

## ВЪЗМОЖНО ЛИ Е РЕГУЛИРАНЕ НА АВТОМАТИЗИРАНОТО ПРОФИЛИРАНЕ ЧРЕЗ ПРАВОТО НА СОБСТВЕНОСТ?

Мартин Захариев

### IS IT POSSIBLE TO REGULATE AUTOMATED DATA PROFILING BY THE RIGHT TO PROPERTY?

Martin Zahariev

Automated data profiling is a relatively new concept for the information society. It consists of automated processing of data for analysis or prediction of certain personal aspects of the natural persons as a basis for further decision-making. With the adoption of the General Data Protection Regulation profiling was regulated at EU level. The present article analyzes the possibility to regulate profiling by the right to property – the logic behind the proprietary theories, their advantages and disadvantages.

**Key words:** automated data profiling, right to property, propertisation of personal data, advantages and disadvantages

Автоматизираното профилиране е относително ново явление за информационното общество. То се изразява в обработката на данни (в т.ч. и на лични данни) по автоматизиран път с цел генериране на анализ или прогноза (профил) за дадени личностни характеристики на физическите лица (лични предпочитания, надеждност, поведение, икономическо състояние и т.н.). Генерираните по автоматизиран път профили служат за вземането на редица решения, пораждащи правни последици или съществено засягащи лицата, за които се отнасят данните (напр. отпускане на кредити, наемане на работа, генериране на персонализирани търговски оферти, анализ на различни рискове, борба с измамите и укриването на данъци, противодействие на престъпността и тероризма и т.н.). Дълго време на ниво право на ЕС не съществуваше единна дефиниция<sup>1</sup> за автоматизираното профилиране, а единствената релевантна разпоредба бе чл. 15 от Директива 95/46/ЕО<sup>2</sup>, регулираща забраната за индивидуални автоматизирани решения. С приемането през май 2016 г. на законодателен пакет на ниво ЕС относно защитата на личните данни (приети бяха Регламент 2016/679 (Общ регламент за защита на личните данни)<sup>3</sup>, Директива 2016/680<sup>4</sup> и Директива 2016/681<sup>5</sup>, намиращи приложение в сферата на наказателното преследване), **автоматизираното профилиране получи по-детайлна регламентация.**

Автоматизираното профилиране бе легално дефинирано като „всяка форма на автоматизи-

*рано обработване на лични данни, изразяващо се в използването на лични данни за оценяване на определени лични аспекти, свързани с физическо лице, и по-конкретно за анализиране или прогнозиране на аспекти, отнасящи се до изпълнението на професионалните задължения на това физическо лице, неговото икономическо състояние, здраве, лични предпочитания, интереси, надеждност, поведение, местоположение или движение“<sup>6</sup>. Разширен бе териториалният обхват на Регламента, като той ще се прилага спрямо администратор/обработващ данните, установен извън ЕС, ако осъществява наблюдение на поведението на субекти на данни, доколкото това поведение се проявява в рамките на Съюза.*

Регламентирани бяха основанията, при които профилирането е допустимо: (i) необходимост за сключването/изпълнението на договор между субект на данни и администратора, (ii) разрешение от правото на Съюза/на държава членка, приложимо спрямо администратора, при наличие на подходящи мерки за защита на правата, свободите и легитимните интереси на субекта на данните, (iii) изрично съгласие на субекта на данни.

Доразвити бяха и правата на субектите на данни при профилиране като (i) право да не бъде обект на решение, основано на автоматизирано обработване на данни, пораждащо правни последици или засягащо го също толкова значително (освен при предвидените основания за допустимост на профилирането), (ii) правото на човешка намеса от страна

на администратора, (iii) правото да изрази гледната си точка, (iv) право да оспори решението, (v) право на възражение срещу обработването на личните данни (включително профилиране), необходимо за изпълнението на задача от обществен интерес/ за упражняването на официални правомощия на администратора, за целите на легитимните интереси на администратора/трето лице или за целите на директния маркетинг, (vi) право на информация за използваната логика при профилирането и последиците от такава обработка. Въведена бе забрана за профилиране въз основа на чувствителни данни (освен при определени лимитативно изброени изключения) и за профилиране спрямо дете.

Създадено бе задължение за администратора (i) да използва подходящи математически или статистически процедури за профилирането, да прилага съответните технически и организационни мерки, за да гарантира, че факторите, които водят до неточности в личните данни, се коригират, а рискът от грешки се свежда до минимум; (ii) да предоставя информация на субекта на данните за съществуването на автоматизирано вземане на решения, включително профилиране; (iii) да съдейства за упражняването на правата на субекта на данни (в т.ч. и при профилиране); (iv) да предоставя информация относно действията, предприети във връзка с искане по упражняване на права на субекта на данни (в т.ч. и при профилиране); (v) да извършва оценка на въздействието при профилиране.

