

Dominik Lubasz

Lubasz i Wspólnicy – Kancelaria Radców Prawnych

dominik.lubasz@lubasziwspolnicy.pl

ORCID: 0000-0001-9716-5802

<https://doi.org/10.26881/gsp.2021.4.04>

Warunki wyrażania zgody jako przesłanki legalizującej przetwarzanie danych osobowych

1. Wprowadzenie

Zgoda podmiotu danych jest jedną z przesłanek legalizacyjnych przetwarzania danych osobowych zarówno zwykłych, jak i szczególnych kategorii, sformułowanych odpowiednio w art. 6 oraz 9 RODO¹. Katalog przesłanek legalizacyjnych danych osobowych zwykłych i szczególnych kategorii ma charakter zamknięty, zaś same przesłanki mają charakter autonomiczny i równoprawny².

Autonomiczność przesłanek przetwarzania powoduje, że z perspektywy legalizacji procesu przetwarzania wystarczające jest spełnienie warunków jednej z nich³. Nie jest jednak wykluczone, że w danym stanie faktycznym w konkretnym procesie przetwarzania będzie spełniona więcej niż jedna przesłanka legalizacyjna, np. przesłanka wykonania umowy i realizacji obowiązku prawnego ciążącego na administratorze⁴. W kontekście zgody autonomiczność ta doznaje pewnych ograniczeń w tym sensie, że w sytuacji gdy podmiot danych odmówił zgody na przetwarzanie jego danych oso-

¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.4.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L 119, s. 1 ze zm.; dalej: RODO, rozporządzenie 2016/679). Na temat rozróżnienia podstaw przetwarzania danych zwykłych i wrażliwych oraz charakteru regulacji w dotychczasowym stanie prawnym – zob. P. Litwiński, P. Barta, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 224–225; A. Mednis, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 49 i s. 81 oraz por. np. wyrok NSA z dnia 11 kwietnia 2003 r., II SA 412/02, niepubl.

² D. Lubasz [w:] *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz, Warszawa 2018, s. 347; a także wyrok WSA w Warszawie z dnia 1 grudnia 2005 r., II SA/Wa 917/05, LEX nr 189823; wyrok WSA w Warszawie z dnia 31 marca 2006 r., II SA/Wa 2395/04, LEX nr 197601.

³ Zob. D. Lubasz, D. Sęczkowski, *Nowe europejskie przepisy o ochronie danych osobowych – przygotowania do wdrożenia czas zacząć*, „Compliance. Magazyn Fachowy Instytutu Compliance” 2016, nr 3.

⁴ P. Litwiński, *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, komentarz do art. 6, Legalis; oraz P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 161 i n.

bowych, okoliczność ta będzie negatywnie oddziaływała na możliwości skorzystania przez administratora np. z przesłanki uzasadnionego interesu (art. 6 ust. 1 lit f RODO). Z tej perspektywy uprzedni wybór przesłanki legalizacyjnej w zakresie, w jakim jest to dopuszczalne prawnie, ma kluczowe znaczenie dla skutków w obszarze praw podmiotów danych, jak i konsekwencji dla administratora w zakresie skorzystania z nich, przez osobę której dane dotyczą.

Równoprawność przesłanek legalizacyjnych oznacza z kolei, że żadna z przesłanek nie ma charakteru uprzywilejowanego w stosunku do pozostałych. Wynika z tego przede wszystkim konstatacja, że przypisywanie przesłance zgody, co w obrocie jest dość często spotykane, wiodącego znaczenia – nie znajduje uzasadnienia i nie jest poprawne. Przesłanka ta nie zastępuje innych, a wręcz pozyskiwanie przez administratora zgody w sytuacji równoczesnego występowania innej przesłanki legalizacyjnej jest nieprawidłowe i może powodować naruszenie dobrowolności i odwoływalności takiej zgody.

Przesłanki legalizacyjne uszczegóławiają i nadają skonkretyzowaną normatywną treść sformułowanej w art. 5 lit. a RODO zasady zgodności z prawem⁵, co w konsekwencji przesądza o tym, że ich wykładnia nie może być wyabstrahowana od relacji do zasad przetwarzania danych z art. 5 RODO i musi uwzględniać ograniczenia z nich płynące. Ma to istotne znaczenie również w przypadku zgody jako przesłanki legalizacyjnej, wyznaczającej najdalej idącą autonomię podmiotu danych w zakresie decydowania o przetwarzaniu jego danych osobowych, w tym w kontekście art. 7 i 8 Karty praw podstawowych UE⁶, a mimo to niemogącej być podstawą procesów przetwarzania kolidujących z zasadami przetwarzania, w szczególności z zasadą minimalizacji danych.

2. Zgoda jako przesłanka legalizacyjna – zagadnienia ogólne

Pojęcie zgody zdefiniowane zostało w art. 4 pkt 11 RODO i oznacza dobrowolne, konkretne, świadome i jednoznaczne okazanie woli, którym osoba, której dane dotyczą, w formie oświadczenia lub wyraźnego działania potwierdzającego, przyzwala na przetwarzanie dotyczących jej danych osobowych.

Pojęcie to jest kluczowe dla weryfikacji spełnienia przesłanki legalizacyjnej przetwarzania danych osobowych zwykłych oraz szczególnych kategorii danych w myśl, odpowiednio, art. 6 ust. 1 lit. a i art. 9 ust. 2 lit. a RODO, ale także dopuszczenia zautomatyzowanego podejmowania decyzji w stosunku do podmiotu danych, w tym profilowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1 w zw. z ust. 2 lit. c RODO, oraz legitymizowania transferu danych do państwa trzeciego, zgodnie z art. 49 ust. 1 lit. a RODO.

Wymogi dotyczące zgody sformułowane w przepisie art. 4 pkt 11 RODO, uzupełniane są dodatkowo regulacją szczegółową przepisu art. 7 określającego szczególne warunki wyrażania zgody oraz art. 8 wskazującym warunki wyrażenia zgody przez

⁵ Zob. P. Drobek [w:] *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz...*, s. 327 i n.

⁶ Dz. Urz. C 326 z 2012 r., s. 391.

dziecko w przypadku usług społeczeństwa informacyjnego, a ponadto wyjaśniane w motywach 32, 33, 42 i 43 dotyczących sposobu działania administratora, w celu spełnienia głównych elementów skutecznej zgody.

Koncepcja zgody w rozporządzeniu 2016/679, zachowująca zasadniczą konstrukcję regulacyjną, przyjętą uprzednio w dyrektywie 95/46/WE⁷, opartą na autonomii podmiotu danych, jej aktywnym działaniu oraz odwracalności decyzji o wyrażeniu zgody, uległa jednak pewnemu uelastycznieniu, zwłaszcza w zestawieniu z rozwiązaniami przyjętymi w nie obowiązującej już ustawie o ochronie danych osobowych z 1997 r.⁸, implementującej do polskiego porządku prawnego dyrektywę 95/46/WE⁹. Dopuszczone zostało bowiem, obok oświadczenia (wyraźnego), złożenie zgody przez jednoznaczne okazanie woli, którym osoba, której dane dotyczą, w formie wyraźnego działania potwierdzającego przyzwala na przetwarzanie dotyczących jej danych osobowych. Regulacja ta otwiera drogę do akceptacji jako skutecznej zgody działań konkludentnych, które były wykluczone w dotychczasowym stanie prawnym, jako sposobu udzielania zgody. W każdym jednak przypadku zgoda musi być związana z aktywnym działaniem podmiotu danych, a zatem musi być oparta na modelu *opt-in*¹⁰. Takiej kwalifikacji nie będzie można przypisać biernemu zachowaniu, w tym milczeniu, zgodom predefiniowanym, opartym na domyślnych ustawieniach, czy też zawartym w niewyodrębnionych w zakresie akceptacji postanowieniom regulaminu itp¹¹. W tym ostatnim kontekście zwłaszcza podkreśla się konieczność zapewnienia odrębności zgody od innych konwencjonalnych zachowań. Dla swej skuteczności zgoda

⁷ Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (uchylona) (Dz. Urz. L 281, s. 31).

