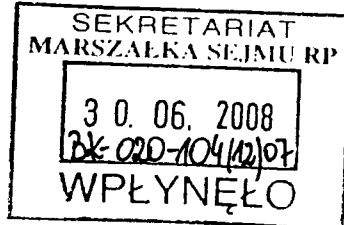




**Lewiatan**

member of **BUSINESSEUROPE**

PKPP/60/MGa/2008



Warszawa, dnia 8 lutego 2008 r.

Pan

**Bronisław Komorowski**

Marszałek

Sejm RP

W związku z przekazaniem przez Prezydenta RP projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie danych osobowych, Polska Konfederacja Pracodawców Prywatnych Lewiatan przesyła w załączeniu opinię w sprawie.

Z wyrazami szacunku,

Henryka Bochniarz

Prezydent Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan

**WYDZIAŁ PREZYDIALNY**

L.dz. ....

Data wpływu ..... 30 - 06 - 2008

**Opinia Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan do przedłożonego  
Sejmowi prezydenckiego projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie danych  
osobowych**

Na wstępie niniejszej opinii pragniemy zaznaczyć, iż jest ona pierwszą opinią Lewiatana w sprawie projektu, gdyż na wcześniejszym etapie projekt nie został przekazany partnerom społecznym do zaopiniowania. Projekt do konsultacji udostępniony został Lewiatanowi, który już w październiku zwracał się do Kancelarii Prezydenta RP z prośbą o możliwość zapoznania się z jego treścią, dopiero w dniu, w którym przekazany został do Sejmu RP.

Opiniowany projekt koncentruje się wokół dwóch zagadnień:

- 1) zmiany w systemie sankcji związanych z nieprzestrzeganiem przepisów o ochronie danych osobowych;
- 2) wprowadzenie zmian w poszczególnych instytucjach w zakresie ochrony danych osobowych wynikających z zebranych doświadczeń związanych z funkcjonowaniem ustawy o obecnym brzmieniu;

Tym zagadnieniom poświęcone zostaną dwie pierwsze części opinii. W trzeciej natomiast przedstawione zostaną zmiany postulowane przez przedsiębiorców a nieobjęte projektem nowelizacji.

**Część I**

**Zmiany w systemie sankcji związanych z nieprzestrzeganiem przepisów o ochronie  
danych osobowych**

**I. Kary pieniężne**

Projektodawca uzasadniając konieczność wyposażenia GIODO w instrument w postaci możliwości nakładania kar pieniężnych w wysokości od 1000 do 100 000 EURO na podmiot, który nie wykonuje decyzji GIODO, podnosi, iż „*analiza dotychczasowej działalności Generalnego Inspektora przeprowadzona pod kątem skierowanych do organów ścigania zawiadomień o popełnieniu przestępstwa wskazuje, iż na 462 takich zawiadomień, jedynie w 58 przypadkach skierowane zostały do sądów akty oskarżenia. Nawet w sytuacjach ewidentnych naruszeń przepisów ustawy organy ścigania umarzają prowadzone postępowania wskazując jako podstawę wydawanych w tym zakresie postanowień znikomą społeczną szkodliwość czynu ...*”. Trudno zgodzić się z tym, aby powyższe stanowiło

wystarczające i właściwe uzasadnienie dla wyposażenia GODO w tak dotkliwy instrument jak prawo nakładania kar finansowych. Idąc bowiem tym tokiem rozumowania, szereg podmiotów działających w polskim systemie prawnym i stojących na straży określonych zachowań mogłoby uznać, iż organy ścigania odmawiając nadaniu składanym przez nich zawiadomieniom dalszego biegu, nie rozumieją powagi sytuacji i tym samym wnioskować o wyposażenie ich w instrumenty pozwalając na samodzielne karanie wybranych podmiotów. W chwili obecnej przypadki takie są co prawda przewidziane (np. dla Komisji Nadzoru Finansowego), ale waga spraw, w których stosowne podmioty mają właściwe uprawnienia, jest nieporównywalna z omawianym aktem prawnym. W ocenie Lewiatana cytowany fragment uzasadnienia w istocie świadczyć może o niezrozumieniu tematyki związanej z ochroną danych osobowych, ale stanowić mógłby raczej uzasadnienie dla inicjatywy GODO mającej na celu prowadzenie działań edukacyjnych z zakresu jego właściwości, niż wnioskowanie o nadanie mu uprawnień do nakładania kar finansowych. Tym bardziej, iż analiza wyroków w szeregu spraw kierowanych przez przedsiębiorców przeciwko decyzjom GODO do sądów wskazuje, iż w wielu przypadkach sądy orzekają o uchyleniu decyzji GODO wskazując, iż działa on jednostronnie, abstrahując od motywów i celów jakim służą zachowania kontrolowanych podmiotów i w oderwaniu od realnej sytuacji na danym rynku.

