



Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji

Warszawa, dn. 11.05.2018 r.
KIGEiT/796/05/2018

Sz. P. Marek Zagórski
Sekretarz Stanu
Ministerstwo Cyfryzacji
ul. Królewska 27
00-060 Warszawa

Dot. prac nad rozporządzeniem w sprawie prywatności i łączności elektronicznej

Działając w imieniu Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji (dalej „Izba” lub „KIGEiT”), odnosząc się do kolejnej wersji projektu rozporządzenia w sprawie poszanowania życia prywatnego oraz ochrony danych osobowych w łączności elektronicznej i uchylającego dyrektywę 2002/58/WE (dalej „Rozporządzenie ePrivacy” - dokument z dn. 4 maja 2018), Izba przedstawia następujące stanowisko.

Na wstępie pragniemy podtrzymać zgłaszane wcześniej przez środowiska przedsiębiorców uwagi do projektu rozporządzenia, w tym postulaty:

- uwzględnienia w pracach nad projektem regulacji doświadczeń i wniosków zdobytych po wejściu w życie RODO,
- nie wprowadzania przepisów, które w praktyce zahamują rozwój europejskiej gospodarki cyfrowej i uniemożliwią lub znacznie utrudnią wykorzystanie potencjału sieci 5 G dla rozwoju innowacyjnych rozwiązań i usług uwzględniających potrzeby społeczeństwa XXI wieku przy zachowaniu proporcjonalnych, transparentnych, sprawiedliwych i faktycznie efektywnych zasad ochrony bezpieczeństwa i prywatności danych i użytkowników,
- zastosowania do danych objętych zakresem projektu rozporządzenia wszystkich podstaw przetwarzania wskazanych w RODO (w tym w szczególności uzasadnionego interesu, a także dalszego zgodnego przetwarzania) i nie warunkowania możliwości przetwarzania danych z usług łączności elektronicznej przede wszystkim od zgody użytkownika,
- zapewnienia tzw. „level playing field” wszystkim podmiotom przetwarzającym tego samego typu dane w ramach świadczonych podobnych lub substytucyjnych usług,
- zapewnienia siatki pojęciowej spójnej z innymi unijnymi aktami prawnymi.

Przekazujemy poniżej uwagi do niektórych propozycji zmian w wersji dokumentu z dnia 04.05.2018. Ponieważ prace nad dokumentem odbywają się w języku angielskim, bezpośrednio odniesienia do treści przekazujemy także w tym języku:

- z zadowoleniem przyjmujemy usunięcie z tekstu (motywy i artykuły) dot. marketingu bezpośredniego (*direct marketing*) słowa „*present/presented*” i wyrażamy nadzieję, że zmiana ta zostanie zachowana.
- Postulujemy rewizję podejścia do koncepcji zbierania i przetwarzania metadanych geolokalizacyjnych na potrzeby statystyczne, naukowe, oraz na potrzeby tworzenia innowacyjnych usług/systemów/produktów które mogą przyczynić się do wzrostu bezpieczeństwa obywateli, poprawy sprawności ruchu miejskiego, czy jakości życia. Nowy motyw 17aa wyraźnie wskazuje jak cenne mogą być tego typu dane oraz warunki, na jakich dopuszcza się przetwarzanie danych statystycznych bez konieczności uzyskania zgody użytkownika (m.in. anonimizacja). Jednocześnie jednak, użytkownik otrzymuje prawo do sprzeciwu – *opt-out* (motywy 17aa i 17 b). Podejście takie stawia pod znakiem zapytania wiarygodność i reprezentatywność całego zbioru danych statystycznych zebranych z danego miejsca w danym czasie. Wyobraźmy sobie bowiem, że na potrzeby wprowadzenia systemu usprawnienia ruchu i zwiększenia jego bezpieczeństwa zbierane są dane lokalizacyjne z jakiegoś skrzyżowania celem zmierzenia natężenia ruchu i że przez to skrzyżowanie przejeżdża 1000 pojazdów w danej jednostce czasu. Dane takie mógłby zbierać np. operator telekomunikacyjny i po zanonimizowaniu, przekazywać stronie trzeciej, której są one niezbędne do prowadzenia prac nad systemem. Jeżeli jedna trzecia użytkowników/kierowców tych pojazdów wyraziłaby sprzeciw co do zbierania ich danych lokalizacyjnych, otrzymane dane dot. wolumenu ruchu w tymże miejscu wskazałyby jedynie 666 pojazdów, co stanowiłoby liczbę przekłamaną i nie stanowiącą żadnej wartości statystycznej. Powstają także istotne wątpliwości, co do sposobu w jaki użytkownik miałby być informowany o fakcie zbierania danych lokalizacyjnych w takiej sytuacji (informacje dostępne/wiszące przed skrzyżowaniem, czy SMS wysyłane do użytkowników zbliżających się do skrzyżowania byłyby całkowicie nieadekwatnym rozwiązaniem).

