

Rozdział II. Klauzule zgody

1. Zgoda jako podstawa prawna przetwarzania danych osobowych

Przetwarzanie danych osobowych jest zgodne z prawem, jeśli jest spełniony jeden z warunków wprost wskazanych w RODO:

- 1) w art. 6 ust. 1 – jeżeli przetwarzanie dotyczy zwykłych danych osobowych;
- 2) w art. 9 ust. 1 – jeżeli przetwarzanie dotyczy danych osobowych szczególnych kategorii;
- 3) w art. 10 w zw. z art. 6 ust. 1 – jeżeli przetwarzanie dotyczy informacji o wyrokach skazujących, naruszeń prawa lub powiązanych środków bezpieczeństwa.

Warunki wskazane w art. 6, 9 lub 10 RODO stanowią podstawę prawną przetwarzania danych osobowych na gruncie RODO. Jedną z nich jest zgoda osoby, której dane dotyczą.

2. Definicja zgody zawarta w RODO

Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 4 pkt 11 RODO **zgoda to dobrowolne, konkretne, świadome i jednoznaczne okazanie woli, którym osoba, której dane dotyczą, w formie oświadczenia woli lub wyraźnego działania potwierdzającego przyzwala na przetwarzanie dotyczących jej danych osobowych**. Tym samym zgodę może stanowić:

- 1) oświadczenie woli przyzwalające na przetwarzanie danych osobowych,
- 2) wyraźne działanie potwierdzające przyzwalające na przetwarzanie danych osobowych.

Dopuszczenie uznawania ważności zgody w sytuacji, gdy wynika ona z wyraźnego działania potwierdzającego, stanowi liberalizację w porównaniu z definicją zgody zawartej w dotychczasowej OchrDanychU97.

Ważne

Zgoda wyrażana przez wyraźne działanie potwierdzające może być stosowana wyłącznie wobec danych osobowych zwykłych. W przypadku przetwarzania danych osobowych szczególnych kategorii podstawą prawną może być wyłącznie zgoda wyraźna, czyli wyrażana poprzez oświadczenie woli.

Nowelizacja krajowych przepisów przewiduje zmianę definicji zgody na gruncie ŚwiadUstElektU oraz PrTelekom w ten sposób, że do wyrażania zgody będzie stosowało się wymogi przewidziane w RODO. Zatem wszystkie te zgody będą mogły być wyrażane przez wyraźne działanie potwierdzające. Więcej na temat sposobów konstruowania ważnej zgody w zakresie jej wyrażania przez wyraźne działanie potwierdzające znajduje się w podrozdziale 2.2.8, dotyczącym jednoznaczności wyrażanej zgody.

2.1. Warunki wyrażenia zgody

Aby zgoda była wyrażona w sposób ważny, niezależnie od tego, czy jest wyrażana przez złożenie oświadczenia woli, czy wyraźne działanie potwierdzające, okazanie woli musi być:

- 1) **konkretne** – musi dotyczyć konkretnej sytuacji przetwarzania danych osobowych, w szczególności celów i zakresu przetwarzania,
- 2) **jednoznaczne** – musi jednoznacznie wskazywać na to, że osoba, której dane dotyczą, zgodę wyraziła,
- 3) **świadome** – osoba, która wyraża zgodę, musi mieć świadomość tego, na co zgodę wyraża,
- 4) **dobrowolne** – osoba, której dane dotyczą, musi mieć możliwość wyboru pomiędzy wyrażeniem zgody a jej niewyrażeniem, bez wpływu na relacje tej osoby z administratorem w obszarach nieobjętych zgodą.

Ponadto przy pozyskiwaniu zgody muszą być spełnione następujące warunki:

- 1) rozliczalność pozyskania zgody, czyli administrator jest obowiązany wykazać, że osoba wyraziła zgodę,
- 2) wyraźne odróżnienie oświadczenia o wyrażeniu zgody od pozostałych kwestii,
- 3) jasny i prosty język oraz zrozumiała i łatwo dostępna forma oświadczenia o wyrażeniu zgody,
- 4) możliwość wycofania zgody w dowolnym momencie w sposób równie łatwy jak jej wyrażenie,
- 5) uprzednie poinformowanie osoby wyrażającej zgodę o tym, że ma prawo w każdej chwili cofnąć zgodę oraz że cofnięcie zgody nie będzie miało wpływu na zgodność przetwarzania danych osobowych przed jej cofnięciem.

2.2. Oświadczenie woli lub wyraźne działanie potwierdzające zgodę na przetwarzanie danych osobowych

Tak jak do tej pory zgoda może mieć postać oświadczenia woli. Oświadczenie woli może mieć każdą formę: ustną, pisemną, w tym elektroniczną. Może polegać np. na:

- 1) podpisaniu przygotowanej treści oświadczenia zgody,
- 2) zaznaczeniu okienka wyboru,
- 3) udzieleniu odpowiedzi na zapytanie,
- 4) wyborze ustawień technicznych przy usługach społeczeństwa informatycznego, np. ustawień przeglądarki internetowej, strony internetowej, konkretnej usługi świadczonej elektronicznie, ustawień aplikacji mobilnej.

Na gruncie RODO następuje jednak liberalizacja w zakresie formy pozyskiwania zgody, zgodą bowiem może być też wyraźne działanie potwierdzające, czyli dokonanie określonej czynności, z której jasno, jednoznacznie i wyraźnie wynika, że osoba potwierdza, że zgadza się na przetwarzanie określonych danych osobowych w konkretnym, znanym jej celu.

