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 3 października 2007 r.⁴ Orzeczenie dotyczyło wykreowanej przez autora audycji radiowej fikcyjnej postaci „Stefana Bąka”. Rozstrzygnięcie oparto na następujących ustaleniach i wnioskach: autor audycji, który sam wcielił się w ową postać fikcyjną, nadał jej cechy charakterystyczne dla życiowego nieudacznika, prowincjonalnego filozofa i poety, z własnymi przemyśleniami i logiką. Postać ta była utożsamiana z człowiekiem prymitywnym – „wieśniakiem”, który mieszkał w „chałupinie” razem z matką. Jego głos był charakterystyczny dla orientacji homoseksualnej, z szelestnym zmiękczeniem głosek, na wyższym tonie i był diametralnie różny od głosu autora audycji. Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie w tej sprawie, Sąd Najwyższy stwierdził m.in., iż: „Stworzenie postaci fikcyjnej, o cechach życiowego nieudacznika, prowincjonalnego filozofa, prezentującej na antenie radiowej improwizowane przez jej twórcę – kreatora teksty kabaretowe, stanowi przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze i spełnia konieczne przesłanki utworu w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.”

Aby postać fikcyjna mogła zostać objęta ochroną na podstawie prawa autorskiego, musi przede wszystkim spełniać ogólne przesłanki ustalenia i oryginalności. Trzeba przy tym wyjaśnić, iż postać fikcyjna może być chroniona na podstawie prawa autorskiego w dwojaki sposób. Po pierwsze – jako integralna część danego dzieła. Wówczas stworzony bohater jest chroniony wraz z całym utworem, na ogólnych zasadach, a wykorzystanie jego nazwy lub wizerunku może stanowić naruszenie prawa do integralności utworu. Po drugie – jako sama postać oderwana od całego utworu, fabuły i treści. Drugi sposób ochrony jest oczywiście szerszy i mocniejszy od ochrony ujętej w ramach utworu głównego. Aby postać fikcyjna mogła być chroniona niezależnie od utworu podstawowego, jako osobny utwór, musi zaistnieć samodzielnie w świadomości odbiorców, musi posiadać pewne niezmiennie cechy i musi być rozpoznawalna⁵. Jak określa się w literaturze – **postać fikcyjna jest oderwana od utworu głównego, jeżeli tworzy osobny, rozpoznawalny byt**⁶. Jednocześnie musi to być postać oryginalna, obiektywnie nowa. Wykreowany bohater nie może być jedynie postacią stereotypową, brak bowiem w tym przypadku przesłanki oryginalności, rozpatrywanej tutaj poprzez pryzmat obiektywnej nowości, która pozwoliłaby na wyodrębnienie takiej postaci spośród innych tego samego rodzaju.

Duże znaczenie w perspektywie ochrony prawnej postaci fikcyjnych będzie miało to, jakiego rodzaju jest to postać. W doktrynie prawniczej, w aspekcie ochrony prawnoautorskiej, wskazuje się na trzy rodzaje postaci fikcyjnych:

- 1) **bohater przedstawiony w dziele literackim** (np. Sherlock Holmes, Frodo Baggins),
- 2) **postać w twórczości plastycznej**, czyli występująca w bajkach animowanych czy komiksach (np. Kaczor Donald, Batman, Asteriks),
- 3) **bohater utworu audiowizualnego**, który częstokroć jest tworzony na podstawie pierwowzoru literackiego lub komiksowego (np. James Bond, Superman)⁷.

Istotna różnica rysuje się pomiędzy bohaterami literackimi a bohaterami przedstawionymi w twórczości plastycznej i w utworach audiowizualnych. Zaważmy, że postaci z tej drugiej grupy,