⁸ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 922).

⁹ W art. 7 pkt 5 u.o.d.o. z 1997 r. zgoda jest definiowana jako „oświadczenie woli, którego treścią jest zgoda na przetwarzanie danych osobowych tego, kto składa oświadczenie; zgoda nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści; zgoda może być odwołana w każdym czasie”. W polskiej doktrynie prawa wskazywano, że poprzez odwołanie się w tej definicji do pojęcia oświadczenia woli należy przy jego wykładni stosować przepisy kodeksu cywilnego, dotyczące definicji oświadczenia woli, kwalifikujące jako takie oświadczenie każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (art. 60 k.c.); zob. P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa...*, komentarz do art. 23, nt 8. Zastrzegane jednak w przepisie art. 60 k.c. odmienności regulacyjne skłaniały niektórych autorów do uznania, w związku z zakazem zgody domniemanej czy dorozumianej w myśl przepisu art. 7 pkt 5 u.o.d.o. z 1997 r., że wykluczone jest wyrażenie zgody w sposób konkludentny; zob. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona...*, komentarz do art. 7, nt 33.

¹⁰ Wyrażenie zgody zarówno przez oświadczenie, jak i wyraźne działanie potwierdzające oparto zatem jak dotychczas na systemie *opt-in*, wymagającym od podmiotu danych określonej akcji o określonym natężeniu jednoznaczności i wyraźności. Wykluczono w konsekwencji wszelkie modele *opt-out*, wykorzystujące bierność, milczenie osoby, której dane dotyczą, lub też jej nieuwagę lub bezwolność, a także ustawienia domyślne, domyślnie zaznaczone pola zgód itp.

¹¹ Tak też L.A. Bygrave, L.Tosoni [w:] Ch. Kuner, L.A. Bygrave, Ch. Docksey, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR), A Commentary*, s 184 i s. 185; P. Litwiński, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych, Ustawa o ochronie danych osobowych. Wybrane przepisy sektorowe. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 139 i n.; P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 161 i n., zob. również wyrok TSUE w sprawie *Planet49*, C-673/17.

musi być czynnością wyseparowaną¹². Na gruncie rozporządzenia ogólnego czynność udzielenia zgody może polegać np. na zaznaczeniu okienka wyboru podczas przeglądania strony internetowej, na wyborze ustawień technicznych do korzystania z usług społeczeństwa informacyjnego lub na innym oświadczeniu bądź zachowaniu, które w danym kontekście jasno wskazuje, że osoba, której dane dotyczą, zaakceptowała proponowane przetwarzanie jej danych osobowych¹³.

Prawodawca unijny nie sformułował natomiast wymogów co do formy udzielenia zgody. Dokonując odformalizowania, równocześnie obok zasady rozliczalności sformułowanej w art. 5 ust. 2, prawodawca unijny zdecydował się w art. 7 ust. 1 RODO podkreślić, że jeżeli przetwarzanie odbywa się na podstawie zgody, administrator musi być w stanie wykazać, że osoba, której dane dotyczą, wyraziła zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych.

Ponadto, w niektórych jednak przypadkach, kierując się potrzebą zapewnienia podwyższonego standardu ochronnego, w tym poprzez mechanizmy rozliczalności, przewidziane zostały dodatkowe wymogi dotyczące relewantnej aktywności podmiotu danych, z której można wywodzić dozwoleństwo na przetwarzanie. Dotyczy to przepisów art. 9 ust. 2 lit. a, art. 22 ust. 1 w zw. z ust. 2 lit. c, a także przesłanek legalizujących transfer danych do państwa trzeciego zgodnie z art. 49 ust. 1 lit. a RODO¹⁴. W tych bowiem wypadkach wymagana jest zgoda wyraźna, co wyklucza możliwość w tych sytuacjach kwalifikacji jako zgody działania konkludentnego.

3. Elementy ważności zgody

W definicji wyróżniono kumulatywne relewantne elementy ważności zgody:

- a) dobrowolność;
- b) konkretność;
- c) świadomość;
- d) jednoznaczność.

Wskazane kryteria ważności zgody należy interpretować w sposób ścisły¹⁵. Wynika to z konsekwentnie przyjmowanego – również na gruncie rozporządzenia 2016/679 – stanowiska¹⁶, zaprezentowanego przez Grupę Roboczą Art. 29 w opinii 15/2011¹⁷

¹² Na konieczność osobnej w kontekście nielączenia oraz odseparowanej optycznie zgody, zwracał uwagę w swej opinii rzecznik generalny M. Szpunar w sprawie *Planet49*, C-673/17, pkt 68.

¹³ D. Lubasz [w:] M. Jagielski, *Dokumentacja ochrony danych osobowych ze wzorami*, Warszawa 2019, s. 203 i n.

¹⁴ D. Lubasz [w:] *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz...*, s. 242–243.

¹⁵ L.A. Bygrave, L. Tosoni [w:] Ch. Kuner, L.A. Bygrave, Ch. Docksey, *The EU General Data...*, s. 181.

¹⁶ Tak Europejska Rada Ochrony Danych w wytycznych dotyczących zgody – zob. wytyczne EROD 05/2020 dotyczące zgody, na mocy rozporządzenia 2016/679, s. 5, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_pl.pdf, [dostęp: 19.11.2021]; dalej: wytyczne 05/2020.

¹⁷ Opinia 15/2011, dotycząca definicji zgody (WP 187), s. 8.

w sprawie zgody, że zwracanie się do osób o wyrażenie zgody na czynność przetwarzania danych powinno podlegać rygorystycznym wymogom, ponieważ dotyczy praw podstawowych osób, których dane dotyczą, a administrator pragnie przeprowadzić operację przetwarzania, która byłaby niezgodna z prawem bez zgody podmiotu danych. Pomimo pewnej problematyczności tego stanowiska w kontekście istnienia innych podstaw legalizacyjnych przetwarzania danych osobowych stanowi ono dowód na ścisłe podejście organów nadzorczych do kwestii interpretacji wymogów formalnych ważności zgody¹⁸.

4. Dobrowolność zgody

Wymóg dobrowolności zgody oznacza, że podmiot danych powinien mieć zapewnioną autonomię przy podejmowaniu decyzji nie tylko co do udzielenia zgody, ale także co do odmowy jej udzielania oraz jej wycofania bez niekorzystnych konsekwencji¹⁹. Co do zasady zatem zgoda może być właściwą, legalną podstawą wyłącznie wówczas, gdy podmiotowi danych, zapewnia się kontrolę oraz rzeczywistą możliwość wyboru w odniesieniu do przyjęcia lub odrzucenia zaoferowanych warunków lub odrzucenia ich bez niekorzystnych konsekwencji²⁰.

Konkretyzacja wymogu dobrowolności następuje w art. 7 ust. 4 RODO, w którym podkreślono, że oceniając, czy zgodę wyrażono dobrowolnie, w jak największym stopniu uwzględnia się, czy m.in. od zgody na przetwarzanie danych nie jest uzależnione wykonanie umowy, w tym świadczenie usługi, jeśli przetwarzanie danych osobowych nie jest niezbędne do wykonania tej umowy²¹.

