



**GENERALNY INSPEKTOR
OCHRONY DANYCH
OSOBOWYCH**

dr Wojciech R. Wiewiórowski

Warszawa, dnia 23 stycznia 2012 r.

**Pan
Michał Boni
Minister Administracji i Cyfryzacji
ul. Batorego 5
Warszawa**

Szanowny Panie Ministrze

Pozwalam sobie przedstawić Panu Ministrowi opinię Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych na temat treści przepisów prawnych zawartych w umowie handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrobionymi – ACTA (zwanej dalej „konwencją ACTA”). Treść tego traktatu międzynarodowego nie była jak dotąd konsultowana z GIODO. Tym nie mniej w związku z toczącą się od kilku dni debatą publiczną w sprawie jego podpisania i ewentualnej ratyfikacji przez Polskę Generalny Inspektor uznał za konieczne skierowanie niniejszej opinii z urzędu do Ministra Administracji i Cyfryzacji jako zainteresowanego tą tematyką.

Generalny Inspektor brał udział w przygotowywaniu stanowiska Grupy Roboczej ds. ochrony danych osobowych ustanowiona na mocy art. 29 Dyrektywy 95/46/WE (zwanej dalej „Grupą art. 29”) skierowanego do Komisarza Karela de Guchta w sprawie aspektów ochrony danych osobowych i ochrony prywatności w umowie handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrobionymi (ACTA) wystosowanego 15 lipca 2010 r.

GIODO zna również i w całości popiera opinię Europejskiego Inspektora Ochrony Danych z dnia 22 lutego 2010 r. na temat „bieżących negocjacji Unii Europejskiej w sprawie

Umowy handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrobionymi (ACTA)” [2010/C 147/01; Dz.U. Unii Europejskiej C 147/1). Oba dokumenty pozwalam sobie załączyć do niniejszego pisma.

Zakres uprawnień ustawowych nie pozwala GIODO – w odróżnieniu od Europejskiego Rzecznika Ochrony Danych oraz Grupy art. 29 – na formułowanie opinii wobec możliwości blokowania stron internetowych oraz ewentualnego uniemożliwiania osobom fizycznym, osobom prawnym lub innym jednostkom organizacyjnym dostępu do usług sieciowych. Tym nie mniej zakres unormowań umożliwiających wymianę danych osobowych pomiędzy różnymi podmiotami powoduje, że GIODO uznaje podpisanie i ratyfikację konwencji ACTA za niebezpieczne dla praw i wolności określonych w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Zdaniem Generalnego Inspektora podpisanie i ratyfikacja konwencji ACTA nie spowoduje powstania obowiązku Polski do znowelizowania swojego prawa wewnętrznego, lecz niewątpliwie w systemie prawa polskiego zajdą zmiany spowodowane z pojawieniem się nowego aktu prawa międzynarodowego. Zmiany te mogą spowodować – zdaniem niektórych podmiotów – że normy konwencji ACTA, jako wystarczająco precyzyjne wprowadzą nowe obowiązki spoczywające na podmiotach publicznych i – przede wszystkim – prywatnych. Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych przewiduje również, że niektóre istniejące w Polsce podmioty – w szczególności – organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi – będą domniemywały wprost z treści konwencji ACTA posiadanie nowych uprawnień do przetwarzania danych osobowych.

Obowiązki polskich podmiotów publicznych

Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych zgadza się z opinią przedstawianą przez urzędników Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, że żadne z postanowień konwencji ACTA nie nakłada na Polskę wymogu ujawniania informacji, których ujawnienie byłoby sprzeczne z prawem, w tym z przepisami chroniącymi prawo do prywatności, lub z umowami międzynarodowymi, których Polska jest stroną. Rzeczywiście tego typu obowiązki nie wynikają wprost z konwencji ACTA.

Prawdą jest jednak, że konwencja ACTA przewiduje tworzenie nowych kanałów informacyjnych obejmujących również podmioty publiczne i prywatne z krajów uznawanych na mocy *Dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995*

r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych za tzw. państwa trzecie, czyli nie zapewniające wystarczającej ochrony danych osobowych. Jeśli takie kanały informacyjne zostaną stworzone polska Policja poddana zostanie naciskom, by z nich korzystać. Taka sytuacja może wymusić na Policji przekazywanie danych osobowych z Krajowego Systemu Informacyjnego Policji lub z innych baz policyjnych (np. z baz Krajowego Centrum Informacji Kryminalnych) przy użyciu tychże kanałów komunikacyjnych.

