

PAWEŁ FAJGIELSKI

Zgoda na przetwarzanie danych osobowych a dostarczanie treści lub usług cyfrowych

Consent to the Processing of Personal Data and the Supply of Digital Content or Services

The subject of the paper is the public law aspects of the processing and protection of personal data in the context of contracts for the supply of digital content and services. The study discusses EU and national consumer protection rules on the protection of personal data in contracts for the supply of digital content or services. The key issue that is analyzed is the basis for the permissibility of data processing in the context of the provision of digital content or services. This includes the question of whether the appropriate basis in this respect should be the performance of a contract or the consent of the data subject to the processing of his or her data.

PAWEŁ FAJGIELSKI, doktor habilitowany nauk prawnych,
profesor Katolickiego Uniwersytetu Jana Pawła II
ORCID – 0000-0002-4293-1917, e-mail: paf@kul.pl

SŁOWA KLUCZOWE: ochrona danych osobowych, rozporządzenie 2016/679, zgoda, treści cyfrowe, usługi cyfrowe

KEYWORDS: personal data protection, GDPR, consent, digital content, digital services

1 | Wstęp

We współczesnym świecie dane osobowe mają dużą wartość ekonomiczną, ich przetwarzanie w działalności gospodarczej, np. w celach marketingowych, jest źródłem dochodów wielu przedsiębiorców. Odbieranie zgody na przetwarzanie danych osobowych jako swoistej zapłaty za świadczenie niektórych usług w sieci jest praktyką stosowaną od wielu lat, choć nadal budzi liczne wątpliwości. Jednym z istotnych problemów jest kwestia ważności i skuteczności wyrażenia zgody na przetwarzanie danych w sytuacji, gdy istnieją poważne wątpliwości co do dobrowolności zgody i swobody jej wyrażenia. Innym powodem kontrowersji jest błędne przekonanie, że usługi świadczone „w zamian za zgodę” są darmowe, a co za tym idzie – konsumentom nie przysługują żadne uprawnienia z tego tytułu. Prawodawca unijny dostrzegł ten problem i częściowo uregulował te zagadnienia w przepisach mających na celu ochronę konsumentów. Przedmiotem niniejszego opracowania zasadniczo nie będą jednak kwestie cywilistyczne dotyczące ochrony konsumentów, a zagadnienia natury publicznoprawnej odnoszące się do przetwarzania i ochrony danych osobowych w związku z dostarczaniem treści lub usług cyfrowych. Kluczowym problemem, który będzie przedmiotem analiz jest zagadnienie podstaw dopuszczalności przetwarzania danych w związku z dostarczaniem treści lub usług cyfrowych, w tym odpowiedź na pytanie, czy właściwą podstawą w tym zakresie powinno być wykonanie umowy czy zgoda osoby, której dane dotyczą na przetwarzanie jej danych osobowych.

2 | Ochrona konsumentów w związku z zawieraniem umów o dostarczanie treści lub usług cyfrowych a ochrona danych osobowych w prawie unijnym

Prawodawca unijny dostrzegając potencjał wzrostu handlu elektronicznego związany m.in. z zapewnieniem konsumentom dostępu do treści i usług cyfrowych, zwrócił uwagę na konieczność zagwarantowania wysokiego poziomu ochrony konsumentów i zharmonizowania na obszarze Unii Europejskiej wybranych zagadnień dotyczących umów o dostarczanie treści oraz usług cyfrowych. Podstawą harmonizacji w tym zakresie jest

dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych^[1]. W przepisach dyrektywy 2019/770 zdefiniowano pojęcie treści cyfrowych przez które należy rozumieć dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej, natomiast pojęcie usługa cyfrowa oznacza usługę pozwalającą konsumentowi na wytwarzanie, przetwarzanie i przechowywanie danych lub dostęp do nich w postaci cyfrowej, a także usługę pozwalającą na wspólne korzystanie z danych w postaci cyfrowej, które zostały przesłane lub wytworzone przez konsumenta lub innych użytkowników tej usługi lub inne formy interakcji przy pomocy takich danych^[2]. Przykładami treści cyfrowych są książki w formacie elektronicznym, utwory muzyczne bądź filmy udostępniane przez Internet, natomiast przykładami usług cyfrowych są usługi przetwarzania i przechowywania danych w sieci, usługi poczty elektronicznej czy też usługi pozwalające na korzystanie z portali społecznościowych. W zakresie rozumienia pojęcia „dane osobowe” przepis art. 2 pkt 8 dyrektywy 2019/770 odsyła do art. 4 pkt 1 ogólnego rozporządzenia o ochronie danych^[3].