Jak wskazuje Europejska Rada Ochrony Danych (EROD), przywołana regulacja obejmuje co do zasady nie tylko relację pomiędzy zgodą a wykonaniem umowy, ale także wszelkie inne elementy niewłaściwej presji lub niewłaściwego wpływu na podmiot danych, mogący się przejawiać na wiele różnych sposobów i uniemożliwiający mu, swobodne okazanie woli²².

Na ocenę spełnienia przesłanki dobrowolności zgody wpływał będzie negatywnie również wyraźny brak równowagi między podmiotem danych a administratorem. W motywie 43 jako przykład wskazano te sytuacje, gdy administrator jest organem

¹⁸ Zob. też: L.A. Bygrave, L. Tosoni [w:] Ch. Kuner, L.A. Bygrave, Ch. Docksey, *The EU General Data...*, s. 181.

¹⁹ Zob. Wytyczne Grupy Roboczej Art. 29 dotyczące zgody, (WP259), s. 7, a także motywy 42, 43 RODO oraz opinia 15/2011 w sprawie definicji zgody (WP187), s. 12.

²⁰ Wytyczne 05/2020, s. 5; A. Mednis, *Cechy zgody na przetwarzanie danych osobowych w opinii Grupy Roboczej Art. 29 dyrektywy 95/46 Nr 15/2011 (WP 187)* [w:] *Aktualne problemy prawnej ochrony danych osobowych 2012*, MoP 2012, nr 7, dodatek, s. 25; P. Litwiński, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Wybrane przepisy sektorowe. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 137; D. Lubasz, *Ochrona danych osobowych*, Warszawa 2020, s. 122

²¹ D. Lubasz [w:] *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz, Warszawa 2018, komentarz do art. 7.

²² Wytyczne 05/2020, s. 8.

publicznym. Zdaniem EROD, w większości takich przypadków podmiot danych nie będzie miał realnej alternatywy wobec zaakceptowania warunków przetwarzania zaproponowanych przez tego administratora. Ponadto, jak podkreśla, istnieją inne zgodne z prawem podstawy, które są co do zasady właściwsze w przypadku działalności organów publicznych.²³ We wcześniejszych wytycznych Grupy Roboczej Art. 29 jako przypadek nierównowagi wskazano także relację pracodawca – pracownik²⁴, lecz nie wykluczono możliwości udzielenia zgody przez pracownika, jednak jedynie wtedy, gdy może uczynić to rzeczywiście dobrowolnie²⁵. Prawodawca unijny w motywie 155 wprost dopuścił, by państwa członkowskie, na podstawie art. 88 RODO, przewidziały przypadki, w których wyrażenie zgody przez pracownika będzie dopuszczalne. Z możliwości tej skorzystał polski ustawodawca, wprowadzając do kodeksu pracy²⁶ w art. 22^{1a} regulację, na mocy której zgoda osoby ubiegającej się o zatrudnienie lub pracownika może stanowić podstawę przetwarzania przez pracodawcę, równocześnie formułując warunki jej dopuszczalności. Zgodnie z art. 22^{1a} § 2 k.p., aby zgoda pracownika była ważna i nie naruszała przesłanki dobrowolności, odmowa jej udzielenia oraz jej wycofanie nie może być podstawą niekorzystnego traktowania osoby ubiegającej się o zatrudnienie lub pracownika, a także nie może powodować wobec nich jakichkolwiek negatywnych konsekwencji, zwłaszcza nie może stanowić przyczyny uzasadniającej odmowę zatrudnienia, wypowiedzenie umowy o pracę lub jej rozwiązanie bez wypowiedzenia przez pracodawcę. Ponadto w przypadku przetwarzania danych osobowych szczególnych kategorii ważność zgody zależy dodatkowo od tego, czy inicjatywa przetwarzania tych danych przez pracodawcę pochodziła osoby ubiegającej się o zatrudnienie lub pracownika.

W doktrynie wskazuje się także, że przypadkiem braku równowagi stron, zaburzającym dobrowolność wyrażenia zgody, będzie legalizowanie przetwarzania danych w kontekście badań klinicznych²⁷. Potwierdza to także EROD w opinii 3/2019 wskazując, że zależnie od okoliczności badania klinicznego może wystąpić brak równowagi sił między sponsorem/badaczem a uczestnikami, co może być związane

²³ *Ibidem*.

²⁴ Grupa Robocza Art. 29, *Wytyczne dotyczące zgody na mocy rozporządzenia 2016/679 (WP 259)*, 8, http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc_id=48849 [dostęp: 19.11.2021]. W zakresie relacji pracodawca – pracownik i braku stanu równowagi wypowiadał się także TSUE m.in. w wyrokach w połączonych sprawach C-379/01 do C-403/01, dopuszczając w kontekście prawa pracy możliwość swobodnego podejmowania w określonych przypadkach decyzji przez pracowników.

²⁵ Szerzej na temat zgody pracownika na przetwarzanie jego danych osobowych – zob. P. Zawadzka-Filipczyk [w:] E. Jagiełło-Jaroszewska, D. Jarmużek, P. Zawadzka-Filipczyk, *RODO. Ochrona danych osobowych w stosunkach pracy*, Warszawa 2018, s. 58 i n.; J. Czerniak-Swędzioł, K. Kulikowska [w:] *RODO. Ochrona danych osobowych w zatrudnieniu*, red. M. Mędrala, s. 173 i n.; M. Wujczyk [w:] *Ochrona danych osobowych pracowników w świetle rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679*, red. D. Dorre-Kolasa, s. 74; G. Sibiga, *Przetwarzanie i ochrona danych osoby ubiegającej się o zatrudnienie w świetle przepisów prawa pracy*, „Radca Prawny” 2005, nr 2, s. 70. Zob. także: P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie...*, s. 127 i s. 128; M. Garwoński, M. Sztąberek [w:] *RODO. Przewodnik ze wzorami*, red. M. Gawroński, s. 84.

²⁶ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1320 ze zm.).

²⁷ L.A. Bygrave, L. Tosoni [w:] Ch. Kuner, L.A. Bygrave, C. Docksey, *The EU General Data...*, s. 182.

z okolicznościami dotyczącymi potencjalnego uczestnika badań, w tym np. jego sytuacji ekonomicznej, statusu społecznego, zależności instytucjonalnej lub hierarchicznej, która mogłaby w niewłaściwy sposób wpłynąć na jego decyzję o udziale (pkt 19)²⁸. Z kolei w wytycznych 03/2020 w sprawie przetwarzania danych dotyczących zdrowia do celów badań naukowych w kontekście pandemii COVID-19, podając przykład nieinterwencyjnego badania danej populacji, przeprowadzania na podstawie ankiet dotyczących objawów i postępu choroby, w którym przetwarzanie następowałoby na podstawie zgody uczestnika, EROD nie dostrzega „wyraźnego braku równowagi sił”, o którym mowa w motywie 43, przy założeniu oczywiście, że podmiot danych nie był poddawany naciskom, ani nie grożono mu negatywnymi konsekwencjami, gdyby nie udzielił zgody²⁹.

Typowe naruszenia przesłanki dobrowolności, niezależne od braku równowagi stron, związane są z kolei np. z żądaniem administratora wyrażenia zgody przez podmiot danych na przetwarzanie jego danych w celu realizacji umowy czy też uzależnienie spełnienia świadczenia oznaczanego jako bezpłatne od wyrażenia zgody na informację handlową. W pierwszym przypadku naruszenie polega na sprzeczności z zasadą autonomiczności przesłanek legalizacyjnych, w takiej bowiem sytuacji zgoda nie będzie dobrowolna z uwagi na brak rzeczywistej możliwości jej cofnięcia, jako że nawet dokonanie tej czynności przez podmiot danych nie spowoduje zaprzestania przetwarzania przez administratora na podstawie przesłanki z art. 6 ust. 1 lit. b, a w drugim – z uwagi na sprzeczność wprost z powołanym już art. 7 ust. 4 RODO.