Można więc domniemywać, że mimo braku formalnych obowiązków wobec władz publicznych, Policja zostanie *de facto* zobowiązana do działania na podstawie konwencji ACTA.

Obowiązki i uprawnienia polskich podmiotów prywatnych

Warto zwrócić uwagę na fakt, że uwagi rzeczników ochrony danych zgłaszane w liście Grupy art. 29 do Komisarza Karela de Guchta oraz w opinii Europejskiego Inspektora Ochrony Danych z dnia 22 lutego 2010 r. nie dotyczyły z zasady przymusu, jakiemu poddane byłyby państwa członkowskie, lecz obowiązków nakładanych na podmioty prywatne w tym w szczególności na przedsiębiorców działających w branży telekomunikacyjnej oraz tzw. pośredników w dostępie do usług internetowych (*intermediary service providers* – ISP). Wątpliwości dotyczą również sytuacji, w których konwencja ACTA wskazuje, że rolę instytucji publicznych w dochodzeniu roszczeń związanych z ochroną praw własności intelektualnej mogą przejmować podmioty prywatne.

Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych zgadza się w całości z opinią Europejskiego Inspektora Ochrony Danych w kwestii zagrożeń, jaki może taka sytuacja powodować. Wraz z tworzeniem takich obowiązków i uprawnień należy sprawdzić, jakie jest prawne uzasadnienie, w ramach którego mają miejsce działania z zakresu przetwarzania danych (tj. czy operacje przetwarzania są oparte na wymogu prawnym, na zgodzie osób, których dane dotyczą, czy innym ważnym uzasadnieniu) oraz czy przekazywanie danych jest zgodne z pierwotnym celem gromadzenia danych. Przekazywanie danych nie powinno bowiem wychodzić poza zakres określonego celu. Należy określić zakres i rodzaj danych osobowych, które mają podlegać wymianie, powinny zostać jasno określone i zminimalizowane do tego, co niezbędne w celu osiągnięcia celu przekazania danych. Identyfikacja podejrzanej osoby musi nastąpić zgodnie z prawem i pod nadzorem sądu.

W tym względzie podkreślenia wymaga, że dane odnoszące się do naruszeń praw własności intelektualnej i podejrzeń o naruszenia są specjalną kategorią danych, których przetwarzanie jest zazwyczaj zarezerwowane dla organów ścigania i wymaga zastosowania dodatkowych środków zabezpieczających.

GIODO tak jak Europejski Inspektor obawia się, że konwencja ACTA nie tylko określa zasady współpracy pomiędzy organami publicznymi, ale również powierza zadania z zakresu egzekwowania prawa prywatnym organizacjom (takim jak dostawcy usług internetowych, czy organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi). W tym ostatnim przypadku warunki i stopień zaangażowania prywatnych organizacji w egzekwowanie praw własności intelektualnej muszą zostać ostrożnie ocenione, w tym sensie, że postanowienia konwencji ACTA nie powinny *de facto* nadawać dostawcom usług internetowych i organizacjom właścicieli praw własności intelektualnej prawa do monitorowania działań użytkowników on-line. Ponadto przetwarzanie danych osobowych przez prywatne organizacje w kontekście egzekwowania prawa powinno mieć miejsce wyłącznie w oparciu o właściwą podstawę prawną, której zdaniem GIODO nie daje sama konwencja ACTA. Jednocześnie GIODO ma świadomość, że ta ocena z jego strony będzie podważana przez podmioty, które będą chciały wyinterpretować z konwencji ACTA swe uprawnienia.