Zgodnie z art. 3 ust. 1 dyrektywa 2019/770 ma zastosowanie do umów, na podstawie których przedsiębiorca dostarcza lub zobowiązuje się dostarczyć konsumentowi treści cyfrowe lub usługę cyfrową, a konsument płaci cenę lub zobowiązuje się do jej zapłaty. Jednakże w motywie 24 preambuły do dyrektywy 2019/770 zwrócono uwagę na to, że treści lub usługi cyfrowe są często dostarczane w sytuacji, gdy konsument nie płaci ceny, lecz dostarcza przedsiębiorcy dane osobowe, podkreślono przy tym, że dane osobowe nie mogą być traktowane jak towar, ponieważ ich przetwarzanie stanowi ingerencję w jedno z praw podstawowych, a konsumenci powinni mieć również w tym przypadku zapewnioną możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej związanych z zawartą umową. Dlatego też w dalszej części art. 3 ust. 1 dyrektywy 2019/770 wskazano, że ma ona również zastosowanie

¹ Dz.Urz. UE L 136/1, z 22.5.2019, wskazywana dalej skrótowo jako: dyrektywa 2019/770.

² Por. art. 2 pkt 1 i 2 dyrektywy 2019/770. Szerzej na temat treści i usług cyfrowych por. m.in. Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz, „Treści cyfrowe jako przedmiot obrotu gospodarczego – zagadnienia definicyjne” *Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, nr 2 (2020): 111–128.

³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE L 119, s. 1, ze sprost.) – dalej: rozporządzenie 2016/679.

w sytuacji, gdy przedsiębiorca dostarcza lub zobowiązuje się dostarczyć konsumentowi treści cyfrowe lub usługę cyfrową, a konsument dostarcza lub zobowiązuje się dostarczyć przedsiębiorcy dane osobowe. W motywie 24 preambuły wyjaśniono, że dane osobowe mogą być przekazywane przedsiębiorcy w momencie zawarcia umowy lub w późniejszym terminie, np. gdy konsument udziela przedsiębiorcy zgody na wykorzystanie danych osobowych, które może on przesyłać lub wytworzyć w związku z korzystaniem z treści lub usług cyfrowych.

Jako przykłady stosowania przepisów dyrektywy 2019/770 w motywie 24 preambuły wskazano sytuacje, gdy konsument zakładając konto w mediach społecznościowych podaje imię i nazwisko oraz adres e-mail do celów innych niż jedynie dostarczenie treści lub usług cyfrowych lub innych niż spełnienie wymogów prawnych, jak również przypadki, gdy konsument udziela zgody na przetwarzanie przez przedsiębiorcę do celów marketingowych przesyłanych przez siebie materiałów stanowiących dane osobowe, takich jak zdjęcia lub wpisy.

W przepisie określającym zakres przedmiotowy stosowania dyrektywy – art. 3 ust. 1 *in fine* – znalazło się jednak zastrzeżenie, wskazujące wyjątek od powyższej reguły – dyrektywa nie ma zastosowania, gdy dane osobowe dostarczone przez konsumenta są przetwarzane przez przedsiębiorcę wyłącznie w celu dostarczania treści lub usług cyfrowych lub w celu umożliwienia przedsiębiorcy spełnienia wymogów prawnych, którym on podlega, a przedsiębiorca nie przetwarza tych danych do żadnych innych celów. Znaczenie tego wyjątku wyjaśniono w motywie 25 preambuły wskazując, że chodzi o przypadki, gdy treści lub usługi cyfrowe nie są dostarczane w zamian za zapłatę ceny, a wyłączenie stosowania dyrektywy dotyczy sytuacji, gdy przedsiębiorca zbiera dane osobowe np. gdy rejestracja konsumenta jest wymagana przez przepisy prawa ze względów bezpieczeństwa i na potrzeby identyfikacji^[4].

W art. 3 ust. 8, art. 16 ust. 2 i 3 oraz w kilku motywach preambuły dyrektywy 2019/770 odniesiono się także do prawnej regulacji przetwarzania i ochrony danych osobowych. W przepisie określającym zakres stosowania dyrektywy wskazano, że prawo unijne dotyczące ochrony danych

⁴ Ponadto w preambule wskazano, że dyrektywa nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy przedsiębiorca zbiera wyłącznie metadane (takie jak m.in. informacje dotyczące urządzenia należącego do konsumenta lub historii przeglądania), a także przypadków gdy konsument, który nie zawarł umowy z przedsiębiorcą, musi obejrzeć reklamy wyłącznie w celu uzyskania dostępu do treści lub usług cyfrowych.

