



ФОНДАЦИЯ
ПРАВО И ИНТЕРНЕТ

ПРАВНИЧЕСКА УЧРЕДИТЕЛНА СЪОБЩЕСТВЕНА ПОЛИТИКА И ПРАВОСЪДИЕ

Изх. № 1066/14.05.2018


Уважаеми г-н Борисов,
Уважаеми дами и господа,

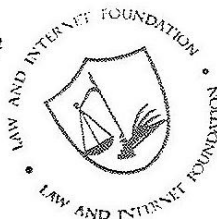
Като неправителствена организация, която от 17 години работи в областта на защитата на личните данни, изпълнявайки редица международни и национални проекти, представяме на Вашето внимание, становището на нашите експерти относно публикувания законопроект за изменение и допълнение на Закона за защита на личните данни.

В контекста на значителните промени, които Регламент 679/2016 и Директива 680/2016 въвеждат в регулацията на защитата на личните данни, е ключово България да приеме ясна и ефективна правна уредба на национално ниво, която да съответства на европейското законодателство и да гарантира спазването на основни конституционни принципи. Предвид широкия обхват на Регламента и Директивата, бъдещият закон ще окаже влияние, както върху всички сфери от частния сектор, така и върху публичните институции.

Становището е изготвено от експертите на Фондация „Право и интернет“, които имат дългогодишен опит и експертни познания на международно ниво в сферата на правото на информационните и комуникационни технологии и конкретно в сферата на защитата на личните данни и неприкосновеността на личността. В документа се обръща внимание на идентифицирани проблеми в предложената редакция на законопроекта, като същевременно са дадени насоки и препоръки за постигане на най-добро съответствие с европейското законодателство, като се имат предвид особеностите на средата в България.

Приложение: Становище относно законопроекта за изменение и допълнение на Закона за защита на личните данни.


Доц. д-р Даниела Илиева-Колева
Изпълнителен директор
Фондация „Право и Интернет“



гр. София 1303
ул. "Българска моравя" № 54, ет. 7
Телефон: +359 2 44 606 44
Факс: +359 2 44 606 46
E-mail: info(at)netlaw.bg



Становище

Относно: Обществена консултация по Закона за изменение и допълнение на Закона за защита на личните данни

Фондация „Право и Интернет“ предоставя следните коментари по отношение на представения законопроект:

- Законопроектът едновременно доразвива разпоредбите на Регламент 679/2016 и транспонира Директива 680/2016, обособявайки нарочна глава осем. Считаме, че този подход може да доведе до объркване по отношение на понятийния апарат, използван от и във връзка с двата акта. В Допълнителните разпоредби на законопроекта индиректно се препраща към дефинициите на Регламента – „*извън определенията по чл. 4*“, които дефиниции са приложими към целия закон, освен глава осем. Същевременно, за целите на транспониране на Директивата са преписани дефинициите по чл. 3 от Директивата, която борави със същата терминология като Регламента. При един невнимателен прочит на Допълнителните разпоредби, може да се стигне до объркването, че въведените дефиниции се прилагат спрямо целия закон, което ще бъде крайно погрешно, особено що се касае до определението за „администратор“. Нужно е да има по-ясно разграничение между разпоредбите, които се прилагат само спрямо компетентните органи, извършващи обработване на лични данни за целите посочени в чл. 1, § 1 от Директивата, както и разпоредбите, приложими спрямо всички останали администратори и обработвачи, чиято дейност се регулира от разпоредбите на Регламент 2016/679.
- Чл. 12а следва да бъде доразвит и съобразен с действащото законодателство, регулиращо достъпа да професионална и/или друга защитена от закона тайна, по начин, който да гарантира задължението за опазване на такава защитена от закона и конституцията тайна и основните права и свободи на гражданите. Така разписано правомощието, което е предоставено на Комисията, е формулирано твърде общо в няколко направления и противоречи на основни законоустановени принципи:
 - Под друга „защитена от закона тайна“ попада тайната на кореспонденцията, чиято неприкосновеност е конституционно установен принцип, който може да бъде дерогиран в изключително редки случаи - така чл. 34, ал. 2 от КРБ предвижда разкриване на кореспонденцията **само** с разрешение на съдебната власт, когато това се налага за разкриване и предотвратяване на тежки престъпления. На следващо място, в рамките на тази формулировка ще попаднат



и адвокатската тайна, която също е гарантирана на конституционно ниво в чл. 30, ал. 5 КРБ и професионалната тайна на нотариусите.

- Така формулирана разпоредбата обхваща всяка една защитена от закона тайна, без обаче да се отчита специалният ред за достъп до нея, който е предвиден в действащото законодателство. В същото време не е предвидено изменение на съответните актове, което да осигури непротиворечивост на новата законодателната уредба. Така разпоредбите на законопроекта не държат сметка за специалния ред за достъп до защитената информация, предвиден в Закона за кредитните институции и Кодекса за застраховането.

- За постигане на по-голяма яснота чл. 15, ал. 1, следва да бъде доразвит.