Wyraźne działanie potwierdzające może polegać m.in. na:

- 1) wręczeniu wizytówki,
- 2) wypełnieniu odpowiedniego formularza kontaktowego w celu, który jest z góry ustalony i wiadomy,
- 3) wysłaniu określonych danych osobowych konkretnemu administratorowi w konkretnym, znanym z góry celu.

Oświadczenie zgody musi zostać skonstruowane w taki sposób, aby osoba je składająca miała:

- 1) świadomość tego, czego zgoda dotyczy i tego, na co się zgadza,
- 2) świadomość konsekwencji wyrażonej zgody oraz jej późniejszego ewentualnego cofnięcia,
- 3) wybór złożenia oświadczenia wobec innych czynności, tj. aby zgoda była oddzielnym oświadczeniem woli od innych oświadczeń lub czynności,
- 4) wybór pomiędzy różnymi czynnościami przetwarzania, na które wyraża zgodę, tj. aby jedno oświadczenie nie obejmowało kilku niezależnych od siebie czynności przetwarzania.

2.3. Dobrowolność wyrażenia zgody

Dobrowolność zgody oznacza **rzeczywistą możliwość wyboru w zakresie wyrażenia lub niewyrażenia zgody**, tj. możliwość podjęcia swobodnej decyzji bez ponoszenia negatywnych konsekwencji w zakresie innym niż bezpośrednio związany z tą konkretną zgodą.

Brak dobrowolności zgody występuje zatem zawsze, gdy:

- 1) osoba nie ma możliwości wyboru, czy chce wyrazić zgodę, czy nie chce jej wyrazić, np. przy oknie wyboru online ma do wyboru okno „wyrażam zgodę” oraz „nie wy-

rażam zgody”, jednak gdy kliknie okno oznaczające niewyrażenie zgody, nie przejdzie dalej w procesie online;

- 2) zgoda stanowi niepodlegającą negocjacom część warunków współpracy, np. gdy oświadczenie o wyrażeniu zgody jest wpisane w akceptowany regulamin usługi niepodlegający zmianom;
- 3) brak wyrażenia zgody powoduje niekorzystne konsekwencje, tj. osoba ma możliwość wyboru, jednak jeżeli nie wyrazi zgody, spotka się z negatywnymi konsekwencjami, np. gdy klient nie będzie mógł wykupić usługi premium, mimo że działania marketingowe nie są niezbędne do świadczenia tej usługi; gdy w razie niewyrażenia zgody klient otrzyma usługę gorszej jakości; gdy aplikacja do robienia zdjęć prosi o zgodę na dostęp do lokalizacji GPS i bez jej wyrażenia nie jest możliwe ukończenie instalacji aplikacji; gdy przy niewyrażeniu zgody osoba spotka się z wysokimi dodatkowymi kosztami;

Przykład

Problematiczna jest kwestia przyznawania rabatów za udzielenie zgody, a tym samym podnoszenie opłat za jej późniejsze cofnięcie. Obecnie bowiem praktyką coraz częściej stosowaną, ale też do tej pory co do zasady niekwestionowaną, jest stosowanie rabatów lub świadczenie określonych usług za udzielenie zgody. Zjawisko to jest nazywane „prywatnością dla bogatych”, i jest ono coraz powszechniejsze. Przyjmuje się, że jeżeli rabat jest na niezbyt wysokim, wyważonym poziomie, a usługa jest usługą, którą inne podmioty świadczą bez wymuszania udzielania zgody, lub podmiot oferuje inną formę korzystania z usługi, np. wersję odpłatną za niewielką opłatą, to takie działania są dopuszczalne, a tak wyrażona zgoda jest ważna, ponieważ osoba nadal ma realny wybór przy jej wyrażeniu. Jeżeli natomiast rabat jest na tak wysokim poziomie lub usługa jest tak powszechna, że realnie nie można jej zastąpić inną usługą lub usługą innego dostawcy, to tak pozyskana zgoda będzie nieważna z uwagi na brak realnego, rzeczywistego wyboru przy jej udzielaniu.

Kontrowersje wzbudza jednak ocena dopuszczalnego poziomu rabatu lub opłaty, ponieważ jest to ocena na wysokim poziomie subiektywizmu: dla jednych relatywnie niewielki rabat będzie stanowił wydatek nieobciążający znacznie budżetu, a dla niektórych wydatek rzędu 10 zł oznacza wybór pomiędzy prywatnością a ważnym zakupem, np. wykupieniem leku. Ponadto rabat w wysokości 10 zł nie jest relatywnie wysoką kwotą, jednak czy nie powinien zostać uznany za wysoki w przypadku, gdy ten rabat stanowi połowę opłaty za usługę? Wydaje się, że rabat w wysokości 50% jest rabatem wysokim, a w skali usług, na które jest zawierana umowa czasowa dwudziestoczwemiesięczna, z niewielkiej opłaty 10 zł robi się kwota 240 zł, co dla ludzi niemających (np. emerytów, studentów, osób bezrobotnych) stanowi na tyle znacząca różnicę, że wyłącza to możliwość podjęcia rzeczywiście swobodnej decyzji.

