

# Wpływ Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej<sup>1</sup> na ochronę danych osobowych i prywatności użytkowników usług OTT-1 (usług łączności interpersonalnej)

## Spis treści

- I. Wstęp
- II. Status prawny usług OTT przed wejściem w życie EKŁE
- III. Status prawny usług OTT-1 po wejściu w życie EKŁE
- IV. Stosowanie się przepisów dyrektywy o e-Prywatności do usług łączności interpersonalnej
- V. Ochrona danych osobowych i prywatności w sektorze łączności elektronicznej – odrębność reżimów prawnych
- VI. Konsekwencje prawne stosowania przepisów dyrektywy o e-Prywatności do usług łączności interpersonalnej
- VII. Podsumowanie

## Streszczenie

Wejście w życie Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej ma ogromne znaczenie dla ochrony prywatności użytkowników usług *Over-the-Top* (OTT), określanych również jako „usługi świadczone ponad siecią”, które kwalifikują się jako usługi łączności interpersonalnej (art. 2 pkt 5). Przykładem takich usług są m.in. komunikatory i poczta internetowa. Ograniczenia przewidziane w art. 5, 6 i 9 dyrektywy 2002/58/WE („dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej”) mają bezpośrednie zastosowanie do dostawców tych usług. W konsekwencji w większości przypadków przetwarzanie informacji zawartych w łączności elektronicznej i powiązanych metadanych wygenerowanych w trakcie świadczenia usług OTT-1 wymaga zgody użytkownika. Jedyne wyjątki mogą być prawnie dozwolone zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej.

**Słowa kluczowe:** usługa *Over-the-Top*; OTT, usługa interpersonalna; Europejski kodeks łączności elektronicznej, e-Prywatność.

**JEL:** K24

\* Adwokat; starszy wspólnik Kancelarii Prawnej *Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy*; wiceprezes Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji (PIIT).

<sup>1</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11.12.2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej (wersja przekształcona; Dz. Urz. UE 2018 L 321 s. 36 z dnia 17.12.2018) (dalej: EKŁE).

## I. Wstęp

W ostatnich latach nastąpił dynamiczny rozwój tzw. usług *Over-the-Top* (OTT), określanych również jako „usługi świadczone ponad siecią”. Takie określenie oddaje ich istotę, cechą wyróżniającą ten rodzaj usług jest bowiem okoliczność ich dostarczania nie przez dostawcę dostępu do Internetu (Internet Access Provider, ASP), do którego użytkownik jest podłączony, ale przez podmiot trzeci – dostawcę usług OTT. W doktrynie dokonuje się w związku z tym rozróżnienia na warstwę transportową, za którą odpowiedzialny jest przedsiębiorca telekomunikacyjny oraz na warstwę aplikacyjną, którą obsługują inne podmioty (Żyrek, 2019, s. 46. i wskazana tam literatura).

Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (*Body of European Regulators in Electronic Communications*, BEREC) określa usługi OTT jako treści – usługi lub aplikacje – udostępniane użytkownikowi końcowemu za pośrednictwem publicznego Internetu<sup>2</sup>. Definicja ta odwołuje się do sposobu ich świadczenia, bez określania ich statusu prawnego. W tym kontekście BEREC zauważa, że okoliczność dostarczania usług OTT poprzez sieć niezależnego dostawcy dostępu do Internetu nie wyklucza „samo przez się” możliwości ich kwalifikowania jako usług łączności elektronicznej, rozumianych w dotychczasowym stanie prawnym jako kontrola przekazywania sygnałów telekomunikacyjnych. Z tych względów, przeprowadzony został ich podział na: a) usługi OTT-O, które zaliczane są do usług łączności elektronicznej; b) usługi OTT-1, które nie mają formalnie takiego charakteru, ale są lub mogą być dla nich substytucyjne oraz c) usługi OTT-2, które nie mieszczą się w żadnej z tych kategorii, tzn. ani nie stanowią usług łączności elektronicznej, ani nie mają charakteru do nich równoważnego<sup>3</sup>. Przykładem usługi OTT-O jest telefonia internetowa (*Voice over IP, VOiP*). Do usług OTT-1 zalicza się z kolei komunikatory internetowe (*Instant Messenger*) oraz usługi poczty internetowej, w tym dostępne przez aplikacje internetowe wykorzystujące przeglądarki internetowe w roli tzw. klienta poczty elektronicznej (*Webmail*). Usługi OTT-2 obejmują natomiast swoim zakresem platformy aukcji elektronicznych, serwisy społecznościowe, jak również różnego rodzaju usługi internetowe związane z wyszukiwaniem (*search engines*) i dostarczaniem treści (np. serwisy *online*).