Предвидена бе възможност Европейски комитет по защита на данните да издава насоки, препоръки и най-добри практики за допълнително уточняване на критериите и условията във връзка с решенията, основани на профилиране. Въведено бе административно наказание „глоба“ или „имуществена санкция“ в размер до по-високата сума измежду 20 000 000 EUR или до 4% от общия годишен световен оборот (за предприятия) за предходната финансова година за нарушение на правилата относно автоматизирано вземане на индивидуални решения, включително профилиране. **В този смисъл, автоматизираното профилиране в дългосрочен план бе обвързано с режима на защита на личните данни.**

*Периодично обаче в теорията се поставя въпросът възможно ли е признаването на право на собственост върху личните данни, а така съответно и автоматизираното профилиране да се регулира през призмата на собствените правотношения. Разновидност на*

*тези концепции са теориите за признаването на права на интелектуална собственост върху профилите, създавани при автоматизираното профилиране<sup>7</sup>. Настоящото изложение има за цел да изследва предимствата и недостатъците от признаването на собственост върху личните данни респ. върху профилите, създавани при автоматизирано профилиране. Подобно изследване е особено актуално в светлината на реформата в ЕС в сферата на защитата на личните данни, чиито нови правила ще започнат да се прилагат от май 2018 г. Ето защо, от особена важност е да се отговори на въпросите в правилна посока ли се движи европейският законодател при регламентиране на новите явления в информационното общество или е необходим радикално нов подход при регламентиране на защитата на личните данни.*

Посочените теории за признаване на правото на собственост върху личните данни са характерни преди всичко за американската литература, доколкото в САЩ за разлика от ЕС липсва единна регулаторна рамка за защита на личните данни, а защитата на личните данни се разглежда на плоскостта на защитата на потребителите в отделни области. Наред с това, в САЩ няма и единен надзорен орган, овластен да действа в тази сфера (подобно на КЗЛД в България), а органът с най-големи правомощия е американската Федерална търговска комисия<sup>89</sup>.

Логиката зад подобни теории е, че хората следва да притежават информацията, отнасяща се за тях, и като притежатели на собственост ще са в състояние да я контролират<sup>10</sup>. Поддръжниците на подобни теории<sup>11</sup> се аргументират с това, че собствеността е била позната на хората и се е търгувало с нея много преди да се появят институциите и държавата и в този смисъл, признавайки имуществени права върху личните данни, ще се постигне един по-естествен и саморегулиращ се механизъм за уреждане на отношенията в информационното общество<sup>12</sup>. Нещо повече, според посочените теории, доколкото частната собственост се свързва с власт (върху нещо – бел. авт.), то с признаването на собственост върху личните данни властта и контролът върху тях ще се прехвърлят у субектите на данни<sup>13</sup>.

Ако се възприеме посочената теория, по отношение на личните данни и тяхната обработка в електронна среда ще бъде достъпна цялата система от механизми за защита на правото на собственост,

включително и действието на това право спрямо всички (*erga omnes*). Последното е от особено значение в контекста на усложнените отношения, които възникват в информационното общество при поддържането на големите масиви от данни и при автоматизираното профилиране. Също така субектът на данните ще бъде освободен от задължението да търси къде в сложната верига от отношения при профилирането е извършено нарушение на режима за обработка на лични данни. Вместо това лицето ще може да насочи своите претенции срещу всяко лице, за което има данни, че извършва нарушение на правата му. Подобен вещноправен подход за защита на личните данни някои автори наричат „признаване на собственост върху личните данни“ (на английски език *propertisation of personal data*)<sup>14</sup>.

Тази концепция се основава на разбирането, че правата на собственост трябва да отговарят на определени практически нужди, които възникват в дадено общество<sup>15</sup>. В този смисъл, след като в развитието на обществото възникват нови обекти (ценности), правото трябва да намери най-подходящия механизъм да ги защити. Така в еволюцията на държавата и правото постепенно възникват авторските права върху произведения на литературата, изкуството, науката и компютърните бази данни; правата върху обекти на индустриалната собственост (търговски марки, патенти и полезни модели, промишлен дизайн и др.), правата върху имена на домейни и т.н. И след като основният ресурс в съвременното информационно общество е именно информацията, то правният механизъм за защита на тези данни, които засягат човешката личност (личните данни), е да се признае право на собственост върху тях.