- 4) istnieje wyraźny brak równowagi pomiędzy administratorem a osobą wyrażającą zgodę, co powoduje, że osoba tę zgodę wyraża w obawie przed reperkusjami ze strony silniejszego administratora, mającego wpływ na określoną sferę życia osoby wyrażającej zgodę, w wyniku wprowadzenia jej w błąd, oszustwa, zastraszenia, przymusu, np. w relacji pracownik – pracodawca, organ państwowy – obywatel;
- 5) zgoda nie jest szczegółowa, tj. jeżeli sposób pozyskiwania zgody nie pozwala na wyrażenie odrębnej zgody na poszczególne operacje przetwarzania danych osobowych, np. w jednym oświadczeniu zgody jest zawartych kilka czynności przetwarzania lub celów niezwiązanych ze sobą warunkiem konieczności, a tym samym

jeżeli osoba chce wyrazić zgodę na jedną z nich, a na pozostałe nie chce wyrazić zgody, zgoda na pozostałe czynności jest wymuszana.

Przykład

Najbardziej powszechnym przykładem braku szczegółowości zgody jest pozyskiwanie jednej, połączonej zgody na cele marketingowe oraz na udostępnianie danych innym podmiotom. Osoba bowiem może chcieć otrzymywać marketing od tego administratora, ale nie życzy sobie, aby jej dane osobowe były udostępniane innym podmiotom w tych celach.

2.4. Niezbędność wyrażenia zgody na przetwarzanie danych szczególnych kategorii i jej konsekwencje

Co do zasady uzależnianie zawarcia umowy lub realizacji usług od wyrażenia zgody na przetwarzanie danych osobowych jest uznawane za brak dobrowolności wyrażenia zgody, a w konsekwencji za przyczynę nieważności zgody. **Właściwą podstawą prawną do przetwarzania danych osobowych w celu realizacji umowy jest niezbędność tego przetwarzania**, czyli art. 6 ust. 1 lit. c RODO.

Inaczej sytuacja kształtuje się w sytuacjach, gdy do realizacji umowy niezbędne jest przetwarzanie danych szczególnych kategorii. Katalog podstaw prawnych do przetwarzania danych szczególnych kategorii, zawarty w art. 9 ust. 2 RODO, różni się bowiem w stosunku do podstaw występujących w dawnej OchrDanychU97. Na gruncie RODO brak jest podstaw prawnych do przetwarzania danych szczególnych kategorii w zakresie niezbędnym do realizacji umowy oraz w zakresie przewidzianym w przepisach prawa do realizacji zarówno obowiązku prawnego, jak i uprawnienia. Wobec tego, jeżeli do realizacji umowy lub innej relacji z osobą, której dane dotyczą, niezbędne jest przetwarzanie danych szczególnych kategorii, jedyną możliwą do zastosowania przesłanką przetwarzania danych szczególnych kategorii na gruncie RODO jest wyraźna zgoda tej osoby.

Przykład

Przykładem sytuacji, gdy do realizacji umowy niezbędne jest przetwarzanie danych szczególnych kategorii, może być:

- 1) świadczenie niektórych zabiegów kosmetycznych, rehabilitacyjnych lub masażu, do których wykonania niezbędne jest przetwarzanie określonych informacji o stanie zdrowia (przez podmiot niebędący podmiotem udzielającym świadczeń medycznych oraz przez osobę niebędącą lekarzem);
- 2) dostarczenie aplikacji mobilnej do symulacji wyglądu w nowej fryzurze, która wykorzystuje technikę umożliwiającą jednoznaczną identyfikację osoby po cechach jej twarzy, czyli dane biometryczne;
- 3) wykonanie badania genetycznego na życzenie pacjenta w celu doboru odpowiedniej diety (przez podmiot niebędący podmiotem udzielającym świadczeń medycznych oraz przez osobę niebędącą lekarzem);
- 4) prowadzenie portalu randkowego dla osób przynależącej do określonej grupy religijnej (przez podmiot trzeci nienależący do tej grupy religijnej).

Wówczas nie tylko możliwe, ale niezbędne będzie uzależnienie zawarcia umowy na świadczenie określonej usługi od wyrażenia zgody na przetwarzanie danych szczególnych kategorii. Kluczowe jest, aby zakres przetwarzanych danych osobowych, na który osoba wyraża zgodę, był niezbędny

do wykonania tej umowy. Jeżeli tylko część pozyskiwanych danych osobowych jest niezbędna, a pozostała część – nie, to administrator winien umożliwić wybór i zapewnić pełną dobrowolność wyrażenia zgody bez jej warunkowości w zakresie, w jakim to przetwarzanie nie jest niezbędne do realizacji umowy. Oznacza to, że zgoda powinna być rozdzielona na dwa odrębne oświadczenia:

- 1) niezbędne do zawarcia umowy – w zakresie niezbędnym do jej realizacji;
 - 2) dobrowolne i niemające wpływu na możliwość zawarcia umowy – w zakresie, w jakim przetwarzanie tych danych nie jest niezbędne do realizacji tej umowy, przy czym podanie tych danych powinno być dobrowolne.
-

Zgoda na przetwarzanie danych szczególnych kategorii musi być **zgoda wyraźna, czyli stanowiącą odrębne oświadczenie woli**. Wobec danych szczególnych kategorii nie można zastosować formy jej wyrażenia poprzez wyraźne działanie potwierdzające.