Z punktu widzenia rynku usług łączności elektronicznej szczególną uwagę zwraca bardzo dynamiczny rozwój usług OTT-1, który doprowadził do fundamentalnej zmiany wykorzystywanych przez użytkowników sposobów komunikacji na odległość. Wiąże się z tym istotny spadek popularności tradycyjnych środków komunikacji elektronicznej, takich jak SMS i MMS na rzecz usług równoważnych, tj. telefonii internetowej (*Voice over IP, VoIP*), usług przekazywania wiadomości (komunikatory internetowe – *instant messaging apps*) czy poczty elektronicznej (*webmail*)<sup>4</sup>. O skali tych zmian świadczą najnowsze badania rynkowe, zgodnie z którymi około 80% ankietowanych posiada na swoim *smartfonie* komunikator online, a wśród nich największą rolę w codziennej komunikacji odgrywają *Facebook Messenger* (86,4%), *WhatsApp* (43,9%), *Skype* (23,0%) i *Twitter* (19,3%)<sup>5</sup>.

Powyższe zmiany doprowadziły do postrzegania przez regulatorów powyższych usług jako funkcjonalnych „odpowiedników” tradycyjnych usług łączności elektronicznej. W sposób naturalny

<sup>2</sup> BEREC, Report on OTT Services, BoR (16) 35, styczeń 2016, s. 14.

<sup>3</sup> *Ibidem*, s. 17.

<sup>4</sup> Ofcom. (2019). Communications Market Report 2019. Pozyskano z: <https://www.ofcom.org.uk/research-and-data/multi-sector-research/cmr/cmr-2019>.

<sup>5</sup> SerwerSMS.pl. (2019). Komunikacja SMS w Polsce EDYCJA 6 Raport z badania konsumenckiego. Pozyskano z: <https://serwersms.pl/badanie-2019/>, s. 23.

zrodziło to pytanie, czy – i w jakim zakresie – powinny stosować się do nich przepisy właściwe dla łączności elektronicznej. Problematyka ta zostanie przedstawiona w niniejszym artykule, ze szczególnym uwzględnieniem obowiązków dostawców OTT w zakresie ochrony danych osobowych i prywatności użytkowników tych usług.

## II. Status prawny usług OTT przed wejściem w życie EKŁE

W okresie przed wejściem w życie EKŁE istotne wątpliwości budziła kwalifikacja prawna usług OTT-1, w szczególności czy mieszczą się one w dotychczasowej definicji usługi łączności elektronicznej zawartej w art. 2 c) dyrektywy ramowej<sup>6</sup>. Zgodnie z nią, „usługa łączności elektronicznej” oznacza „usługę zazwyczaj świadczoną za wynagrodzeniem, polegającą całkowicie lub częściowo (w głównej mierze) na przekazywaniu sygnałów w sieciach łączności elektronicznej, w tym usługi telekomunikacyjne i usługi transmisyjne świadczone poprzez sieci nadawcze”. Organy regulacyjne poszczególnych państw Unii Europejskiej analizowały pod tym kątem między innymi usługi telefonii internetowej oraz poczty elektronicznej. Powstałe w tym zakresie spory między regulatorami a dostawcami usług OTT doprowadziły do wydania – w trybie odpowiedzi na zapytania prejudycjalne sądów krajowych – dwóch istotnych orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: TSUE Trybunał), w sprawach SkypeOut<sup>7</sup> oraz Gmail<sup>8</sup>.

Mimo że powyższe wyroki dotyczyły dwóch różnych rodzajowo usług, wspólny dla ich oceny prawnej był, przyjęty przez TSUE i istotny z uwagi na sposób świadczenia usług OTT-1, punkt wyjścia dla ich dalszej kwalifikacji. Trybunał stwierdził bowiem, że aby dana usługa mieściła się w zakresie pojęcia „usługi łączności elektronicznej”, powinna obejmować przesyłanie sygnału, przy czym okoliczność, że przekaz ten następuje za pomocą infrastruktury, która nie należy do podmiotu świadczącego tę usługę, nie ma znaczenia dla klasyfikacji tej usługi, gdyż decydujące jest, że usługodawca jest odpowiedzialny wobec końcowych odbiorców za świadczenie usługi, której są abonentami<sup>9</sup>.

