

Charakter prawny i obowiązki podmiotu oferującego dostęp do sieci Internet w ramach usługi eduroam

mgr Bogumiła Czerniak

ICM, Uniwersytet Warszawski

Stan prawny: 30 czerwca 2009 r.

Spis treści

1. Wstęp.....	3
2. Charakter prawny usługi eduroam.....	3
3. Aspekty prawne przetwarzania danych osobowych przez instytucje korzystające z eduroam.....	4
3.1. Dopuszczalność przetwarzania danych osobowych.....	4
3.2. Obowiązek rejestracji zbioru danych osobowych.....	6
3.3. Pojęcie administratora danych osobowych.....	8
4. Charakter prawny instytucji korzystającej z eduroam.....	9
5. Obowiązki instytucji korzystającej z eduroam.....	11
5.1. Zadania i obowiązki na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego.....	11
5.2. Zakres obowiązywania tajemnicy telekomunikacyjnej.....	13
5.3. Retencja danych o połączeniach w sieci eduroam.....	14
6. Podsumowanie.....	16
7. Schemat - Charakter prawny instytucji korzystających z eduroam.....	20
8. Tabela – Obowiązki instytucji korzystających z eduroam	22
9. Źródła prawa	23
10. Bibliografia.....	24

1. Wstęp

W celu ułatwienia dostępu do Internetu pracownikom i studentom europejskie instytucje akademickie i naukowe podjęły w 2003 roku współpracę, której efektem było powstanie projektu eduroam. Projekt obejmuje usługę o tej samej nazwie umożliwiającą zainteresowanym instytucjom uruchomienie bezpiecznego, uwierzytelnianego bezprzewodowego dostępu do Internetu (WIFI) na swoim terenie zarówno dla swojego środowiska, jak i dla potencjalnych gości z innych instytucji uczestniczących w projekcie.

Celem niniejszego opracowania jest przystępne przedstawienie podstawowych aspektów prawnych świadczenia usługi eduroam oraz wskazanie rozwiązań pozwalających zminimalizować obszar wspomnianego ryzyka. Poszczególne jego części odpowiadają na zasadnicze w kontekście świadczenia wspomnianej usługi pytania:

- Czy w świetle obowiązujących przepisów jest usługa eduroam?
- Na jakiej podstawie i w oparciu o jakie zasady instytucje korzystające z eduroam mogą przetwarzać dane nt. użytkowników eduroam?
- Czy instytucja dostarczająca swoim użytkownikom infrastrukturę, w której dzięki eduroam świadczy usługę dostępu do Internetu, zyskuje status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego lub operatora, a jeśli tak, to jakie konsekwencje pociąga za sobą to stwierdzenie?

Warto jednakże podkreślić, że zawile i wzajemnie sprzeczne normy regulujące sytuację prawną podmiotów wykonujących działalność telekomunikacyjną niejednoznacznie określają ciążące na nich obowiązki. Fakt ten oraz brak harmonizacji przepisów z zakresu ochrony danych osobowych, retencji danych transmisyjnych oraz współpracy przedsiębiorców telekomunikacyjnych z organami ścigania i wymiaru sprawiedliwości nie pozwala w pełni wykluczyć wątpliwości poprawnego wdrożenia projektu.

Krótkiego wyjaśnienia wymagają również podstawowe dla przedmiotowej materii pojęcia eduroamu oraz instytucji korzystającej z eduroam. Pierwsze ze wspomnianych pojęć, Polska polityka eduroam¹ odpowiednio w punktach 1.1.5. i 1.3.3. definiuje jako *projekt pilotowy o zasięgu ogólnoswiatowym* oraz jako usługę polegającą na *dostarczeniu mechanizmów pozwalających na uwierzytelnianie użytkowników w sieci komputerowej*. W niniejszym opracowaniu termin eduroam używany jest w obu zasygnalizowanych wyżej znaczeniach, tj. jako nazwa projektu bądź usługi, w zależności od kontekstu, w którym występuje. Popularnie terminem eduroam określany jest również dostęp do Internetu. Natomiast pod pojęciem instytucji korzystającej z eduroam, zgodnie

¹ Polska polityka eduroam, wersja 1.1. z dnia 1 maja 2008 r., <http://www.eduroam.pl/polityka/>

z pkt 1.7. Polskiej polityki eduroam należy rozumieć szkołę wyższą, instytut badawczy lub jednostkę badawczo-rozwojową świadczącą usługę eduroam zarówno na rzecz swoich studentów bądź pracowników jak i wszystkich osób poprawnie uwierzytelnionych przez inne instytucje stowarzyszone w eduroam.

Na koniec warto wskazać na schemat znajdujący się na str. 20, który umożliwia sprawne określenie charakteru prawnego instytucji partycypującej w projekcie. W polach kończących każdą z gałęzi schematu znajdują się odesłania do właściwej kolumny sąsiadującej ze schematem tabeli. Tabela w skondensowany i przejrzysty sposób przedstawia obowiązki ciężące na instytucjach korzystających z eduroam.

2. Charakter prawny usługi eduroam

W myśl art. 2 pkt 48 ustawy Prawo telekomunikacyjne² (dalej PrTelekomU) usługę telekomunikacyjną stanowi każda *usługa polegająca głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej*. Bez wątplenia eduroam rozumiany jako usługa polegająca na *dostarczeniu mechanizmów pozwalających na uwierzytelnienie użytkowników w sieci komputerowej* nie mieści się w zakresie pojęcia usługi telekomunikacyjnej sensu stricto. Umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych zwykle obok usługi transmisji danych obejmuje również szereg świadczeń akcesoryjnych takich jak np. instalacja urządzeń u użytkownika końcowego, różnego typu usługi handlowe, finansowe, informacyjne itp. Ustawodawca, mając na względzie powyższą praktykę, rozszerzył wąsko zakreślony przedmiot usługi telekomunikacyjnej poprzez wprowadzenie do jej definicji nieostrego zwrotu „głównie”. Zabieg ów spowodował, iż w obowiązującym porządku prawnym *stosowanie wielu przepisów dotyczących usług telekomunikacyjnych bazuje na pojęciu usług poszerzonym o świadczenia towarzyszące usłudze telekomunikacyjnej w ścisłym znaczeniu*.³ Ocena, czy konkretne świadczenie jest usługą telekomunikacyjną w rozumieniu PrTelekomU zależy, więc od tego czy element transmisji danych jest elementem przeważającym w ramach danej usługi, czy być może w danym stosunku prawnym nadrzędne znaczenie ma inny, np. informacyjny element.

Polityki eduroam wyraźnie podkreślają odrębność usługi eduroam od wtórnej w stosunku do niej usługi dostępu do Internetu. To właśnie uwierzytelnianie użytkowników sieci, a nie jej dostarczanie, czy przesyłanie w niej sygnałów stanowi istotę omawianej inicjatywy. Eduroam nie należy traktować jako elementu szeroko rozumianej usługi telekomunikacyjnej lecz jako dodatkową

² ustawa Prawo telekomunikacyjne z dnia 16 lipca 2004 r. (Dz.U. 2004 r. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.)

³ Stanisław Piątek, *Prawo telekomunikacyjne: Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2005 r., s.129.

usługę ściśle związaną z usługą telekomunikacyjną sensu stricto. Usługa eduroam stanowi dodatkową możliwość funkcjonalną wspierającą świadczenie usługi telekomunikacyjnej tj. określone w art. 2 pkt 44 PrTelekomU udogodnienie towarzyszące.