2.5. Konkretność zgody

RODO wymaga, aby wyrażana zgoda była konkretna, czyli aby wskazywała konkretne cele przetwarzania objęte zgodą w sposób przejrzysty dla osoby wyrażającej zgodę. Wymóg konkretności zgody ma zapobiegać zjawisku „rozrostu funkcji” (z ang. *function creep*), tj. aby nie dochodziło do zmiany interpretacji zakresu wyrażonej zgody powodującej rozszerzenie lub rozmycie celów, dla których osoba wyraziła zgodę. Jeżeli bowiem zgoda zostanie skonstruowana w sposób zbyt ogólny, te ogólne pojęcia w niej użyte mogą powodować, że administrator wraz ze zwiększaniem celów lub zakresów przetwarzanych danych nadal będzie opierał je na tej samej zgodzie, twierdząc, że to są te same cele. Konkretność zgody wiąże się zatem z pozostałymi warunkami ważnej zgody i zależy od ich spełniania.

Ważne

Aby zgoda była konkretna, musi:

- 1) zawierać sprecyzowane, jasno określone cele przetwarzania,
 - 2) być szczegółowa, tj. podzielona na różne, niezależne od siebie cele przetwarzania,
 - 3) być zrozumiała dla osoby ją wyrażającej,
 - 4) wyraźnie oddzielać informacje związane z wyrażeniem zgody od informacji dotyczących innych kwestii, tak aby skutecznie poinformować osobę o skutkach wyrażenia zgody, tj. o tym, jak dane osobowe będą przetwarzane.
-

Grupa Robocza Art. 29 wskazuje na **powiązanie konkretności zgody z zasadą ograniczenia celu** – nakazującą przetwarzanie danych osobowych wyłącznie w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach i nieprzetwarzanie ich dalej w sposób niezgodny z tymi celami.

Jedna zgoda może obejmować kilka czynności przetwarzania, jeżeli wszystkie służą temu samemu celowi. Jeżeli w trakcie przetwarzania administrator będzie chciał dalej przetwarzać dane w innych celach, jest obowiązany zapewnić odrębną podstawę prawną do tego przetwarzania, a jeżeli tą podstawą będzie zgoda, jest obowiązany pozyskać odrębną zgodę na nowy cel przetwarzania.

2.6. Świadomość zgody

Świadomość zgody oznacza spełnienie wymogu przejrzystości wobec osoby, której dane dotyczą, oraz udzielenia jej wszystkich informacji dotyczących planowanego przetwarzania jej danych osobowych przed wyrażeniem przez tę osobę zgody, aby mogła ona zrozumieć, jak jej dane będą przetwarzane, i podjąć świadomą decyzję, czy chce tę zgodę wyrazić administratorowi w tym konkretnym celu, czy jednak odmówić jej wyrażenia. Nie jest wystarczające poinformowanie osoby wyłącznie o celu przetwarzania, lecz wymagane jest również poinformowanie jej o sposobach przetwarzania danych, czasami o czynnościach przetwarzania.

W szczególności ważne będzie udzielenie bardziej rozbudowanej informacji w przypadku pozyskiwania zgody na profilowanie lub zautomatyzowane podejmowanie decyzji. Do podjęcia świadomej decyzji nie wystarczy bowiem osobie informacja o tym, że takie działania będą podejmowane, ale wymagane jest również ogólne wyjaśnienie, jak te działania będą przez administratora realizowane, z uwzględnieniem jakich sposobów, czynników, czasami informacji o zakresach danych wykorzystywanych do poszczególnych czynności lub kryteriów oceny, o ryzykach związanych z planowanymi operacjami przetwarzania oraz o konsekwencjach dla osoby, której dane dotyczą. Osoba musi móc zrozumieć, na czym będzie polegało to skonkretyzowane przetwarzanie, na które ma wyrazić zgodę, i z czym będzie wiązało się dla niej samej. Tylko wówczas osoba ta będzie miała realną możliwość podjęcia świadomej decyzji, czy chce wyrazić zgodę, czy takiej zgody nie udzieli.

Katalog minimalnych informacji, jakie muszą być przekazane osobie przed wyrażeniem przez nią zgody, będzie różnił się w zależności od liczby i rodzaju celów oraz sposobów przetwarzania. Za każdym razem należy dokonać analizy, czy osoba otrzymała wszystkie istotne informacje, które mogły mieć wpływ na podjęcie przez nią decyzji o wyrażeniu lub odmowie wyrażenia zgody.

Ważne

W motywie 42 preambuły RODO jest określone, że aby zgoda była świadoma, osoba powinna znać przynajmniej tożsamość administratora oraz zamierzone cele przetwarzania.

Grupa Robocza Art. 29 wskazuje minimalny zakres informacji:

- 1) tożsamość administratora,
- 2) cel każdej operacji przetwarzania, dla której prosi się o zgodę,
- 3) określenie rodzajów danych, które będą zbierane i wykorzystywane,
- 4) informacje o prawie do cofnięcia zgody,
- 5) informacje o zautomatyzowanym podejmowaniu decyzji, w tym profilowaniu, na które potrzebna jest odrębna zgoda osoby,
- 6) informacje na temat możliwych zagrożeń związanych z transferem danych do państw trzecich,
- 7) informacje o wszystkich odbiorcach, którym dane będą udostępniane, jeżeli chcą opierać się na pierwotnie wyrażonej zgodzie.