W przypadku usługi SkypeOut, której istota polegała na dostarczeniu funkcji pozwalającej na skorzystanie z usługi VOiP (Voice over IP, VoIP) w sposób umożliwiający użytkownikowi nawiązanie poprzez jego terminal połączenia z numerem stacjonarnym lub komórkowym krajowego planu numeracji z wykorzystaniem PSTN (*Public Switched Telephone Network*) jednego z państw członkowskich, TSUE uznał, że spełnia ona cechy „usługi łączności elektronicznej”. Jak wynika z uzasadnienia wyroku, przesądziły o tym dwie okoliczności<sup>10</sup>. Po pierwsze, element pobierania wynagrodzenia przez wydawcę, a co za tym idzie odpowiedzialność wobec abonentów, którzy za nią zapłacili, a po drugie, okoliczność zawarcia przez niego porozumień z dostawcami usług telekomunikacyjnych, którzy w ich wykonaniu dokonywali przekazywania sygnałów”. Odnosnie do tego drugiego elementu, TSUE podkreślił, że istotne jest, że przekazywanie połączeń głośno-

<sup>6</sup> Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7.03.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa; Dz. Urz. UE 2002 L 108, s. 33 z dnia 24.04.2002).

<sup>7</sup> Wyr. TSUE z 5.06.2019 w sprawie C-142/18, *Skype Communications Sàrl przeciwko Institut belge des services postaux et des télécommunications* (Dz. Urz. UE 2019 C 263/13).

<sup>8</sup> Wyr. TSUE z 13.06.2019 r. w sprawie C-193/18, *Google LLC przeciwko Bundesrepublik Deutschland* (Dz. Urz. UE 2019 C 263/14).

<sup>9</sup> Wyr. C-142/18, Skype, pkt 29.

<sup>10</sup> Wyr. C-142/18, Skype, pkt 49.

wych nie mogłoby by mieć miejsca bez zawarcia umów między spółką Skype Communications a dostawcami usług telekomunikacyjnych<sup>11</sup>.

Odmienne rozstrzygnięcie zapadło w sprawie Gmail. Trybunał uznał w nim, że Google nie jest dostawcą usługi łączności elektronicznej, mimo że „bezsporne jest, że dokonuje on przekazywania sygnałów, w szczególności Spółka Google w ramach świadczenia usługi przesyłania wiadomości dokonuje, za pośrednictwem swoich serwerów pocztowych, wprowadzenia do otwartego Internetu i odebrania w nim pakietów danych dotyczących wiadomości elektronicznych odpowiednio wysyłanych i otrzymanych przez posiadaczy konta poczty elektronicznej Google”<sup>12</sup>. TSUE uznał, że „usługa ta nie polega całkowicie lub głównie na przekazywaniu sygnałów w sieciach łączności elektronicznej”<sup>13</sup>. Kluczowe jest również, że odpowiedzialność wobec nadawców i odbiorców poczty elektronicznej, za przesyłanie sygnałów niezbędnych do funkcjonowania tej usługi ponoszą dostawcy dostępu do Internetu nadawców i odbiorców, a także, w stosownych przypadkach, „operatorzy różnych sieci tworzących otwarty Internet”<sup>14</sup>.

W podsumowaniu też zawartych w powyższych orzeczeniach należy stwierdzić, że w ich świetle większość dostawców usług OTT-1 nie powinna być – w dotychczasowym stanie prawnym – uznana za dostawców usług łączności elektronicznej w rozumieniu dyrektywy ramowej 2002/21/WE, nie odpowiadają oni bowiem przeważanie za transport sygnałów w sieci, a ich rola sprowadza się co najwyżej do inicjowania sygnału, który następnie jest przekazywany w Internecie przez inne podmioty (Żyrek, 2019, s. 49).

### III. Status prawny usług OTT-1 po wejściu w życie EKŁE

Skoncentrowanie się w dotychczasowym ujęciu usługi łączności elektronicznej na elementach technicznych („usługa polegająca głównie na przesyłaniu sygnałów”), a nie ich funkcjonalnym aspekcie sprawiało, że ochrony właściwej dla sieci łączności elektronicznej pozbawieni byli użytkownicy szeregu istotnych usług komunikacyjnych (np. komunikatorów internetowych czy poczty elektronicznej). Z tych względów, w trakcie prac nad EKŁE postanowiono dokonać odpowiedniej korekty pojęcia „usługi łączności elektronicznej”. Chociaż „przekazywanie sygnałów” pozostaje nadal istotnym elementem określania usług tego rodzaju, to równocześnie definicja ta objąć miała również dostawców usług umożliwiających interaktywną komunikację, ale nie wykonujących samodzielnie „przekazu sygnałów”. Celem dokonania tego zabiegu legislacyjnego było włączenie w zakres stosowania EKŁE tych usług OTT-1, które – w warstwie aplikacyjnej – służą różnym sposobom komunikowania się użytkowników (usługobiorców). Bez znaczenia jest przy tym, że to inny podmiot odpowiada za przekazywanie sygnałów w warstwie transportowej.