3. Aspekty prawne przetwarzania danych osobowych przez instytucje korzystające z eduroam

3.1. Dopuszczalność przetwarzania danych osobowych

Instytucje uwierzytelniające utrzymują bazy danych zawierające informacje pozwalające na identyfikację (określenie tożsamości) „swoich” użytkowników eduroam. Może być to dedykowane zestawienie danych utworzone specjalnie na potrzeby eduroam bądź zbiór uprzednio wykorzystywany w ramach jednostki do innych celów. W przypadku posłużenia się istniejącą już bazą danych, część omawianych poniżej zagadnień, w tym np. kwestia ewentualnej rejestracji zbioru danych osobowych, powinna być już uregulowana. Dodatkowe wykorzystanie wspomnianego zbioru nie wpływa na zakres obowiązków związanych z jego utrzymaniem.

Zgodnie z art. 6 ustawy o ochronie danych osobowych⁴ (dalej OchronaDanychU) *wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej stanowią dane osobowe, przy czym informacji nie uważa się za umożliwiającą określenie tożsamości osoby, jeżeli wymagałoby to nadmiernych kosztów, czasu lub działań.* Przetwarzanie danych osobowych (zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie, zwłaszcza, gdy jest wykonywane w systemie informatycznym) jako informacji prawnie chronionych powinno przebiegać zgodnie z zasadami określonymi w aktach normatywnych z zakresu ochrony danych osobowych, przede wszystkim powinno być usprawiedliwione jedną z przesłanek enumeratywnie wymienionych w ustawie.

Stosownie do przepisu art. 23 ust. 1 pkt 5 OchronaDanychU przetwarzanie danych osobowych jest dopuszczalne, *gdy jest ono niezbędne dla wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez administratorów danych albo odbiorców danych, a przetwarzanie to nie narusza praw i wolności osób, których dane dotyczą.*

W literaturze przedmiotu za prawnie usprawiedliwiony uznaje się cel zgodny z porządkiem prawnym, który jednocześnie odpowiada profilowi działalności podmiotu przetwarzającego dane. Podmiotami przetwarzającymi dane osobowe na potrzeby uwierzytelniania użytkowników eduroam, przeważnie są jednostki, które w instytucjach korzystających z eduroam, odpowiadają za

⁴ ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz.U. 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.)

szeroko pojętą działalność telekomunikacyjną, tak więc omawiana działalność pokrywa się z ich podstawową działalnością. Zgodność z prawem zasadniczego celu świadczenia usługi eduroam jakim jest ułatwianie i popularyzacja dostępu do Internetu w środowisku nauki, potwierdza fakt, iż wkomponowuje się on w rządową strategię działań na rzecz upowszechniania dostępu do zasobów światowej sieci, której przejawem jest np. zorganizowanie w dniu 4 marca 2009 r. przez narodowego regulatora (Urząd Komunikacji Elektronicznej) debaty na temat warunków bezpłatnego udostępnienia Internetu na obszarze całego kraju⁵.

Potrzeba przetwarzania danych dot. użytkowników sieci eduroam wynika bezpośrednio z istoty usługi adresowanej do określonej grupy osób. Zawiężenie beneficjentów usługi do osób związanych z instytucjami korzystającymi z eduroam, implikuje konieczność ewidencjonowania uprawnionych podmiotów, tak by w chwili żądania połączenia z siecią udostępnianą w ramach projektu możliwa była ich identyfikacja i stwierdzenie powiązania z określoną jednostką.

Przetwarzanie danych na podstawie art. 23 ust.1 pkt 5 OchronaDanychU nie może naruszać praw i wolności osób, których dane dotyczą. W doktrynie panuje pogląd, by – wzorem odpowiedniego rozwiązania przyjętego w art. 7, lit.f Dyrektywy nr 95/46/WE⁶ – jako warunek legalności operacji wykonywanych na danych osobowych przyjmować nie tyle nienaruszalność określonych praw i wolności (każde, także zgodne z prawem, przetwarzanie danych osobowych stanowi ingerencję w prawo do prywatności osoby, której dane są przetwarzane) lecz aby wspomniane prawa „nie przeważały” nad usprawiedliwionym interesem administratora danych. Innymi słowy, przetwarzanie danych osobowych jest dopuszczalne, jeżeli jest w takim stopniu korzystne dla osoby, której dane dotyczą, że nie zarzuci ona administratorowi danych naruszenia praw i wolności⁷. W przypadku eduroam, uzasadnionym wydaje się pogląd, iż w przekonaniu użytkowników, korzyść w postaci darmowego, mobilnego dostępu do sieci Internet usprawiedliwia przetwarzanie ich danych osobowych.

3.2. Obowiązek rejestracji zbioru danych osobowych

Zgodnie z art. 7 pkt 1 OchronaDanychU posiadający strukturę zestaw danych o charakterze osobowym, dostępnych według określonych kryteriów, niezależnie od tego, czy zestaw ten jest rozproszony lub podzielony funkcjonalnie stanowi zbiór danych w rozumieniu ustawy. Zasada

⁵ <http://www.uke.gov.pl>

⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 95/46/WE z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. WE L 281 z 23 listopada 1995 r., Polskie Wydanie Specjalne 2004, rozdz. 13, t.15, s. 355)

⁷ G. Szpor, *Publicznoprawna ochrona danych osobowych*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1999, nr 12, s.5; S. Grynhoff, P. Woźny, *Ochrona danych osobowych w praktyce*, Poznań 2000, s. 18

przewidzianą w art. 40 OchronaDanychU jest ciężący na administratorze danych osobowych obowiązek zgłoszenia zbioru danych do rejestracji Generalnemu Inspektorowi Danych Osobowych. Z wspomnianego obowiązku zwolnieni są m.in. administratorzy danych *przetwarzanych w związku z zatrudnieniem u nich, świadczeniem im usług na podstawie umów cywilnoprawnych, a także dotyczących osób u nich zrzeszonych lub uczących się*. Przez zbiory danych przetwarzanych w związku z zatrudnieniem należy rozumieć zarówno zbiory obejmujące osoby aktualnie zatrudnione, jak i byłych pracowników, przy czym nie ma znaczenia podstawa prawna zatrudnienia (umowa o pracę, umowy cywilnoprawne: umowa zlecenia, umowa o dzieło itp.). Analogicznie, zbiory danych obejmujące osoby zrzeszone i uczące się (niezależnie od trybu czy szczebla nauczania), dotyczą również odpowiednio byłych członków i absolwentów (tak: J.Barta, P.Fajgielski, R.Markiewicz, A.Mednis⁸; inaczej: A. Drozd⁹).

Pkt 1.9.1 Polskiej polityki eduroam stanowi, iż *Użytkownikiem eduroam może być osoba związana z instytucjami uwierzytelniającymi stowarzyszonymi z eduroam*. W praktyce, o tym kogo uznaje się za osobę związaną z jednostką, a więc jakie kategorie podmiotów znajdują się w bazach, w oparciu o które następuje uwierzytelnianie użytkowników eduroam, decyduje każdorazowo dana jednostka uwierzytelniająca. Nie można zatem wykluczyć, iż oprócz wspomnianych kategorii podmiotów, bazy użytkowników eduroam obejmują również dane personalne osób, których przetwarzanie nie podlega wyłączeniu w oparciu o ww. przepis. W takim przypadku wyłączenie zbioru danych dot. użytkowników eduroam spod obowiązku rejestracji w rejestrze zbiorów danych osobowych może być nieuzasadnione.

Zbiorem danych w rozumieniu art. 7 pkt 1 OchronaDanychU w stosunku do jednostek uwierzytelniających są również rejestry połączeń wykonywanych w sieci eduroam przez użytkowników uwierzytelnianych przez tę jednostkę. Zgodnie z Opinią Grupy Roboczej ds. Ochrony Danych powołanej przez Parlament Europejski i Radę Europejską:¹⁰ *dostawcy dostępu do Internetu i administratorzy sieci lokalnych mogą, używając sposobów, jakimi można się posłużyć, zidentyfikować użytkowników Internetu, którym przydzielili adresy IP, ponieważ systematycznie „rejestrują” oni w pliku datę, godzinę, czas trwania i dynamiczne adresy IP przydzielone użytkownikom Internetu. (...) W takich przypadkach można niewątpliwie mówić o danych osobowych w sensie art. 2 lit. a) dyrektywy (...).*¹¹ *Zwłaszcza w przypadkach, gdy*

8 J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych: komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Kraków 2007 r., s.705 ; A. Mednis, *Ustawa o ochronie danych osobowych: komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 2001 r., s.121.