Grupa Robocza Art. 29 podkreśla jednak, że w zależności od kontekstu i okoliczności sprawy może być potrzebnych więcej informacji, aby osoba rzeczywiście zrozumiała operacje przetwarzania, na które wyraża zgodę. Oznacza to, że **zakres minimalnych informacji niezbędnych do świadomego podjęcia decyzji zawsze powinien być ustalany przez administratora w kontekście skonkretyzowanych operacji przetwarzania.**

Do zapewnienia świadomości wyrażanej zgody niezbędne jest nie tylko podanie określonych informacji, lecz także **podanie ich osobie w taki sposób, aby realnie zrozumiała, na co wyraża zgodę**, tj. w jakich celach i w jaki sposób jej dane osobowe będą przetwarzane w ramach wyrażanej zgody. W tym celu udzielane informacje muszą być podane jasnym, prostym językiem, zrozumiałym dla przeciętnego odbiorcy informacji, w zrozumiałej i łatwo dostępnej formie, zgodnie z zasadą transparentności. Administrator jest zatem obowiązany zadbać o język, którym będzie skonstruowana zgoda oraz informacje niezbędne do zapewnienia świadomości jej wyrażenia, jak również o sposób podania tej informacji, skuteczny przed wyrażeniem zgody, oddzielony od innych oświadczeń i informacji, łatwo dostępny dla osoby.

Oznacza to, że obowiązek informacyjny w zakresie, w jakim zawiera informację niezbędną do zapewnienia świadomości zgody, nie może być zawarty w regulaminie usług czy ogólnych warunkach. Wydaje się, że tego wymogu nie spełnia również zawarcie tych informacji w informacji RODO, czyli pełnej klauzuli informacyjnej, z uwagi na jej znaczącą objętość, chyba że jest ona spełniana warstwowo, w sposób zapewniający łatwą dostępność do kluczowych informacji dotyczących zakresu wyrażanej zgody. Wówczas informacje dotyczące zgody, w szczególności tożsamość administratora i cele przetwarzania, muszą być spełnione w pierwszej warstwie i być dobrze widoczne dla osoby, a inne informacje mogą być dostępne pod odesłaniami w warstwie drugiej.

Grupa Robocza Art. 29 podkreśla również, że oświadczenie o wyrażeniu zgody musi być określone jako takie. Oświadczenie takie jak: „wiem, że...”, „zostałem poinformowany, że...” nie spełnia wymogu jasnego języka.

2.7. Jednoznaczność wyrażanej zgody

Jak już wskazano powyżej, na gruncie RODO zgoda może zostać wyrażona przez jednoznaczne oświadczenie woli lub wyraźne działanie potwierdzające jej wyrażenie. Oznacza to, że **zgoda zawsze musi być udzielona poprzez aktywne działanie lub deklarację niewzbudzającą żadnych wątpliwości interpretacyjnych**, czy osoba wyraziła zgodę celowo, czyli podjęła celowe działanie, aby zgodę wyrazić. A zatem nie jest możliwe udzielenie zgody „milczącej”, np. w przypadku nieodznaczenia domyślnie zaznaczonego okienka wyboru.

Zgoda musi być również oddzielona od innych zgód, np. zgody na zawarcie umowy, akceptacji regulaminu czy akceptacji OWU. Nabiera to szczególnego znaczenia przy zgodzie wyrażanej poprzez wyraźne działanie potwierdzające.

Aby zatem działanie mogło zostać uznane za wyraźnie potwierdzające wyrażenie zgody, musi stanowić **oddzielne działanie niepołączone z żadnym innym**. Ta okoliczność nabiera szczególnego znaczenia przy jednoczesnym wyrażaniu zgody na przetwarza-

nie danych osobowych, na przesyłanie informacji handlowych drogą elektroniczną oraz na wykorzystywanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych do marketingu bezpośredniego, czyli trzech oddzielnych zgód na podstawie RODO, ŚwiadUsłElektU oraz PrTelekom. Co istotne, nowelizacja krajowych przepisów przewiduje zmianę definicji zgody na gruncie ŚwiadUsłElektU oraz PrTelekom w ten sposób, że do wyrażania zgody będzie stosowało się wymogi przewidziane w RODO. Wszystkie te zgody będą więc mogły być wyrażane poprzez wyraźne działanie potwierdzające.

Przykład

Pytanie: Czy jedno działanie może potwierdzać równocześnie dwie zgody, np. z RODO i PrTelekom?

Odpowiedź: Wydaje się, że jedno działanie powinno stanowić wyraźne działanie potwierdzające udzielenie tylko jednej zgody, ponieważ w przeciwnym razie takie działanie nie będzie jednoznaczne. Tym samym w przypadku wyrażania zgody na marketing może być ona wyrażana poprzez wpisanie odpowiednich dobrowolnych danych w zgłoszenie marketingowe, przy czym wpisanie adresu e-mail będzie oznaczało zgodę na przesyłanie informacji handlowych na ten adres, natomiast wpisanie numeru telefonu będzie stanowiło zgodę na jego wykorzystywanie do marketingu bezpośredniego. Są to bowiem dwa oddzielne działania, a zatem każde z nich może stanowić oddzielne działanie potwierdzające zgodę. Pozostaje jednak kwestia podstawy prawnej do przetwarzania danych osobowych zawartych w podanym w ten sposób adresie e-mailowym czy numerze telefonu. Uznanie, że wypełnienie zgłoszenia stanowi jednocześnie wyraźne działanie potwierdzające zgodę na przetwarzanie podanych danych oznacza, że jedna czynność: podanie e-maila lub numeru telefonu będzie stanowiła wyrażenie dwóch zgód jednocześnie jednym działaniem. Z tego powodu z ostrożności należy zapewnić odrębną podstawę prawną przetwarzania danych osobowych. Może nią być oświadczenie woli, pozyskane np. za pomocą *check-boxu*, lub prawnie uzasadniony interes administratora istniejący tak długo, jak zgoda na marketing na podany adres e-mail lub numer telefonu jest aktualna.

