



**Stanowisko Izby Gospodarki Elektronicznej
dotyczące
art. 18 ust. 4 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną**

W dniu 4 maja 2019 r. weszło w życie znowelizowane brzmienie art. 18 ust. 4 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (dalej: „u.ś.u.d.e.”). Zgodnie z nim możliwość przetwarzania danych osobowych w celach marketingowych w ramach usług świadczonych drogą elektroniczną została ograniczona do przypadków, w których podstawą prawną przetwarzania jest zgoda usługobiorcy. Jako, że zmiana ta jest bezpośrednio związana z działalnością Izby Gospodarki Elektronicznej (dalej: „e-Izba”), niniejszym przedstawiamy stanowisko e-Izby dotyczące art. 18 ust. 4 u.ś.u.d.e.

Spis treści

I.	Najważniejsze uwagi	1
II.	Rekomendacja e-Izby	2
III.	Uzasadnienie	2
1.	Sprzeczność u.ś.u.d.e. z RODO	2
2.	Pierwszeństwo RODO przed u.ś.u.d.e.	2
a.	Brak normy kompetencyjnej	2
b.	Reguły kolizyjne – nadrzędność prawa wspólnotowego	3
3.	Wyrok TSUE w sprawie Breyer	4
IV.	Propozycje zmian w u.ś.u.d.e.	4

I. Najważniejsze uwagi

1. Art. 18 ust. 4 u.ś.u.d.e. jest niezgodny z przepisami rozporządzenia nr 2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej: „**RODO**”) i na podstawie art. 91 ust. 3 Konstytucji RP powinien być pomijany w procesie stosowania prawa.
2. Art. 18 ust. 4 u.ś.u.d.e. zawęża katalog przesłanek legalizujących przetwarzanie danych osobowych wskazany w art. 6 ust. 1 RODO, mimo że RODO nie zawiera żadnej klauzuli kompetencyjnej dla państw członkowskich pozwalającej na taki krok legislacyjny w sektorze e-handlu.



II. Rekomendacja e-Izby

W celu usunięcia niezgodności ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną z RODO, zalecamy usunięcie art. 18 ust. 4 u.ś.u.d.e.

III. Uzasadnienie

Art. 18 ust. 4 u.ś.u.d.e. w brzmieniu po 4 maja 2019 r. zakłada, że przetwarzanie danych osobowych:

- ✓ dla celów reklamy, badania rynku oraz zachowań i preferencji usługobiorców z przeznaczeniem wyników tych badań na potrzeby polepszenia jakości usług świadczonych przez usługodawcę, oraz
- ✓ innych danych dotyczących usługobiorcy, które nie są niezbędne do świadczenia usługi drogą elektroniczną,

może odbywać się tylko za zgodą usługobiorcy. Przepis ten został zmieniony art. 63 pkt 3 ustawy z dnia 21 lutego 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania RODO (Dz.U.2019.730).

1. *Sprzeczność u.ś.u.d.e. z RODO*

Z przepisu art. 18 ust. 4 u.ś.u.d.e. wynika, że podstawą prawną legalnego przetwarzania danych usługobiorcy w odniesieniu do celów w nim wskazanych (w tym do celów reklamy) jest jego zgoda. Tymczasem RODO nie zawiera takiego ograniczenia. Każda z przesłanek określonych w art. 6 ust. 1 tego aktu prawnego jest autonomiczna i równorzędna. Dodatkowo, w szczególności art. 6 ust. 1 lit. f RODO jest zgodnie z zamierzeniami prawodawcy unijnego podstawą, na której można przetwarzać dane osobowe dla celów marketingowych, jakimi są reklama, czy badania rynku. Wynika to jednoznacznie z motywu 47 preambuły RODO. Wskazano w nim, że: „*Za działanie wykonywane w prawnie uzasadnionym interesie można uznać przetwarzanie danych osobowych do celów marketingu bezpośredniego*”.

W tym kontekście, treść art. 18 ust. 4 u.ś.u.d.e. ogranicza legalność przetwarzania danych tylko do jednej przesłanki legalizacyjnej, o której mowa w RODO, tj. zgody podmiotu danych. Oznacza to, że zgodnie z wolą polskiego ustawodawcy, nawet w przypadku istnienia prawnie uzasadnionego interesu administratora w przetwarzaniu danych usługobiorcy w celach marketingowych, przetwarzanie takie nie będzie zgodne z prawem, jeżeli usługobiorca nie wyrazi na to zgody.

Takie rozwiązanie powoduje sprzeczność przepisów u.ś.u.d.e. z RODO. Powinna być ona usunięta zgodnie z powszechnie przyjętymi normami niwelowania takich kolizji.

2. *Pierwszeństwo RODO przed u.ś.u.d.e.*

a. *Brak normy kompetencyjnej*

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że opisana sprzeczność byłaby dopuszczalna, gdyby RODO zawierało klauzulę kompetencyjną dla państw członkowskich pozwalającą na ograniczenie przesłanek przetwarzania w odniesieniu do branży e-handlu w zakresie określonym w art. 18 ust. 4 u.ś.u.d.e.

