

Warszawa, dnia 2 marca 2020 r.

**Pani
Agnieszka Krauzowicz
Dyrektor
Departamentu Telekomunikacji
Ministerstwo Cyfryzacji**

STANOWISKO

**ZWIĄZKU PRACODAWCÓW BRANŻY INTERNETOWEJ (IAB POLSKA) W/S
PROJEKTU ROZPORZĄDZENIA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY W
SPRAWIE POSZANOWANIA ŻYCIA PRYWATNEGO ORAZ OCHRONY
DANYCH OSOBOWYCH W ŁĄCZNOŚCI ELEKTRONICZNEJ I
UCHYLAJĄCEGO DYREKTYWĘ 2002/58/WE (ROZPORZĄDZENIE W
SPRAWIE PRYWATNOŚCI I ŁĄCZNOŚCI ELEKTRONICZNEJ) – W WERSJI Z
DNIA 21 LUTEGO 2020 R. (DOKUMENT 5979/20).**

Szanowna Pani Dyrektor,

W odpowiedzi na zaproszenie Ministerstwa Cyfryzacji do składania stanowisk i opinii odnoszących się do projektu rozporządzenia w sprawie poszanowania życia prywatnego oraz ochrony danych osobowych w łączności elektronicznej i uchylające dyrektywę 2002/58/WE (rozporządzenie w sprawie prywatności i łączności elektronicznej, dalej „EPR” oraz „**Rozporządzenie e-Privacy**”) Związek Pracodawców Branży Internetowej IAB Polska (dalej: „IAB Polska”) pragnie przedstawić swoje stanowisko.

1. Ogólne uwagi dotyczące projektu Rozporządzenia e-Privacy z dnia 21 lutego 2020 r.

W dniu 21 lutego 2020 r. Prezydencja chorwacka opublikowała kolejną wersję Rozporządzenia e-Privacy z pewnymi zmianami, mającymi na celu uproszczenie jego treści oraz skorelowanie tej regulacji z RODO w zakresie podstaw przetwarzania danych z łączności elektronicznej.

Z zadowoleniem przyjmujemy fakt iż podjęto próbę zbliżenia tekstu projektu w zakresie podstaw przetwarzania do RODO, poprzez wprowadzenie przesłanki uzasadnionego interesu. Tym niemniej, w ocenie naszych członków nowa propozycja tekstu nie tylko w niewystarczającym stopniu zbliża planowane przepisy do RODO, lecz wprowadza także kilka niepokojących zmian, które mogą mieć negatywny wpływ na świadczenie i rozwój usług oraz na równowagę konkurencyjną pomiędzy podmiotami funkcjonującymi w świecie cyfrowym.

Wbrew intencjom projektodawców, dokument nie zyskał na prostocie i spójności prawnej, a jego duch znacznie odbiega od RODO, chociażby poprzez nie przestrzeganie - jasno zdefiniowanej

w RODO - kwestii rozdzielenia podstaw przetwarzania (wskazanych w rozporządzeniu) od celów przetwarzania (które definiuje sam podmiot przetwarzający dane). Tym samym, w naszej ocenie, tekst wymaga jeszcze gruntownych poprawek.

Brzmienie najnowszej wersji dokumentu Prezydencji jasno pokazuje, że wciąż pozostaje nierozwiązany największy problem z jakim od początku boryka się projekt rozporządzenia e-Privacy, a mianowicie krzyżowanie się i konflikt projektu rozporządzenia e-Privacy z RODO. Mimo podjętych przez Prezydencję wysiłków, projekt rozporządzenia e-Privacy w dalszym ciągu pozostaje groźną dla rozwoju gospodarki elektronicznej Unii Europejskiej „hybrydą”, która w niespójny sposób próbuje połączyć rozwiązania znane z obowiązującej dyrektywy e-Privacy, z rozwiązaniami i mechanizmami zbliżonymi do RODO.