Zgoda wyrażana na przetwarzanie danych szczególnych kategorii musi być wyraźna, co oznacza, że nie można zastosować wobec niej formy wyrażenia poprzez wyraźne działanie potwierdzające.

3. Relacja pomiędzy zgodą a innymi podstawami przetwarzania danych osobowych

Często wyrażane przeświadczenie, że zgoda jest preferowaną podstawą przetwarzania, sprawia, że w jego konsekwencji jest ona pozyskiwana również wówczas, gdy właściwą przesłanką przetwarzania są inne podstawy prawne z RODO. Czasami zgoda jest pozyskiwana „na zapas”, na wszelki wypadek, gdyby inna podstawa prawna okazała się wadliwa, dla zapewnienia poczucia bezpieczeństwa administratora lub po to, aby nie rozdzielać celów i zakresów przetwarzania danych niezbędnych do realizacji zawieranej z osobą umowy oraz pozostałych celów i zakresów. Takie postępowanie będzie stanowiło przetwarzanie danych na niewłaściwej podstawie prawnej z RODO, a w przypadku zgody może skutkować jej nieważnością.

Każda z przesłanek przetwarzania danych osobowych wskazanych w art. 6 ust. 1 i 9 ust. 2 RODO jest przesłanką samodzielną i niezależną, co oznacza, że jeżeli administrator posiada inną przesłankę przetwarzania niż zgoda, nie powinien pozyskiwać zgody. Jeżeli pomimo posiadania innej podstawy prawnej przetwarzania administrator będzie pozyskiwał zgodę, zgoda ta będzie nieważna, a działanie administratora naruszy zasady rzetelności i transparentności.

Ważne

Przetwarzanie danych jest zgodne z prawem wyłącznie w przypadkach, gdy – i w takim zakresie, w jakim – posiada właściwą podstawę prawną.

Administrator jest obowiązany posiadać właściwą podstawę prawną do każdego z celów oraz zakresów danych osobowych. Jeżeli administrator przetwarza dane osobowe w kilku celach lub zakresach, dla których właściwe są różne podstawy prawne, jest obowiązany zapewnić odrębną podstawę prawną do każdego z celów lub zakresów osobno.

Przykład

Jeżeli administrator zawiera umowę z osobą, której dane dotyczą, lecz pozyskuje nie tylko dane osobowe niezbędne do realizacji umowy, ale także dodatkowe dane mające na celu ułatwienie kontaktu pomiędzy administratorem a klientem, to właściwymi podstawami prawnymi powinny być:

- 1) niezbędność do realizacji umowy zawartej pomiędzy administratorem a osobą, której dane dotyczą (art. 6 ust. 1 lit c RODO) – w zakresie przetwarzania danych osobowych niezbędnych do realizacji tej umowy;
 - 2) inna przesłanka w zakresie danych, które nie są niezbędne do realizacji umowy, np. prawnie uzasadniony interes administratora lub zgoda (w zależności od sytuacji), przy czym podanie dodatkowych danych powinno być dobrowolne, a osoba powinna zostać o tym skutecznie poinformowana przed ich podaniem.
-

Czasami administrator ma swobodę wyboru podstaw przetwarzania danych osobowych. Najczęściej dzieje się tak w sytuacji, gdy określony cel i zakres przetwarzania mogą opierać się na prawnie uzasadnionym interesie administratora. Wówczas administrator może podjąć swobodną decyzję, czy wybiera przesłankę prawnie uzasadnionego interesu, czy przesłankę zgody. Grupa Robocza Art. 29 podkreśla jednak, że **na gruncie RODO nie jest możliwe zmienianie podstaw prawnych w trakcie przetwarzania i bez dopełnienia wszystkich obowiązków z RODO.** Administrator powinien podjąć decyzję przed rozpoczęciem przetwarzania i zgodnie z podjętą decyzją dopełnić wszystkich obowiązków przy pozyskiwaniu danych, w szczególności poinformować o właściwej podstawie prawnej w obowiązku informacyjnym.

4. Termin ważności zgody

Co do zasady wyrażona zgoda jest ważna do momentu jej cofnięcia przez osobę, której dane osobowe dotyczą. Jednak aby zgoda pozostawała ważna, musi ona dotyczyć tych samych celów, zakresów oraz operacji przetwarzania danych osobowych. Oznacza to, że jeżeli operacje przetwarzania zmieniają się lub wraz z biegiem czasu ulegną przekształceniu w sposób znaczący, to zgoda przestaje być zgodą świadomą, osoba bowiem wyrażała

zgodę na inne operacje przetwarzania, niż one są wraz z upływem czasu dokonywane. W takim przypadku wymagane jest pozyskanie nowej zgody na przetwarzanie danych osobowych, po odpowiednim poinformowaniu tej osoby o nowym, pełnym zakresie ich przetwarzania, w szczególności o celach, zakresie oraz operacjach przetwarzania.