czyli np. postaci komiksowe czy filmowe, są „dookreślone”, tzn. ich wygląd, zachowanie, są skonkretyzowane, nie ma tutaj zbyt szerokiego pola do interpretacji. Zupełnie inaczej wygląda konstrukcja bohatera literackiego. W tym przypadku dostajemy od autora utworu szereg informacji dotyczących danej postaci, niejednokrotnie rozsianych po całym dziele literackim, które tę postać budują. Zazwyczaj dany bohater otrzymuje imię i nazwisko bądź pseudonim, opisany jest jego wygląd zewnętrzny, charakter, zachowania. Ale stopień szczegółowości opisu określonej postaci może być różny⁸. Sedno tkwi w tym, że dla skutecznej ochrony prawnej opis ten musi być na tyle precyzyjny i oryginalny, że stworzony bohater będzie stanowił odrębny, rozpoznawalny, niezależnie od dzieła głównego, byt. Wszystko to musi się zadziać po to, że gdy określona postać fikcyjna pojawia się niezależnie od dzieła głównego, to odbiorca wie, że jest to np. Harry Potter, a nie „jakiś młody czarodziej”.

Podobnie do kwestii ochrony prawnej postaci fikcyjnych odnosi się prawo w Stanach Zjednoczonych. W orzecznictwie sądów amerykańskich podkreśla się konieczność rozbudowania i dopracowania charakterystyki danego bohatera. Jak stwierdzono w jednym z orzeczeń – „im mniej rozwinięte są postaci, tym mniejszy będzie zakres ich ochrony prawnej. To konsekwencje, które ponosi autor za zbyt ogólne nkreślenie postaci”⁹. W innym orzeczeniu zwrócono uwagę na to, że postać nie może uzyskać ochrony prawnoautorskiej, gdy jest jedynie „pionkiem przedstawiającym historię”. Dla uzyskania ochrony, to postać powinna tworzyć opowiadaną historię¹⁰. Wydaje się zatem, że orzecznictwo sądów amerykańskich stawia nieco wyższe wymagania dla objęcia ochroną prawnoautorską postaci fikcyjnych. Ogólne założenia ochrony postaci fikcyjnych w prawie polskim i amerykańskim są jednak podobne. Przypomnijmy, że zgodnie z poglądami wyrażonymi w doktrynie polskiego prawa autorskiego, aby bohater fikcyjny został objęty ochroną prawną niezależnie od utworu głównego, powinien tworzyć osobny, rozpoznawalny byt. To założenie w konsekwencji prowadzi do tego, że charakterystyka danej postaci, podobnie jak w prawie amerykańskim, nie może być jedynie



powierzchnowa, musi być dostatecznie rozbudowana i oryginalna.

Niewątpliwie dużo łatwiejsza w interpretacji będzie ochrona postaci wyrażonych w formie plastycznej (czyli np. bohaterów komiksowych czy kreskówkowych) niż bohaterów literackich, zwłaszcza w odniesieniu do wyglądu danej postaci. Ochrona prawnoautorska, poza wspomnianym elementem wyglądu, może obejmować również takie elementy postaci jak jej cechy charakteru, poglądy, nawyki czy charakterystyczne gesty.

Dozwolony użytek chronionych postaci fikcyjnych

Objęcie ochroną prawnoautorską postaci fikcyjnych oznacza, że co do zasady nie możemy wykorzystywać tych postaci bez zgody podmiotu uprawnionego do dysponowania prawami autorskimi. Czyli nie możemy np. stworzyć gry komputerowej, której bohaterem będzie Batman, nie możemy stworzyć logo firmy, na którym będzie przedstawiona Myszka Miki.

Trzeba jednak wskazać, że istnieją pewne wyjątki wynikające z przepisów ogólnych, pozwalające na wykorzystanie chronionych przez prawo utworów, w tym postaci fikcyjnych. Jako pierwszy należy wymienić **dozwolony użytek osobisty**. Zgodnie z art. 23 Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wolno nieodpłatnie korzystać z rozpowszechnionego utworu w zakresie własnego użytku osobistego. Komentując tę instytucję, warto podkreślić, że jej beneficjentem może być jedynie osoba fizyczna, czyli osoby prawne nie mogą powołać się na tę regulację. Zakres własnego użytku osobistego obejmuje korzystanie z pojedynczych egzemplarzy utworów przez krąg osób pozostających w związku osobistym, w szczególności pokrewieństwa, powinowactwa lub stosunku towarzyskiego. Co najistotniejsze własny użytek osobisty w ogóle nie może służyć celom komercyjnym¹¹. Omawiana instytucja pozwala zatem np. na wykonanie na własny użytek koszulki z wizerunkiem Kaczora Donalda czy też uszycie

kostiumu Batmana na szkolny „bal przebierańców” lub na imprezę cosplayu. Natomiast niedozwolone jest podejmowanie działań handlowych i działań nakierowanych na osiągnięcie zysku, czyli np. sprzedaż koszulek z wizerunkiem określonego bohatera.