W efekcie projekt rozporządzenia e-Privacy był i w dalszym ciągu pozostaje dokumentem:

- pozbawionym zalet płynących z obowiązującej dyrektywy e-Privacy (tj. stosunkowo jednoznacznie określone podstawy przetwarzania) jak i zalet RODO (tj. elastyczność w określaniu podstaw przetwarzania danych i zabezpieczania procesów);
- obarczonym wadami zarówno dyrektywy e-Privacy (tj. gdzie zasadą jest zakaz przetwarzania danych, od którego przypadki dopuszczalnego przetwarzania danych mają charakter wyjątków), jak i RODO (brak pewności prawnej wynikającej z możliwości różnych interpretacji szeroko i ogólnie ujętych niektórych podstaw i wymogów w zakresie przetwarzania danych).

Co gorsza, projekt e-Privacy również w tych punktach, w których stara się osiągnąć spójność z RODO przez określenie analogicznych do RODO podstaw i zasad przetwarzania danych, niweczy możliwość osiągnięcia spójności poprzez:

- stosowanie terminologii i pojęć odmiennych od RODO, co będzie miało duże znaczenie w praktyce obrotu prawnego i gospodarczego;
- uwzględnienie nieznanymi na gruncie RODO dodatkowych wymogów, zakazów i warunków, które w efekcie powodują, że w praktyce przepisy te nie znajdują praktycznego zastosowania w działalności gospodarczej, tworząc jedynie PR-ową iluzję działania na rzecz spójności przepisów projektu e-Privacy i RODO.

W sposób oczywisty taka „hybryda” nie daje ani pewności prawnej ani elastyczności w stosowaniu przepisów prawa. Biorąc dodatkowo pod uwagę drakońskie kary pieniężne, jakie będzie można nakładać za naruszenie przepisów e-Privacy, wiele polskich i europejskich firm będzie musiało poważnie przemyśleć gotowość i chęć do angażowania się w badania i wdrażanie technologii opartych na Big Data, czy sztucznej inteligencji, które oparte są na niczym innym jak właśnie na przetwarzaniu danych.

Po raz kolejny aż zbyt dobrze widać rozdźwięk między politycznymi i medialnymi deklaracjami wspierania rozwoju w Unii Europejskiej nowoczesnych technologii, a praktyką działań legislacyjnych, których podstawowym celem wydaje się być ograniczenie europejskim przedsiębiorcom do minimum wszelkich możliwości przetwarzania jakichkolwiek danych, bez których rozwój tych technologii będzie po prostu niemożliwy.

Zanim przejdziemy do omawiania uwag szczegółowych pragniemy w tym miejscu wyrazić postulat o charakterze generalnym. Biorąc pod uwagę, że od lat już podejmowane są słuszne, ale nieskuteczne, próby zapewnienia spójności pomiędzy projektem rozporządzenia e-Privacy a RODO, proponujemy rozważenie możliwości zastosowania środka być może radyklanego z perspektywy dotychczasowych prac, ale jednocześnie skutecznego w swej prostocie i zapewniającego spójność z RODO. **Mianowicie tam, gdzie dane stanowią dane osobowe rozważyć należy zastąpienie przesłanek przetwarzania danych w art. 6 i 8 projektu rozporządzenia e-Privacy prostym odesłaniem do przepisów RODO, bez tworzenia dodatkowych warunków i odrębnych zasad dla przetwarzania takich danych.**

Natomiast dla danych, które nie stanowią danych osobowych w rozumieniu RODO, należy stworzyć w e-Privacy jasne zasady przetwarzania tych danych, które powinny w zrównoważony i nie naruszający prywatności użytkownika i poufności komunikacji sposób zagwarantować możliwość jak najszerszego, nieskrępowanego przetwarzania, w tym dzielenia się tymi danymi, co jest niezbędne do tego, aby technologie takie jak BIG Data, czy sztuczna inteligencja naprawdę (a nie tylko na papierze i w sferze medialno – politycznej) rozwinęły się w Polsce i Unii Europejskiej.

W dalszej kolejności przedstawione zostały szczegółowe uwagi do projektu przepisów e-Privacy, w zakresie ostatnio dokonanych zmian. Jednocześnie podtrzymujemy uwagi przekazane wcześniej podczas prac związanych z opiniowaniem kolejnych wersji projektu tego rozporządzenia.