4.1. Reconsenting, czyli odświeżanie zgód

Grupa Robocza Art. 29 zaleca tzw. *reconsenting*, czyli odświeżanie zgód w odpowiednich odstępach czasu, aby zapewnić świadomość osób, których dane dotyczą, nawet jeśli okoliczności tego przetwarzania nie uległy znaczącej modyfikacji, oraz zapewnić bieżącą informację dotyczącą możliwości realizacji swoich praw z RODO. *Reconsenting* będzie również wymagany w sytuacjach, gdy wraz z upływem czasu następuje modyfikacja celów przetwarzania danych osobowych lub okoliczności związanych z operacjami ich przetwarzania.

4.2. Cofnięcie zgody

Ważnym aspektem ważności zgody jest umożliwienie osobom, których dane dotyczą, **cofnięcia wyrażonej zgody w sposób tak samo łatwy jak jej udzielenie**. Stawianie przeszkód osobie, której dane dotyczą, lub utrudnianie jej cofnięcia wyrażonej przez nią zgody może być przyczyną uznania zgody za nieważną, pomimo że osoba nie cofnęła skutecznie zgody.

Takie same konsekwencje może pociągać brak poinformowania osoby o przysługujących jej prawach lub o możliwych sposobach ich realizacji. Wymóg umożliwienia cofnięcia zgody w sposób tak samo łatwy jak jej udzielenie nie oznacza, że administrator musi umożliwić cofnięcie zgody dokładnie tym samym sposobem czy kanałem, którym zgoda została udzielona, jednak cofnięcie nie może być trudniejsze od jej wyrażenia. W praktyce oznacza to, że w usługach dostępnych online cofnięcie zgody również powinno odbywać się online, w sposób tak samo łatwy jak udzielenie zgody oraz za pomocą tego samego interfejsu.

Cofnięcie zgody, tak samo jak odmowa jej udzielenia, nie może pociągać za sobą negatywnych konsekwencji, np. w postaci obniżenia świadczenia usługi lub dodatkowych opłat. **Cofnięcie zgody oznacza, że odpada podstawa przetwarzania tych danych do celów objętych zgodą.** Jeżeli administrator posiada inne podstawy prawne do dalszego przetwarzania tych danych, np. dochodzenie lub obronę przed roszczeniami, może w tych innych celach dalej przetwarzać dane osobowe na innych podstawach prawnych niż zgoda. Jeżeli jednak administrator nie posiada innej, ważnej podstawy prawnej przetwarzania, ma obowiązek zaprzestać jakiegokolwiek ich przetwarzania, czyli je usunąć.

Przy weryfikacji podstaw prawnych do dalszego przetwarzania należy wziąć również pod uwagę zakres danych osobowych adekwatny do przetwarzania danych w tych pozostałych celach, może bowiem okazać się, że pozostałe cele pozwalają na przetwarzanie tylko ograniczonego zakresu danych osobowych. Wówczas po cofnięciu zgody należy usunąć

dane w zakresie przekraczającym zasadę minimalizacji danych wobec aktualnych, pozostałych po cofnięciu zgody celów. Oznacza to, że **cofnięcie zgody może powodować**:

- 1) konieczność **usunięcia danych osobowych w całości** – jeżeli zgoda była jedyną podstawą prawną przetwarzania danych osobowych tej osoby;
- 2) konieczność **zaprzestania przetwarzania danych osobowych w celach objętych zgodą**, administrator może jednak kontynuować przetwarzanie danych osobowych w pozostałych celach i na podstawie innych przesłanek prawnych niż zgoda;
- 3) konieczność **usunięcia określonych danych osobowych**, lecz w pozostałym zakresie kontynuowanie przetwarzania danych osobowych w innych celach i na podstawie innych przesłanek prawnych niż zgoda.

5. Zgoda na przetwarzanie danych osobowych w administracji publicznej

Na gruncie RODO podkreśla się szczególny charakter administracji publicznej i właściwe **podstawy legalności przetwarzania danych osobowych**. Zgodnie z RODO podstawą przetwarzania danych osobowych przez administrację publiczną nie może być prawnie uzasadniony interes administratora, czyli art. 6 ust. 1 lit. f RODO. Podnosi się też, że dla administracji publicznej podstawą nie powinna być zgoda osoby, której dane dotyczą. Takie ograniczenie jest spowodowane domyślnym brakiem możliwości pozyskania rzeczywiście dobrowolnej zgody z powodu znaczącej nierówności stron: państwa i obywatela, ale także specyfiką zakresu działania administracji publicznej, dla której podstawę prawną powinien zapewnić właściwy ustawodawca.

W polskim porządku prawnym ograniczenia zakresu przetwarzania danych osobowych przez organy publiczne znajdują się w Konstytucji RP oraz w KPA. Zgodnie bowiem z art. 7 Konstytucji RP organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa oraz zgodnie z art. 6 KPA organy administracji publicznej działają na podstawie przepisów prawa. Oznacza to, że **organy administracji publicznej powinny poszukiwać swoich podstaw prawnych w przepisach prawa, czyli oprzeć się na art. 6 ust. 1 lit. c RODO**.

Przetwarzanie danych osobowych przez organy publiczne na podstawie zgody nie zostało wyłączone przez RODO wprost, a więc potencjalnie organy publiczne mogą korzystać z tej podstawy prawnej, lecz wyłącznie wtedy, gdy określonego działania wiążącego się z przetwarzaniem danych osobowych nie mogą oprzeć na szczególnym przepisie prawa, a możliwe jest wyrażenie swobodnej, dobrowolnej zgody przez osoby, których dane dotyczą.