Metoda wykorzystywana do wymiany danych osobowych w konwencji ACTA jest zdaniem GIODO nieprecyzyjna. W szczególności nie określa, czy wymiana będzie przebiegać w ramach systemu pchającego – np. dostawcy usług internetowych i organizacje właścicieli praw intelektualnych przekazywaliby w ramach pełnionej kontroli dane osobom trzecim, takim jak policja i organy ścigania, znajdującym się za granicą – lub system ssący – np. policja i organy ścigania miałyby bezpośredni dostęp do baz danych prywatnych podmiotów lub baz danych, w których informacje byłyby scentralizowane. Jak już przedstawiono w kontekście danych PNR, system pchający jest jedyną opcją zgodną z zasadami ochrony danych z punktu widzenia ochrony danych w UE, ponieważ upoważnia nadawcę z UE, którym najczęściej jest administrator danych, do pełnienia kontroli nad przesyłaniem danych.

Zdaniem GIODO nie sprecyzowano również obowiązków spoczywających na administratorach danych w państwach trzecich. Należy zagwarantować mechanizmy nadzoru lub mechanizmy pociągania do odpowiedzialności tak, by istniały skuteczne środki zaradcze i sankcje wobec administratorów danych w przypadku bezpodstawnego przetwarzania danych lub innych tego rodzaju zdarzeń.

Wpływ ratyfikacji konwencji ACTA na polski system prawny

Trudno zgodzić się ze stwierdzeniami przedstawianymi przez urzędników Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego jakoby podpisanie i ratyfikacja konwencji ACTA „nie powodowało konieczności zmian legislacyjnych w prawie polskim”. Ministerstwo przyznaje, że do ratyfikacji konwencji „konieczna jest zgoda wyrażona w ustawie”. Przypomnijmy, że przesłanki do „konieczności” wyrażenia przez Sejm zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej zawiera Konstytucja RP w art. 89. Urzędnicy MKiDN muszą sobie zdawać sprawę, że ratyfikacja przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej i jej wypowiedzenie wymaga uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie wówczas, gdy umowa dotyczy: 1) pokoju, sojuszy, układów politycznych lub układów wojskowych, 2) wolności, praw lub obowiązków obywatelskich określonych w Konstytucji, 3) członkostwa Rzeczypospolitej Polskiej w organizacji międzynarodowej, 4) znacznego obciążenia państwa pod względem finansowym, 5) spraw uregulowanych w ustawie lub w których Konstytucja wymaga ustawy.

W oczywisty sposób konwencja ACTA nie dotyczy pokoju, sojuszy, układów politycznych lub układów wojskowych. Nie wymaga również członkostwa Rzeczypospolitej Polskiej w organizacji międzynarodowej. Z żadnego ze znanych GODO dokumentów nie wynika, by powodowała znaczne obciążenia państwa pod względem finansowym. W tej sytuacji konieczność ratyfikacji za zgodą Sejmu wynikać musi albo z faktu, że:

1) konwencja dotyczy spraw uregulowanych w ustawie lub w których Konstytucja wymaga ustawy lub

2) konwencja dotyczy wolności, praw lub obowiązków obywatelskich określonych w Konstytucji.

Zdaniem Generalnego Inspektora obie przesłanki są spełnione. **Konwencja dotyczy spraw uregulowanych w ustawach i normy z niej wywodzone będą wchodziły w interakcję z normami prawa polskiego. Będą m.in. powodowały, że przy wykorzystaniu normy kolizyjnej *lex superior derogat legi inferiori* (na podstawie art. 91 Konstytucji RP) wykluczone będzie zastosowanie norm wynikających z ustawy.**

Stwierdzenie, że jakoby podpisanie i ratyfikacja konwencji ACTA „nie powodowała konieczności zmian legislacyjnych w prawie polskim” nie może być bowiem rozumiane tak

cynicznie, że „nie jest wymagane zmienienie polskich aktów prawnych, gdyż konwencja zastąpi ich normy tam, gdzie trzeba”. To sugerowałoby chęć wprowadzenia w błąd opinii publicznej. Ratyfikacja konwencji ACTA spowoduje niewątpliwie zmianę w polskim porządku prawnym. Próby sugerowania, że tak się nie stanie, stawiałyby pod znakiem zapytania sensowność podejmowania jakichkolwiek kroków przez Radę Ministrów, Sejm i Prezydenta RP.