Zgody nie uważa się za dobrowolną, także jeżeli nie można jej wyrazić z osobna na różne operacje przetwarzania danych osobowych, mimo że w danym przypadku byłoby to stosowne. Ten element przesłanki dobrowolności EROD określa jako szczegółowość, która odnosi się do zapewnienia podmiotom danych swoboda wyboru celu, który akceptują, zamiast obowiązku wyrażenia zgody na szereg celów przetwarzania jednocześnie³⁰. Jeżeli administrator połączył kilka celów przetwarzania i nie zwrócił się o osobną zgodę na każdy z tych celów, podmiot danych zostaje pozbawiony swobody wyboru, a w konsekwencji nie jest spełniona przesłanka dobrowolności. Element szczegółowości jest ściśle związany również z przesłanką konkretności zgody, o czym w dalszej części artykułu.

Przesłanka dobrowolności zgody w tym kontekście analizowana była także w orzecznictwie sądów administracyjnych, wprawdzie w odniesieniu do dotychczasowego stanu prawnego, jednakże rozważania te zachowują swą aktualność. Między

²⁸ Opinia EROD nr 3/2019 w sprawie pytań i odpowiedzi dotyczących wzajemnych zależności między rozporządzeniem w sprawie badań klinicznych (RBK) a ogólnym rozporządzeniem o ochronie danych (RODO), (art. 70 ust. 1 lit. b), s. 6, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_opinionctrq_a_final_pl.pdf, [dostęp: 19.11.2021].

²⁹ Wytyczne 03/2020 w sprawie przetwarzania danych dotyczących zdrowia do celów badań naukowych w kontekście pandemii COVID-19, s. 7, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_pl.pdf, [dostęp: 19.11.2021].

³⁰ Wytyczne 05/2020, s. 13.

innymi w orzeczeniu Naczelnego Sądu Administracyjnego, III OSK 161/21³¹, stwierdzono, że na gruncie przepisów o ochronie danych osobowych istnieje wymóg zapewnienia, aby decyzja w sprawie wyrażenia zgody na przetwarzanie danych osobowych w określonym celu była podjęta swobodnie i miała charakter samodzielny, musi ona być przejawem wolnej i nieskrępowanej woli danej osoby, to znaczy nie może być wymuszona przez konieczność złożenia innych oświadczeń woli. Z tym założeniem konstrukcyjnym orzekający w sprawie sąd konfrontował zagadnienie łączenia zgód w różnych celach przetwarzania, w tym konkretnym przypadku w zakresie dotyczącym marketingu produktów i usług własnych administratora danych oraz produktów i usług innych nieokreślonych jednostkowo podmiotów. Rozważając przesłankę dobrowolności doszedł do wniosku, że tak łączone zgody nie pozwalają podmiotowi danych na podjęcie dobrowolnej decyzji, jako że nie ma w istocie wyboru poza wyborem ograniczającym się do opcji *take it or leave it*, który nie spełnia kryterium dobrowolności.

5. Konkretność zgody

Konkretność zgody odnosi się do celu i zakresu przetwarzania. Pozostaje w ścisłym związku z regulacją art. 6 ust. 1 lit. a i art. 9 ust. 2 lit. a RODO. Zgodnie z przywołanymi przepisami, podmiot danych musi mieć możliwość wyrażenia zgody „w jednym lub większej liczbie określonych celów” oraz przysługuje mu możliwość wyboru w odniesieniu do każdego z nich³². Zgoda zatem, aby była konkretna, musi określać w sposób zrozumiały, wyraźnie i precyzyjnie cel oraz zakres przetwarzania i pozwalać podmiotowi danych w ten sposób na kontrolę nad jego danymi³³. Oznacza to, że wymóg ten nie będzie spełniony, jeśli zgoda nie będzie zawierać informacji na temat celu przetwarzania lub czynić to w sposób ogólny, blankietowy czy też odnosić się do otwartego zbioru czynności przetwarzania.

Wymóg konkretności nie ogranicza się tylko do wskazania celu przetwarzania, ale dotyczy także innych jego aspektów powiązanych z celem, w szczególności zakresu przetwarzania i zakresu danych, i pod tym względem jest powiązany z przesłanką świadomości zgody obejmującej m.in. skonkretyzowanie ram przetwarzania³⁴.

³¹ Wyrok NSA z dnia 20 kwietnia 2021 r., III OSK 161/21, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/524FC93261> [dostęp: 19.11.2021].

³² Wytyczne 05/2020, s. 14.

³³ Grupa Robocza Art. 29 wskazuje dodatkowo, że w zgodzie powinny być określone również konsekwencje przetwarzania – Grupa Robocza Art. 29, opinia 15/2011 w sprawie definicji zgody, przyjęta 13.07.2011 r. (WP 187), s. 18, <http://www.giodo.gov.pl/pl/file/5341> [dostęp: 21.01.2018]. Zob. także: A. Mednis, *Cechy zgody na przetwarzanie danych osobowych w opinii Grupy Roboczej Art. 29 dyrektywy 95/46 Nr 15/2011 (WP 187)* [w:] *Aktualne problemy prawnej ochrony danych osobowych 2012*, red. G. Si-biga, M. Praw. 2012, nr 7 – dodatek, s. 26.

³⁴ D. Lubasz [w:] M. Jagielski, *Dokumentacja ochrony...*, Warszawa 2019, s. 203 i n.

Określoność celu jest jednak kluczowa i podkreślana w motywie 43 RODO, w tym nie tylko z perspektywy przesłanki dobrowolności, ale i konkretności zgody³⁵. Zgodnie z przywołanym motywem, zgodę należy wyrażać z osobna nie tylko na różne cele, ale i na różne operacje przetwarzania. Z tego wymogu w wytycznych dotyczących zgody EROD wywodzi, że aby zapewnić zgodność, administrator musi zastosować:

- określenie celu jako zabezpieczenie przed zmianą celu co jest zgodne z realizacją zasady ograniczenia celu określone w art. 5 ust. 1 lit. b, która wyznacza pozostałe parametry przetwarzania;
- szczegółowość w zapytaniach o zgodę oraz
- wyraźne oddzielenie informacji związanych z uzyskaniem zgody na działania w zakresie przetwarzania danych od informacji dotyczących innych kwestii³⁶.

W odniesieniu do dwóch ostatnich zagadnień wymóg konkretności zgody pozostaje w bliskiej korelacji z wymogiem świadomej zgody, a także elementem dobrowolności zgody, jakim jest jej szczegółowość.

Przesłanka konkretności zgody była przedmiotem analizy TSUE w wyroku *Planet49* C-673/17, w którym trybunał podkreślił, że przesłanka konkretności na gruncie analogicznej definicji pojęcia zgody w art. 2 lit. h dyrektywy 95/46/WE, oznacza, że zgoda odnosić się musi do określonego przetwarzania danych i nie może zostać wywnioskowane z treści wyrażenia woli mającego inny cel (pkt 58).

6. Świadomość zgody

Oświadczenie o wyrażeniu zgody musi być świadome. Świadomość zgody jest nierozzerwalnie związana z przejrzystością przetwarzania, będącą zasadą przetwarzania danych, o której mowa w art. 5 ust. 1 lit. a RODO³⁷.

W przypadku zgody, realizacja zasady przejrzystości nakierowana jest przede wszystkim na zapewnienie podmiotom danych jak najpełniejszej kontroli nad danymi, przez zapewnienie wiedzy na temat celu, zakresu i kontekstu przetwarzania danych. Elementy te są niezbędne do umożliwienia im podejmowania świadomych decyzji, zrozumienia, na co wyrażają zgodę oraz wykonania prawa wycofania zgody³⁸.