9 A. Drozd, *Ustawa o ochronie danych osobowych: komentarz: wzory pism i przepisy*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004 r., s. 274.

10 Opinia 4/2007 w sprawie pojęcia danych osobowych z 20 czerwca 2007 r.

11 Definicja danych osobowych sformułowana w art. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/58/WE z 12 lipca 2002 r. w sprawie przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności

przetwarzanie adresów IP ma na celu zidentyfikowanie użytkowników komputera (na przykład przez posiadaczy praw autorskich w celu ścigania użytkowników za pogwałcenie praw autorskich), administrator przewiduje, że „sposoby, jakimi można się posłużyć” w celu zidentyfikowania osoby mogą się stać dostępne, na przykład w drodze sądowej (w przeciwnym razie gromadzenie danych nie miałyby sensu), i że w związku z tym informacje te należy uznawać za dane osobowe.¹²

To czy logi eduroam są zbiorem danych w stosunku do instytucji udostępniającej serwery pośredniczące bądź instytucji udostępniającej sieć zależy od treści zapisywanych logów oraz poziomu trudności w powiązaniu zawartych w nich danych z konkretną osobą. Jeżeli logi zawierają jedynie numery IP oraz identyfikatory, w oparciu o które administrator instytucji goszczącej (pośredniczącej) nie jest w stanie ustalić tożsamości użytkownika, nie można przypisać im charakteru danych osobowych, a zawierające takie informacje zbiory nie są zbiorami danych osobowych, o których mowa w art. 7 pkt 1 OchronaDanychU. Na gruncie obecnie obowiązującej Polityki eduroam nie można jednak wykluczyć, iż użytkownik skonfiguruje swoje urządzenie w taki sposób, że w logach widoczne będą informacje pozwalające na jego jednoznaczną identyfikację. Jednostki zbierające informacje o ruchu w sieci eduroam nie są w stanie ex ante określić, czy dany zapis pozwoli na zidentyfikowanie użytkownika, i w związku z tym, czy będą przetwarzać informacje o anonimowych użytkownikach, czy ich dane osobowe. Eksperti wchodzący w skład wspomnianej Grupy Roboczej ds. Ochrony Danych Osobowych postulują, iż w sytuacji, gdy podmiot przetwarzający określone informacje nie jest w stanie wykluczyć, iż część z tych informacji stanowi dane osobowe, powinien on ze względów bezpieczeństwa traktować wszystkie informacje jako dane osobowe. Aby uniknąć konieczności zgłaszania zbiorów logów połączeń wykonywanych w sieci eduroam, jako potencjalnych baz danych niepodlegających wyłączeniu z obowiązku zarejestrowania na podstawie art. 43 pkt 4 OchronaDanychU, instytucje korzystające z eduroam w instrukcjach konfiguracji komputerów powinny wymagać aby użytkownicy konfigurowali swoje konta w sposób uniemożliwiający określenie ich tożsamości jedynie w oparciu o logi eduroam.

3.3. Pojęcie administratora danych osobowych

Kolejnym pytaniem, w kontekście przetwarzania danych osobowych użytkowników eduroam, jest pytanie o to, kto jest administratorem danych przetwarzanych przez jednostki korzystające z eduroam. Ustawodawca definiuje administratora danych osobowych

elektronicznej (Dz. Urz. WE L 201 z 31 lipca 2002 r., Polskie Wydanie Specjalne 2004 r., rozdz. 13, t. 29, s. 514) pokrywa się z definicją danych osobowych z art. 6 OchronaDanychU

¹² Rozdz. III pkt 3 przykład 15 Opinii 4/2007 w sprawie pojęcia danych osobowych

w art. 7 pkt 4 Ochrona DanychU jako organ, jednostkę organizacyjną, podmiot lub osobę (...) decydujące o celach i środkach przetwarzania danych osobowych. Cel i środki stosowane do przetwarzania danych użytkowników eduroam określają Europejska Polityka eduroam oraz jej polska implementacja – Polska Polityka eduroam. Wspomniane dokumenty zostały stworzone w drodze wzajemnych konsultacji zainteresowanych instytucji, trudno zatem o wskazanie jednego podmiotu, którego należy uznać za „głównego decydenta”. Sytuacja ramowego wyznaczenia celów oraz środków przetwarzania danych osobowych w dokumentach programowych projektu, można porównać do generalnego określania celów i środków przetwarzania danych w aktach normatywnych. W piśmiennictwie wskazuje się, że uznanie prawodawcy wydającego akty prawne o charakterze generalnym i abstrakcyjnym za administratora danych osobowych byłoby nieracjonalne, gdyż w takim przypadku statusu administratora danych pozbawiony byłby podmiot faktycznie decydujący o celach i środkach przetwarzania określonych danych. Wskazuje się, iż to właśnie podmiot, który w wyznaczonym przez ustawodawcę zakresie, decyduje o przeznaczeniu i sposobach przetwarzania konkretnych danych, jest ich administratorem. Przekładając wskazaną interpretację na przypadek eduroam, należy stwierdzić, że to poszczególne jednostki korzystające z eduroam, które w ramach własnej działalności konkretyzują ogólne założenia zapisane w politykach, są administratorami przetwarzanych w ich obrębie danych. Z powyższego wynika, iż to na jednostkach korzystających z eduroam ciąży obowiązek oraz odpowiedzialność, które przepisy wiążą z osobą administratora danych.

4. Charakter prawny instytucji korzystającej z eduroam

Na potrzeby realizacji projektu, jednostki korzystające z eduroam dostarczają na swoim terenie sieć bezprzewodową określaną przez Politykę jako zasób eduroam. Należy zastanowić się, czy instytucja dostarczająca swoim użytkownikom infrastrukturę, w której wykorzystując usługę eduroam świadczy usługę dostępu do Internetu posiada status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.

Zgodnie z art. 2 pkt 27 PrTelekomU **przedsiębiorcą telekomunikacyjnym** jest *przedsiębiorca lub inny podmiot uprawniony do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów, który wykonuje działalność gospodarczą polegającą na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub świadczeniu usług telekomunikacyjnych.*

Wobec tego, aby odpowiedzieć na pytanie, czy podmiot świadczący bezpłatnie usługę dostępu do Internetu jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, należy ustalić, czy:

- 1) jest on podmiotem uprawnionym do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów,
- 2) wykonuje działalność gospodarczą polegającą na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub świadczeniu usług telekomunikacyjnych.

Ad. 1)

Art. 7 ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym¹³ explicite stanowi, iż uczelnie wyższe mogą prowadzić działalność gospodarczą wyodrębnioną organizacyjnie i finansowo od działalności, o której mowa w art. 13 i 14 ustawy, w zakresie i formach określonych w statucie. Podobnie, jednostki badawczo-rozwojowe oraz instytuty badawcze, w oparciu o art. 2 ust. 3 ustawy o jednostkach badawczo-rozwojowych¹⁴, mogą podejmować działalność gospodarczą bądź usługową na potrzeby kraju i eksport w zakresie objętym przedmiotem działalności.