Kolejnym wyjątkiem pozwalającym na korzystanie z chronionego utworu bez zezwolenia uprawnionego podmiotu jest **wykorzystanie takiego dzieła na potrzeby parodii, pastiszu lub karykatury**, w zakresie uzasadnionym prawami tych gatunków twórczości. Jako przykład takiego dozwolonego działania można wymienić choćby tworzenie prześmiewczych memów internetowych. Natomiast z dużą ostrożnością należy podchodzić do wykorzystania parodii czy karykatury danego utworu w celach komercyjnych, np. w reklamie. Wprawdzie w doktrynie wyraża się pogląd, że wykorzystanie w reklamie cudzego utworu – jeśli jest to podyktowane celami satyrycznymi, polemicznymi lub parodią – jest dopuszczalne¹², ale jest to ocena dokonana jedynie w perspektywie prawa autorskiego. Natomiast niejednokrotnie utwór chroniony na gruncie prawa autorskiego będzie stanowił jednocześnie zarejestrowany znak towarowy, co zazwyczaj będzie uniemożliwiało jego eksploatację w celach komercyjnych, nawet w formie parodii czy karykatury. Dotyczy to oczywiście również postaci fikcyjnych, których wizerunek lub nazwa mogą być zarejestrowane jako znak towarowy, o czym szerzej w dalszej części tekstu.

Inspiracja znanymi postaciami

Wyjaśniając zagadnienie prawnoautorskiej ochrony postaci fikcyjnych trzeba również wspomnieć o jednej z podstawowych zasad prawa autorskiego, zgodnie z którą prawo autorskie nie chroni pomysłu, na podstawie którego powstał dany utwór. To oznacza, że nie ma żadnych przeszkód do tego, żeby stworzyć kolejną postać superszipiega (jak James Bond), błyskotliwego detektywa (jak Sherlock Holmes czy Herkules Poirot) czy nawet bohatera, który pod wpływem złości zamienia się w wielkiego

stworu o nadludzkiej sile i wytrzymałości (jak Hulk).

Innymi słowy, tworząc nasz utwór (postać fikcyjną), możemy inspirować się cudzym utworem. Tak stworzone dzieło nazywane jest **utworem inspirowanym**. Jest to taki utwór, przy tworzeniu którego wykorzystujemy dzieło już istniejące, ale nie przejmujemy od niego elementów chronionych prawem autorskim, czyli przejmujemy np. właśnie jedynie pomysł lub styl). Natomiast kiedy tworząc własne dzieło, przejmujemy z dzieła macierzystego elementy twórcze, to wtedy mamy do czynienia z tzw. **utworem zależnym**. Utworem zależnym jest np. tłumaczenie, przeróbka, adaptacja. Do stworzenia utworu inspirowanego, jak również do korzystania z takiego utworu oraz rozporządzania nim, nie jest potrzebna zgoda podmiotu uprawnionego do dzieła inspirowanego. Natomiast do rozporządzania i korzystania z utworu zależnego potrzebne będzie zezwolenie twórcy utworu pierwotnego, chyba że autorskie prawa majątkowe do utworu pierwotnego wygasły. Jak można się domyślić, problemem będzie przede wszystkim rozróżnienie w praktyce – czy mamy do czynienia jedynie z inspiracją cudzym utworem, czy może doszło już do niedozwolonego przejęcia elementów twórczych z dzieła pierwotnego. Tego dylematu nie da się jednak rozstrzygnąć *in abstracto*, za każdym razem trzeba analizować konkretny przypadek.