Wyraźnie podkreślono to w motywie 39, zgodnie z którym celem regulacji jest zapewnienie osobie, której dane dotyczą, transparentności w zakresie tego, że jej dane

³⁵ Zob. także motyw 32 RODO, zgodnie z którym jeżeli przetwarzanie ma służyć różnym celom, potrzebna jest zgoda na każdy z tych celów. Związane to jest także z realizacją zasady ograniczonego celu z art. 5 ust. 1 lit. b RODO, zgodnie z którą dane muszą być „zbierane w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach i nieprzetwarzane dalej w sposób niezgodny z tymi celami”. Na temat znaczenia ograniczonego celu pod kątem możliwości łączenia w oświadczeniu o zgodzie różnych celów zob. D. Lubasz [w:] *RODO...*, s. 357.

³⁶ Wytyczne dotyczące zgody na mocy rozporządzenia 2016/679 (WP 259), s. 14.

³⁷ Szerzej na temat zasady przejrzystego informowania, zob. J. Łuczak [w:] *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz, Warszawa 2018, s. 406 i n.

³⁸ Wytyczne 05/2020, s. 16.

osobowe są zbierane, wykorzystywane, przeglądane lub w inny sposób przetwarzane oraz w jakim stopniu te dane osobowe są lub będą przetwarzane. A zatem w celu zapewnienia podmiotowi danych świadomości w zakresie zgody administrator w chwili zwracania się o zgodę powinien przedstawić wszystkie niezbędne informacje o istotnych aspektach przetwarzania. Występuje tu więc oczywista korelacja z obowiązkami informacyjnymi sprecyzowanymi w art. 13 RODO³⁹.

Jak wynika z motywu 42 RODO, że aby wyrażenie zgody było świadome, podmiot danych powinien znać przynajmniej tożsamość administratora oraz zamierzone cele przetwarzania danych osobowych⁴⁰. W konkretnych przypadkach może być jednak wymagane podanie więcej informacji, aby umożliwić podmiotowi danych zrozumienie istoty przetwarzania⁴¹, i w tym zakresie istotnie następuje korelacja z wymogami informacyjnymi z art. 13 lub 14 RODO.

Europejska Rada Ochrony Danych w wytycznych dotyczących zgody sformułowała minimalne wymogi zapewniające świadomość zgody obejmujące obowiązek podania następujących informacji:

- 1) tożsamości administratora;
- 2) celu każdej operacji przetwarzania, w odniesieniu do której prosi się o zgodę;
- 3) o zakresie danych, które będą gromadzone i wykorzystywane;
- 4) o prawie do wycofania zgody;
- 5) dotyczących wykorzystywania danych do celów zautomatyzowanego podejmowania decyzji zgodnie z art. 22 ust. 2 lit. c w stosownych przypadkach; oraz
- 6) dotyczących możliwych zagrożeń związanych z przekazywaniem danych w związku z brakiem decyzji stwierdzającej odpowiedni stopień ochrony oraz odpowiednich zabezpieczeń, zgodnie z art. 46⁴².

Warto jednak podkreślić, że powyższe informacje nie muszą znaleźć się w samej formule zgody lub zapytaniu o nią, lecz muszą być przekazane w trakcie procedury pozyskiwania danych i odbierania zgody w sposób towarzyszący tej procedurze w sposób jasny, zrozumiały i dostępny dla podmiotu danych.

W przepisach rozporządzenia nie określono wprawdzie formy przekazywania informacji ani ich kształtu w celu spełnienia wymogu świadomej zgody. Oznacza to, że ważne informacje mogą być przekazane na różne sposoby, np. w formie pisemnych lub ustnych oświadczeń bądź wiadomości dźwiękowych lub wiadomości wideo.

³⁹ Wykonywanie obowiązków informacyjnych nie daje jednak gwarancji pełnej świadomości, zwłaszcza w przypadkach, gdy administrator występuje o zgodę w związku z rozszerzeniem celów przetwarzania, a pozostałych obowiązków już nie realizuje. Stanowisko takie, w szczególności wobec braku wyrażonej *expressis verbis* w ustawie o ochronie danych osobowych przesłanki świadomości w definicji zgody, prezentował A. Mednis [w:] *idem*, *Cechy...*, s. 27.

⁴⁰ Brytyjski Information Commissioner's Office wskazuje, że minimalny standard powinien obejmować również informację o prawie do odwołania zgody w każdym czasie; zob. projekt wytycznych Information Commissioner's Office, *Consultation: GDPR consent guidance*, s. 22, <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultations/2013551/draft-gdpr-consent-guidance-for-consultation-201703.pdf> [dostęp: 19.11.2021].

⁴¹ Grupa Robocza Art. 29, *Wytyczne dotyczące zgody na mocy rozporządzenia 2016/679...*, s. 14.

⁴² Wytyczne 05/2020, s. 16–17.

W przepisie art. 7 ust. 2 oraz pomocniczo w motywie 42 RODO sformułowano natomiast wymogi dotyczące świadomej zgody, co miało zapewnić wyższy standard jasności i dostępności informacji⁴³. Standard jakości informacji odnosi się do sposobu przedstawienia informacji (w postaci zwykłego, zrozumiałego, widocznego tekstu, bez żargonu); sposób ten zależy od kontekstu, przy czym informacje muszą być zrozumiałe dla przeciętnego użytkownika. Standard dostępności z kolei nakierowany jest na odpowiednią widoczność informacji i ich kompleksowość⁴⁴. W przywołanym motywie wskazano na występującą korelację z dyrektywą 93/13/EWG⁴⁵, i w tym zakresie formułując wymogi, by oświadczenie o wyrażeniu zgody przygotowane przez administratora miało zrozumiałą i łatwo dostępną formę, było sformułowane jasnym i prostym językiem i nie zawierało nieuczciwych warunków.

6. Jednoznaczność zgody

Regulacją dotyczącą przesłanki jednoznaczności zgody na gruncie rozporządzenia ogólnego wprowadza się najdalej idącą zmianę w stosunku do dotychczasowego stanu prawnego.

W myśl definicji pojęcia zgody, jak stanowi art. 4 pkt 11 RODO, jednoznaczność zgody powiązana została ze sposobami wyrażania woli, a zatem z jednej strony – z oświadczeniem, z drugiej zaś – z wyraźnym działaniem potwierdzającym. Jak podkreśla się nadto w motywie 32 RODO, „zgoda powinna być wyrażona w drodze jednoznacznej, potwierdzającej czynności, która wyraża odnoszące się do określonej sytuacji dobrowolne, świadome i jednoznaczne przyzwoleństwo osoby, których dane dotyczą, na przetwarzanie dotyczących jej danych osobowych i która ma na przykład formę pisemnego (w tym elektronicznego) lub ustnego oświadczenia”.

Przesłanka jednoznaczności jest cechą okazania woli przesądzającą, że w konkretnej sytuacji udzielania zgody nie może powstawać wątpliwość co do intencji osoby ją wyrażającej. Oznacza to, że zachowanie danej osoby wyrażającej przyzwoleństwo na przetwarzanie musi niedwuznacznie określać jej zamiar. Akceptacja przez prawodawcę unijnego działań konkludentnych jako skutecznej zgody, nie zmniejsza istoty tego wymogu. Zarówno w przypadku okazania woli w formie oświadczenia, jak i wyraźnego działania potwierdzającego nie może być mowy o wątpliwościach co do intencji podmiotu danych. Okazanie woli musi być świadomie aktywnym działaniem podmiotu danych i odrębnym od innych czynności, w tym np. zawierania umowy, przyjmowania oferty czy akceptacji regulaminu⁴⁶.