Z powyższych przyczyn w EKŁE wprowadzono zmiany do definicji usługi łączności elektronicznej poprzez dodanie nowej kategorii usługi łączności interpersonalnej, rozumianej jako „usługa zazwyczaj świadczona za wynagrodzeniem, która umożliwia bezpośrednią interpersonalną i interaktywną wymianę informacji za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej między skończoną liczbą osób, w ramach której osoby inicjujące połączenie lub uczestniczące w nim

<sup>11</sup> Wyr. C-142/18, Skype, pkt 34.

<sup>12</sup> Wyr. C-193/18, Google, pkt 34.

<sup>13</sup> Wyr. C-193/18, Google, pkt 35.

<sup>14</sup> Wyr. C-193/18, Google, pkt 36.

decydują o jego odbiorcy lub odbiorcach, natomiast nie obejmuje ona usług, które umożliwiają interpersonalną i interaktywną komunikację wyłącznie jako podrzędną funkcję dodatkową, która jest nieodłącznie związana z inną usługą”<sup>15</sup>.

Dodatkowe wskazówki interpretacyjne odnośnie do rozumienia pojęcia „usługi łączności interpersonalnej” zostały zawarte w motywie nr 17 EKŁE.

Po pierwsze, podkreślono, że usługi te obejmują tylko łączność między skończoną, tzn. nie potencjalnie nieograniczoną, liczbą osób fizycznych, którą określa osoba wysyłająca komunikat.

Po drugie, usługa ta powinna umożliwiać odbiorcy informacji odpowiedź (element interaktywności). Usługi, które nie spełniają powyższych wymogów, takie jak linearne usługi medialne, wideo na żądanie, strony internetowe, sieci internetowe, serwisy społecznościowe, blogi lub wymiana informacji między urządzeniami, nie powinny być uznawane za usługi łączności interpersonalnej.

Po trzecie, wyjaśniono również, że wyjątkowo usługi nie należy uznać za usługę łączności interpersonalnej, jeżeli narzędzie do komunikacji interpersonalnej i interaktywnej stanowi wyłącznie nieznaczny dodatek do innej usługi oraz z obiektywnych przyczyn technicznych nie może być użytkowane bez tej usługi głównej, a jego integracja z usługą nie służy obejściu zasad.

W podsumowaniu powyższych uwag i odwołując się do przyjętego w raporcie BEREC podziału usług *over-the-top*, należy stwierdzić, że przepisy EKŁE stosują się do kategorii usług określanych umownie jako OTT-0 oraz OTT-1. Oznacza to, że „ekosystemem” regulacji dotyczących łączności elektronicznej objęte zostały kluczowe, jeśli chodzi o dzisiejszą komunikację między użytkownikami w Internecie, usługi komunikatorów internetowych i poczty elektronicznej (np. Facebook, Messenger, WhatsApp, Skype, FaceTime, Signal, Telegram, Gmail).

#### IV. Stosowanie się przepisów dyrektywy o e-Prywatności do usług łączności interpersonalnej

Poszerzenie pojęcia „usługi łączności elektronicznej” i objęcie jej zakresem również usług interpersonalnych mają także istotny wpływ na zwiększenie ochrony prywatności użytkowników tych ostatnich usług. W dotychczasowym stanie prawnym, chronieni byli oni bowiem jedynie przepisami o ochronie danych osobowych, w tym przede wszystkim RODO<sup>16</sup>. Na obowiązujące do tej pory ramy regulacyjne dla sieci i usług łączności elektronicznej łącznie składało się pięć dyrektyw: 2002/19/WE<sup>17</sup>, 2002/20/WE<sup>18</sup>, 2002/21/WE<sup>19</sup>, 2002/22/WE<sup>20</sup> oraz 2002/58/WE<sup>21</sup>. Cztery pierwsze z nich zostały przekształcone, w celu uproszczenia ich obecnej struktury i zwiększenia sprawności regulacyjnej, w dyrektywę EKŁE. Pozostawienie dyrektywy 2002/58/

<sup>15</sup> Zob. art. 2 pkt 5 EKŁE.

<sup>16</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 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 2016 L 19.1 z dnia 4.05.2016); dalej: RODO lub rozporządzenie.

<sup>17</sup> Dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7.03.2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie) (Dz. Urz. UE 2002 L 108.7 z dnia 24.02.2002).