ma zastosowanie do danych osobowych przetwarzanych w związku z umowami o dostarczanie treści i usług cyfrowych, podkreślając przy tym, że dyrektywa pozostaje bez uszczerbku dla rozporządzenia 2016/679 i dyrektywy 2002/58/WE⁵, a w przypadku kolizji pomiędzy przepisami dyrektywy 2019/770 a unijnymi przepisami dotyczącymi ochrony danych osobowych, pierwszeństwo mają te ostatnie. Kwestie związane z ochroną danych osobowych zostały poruszone także w motywach 37 – 40 preambuły, gdzie wyjaśniono m.in., że dane osobowe powinny być zbierane lub w inny sposób przetwarzane zgodnie z unijnymi przepisami o ochronie danych; dyrektywa 2019/770 nie powinna regulować warunków zgodnego z prawem przetwarzania danych osobowych, ponieważ kwestia ta została uregulowana w szczególności w rozporządzeniu 2016/679; przetwarzanie danych osobowych w związku z umową objętą zakresem stosowania dyrektywy jest zgodne z prawem jedynie wtedy, gdy jest zgodne z przepisami rozporządzenia 2016/679 dotyczącymi podstaw prawnych przetwarzania danych osobowych. W motywie 24 preambuły wspomniano również o tym, że prawo unijne dotyczące ochrony danych przewiduje wyczerpujący zbiór podstaw zgodnego z prawem przetwarzania danych osobowych.

W art. 16 ust. 2 dyrektywy 2019/770 wskazano, że w odniesieniu do danych osobowych konsumenta przedsiębiorca wypełnia obowiązki ciążące na nim na mocy rozporządzenia 2016/679. Ponadto w motywie 38 preambuły wyjaśniono, że w przypadku gdy przetwarzanie danych osobowych odbywa się na podstawie zgody, zastosowanie mają szczegółowe przepisy rozporządzenia 2016/679, w tym przepisy dotyczące warunków dokonywania oceny, czy zgoda została wyrażona dobrowolnie, natomiast dyrektywa 2019/770 nie powinna regulować kwestii skuteczności wyrażonej zgody. To samo odnosi się do prawa do usunięcia danych oraz prawa do przenoszenia danych, które to uprawnienia są szczegółowo unormowane w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych, a omawiana dyrektywa nie powinna naruszać tych praw, które mają zastosowanie do danych osobowych dostarczonych przedsiębiorcy przez konsumenta lub zbieranych przez przedsiębiorcę w związku z umową o dostarczanie treści lub usług cyfrowych, także w sytuacji, gdy konsument rozwiązał umowę.

⁵ Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.07.2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz.Urz. WE L 201, s. 37 ze zm.; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 13, t. 29, s. 514, ze zm.).

Zgodnie z art. 16 ust. 3 dyrektywy 2019/770, w przypadku rozwiązania umowy, przedsiębiorca ma obowiązek powstrzymania się od wykorzystywania treści innych niż dane osobowe dostarczone lub wytworzone przez konsumenta w trakcie korzystania z treści cyfrowych lub usługi cyfrowej dostarczonych przez przedsiębiorcę, z wyjątkiem sytuacji, gdy takie treści: a) nie są użyteczne poza kontekstem treści cyfrowych lub usługi cyfrowej dostarczonych przez przedsiębiorcę; b) dotyczą wyłącznie aktywności konsumenta w trakcie korzystania z treści cyfrowych lub usługi cyfrowej dostarczonych przez przedsiębiorcę; c) zostały połączone przez przedsiębiorcę z innymi danymi i nie mogą zostać z nich wydzielone lub mogą zostać wydzielone jedynie przy nakładzie niewspółmiernych wysiłków lub d) zostały wygenerowane wspólnie przez konsumenta i inne osoby, a inni konsumenci mogą nadal korzystać z tych treści.

W motywach 39 i 40 preambuły dyrektywy wyjaśniono również zagadnienia związane z uprawnieniem do żądania usunięcia danych i wycofaniem zgody na przetwarzanie danych, wskazując że uprawnienia te powinny mieć zastosowanie w kontekście umów o dostarczanie treści lub usług cyfrowych, przy czym prawo do rozwiązania umowy nie powinno naruszać prawa konsumenta do wycofania zgody na przetwarzanie jego danych osobowych, natomiast dyrektywa nie reguluje skutków wycofania zgody na przetwarzanie danych, a regulacja w tym zakresie leży w domenie prawa krajowego.