Jednocześnie przyznać należy, że konwencja „dotyczy wolności, praw lub obowiązków obywatelskich określonych w Konstytucji”. Oznacza to, że podlega ona testowi wskazanemu w art. 31 Konstytucji RP i ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Z żadnego znanego Generalnemu Inspektorowi dokumentu nie wynikała jak dotąd taka niezbędność. Na nieadekwatność środków przewidzianych w Konwencji do celów, jakie mają być osiągnięte, zwracał uwagę Europejski Inspektor Ochrony Danych w przytoczonej wyżej opinii.

Działania podejmowane na podstawie norm konwencji ACTA

W ostatnich miesiącach prowadzone były w Polsce prace dotyczące opracowania projektu wielostronnego dokumentu związanego ze zwalczaniem naruszeń praw własności intelektualnej w środowisku cyfrowym, tj. „Porozumienia o współpracy i wzajemnej pomocy w sprawie ochrony praw własności intelektualnej w środowisku cyfrowym”. GODO nie wie, jaką rolę w tworzeniu tego porozumienia odgrywał Minister Kultury i Dziedzictwa Narodowego, ale Minister przynajmniej pozostawał w stałym kontakcie z podmiotami, które przygotowywały porozumienie. W tej sytuacji GODO przekazał w listopadzie ubiegłego roku swą – bardzo negatywną – opinię w sprawie porozumienia Ministrowi Kultury i Dziedzictwa Narodowego.

W kilka dni po przekazaniu tej opinii pojawiła się informacja, że prace nad przygotowaniem porozumienia zostały wstrzymane w związku z wątpliwościami co do istnienia wystarczających podstaw prawnych dla jego zawarcia i realizacji.

GODO poinformował Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego, że nie ma żadnych wątpliwości, że dane, o których mowa w porozumieniu m.in. jako o „informacjach o przypadkach naruszeń praw własności intelektualnej” (art. 7 porozumienia) mogą stanowić dane osobowe w rozumieniu art. 6 ust. 1 *ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.)*. Opisane bardzo ogólnie

w dokumencie procesy przetwarzania tych danych są niewątpliwie operacjami przetwarzania danych, o których mówi ustawa. Choć Generalny Inspektor z zasady popiera idee dążące do samoregulacji rynku, a kwestie ochrony praw własności intelektualnej są dla naszych prac bardzo istotne, to proponowane porozumienie należy uznać za rozwiązanie chybione. **Rozwiązanie to może prowadzić do stworzenia systemu informacyjnego, który nie znajduje podstaw prawnych, a którego istnienie jest ingerencją w konstytucyjne prawa osób fizycznych nieadekwatną dla planowanego celu. GODO podkreślił również, że naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych może ewentualnych sygnatariuszy porozumienia zarówno na odpowiedzialność administracyjną przed Generalnym Inspektorem Ochrony Danych Osobowych, jak i karną wynikającą z przepisów ustawy.**

Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych przewiduje, że podpisanie i ratyfikacja konwencji ACTA spowoduje wznowienie prac nad wyżej opisanym porozumieniem. GODO uważa, że organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi będą przekonywać Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego oraz Ministra Administracji i Cyfryzacji, że ratyfikacja przez Polskę konwencji ACTA spowodowała, że zarzut braku podstaw prawnych do przetwarzania danych osobowych oraz danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną stracił aktualność w związku z tym, że podstawę taką „kreuje” konwencja ACTA.

GODO nie ukrywa, że, jeśli tak stanie, będzie można takie zachowanie organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub innych podmiotów uznać za skrajnie cyniczne. Zawieszenie prac nad tzw. porozumieniem byłoby tym samym jedynie wybiegiem czasowym związanym z toczącymi się – z założenia nietransparentnymi – pracami legislacyjnymi.

Konkluzje

Podsumowując niniejsze rozważania należy stwierdzić, że choć podpisanie i ratyfikacja konwencji ACTA nie spowoduje powstania obowiązku Polski do znowelizowania swojego prawa wewnętrznego, niewątpliwie zajdą zmiany w systemie prawa w naszym kraju związane z pojawieniem się nowego aktu prawa międzynarodowego, który może – zdaniem niektórych podmiotów – być na tyle precyzyjny, że jego normy wprowadzą nowe obowiązki spoczywające na podmiotach publicznych i – przede wszystkim – prywatnych. Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych przewiduje również, że niektóre istniejące w Polsce podmioty – w szczególności – organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi – będą domniemywały z treści konwencji ACTA posiadanie nowych uprawnień do przetwarzania danych osobowych.