Postulujemy, aby zasady zbierania i przetwarzania danych geolokalizacyjnych były identyczne dla wszystkich podmiotów dokonujących tych czynności i podlegały wyłącznie RODO. Zastosowanie w e-privacy specjalnych przepisów w tym zakresie tylko w odniesieniu do podmiotów świadczących usługi łączności elektronicznej uniemożliwi efektywny rozwój nowych potrzebnych rozwiązań i usług, w tym planowanych na bazie sieci 5G. Ponadto należy podkreślić, że z punktu widzenia użytkownika końcowego bardziej istotne jest, aby pewnego typu dane (w tym metadane geolokalizacyjne, czy dane wrażliwe) podlegały takim samym zasadom ochrony, bez względu na to jaki podmiot je przetwarza i czy jest on objęty rygorami rozporządzenia e-privacy, czy też nie.

- Z podobnych względów, niezrozumiała jest zastosowana w motywie 21a oraz art. 8 (da) logika zmiany, zgodnie z którą tylko dostawcy usług społeczeństwa informacyjnego uzyskiwaliby możliwość zbierania i wykorzystywania danych z urządzeń końcowych (*end-users' terminal equipment information*) do celów

związanych z utrzymaniem/przywróceniem bezpieczeństwa usług, zapobieganiu fraudom i wykrywaniu błędów technicznych. Podjęcie takie jest wyraźnie dyskryminacyjne w stosunku do dostawców usług łączności elektronicznej i kompletnie nieuzasadnione z punktu widzenia bezpieczeństwa usług i użytkowników. Z tego względu postulujemy zmianę treści art. 8 (da) na:

(da) it is necessary to maintain and restore the security of information society services and electronic communications services, prevent fraud or detect technical faults for the duration necessary for that purpose; or

oraz wykreślenie ostatniego (dodanego w ostatniej wersji projektu) zdania z motywu 21 (a): ~~*Consent should not be necessary either if the use of processing and storage capabilities of terminal equipment and the collection of information from end-users' terminal equipment is necessary for the provision of the information society service, such as IoT (for instance connected devices, such as connected thermostats), requested by the end-user*~~

- Na końcu motywu 22a dodano nowe zdanie o następującym brzmieniu:

The responsibility for obtaining consent with the storage of a cookie and for any penalties for breach of duty lies on the information society service provider.

Powyższe zdanie jest sprzeczne z art. 8 ust. 1 b) w związku z art. 4a ust. 2 projektu rozporządzenia *e-privacy*. Oba ww. przepisy czytane razem stanowią, że na zapisanie i odczytanie informacji z plików *cookies* każdy podmiot, który taką technologię stosuje, musi pozyskać zgodę użytkownika (z zastrzeżeniem wyjątków, w których projekt rozporządzenia *e-privacy* takiej zgody nie wymaga). Jednocześnie art. 4a ust. 2 jednoznacznie stanowi, że:

[...] for the purposes of point (b) of Article 8(1), consent may be expressed by using the appropriate technical settings of a software application enabling access to the internet placed on the market permitting electronic communications, including the retrieval and presentation of information on the internet.

Tym samym projekt rozporządzenia wprost dopuszcza możliwość wyrażenia analizowanej zgody przez ustawienia przeglądarki (albo innego oprogramowania służącego temu samemu celowi). W scenariuszu, w którym zgody na *cookies* są wyrażane przez ustawienia przeglądarki, w procesie wyrażania takiej zgody udział biorą co najmniej dwa podmioty, z których żaden nie ma kontroli, a tym samym nie może ponosić odpowiedzialności za drugi:

- podmiot, który w swoim serwisie www wykorzystuje pliki *cookies*, który będzie obowiązany co najmniej do poinformowania użytkownika o wykorzystywanych plikach *cookies* i o możliwości zarządzania ustawieniami prywatności z poziomu przeglądarki internetowej (co do zasady dostawca usługi społeczeństwa informacyjnego);

- dostawca przeglądarki internetowej, której ustawienia są wykorzystywane do wyrażenia albo niewyrażenia analizowanej zgody.