<sup>18</sup> Dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7.03.2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach) (Dz. Urz. UE 2002 L 108.21 z dnia 24.02.2002).

<sup>19</sup> Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7.03.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa; Dz. Urz. UE 2002 L 108.33 z dnia 24.04.2002).

<sup>20</sup> Dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7.03.2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej) (Dz. Urz. UE 2002 L 108.51 z dnia 24.04.2002).

<sup>21</sup> Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12.07.2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz. Urz. UE 2002 L 201.37 z dnia 31.07.2002); dalej: dyrektywa 2002/58/WE lub dyrektywa o e-Prywatności.



WE (dalej: dyrektywa o e-Prywatności) poza regulacją EKŁE nie oznacza jednak braku jej wpływu na przepisy o ochronie prywatności w sektorze łączności elektronicznej. Zgodnie bowiem z art. 2 dyrektywy 2002/58/WE do zawartych w niej regulacji stosuje się definicje z dyrektywy ramowej 2002/21/WE. Z kolei, z treści art. 125 EKŁE wynika, że dotychczasowe odesłania do uchylonych z dniem 20 grudnia 2020 r. dyrektyw (w tym dyrektywy 2002/21/WE), zawarte w innych aktach prawnych (a więc również i w dyrektywie 2002/58/WE), należy odczytywać jako odesłania do dyrektywy o EKŁE. Wynika więc z tego jednoznacznie, że definicje ujęte w EKŁE będą miały bezpośrednie zastosowanie do regulacji dyrektywy 2002/58/WE. Poszerzenie zakresu przedmiotowego usługi łączności elektronicznej w ramach EKŁE automatycznie więc wpłynęło na zakres stosowania dyrektywy 2002/58/WE. W konsekwencji, obowiązki wynikające z dyrektywy o e-Prywatności będą miały więc również zastosowanie do dostawców usług OTT-1.

## V. Ochrona danych osobowych i prywatności w sektorze łączności elektronicznej – odrębność reżimów prawnych

Przed przystąpieniem do określenia skutków prawnych rozszerzenia zakresu przedmiotowego stosowania EKŁE warto jeszcze określić wzajemne relacje dwóch, niezależnych reżimów ochrony prawnych, tj. ochrony danych osobowych oraz ochrony prywatności. Ich odrębność uwidoczniła została zarówno na poziomie pierwotnego, jak i wtórnego prawa europejskiego.

W artykuł 7 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej<sup>22</sup> zagwarantowano podstawowe prawo każdej osoby do poszanowania jej życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się. Poufność komunikacji elektronicznej jest jednym z kluczowych aspektów tego prawa. Poufność ta zapewnia, że informacji przekazywanych między stronami i zewnętrznymi elementami takiej komunikacji, w tym danych dotyczących czasu wysłania informacji, miejsca nadania i adresata, nie ujawnia się żadnej innej osobie poza stronami zaangażowanymi w dany akt komunikacji, chyba że wyrażą one na to zgodę lub znajdzie zastosowanie inna przesłanka określona w przepisach ustawowych. Zasada ta powinna obowiązywać w stosunku do obecnych i przyszłych środków komunikacji elektronicznej.

Z kolei, zgodnie z art. 8 Kart Praw Podstawowych Unii Europejskiej każdej osoba fizyczna ma prawo do ochrony danych osobowych. Zgodnie z tym przepisem, dane osobowe muszą być przetwarzane rzetelnie w określonych celach i za zgodą osoby zainteresowanej lub na innej uzasadnionej podstawie przewidzianej ustawą (ust. 2). Każdy też ma prawo dostępu do zebranych danych, które go dotyczą i prawo do dokonania ich sprostowania (ust. 2). Przestrzeganie powyższych zasad podlega kontroli niezależnego organu (ust. 3).

W celu zapewnienia pełnego poszanowania praw określonych w art. 7 i 8 KPP, przyjęto odpowiednie regulacje zaliczane do prawa wtórnego Unii Europejskiej. W przypadku danych osobowych ochronę zapewniają przepisy RODO, które obowiązują od 25 maja 2018 roku. Ochronę poufności komunikacji elektronicznej wprowadzono z kolei w wielokrotnie już wymienianej w niniejszym artykule dyrektywie 2002/58/WE, zmienionej częściowo dyrektywą 2009/136/WE<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 30.03.2010 r. (Dz. Urz. UE C 83 z 30 III 2010 r., s. 389); dalej: KPP.