Znak towarowy, czyn nieuczciwej konkurencji

W niniejszym artykule skupiono się przede wszystkim na ochronie postaci fikcyjnych w perspektywie prawa autorskiego. To zagadnienie budzi bowiem w praktyce najwięcej wątpliwości, jednocześnie ochrona prawnoautorska jest podstawową formą ochrony postaci fikcyjnych. Natomiast warto wspomnieć, że postacie fikcyjne mogą być chronione również na podstawie prawa własności przemysłowej – jako znaki towarowe oraz na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Postać fikcyjna, a w zasadzie jej nazwa czy wizerunek, może być zarejestrowana jako znak towarowy. Przykłady





Jak wyjaśniono powyżej, postacie fikcyjne mogą być chronione na wielu polach. Najpewniejszym i najłatwiej weryfikowalnym sposobem ochrony jest ochrona na podstawie prawa własności przemysłowej. Jednakże nawet jeśli zweryfikujemy, że dana postać nie jest zarejestrowana jako znak towarowy, to przeważnie będzie ona objęta ochroną prawnoautorską – bądź jako integralna część utworu głównego, bądź – po spełnieniu bardziej rygorystycznych warunków – jako odrębny i niezależny utwór.

Jarosław Jezierski

adwokat, specjalizuje się w prawie własności intelektualnej oraz prawie ochrony danych osobowych. Współwłaściciel kancelarii CleverLaw – Świerczek Jezierski Kancelaria Prawna. Współautor bloga sjezierski.pl, traktującego o IT zarówno w ujęciu technicznym, jak i prawnym

takich znaków możemy znaleźć zarówno w polskiej, jak i w unijnej bazie znaków towarowych. Jako znaki towarowe Unii Europejskiej zarejestrowane zostały np. nazwy i plastyczne przedstawienia następujących postaci: Mickey Mouse, Donald Duck, Hulk, Spider-Man. Aby sprawdzić, czy dana postać fikcyjna jest zarejestrowana jako znak towarowy, możemy skorzystać z ogólnodostępnych wyszukiwarek, np. znajdujących się na stronie internetowej EUIPO¹³.

Chcąc wykorzystać w swojej działalności gospodarczej postać zarejestrowaną jako znak towarowy, trzeba będzie uzyskać zgodę podmiotu, któremu przysługuje prawo ochronne do takiego znaku. Do wykorzystania niekomercyjnego (czyli np. w ramach wcześniej wspomnianego cosplayu) oczywiście taka zgoda nie jest potrzebna. Trzeba przy tym pamiętać, że reżimy ochrony prawnoautorskiej i ochrony znaków towarowych funkcjonują obok siebie, są niezależne. To znaczy, że mogą na przykład zaistnieć takie sytuacje, gdzie wykorzystanie określonej postaci będzie dopuszczalne na gruncie prawa autorskiego, ale takie zachowanie będzie stanowiło naruszenie prawa do znaku

towarowego. Rejestracja fikcyjnego bohatera jako znaku towarowego niewątpliwie jest pewniejszą formą ochrony, ponieważ prawa do określonej nazwy czy wizerunku postaci są wówczas potwierdzone wprost świadectwem ochronnym. W konsekwencji ułatwia to prowadzenie ewentualnych sporów dotyczących wykorzystania przez inne podmioty określonej postaci.

Na koniec warto dodać, że **narzędziem służącym do walki z samowolnym wykorzystaniem postaci fikcyjnych w działalności gospodarczej przez inne przedsiębiorcę mogą być również przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji**. Takie działanie może bowiem zostać potraktowane jako wprowadzające w błąd co do tożsamości przedsiębiorstwa czy też jako wprowadzająca w błąd reklama.

Podsumowanie

Wykorzystanie znanych postaci fikcyjnych w działaniach o charakterze komercyjnym, bez zgody podmiotu uprawnionego, będzie przeważnie niemożliwe.