3 | Krajowa regulacja ochrony konsumenta w kontekście umów o dostarczanie treści lub usług cyfrowych

Implementacją dyrektywy 2019/770 w prawie polskim są przepisy ustawy z dnia 30 maja 2014 o prawach konsumenta^[6], które zostały znowelizowane^[7] w roku 2022, a zmiany weszły w życie 1 stycznia 2023 r. Ustawa o prawach konsumenta już wcześniej przewidywała uprawnienia

⁶ Dz.U. z 2020 r., poz. 287 ze zm., dalej wskazywana skrótowo: u.pr.konsum.

⁷ Por. ustawa z dnia 4 listopada 2022 r. o zmianie ustawy o prawach konsumenta, ustawy – Kodeks cywilny oraz ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe, Dz.U. z 2022 r., poz. 2337.

konsumentów także w przypadku umów nieodpłatnych zawieranych na odległość, np. uprawnienie do odstąpienia od umowy, jednak implementacja dyrektywy 2019/770 sprawia, że możliwość przetwarzania danych traktowana jest jako korzyść stanowiąca odpowiednik odpłatności, jaką może uzyskać przedsiębiorca.

Zgodnie z przepisem art. 1 pkt 4b u.pr.konsum. ustawa określa prawa przysługujące konsumentowi, w szczególności zasady i tryb wykonania praw konsumenta będącego stroną umowy o dostarczanie treści cyfrowej lub usługi cyfrowej. W ustawie zdefiniowano pojęcia istotne dla implementacji dyrektywy 2019/770 w tym m.in.: treści cyfrowych, usług cyfrowych, towaru z elementami cyfrowymi środowiska cyfrowego, integracji, kompatybilności, funkcjonalności i interoperacyjności^[8]. W zakresie rozumienia pojęcia „dane osobowe” przepis art. 2 pkt 7 u.pr.konsum., analogicznie jak dyrektywa, odsyła do rozporządzenia 2016/679^[9].

W początkowej części ustawy zamieszczony został przepis wyłączający jej stosowanie, analogiczny z regulacją zawartą w dyrektywie. W art. 3 ust. 1 pkt 11 u.pr.konsum. określono, że przepisów tej ustawy nie stosuje się do umów o dostarczanie treści cyfrowej lub usługi cyfrowej, jeżeli konsument nie jest zobowiązany do świadczeń innych niż dostarczanie danych osobowych, a dane te są przetwarzane przez przedsiębiorcę wyłącznie w celu wykonania umowy lub obowiązku ustawowego. Oznacza to, że przekazywanie przez podmiot danych osobowych do wykorzystywania przedsiębiorcy, gdy dane są konieczne do zawarcia i wykonania umowy lub wypełnienia obowiązku prawnego np. identyfikacyjnego, nie jest objęte regulacją prawa konsumenckiego.

W art. 32a ust. 1 u.pr.konsum. zawarty został zakaz wykorzystywania treści wytworzonych lub dostarczonych przez konsumenta w przypadku odstąpienia od umowy o dostarczanie treści cyfrowej lub usługi cyfrowej, zbliżony do regulacji zawartej w art. 16 ust. 3 dyrektywy 2019/770. W przepisach tych mowa jednak o ograniczeniu wykorzystywania treści innych niż dane osobowe dostarczone przez konsumenta.

Szczegółowe regulacje odnoszące się do umowy o dostarczanie treści cyfrowej lub usługi cyfrowej zawarte zostały w rozdziale 5b u.pr.konsum. W art. 43i pkt 2 ustawy zapisano wyłączenie stosowania przepisów tego

⁸ Por. art. 2 pkt 5 – 5g u.pr.konsum.

⁹ Na temat pojęcia dane osobowe por. m.in. Paweł Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2022), 109 i n. oraz wskazaną tam literaturę.

rozdziału do umów, na mocy których konsument nie jest zobowiązany do świadczeń innych niż dostarczanie danych osobowych, a dane te są przetwarzane przez przedsiębiorcę wyłącznie w celu poprawy bezpieczeństwa, kompatybilności lub interoperacyjności oprogramowania oferowanego na podstawie otwartej i wolnej licencji. Jest to kolejne (po wskazanym powyżej w art. 3 ust. 1 pkt 11) wyłączenie, przy czym jego zakres przedmiotowy jest odmienny, gdyż odnosi się do specyficznych, technicznych celów przetwarzania danych osobowych. W art. 430 ust. 1 u.pr.konsum. ustanowiony (powtórzony) został zakaz wykorzystywania wytworzonych lub dostarczonych przez konsumenta treści innych niż dane osobowe, po odstąpieniu od umowy, sformułowany podobnie jak zakaz przewidziany w art. 32a u.pr.konsum.^[10]

Porównanie przepisów dyrektywy 2019/770 i u.pr.konsum w obszarze ochrony danych osobowych pozwala stwierdzić, że krajowy prawodawca ograniczył regulację ustawową zaledwie do kilku kwestii związanych z dostarczaniem danych osobowych i ochroną takich danych w związku z dostarczaniem treści lub usług cyfrowych. W krajowej regulacji nie znalazły się przepisy wskazujące na relacje między prawem konsumenckim a przepisami o ochronie danych, jednak stosunki te powinny być interpretowane w oparciu o unijne przepisy dyrektywy 2019/770 i rozporządzenia 2016/679.