Dla przykładu wskazać można kilka wyroków sądów administracyjnych:

- GODO decyzją z dnia 21 września 2000 r. nakazał operatorowi telekomunikacyjnemu:

- *usunięcie ze zbioru abonentów innych danych niż imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL lub data urodzenia, NIP, aktualne miejsce pracy;*

- *przetwarzanie danych wyłącznie w zakresie imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL lub data urodzenia, NIP, aktualne miejsce pracy,*

- *zaprzestać kopiowania dokumentów klientów, które w ocenie GODO prowadziło do zbyt szerokiego, nieadekwatnego do celu, przetwarzania danych.*

NSA w niniejszej sprawie podniósł, iż:

*„Art. 26 ust 1 pkt 1 i 3 ustawy o ochronie danych osobowych stanowi, że administrator jest zobowiązany zapewnić, aby dane były przetwarzane zgodnie z prawem oraz były merytorycznie poprawne i adekwatne w stosunku do celów, w jakich są przetwarzane. Chodzi o ocenę czy przetwarzanie należycie chroni interesy obu stron w łączących je stosunków prawnych, również powstałych w wyniku zawartej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych.*

Przy ocenie wymogu przetwarzania danych adekwatnie w stosunku do celów, w jakich są przetwarzane, w zbyt małym stopniu uwzględniono w decyzjach sposoby kształtowania obowiązków stron umów zawieranych w systemie promocji, przedpłat i zwrotnej kaucji. Licząca się wysokość opłat za usługi wymaga stosownego zabezpieczenia możliwości ich egzekwowania przez różnicowanie zakresu danych osobowych abonentów, korzystających z akcji promocyjnych, w stosunku do umów zawieranych z odpowiednim zapewnieniem uiszczania opłat. Generalny Inspektor nie podważył informacji podanych w skardze o bezpośrednim związku między stosowaną procedurą ustalania tożsamości abonenta za ich zgodą, a skalą oszustw i wartością strat. Skoro więc zakres przetwarzania danych osobowych następuje wg wyboru abonenta i za jego zgodą oraz jest adekwatny do realizowanych celów, to sformułowany w decyzji bezwzględny zakaz stosowania takiej praktyki narusza art. 23 ust 1 pkt 1 i art. 26 ust.1 pkt 3 ustawy o ochronie danych osobowych. Nie było uzasadnionych podstaw do nakazania skarżącej usunięcia z tak dużej ilości akt abonentów, danych wykraczających poza określone w zaskarżonej decyzji, w dodatku bez jakiegokolwiek skalkulowania kosztów wykonania tego zadania i uzyskanych efektów”.

- Decyzją z 10 listopada 2004r. GIODO odmówił rejestracji zbioru danych i zakazał (zaprzestanie przetwarzania) przetwarzania określonych danych osobowych.

#### Wyrok WSA w sprawie:

„Zgodnie z art. 161 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego z 2004 r. dostawca usług telekomunikacyjnych może za zgodą użytkownika będącego osobą fizyczną przetwarzać inne dane tego użytkownika w związku ze świadczoną usługą.

Dla legalności przetwarzania tych danych muszą wystąpić dwie przesłanki:

- zgoda abonenta;
- przetwarzanie musi następować w związku z usługą.

Organ ma zbadać tylko czy wystąpiły dwie przesłanki; czy jest zgoda i czy przetwarzanie następuje w związku z usługą.

Nie można udzielającego kredytu pozbawić, w granicach prawa, sposobu jego zabezpieczenia. Częścią umowy jest jej realizacja a za dostarczoną usługę należy się zapłata. Organ ma tylko badać czy istnieje zgoda na przetwarzanie”.

#### Inne przykłady decyzji GIODO uchylanych przez sądy:

- Zakaz przetwarzania określonych danych osób fizycznych przez banki.

NSA orzekł, że banki udzielają kredytów więc ich wiedza o osobie starającej się o kredyt musi być duża i wymaga przetwarzania większego zakresu danych. GIODO nie może zastępować ustawodawcy i określać arbitralnie enumeratywnego zakresu danych, których przetwarzanie jest dopuszczalne. Kopiowanie jest zaś jedynie jedną z wielu form utrwalania danych a nie ich przetwarzaniem.

- Decyzje prowadzące do zakazu sprzedaży wierzytelności przez przedsiębiorców firmom windykacyjnym. Nakaz usunięcia danych osobowych osoby fizycznej – dłużnika wierzytelności nabytej od przedsiębiorcy, którego dłużnik był klientem.