Każda przeglądarka ma inne zasady i mechanizmy dotyczące zarządzania wykorzystaniem plików *cookies*. Różnice pomiędzy przeglądarkami potrafią być znaczące zarówno w zakresie wielości ustawień i poziomów prywatności, jak i łatwości dostępu i obsługi tych funkcjonalności przez przeciętnego użytkownika. Kilka najpopularniejszych przeglądarek internetowych pochodzi od globalnych dostawców i ma zasięg globalny, w związku z czym nawet najwięksi krajowi dostawcy usług społeczeństwa informacyjnego nie mają w zasadzie żadnego wpływu na to, jak wyglądają ustawienia prywatności w poszczególnych przeglądarkach. **Tym samym całkowicie nieuzasadnione jest założenie, że za każdy problem i ewentualną nieprawidłowość w wyrażaniu zgód z wykorzystaniem ustawień przeglądarki internetowej całkowitą i wyłączną odpowiedzialność ma ponosić dostawca usługi społeczeństwa informacyjnego.**

Zdanie dodane na końcu motywu 22a, przesądzające, że w każdym przypadku, za wszelkie potencjalne nieprawidłowości w procesie informowania, pozyskiwania i zapisywania zgody użytkownika na *cookies*, wyłączną odpowiedzialność (w tym w szczególności ryzyko kar pieniężnych i ewentualnie odpowiedzialność cywilna albo karna – w zależności od ostatecznego kształtu przepisów rozporządzenia i przepisów krajowych) ponosi dostawca usług społeczeństwa informacyjnego jest – w świetle powyżej przedstawionej argumentacji – całkowicie nieuzasadnione, w szczególności jeśli wyrażenie takich zgód odbywa się przez ustawienia przeglądarki internetowej.

W związku z powyższym z motywu 22a należy usunąć ostatnie zdanie. Należy zwrócić uwagę, że bez tego zdania w motywie 22a ustalenie zasad, zakresu i podziału odpowiedzialności pomiędzy dostawców usług społeczeństwa informacyjnego a dostawców przeglądarek internetowych będzie się odbywało na gruncie art. 4a ust. 2, art. 8 ust. 1 oraz art. 10 projektu rozporządzenia *e-privacy*, z uwzględnieniem faktycznych ról, zadań i obowiązków tych dwóch kategorii podmiotów w procesie pozyskiwania zgód na *cookies* z wykorzystaniem ustawień przeglądarek, bez sztucznego i nieuzasadnionego przesądzania w motywie, **w sposób sprzeczny z brzmieniem samych przepisów**, że cała odpowiedzialność w każdym przypadku spada na dostawców usługi społeczeństwa informacyjnego.

Ponadto, należy pamiętać, że dostawca usługi może na swojej stronie internetowej realizować inną kategoryzację *cookies* (wraz z poziomem wyrażania zgód na różne rodzaje *cookies*) niż wynikałoby to z ustawień przeglądarki stosowanej przez użytkownika. Jeżeli dostawca ma być odpowiedzialny za ewentualne naruszenia związane ze zgodą użytkownika na *cookies*, powinno to mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy użytkownik świadomie wyrazi swą zgodę na podstawie opcji *cookies* udostępnianych przez tego dostawcę, tym samym rezygnując dla tej konkretnej witryny z opcji ustawienia zgody poprzez przeglądarkę. Z kolei brak aktywności użytkownika w tym zakresie, byłby równoznaczny z obowiązkiem respektowania przez dostawcę zgody wyrażonej przez użytkownika poprzez ustawienia *cookies* w przeglądarce.

Niezależnie od powyższych uwag, należy podkreślić, iż motyw rozporządzenia nie jest właściwym miejscem do określania zasad odpowiedzialności za naruszenie przepisów. Tekst motywu nie może zawierać treści normatywnej niemającej swojego odzwierciedlenia w treści samych przepisów, tym bardziej tekst motywu nie może być sprzeczny z tekstem samych przepisów. Zagadnienie zasad, zakresu i rodzaju odpowiedzialności za naruszenia przepisów rozporządzenia to materia, która może zostać uregulowana tylko i wyłącznie w tekście przepisów rozporządzenia, a postanowienia motywów mogą jedynie wyjaśniać i pomagać w interpretacji tych przepisów.

- Jesteśmy przeciwni dodaniu w art.19 ust. 2 punktów (da) i (db) odnoszących się do wydawania przez European Data Protection Board wytycznych, rekomendacji, w szczególności w zakresie punktu (da). Biorąc pod uwagę szybki rozwój technologii, aplikacji i usług, rekomendacje takie mogą szybko się dezaktualizować, ponadto dotychczasowe doświadczenia z wytycznymi dot. RODO wydawanymi przez Grupę Roboczą art. 29 wskazują, iż wytyczne takie często podlegają dużej arbitralności i wyraźnie wykraczają poza zakres regulacji do których się odnoszą. Z tego względu postulujemy wykreślenie punktów (da) i (db) z art. 19.

z poważaniem

Prezes Zarządu



Stefan Kamiński