2. Zmiany związane z zasadami przetwarzania metadanych i treści na potrzeby usług łączności elektronicznej (art. 6 projektu rozporządzenia i powiązane motywy)

Z wprowadzenia do dokumentu 5979/20 i wyjaśnień Prezydencji wynika, że zmiany wprowadzone w przepisach dotyczących przetwarzania metadanych i treści na potrzeby usług łączności elektronicznej są konsekwencją zmian w podstawie przetwarzania jaką ma być wykonanie umowy/usługi oraz wynikają z próby wprowadzenia do e-Privacy podstawy przetwarzania w postaci uzasadnionego interesu podmiotu przetwarzającego.

Doceniając intencje Prezydencji należy ocenić, że przepisy w tym zakresie wymagają dalszych zmian, gdyż ich obecny kształt powoduje, że przedsiębiorcy tracą tę odrobinę pewności prawnej jaką dawały przepisy jednoznacznie określające w jakich sytuacjach przetwarzanie danych jest dopuszczalne [np. wykreślany art. 6b ust. 1 lit a) i b)], nie zyskując żadnej elastyczności, którą daje na gruncie RODO podstawa prawna w postaci prawnie uzasadnionego interesu administratora danych lub strony trzeciej, gdyż uzasadniony interes w kształcie wprowadzonym do projektu e-Privacy w zasadzie wyklucza możliwość przetwarzania jakichkolwiek danych na podstawie tej przesłanki.

2.1. Art. 6 ust. 1 lit a) projektu rozporządzenia e-Privacy

Negatywnie należy ocenić zmianę w art. 6 ust. 1 lit a) projektu, gdyż zmiana ta oznacza zawężenie możliwości przetwarzania danych z łączności elektronicznej, jako że dotychczasowe (skreślone) „*provide an electronic communication service*” jest pojęciem szerszym niż obecne „*achieve the transmission of the electronic communication*” – to ostatnie wydaje się ograniczać

możliwość przetwarzania danych tylko w zakresie, w jakim to jest niezbędne do technicznego nawiązania łączności, pomijając np. przetwarzanie danych niezbędnych np. do rozliczenia usługi.

Jednocześnie zmiana taka nie jest „kompensowana” zmianami w kolejnych przepisach. Należy bowiem zauważyć, że wprowadzony art. 6b ust. 1 lit. ca) (*it is necessary for the provision of an electronic communications service for which the end-user has concluded a contract*) również koncentruje się na wykonaniu usługi nie przesądzając wprost, czy na tej podstawie można np. przetwarzać dane niezbędne do wykonania umowy zawartej z abonentem, w tym do rozliczenia wykonanej usługi.

Na domiar złego najnowsza wersja projektu przewiduje wykreślenie art. 6b ust. 1 lit. a) i b), które w sposób do tej pory nie budzący większych wątpliwości dawały jednoznaczną podstawę do przetwarzania danych m.in. na potrzeby zarządzania siecią oraz rozliczania usług, z uwzględnieniem wprost rozliczeń interconnectowych (w tym tych międzynarodowych). W efekcie z projektu wykreślone zostały te punkty, które dawały przedsiębiorcom telekomunikacyjnym pewność prawną co do możliwości przetwarzania danych w zakresie niezbędnym do zarządzania siecią i rozliczania płatności za usługi [art. 6b ust. 1 lit. a) i b)], a w pozostałych przypadkach zmienione brzmienie (art. 6 ust. 1 lit a)) albo dodane postanowienie (art. 6b ust. 1 lit. ca)) albo zawężyła – w stosunku do dotychczasowego tekstu – podstawę przetwarzania danych, albo pozostawia niepewność co do operacji przetwarzania danych, które można wykonać w oparciu o te przepisy.

Jednocześnie, co należy podkreślić, powyższe niekorzystne zmiany nie są „kompensowane” dodaniem do rozporządzenia e-Privacy podstawy w postaci „uzasadnionego interesu” (art. 6b ust. 1 lit. e), o czym więcej w kolejnym punkcie), a który w obecnym kształcie nie będzie nadawał się do stosowania w praktyce.

Na marginesie jedynie można zauważyć, że wyrażone w art. 6 ust. 1 lit a) oraz art. 6b ust. 1 lit. ca) podstawy prawne przetwarzania danych w założeniu mają być odpowiednikiem przewidzianej w RODO podstawy prawnej jaką jest niezbędność przetwarzania danych do wykonania umowy, której stroną jest osoba, której dane dotyczą, lub do podjęcia działań na żądanie osoby, której dane dotyczą, przed zawarciem umowy (art. 6 ust. 1 lit b) RODO), niemniej jednak również w tym przypadku nie ma spójności pomiędzy e-Privacy a RODO, gdyż oba akty posługują się w tym zakresie odmienną terminologią, co w oczywisty sposób będzie miało praktyczne znaczenie dla stosowania tych przepisów.