Същият предвижда възможността Комисията да организира и провежда обучения на лица, определени за заемане на длъжността „длъжностно лице по защита на данните“. От текста на разпоредбата обаче не стават ясни целите, които се преследват със същото, респ. неговата роля и правно значение – дали се цели удостоверяването на професионална квалификация на лицата, повишаване на същата или създаването индиректно на сертифициращ механизъм, оторизиращ лицата да заемат длъжността. Последното тълкуване може да се наложи като всеобщо разбиране сред гражданите и бизнеса, въпреки че Регламентът не предвижда сертифицирането на длъжностните лица по защита на данните за изпълнението на тази дейност.

За по-голяма яснота, чл. 25б, ал.1, предвиждащ допълнителна хипотеза за задължително назначаване длъжностно лице по защита на лични данни при обработване на лични данни на 10 000 физически лица, следва да бъде прецизиран. В текущата редакция изискването се прилага едновременно спрямо администратори и обработващи, което може да се окаже проблем за обработващите. Последните могат да бъдат възпрепятствани да изпълнят това задължение в хипотези, в които обработващите нямат достъп до информация за броя на лицата, чиито данни се обработват от името на администратора (особено приложимо при облачните услуги). В тази връзка, въвеждането на подобно задължение следва да бъде съпроводено с отчитане на тези особености.

На следващо място, може да възникне противоречиво тълкуване относно периода, на чиято база следва да се определи количественият критерий за обработване на данни на 10 000 физически лица – към кой момент следва да се извърши подобна преценка или следва да се наблюдава обичайният обем от обработвани данни. В такъв случай



се поставя въпросът относно момента на възникване на задължение за администратора да назначи длъжностно лице за защита на данните.

Не на последно място, следва да се мотивира размерът на фиксирания обем с оглед извършването на преценка за пропорционалността му спрямо нуждите и възможностите на българския частен сектор.

- Чл. 25и. следва да се редактира по начин, който да отрази интересите на работодателя и мнението на Работна група 29 за използването на съгласието като основание за обработване на лични данни при взаимоотношенията работодател-работник. При изследване на реквизитите на валидно даденото съгласие, Работна група 29, анализира доколко може да се приеме, че работникът е в позиция да даде свободно своето съгласие при обработването на данните му от работодателя. Тъкмо поради това при формулирането на разпоредбата следва да вземе предвид особеността на взаимоотношенията и интересите на работодателите да обработват данни извън тези, които са предвидени в закон и/или изрично поискани, респ. събрани с изричното съгласие¹ (например информационни следи, оставени от служителите в сървърите и информационните системи на работодателя, логове от охранителни системи (СОТ, паркинг системи).

- Необходимо е да се редактира изречение второ на чл. 25б, ал. 3 – „Администраторът и обработващият не могат да съвместяват и функциите на длъжностно лице по защита на данните.“

Чл. 25б отразява предвидената възможност в Регламент 2016/679 длъжностно лице за защита на лични данни да бъде назначено като служител на администратора, респективно обработващия или да се явява външно лице, което да изпълнява длъжността на основание договор за услуга. Същевременно обаче изречение второ, чиято цел е да избегне конфликт на интереси, всъщност не дава достатъчно насоки за преценка на несъвместимостта на функциите. Така разписана алинеята не прави разлика между това дали администратори/обработващи е физическо или юридическо лице и в тази връзка кога би се счело, че администраторът съвместява функциите на длъжностно лице. В тази връзка трябва да се вземат предвид насоките на Работна група 29², в които се посочва, че следва да се съобразяват правомощията **на съответната длъжностна позиция** в рамките на една организация.

¹ Работна група по чл. 29, „Насоки относно съгласието“, wp259rev.01, налично на: http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051

² Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Data Protection Officers (‘DPOs’), p. 16



- На следващо място, чл25г следва да се конкретизира по начин, който да не създава условия за противоречие с установените принципи, изграждащи електронното управление в България като принципа за еднократно събиране на данни. Съгласно разпоредбата на чл. 2 от Закона за електронно управление, административните органи, лицата, осъществяващи публични функции, и организациите, предоставящи обществени услуги, не могат да изискват от гражданите и организациите представянето или доказването на вече събрани или създадени данни, а са длъжни да ги съберат служебно от първичния администратор на данните. Практическото осъществяване на този принцип се извършва на база обработването на ЕГН/ЛЧН, който се явява единственият всеобщ индекс за събиране на данни и привързването им към съответното лице. Така неясната формулировка на разпоредбата би поставила под риск и затруднение процеса по въвеждане на електронно управление в страната. Следва да се има предвид, че алинея 2 на същия член поставя под общ знаменател всички услуги, предоставяни от администратора по електронен път (независимо дали са вътрешно административни или не).