Powyższe przepisy czynią zadość konstytucyjnej zasadzie wolności gospodarczej odnoszącej się do każdego podmiotu prawa. Na podstawie art. 20 i 22 Konstytucji RP każdy ma prawo na zasadach równości podejmować i wykonywać działalność gospodarczą, a ograniczyć ją można tylko ustawą i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Nie ma przesłanek ustawowych, które przemawiałyby za generalnym ograniczeniem aktywności gospodarczej szkół wyższych, instytutów badawczych lub jednostek badawczo-rozwojowych, jak również nie istnieje ważny interes publiczny uniemożliwiający rzeczonym podmiotom zarabianie dodatkowych pieniędzy poprzez prowadzenie działalności gospodarczej.

Podsumowując należy stwierdzić, iż zarówno szkoła wyższa, jednostka badawczo-rozwojowa, jak i instytut badawczy, jako *podmioty uprawnione do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów*, wypełniają przesłankę podmiotową definicji przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.

Ad. 2)

Art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej¹⁵ stanowi, iż *działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa (...) wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły*.

Nie budzi wątpliwości, iż przedmiotowe świadczenie stanowi działalność usługową

13 ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. 2005 r. Nr 164, poz. 1365 z późn. zm.)

14 ustawa z dnia 25 lipca 1985 r. o jednostkach badawczo-rozwojowych (t.j. Dz.U. 2008 r. Nr 159, poz. 993)

15 ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. 2007 r. Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.)

wykonywaną w sposób zorganizowany (w oparciu o zespół składników materialnych i niematerialnych przeznaczonych do realizacji usługi) i ciągły (usługa świadczona jest ze stałym zamiarem jej wykonywania). Problemy może natomiast nasuwać interpretacja zarobkowego charakteru omawianej działalności.

W doktrynie prawa gospodarczego przyjmuje się, iż o zarobkowym charakterze działalności przesądza nie faktycznie uzyskiwany z niej dochód, lecz **cel** w jakim jest ona prowadzona. I tak, prowadzenie przedsiębiorstwa generującego straty jest działalnością gospodarczą mimo nieosiągania realnych przychodów. A contrario, działalność przynosząca dochody, jeżeli nie jest prowadzona przede wszystkim w celach zarobkowych, nie może być uznana za działalność gospodarczą.

W przypadku, jasnej z pozoru, sytuacji bezpłatnego świadczenia dostępu do sieci Internet, Urząd Komunikacji Elektronicznej w opinii z 7 maja 2008 r., zwraca uwagę, iż dla oceny danej usługi decydujące znaczenie ma fakt, czy podmiot świadczący tę usługę prowadzi działalność gospodarczą oraz czy Internet udostępniany jest w ramach tej ewentualnie prowadzonej działalności gospodarczej.

Na przykład, kawiarnia, która nieodpłatnie udostępnia Internet bezprzewodowy aby zwiększyć zainteresowanie swoimi wyrobami kulinarnymi, powinna złożyć wniosek o wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Należy uznać, że działalność telekomunikacyjna w tym przypadku prowadzona jest w ramach działalności gospodarczej, ponieważ pomimo, iż jest bezpłatna, jej celem jest wypromowanie kawiarni i powiększenie jej przychodu. Natomiast Urząd Miasta X, który chcąc zwiększyć atrakcyjność swojej miejscowości, udostępnia na głównym rynku bezprzewodowy Internet, nie wykonuje działalności gospodarczej, nie jest więc przedsiębiorcą telekomunikacyjnym.

Analogicznie, jeżeli szkoła wyższa prowadzi działalność gospodarczą, w szczególności polegającą na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub świadczeniu usług telekomunikacyjnych i w ramach tej działalności oferuje bezpłatny dostęp do Internetu w ramach usługi eduroam, to również tę ostatnią usługę należy traktować jako element prowadzonej działalności gospodarczej. Natomiast uczelnia świadcząca bezpłatną usługę dostępu do Internetu poprzez eduroam niezależnie od swojej podstawowej działalności, niejako „przy okazji”, nie staje się przedsiębiorcą telekomunikacyjnym przez sam fakt udziału w przedmiotowej inicjatywie.

5. Obowiązki instytucji korzystającej z eduroam

5.1. Zadania i obowiązki na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego

Obowiązki przewidziane w ustawie Prawo telekomunikacyjne i aktach wykonawczych do ustawy możemy, stosując kryterium adresata normy, podzielić na dwa rodzaje: obowiązki dotyczące przedsiębiorców telekomunikacyjnych generalnie oraz obowiązki ograniczające się wyłącznie do operatorów telekomunikacyjnych.

Zgodnie z art. 2 pkt 27 lit. b PrTelekomU operatorem jest przedsiębiorca telekomunikacyjny uprawniony do dostarczania publicznych sieci telekomunikacyjnych lub udogodnień towarzyszących. Za publiczną sieć telekomunikacyjną ustawa nakazuje uznać sieć telekomunikacyjną wykorzystywaną głównie do świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, czyli usług dostępnych dla ogółu użytkowników (art. 2 pkt 29 i 31).

Usługa eduroam *polega na dostarczeniu mechanizmów pozwalających na uwierzytelnianie użytkowników w sieci komputerowej* (Polska polityka eduroam). W tym celu, poszczególne instytucje oferujące eduroam wdrożyły system uzależniający możliwość zalogowania się do sieci od posiadania indywidualnego loginu oraz indywidualnego hasła. Ograniczenie rodzaju podmiotów, na rzecz których może być świadczony dostęp do Internetu w ramach eduroam oznacza, iż instytucje korzystające z eduroam, nawet jeżeli posiadają status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, nie stają się z tego powodu jednocześnie operatorem i nie obowiązują ich regulacje skierowane wyłącznie do tego typu przedsiębiorców (w tym m.in. obowiązek retencji danych transmisyjnych przewidziany w art. 165 PrTelekomU [art. 180a PrTelekomU]¹⁶).

Istnieje natomiast szereg obowiązków dotyczących przedsiębiorców telekomunikacyjnych generalnie. Przedsiębiorca telekomunikacyjny jest obowiązany m.in. do wykonywania zadań i obowiązków w zakresie przygotowania i utrzymywania wskazanych elementów sieci telekomunikacyjnych dla zapewnienia telekomunikacji na potrzeby systemu kierowania bezpieczeństwem narodowym, w tym obroną państwa. Szczegółowe wymagania w tym zakresie określa art. 179 PrTelekomU [określają art. 176a-180 PrTelekomU] oraz wydane na podstawie art. 181 PrTelekomU [dawnego art. 181 PrTelekomU (obecnie art. 179 ust. 12 PrTelekomU)] rozporządzenie w sprawie wypełniania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych zadań i obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku

16 W nawiasach kwadratowych zostały umieszczone fragmenty odzwierciedlające stan prawny obowiązujący od dnia 06.07.2009 r., tj. uwzględniający zmiany wprowadzone ustawą z dnia 24 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2009 r. Nr 85, poz. 716).

publicznego¹⁷. Przedsiębiorca telekomunikacyjny powinien zapewnić wykonanie powyższych obowiązków począwszy od dnia rozpoczęcia działalności telekomunikacyjnej. Ponieważ obciążające przedsiębiorcę telekomunikacyjnego koszty przystosowania sieci do wykonywania rzeczonych zadań są znaczne, przepis ten wywołał liczne protesty w środowisku IT (np. Opinia Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji w sprawie trudności wykonywania art. 179 Prawa telekomunikacyjnego przez „małych” przedsiębiorców). Wprawdzie art. 181 pkt 3 PrTelekomU [art. 179 ust. 12 pkt. 2 PrTelekomU] stanowi, iż Rada Ministrów, kierując się zakresem i rodzajem wykonywanych usług telekomunikacyjnych lub wielkością sieci telekomunikacyjnych, określi w rozporządzeniu rodzaje działalności telekomunikacyjnej lub rodzaje przedsiębiorców telekomunikacyjnych niepodlegających obowiązkowi wykonywania zadań, o których mowa w art. 179 ust. 3 [i 180d] PrTelekomU, ostatecznie jednak [do chwili wydania nowego aktu wykonawczego obowiązuje dotychczasowe rozporządzenie, w którym] Rada Ministrów ograniczyła wyłączenie wykonywania zadań do *wykonywania działalności telekomunikacyjnej polegającej na dostarczaniu udogodnień towarzyszących bądź rozpowszechnianiu lub rozprowadzaniu programów radiofonicznych lub telewizyjnych*.