- 1 „The adaptation or secondary exploitation, by the creator of a fictional character or by a real person or by one of several authorised third parties, of the essential personality features of a character in relation to various goods and/or services with a view to creating in prospective consumers a desire to acquire those goods and/or services because of the consumer's affinity to that character” – WIPO Report on Character Merchandising (1994), https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/wo_inf_108.pdf.
- 2 Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1231 z późn. zm. (dalej jako: „ustawa o prawie autorskim” lub „pr. aut.”).
- 3 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 grudnia 1974 r., I CR 659/74, LEX nr 64198.
- 4 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2007 r., II CSK 207/07, LEX nr 527097.
- 5 K. Grzybczyk, Prawnoautorska ochrona postaci fikcyjnej, MOP 1997, nr 6, s. 235.
- 6 I. Matusiak, Postaci świata wirtualnego w prawie autorskim, Przegląd Prawa Handlowego 2009, nr 7, s. 35–43, za: M. Podolska, Postać fikcyjna jako przedmiot ochrony prawnoautorskiej, Biuletyn SAWP KUL t. XIII, 15 (2) 2018, s. 241.
- 7 Zob. K. Grzybczyk, op. cit., s. 234.
- 8 *Ibidem*.
- 9 „It follows that the less developed the characters, the less they can be copyrighted; that is the penalty an author must bear for marking them too indistinctly” – Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).
- 10 Warner Bros. Pictures, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys. Inc., 216 F.2d (9th Cir. 1954).
- 11 W. Machała, Dozwolony użytek prywatny w polskim prawie autorskim, Warszawa 2003, s. 68–71.
- 12 J. Barta, R. Markiewicz, Prawo autorskie, Warszawa 2016, s. 245.
- 13 <https://euiipo.europa.eu/ohimportal/pl/search-availability>.

Oferty współpracy

Chorwacja

Chorwacka firma zajmująca się dystrybucją produktów naturalnych poszukuje producentów ekologicznej żywności. Produkty dostarczone przez dostawców mają mieć postać proszku, tabletek lub kapsułek. Wyroby mogą być umieszczone w opakowaniach kartonowych, woreczkach foliowych lub kubkach dowolnej wielkości. Firma oferuje współpracę w ramach umowy o świadczenie usług dystrybucyjnych. Numer referencyjny BRHR20200803001

Czechy

Czeskie przedsiębiorstwo prowadzące działalność badawczo-rozwojową w zakresie rozwiązań technologicznych służących do separacji i oczyszczania różnych mieszanin cieczy, roztworów i gazów, opracowało moduł do elektrodejonizacji w celu produkcji ultraczystej wody dla przemysłu energetycznego, półprzewodnikowego i chemicznego. Moduł jest obudowany metalowymi płytami zapewniającymi szczelność i sztywność mechaniczną. Płyty te są wykonane ze stopu aluminium. Aktualnie firma jest zainteresowana zastąpieniem aluminiowych płyt nowym materiałem, który gwarantowałby utrzymanie jakości produktu. Firma nie ma jeszcze dokładnych preferencji co do materiału, ale w szczególności jest zainteresowana wykorzystaniem tworzyw sztucznych, kompozytów i druku 3D. Firma oferuje współpracę na podstawie umowy handlowej ze wsparciem technicznym. Numer referencyjny TRCZ20200806001

Francja

Francuska firma farmaceutyczna specjalizująca się w lekach weterynaryjnych poszukuje podwykonawcy do produkcji sterylnej żeli w 75-gramowej tubie aluminiowej. Poszukiwany partner musi mieć doświadczenie i wiedzę w zakresie weterynarii, jak również przestrzegać standardów GMP (ang. Good Manufacturing

Practice). Firma oferuje współpracę w oparciu o umowę produkcyjną. Numer referencyjny TRFR20200720001

Grecja

Firma z Grecji, będąca jednym z największych w Europie producentów kabli wysokiego napięcia, poszukuje rozwiązań technologicznych do pomiaru temperatury kabli (w skali od 0 do 150°C) w celu oceny poziomu ich integralności pod napięciem. Firma oferuje współpracę na podstawie umowy o współpracy handlowej. Numer referencyjny TRGR20200408001

Hiszpania

Hiszpańska firma specjalizująca się w projektowaniu i produkcji izolacji termicznych, termo-akustycznych i elektromagnetycznych dla przemysłu motoryzacyjnego, w celu poprawy izolacji, redukcji hałasu i tłumienia drgań części metalowych, poszukuje innowacyjnych technologii natryskowych. Rozwiązanie musi zapewnić szybkie schnięcie i elastyczność po aplikacji. Firma oferuje współpracę na podstawie umowy licencyjnej. Numer referencyjny TRES20200608001