Niektóre przepisy RODO przewidują dla ustawodawców krajowych możliwość wprowadzenia do krajowego porządku prawnego odmiennych uregulowań. Należy jednak mieć na uwadze, że takie uprawnienie dla krajowego ustawodawcy musi wynikać z konkretnego przepisu RODO, czyli tzw. klauzuli kompetencyjnej. W odniesieniu do regulacji dotyczącej podstaw prawnych przetwarzania danych osobowych w branży e-handlu, brak jest takiego upoważnienia. Brak klauzuli kompetencyjnej uprawniającej państwo członkowskie do wprowadzenia surowszych niż w art. 6 RODO przepisów dotyczących podstaw prawnych przetwarzania danych osobowych powoduje, iż ograniczenie takie, wynikające z treści art. 18 ust. 4 u.ś.u.d.e., uznać należy za dokonane wbrew przepisom wspólnotowym. Regulacje unijne mają natomiast w tym zakresie prymat nad prawem polskim, co wynika wprost z Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, o czym będzie dalej mowa.

b. Reguły kolizyjne – nadrzędność prawa wspólnotowego

Przystępując do Unii Europejskiej Rzeczpospolita Polska częściowo oddała prawodawcy unijnemu prawo do stanowienia obowiązującego prawa. Podstawą prawną dla tego kroku jest art. 90 ust. 1 Konstytucji. Z kolei z art. 91 ust. 3 Konstytucji wynika, że jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy konstytuującej organizację międzynarodowej, to prawo przez nią stanowione ma pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami.

Wskazany przepis Konstytucji ma zastosowanie w odniesieniu do usuwania kolizji pomiędzy polskimi przepisami a przepisami unijnymi, co wynika zarówno ze stanowiska piśmiennictwa, jak i orzecznictwa. Przytoczony przepis służy bowiem urzeczywistnianiu zasady pierwszeństwa prawa unijnego nad przepisami krajowymi. Dlatego podkreśla się w piśmiennictwie, że:

„W razie kolizji ustaw czy aktów podustawowych z aktami wydawanymi przez instytucje UE sądy (organy) mają obowiązek zastosować regułę kolizyjną w myśl art. 91 ust. 3 Konstytucji RP i pomijając ustawę, a w sytuacji kolizji z normą konstytucyjną w pierwszej kolejności zastosować wykładnię prowspólnotową” (M. Haczkowska, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LexisNexis 2014, uwagi do art. 91).

Również Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, że:

„Zasada bezpośredniego stosowania prawa wspólnotowego wynikająca expressis verbis z art. 249 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej, wyprowadzona jest też w drodze wykładni art. 91 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, z którego wyprowadza się nie tylko zasadę bezpośredniego stosowania rozporządzeń wspólnotowych, ale też zasadę pierwszeństwa tych rozporządzeń w wypadku kolizji z ustawami. Wyprowadza się regułę, że w przypadku rozbieżności pomiędzy przepisami prawa krajowego, a prawem wspólnotowym, jeżeli tej rozbieżności nie da się usunąć w drodze wykładni, to zastosowanie ma zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego i to niezależnie od rangi porównywanych norm” (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 lipca 2007 r., sygn. akt: I OSK 1193/06).

Stąd art. 18 ust. 4 u.ś.u.d.e. z uwagi na jego sprzeczność z RODO, a dokładnie nieuprawnione zawężenie przesłanek legalizujących przetwarzanie wskazanych w art. 6 ust. 1 RODO, powinien być pomijany w stosowaniu prawa na podstawie art. 91 ust. 3 Konstytucji.

3. Wyrok TSUE w sprawie Breyer

Podobny przypadek nieuprawnionego wprowadzenia przez Państwo członkowskie ograniczeń w stosunku do prawa unijnego w zakresie przesłanek legalizujących przetwarzanie był już przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Chodziło o wprowadzony w Republice Federalnej Niemiec przepis zawężający przesłanki przetwarzania danych osobowych przy usługach świadczonych drogą elektroniczną.

W wyroku z dnia 19 października 2016 r., sygn. akt: C-582/14 (sprawa: Patrick Breyer przeciwko Bundesrepublik Deutschland) TSUE wskazał, iż:

*„art. 7 owej dyrektywy [chodzi o dyrektywę 95/46/WE, obecnym odpowiednikiem tego przepisu jest art. 6 ust. 1 RODO] przewiduje zamknięty i wyczerpujący wykaz przypadków, w których przetwarzanie danych osobowych może zostać uznane za legalne, oraz iż państwa członkowskie nie mogą dodawać nowych kryteriów legalności przetwarzania danych osobowych względem kryteriów ustanowionych w tym artykule **ani też ustanawiać dodatkowych wymogów, które doprowadziłyby do modyfikacji zakresu jednego z sześciu kryteriów przewidzianych w tymże artykule.** (...) Państwa członkowskie nie mogą na podstawie art. 5 tej samej dyrektywy wprowadzać innych kryteriów legalności przetwarzania danych osobowych niż kryteria ustanowione w art. 7 dyrektywy ani też modyfikować, za pomocą dodatkowych wymogów, zakresu sześciu kryteriów przewidzianych we wspomnianym art. 7”.*

Cytowany wyrok zapadł na gruncie poprzednio obowiązującej dyrektywy 95/46, jednak jego treść pozostaje aktualna także w odniesieniu do przepisów RODO. Trybunał stwierdził wyraźnie, że zawężenie przesłanek legalizacyjnych przetwarzania danych osobowych nie leży w kompetencji państw członkowskich. Można nawet powiedzieć, że argumenty podniesione przez Trybunał zyskały na swojej mocy, ponieważ RODO jest rozporządzeniem unijnym, które jest stosowane bezpośrednio i jest aktem prawnym wyższej rangi, niż dyrektywa.

IV. Propozycje zmian w u.ś.u.d.e.

e-Izba rekomenduje usunięcie z art. 18 u.ś.u.d.e. jednostki redakcyjnej postaci ustępu 4 w aktualnym brzmieniu. Przepis ten i tak nie powinien być stosowany, co ma swoją jednoznaczną podstawę w przepisach Konstytucji. Pozostawienie art. 18 ust. 4 u.ś.u.d.e. w obrocie prawnym będzie zatem prowadziło do zmniejszenia pewności prawa wśród przedsiębiorców.

Z powyższych względów e-Izba przedstawia wskazaną na wstępie rekomendację.