¹⁰ W przepisie art. 32a u.pr.konsum. mowa o zakazie wykorzystywania treści w przypadku odstąpienia od umowy (od dnia otrzymania oświadczenia konsumenta o odstąpieniu), natomiast przepis art. 430 u.pr.konsum. przewiduje zakaz wykorzystywania treści po odstąpieniu od umowy, podczas gdy art. 16 dyrektywy 2019/770 nakłada obowiązek powstrzymania się od wykorzystywania treści w przypadku rozwiązania umowy. Wydaje się, że uregulowania zawarte w art. 430 ust. 1 u.pr.konsum. stanowią zbędne powtórzenie, jednak kwestia ta wymaga odrębnej analizy, która wykracza poza zakres przedmiotowy niniejszego opracowania i z uwagi na ograniczenia objętościowe tekstu nie zostanie tu szerzej przedstawiona.

4 | Podstawy dopuszczalności przetwarzania danych

Jak wskazano w przywołanych powyżej motywach dyrektywy 2019/770, przepisy o ochronie konsumentów nie tworzą odrębnych, samoistnych podstaw na jakich opierać się może przetwarzanie danych osobowych – podstawy te są uregulowane w rozporządzeniu 2016/679. Do podstaw dopuszczalności przetwarzania danych wykorzystywanych w przypadku świadczenia usług zaliczyć można: zgodę osoby, której dane dotyczą na przetwarzanie jej danych (art. 6 ust. 1 lit. a rozporządzenia 2016/679); niezbędność 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 rozporządzenia 2016/679); realizację obowiązku prawnego (art. 6 ust. 1 lit. c rozporządzenia 2016/679) oraz niezbędność dla realizacji prawnie uzasadnionych interesów administratora (art. 6 ust. 1 lit. f rozporządzenia 2016/679).

Podstawą uprawniającą przedsiębiorcę do przetwarzania danych w celu wykonania umowy jest przesłanka z lit. b), jednak przepis ogranicza możliwość wykorzystania tej podstawy jedynie do sytuacji, gdy przetwarzanie danych jest niezbędne do wykonania umowy. Oznacza to, że przetwarzanie danych, które nie są niezbędne do wykonania umowy (m.in. służą realizacji innych celów, np. marketingowych) nie powinno opierać się na tej podstawie. W zakresie określonym przepisami prawa, istotną przesłanką jest wskazana w lit. c) – dotyczy ona przypadków, gdy przepisy (np. podatkowe) nakładają obowiązek, dla którego realizacji konieczne jest przetwarzanie danych. W praktyce administratorzy często wykorzystują przesłankę z lit f) – tzw. klauzulę prawnie uzasadnionego interesu, gdyż za taki interes prawodawca pozwala uznać m.in. marketing własnych produktów lub usług^[11]. Jednak przesłanka ta ma ograniczone znaczenie, gdyż nie obejmuje marketingu prowadzonego na rzecz innych podmiotów, czy też innych działań, które po dokonaniu testu ważenia interesów administratora i podmiotu danych trudno byłoby uznać za przeważający uzasadniony interes administratora. W przypadkach, gdy żadna z przywołanych powyżej podstaw nie znajduje zastosowania, administrator powinien sięgnąć po przesłankę wskazaną w katalogu podstaw jako pierwsza – zgodę osoby, której dane dotyczą. Jednak szczególne wymogi odnoszące się do zgody

¹¹ Por. motyw 47 *in fine* preambuły do rozporządzenia 2016/679.

oraz świadomość braku stabilności przetwarzania danych w oparciu o tę przesłankę sprawiają, że coraz więcej administratorów unika wykorzystywania zgody, a w praktyce i piśmiennictwie prezentowany jest pogląd, że w przypadku gdy usługi świadczone są w zamian za możliwość przetwarzania danych osobowych, właściwą podstawą przetwarzania danych jest realizacja umowy (lit. b), a nie zgoda (lit. a)^[12].