W braku innych wyłączeń spod obowiązku dostosowania sieci telekomunikacyjnej do wypełniania zadań i obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego, należy stwierdzić, że dotyczą one również podmiotu oferującego usługę eduroam w ramach prowadzonej działalności gospodarczej.

5.2. Zakres obowiązywania tajemnicy telekomunikacyjnej

Na gruncie prawa telekomunikacyjnego instytucją zbliżoną do ochrony danych osobowych jest tajemnica telekomunikacyjna. Za wyjątkiem sytuacji wskazanych w ustawie zakazane jest zapoznawanie się, utrwalanie, przechowywanie, przekazywanie lub inne wykorzystanie treści lub danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną przez osoby inne niż nadawca i odbiorca komunikatu. W myśl art. 159 ust.1PrTelekomU tajemnica telekomunikacyjna obejmuje dane dotyczące użytkownika, treść indywidualnych komunikatów, dane transmisyjne, dane o lokalizacji oraz dane o próbach uzyskania połączenia między określonymi zakończeniami sieci transmisyjnej. Pojęcie tajemnicy telekomunikacyjnej ogranicza się jednak wyłącznie do danych związanych z procesem komunikowania się w sieciach publicznych. Ograniczenie przedmiotu tajemnicy

¹⁷ rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2005 r. w sprawie wypełniania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych zadań i obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego (Dz.U. 2005 r. Nr 187, poz. 1568)

telekomunikacyjnej nie wynika wprost z brzmienia jej definicji legalnej lecz jest konsekwencją sposobu określenia jej poszczególnych elementów składowych.

Pierwsza kategoria informacji chronionych tajemnicą telekomunikacyjną - dane dotyczące użytkownika, obejmuje wszelkie zindywidualizowane informacje o osobie fizycznej, osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną korzystającej z usług telekomunikacyjnych dostępnych dla ogółu. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 49 PrTelekomU użytkownikiem jest podmiot korzystający z publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej lub żądający świadczenia takiej usługi.

Zakres przedmiotowy treści indywidualnych komunikatów należy z kolei oceniać przez pryzmat definicji komunikatu wskazanej w art. 2 pkt 17 PrTelekomU, która za komunikat nakazuje uznać każdą informację wymienianą lub przekazywaną między określonymi użytkownikami za pomocą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych.

Do pojęcia komunikatu odwołuje się również definicja danych transmisyjnych, które ustawa określa jako dane przekazywane dla celów przesyłania komunikatów w sieciach telekomunikacyjnych lub naliczania opłat telekomunikacyjnych.

W ramach eduroam nie są przetwarzane dane o lokalizacji, o których mowa w art. 159 ust. 1 pkt 4 PrTelekomU.

Podmiotowy zakres obowiązywania tajemnicy telekomunikacyjnej został wprost w art. 160 PrTelekomU zawężony do *podmiotów uczestniczących w wykonywaniu działalności telekomunikacyjnej w sieciach publicznych oraz podmiotów z nim współpracujących*.

Jak już wielokrotnie podkreślano, usługa eduroam, usługa dostępu do Internetu oraz sieć telekomunikacyjna dostarczana przez jednostki na potrzeby realizacji projektu eduroam nie mają charakteru publicznego. Jednostki korzystające z eduroam w zakresie w jakim świadczą ww. usługi nie są dostawcą publicznie dostępnej usługi ani nie dostarczają publicznej sieci telekomunikacyjnej. Zatem w świetle poczynionych uwag tajemnica telekomunikacyjna nie dotyczy danych o użytkownikach, treści przekazów ani informacji o połączeniach w „sieci eduroam”. Ochrona tego rodzaju informacji przetwarzanych w sieciach niepublicznych oparta jest na przepisach Konstytucji, ustawy o ochronie danych osobowych oraz przepisach ogólnych kodeksu cywilnego¹⁸.

Na mocy art. 49 Konstytucji *zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony*. Przytoczony przepis statuuje generalną tajemnicę komunikowania się niezależnie od rodzaju środków, którymi posługują się nadawca i odbiorca wiadomości oraz ich publicznego bądź

18 art. 23, 24 i 448 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)

niepublicznego charakteru. Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 20 czerwca 2005 r.¹⁹ podkreślił, że tajemnica komunikowania się obejmuje *nie tylko tajemnicę korespondencji, ale i wszelkiego rodzaju kontakty międzyosobowe*. Podobnie Rzecznik Praw Obywatelskich w wystąpieniu przed Trybunałem w innej sprawie²⁰ zauważył, że *przez korespondencję rozumie się wszelką łączność i wszelkiego rodzaju dokumenty z nią związane*.

5.3. Retencja danych o połączeniach w sieci eduroam

Podobnie jak w przypadku tajemnicy telekomunikacyjnej, adresem obowiązku dwuletniej retencji danych transmisyjnych, ustawodawca uczynił jedynie operatorów publicznych sieci telekomunikacyjnych oraz dostawców publicznych usług telekomunikacyjnych. Odmiennie zatem niż w przypadku obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego określonych w art. 179 PrTelekomU [art. 176a - 180 PrTelekomU], zobowiązanie do przechowywania danych transmisyjnych dotyczących abonentów i użytkowników końcowych nie odnosi się do przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie będących operatorami ani dostawcami publicznie dostępnych usług. Regulacji retencji danych przez podmioty świadczące niepubliczne usługi telekomunikacyjne oraz dostarczające niepubliczne sieci telekomunikacyjne należy zatem szukać poza Prawem telekomunikacyjnym.

W pewnym zakresie za podstawę przechowywania informacji o połączeniach w niepublicznych sieciach telekomunikacyjnych mógłby uchodzić art. 23 ust. 1 pkt 2 OchronaDanychU w zw. z art. 218 kpk²¹. W oparciu o pierwszy z przytoczonych przepisów przetwarzanie danych osobowych jest dopuszczalne, gdy jest niezbędne dla spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa. Natomiast Kodeks postępowania karnego przewiduje, że *urzędy, instytucje i podmioty (...) prowadzące działalność telekomunikacyjną obowiązane są wydać sądowi lub prokuratorowi, na żądanie zawarte w postanowieniu wykaz połączeń telekomunikacyjnych lub innych przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną, z uwzględnieniem czasu ich dokonania i innych danych związanych z połączeniem lub przekazem, niestanowiących treści rozmowy telefonicznej lub innego przekazu informacji, jeżeli mają znaczenie dla toczącego się postępowania*. Przepis Kodeksu postępowania karnego nie różnicuje podmiotów prowadzących działalność telekomunikacyjną na dostarczających usługi publiczne i niepubliczne, a zatem ma zastosowanie do wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Aby mieć

19 K 4/04, OTK A Nr 6/2005, poz. 64

20 K 15/98, OTK A Nr 3/200, poz. 86

21 ustawa Kodeks postępowania karnego z 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. 1997 r. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.)

możliwość wydania uprawnionym podmiotom określonych informacji na temat połączeń wykonywanych w ich sieci, przedsiębiorcy telekomunikacyjni muszą wspomniane dane przez określony czas przechowywać. Długość okresu, w którym przedsiębiorca byłby uprawniony, a zarazem zobowiązany, do gromadzenia wykazów połączeń nie jest określona w ww. przepisach, należałoby zatem odwołać się per analogiam do art. 165 PrTelekomU [art. 180a PrTelekomU] i wskazać na dwuletni termin.