2.2. Art. 6b ust. 1 i 2 projektu rozporządzenia e-Privacy

Uzupełnienie podstaw przetwarzania o *“legitimate interests pursued by the electronic communications service or network provider”* [art. 6b ust. 1 lit. e) projektu e-Privacy], jest działaniem kierunkowo pożądanym i długo oczekiwanym, przy czym rygory, jakimi zostało obwarowane stosowanie tej przesłanki czynią ten przepis bezużytecznym dla podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Zgodnie z art. 6b ust. 1 lit. e) projektu e-Privacy możliwość przetwarzania danych w oparciu o *“legitimate interests pursued by the electronic communications service or network provider”* będzie obwarowana takimi ograniczeniami

i warunkami, nieznanymi na gruncie RODO, że w praktyce przepis ten nie znajdzie praktycznego zastosowania.

Praktyczne stosowanie tej podstawy będzie w zasadzie niemożliwe, gdyż:

- a) przepis, inaczej niż RODO, ogranicza się do potrzeb „*service or network provider*”, podczas gdy analogiczny przepis RODO mówi nie tylko o potrzebach administratora danych, ale również stron trzecich wobec administratorów („*or by a third party*” – art. 6 ust. 1 lit f) RODO);
- b) przepis wymaga każdorazowo ważenia nadrzędności / podrzędności interesów, przy czym różnica wobec RODO polega na tym, że RODO wskazuje wprost na potrzebę uwzględnienia szczególnych potrzeb dzieci podczas stosowania tej postawy, natomiast tekst e-Privacy przesądza, że stosowanie tej postawy będzie wątpliwe nie tylko w przypadku dzieci (co można zrozumieć), ale również w przypadku profilowania („*if the provider uses the electronic communications metadata to determine the nature and characteristics of the end-user or to build an individual profile of the end-user*”), podczas gdy na gruncie RODO nie ma takiego ograniczenia, a jedynie prawo do wniesienia sprzeciwu przez podmiot danych, jeśli podstawą przetwarzania jest uzasadniony interes (w tym w celu profilowania – art. 21 ust. 1 RODO);
- c) w sposób odmienny od RODO **art. 6b ust. 2 lit. a)** projektu e-Privacy wymaga, aby **każdorazowo** przed rozpoczęciem przetwarzania danych w oparciu o przesłankę uzasadnionego interesu podmiot przetwarzający dokonał oceny skutków planowanych operacji przetwarzania dla ochrony danych osobowych, o której mowa w art. 35 ust. 1 RODO; natomiast art. 35 ust. 1 RODO – inaczej niż art. 6b ust. 2 lit. a) projektu e-Privacy – wymaga, aby ocena taka została przeprowadzona tylko wtedy, gdy dany rodzaj przetwarzania – w szczególności z użyciem nowych technologii – ze względu na swój charakter, zakres, kontekst i cele z dużym prawdopodobieństwem może powodować wysokie ryzyko naruszenia praw lub wolności osób fizycznych;
- d) w sposób odmienny od RODO przewiduje generalne prawo sprzeciwu wobec przetwarzania danych na podstawie uzasadnionego interesu, bez względu na przyczyny i skutki takiego sprzeciwu, podczas gdy art. 21 ust. 1 RODO przewiduje prawo sprzeciwu z przyczyn związanych ze szczególną sytuacją osoby, której dane są przetwarzane, a nawet jeśli taki sprzeciw zostanie zgłoszony administrator wciąż ma możliwość przetwarzania danych jeśli wykaże, że istnieją ważne prawnie uzasadnione podstawy do przetwarzania tych danych pomimo sprzeciwu, nadrzędnych wobec interesów, praw i wolności osoby, której dane dotyczą, lub podstawa do ustalenia, dochodzenia lub obrony roszczeń;
- e) **art. 6b ust. 2** projektu e-Privacy przewiduje, że dane przetwarzane na podstawie uzasadnionego interesu nie mogą zostać przekazane innemu podmiotowi przetwarzającemu (innemu niż procesor działający w imieniu administratora danych) jeśli nie zostaną zanonimizowane – postanowienie to jest wprost sprzeczne z postanowieniami i logiką RODO; po pierwsze RODO przewiduje, że dane