5 | Wykonanie umowy a zgoda na przetwarzanie danych

Jak już wcześniej wspomniałem, przesłanka wykonania umowy jest ujęta w rozporządzeniu 2016/679 wąsko i obejmuje jedynie przetwarzanie danych niezbędne do wykonania umowy, której stroną jest podmiot danych lub do podjęcia działań na żądanie podmiotu danych, przed zawarciem umowy^[13]. Oznacza to, że jeżeli administrator zamierza wykorzystywać dane w innym celu, niż tylko zawarcie i wykonanie umowy w tym, aby na przetwarzaniu danych zarabiać, co pozwala mu finansować usługę, udostępnianą podmiotowi danych bez uiszczania zapłaty w pieniądzu, wówczas przetwarzanie wykracza poza ramy określonej przepisami podstawy z lit. b). W takiej sytuacji administrator powinien sięgnąć po inną podstawę dopuszczalności przetwarzania, a jako że klauzula prawnie uzasadnionego interesu ma ograniczone zastosowanie, w wielu przypadkach administrator opiera przetwarzanie danych o zgodę.

Jednakże zgoda na przetwarzanie danych osobowych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych obwarowana została dodatkowymi wymogami, które niekiedy nie jest łatwo spełnić, a możliwość jej odwołania w każdej chwili, połączona z koniecznością zapewnienia, by odwołanie było równie łatwe jak jej udzielenie sprawia, że zgoda jawi się jako podstawa niepewna, mało stabilna, a przez to nieatrakcyjna dla przedsiębiorców. Skłania to wielu administratorów do poszukiwania możliwości

¹² Por. Wojciech Habrowski, „Różnice między zgodą a umową” *ABI Expert*, 3 (2003): 33–35.

¹³ Por. Waltraut Kotschy, „Article 6 Lawfulness of processing”, [w:] *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, red. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey (Oxford: Oxford University Press, 2020), 331.

wykorzystywania innych podstaw. Kwestia ta była podejmowana w literaturze przedmiotu jeszcze przed unijną reformą ochrony danych^[14], natomiast uchwalenie dyrektywy dotyczącej umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych oraz jej implementacja sprawiły, że temat ten powrócił, a nowe przepisy przywoływane są jako argument świadczący o dopuszczalności uznania, że podstawą przetwarzania danych w omawianym przypadku powinna być umowa, a nie zgoda. Za taką interpretacją, jak niekiedy wskazuje się w piśmiennictwie, miałyby przemawiać m.in. następujące argumenty:

- administrator nie może być zmuszany do trwania w niepewności co do możliwości wykorzystania danych osobowych w sytuacji, w której konsument otrzymał świadczenie w zamian za umożliwienie korzystania z jego danych przez administratora;
- zgoda nie jest adekwatną podstawą przetwarzania danych, gdy konsument w zamian za pozwolenie na przetwarzanie danych otrzymuje świadczenie wzajemne;
- ogólne rozporządzenie o ochronie danych nie przewiduje zakazu uczynienia danych osobowych przedmiotem zobowiązania, celem tej regulacji jest ochrona a nie „ubezłasnowolnienie” podmiotów danych;
- nie ma wystarczających argumentów za przyjęciem, że osoba, której dane dotyczą, nie może dysponować swoim uprawnieniem do wycofania zgody i na pewien czas z niego zrezygnować;
- zgoda na przetwarzanie to nie to samo, co zgoda na zawarcie umowy^[15].

Niektóre z przywołanych powyżej argumentów, opierają się na określeniu relacji między stronami umowy, ocenianej jedynie z perspektywy prawa prywatnego, natomiast zdają się całkowicie pomijać publiczno-prawną specyfikę regulacji ochrony danych osobowych. Odnosząc się do argumentu nierówności stron umowy (niepewności administratora co do możliwości wykorzystywania danych) można uznać, że jest to przejawem zwiększonej ochrony podmiotu danych będącego konsumentem, jako

¹⁴ Por. m.in. Janusz Barta, Paweł Fajgielski, Ryszard Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer 2015), 403 i n. oraz wskazaną tam literaturę.