Przedstawiona powyżej konstrukcja prawna będąca próbą usprawiedliwienia przechowywania danych transmisyjnych przez przedsiębiorców nie będących operatorami w rozumieniu PrTelekomU posiada jednak liczne dyskwalifikujące ją mankamenty. Po pierwsze, przyjmując (niestety często czysto teoretyczną) racjonalność prawodawcy, należy uznać, iż gdyby jego wolą było objęcie obowiązkiem retencji danych transmisyjnych wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie zawężyłoby w art. 165 PrTelekomU [art. 180a PrTelekomU] zakresu podmiotów zobowiązanych do operatorów oraz dostawców publicznych usług telekomunikacyjnych. Po wtóre, ograniczenia konstytucyjnego prawa do prywatności powinny odpowiadać wymogom określonym w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej²², tj. powinny wynikać z wyraźnego zapisu ustawy i być *konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób*. Przepisy statuujące ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności powinny być w każdym przypadku interpretowane zawężająco.

Z podobnych do wyżej wskazanych względów, problematyczne może być oparcie legalności przetrzymywania informacji o połączeniach na tzw. przesłance usprawiedliwionego celu. Pamiętać należy, iż *ranga prawa do prywatności i autonomii informacyjnej powoduje, że niedopuszczalne jest nadmierne jej ograniczenie w imię ochrony wartości kolidujących z tym prawem, np. ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego*.²³

Za w pełni usprawiedliwione należy natomiast uznać przechowywanie logów połączeń ze względu na potrzebę utrzymania właściwego poziomu usługi. Zapewnienie odpowiedniej jakości świadczonej usługi stanowi element zobowiązania leżącego po stronie usługodawcy. Zagwarantowanie określonego poziomu świadczeń stanowi wymaganą przez usługobiorców, integralną część samej usługi i w tym kontekście archiwizowanie danych służących do jego zapewnienia jest w pełni uzasadnione. Podkreślenia wymaga jednakże fakt, że w danym przypadku, przechowywanie rejestrów połączeń dozwolone jest tak długo, jak długo usprawiedliwiają je obiektywne względy natury technicznej.

22 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)

23 D. Adamski, *Retencja danych telekomunikacyjnych - uwagi de lege ferenda wynikające z przepisów wspólnotowych*, dodatek do Monitora Prawniczego Nr 4 4/2007 – Prawo Mediów Elektronicznych, s. 8.

6. Podsumowanie

Wdrożenie projektu eduroam powinno odbywać się z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa. Jednakże realizacja tego skądinąd oczywistego postulatu może nastęrczać wielu trudności. Niejednoznaczne, często zmieniające się prawo nie może bowiem skutecznie oddziaływać na podmioty, którym wyznacza określone zachowania.²⁴ Specyfika prawa telekomunikacyjnego, jego specjalistyczny charakter oraz dynamiczny rozwój sprawiają, iż rudymenarna w państwie prawa zasada legislacji gwarantującej zrozumiałość przekazu norm prawnych nie znajduje odzwierciedlenia w omawianej dziedzinie. W podstawowym akcie normującym analizowaną działalność - ustawie Prawo telekomunikacyjne, prawodawca w swobodny sposób zamiennie posługuje się terminami, którym przypisane jest ściśle określone znaczenie. Tym czasem precyzyjny sposób określenia poszczególnych elementów norm kreujących obowiązki określonego zachowania się bezpośrednio przekłada się na zakres ich obowiązywania. Częstym przykładem niezharmonizowanego używania kluczowego w prawie telekomunikacyjnym terminu jest uznaniowe stosowanie pojęć przedsiębiorcy i operatora telekomunikacyjnego.

Charakter prawny instytucji korzystających z eduroam stanowi przedmiot sekcji 4 niniejszego opracowania. Jak wykazano w przywołanej części opracowania, uruchomienie na terenie jednostki bezpłatnej usługi dostępu do sieci, nie związanej w żaden sposób z prowadzoną dotąd przez tę jednostkę działalnością, nie nadaje jej charakteru przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Jeśli jednak instytucja uprawniona do korzystania z usługi eduroam posiadała dotychczas status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego uprawnionego do dostarczania sieci telekomunikacyjnej lub świadczenia dostępu do Internetu²⁵, to status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego rozciąga się na dany podmiot także w zakresie świadczenia usługi eduroam.

Jednocześnie ze względu na ograniczony (nie będący powszechnym) charakter usługi eduroam, podmiot oferujący w jej ramach dostęp do sieci, w zakresie świadczenia tej usługi, nie może być uznany za operatora telekomunikacyjnego w rozumieniu art. 2 pkt 27 lit. b) PrTelekomU. W myśl przywołanego artykułu operatorem jest bowiem przedsiębiorca telekomunikacyjny dostarczający sieć, w której świadczone są powszechnie dostępne usługi telekomunikacyjne.

Z charakteru prawnego podmiotu wynika zakres nałożonych na niego przepisami prawa obowiązków. Obowiązki adresowane do przedsiębiorców telekomunikacyjnych dotyczą, jedynie tych instytucji, które usługę eduroam oferują w ramach prowadzonej działalności gospodarczej.

24 por. Wystąpienie dr Janusza Kochanowskiego Rzecznika Praw Obywatelskich na konferencji naukowej „Język polskiej legislacji, czyli zrozumiałość przekazu a stosowanie prawa”, www.rpo.gov.pl/pliki/1165502902.pdf

25 Z posiadaniem statusu telekomunikacyjnego wiąże się obowiązek rejestracji w prowadzonym przez Prezesa UKE rejestrze przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Do wspomnianych obowiązków należą m.in. przewidziane w art. 179 PrTelekomU [art. 176 PrTelekomU] zadania i obowiązki na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego. Podmioty korzystające z eduroam nie są zobowiązane do realizowania obowiązków, którymi ustawa obarcza wyłącznie operatorów telekomunikacyjnych.

Bardziej skomplikowana sytuacja dotyczy ochrony danych przetwarzanych w związku ze świadczeniem usługi eduroam. Wspomniany obszar regulowany jest przez dwa komplementarne względem siebie reżimy prawne - porządek oparty o ustawę o ochronie danych osobowych oraz swoiste *lex specialis* w stosunku do poprzednio wymienionego – porządek przewidziany w rozdziale VII Prawa telekomunikacyjnego. Ustawa o ochronie danych osobowych koncentruje się na zapewnieniu poufności informacji o możliwych do zidentyfikowania osobach fizycznych. Prawo telekomunikacyjne reguluje zaś szerszą znaczeniowo tajemnicę telekomunikacyjną oraz przetwarzanie objętych nią danych.