<sup>23</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/136/WE z 25.11.2009 r. zmieniająca dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów (Dz. Urz. L 337 z 18.12.2009 r., s. 11). Przepisy te zostały

W motywie 15 EKŁE wyraźnie podkreślono stosowanie się przepisów RODO również w sektorze usług łączności elektronicznej („Przetwarzanie danych osobowych przez dostawców usług łączności elektronicznej czy to w ramach wynagrodzenia, czy na innej zasadzie, powinno być zgodne z rozporządzeniem (UE) 2016/679 Parlamentu Europejskiego i Rady”). Warto w związku z tym poczynić dwie uwagi o charakterze ogólnym.

Po pierwsze, w niektórych sytuacjach objętych przepisami o e-Prywatności, przepisy RODO nie znajdują zastosowania. Będzie tak w szczególności w sytuacji przetwarzania danych o osobach prawnych, które – inaczej niż jest to w przypadku RODO – chronione są również w dyrektywie 2002/58/WE<sup>24</sup>. Podobne będzie w przypadku przetwarzania danych osobowych w związku ze świadczeniem usług łączności elektronicznej w sieciach niepublicznych. Nie są one bowiem objęte przepisami dyrektywy o e-Prywatności (np. informacje przesyłane w wewnętrznych (niepublicznych) sieciach korporacyjnych).<sup>25</sup>

Po drugie, w przypadku, gdy właściwe będą przepisy zarówno RODO, jak i sektorowe (np. przetwarzanie informacji o adresach IP)<sup>26</sup> zastosowanie znajdzie art. 1 pkt 2 dyrektywy 2002/58/WE, zgodnie z którym przepisy te „dookreślają i uzupełniają dyrektywę 95/46/WE (zastąpioną następnie RODO – przypis autor) zgodnie z celami przedstawionymi w ust. 1”. Dookreślenie to należy rozumieć w ten sposób, że przepisy sektorowe mają charakter *lex specialis* względem przepisów RODO jako norm *legi generalis*. Warto w związku z tym zwrócić uwagę na przyjętą w dniu 12 marca 2019 r. opinię nr 5/2019 Europejskiej Rady Ochrony Danych w sprawie wzajemnej zależności między dyrektywą o prywatności i łączności elektronicznej a RODO, w szczególności w zakresie właściwości, zadań i uprawnień organów ochrony danych<sup>27</sup>. Jak w niej wskazano, dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej „dookreśla” postanowienia RODO, stanowiąc w stosunku do rozporządzenia *lex specialis*, co oznacza, że w sprawach regulowanych dyrektywą o e-Prywatności należy stosować zasadę pierwszeństwa stosowania tej dyrektywy przed RODO<sup>28</sup>. Przykładowo, jeżeli podstawy prawne przetwarzania danych są wyraźnie objęte dyrektywą 2002/58/WE, to dostawcy usług łączności elektronicznych muszą oprzeć się na szczególnych podstawach określonych w tej dyrektywie, a nie wynikających z RODO. W wielu przypadkach oznacza to brak możliwości powołania się na przesłankę prawnie uzasadnionego interesu (art. 6 ust. 1 pkt f) RODO). Przepisy sektorowe często bowiem ograniczają – w stosunku do RODO – możliwość posługiwania się podstawami prawnymi przetwarzania danych określonymi w rozporządzeniu (np. konieczność uzyskania zgody na przetwarzanie danych o ruchu). Charakter RODO jako *legi generalis* w stosunku do prawa telekomunikacyjnego przesądza jednak o stosowaniu przepisów rozporządzenia w zakresie, w którym przepisy sektorowe (dyrektywy 2002/58/WE) nie regulują danego rodzaju obowiązków (np. w zakresie realizacji praw podmiotów danych, których katalog określono w art. 15–20 RODO). Stanowi o tym wyraźnie zdanie pierwsze motywu 173 preambuły RODO – „Niniejsze rozporządzenie powinno mieć zastosowanie

---

transponowane do polskiego systemu prawnego w dwóch (sektorowych) aktach prawnych – w przepisach prawa telekomunikacyjnego, a także ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

<sup>24</sup> Zob. art. 1 ust. 2 dyrektywy 2002/58/WE.

<sup>25</sup> Zob. art. 3 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE, zgodnie z którym „[...] dyrektywę stosuje się do przetwarzania danych osobowych w związku z dostarczaniem publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej w publicznych sieciach łączności”.

<sup>26</sup> Z jednej strony, zawarte w nich informacje uznane zostały w RODO za dane osobowe (art. 4, motyw nr 30 preambuły RODO), a z drugiej zaś – podlegają one – jako tzw. dane o ruchu – szczególnym zasadom przetwarzania określonym w przepisach sektorowych (art. 6 dyrektywy 2002/58/WE).