¹⁵ Por. Habrowski, *Różnice między zgodą a umową*, 33–34.

słabszej strony umowy, a przedsiębiorca powinien tak ukształtować umowę, aby ryzyko odwołania zgody ograniczyć. Gdy chodzi o zgodę jako świadczenie wzajemne, to zgoda uprawnia administratora do przetwarzania danych do czasu jej odwołania, a więc po odwołaniu zgody administrator również powinien zaprzestać świadczenia wzajemnego. Argument dotyczący braku zakazu uczynienia danych przedmiotem zobowiązania również nie wydaje się trafny, gdyż prawo do ochrony danych nakazuje odmiennie traktować przypadki, gdy dane są niezbędne do wykonania umowy, od sytuacji, gdy przetwarzanie danych wykracza poza zakres niezbędny, a umożliwia administratorowi realizację innych celów (w tym marketingowych). Możliwość odwołania zgody jest uprawnieniem podmiotu danych, a nie przejawem jego ubezwłasnowolnienia, natomiast publicznoprawna ochrona ma zapobiegać przypadkom wymuszania podawania danych dla realizacji innych celów (administrator powinien przekonać podmiot danych, że warto udzielić mu zgody na przetwarzanie, a nie zmuszać podmiot danych do zaakceptowania faktu przetwarzania danych w innych celach z obawy przed negatywnymi konsekwencjami odmowy zawarcia umowy). Można zgodzić się z argumentem, że czym innym jest zgoda na zawarcie umowy, a czym innym zgoda na przetwarzanie danych, jednak jeśli podmiot danych nie chce zawrzeć umowy to może się na nią nie zgodzić, natomiast jeśli podmiot nie chce wyrazić zgody na przetwarzanie danych w innych celach, wówczas może zgody nie wyrazić (lub kiedy przekona się, że jest to dla niego niekorzystne – zgodę odwołać), ale powinien mieć zapewnioną możliwość zawarcia umowy odpłatnej (lub rezygnacji z rabatu cenowego związanego z niewyrażeniem bądź odwołaniem zgody).

Przeciwko uznaniu za zasadną interpretacji wskazującej, że w omawianym przypadku podstawą przetwarzania danych jest umowa a nie zgoda przemawiają jeszcze inne argumenty. Przyjęcie, że podstawą jest umowa mogłoby prowadzić do zastępowania uprawnień podmiotu danych uprawnieniami konsumenckimi, co w rezultacie mogłoby skutkować obniżeniem poziomu ochrony podmiotów, których dane poddawane są przetwarzaniu. Zwrócił na to uwagę Europejski Inspektor Ochrony Danych w opinii 8/2018^[16] wskazując jako przykład 14-dniowy termin na odstąpienie od umowy, którego stosowanie mogłoby prowadzić do ograniczenia (czy nawet

¹⁶ European Data Protection Supervisor, Opinion 8/2018 on the legislative package „A New Deal for Consumers”, 17. https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/18-10-05_opinion_consumer_law_en.pdf.

kwestionowania) prawa do wycofania zgody na przetwarzanie danych w każdym czasie.

Argument wskazujący na dyrektywę 2019/770, która „przewiduje możliwość zapłaty danymi” na poparcie tezy o tym, że właściwą podstawą dopuszczalności przetwarzania danych w omawianym przypadku jest umowa również nie powinien być przywoływany, ponieważ zarówno przepisy wskazanej dyrektywy, jak i krajowej jej implementacji wyraźnie wyłączają stosowanie tych regulacji w przypadku, gdy „dane osobowe dostarczone przez konsumenta są przetwarzane przez przedsiębiorcę wyłącznie w celu dostarczania treści cyfrowych lub usługi cyfrowej zgodnie z niniejszą dyrektywą lub w celu umożliwienia przedsiębiorcy spełnienia wymogów prawnych, którym on podlega, a przedsiębiorca nie przetwarza tych danych do żadnych innych celów”^[17], o czym była już mowa powyżej. Ponadto w dyrektywie 2019/770 wyraźnie wskazano, że w zakresie ochrony danych, w tym podstaw dopuszczalności przetwarzania danych, zastosowanie mają przepisy rozporządzenia 2016/679, a nie dyrektywy.

Warto także podkreślić, że zgoda nie może przybrać charakteru rozporządzającego a jedynie upoważniającego, co oznacza, że do jej istoty należy możliwość jej odwołania. Uznanie, że poprzez fakt zawarcia umowy podmiot danych godzi się na przetwarzanie danych w szerszym zakresie niż niezbędny do wykonania umowy może prowadzić do wniosku, że w tym przypadku mamy do czynienia ze swoistym dorozumieniem zgody, a podmiot danych rozporządził swoim prawem i nie może tak wyrażonej zgody odwołać, może co najwyżej doprowadzić do rozwiązania umowy. Takiej interpretacji nie sposób pogodzić z wymogami uregulowanymi w przepisach rozporządzenia 2016/679. W myśl art. 4 pkt 1) rozporządzenia, zgoda osoby, której dane dotyczą oznacza dobrowolne, konkretne, świadome i jednoznaczne okazanie woli, którym osoba, której dane dotyczą, w formie oświadczenia lub wyraźnego działania potwierdzającego, przyzwala na przetwarzanie dotyczących jej danych osobowych. Szczegółowe wymogi odnoszące się do zgody określone zostały w art. 7 ogólnego rozporządzenia^[18], w którym na administratora nałożono ciężar wykazania faktu uzyskania zgody, określono wymagania dotyczące formy i treści zapytania o zgodę, przewidziano uprawnienie do odwołania zgody oraz obowiązek

¹⁷ Por. art. 3 ust. 1 *in fine* dyrektywy 2019/770.