Holandia

Holenderska firma specjalizująca się w produkcji innowacyjnych, wysokiej jakości nawozów poszukuje technologii mogących zwiększyć efektywność stosowania nawozów w rolnictwie. Firma oferuje współpracę na podstawie umowy licencyjnej lub technologicznej z innymi przedsiębiorstwami, jednostkami naukowymi, jak również indywidualnymi ekspertami w dziedzinie rolnictwa, efektywności upraw i nawozów. Numer referencyjny TRNL20200423001

Litwa

Litewskie przedsiębiorstwo działające w sektorze budowlanym, opracowuje

technologię produkcji modułowych bloczków budowlanych łączących geopolimer, plastik i poliuretan w jednym procesie technologicznym. Firma poszukuje maszyny do mieszania i warstwowego natryskiwania poliuretanu w trakcie produkcji bloczków na drukarce 3D. Litewska firma oferuje umowę o współpracy technicznej. Numer referencyjny TRLT20200610001

Niemcy

Niemiecka firma zajmująca się produkcją wysokiej jakości mebli i elementów meblowych poszukuje partnerów wyspecjalizowanych w projektowaniu z wykorzystaniem oprogramowania IMOS (rozwiązania programowe dla przemysłu meblowego i wnętrz). Firma oferuje długoterminową umowę serwisową lub outsourcingową. Numer referencyjny BRDE20190612001

Wielka Brytania

Przedsiębiorstwo z Wielkiej Brytanii poszukuje elastycznego materiału zatrzymującego ciepło, który można zastosować do węży hydraulicznych. Materiał powinien być wytrzymały i zdolny do zatrzymywania ciepła w wężu nawet w temperaturach otoczenia poniżej zera. Firma poszukuje partnera na podstawie umowy o współpracy technologicznej. Numer referencyjny TRUK20190902001

Włochy

Włoska firma z siedzibą w Neapolu, specjalizująca się w produkcji odzieży, obuwia i akcesoriów do ochrony osobistej, poszukuje dystrybutorów w rozbudowaną siecią kontaktów wśród organów administracji publicznej, organizacji wolontariackich, agencji ochrony ludności oraz przedsiębiorstw zatrudniających pracowników służby zdrowia i ratowników. Numer referencyjny BOIT20190220001

Więcej ofert współpracy zagranicznej znajdą Państwo w bazie POD na stronie:
www.een.org.pl (zakładka Oferty współpracy).



Polska



MEDICA 2020

polskie stoisko i spotkania b2b

W ramach najbliższej edycji targów Medica 2020 w Dusseldorfie Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości zorganizuje stoisko informacyjno-promocyjne. Polscy producenci sprzętu medycznego będą mogli z niego skorzystać, aby promować swoją ofertę i spotykać się z kontrahentami.

Ponadto, w wybranych dniach w terminie od 22 października 2020 do 29 marca 2021 r., odbędą się spotkania b2b online dla firm z branży urządzeń medycznych. Organizatorem spotkań jest sieć Enterprise Europe Network, do której należy Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.

Jak się zgłosić:

- > Firmy zainteresowane promocją na stoisku powinny poinformować o tym najpóźniej **2 października 2020 r.** Adres: [magdalena_zwolinska@parp.gov.pl](mailto:magdalenazwolinska@parp.gov.pl).

Więcej informacji o stoisku można uzyskać na stronie <https://medical.trade.gov.pl/>.

- > Firmy zainteresowane udziałem w spotkaniach powinny zarejestrować się na stronie <https://medica2020.b2match.io/> do **19 listopada 2020 r.**

Informacje na temat spotkań można otrzymać pod adresem: agnieszka_promianowska@parp.gov.pl.

Stoisko informacyjno-promocyjne podczas targów Medica 2020 zostanie zorganizowane przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości w ramach Branżowego Programu Promocji sektora sprzętu medycznego, poddziałanie 3.3.2 Programu Operacyjnego Inteligentny Rozwój.