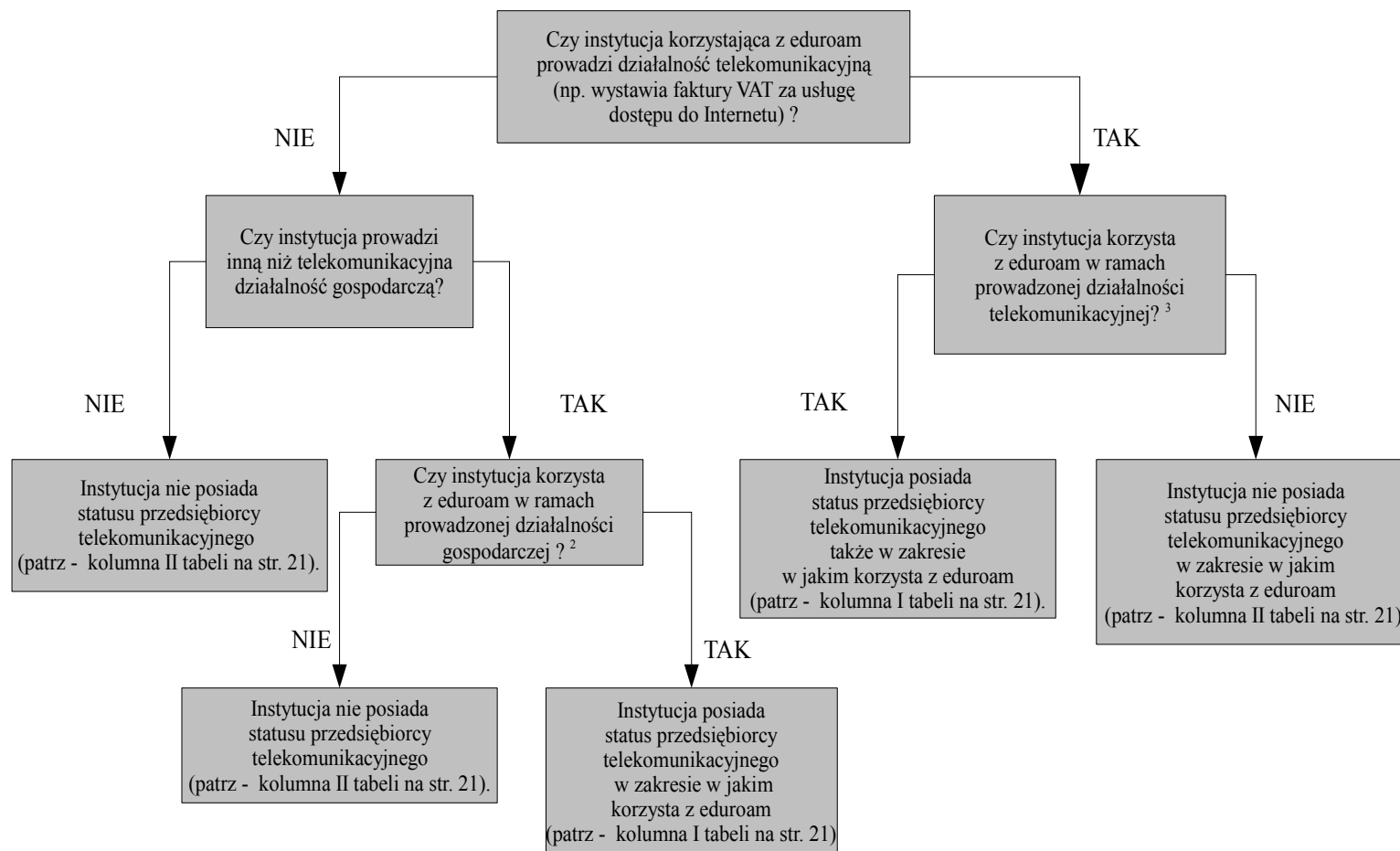
Nie budzi wątpliwości okoliczność, iż przetwarzane na potrzeby świadczenia usługi eduroam, dane o możliwych do zidentyfikowania użytkownikach są danymi osobowymi. Przetwarzanie tych danych jest dopuszczalne w oparciu o przewidzianą w art. 23 ust.1 pkt 5 OchronaDanychU przesłankę prawnie usprawiedliwionego celu. Jednocześnie jak długo wspomniane informacje dotyczą osób zatrudnionych, uczących się lub zrzeszonych w jednostce przetwarzającej ich dane tak długo zbiór obejmujący wskazane dane nie podlega obowiązkowi zgłoszenia do rejestracji Generalnemu Inspektorowi Danych Osobowych.

Szczególną trudność rodzi natomiast interpretacja niejednoznacznych przepisów z zakresu ochrony danych przetwarzanych w związku z wykonywaniem działalności telekomunikacyjnej. Brak uregulowania kwestii dopuszczalności retencji danych transmisyjnych w niepublicznych sieciach transmisyjnych sprawia, że ciężar rozstrzygania o tym czy należy przechowywać wspomniane dane spoczywa na dostawcach sieci lub usług. Decydując się na przechowywanie danych określonych w art. 159 PrTelekomU narażają się oni na zarzut bezprawności tego rodzaju działań oraz pogwałcenia podstawowych praw obywatelskich jakimi są prawo do prywatności oraz tajemnica komunikowania się. Z drugiej strony, dając prymat wspomnianym prawom i nie gromadząc wykazów połączeń telekomunikacyjnych dostawca niepublicznych sieci telekomunikacyjnych ryzykuje oskarżeniem o brak współpracy z organami wymiaru sprawiedliwości, w przypadku gdy ustawowo uprawnione pomioty wystąpią o wydanie określonych danych.

W sytuacji braku jednoznacznych norm rozstrzygających przedstawione zagadnienie, wydaje się, iż bezpieczniejszym (choć być może nie bardziej efektywnym) rozwiązaniem jest literalne stosowanie przepisów prawa, które na przedsiębiorców telekomunikacyjnych

świadczących usługi w niepublicznej sieci nie nakładają obowiązku retencji danych transmisyjnych, ale jednocześnie nie przyznają im legitymacji prawnej do ograniczania konstytucyjnej tajemnicy komunikowania się poprzez „dobrowolne” (nie wymagane przepisami prawa) rejestrowanie danych o połączeniach w sieciach telekomunikacyjnych. Usprawiedliwionym przetwarzaniem w.w. danych w takim wypadku może być jedynie ich przetrzymywanie usprawiedliwione względami dbałości o jakość świadczonych usług i to tylko w zakresie i czasie, w jakim jest to obiektywnie konieczne.

CHARAKTER PRAWNY INSTYTUCJI KORZYSTAJĄCYCH Z EDUROAM¹



WYJAŚNIENIA DO SCHEMATU

¹ Pod nazwą „instytucja korzystająca z eduroam” należy rozumieć instytucję, która świadczy usługę uwierzytelniania użytkowników w „sieci eduroam” (usługa eduroam), dostarcza sieć telekomunikacyjną (access pointy, switche itp.) oraz świadczy w tej sieci usługi telekomunikacyjne (udostępnia Internet).

² Instytucja korzysta z eduroam w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, gdy świadczony w ramach eduroam dostęp do Internetu potencjalnie może wpływać na wysokość uzyskiwanych z tej działalności przychodów.

Przykład 1 (TAK):

Dla szkół wyższych, jednostek badawczo-rozwojowych oraz instytutów badawczych uczestniczących w projekcie eduroam atrakcyjniejszy jest wynajem sali konferencyjnej od instytucji umożliwiającej bezpłatny dostęp do Internetu w ramach eduroam, niż od komercyjnego podmiotu, w którym dostęp do Internetu jest dodatkowo płatny. W tym przypadku bezpłatny dostęp do Internetu w ramach eduroam przyczynia się do powiększenia przychodu uzyskiwanego z tytułu działalności gospodarczej z zakresu wynajmu sal konferencyjnych, a więc jest wykonywany w ramach tej działalności.

Przykład 2 (NIE):

Szkoła wyższa korzystająca z eduroam jednocześnie oferuje odpłatne usługi projektowe i doradztwa z zakresu ochrony środowiska. Darmowy dostęp do Internetu w żaden sposób nie wpływa na warunki świadczenia usług projektowych i doradczych, nie jest więc wykonywany w ramach rzeczowej działalności gospodarczej.

Należy podkreślić, iż uzależnienie charakteru prawnego bezpłatnej usługi od stopnia jej powiązania z określoną działalnością gospodarczą sprawia, iż jego ostateczne zdefiniowanie obarczone jest stałą dozą niepewności. Zastosowanie kryterium wpływu przedmiotowego świadczenia na zyskowność prowadzonej w obrębie tej samej jednostki działalności gospodarczej może rodzić trudności, a ocena uzyskana przy zastosowaniu tego kryterium zawsze jest w pewnym stopniu subiektywna.