pierwotnie osobowe, które zostaną zanonimizowane, tracą cechę bycia daną osobową, innymi słowy przestają być danymi osobowymi wymagającymi ochrony na gruncie RODO; jednocześnie RODO nie zakazuje przekazywania danych osobowych (a więc takich, które nie zostały zanonimizowane ani nawet pseudonimizowane) pomiędzy administratorami danych osobowych w żadnym wypadku. RODO nie przewiduje takiego zakazu również w przypadku, jeśli dane osobowe są przetwarzane na podstawie uzasadnionego interesu w rozumieniu RODO; innymi słowy RODO nie wyklucza ani nie zakazuje generalnie procesów – jeśli warunki brzegowe RODO są spełnione – przekazywania danych osobowych pomiędzy różnymi administratorami danych (będących wobec siebie „stronami trzecimi”) również wtedy, gdy przetwarzanie danych odbywa się na podstawie uzasadnionego interesu.

Biorąc powyższe pod uwagę postulujemy:

- powrót do poprzedniego brzmienia art. 6 ust. 1 lit (a) e-Privacy, tak, aby tekst odnosił się do „*provide an electronic communication service*”;
- odstąpienie od usuwania art. 6b ust. 1 lit. (a) i (b) i (f) e-Privacy – przepisy te powinny być zachowane;
- poważną zmianę brzmienia art. 6b ust. 1 lit. (e) oraz ust. 2 e-Privacy w zakresie dotyczącym podstawy przetwarzania w postaci uzasadnionego interesu, tak, aby podstawa ta funkcjonowała na takich samych zasadach jak analogiczna przesłanka uzasadnionego interesu na gruncie RODO; w szczególności oznacza to, że z analizowanych przepisów należy usunąć wszystkie ograniczenia i warunki nie mające swojego odpowiednika w RODO; w najprostszy sposób można to osiągnąć przez wprowadzenie w art. 6b ust. 1 lit. (e) e-Privacy uzasadnionego interesu jako podstawy przetwarzania wraz ze zdaniem mówiącym, że przetwarzanie danych na tej podstawie odbywa się na zasadach określonych w RODO (usuwając tym samym z tekstu e-Privacy wszystkie zbędne i niezgodne z RODO ograniczenia i warunki dla przetwarzania danych na tej podstawie).

3. Zmiany związane z zasadami przetwarzania danych z urzędzeń końcowych (art. 8 projektu rozporządzenia i powiązane motywy)

W przypadku art. 8, tak samo jako w przypadku art. 6 omówionego w poprzednim punkcie, docenić należy wysiłki Prezydencji mające na celu uspoźnienie przepisów projektowanego Rozporządzenia e-Privacy z RODO, w tym przez wprowadzenie do e-Privacy w zakresie art. 8 podstawy prawnej przetwarzania danych w postaci uzasadnionego interesu. I tak samo jak w poprzednim punkcie należy podkreślić, iż art. 8 wymaga dalszych prac, gdyż w obecnym kształcie przepisy dotyczące uzasadnionego interesu daleko odbiegają od zasad i logiki działania uzasadnionego interesu na gruncie RODO. Tym samym, przedstawione w poprzednim punkcie uwagi i zastrzeżenia pozostają aktualne w stosunku do zmian wprowadzonych w art. 8 projektu e-Privacy, w szczególności w zakresie podstawy prawnej w postaci uzasadnionego interesu.