⁴³ Wytyczne 05/2020, s. 17.

⁴⁴ A. Mednis, *Cechy...*, s. 27.

⁴⁵ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. L 95, s. 29).

⁴⁶ D. Lubasz [w:] *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz...*, s. 256.

7. Dodatkowe wymogi zgody w przypadkach szczególnych

W art. 9 ust. 2 lit. a RODO dotyczącym zgody jako przesłanki legalizacyjnej przetwarzania szczególnych kategorii danych, w art. 22 ust. 1 w zw. z ust. 2 lit. c RODO, przy dopuszczeniu zautomatyzowanego podejmowania decyzji w stosunku do podmiotu danych, w tym profilowania, a także w art. 49 ust. 1 lit. a RODO, przy legitymizowaniu transferu danych do państwa trzeciego, prawodawca unijny, kierując się potrzebą zapewnienia podwyższonego standardu ochronnego, sformułował dodatkowy wymóg zgody, jakim jest jej wyraźny charakter.

Wyraźność zgody nie jest zatem wymogiem o charakterze ogólnym, i została ograniczona do przypadków szczególnych, wymagających szczególnej ochrony i zapewnienia rozliczalności.

W tych wypadkach nie jest dozwolone kwalifikowanie jako zgody wyraźnego działania potwierdzającego. Termin „wyraźna” jako element zgody odnosi się do sposobu, w jaki zgoda ma być wyrażana przez osobę, której dane dotyczą. Oznacza to, że podmiot danych musi wyrazić oświadczenie zgody i nie może mieć ono formy działania konkludentnego⁴⁷. Stanowisko to potwierdza EROD w wytycznych 05/2020 dotyczących zgody⁴⁸. Do zachowania określonego w ten sposób podwyższonego standardu zgody niezbędne jest zatem okazanie woli poprzez złożenie oświadczenia sformułowanego z użyciem słów⁴⁹. W dalszym ciągu nie ma jednak znaczenia forma takiego oświadczenia. Może być ono sformułowane pisemnie, w formie dokumentowej lub ustnie, aczkolwiek zarówno Grupa Robocza Art. 29, jak i EROD, ze względów dowodowych sugeruje nieograniczanie się przez administratorów do formy ustnej odbierania takiej zgody⁵⁰. Jednocześnie jednak EROD wskazuje, że możliwe jest odebranie wyraźnej zgody podczas rozmowy telefonicznej, pod warunkiem że informacje dotyczące wyboru są uczciwe, zrozumiałe i jasne, i że administrator zwraca się do podmiotu danych o konkretne potwierdzenie (np. naciśnięcie przycisku lub ustne potwierdzenie)⁵¹, co ma być gwarancją aktywnej zgody. W kontekście dowodowym natomiast środkami zapewniającymi rozliczalność mogłyby być w tym wypadku logi lub nagranie samej rozmowy.

W kontekście cyfrowym z kolei forma ustna jest mało użyteczna i może zostać zastąpiona elektronicznym formularzem, wiadomością e-mail czy skanem oświadczenia⁵². Zapewnienie wyraźności zgody może również zapewniać procedura *double opt-in* w komunikacji z wykorzystaniem poczty elektronicznej.

⁴⁷ Grupa Robocza Art. 29, *Wytyczne dotyczące zgody na mocy rozporządzenia 2016/679...*, s. 23.

⁴⁸ Wytyczne 05/2020, s. 22.

⁴⁹ Analogiczne stanowisko zajmuje brytyjski Information Commissioner's Office w projekcie wytycznych dotyczących zgody – <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultations/2013551/draft-gdpr-consent-guidance-for-consultation-201703.pdf> [dostęp: 19.11.2021].

⁵⁰ Grupa Robocza Art. 29, *Wytyczne dotyczące zgody na mocy rozporządzenia 2016/679...*, s. 23; wytyczne 05/2020, s. 22 i 23.

⁵¹ Wytyczne 05/2020, s. 23

⁵² Grupa Robocza Art. 29, *Wytyczne dotyczące zgody na mocy rozporządzenia 2016/679...*, s. 24.

8. Dodatkowe wymogi dotyczące zgody pisemnej

W art. 7 ust. 2 RODO sformułowane zostały dodatkowe wymogi dotyczące zgody udzielanej w formie pisemnej, która stanowi autonomiczne pojęcie prawa unijnego. W zakres tego pojęcia wchodzi zarówno przypadki obejmujące formę pisemną w rozumieniu kodeksu cywilnego, czyli formę, w której utrwalone oświadczenie opatrzone jest podpisem własnoręcznym, jak i formę bliską formie tekstowej z niemieckiego kodeksu cywilnego (por. art. 126b BGB). W tym kontekście warto zauważyć, że rozporządzenie 2016/679 zrównuje w pewnym sensie formę pisemną z formą elektroniczną, wymieniając tę ostatnią jako podtyp formy pisemnej (zob. art. 28 ust. 9, art. 30 ust. 3 RODO).

Wynikające z art. 7 ust. 2 RODO wymogi dotyczące pisemnego, w rozumieniu rozporządzenia, zapytania, a w konsekwencji i samej zgody, stanowią wyraźne ujęcie zasady przejrzystości i wskazanie określonego sposobu komunikacji pomiędzy administratorem a podmiotem danych. Administrator, uwzględniając wymaganie zrozumiałej formy oraz użycia jasnego i prostego języka, powinien formułować zapytanie lub oświadczenie w sposób prosty semantycznie i jednoznaczny, a użycie pojęć technicznych ograniczyć do sytuacji, w których jest to niezbędne, tak aby komunikat został rozumiany zgodnie z jego wolą przez odbiorcę. Jest to standard jasności komunikacji wyznaczony regulacją dyrektywy 93/13/EWG, na co wskazuje motyw 42. Ocena zatem, czy forma komunikatu jest zrozumiała, dokonywana jest przez pryzmat podmiotów, które mają udzielić zgody. Inne wymogi w tym zakresie będą formułowane, jeśli odbiorcą mają być dzieci, inaczej będzie w przypadku osób starszych, a jeszcze inaczej – specjalistów z danej dziedziny.

Szczegółowe wymogi dla pisemnej w rozumieniu art. 7 ust. 2 RODO zgody, nie oznaczają oczywiście, że oświadczenia, w innej formie niż pisemna, nie muszą być sformułowane w zrozumiałej formie, jasnym i prostym językiem. Wymogi w tym zakresie wynikają bowiem z przesłanki świadomości zgody oraz zasady przejrzystości uregulowanej w art. 5 ust. 1 lit. a RODO.

Na mocy przepisu art. 7 ust. 2 RODO zapytanie o zgodę, a także samo oświadczenie, musi zostać ponadto przedstawione „w sposób pozwalający wyraźnie odróżnić je od pozostałych kwestii”. Wymóg ten nie tworzy jednak dodatkowej jakości normatywnej, jako że odseparowanie zgody od innych treści, wywodzone jest już z samej definicji pojęcia zgody⁵³.

⁵³ Zob. przykładowo opinię rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie C-673/17 *Planet49*, pkt 68 i n., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/TXT/?uri=CELEX:62017CC0673> [dostęp: 29.11.2021].