Признаването на права върху обекти в електронната среда не е новост. В сравнителен план закрила на онлайн ресурсите, предимно в областта на наказателното право, се предоставя в някои юрисдикции като Република Корея, Тайван и Хонг Конг<sup>16</sup>.

Ако се прибере до подобен подход по отношение на личните данни обаче, трябва да се отчете същественото различие между разбирането за собственост в континентална Европа и в страните от англосаксонската правна система. Доколкото в континентална Европа вещните права са изчерпателно уредени в закона, то възприемането на подобен подход по отношение на личните данни би означавало закрепването на правата върху тях на законово равнище. В същото време, поради съ-

ществената роля, която има съдебната практика в англосаксонското право, вещноправна защита на личните данни би могла да бъде прокарана чрез съдебни решения (т.нар. прецеденти)<sup>17</sup>.

Признаването на право на собственост върху личните данни обаче **се критикува** от някои автори. На първо място, по отношение на профилите се посочва следното: „макар и да са съпоставими с базите данни като обекти на интелектуалната собственост, съвкупностите от лични данни за едно лице **не са акт на творческа дейност**, която да доведе до създаването им, а отразяват изградени вкусове, предпочитания и нагласи и съответно не могат да бъдат причислени към категорията на обектите на интелектуалната собственост“<sup>18</sup>. Наред с това, дори теоретично да е възможно признаването на право на интелектуална собственост върху профилите в частния сектор, неясен ще бъде статутът на профилите, създадени при използване на профилирането за противодействие на престъпността и тероризма. Доколкото използването на профилирането в тези сфери изрично се признава от ЕС (правила за профилирането в тези области се съдържат в Директива 2016/680 и Директива 2016/681), създаването на различни режими за профилирането в частния и публичния сектор само би затруднило регламентирането на профилирането вместо да го улесни.

На следващо място, в литературата се посочва, че признаването на права на собственост върху каквото и да е вид информация е **несъвместимо със свободата на словото**<sup>19</sup>. Фактите са строителните блокове на изразяването и на самото знание<sup>20</sup>. Признавайки право на собственост върху фактите, се стига до разбирането, че фактите могат да бъдат частна собственост и че притежателят на даден факт има право да ограничи използването на този факт, което противоречи на свободата на словото<sup>21</sup>. У нас възприемането на подобна концепция би противоречало на т.нар. „комуникационни права и свободи“, гарантирани от чл. 39-41 от Конституцията на Република България, като правото да се изразява и разпространява мнение чрез различни средства; забраната за цензура на печата и електронните медии; правото да се търси, получава и разпространява информация<sup>22</sup>. Както е посочил и Конституционният съд на Република България, „самият конституционно установен ред, а неговата същност е демократичният процес, се крепи върху информираното мнение на публиката“<sup>23</sup>.

В този смисъл, само информираният гражданин може ефективно да участва в обществените и демократични процеси<sup>24</sup>. Поради това и признаването на собственост върху каквато и да е информация, в т.ч. и лични данни, би противоречало на установения в България конституционно правен ред.

Недостатък на имуществените теории, целящи признаването на собственост върху личните данни, може да бъде открит и в *самата същност на собствеността*. Тя съществува, за да бъде обект на сделки, т.е. да бъде отчуждавана<sup>25</sup>. Вещното право (в широк смисъл) дава на собствениците възможността да продадат или лицензират своята собственост<sup>26</sup>. Ако разпореждането с дадено благо е забранено, това е направено с дадена цел, т.е. това е изключение от общия режим на вещните права. Така например в България съществува изключителна държавна собственост, която е извадена извън гражданския оборот, т.е. нейното отчуждаване е забранено по съображения, свързани с обществен интерес<sup>27</sup>. Ето защо признаването на собственост върху личните данни няма да ограничи тяхното събиране, а единствено ще го легализира<sup>28</sup>. Нещо повече, контролът върху личните данни няма да бъде у субекта на данни, а у лицето, на което те ще бъдат отчуждени под някаква форма<sup>29</sup>. Така вместо да се постигне по-голяма защита на правата на субектите на данни, ще се стигне до масовото им събиране от лица, които имат интерес да ги обработват с цел извличане на нови знания от тях<sup>30</sup>.

