

# Obowiązki w związku z profilowaniem

Przesłanka, zgodnie z którą profilowanie jest dozwolone, jeżeli jest niezbędne do zawarcia lub wykonania umowy, tylko pozornie wydaje się rozwiązywać problem administratorów danych. – **AGNIESZKA WIERCIŃSKA-KRUŻEWSKA, MAREK PORZEŹYŃSKI**

Zautomatyzowane podejmowanie decyzji dotyczących osoby w oparciu o jej dane, czyli profilowanie, stanowi narzędzie często wykorzystywane w wielu dziedzinach gospodarki. **Profilowanie jest szczególnie ciekawym i potrzebnym narzędziem dla sektora ubezpieczeń, któremu umożliwiałoby szybką i ustandaryzowaną ocenę ryzyka.** W obecnym stanie prawnym profilowanie zostało praktycznie pominięte, pozostając kategorią niezdefiniowaną, ale z całą pewnością wynikającą z regulacji dotyczących ochrony danych osobowych.

Ochrona danych osobowych regulowana jest w Polsce przez ustawę z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. 1997 nr 133, poz. 883 ze zm.). Brak jest w tym akcie prawnym definicji profilowania. Nie wiążą się zatem z tą aktywnością żadne obostrzenia lub dodatkowe obowiązki. Z tego punktu widzenia nie ma znaczenia, czy przetwarzane dane są jednostkowe, czy stanowią rozbudowany zbiór powiązanych ze sobą danych osobowych. Na potrzebę zmiany wskazywano wielokrotnie. Już w 2011 r. Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych sygnalizował potrzebę analizy i dookreślenia kwestii związanych z profilowaniem w przywołanej ustawie. Jedynym pośrednim odniesieniem do kwestii profilowania w obecnej ustawie jest pryzmatycznie podmiotowi danych prawa do sprzeciwienia się wobec decyzji podjętej w sposób zautomatyzowany, tj. wyłącznie w procesie operacji na posiadanych danych osobowych. Przykładem takiej działalności może być szacowanie ryzyka ubezpieczeniowego przy ofertach dla klientów. Kwestią otwartą w świetle wskazanych przepisów pozostało, czy taka osoba może się sprzeciwić zautomatyzowanej decyzji, w sytuacji gdy zostaje ona podjęta w ramach wykonywania umowy.

## REGULACJA

Problematyka profilowania została obszernie uregulowana w ramach Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE)



**Agnieszka Wiercińska-Krużewska**  
jest adwokatem, senior partnerem w kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr.

2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (RODO).

Zgodnie z RODO profilowaniem jest: *dowolna forma zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych, które polega na wykorzystaniu danych osobowych do oceny niektórych czynników osobowych osoby fizycznej, w szczególności do analizy lub prognozy aspektów dotyczących efektów pracy tej osoby fizycznej, jej sytuacji ekonomicznej, zdrowia, osobistych preferencji, zainteresowań, wiarygodności, zachowania, lokalizacji lub przemieszczania się.*

Definicja jest na tyle szeroka i otwarta, aby objąć prawie wszystkie formy analizy jednostki w sposób zautomatyzowany. W sektorze ubezpieczeniowym będą to wszelkie czynności związane z szacowaniem ryzyka, marketingiem, oceną wiarygodności itp.

## PROFILUJEMY?

Aby zatem dokonać oceny, czy w konkretnym przypadku dojdzie do profilowania, należy ustalić istnienie trzech przesłanek:

- ➔ Proces przetwarzania musi być zautomatyzowany, tj. bez wpływu człowieka na ocenę;
- ➔ Przetwarzanie musi dotyczyć danych osobowych;
- ➔ Celem takiego przetwarzania musi być ocena czynników osobowych właściciela danych osobowych.



**Dr Marek Porzeźyński**

jest prawnikiem w kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr.

W ramach nowych przepisów przyjęto rozwiązanie oparte o generalny zakaz profilowania. Zakaz ten podlega trzem wyjątkom:

- ➔ Profilowanie jest niezbędne do zawarcia lub wykonania umowy;
- ➔ Profilowanie jest wprost dozwolone prawem UE lub prawem wewnętrznym państwa, któremu podlega administrator przy zastrzeżeniu, że przewiduje ono właściwe środki ochrony praw, wolności i prawnie uzasadnionych interesów osoby, której dane dotyczą.
- ➔ Profilowanie jest dozwolone, jeżeli podmiot danych wyrazi na to zgodę.