6. Zgoda wyrażana przez dziecko

RODO zwraca szczególną uwagę na **przetwarzanie danych osobowych dzieci** i obejmuje dzieci podwyższoną ochroną ze względu na duże ryzyko naruszeń, spowodowane

mniejszą świadomością zagrożeń, konsekwencji wynikających z przetwarzania danych osobowych dziecka i praw jemu przysługujących.

Przedmiotem tej szczególnej uwagi RODO są **działania marketingowe, profilowanie i zbieranie danych o dziecku w związku z korzystaniem przez nie z usług**. Z tego powodu RODO wprowadza odrębne warunki pozyskiwania zgody na usługi społeczeństwa informacyjnego (czyli w skrócie usługi oferowane i realizowane w trybie online) oferowane bezpośrednio dziecku oraz wprowadza granicę wieku szesnastu lat:

- 1) w przypadku ukończenia przez dziecko szesnastego roku życia może ono samodzielnie wyrażać zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych w celu świadczenia usług społeczeństwa informacyjnego;
- 2) w przypadku gdy dziecko nie ukończyło szesnastego roku życia, zgodę na przetwarzanie danych osobowych dziecka musi wyrazić lub potwierdzić rodzic lub opiekun tego dziecka. W tym celu administrator jest obowiązany podjąć rozsądne starania, by zweryfikować wyrażenie lub aprobatę zgody przez rodzica lub opiekuna.

Oznacza to, że **administrator jest obowiązany wprowadzić mechanizmy weryfikacji wieku dziecka korzystającego z usług** w celu ustalenia, czy dziecko ukończyło szesnaście lat. Weryfikacja nie będzie natomiast potrzebna, jeżeli oferowane usługi nie są przeznaczone dla osób niepełnoletnich lub dla osób poniżej szesnastego roku życia.

Ważne

Skuteczne pozyskanie zgody na przetwarzanie danych osobowych dziecka w celu świadczenia usług społeczeństwa informacyjnego wymaga:

- 1) zweryfikowania wieku dziecka w zakresie ukończenia lub nieukończenia szesnastego roku życia;
- 2) jeżeli dziecko nie ma ukończonych szesnastu lat – pozyskania zgody lub jej zatwierdzenia od rodzica lub opiekuna dziecka;
- 3) zweryfikowania, czy osoba wyrażająca lub akceptująca zgodę rzeczywiście jest rodzicem lub opiekunem dziecka.

Zapewnienie odpowiednich procedur weryfikacyjnych może stanowić wyzwanie, ponieważ z jednej strony RODO nakłada obowiązki weryfikacyjne i zobowiązanie do podjęcia rozsądnych starań, a z drugiej strony weryfikacja wieku nie powinna prowadzić do nadmiernego przetwarzania danych osobowych.

Grupa Robocza Art. 29 podkreśla, że stosowane mechanizmy weryfikacji wieku osoby powinny być dostosowane do wyniku oceny ryzyka związanego z proponowanym przetwarzaniem oraz do dostępnych technologii. Jeżeli ryzyko to jest niskie, można ograniczyć się jedynie do odebrania stosownego oświadczenia o wieku dziecka, potwierdzenia wyrażenia zgody drogą e-mailową. Jeżeli jednak to ryzyko jest większe, administrator powinien wprowadzić dodatkowe mechanizmy weryfikacji.

Ważne

Zgoda wyrażona przez dziecko lub jego rodzica czy opiekuna powinna zostać odświeżona po uzyskaniu przez dziecko pełnoletności. Jeżeli administrator przetwarza dane osobowe dzieci na podstawie zgody wyrażonej przez jego rodzica lub opiekuna, to powinien wystąpić o nową zgodę po uzyskaniu przez dziecko pełnoletności.

Wyrażenie zgody na przetwarzanie danych osobowych nie jest jednoznaczne z prawem do skutecznego zawierania wszelkich umów cywilnoprawnych przez osobę poniżej osiemnastego roku życia. RODO nie wpływa bowiem na fakt nieposiadania przez osobę niepełnoletnią pełnej zdolności do czynności prawnych, a reguły wynikające z ogólnych przepisów prawa cywilnego w Polsce nadal pozostają w pełni obowiązujące. RODO nie reguluje możliwości i warunków wyrażania zgody na przetwarzanie danych osobowych przez osoby poniżej osiemnastego roku życia wobec przetwarzania innego niż dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego, a zatem również w tym zakresie znajdują zastosowanie przepisy ogólne polskiego prawa cywilnego.

RODO podkreśla, że **zgoda nie jest wymagana w zakresie, w jakim świadczenie usług dotyczy doradztwa lub profilaktyki oferowanej bezpośrednio dziecku**. Jest to niezmiernie ważna okoliczność dla bezpieczeństwa dzieci. Brak takiego wyłączenia mogłoby pozbawić dzieci możliwości walki o swoje prawa w sytuacji konfliktu pomiędzy dzieckiem a rodzicem. Odmowa przez rodzica lub opiekuna wyrażenia zgody na skorzystanie z usług doradczych przez jego dziecko lub niemożność skontaktowania się z rodzicem lub opiekunem mogłoby skutecznie utrudnić poszukiwanie pomocy przez dziecko w sytuacji, kiedy zagrożenie pochodzi ze strony tego właśnie rodzica lub opiekuna.

Język stosowany wobec dzieci również musi być dostosowany do ich wieku oraz możliwości rozumienia przekazywanych informacji.

Podstawa prawna:

- art. 6, 9 RODO.