В заключение: предвид сериозните рискове, които крият имуществените теории за личните данни, възприемането на такъв съвършено нов подход за регулиране на автоматизираното профилиране в Европа далеч не е най-правилното решение. Това обуславя регулирането на автоматизираното профилиране чрез правилата за защита на личните данни. Множество са и аргументите в подкрепа на това разбиране – профилирането е понятие на правото на защитата на личните данни; то е иманентно свързано с обработването на данни, идентифициращи физическите лица или разкриващи наличието на дадени характеристики у физическите лица; режимът на защитата на личните данни може да се приложи още на етапа на събиране на данни и тяхната обработка с автоматизирани средства с цел профилиране; правилата за защита на личните данни винаги се прилагат само и единствено на основание наличието на обработка на такива данни<sup>31</sup>. Не на последно място, регулирайки профили-

рането чрез правилата за защита на личните данни, европейският законодател ще запази и достиженията на правоприлагането по Директива 95/46 и националните закони, които я имплементират, а това в крайна сметка ще съответства и на установените традиции на държавите членки по повод защитата на личните данни.

## БЕЛЕЖКИ И ЦИТИРАНА ЛИТЕРАТУРА

<sup>1</sup> Българското законодателство е много напредничаво в това отношение. Легална дефиниция на профилирането се съдържа в чл. 12, т. 1 от Наредба № 1 от 30.01.2013 г. за минималното ниво на технически и организационни мерки и допустимия вид защита на личните данни. Посочената разпоредба определя профилирането като „*систематизиране и оценка на лични аспекти, свързани с дадено физическо лице (профилиране), за анализиране или прогнозиране, по-специално на неговото икономическо положение, местоположение, лични предпочитания, надеждност или поведение, която се основава на автоматизирано обработване и на чие то основание се вземат мерки, които пораждат правни последици за лицето или го засягат в значителна степен*“.

<sup>2</sup> ДИРЕКТИВА 95/46/ЕО НА ЕВРОПЕЙСКИЯ ПАРЛАМЕНТ И НА СЪВЕТА от 24 октомври 1995 г. за защита на физическите лица при обработването на лични данни и за свободното движение на тези данни, Обн. Официален вестник на Европейския съюз, ОJ L 281, 23.11.1995 г.

<sup>3</sup> РЕГЛАМЕНТ (ЕС) 2016/679 НА ЕВРОПЕЙСКИЯ ПАРЛАМЕНТ И НА СЪВЕТА от 27 април 2016 г. относно защитата на физическите лица във връзка с обработването на лични данни и относно свободното движение на такива данни и за отмяна на Директива 95/46/ЕО (Общ регламент относно защитата на данните), Обн. Официален вестник на Европейския съюз, ОJ L 119, 04.05.2016 г.

<sup>4</sup> ДИРЕКТИВА (ЕС) 2016/680 НА ЕВРОПЕЙСКИЯ ПАРЛАМЕНТ И НА СЪВЕТА от 27 април 2016 г. относно защитата на физическите лица във връзка с обработването на лични данни от компетентните органи за целите на предотвратяването, разследването, разкриването или наказателното преследване на престъпления или изпълнението на наказания и относно свободното движение на такива данни, и за отмяна на Рамково решение 2008/977/ПВР на Съвета, Обн. Официален вестник на Европейския съюз, ОJ L 119, 04.05.2016 г.

<sup>5</sup> ДИРЕКТИВА (ЕС) 2016/681 НА ЕВРОПЕЙСКИЯ ПАРЛАМЕНТ И НА СЪВЕТА от 27 април 2016 г. относно използването на резервационни данни на пътниците с

цел предотвратяване, разкриване, разследване и наказателно преследване на терористични престъпления и тежки престъпления, Обн. Официален вестник на Европейския съюз, OJL 119, 04.05.2016 г.

<sup>6</sup> За някои от недостатъците на така формулираната легална дефиниция вж. **Zahariev, M.** The evolution of EU data protection law on automated data profiling. // *Privacy in Germany. Datenschutz and Compliance*, 2017, 02.17, p. 75–76.

<sup>7</sup> Повече за разглеждането на пазарното поведение на лицата като потенциален обект на интелектуалната собственост вж. **Драганов, Ж.** Обекти на интелектуалната собственост. София, изд. Сиби, 2016, с. 70

<sup>8</sup> На английски език Federal Trade Commission. Уебсайтът ѝ е достъпен на следния интернет адрес: <https://www.ftc.gov/>

<sup>9</sup> Повече за тенденциите в областта на защитата на личните данни в САЩ вж. **Raul, A. C., Manoranjan, T. D., Mohan, V. K.**, United States. // *The Privacy, Data Protection and Cybersecurity Law Review, Second edition*, editor Raul, A. C., Law Business Research Ltd., London, 2015, с. 363–394

<sup>10</sup> **Kang, J.** Information Privacy in Cyberspace Transactions. // *Stanford Law Review*, 1998, Vol. 50, 1193, с. 1246–1249.