Dla branży ubezpieczeniowej największe znaczenie będą miały wyjątki 1) i 2). Obecnie obowiązujące polskie ustawy ani planowane zmiany nie przewidują dodatkowych wyłączeń spod zakazu profilowania oprócz tych wynikających z RODO. Przesłanka, zgodnie z którą profilowanie jest dozwolone, jeżeli jest niezbędne do zawarcia lub wykonania umowy, tylko pozornie wydaje się rozwiązywać problem administratorów danych. Po pierwsze, **w przypadku wykonywania umowy musi ona wprost wskazywać na konieczność podejmowania zautomatyzowanych decyzji, a administrator danych musi uzasadnić istnienie takiej konieczności.** W ramach wytycznych Grupy Roboczej art. 29 dotyczących profilowania z 3 października 2017 r. wskazano, że przesłanką wykorzystania pro-

► filowania w niektórych sytuacjach może być np. większy poziom sprawiedliwości i spójności decyzji, obniżenie ryzyka dla klienta lub przyspieszenie procedur. Oceny jednak zgodności profilowania z prawem będzie trzeba dokonywać każdorazowo. Każdy konkretny przypadek będzie zatem wymagał oceny w zakresie możliwości wykorzystania innych, mniej „inwazyjnych” metod podejmowania decyzji. Po drugie, przesłanka ta dotyczy wyłącznie profilowania bezpośrednio strony umowy (podmiotu danych), a nie osób trzecich, np. osób, które są beneficjentami polisy ubezpieczeniowej. W przypadku konieczności profilowania danych osób trzecich potrzebna będzie zgoda. Profilowanie będzie także dozwolone, jeżeli podmiot danych wyrazi na to wyraźną zgodę. W przypadku zgody problemem jest przede wszystkim możliwość uzależnienia zawarcia umowy od wyrażenia zgody na profilowanie. RODO dopuszcza taką możliwość, ale wymaga, aby w takim przypadku zachować najwyższą staranność przy ocenie, czy zgoda taka została na pewno wyrażona swobodnie. Szczególnie dotyczy to sytuacji, w których profilowanie nie będzie konieczne do wykonania umowy (marketing, analizy rynku itp.).

### PROBLEMY

Osobliwy problem pojawia się w przypadku profilowania, które nie spełnia kryteriów potrzeby do zawarcia lub wykonania umowy, a trudno ująć takie przypadki jako podlegające zgodzie podmiotu danych. Dotyczy to przede wszystkim analizy pod kątem naruszeń prawa, wyłudzeń (tzw. fraudów). **Trudno sobie bowiem wyobrazić, aby ubezpieczyciel prosił o zgodę na profilowanie pod kątem fraudów w sytuacji, w której podmiot danych może odmówić zgody.** Wydaje się, że kwestia profilowania pod kątem oszustw powinna zostać uregulowana na poziomie wyłączenia ustawowego. Problemem jest także profilowanie danych podmiotów innych niż strona umowy, tj. ubezpieczonych członków rodziny, pracowników. Tu także brak jest szczególnych rozwiązań legislacyjnych dla sektora ubezpieczeniowego, w którym przypadki zawierania umowy na rachunek osoby trzeciej są powszechne. Warto także zwrócić uwagę na regulację dotyczącą danych szczególnych, które niezwykle często przetwarzane są przez ubezpieczycieli i poddawane są także profilowaniu. W tym przypadku RODO

wymaga szczególnej zgody. Wydaje się, że **nie do uniknięcia jest zatem sytuacja, w której ubezpieczyciele będą zmuszeni do uzależnienia zawarcia umowy od wyrażenia zgody na profilowanie np. danych o stanie zdrowia.**

Po wejściu w życie RODO, administrator nie będzie mógł powoływać się na klauzulę uzasadnionego interesu administratora danych, jak to obecnie często ma miejsce.