³ Analogicznie do sytuacji z pkt 2 - Instytucja korzysta z eduroam w ramach prowadzonej działalności telekomunikacyjnej, gdy świadczony w ramach eduroam dostęp do Internetu potencjalnie może wpływać na wysokość uzyskiwanych z tej działalności przychodów.

Przykład 1 (TAK):

Szkoła wyższa kupując od instytucji korzystającej z eduroam usługę dostępu do Internetu (dostęp poprzez sieć PIONIER), uzyskuje dodatkowo możliwość korzystania z eduroam, tj. możliwość zapewnienia swoim pracownikom i studentom dostępu do Internetu na terenie wszystkich instytucji uczestniczących w projekcie eduroam.

Przykład 2 (NIE):

Instytucja korzystająca z eduroam świadczy odpłatne usługi dostępu do sieci telefonicznej. Dostęp do Internetu w ramach eduroam w żaden sposób nie wpływa na warunki świadczenia wspomnianych usług telefonicznych, nie jest więc wykonywany w ramach rzeczowej działalności gospodarczej.

OBOWIĄZKI INSTYTUCJI KORZYSTAJĄCYCH Z EDUROAM

		INSTYTUCJE KORZYSTAJĄCE Z EDUROAM	
		I. BĘDĄCE PRZEDSIĘBIORCĄ TELEKOMUNIKACYJNYM	II. NIEBĘDĄCE PRZEDSIĘBIORCĄ TELEKOMUNIKACYJNYM
Obowiązek zgłoszenia zbioru danych do rejestru GIODO	bazy zawierające dane o „swoich” użytkownikach eduroam (sekcja 3.2. opracowania)	W przypadku, gdy baza zawiera wyłącznie dane: pracowników, osób uczących się, (byłych pracowników, absolwentów) oraz osób zrzeszonych w jednostce będącej administratorem danych osobowych - zbiór zwolniony jest z obowiązku rejestracji; w przeciwnym razie zbiór powinien zostać zgłoszony do rejestracji GIODO.	
	logi połączeń²⁶ w „sieci eduroam” (sekcja 3.2. opracowania)	<ul style="list-style-type: none"> • Jeżeli w oparciu o logi połączeń w „sieci eduroam” nie można określić tożsamości użytkowników, zbiory wspomnianych logów nie są zbiorami danych osobowych i nie podlegają obowiązkowi zgłoszenia do rejestracji. • W.w. sytuacja nie dotyczy logów obrazujących połączenia „swoich” użytkowników. Logi te stanowią dane osobowe (administratorzy usługi eduroam wykorzystując dostępne im dane, są w stanie na podstawie rzeczonych logów zidentyfikować użytkownika pochodzącego z ich jednostki). Przy założeniu, że użytkownikami eduroam są wyłącznie pracownicy, osoby uczące się i zrzeszone w jednej z instytucji korzystającej z eduroam, logi odwzorowujące połączenia „swoich użytkowników” wyłączone są z obowiązku rejestracji przez GIODO. 	
Obowiązki przewidziane ustawą Prawo telekomunikacyjne oraz aktami wykonawczymi i do ustawy	Zadania i obowiązki na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego (sekcja 5.1. opracowania)	Przedsiębiorcy telekomunikacyjni są zobowiązani do zapewnienia odpowiednich warunków technicznych i organizacyjnych, w tym do przygotowania i utrzymywania określonych elementów sieci, na potrzeby realizacji zadań i obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego, na zasadach określonych w Dziale VIII PrTelekomU oraz precyzującym te zadania rozporządzeniu Rady Ministrów z 13.09.2005r.	Podmioty niebędące przedsiębiorcą telekomunikacyjnym co do zasady nie podlegają regulacjom prawa telekomunikacyjnego. ²⁷
	Zakres obowiązywania tajemnicy telekomunikacyjnej (sekcja 5.2. opracowania)	Tajemnica telekomunikacyjna nie obejmuje danych przetwarzanych w niepublicznych sieciach telekomunikacyjnych.	
	Przetwarzanie danych transmisyjnych (sekcja 5.3. opracowania)	<ul style="list-style-type: none"> • Przewidziany w art.165 PrTelekomU [art. 180a PrTelekomU] obowiązek dwuletniej retencji danych transmisyjnych nie dotyczy podmiotów korzystających z eduroam. • Przechowywanie danych transmisyjnych o połączeniach w „sieci eduroam” dopuszczalne jest w zakresie w jakim jest to uzasadnione potrzebą zapewnienia odpowiedniej jakości usługi. 	

²⁶ Pod terminem logi połączeń „w sieci eduroam” należy rozumieć zarówno logi serwerów uwierzytelniających, logi serwerów DHCP, jak i logi nawiązanych połączeń gromadzone w związku z stosowaniem mechanizmu NAT (pkt 2.2 Polskiej polityki eduroam).

²⁷ Wyjątek stanowią jednostkowe przepisy adresowane do nieograniczonego kręgu osób jak np. obowiązek zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej przez osobę, która korzystając z urządzenia radiowego lub końcowego, zapoznała się z komunikatem dla niej nieprzeznaczonym.

Źródła prawa:

1. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 95/46/WE z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. WE L 281 z 23 listopada 1995 r., Polskie Wydanie Specjalne 2004, rozdz. 13, t.15, s. 355)ustawa Prawo telekomunikacyjne z dnia 16 lipca 2004 r. (Dz.U. 2004 r. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.);
2. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/58/WE z 12 lipca 2002 r. w sprawie przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (Dz. Urz. WE L 201 z 31 lipca 2002 r., Polskie Wydanie Specjalne 2004 r., rozdz. 13, t. 29, s. 514);
3. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483 z późn. zm.);
4. ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.);
5. ustawa z dnia 25 lipca 1985 r. o jednostkach badawczo-rozwojowych (t.j. Dz.U. 2008 r. Nr 159, poz. 993);
6. ustawa Kodeks postępowania karnego z 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. 1997 r. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.);
7. ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz.U. 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.);
8. ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. 2007 r. Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.);
9. ustawa Prawo telekomunikacyjne z dnia 16 lipca 2004 r. (Dz.U. 2004 r. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.);
10. ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. 2005 r. Nr 164, poz. 1365 z późn. zm.);
11. rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2005 r. w sprawie wypełniania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych zadań i obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego (Dz.U. 2005 r. Nr 187, poz. 1568).

Bibliografia:

1. D. Adamski, *Retencja danych telekomunikacyjnych - uwagi de lege ferenda wynikające z przepisów wspólnotowych*, dodatek do Monitora Prawniczego Nr 4 4/2007 – Prawo Mediów Elektronicznych;
2. J. Barta, P. Fajgielski, R. Makarewicz, *Ochrona danych osobowych: komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Kraków 2007 r.;
3. K. Borowicz, M. Kurzajewski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej z komentarzem*, Infor, Warszawa, 2005 r.;
4. A. Drozd, *Ustawa o ochronie danych osobowych: komentarz: wzory pism i przepisy*, Wydawnicwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004 r.;
5. W. J. Katner, *Niech gospodarują*,
<http://www.forumakad.pl/archiwum/2007/06/44_niech_gospodaruja.html>;
6. Janusz Kochanowski, Wystąpienie na konferencji naukowej „Język polskiej legislacji, czyli zrozumiałość przekazu a stosowanie prawa”,
<<http://www.rpo.gov.pl/pliki/1165502902.pdf>>;
7. C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej: komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2007 r.;
8. A. Krasuski, *Prawo telekomunikacyjne: komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2008 r.;
9. A. Mednis, *Ustawa o ochronie danych osobowych: komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 2001 r.;
10. S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne: komentarz*, C.H.Beck, Warszawa, 2005 r.;
11. S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne: suplement: komentarz*, C.H.Beck, Warszawa, 2006 r.