Biorąc powyższe pod uwagę postulujemy jako optymalne rozwiązanie:

1. odstąpienie od usuwania art. 8 ust. 1 lit. (da) i (e) e-Privacy – przepisy te powinny być zachowane;
2. poważną zmianę brzmienia art. 8 ust. 1 lit. (g) oraz ust. 1a e-Privacy w zakresie dotyczącym podstawy przetwarzania w postaci uzasadnionego interesu tak, aby podstawa ta funkcjonowała na takich samych zasadach jak analogiczna przesłanka uzasadnionego interesu na gruncie RODO; w szczególności oznacza to, że z analizowanych przepisów należy usunąć wszystkie ograniczenia i warunki nie mające swojego odpowiednika w RODO; w najprostszy sposób można to osiągnąć przez wprowadzenie w art. 8 ust. 1 lit. (g) e-Privacy uzasadnionego interesu jako podstawy przetwarzania wraz ze zdaniem mówiącym, że przetwarzanie danych na tej podstawie odbywa się na zasadach określonych w RODO (usuwając tym samym z tekstu e-Privacy wszystkie zbędne i niezgodne z RODO ograniczenia i warunki dla przetwarzania danych na tej podstawie).

Poniżej przedstawiamy uwagi szczegółowe do wprowadzonych zmian. Gdyby powyższe ogólne uwagi do art. 8 nie zyskały akceptacji, w poniższych uwagach uwzględniona została wersja bardziej zbliżona do tekstu przedstawionego przez Prezydencję.

3.1. Motyw 20

Żeby uniknąć niepewności prawnej i związanych z nią ryzyk interpretacyjnych wnioskujemy o przywrócenie wykreślonego z tego motywu następującego tekstu, który jest bardzo ważny dla dostawców usług społeczeństwa informacyjnego (poniżej bez wykreślenia):

“(…) Making access to website content provided without direct monetary payment dependent on the consent of the end-user to the storage and reading of cookies for additional purposes would normally not be considered as depriving the end-user of a genuine choice if the end-user is able to choose between services, on the basis of clear, precise and user-friendly information about the purposes of cookies and similar technique. (…)”

3.2. Motyw 21(b)

Proponujemy wykreślenie z tekstu fragmentu zaznaczonego czerwoną czcionką:

“(…) Conversely, a provider should not be able to rely upon legitimate interests if the storage or processing of information in the end-user’s terminal equipment or the information collected from it were to be used to determine the nature or characteristics on an end-user or to build an individual profile of an end-user. In such cases, the end-user’s interests and fundamental rights and freedoms override the interest of the service provider, as such processing operations can seriously interfere with one’s private life, for instance when used for segmentation purposes, to monitor the behaviour of a specific end-user or to draw conclusions concerning his or her private life. A legitimate

interest should not exist if the information stored or processed in, or collected from, an end-user's terminal equipment includes special categories of personal data, as referred to in Article 9 (1) of Regulation (EU) 2016/679".

Usunięcie zaznaczonego tekstu nie wpływa negatywnie na jasność i intencję całego motywu. Jednocześnie, pragniemy zaznaczyć że w kontekście reklamy cyfrowej istotną rolę odgrywa kwestia dotarcia/zaadresowania reklamy do właściwie zdefiniowanej grupy odbiorców (którzy mają podobne zainteresowania, a tym samym mogą być zainteresowani konkretnym reklamowanym produktem lub usługą).

Informacja na temat indywidualnych zachowań użytkownika ma na celu stworzenie węższych segmentów odbiorców, a nie identyfikowanie poszczególnych osób i ujawnianie takiej informacji. Z tego względu określenie "(...) such processing operations can seriously interfere with one's private life" jest tu niewłaściwe i stwarza szerokie ryzykowne pole do nadinterpretacji.

3.3. Motyw 21c i odpowiadające mu zmiany w art. 8.

Postulujemy usunięcie i zmiany tekstu zaznaczonego czerwoną czcionką. Uzasadnienie zmian umieszczono pod tekstem pisanym kursywą:

(21 c) Where a service provider invokes a legitimate interest, certain additional conditions should be met and safeguards should be respected, including an impact assessment and where appropriate the consultation of the supervisory authority by the service provider. ~~In addition, the service provider should not share the information with third parties other than its processors, in accordance with Article 28 of Regulation (EU) 2016/679, unless it has been previously anonymised.~~ The service provider should, where necessary, implement appropriate security measures, such as encryption and pseudonymisation to ensure privacy of the end-users. Moreover, the end-user should be provided with information about these processing operations taking place and be given the right to object to such operations.