<sup>11</sup> За подробен анализ на различните възгледи за признаване на право на собственост върху личните данни вж. **Litman, J.** Information Privacy/Information Property. // *Stanford Law Review*, 2000, Vol. 52, с. 1289–1290

<sup>12</sup> Ibid, p. 1292.

<sup>13</sup> Ibid, p. 1293.

<sup>14</sup> В този смисъл вж. **Purtova, N.** Property in Personal Data: Second Life of an Old Idea in the Age of Cloud Computing, Chain Informatisation, and Ambient Intelligence. // *Computers, Privacy and Data Protection: an Element of Choice*, editors: Gurtwirth, S.; Pouillet, Y.; De Hert, P. and Leenes, R., Springer Science + Business Media B.V., 2011, p. 50 et seq.

<sup>15</sup> Така **Gordley, J.** Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment, Oxford University Press; 1 edition, 2006.

<sup>16</sup> В своята статия Virtual Property, поместена в сп. Boston University Law Review, Бр. 85, 2005, с. 1048–1102, Joshua Fairfield анализира защитата, която се дава в тези юрисдикции по отношение на онлайн ресурси. Авторът застъпва тезата за признаването на право на собственост върху обекти, които се намират в киберсреда – домейни, URL, уебсайтове, имейл акаунти. Според него възприемането на подобна концепция ще позволи отграничаването на обектите на интелектуалната собственост от обектите в електронна среда (това, което авторът нарича „компютърен код“). Авторът добавя, че признаването на

такъв вид собственост ще допринесе за развитието на социалните, медицинските, търговските и културните промени в обществото.

<sup>17</sup> За различните концепции по отношение на правото на собственост и възможностите за закрила на личните данни в континентална Европа и англо-саксонското право вж. **Purtova, N.** Property in Personal Data: Second Life of an Old Idea in the Age of Cloud Computing, Chain Informatisation, and Ambient Intelligence. // *Computers, Privacy and Data Protection: an Element of Choice*, editors: Gurtwirth, S.; Pouillet, Y.; De Hert, P. and Leenes, R., Springer Science + Business Media B.V., 2011, 54–55, както и **Akkermans, B.** The Principle of Numerus Clausus in European Property Law, Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2008.

<sup>18</sup> **Драганов, Ж.** Обекти на интелектуалната собственост. София, изд. Сиби, 2016, с. 70.

<sup>19</sup> **Branscomb, A. W.** Who Owns Information? From Privacy to Public Access, Basic Books, 1994, p. 177–186.

<sup>20</sup> **Litman, J.** Information Privacy/Information Property. // *Stanford Law Review*, 2000, Vol. 52, p. 1294.

<sup>21</sup> Повече по въпроса вж. в **Litman, J.** Information Privacy/Information Property. // *Stanford Law Review*, 2000, Vol. 52, p. 1294. Авторката развива теорията, че частната собственост върху фактите би противоречала на Първата поправка и съдебната практика по нея.

<sup>22</sup> Повече за тези права и тяхното значение вж. **Стойчев, С.** Конституционно право. Пето допълнено издание. София, изд. Сиела, 2002, с. 247–249.

<sup>23</sup> Решение № 7 от 4. VI. 1996 г. на Конституционния съд на Република България по конституционно дело № 1/96 г., Обн., ДВ, бр. 55 от 28.06.1996 г.

<sup>24</sup> **Стойчев, С.** Конституционно право. Пето допълнено издание. София, изд. Сиела, 2002, с. 249.

<sup>25</sup> **Litman, J.** Information Privacy/Information Property. // *Stanford Law Review*, 2000, Vol. 52, p. 1295.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> По силата на чл. 18, ал. 1 КРБ изключителна държавна собственост са подземните богатства, крайбрежната плажна ивица, републиканските пътища, както и водите, горите и парковете с национално значение, природните и археологическите резервати, определени със закон.

<sup>28</sup> **Litman, J.** Information Privacy/Information Property. // *Stanford Law Review*, 2000, Vol. 52, p. 1301.

<sup>29</sup> Ibid, p. 1303.

<sup>30</sup> Повече за недостатъците на имуществените теории вж. **Samuelson, P.** Privacy as Intellectual Property. // *Stanford Law Review*, 2000, Vol 52, p. 1136–1146.

<sup>31</sup> **Zahariev, M.** The evolution of EU data protection law on automated data profiling. // *Privacy in Germany. Datenschutz and Compliance*, 2017, 02.17, S. 73.