9. Forma zgody

Jako że jednym z celów rozporządzenia było odformalizowanie i zniesienie zbędnych obciążeń administracyjnych, konsekwentnie w zakresie zgody nie zostały sformułowane wymogi co do formy i wybór jej dotyczący został pozostawiony administratorom, którzy kierować się muszą wynikającą art. 5 ust. 2 zasadą rozliczalności, nakładającą na nich obowiązek wykazania zgodności, także co do legalizacji procesów przetwarzania danych. W przypadku zgody, obowiązek wykazania rozliczalności dodatkowo *expressis verbis* sformułowany został w art. 7 ust. 1 stanowiącym, że jeżeli przetwarzanie odbywa się na podstawie zgody, administrator musi być w stanie wykazać, że osoba, której dane dotyczą, wyraziła zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych.

Brak wymogów co do formy zgody wynika także z faktu, że oprócz oświadczenia w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych, dopuszcza się również udzielenie zgody w postaci wyraźnego działania potwierdzającego⁵⁴, czyli poprzez działania konkludentne⁵⁵, co z natury jest działaniem odformalizowanym.

10. Ciężar dowodu – rozliczalność

Z odformalizowaniem zgody jako przesłanki legalizacyjnej wiąże się, jak już wskazano, przeniesienie ciężaru na kwestie rozliczalności, a zatem wykazania przez administratora, że podmiot danych udzielił mu przyzwolenia na przetwarzanie jego danych osobowych. Podkreśla to prawodawca unijny w motywie 42, zaznaczając, że jeżeli przetwarzanie odbywa się na podstawie zgody osoby, której dane dotyczą, administrator powinien być w stanie wykazać, że osoba, której dane dotyczą, wyraziła zgodę na operację przetwarzania. W szczególności w przypadku pisemnego oświadczenia składanego w innej sprawie powinny istnieć gwarancje, że osoba, której dane dotyczą, jest świadoma wyrażenia zgody oraz jej zakresu.

Rozliczalność zgody dotyczy zarówno samego faktu jej udzielenia, jak i poszczególnych jej elementów, tj. dobrowolności, konkretności, świadomości i jednoznaczności. Szczególną rolę pełni sposób sformułowania zapytania i oświadczenia o zgodzie oraz zakres informacji przekazywanych przy tej okazji przez administratora, które mają zapewnić pełną swobodę decyzyjną podmiotu danych.

⁵⁴ Na temat wyraźnego działania potwierdzającego zob. szerzej D. Lubasz [w:] *RODO...*, komentarz do art. 4 pkt 11, nt 26.

⁵⁵ Stanowisko takie wyrażane było zwłaszcza w polskiej doktrynie prawa i orzecznictwie – zob. P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa...*, komentarz do art. 23, nt 7; J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona...*, s. 485; wyrok NSA z dnia 4 kwietnia 2003 r., II SA 2135/02, „Wokanda” 2004, nr 6, s. 30; B. Kaczmarek-Templin, *Podstawy legalizacyjne przetwarzania danych osobowych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych – wybrane zagadnienia* [w:] *Polska i europejska reforma ochrony danych osobowych*, red. E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz, Warszawa 2016, s. 104–105. Szerzej na ten temat zob. D. Lubasz [w:] *RODO...*, komentarz do art. 4 pkt 11, nt 27.

Dostrzegając wagę zagadnienia rozliczalności w zakresie dotyczącym zgody, w art. 7 ust. 1, w uzupełnieniu zasady rozliczalności przewidzianej w art. 5 ust. 2 RODO, nałożono na administratorów wyraźny obowiązek wykazania, że osoba, której dane dotyczą, wyraziła zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych. O ile zatem uelastyczniono sposób zbierania zgód oraz nie narzucono określonej formy dla oświadczenia o zgodzie⁵⁶, o tyle wybierając określony model pozyskiwania zgód, administrator musi jednak pamiętać o utrwaleniu faktu uzyskania przyzwolenia podmiotu danych w celu wykazania, w szczególności przed organem nadzorczym, ale też przed samym podmiotem danych, że otrzymał zgodę na przetwarzanie danych osobowych.

Jak podkreśla Grupa Robocza Art. 29 oraz EROD, administratorzy mają swobodę opracowywania metod zapewnienia zgodności z tym wymogiem rozliczalności, a zatem doboru sposobów wykazania uzyskania zgody podmiotu danych⁵⁷. Kluczowe jest przy tym jednak, by obowiązek wykazania, że zgoda została uzyskana przez administratora w sposób ważny, nie powinien sam w sobie prowadzić do nadmiernego dodatkowego przetwarzania danych. Oznacza to, że administratorzy, kierując się wymogami *data protection by design*⁵⁸ oraz zasadą minimalizacji danych, powinni zachowywać tylko taką ilość danych, aby móc wykazać zgodność, ale nie powinni gromadzić więcej danych niż to konieczne⁵⁹. Obowiązek dowodowy trwa, zgodnie ze stanowiskiem EROD, dopóty istnieje obowiązek wykazania prawidłowo wyrażonej zgody. Po zakończeniu czynności przetwarzania dowód na wyrażenie zgody nie powinien być przechowywany dłużej niż jest to bezwzględnie konieczne do wywiązania się z prawnego obowiązku lub do ustalenia, dochodzenia lub obrony roszczeń, zgodnie z art. 17 ust. 3 lit. b i e RODO⁶⁰.

11. Wycofanie zgody

Ocena ważności wyrażenia zgody, jako autonomicznej decyzji podmiotów danych dotyczącej dozwoleń na przetwarzanie ich danych osobowych, związana jest nie tylko z procesem jej udzielania, ale także jej odwoływalnością bez niekorzystnych konsekwencji⁶¹.

⁵⁶ Zob. szerzej: D. Lubasz [w:] *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz...*, s. 257.

⁵⁷ Grupa Robocza Art. 29, *Wytyczne dotyczące zgody na mocy rozporządzenia 2016/679...*, s. 25; wytyczne 05/2020, s. 24.

⁵⁸ Zobacz szerzej wymogi art. 25 ust. 1 RODO.

⁵⁹ Grupa Robocza Art. 29, *Wytyczne dotyczące zgody na mocy rozporządzenia 2016/679...*, s. 25.. Przykładowo, administrator może prowadzić rejestr oświadczeń o wyrażeniu zgody, aby móc wykazać, w jaki sposób uzyskano zgodę, kiedy uzyskano zgodę i jakie informacje przekazano osobie, której dane dotyczą, w momencie uzyskania zgody. Jako na niewystarczające z kolei wskazuje grupa robocza ograniczenie się administratora do informacji o konfiguracji strony WWW, jeśli za jej pośrednictwem zbierane są zgody, bez utrwalenia informacji o konkretnym procesie jej udzielenia.

⁶⁰ Wytyczne 05/2020, s. 24.

⁶¹ Zob. Grupa Robocza Art. 29, *Wytyczne dotyczące zgody na mocy rozporządzenia 2016/679...*, s. 7; a także motywy 42, 43 RODO oraz opinia 15/2011 w sprawie definicji zgody (WP187), s. 12.

Uprawnienie do wycofania zgody uregulowane zostało w art. 7 ust. 3 RODO, zgodnie z którym podmiot danych ma nie tylko prawo w dowolnym momencie wycofać zgodę, co nie powinno wpływać na zgodność z prawem przetwarzania, którego dokonano na podstawie zgody przed jej wycofaniem, ale także musi być o tym informowany, zanim wyrazi zgodę. W ten sposób skodyfikowane zostały wytyczne Grupy Roboczej Art. 29, zawarte w opinii 15/2011.