Art. 8

1a ~~Service providers using processing and storage capabilities of the end-user's terminal equipment or collecting information from the end-user's terminal equipment pursuant to paragraph 1(g) shall not share the information with any third party other than its processors, acting in accordance with Article 28 of Regulation (EU) 2016/679 mutatis mutandis, unless it has been made anonymous. Prior to any use of processing or storage facilities in, or collection of information from the end-user's terminal equipment, the service provider shall:~~

(a) carry out an assessment of the impact of the use of the processing and storage capabilities or the collection of information from the end-users' terminal equipment and of the envisaged processing on the confidentiality of communications and the privacy of end-users in accordance with Article 35 of Regulation (EU) 2016/679, which may result in the prior consultation of the supervisory authority in accordance with Article 36(1) to (3) of Regulation (EU) 2016/679;

(b) inform the end-user of the envisaged processing operations based on paragraph 1(g) and of the end-user's right to object to such processing, free of charge, at any time, and in an easy and effective manner; and

c) implement appropriate technical and organisational measures, such as pseudonymisation and encryption.

2. The collection of information emitted by terminal equipment **of the end-user** to enable it to connect to another device and, or to network equipment shall be prohibited, except **if on the following grounds:**

(a) it is done exclusively in order to, for the time necessary for, and for the purpose of establishing **or maintaining** a connection; or

(b) **the end-user has given his or her consent; or**

(c) **it is necessary for the purpose of statistical counting that is limited in time and space to the extent necessary for this purpose and the data is made anonymous or erased as soon as it is no longer needed for this purpose,**

(d) **it is necessary for providing a service requested by the end-user.**

~~(b)2a.~~ **For the purpose of paragraph 1 point (b), consent shall be considered to be freely given in situations where access to an information society service is made conditional on consent for the storage of information or access to information already stored on the terminal equipment of an end-user.**

~~(b)2a2b.~~ **For the purpose of paragraph 2 points (b) and (c), a clear and prominent notice shall be displayed informing of, at least, the modalities of the collection, its purpose, the person responsible for it and the other information required under Article 13 of Regulation (EU) 2016/679 where personal data are collected, as well as any measure the end-user of the terminal equipment can take to stop or minimise the collection.**

2b2c. **For the purpose of paragraph 2 points (b) and (c), ~~the~~ the collection of such information shall be conditional on the application of appropriate technical and organisational measures to ensure a level of security appropriate to the risks, as set out in Article 32 of Regulation (EU) 2016/679, have been applied. (...).**

Mimo włączenia uzasadnionego interesu jako dodatkowej przesłanki na podstawie której dopuszcza się pozyskiwanie i przetwarzanie informacji, co jest zdecydowanie dobrą zmianą, proponowany przez Prezydencję tekst wprowadza dodatkowe ograniczenia, nieprzewidziane przez RODO dla tejże przesłanki, co skutkuje niepewnością prawną i brakiem realnej możliwości oparcia przetwarzania o przesłankę uzasadnionego interesu.

Trudno także zaakceptować zaproponowane zmiany, zgodnie z którymi przekazywanie informacji/danych podmiotom trzecim (poza procesorami) jest możliwe wyłącznie po anonimizacji. Takie podejście odbiega daleko od treści i ducha RODO.

W efekcie, biorąc też pod uwagę tekst wykreślony obecnie z art. 8, otrzymujemy przepisy które dla wielu podmiotów byłyby jeszcze bardziej restrykcyjne i znacznie zaburzające modele biznesowe, w szczególności te oparte o dostęp do treści i usług w modelu reklamowym.

Wprowadzenie tego typu regulacji doprowadziłyby do wzmocnienia konkurencyjnej pozycji tych podmiotów, które pozyskują i przetwarzają dane głównie na podstawie zgody oraz zahamowałyby powstanie nowych usług. W efekcie, podjętą próbę zbliżenia przepisów projektu do RODO oceniamy jako nieudaną i w dodatku nie wpisującą się w jeden z celów Komisji Europejskiej, jakim jest wyrównanie szans konkurencyjnych różnych podmiotów korzystających w swych modelach biznesowych z dostępu do danych, ograniczenie nadmiernej dominacji podmiotów działających w skali globalnej i ułatwienie mniejszym innowacyjnym lokalnym firmom rozwoju w obszarze cyfrowym.

Z poważaniem,



Włodzimierz Schmidt
Prezes Zarządu