¹⁸ Również przepis art. 8 rozporządzenia 2016/679 określa wymogi dotyczące zgody, ale odnoszą się one do zgody dziecka w kontekście świadczenia usług społeczeństwa informacyjnego i nie zostaną tu omówione.

informowania o tym uprawnieniu, a także obowiązek zapewnienia, że odwołanie zgody będzie równie łatwe, co jej wyrażenie^[19].

W tym kontekście szczególnie istotny wydaje się art. 7 ust. 4 rozporządzenia 2016/679, który przy ocenie czy zgodę wyrażono dobrowolnie, nakazuje w jak największym stopniu uwzględnić, czy między innymi od zgody na przetwarzanie danych nie jest uzależnione wykonanie umowy, w tym świadczenie usługi, jeśli przetwarzanie danych osobowych nie jest niezbędne do wykonania tej umowy. Ten przepis może być różnie interpretowany, jednak w piśmiennictwie dominuje wykładnia wskazująca na dopuszczalność oparcia przetwarzania danych o zgodę, jeżeli podmiot danych ma realną możliwość dokonania wyboru między świadczeniem usługi powiązanej ze zgodą na przetwarzanie danych a korzystaniem z usługi świadczonej bez wyrażenia takiej zgody, zwykle połączonej z koniecznością zapłaty bądź brakiem możliwości skorzystania z rabatu.^[20] Przyjęcie, że zgoda na przetwarzanie danych jest częścią umowy, mogłoby prowadzić do obchodzenia przepisów dotyczących zgody i pozbawienia podmiotu danych możliwości decydowania o przetwarzaniu jego danych, w zakresie wykraczającym poza minimum niezbędne dla wykonania umowy.

¹⁹ Szerzej na temat wymogów dotyczących zgody por. m.in. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych*, 200 i n., oraz wskazaną tam literaturę.

²⁰ W literaturze jako argumenty za dopuszczalnością wykorzystywania zgody w omawianym przypadku wskazuje się m.in. na „kryterium rozsądnej alternatywy” zaczerpnięte z piśmiennictwa niemieckiego – tak: Dominik Lubasz, „Komentarz do art. 7”, [w:] *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. Edyta Bielak-Jomaa, Dominik Lubasz (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018, 426; okoliczność, czy „istnieje możliwość zapłaty za świadczenie w inny sposób, w szczególności w pieniądzu” bądź możliwość uzyskania substytutynego świadczenia od innego podmiotu bez wyrażenia zgody na przetwarzanie danych – tak: Paweł Barta, Maciej Kawecki, Paweł Litwiński, „Komentarz do art. 7”, [w:] *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Wybrane przepisy sektorowe. Komentarz*, red. Paweł Litwiński (Warszawa: C.H. Beck 2021), 96–197. Wśród komentatorów jedynie Arleta Nerka nie podziela takiego poglądu uznając, że żądanie zgody, w zamian za wykonanie umowy przeczy dobrowolności zgody i jest niezgodne z art. 7 ust. 4; por. Arleta Nerka, „Komentarz do art. 7”, [w:] *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. Marlena Sakowska-Baryła (Warszawa: C.H. Beck, 2018), 173.

Bibliografia

- Barta Janusz, Paweł Fajgielski, Ryszard Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Chałubińska-Jentkiewicz Katarzyna, „Treści cyfrowe jako przedmiot obrotu gospodarczego – zagadnienia definicyjne” *Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, nr 2 (2020): 111–128.
- European Data Protection Supervisor, *Opinion 8/2018 on the legislative package „A New Deal for Consumers”*. https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/18-10-05_opinion_consumer_law_en.pdf.
- Fajgielski Paweł, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2022.
- Habrowski Wojciech, „Różnice między zgodą a umową” *ABI Expert*, 3 (2003).
- Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Wybrane przepisy sektorowe. Komentarz*, red. Paweł Litwiński. Warszawa C.H. Beck 2021.
- Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. Marlena Sakowska-Baryła. Warszawa C.H. Beck 2018.
- RODO. *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. Edyta Bielak-Jomaa, Dominik Lubasz. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018.
- The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, red. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey. Oxford: Oxford University Press, 2020.