За да се осигури действително ред, който улеснява упражняването на правата на субектите на лични данни, е препоръчително чл. 37б, да бъде редактиран. Установяването на ред и условия, които да улесняват упражняването на правата на субектите на данни е въведено като изискване в Съображение 59 на Регламент 2016/679. В тази връзка е спорно доколко подходът в законопроекта, въвеждайки формални изисквания към реквизитите на заявлението, осигурява тези условия. Това разрешение не отчита особеностите на редица услуги, предоставяни в онлайн среда, където идентификацията на лицата и предоставянето на услугата не предполага събиране на информация като адрес и подпис. Изискването, което Регламентът поставя спрямо адресирането на искания на субекти на данни, е администраторът и обработващият да идентифицират лицата. В тази връзка всеки администратор/обработващ следва да събира такъв тип лична информация, която да позволява идентифицирането на лицето, но и съблюдаването на принципа за свеждане на данните до минимум.

Въвеждането на подписа като реквизит на заявлението още повече би затруднило процедурата по упражняване на правата в електронна среда. Изискването за полагане на подпис в заявлението по-скоро въвежда изискване за писмена форма на заявлението отколкото реквизит, водещ до идентификацията на лицето. Идентификацията на лицата в електронна среда се регулира от Закона за електронната идентификация и от Регламент 910/2014.



Не на последно място, въвеждайки формулировката „други данни за съответното физическо лице“, разпоредбата следва да предвижда гаранция за съблюдаване на принципа за свеждане на данните до минимум.

С оглед на горепосочените съображения, считаме, че въвеждането на реквизити на заявлението няма да постигне целите на Регламента. На първо място, то би затруднило процеса на упражняване на правата на субектите, на второ - в много случаи би довело до събиране на информация, с която администраторът/обработващият до този момент не е разполагал, което ще наруши принципа за свеждане на обработването до минимум.

- Коментари по отношение на Глава 8, раздел V от предложения Закон за изменение и допълнение на ЗЗЛД - Надзор за спазване на правилата за защита на личните данни. Средства за правна защита.

За да се постигне качествено транспониране на Директивата и съблюдаване на основни принципи на правовата държава и отстояването на независимостта на съдебната власт, при разписване на правомощията на надзорния орган следва изрично да се включат разпоредби, транспониращи текстовете на Съображение 80 и чл. 45, пар.2 от Директивата. Съгласно чл.45 държавите членки следва да предвидят надзорният орган *„да не бъде компетентен да осъществява надзор на дейностите по обработване на данни, извършвани от съдилищата при изпълнение на съдебните им функции.* Съображение 80 е в същия дух, като в него се посочва, че това изключение от правомощията на надзорния орган може да се прилага и към други независими органи, които са част от съдебната система.

Чл. 85 следва да се редактира по начин, съответстващ на размера на наказанията, предвидени в Регламент 2016/679. В законопроекта се въвеждат долни граници на размера на наказанията, различни от тези, предвидени в чл. 83, пар. 4 и пар. 6 от Регламент 2016/679. Това отклонение е недопустимо поради няколко причини:

- Регламентът не дава право на държавите членки да се отклоняват от размера на санкциите, предвидени в чл. 83. Поради това, в разпоредбата би трябвало да присъстват максималните размери, както са предвидени в Регламента – до 10/20 милиона евро или до 2% / 4% от общия му годишен световен оборот за предходната финансова година, която от двете суми е по-висока.



- Подобна дискреция е предоставена само по чл. 84, където се урежда възможността държавите членки да предвидят санкции за други нарушения на Регламента, извън тези по чл. 83.
- Въвеждането на минимален размер на наказанията не отговаря на възможността за извършване на преценка за пропорционалността и ефективността на наказанието, както се изисква съгласно параграф 2 на чл. 83 Регламент 2016/679. В този смисъл е практиката на Европейския съд по правата на човека (ЕСПЧ), според която се изисква всяка намеса да е пропорционална на преследваната цел, като такава пропорционалност няма да е налице, ако не съществува баланс между интереса на обществото и правата на лицето³. Отново според практиката на ЕСПЧ, ако този баланс не е налице, намесата би представлявала „прекомерна индивидуална тежест“⁴. Съдът на ЕС също постановява в множество свои решения, че тежестта на наказанието следва да бъде съобразена със сериозността на нарушението⁵ и че принципът за пропорционалност трябва винаги да се спазва, дори когато държавите членки имат дискреция в конкретната област⁶.
- Ако се направи паралел с друга област от законодателството, където са предвидени значителни глоби както е конкурентното право, ще се види, че в Закона за защита на конкуренцията (чл. 100) е уреден минимум на санкцията за едно единствено нарушение, като за всички останали нарушения няма установена долна граница.
На базата на тези аргументи препоръчваме минималните санкции по ЗЗЛД, особено тези във висок размер, да бъдат премахнати от законопроекта.

На последно място, обръщаме внимание, че посоченият в чл. 37а Закон за електронния документ и електронния подпис е с изменено заглавие (**ДВ, бр. 85 от 2017 г.**) и се нарича Закон за електронния документ и електронните удостоверителни услуги.

³ *Jahn and Others v. Germany* [ГК], §§ 81-94, ЕСПЧ

⁴ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, §§ 69-74 ЕСПЧ

⁵ C-255/14, §23, СЕС

⁶ C-262/99, § 67, СЕС