<sup>27</sup> Opinia EROD 5/2019 w sprawie wzajemnej zależności między dyrektywą o prywatności i łączności elektronicznej a RODO, w szczególności w zakresie właściwości, zadań i uprawnień organów ochrony danych przyjęta 12 marca 2019 r., dalej: opinia EROD nr 5/2019.

<sup>28</sup> Opinia EROD 5/2019, s. 13 i n.

do wszystkich tych kwestii dotyczących ochrony podstawowych praw i wolności w związku z przetwarzaniem danych osobowych, które nie podlegają szczególnym obowiązkom mającym ten sam cel i określonym w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/58/WE, w tym obowiązkom nałożonym na administratora oraz prawom osób fizycznych”.

W kontekście wzajemnego oddziaływania przepisów RODO oraz przepisów sektorowych warto jeszcze przytoczyć treść art. 95 RODO, zgodnie z którym „[...] rozporządzenie nie nakłada dodatkowych obowiązków na osoby fizyczne ani prawne co do przetwarzania w związku ze świadczeniem ogólnodostępnych usług łączności elektronicznej w publicznych sieciach łączności w Unii w sprawach, w których podmioty te podlegają szczegółowym obowiązkom mającym ten sam cel określonym w dyrektywie 2002/58/WE”. Celem ustanowienia tego przepisu jest uniknięcie ponoszenia niepotrzebnych kosztów przez administratorów danych, będących równocześnie dostawcami usług łączności elektronicznej. Przytoczonym w związku z tym w opinii nr 5/2019 przykładem jest obowiązek powiadomienia o naruszeniu ochrony danych ustanowiony zarówno w przepisach RODO, jak i w przepisach sektorowych dyrektywy 2002/58/WE. Europejska Rada Ochrony Danych postuluje w związku z tym, aby dostawcy usług elektronicznych, którzy dokonali zgłoszenia na podstawie przepisów podstawie przepisów sektorowych, nie musieli go wykonywać również na podstawie przepisów RODO (art.33)<sup>29</sup>.

## VI. Konsekwencje prawne stosowania przepisów dyrektywy o e-Prywatności do usług łączności interpersonalnej

Dla ochrony prywatności użytkowników usług łączności interpersonalnej stosowanie się postanowień dyrektywy 2002/58/WE będzie miało znaczenie przede wszystkim z punktu widzenia regulacji zawartych w art.5, 6 i 9 dyrektywy<sup>30</sup>.

Zgodnie z art. 5 zakazane jest słuchanie, nagrywanie, przechowywanie lub innego rodzaju przejęcie lub nadzór nad komunikatami i związanymi z nimi danymi o ruchu przez osoby inne niż użytkownicy, bez zgody zainteresowanych. Wyjątki od tego zakazu ustanowione mogą być tylko na zasadach określonych w dyrektywie o e-Prywatności.

Istotą powyższego zakazu jest objęcie nim wszystkich danych łączności elektronicznej, rozumianych zarówno jako treści przekazywanych lub wymienianych komunikatów, jak i informacje „wygenerowane” w związku z tymi przekazami (*metadata*). Co więcej, zakaz ten dotyczy zarówno działań podejmowanych bezpośrednio przez człowieka, jak i automatycznych procesów wykonywanych przez maszyny.

W świetle art. 5 dyrektywy 2002/58/WE zakazane jest więc np. skanowanie treści wiadomości elektronicznych czy związanych z nimi metadanych dla celów innych niż wymiana tych wiadomości. Z niedozwolonym korzystaniem z danych mamy również do czynienia w sytuacji, gdy osoba trzecia monitoruje, bez zgody zainteresowanych, różnego rodzaju interakcje pomiędzy użytkownikami.

Wejście w życie powyższych zakazów będzie miało istotne znaczenie dla tych dostawców usług OTT-1, którzy swój model przychodowy opierają na reklamie i w związku z tym za pomocą danych łączności elektronicznej tworzą różnego rodzaju profile użytkowników. Przykładem są

<sup>29</sup> Opinia EROD nr 5/2019, s. 15.

<sup>30</sup> Przepisy te transponowane zostały do polskiego porządku prawnego w art. 159, art. 166 oraz art. .... ustawy – Prawo Telekomunikacyjne (t.j. DzU 2018, poz. 1954).



usługi poczty internetowej, które wykorzystują skanowanie poczty elektronicznej w celu wyświetlenia spersonalizowanych lub ukierunkowanych reklam. Po wejściu w życie przepisów EKŁE takie działanie będzie zakazane, o ile dostawca nie uzyska uprzedniej zgody zainteresowanych użytkowników.