Ponadto, prawodawca unijny wprowadził wymóg, który określa, że wycofanie zgody musi być równie łatwe jak jej wyrażenie, choć nie przesądza, że ma to następować w ten sam sposób co udzielenie zgody. Jak podkreśla jednak EROD w wytycznych 5/2020 dotyczących zgody, tam, gdzie zgoda jest uzyskiwana za pomocą interfejsu użytkownika specyficznego dla danej usługi za pośrednictwem strony internetowej, witryny aplikacji, konta logowania, interfejsu urządzenia IoT (*Internet of Things*) lub za pomocą e-maila, nie ma wątpliwości, że osoba, której dane dotyczą, musi mieć możliwość wycofania zgody za pośrednictwem tego samego interfejsu elektronicznego, gdyż przejście na inny interfejs, jedynie w celu wycofania zgody, wymagałoby zbędnego wysiłku⁶².

Warto jednocześnie zwrócić uwagę, że z łatwością wycofywania zgody łączony jest wymóg, by wycofanie zgody następowało bez uszczerbku dla podmiotu danych. Oznacza to w szczególności, że administrator musi umożliwić wycofanie zgody bezpłatnie lub bez obniżenia poziomu usługi⁶³.

Polski ustawodawca zdecydował się na dodatkowe podkreślenie tego wymogu w kontekście pracowniczym w art. 22^{1a} § 2 k.p. Stanowi on, że aby zgoda pracownika była ważna i nie naruszała przesłanki dobrowolności, odmowa jej udzielenia oraz jej wycofanie nie może być podstawą niekorzystnego traktowania osoby ubiegającej się o zatrudnienie lub pracownika, a także nie może powodować wobec nich jakichkolwiek negatywnych konsekwencji, zwłaszcza nie może stanowić przyczyny uzasadniającej odmowę zatrudnienia, wypowiedzenie umowy o pracę lub jej rozwiązanie bez wypowiedzenia przez pracodawcę.

Konsekwencją wycofania zgody jest co do zasady obowiązek usunięcia danych przez administratora, przy założeniu nie ma innych celów uzasadniających dalsze ich przechowywanie, które są realizowane na odrębnej podstawie prawnej. Naruszenie tego obowiązku aktualizuje podmiotowi danych prawo żądania usunięcia danych na podstawie art. 17 ust. 1 lit. a, jedynie poza sytuacją, którą przewidziano w art. 17 ust. 1 lit. b RODO.

Zapewnienie odwoływalności zgody jest wymogiem konstrukcyjnym systemu ochrony danych osobowych w rozumieniu art. 24 RODO w związku z wymogami przejrzystości z art. 5 ust. 1 lit. a i z art. 12 RODO. Zobowiązanie administratora do ułatwiania realizacji praw podmiotów danych na podstawie art. 12 ust. 2 RODO rozciąga się bowiem również na uprawnienie podmiotów danych z art. 7 ust. 3 RODO. Aspekty te pokreślone zostały w decyzji Prezesa UODO z dnia 16 października 2019 r.

⁶² Grupa Robocza Art. 29, *Wytyczne dotyczące zgody na mocy rozporządzenia 2016/679...*, s. 9.

⁶³ *Ibidem*, s. 10.

ZSPR.421.7.2019, w której podstawą nałożenia administracyjnej kary pieniężnej było m.in. niewdrożenie odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, które umożliwiałyby podmiotowi danych łatwe i skuteczne wycofanie zgody na przetwarzanie swoich danych osobowych oraz realizację prawa do żądania niezwłocznego usunięcia swoich danych osobowych.

Literatura

- Bielak-Jomaa E., Lubasz D., *Polska i europejska reforma ochrony danych osobowych*, Warszawa 2016.
- Bielak-Jomaa E., Lubasz D., *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Czerniak-Swędziół J., Kulikowska K., *Zgoda na przetwarzanie danych osobowych pracownika* [w:] *RODO. Ochrona danych osobowych w zatrudnieniu*, red. M. Mędrała, Warszawa 2018.
- Doerre-Kolasa D., *Pozyskiwanie danych osobowych osoby ubiegającej się o zatrudnienie i pracownika na podstawie przepisów KP* [w:] *Ochrona danych osobowych pracowników w świetle rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679*, red. eadem, Warszawa 2020.
- Fajgielski P., *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Gawroński M., *RODO. Przewodnik ze wzorami*, Warszawa 2018.
- Jagielski M., *Dokumentacja ochrony danych osobowych ze wzorami*, Warszawa 2019.
- Jagiello-Jaroszewska E., Jarmużek D., Zawadzka-Filipczyk P., *RODO. Ochrona danych osobowych w stosunkach pracy*, Warszawa 2018.
- Kaczmarek-Templin B., *Podstawy legalizacyjne przetwarzania danych osobowych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych – wybrane zagadnienia* [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz, *Polska i europejska reforma ochrony danych osobowych*, Warszawa 2016.
- Litwiński P., Barta P., *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Litwiński P., *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, Legalis.
- Lubasz D., Sęczkowski D., *Nowe europejskie przepisy o ochronie danych osobowych – przygotowania do wdrożenia czas zacząć*, „Compliance. Magazyn Fachowy Instytutu Compliance” 2016, nr 3.
- Mednis A., *Cechy zgody na przetwarzanie danych osobowych w opinii Grupy Roboczej Art. 29 dyrektywy 95/46 Nr 15/2011 (WP 187)* [w:] G. Sibiga, *Aktualne problemy prawnej ochrony danych osobowych 2012*, M. Praw. 2012, nr 7 – dodatek.
- Mednis A., *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2001.
- Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Wybrane przepisy sektorowe. Komentarz*, red. P. Litwiński, Warszawa 2021.
- RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. D. Lubasz, E. Bielak-Jomaa, Warszawa 2018.
- Sibiga G., *Przetwarzanie i ochrona danych osoby ubiegającej się o zatrudnienie w świetle przepisów prawa pracy*, „Radca Prawny” 2005, nr 2.
- The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, red. Ch. Kuner, L.A. Bygrave, Ch. Docksey, Oksford 2020.

Streszczenie

Dominik Lubasz

Warunki wyrażania zgody jako przesłanki legalizującej przetwarzanie danych osobowych

Zgoda podmiotu danych jest jedną z przesłanek legalizacyjnych przetwarzania danych. Koncepcja zgody w rozporządzeniu 2016/679 zachowała zasadniczą konstrukcję regulacyjną, przyjętą uprzednio w dyrektywie 95/45/WE, opartą na autonomii podmiotu danych, jej aktywnym działaniu oraz odwracalności decyzji o wyrażeniu zgody, jednakże uległa również pewnemu uelastycznieniu. W artykule poddane zostają analizie zarówno warunki skutecznego wyrażenia zgody, dodatkowe wymogi w sytuacjach szczególnych, jak również interakcje pomiędzy regulacją dotyczącą zgody a innymi obowiązkami nakładanymi na administratorów, w tym w szczególności w zakresie dotyczącym transparentności przetwarzania.

Słowa kluczowe: zgoda; przesłanki legalizacyjne; dobrowolność zgody; świadomość zgody; konkretność zgody; jednoznaczność zgody; wyraźne działania potwierdzające; wycofanie zgody; forma zgody; rozliczalność; RODO.

Summary

Dominik Lubasz

Conditions of Consent as a Legal Basis for Processing of Personal Data

The consent of the data subject is one of the legal basis for data processing. The concept of consent in Regulation 2016/679 has retained the basic regulatory design previously adopted in Directive 95/45/EC, based on the autonomy of the data subject, his or her active action and the revocability of the consent, but it has also been made somewhat more flexible. The article analyses the conditions for valid consent, additional requirements in specific situations, as well as the relation between the regulation of consent and other obligations imposed on controllers, including in particular as regards the transparency of processing.

Keywords: consent; lawfulness of processing; voluntariness of consent; awareness of consent; concreteness of consent; unambiguity of consent; clear affirmative action; withdrawal of consent; form of consent; accountability; GDPR.