Zakres uprawnień ustawowych nie pozwala GODO na formułowanie opinii wobec możliwości blokowania stron internetowych oraz ewentualnego uniemożliwienia osobom fizycznym, osobom prawnym lub innym jednostkom organizacyjnym dostępu do usług sieciowych. Tym nie mniej zakres unormowań umożliwiających wymianę danych osobowych pomiędzy różnymi podmiotami powoduje, że GODO uznaje podpisanie i ratyfikację konwencji ACTA za niewskazane.

GODO przewiduje, że na osoby fizyczne, osoby prawne i inne jednostki organizacyjne nakładane będą nieznane dziś prawu polskiemu obowiązki ujawnienia danych osobowych osób fizycznych podejrzewanych o naruszenie norm konwencyjnych. Istnieje również podejrzenie graniczące z pewnością, że takie obowiązki będą domniemywane wobec instytucji publicznych – przede wszystkim wobec Policji.

GODO uważa również, że normy konwencyjne będą uważane za podstawę do przekazywania takich informacji podmiotom publicznym i prywatnym w państwach uznawanych na mocy Dyrektywy 95/46 za tzw. państwa trzecie, czyli nie zapewniające wystarczającej ochrony danych osobowych.

Zdaniem GODO podpisanie i ratyfikacja konwencji ACTA spowoduje, że organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi doprowadzą do wznowienia prac nad tzw. porozumieniem o współpracy i wzajemnej pomocy w sprawie ochrony praw własności intelektualnej w środowisku cyfrowym, uznając, że główny zarzut GODO dotyczący braku

podstaw prawnych w prawie polskim do przetwarzania danych osobowych objętych ochroną ustawy o ochronie danych osobowych oraz danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną stracił aktualność wobec „pojawienia się” nowej podstawy prawnej wynikającej z konwencji ACTA. Takie działanie spowoduje, że kontrola nad działalnością organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi sprawowana przez Ministra Kultury Dziedzictwa Narodowego, kontrola GODO nad przetwarzaniem danych osobowych oraz kontrola Rzecznika Praw Obywatelskich nad przestrzeganiem przez nie praw i wolności obywatelskich staną się fikcją.

GODO uznaje, że stworzone przez Polskę w 2011 r. podstawy prawne dla wymiany informacji pomiędzy organami ścigania państw Unii Europejskiej oraz wymiany informacji w sieci informacyjnej Międzynarodowej Organizacji Policji INTERPOL umożliwiają dziś skuteczne zapobieganie i zwalczanie poważnych przestępstw w zakresie objętym konwencją ACTA. Rozszerzanie listy czynów zabronionych objętych taką współpracą oraz – co najważniejsze – tworzenie alternatywnych sieci wymiany informacji dla potrzeb dochodzenia roszczeń cywilnych nie jest możliwe bez wykazania, że działanie takie jest konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego. Zdaniem GODO nie wykazano jak dotąd niezbędności takich działań. Nie przeprowadzono w tej sprawie również wystarczająco szerokiej dyskusji tak na poziomie krajowym, jak i międzynarodowym

Załączniki:

1. List Grupy Roboczej ds. ochrony danych osobowych ustanowiona na mocy art. 29 Dyrektywy 95/46/WE (zwanej dalej „Grupą art. 29”) skierowanego do Komisarza Karela de Guchta w sprawie aspektów ochrony danych osobowych i ochrony prywatności w umowie handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrobionymi (ACTA) wystosowany 15 lipca 2010 r.
2. Opinia Europejskiego Inspektora Ochrony Danych z dnia 22 lutego 2010 r. na temat „bieżących negocjacji Unii Europejskiej w sprawie Umowy handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrobionymi (ACTA)” [2010/C 147/01; Dz.U. Unii Europejskiej C 147/1).