W art. 6 i 9 dyrektywy o e-Prywatności uregulowano z kolei sposób korzystania z danych o ruchu i lokalizacji. Dane o ruchu obejmują między innymi informacje o czasie połączenia telefonicznego, wysłania wiadomości e-mail, nadawcy i odbiorcy tych wiadomości etc. Zasadą jest, że dane te muszą zostać usunięte lub uczynione anonimowymi, chyba że jest to konieczne do celów rozliczeniowych (i to tylko na okres, w którym rozliczenie może być kwestionowane)<sup>31</sup>. Wyjątkowo, dostawca usług łączności elektronicznej może przetwarzać dane o ruchu w zakresie i przez czas niezbędny do celów wprowadzania na rynek usług łączności elektronicznej lub świadczenia usług tworzących tzw. wartość dodaną, jeżeli abonent lub użytkownik, których dane dotyczą, wyraził na to zgodę.

Podobna regulacja przyjęta została w przypadku danych o lokalizacji, „wygenerowanych” w innym kontekście niż w związku z dostarczaniem usług łączności elektronicznej. Zasadą jest, że dane te mogą być przetwarzane tylko wówczas, gdy są anonimowe lub – za zgodą użytkowników lub abonentów – w zakresie i przez okres niezbędny do świadczenia usługi tworzącej wartość dodaną (art. 9 ust.1 dyrektywy 2002/58/WE).

Powyższe ograniczenia, ustanowione w art. 6 i 9 dyrektywy o e- Prywatności będą miały istotne znaczenie dla sposobu prowadzenia działalności przez dostawców usług łączności interpersonalnej. Przykładowo, informacje na temat lokalizacji geograficznej użytkowników komunikatorów internetowych nie tylko wskazują na to, gdzie oni się znajdują, ale przede wszystkim tworzą obraz tego, w jaki sposób spędzają swój wolny czas. Tworzy to możliwość budowania dokładnych profili potencjalnych klientów. Na gruncie EKŁE, działalność taka możliwa jest tylko za zgodą użytkownika i tylko w okresie i zakresie niezbędnym do świadczenia usługi tworzącej wartość dodaną<sup>32</sup>.

## VII. Podsumowanie

Dynamika rozwoju rynku usług OTT, w tym przede wszystkim usług komunikacyjnych określanych jako OTT-1, stała się powodem, dla którego regulatorzy podjęli próby ich analizy pod kątem spełnienia przesłanek usługi łączności elektronicznej. W dotychczasowym stanie prawnym, wyniki tej analizy dawały, w większości przypadków, wynik negatywny. Stan ten zmieni się jednak po wejściu w życie przepisów EKŁE, w których jednoznacznie przesądono o uznaniu usług interpersonalnych za jedną z postaci usług łączności elektronicznej. Konsekwencją zmiany stanu prawnego będzie między innymi zwiększenie ochrony prywatności użytkowników tych usług z uwagi na stosowanie się przepisów dyrektywy 2002/58/WE. Należy w związku z tym podkreślić, że ochrona ta będzie niezależna od gwarancji przewidzianych w przepisach RODO. W zakresie nieuregulowanym przepisami dyrektywy 2002/58/WE do przetwarzania danych osobowych w związku ze świadczeniem usług interpersonalnych zastosowanie będą miały przepisy rozporządzenia.

<sup>31</sup> Zob. art.6 ust.2 dyrektywy 2002/58/WE.

<sup>32</sup> W kontekście zgód, o których mowa w art. 6 i 9 dyrektywy 2002/58/WE, warto podkreślić, że zgoda taka powinna zostać udzielona zgodnie z wymogami określonymi w art. 4 pkt 11 RODO.

## Bibliografia

- Żyrek, S. (2019). Status usług over-the-top w prawie telekomunikacyjnym – wprowadzenie i wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 5.06.2019 r., C-142/18, Skype Communications Sàrl przeciwko Institut belge des services postaux et des télécommunications. *Europejski Przegląd Sądowy*, 10, 46–54.
- BEREC. (2016). Report on OTT services. BoR (16)35. Pozyskano z: [https://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ott-services](https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ott-services).
- Ofcom. (2019). Communications Market Report 2019. Pozyskano z: <https://www.ofcom.org.uk/research-and-data/multi-sector-research/cmr/cmr-2019>.
- SerwerSMS.pl. (2019). Komunikacja SMS w Polsce EDYCJA 6 Raport z badania konsumenckiego. Pozyskano z: <https://serwersms.pl/badanie2019/>.