Przepisy RODO pozostawiły rozwiązanie, zgodnie z którym osoby, których dane dotyczą, mają prawo, aby nie podlegać decyzji opartej wyłącznie na zautomatyzowanym przetwarzaniu danych, np. profilowaniu. Skorzystanie z tego uprawnienia możliwe jest tylko wtedy, gdy zautomatyzowane przetwarzanie danych ma dla osoby wywoływać skutki prawne lub w podobny sposób istotnie na nią wpływać. W tym przypadku dookreślono jednak już w ramach przepisów, że nie będzie miało to zastosowania do opisanych powyżej sytuacji, w których profilowanie jest dozwolone zgodnie z przepisami RODO. Dodatkowo, możliwość ta dotyczy jedynie decyzji opartych wyłącznie na zautomatyzowanym przetwarzaniu danych. W sytuacji, gdy w podejmowaniu decyzji w jakimkolwiek zakresie brał udział człowiek, nie dojdzie zatem do powstania takiej możliwości.

### SPRZECIW

Obok powyższego rozwiązania **wprowadzono również możliwość wniesienia sprzeciwu wobec profilowania.** Każda osoba, której dane dotyczą, ma prawo w dowolnym momencie wnieść sprzeciw wobec przetwarzania takich danych, w tym profilowania. Od tego momentu administrator nie będzie mógł przetwarzać danych, chyba że wykaże ważne, prawnie uzasadnione podstawy dla ich przetwarzania. Oznaczać to może, że sprzeciw danej osoby może nie zawsze być skuteczny. W szczególności może mieć to miejsce w przypadku istnienia wyraźnej podstawy prawnej do wykorzystania profilowania lub niezbędności w celu realizacji umowy. Brak jest przesłanek do nieuwzględnienia sprzeciwu w przypadku profilowania na potrzeby marketingu.

### OBOWIĄZKI

Profilowanie zostało dodatkowo objęte w ramach RODO obowiązkiem informacyjnym. W Polsce GIODO zawsze stał na stanowisku, że taki obowiązek istnieje, gdyż profilowanie jest odrębnym procesem i każdy podmiot danych

powinien być o tym poinformowany i udzielić na nie zgodę – jako odrębny cel przetwarzania danych osobowych. Efektem tego stanu rzeczy była chociażby wzmocniona kontrola GIODO w instytucjach finansowych i ubezpieczeniowych z 2011 r. Zgodnie z RODO osoba, której dane dotyczą, musi zostać poinformowana o fakcie profilowania, jak również o jego ewentualnych konsekwencjach. Jest to szczególnie, poszerzony obowiązek informacyjny. Podmiot danych powinien zostać w szczególności poinformowany o czynnikach wpływających na daną decyzję. Musi on zatem nie tylko wiedzieć o fakcie profilowania, ale również mieć możliwość weryfikacji czynników będących podstawą decyzji, które w opinii podmiotu danych mogą mieć znaczenie dla jej ostatecznego wyniku. Kolejnym, nie mniej ważnym obowiązkiem, który został wskazany w preambule do RODO, jest wykorzystanie odpowiednich matematycznych lub statystycznych procedur profilowania, środków technicznych i organizacyjnych zapewniających zmniejszenie ryzyka błędów w takim profilu. Obowiązek ten został nałożony na administratorów, a przywołane za preambułą wyliczenie jest jedynie przykładowe. Wobec powyższego należy również uznać, że administratorzy są zobowiązani do opracowania procedur i aktywnego ich usprawniania celem minimalizacji ryzyka podjęcia błędnej decyzji w oparciu o profilowanie.

**Pomimo braku rewolucyjnych zmian, które całkowicie przeobrażałyby możliwość wykorzystania mechanizmu profilowania, należy uznać, że zaprojektowane rozwiązania mogą się przyczynić do większej pewności w obszarze stosowania prawa w tym zakresie.**

Od strony praktycznej nowe przepisy dotyczące profilowania spowodują:

1. rozbudowanie informacji przekazywanych przez administratora;
2. zwiększenie liczby zgód, które podmiot danych będzie musiał udzielić;
3. szczególną zgodę w przypadku profilowania danych szczególnych;
4. pozyskiwanie zgód osób trzecich objętych ubezpieczeniem;
5. wprowadzenie procesów, które pozwolą przetwarzać dane, ale nie będą profilowaniem, takie jak anonimizowanie, wprowadzenie elementu ludzkiego do procesu, wyeliminowanie przynajmniej co do części procesów profilowania zmierzającego bezpośrednio do podjęcia decyzji wobec podmiotu danych. □