#### Wyrok WSA w sprawie:

*„Przetwarzanie danych osobowych osoby fizycznej było dopuszczalne w świetle art. 23 ust. 1 pkt 5 ustawy o ochronie danych osobowych, zgodnie z którym uznać należy za dopuszczalne przetwarzanie danych, gdy jest ono niezbędne dla wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów administratora danych lub osób trzecich, którym dane są przekazywane, a nie narusza to praw i wolności osoby, której dane dotyczą. Firma windykacyjna nabyła wierzytelność w celu jej wyegzekwowania. Dane osobowe były jej niezbędne dla dochodzenia roszczenia wynikającego z prowadzonej działalności gospodarczej. Organ (GIODO) nie wykazał, że prawa i wolności doznały uszczerbku.*

*GIODO nie wykazał, że miało miejsce naruszenie praw i wolności osoby, której dane osobowe były przetwarzane. Przetwarzanie danych osobowych było dopuszczalne w świetle art. 23 ust. 1 pkt 5 ustawy, który GIODO swoimi decyzjami naruszył.”*

Na przykładzie sporu o sprzedaż wierzytelności należy przede wszystkim wskazać, że zbyt rygorystyczne interpretowanie przepisów ustawy może doprowadzić do wielomilionowych strat przedsiębiorców (zablokowanie możliwości dochodzenia swoich praw oraz dodatkowo koszty obsługi takich postępowań). Ochrona danych osobowych, zdaniem przedsiębiorców, nie powinna odbywać się kosztem innych praw, jak np. praw wierzycieli do odzyskania swoich należności lub skorzystania ze swoich podstawowych uprawnień wynikających z innych przepisów prawa (czyli w przypadku przelewu wierzytelności z przepisów kodeksu cywilnego).

- Wyrok NSA z 6 czerwca 2005r. w składzie 7 sędziów:

*„Wyważenie interesów administratora danych osobowych i osoby, której dane mają podlegać przetwarzaniu jest warunkiem koniecznym przy stosowaniu art. 23 ustawy o ochronie danych osobowych, przy uwzględnieniu rangi tych przepisów i realiów konkretnej sprawy. Organ (GIODO) nie wyważył w rozpoznawanej sprawie tych interesów, a nawet nie sprecyzował na czym miały polegać interes osoby, której dane dotyczą.”*

Jak wskazuje powyższe, zakres ochrony danych osobowych i uprawnienia GIODO z tym związane cały czas w polskim systemie prawa kształtują się i sądy niejednokrotnie zwracają uwagę, iż GIODO w niewłaściwy sposób interpretuje swoje uprawnienia i tym samym zakres danych objętych ochroną. Nie wydaje się więc właściwe, aby wobec takich rozbieżności wyposażać GIODO w instrument w postaci prawa nakładania kar pieniężnych na przedsiębiorców. Z dużą dozą prawdopodobieństwa założyć bowiem można, że powszechną praktyką będzie odwoływanie się przez podmioty obciążone karą do sądów administracyjnych co zwiększy zarówno obciążenia tych sądów jak i koszty związane z prowadzeniem działalności przez przedsiębiorców, a cel jaki stawia sobie projektodawca, nie zostanie osiągnięty.

Dodatkowo pragniemy zaakcentować, iż wskazany w uzasadnieniu projektu dodatkowy argument mający przemawiać za koniecznością wprowadzenia do ustawy kar pieniężnych, czyli konieczność zapewnienia skutecznej egzekucji obowiązków wynikający z ustawy, jest argumentem chybionym, gdyż w obecnym stanie prawnym GIODO posiada możliwości wszczęcia postępowania egzekucyjnego, gdy adresat prawomocnej decyzji jej nie wykonuje. Możliwości takie daje przewidziane w ustawie z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji uprawnienie do wszczęcia w takiej sytuacji postępowania administracyjnego.

Przechodząc natomiast do szczegółowej analizy zaproponowanego brzmienia przepisów w omawianym rozdziale pragniemy zwrócić uwagę na następujące kwestie:

#### Uwagi szczegółowe

##### Dodanie art. 48a ust. 5

Projektodawca nakłada na podmiot obowiązek dostarczenia GIODO *na każde jego żądanie w terminie 14 dni od otrzymania żądania, informacji niezbędnych do określenia podstawy wymiaru kary pieniężnej*. W przypadku niedostarczenia informacji, lub gdy dostarczone informacje uniemożliwiają ustalenie podstawy wymiaru kary, Generalny Inspektor wymierza karę w wysokości szacunkowej. Wątpliwości po analizie tego przepisu rodzi zakres informacji, jakie na żądanie GIODO mają zostać przekazane. Wydaje się wskazane, aby dla uniknięcia wszelkich wątpliwości stworzona została zamknięta lista informacji, jakie obejmować mogą w danej sytuacji zakres żądania GIODO.

##### Dodanie art. 48b

Zgodnie z projektowanym art. 48b, wniesienie skargi od decyzji o nałożeniu kary pieniężnej wstrzymuje wykonanie decyzji. Sąd administracyjny wyznacza rozprawę w terminie przypadającym w ciągu 30 dni od dnia przekazania odpowiedzi na skargę.

Norma zawarta w art. 48b budzi istotne wątpliwości z punktu widzenia zasad postępowania administracyjnego toczącego się przed GIODO. Zgodnie z tym przepisem, wniesienie skargi od decyzji o nałożeniu kary pieniężnej wstrzymuje wykonanie decyzji – powstaje jednak pytanie, czy od takiej decyzji przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, na zasadzie art. 21 ust. 1 u.o.d.o.? Skoro przepis o tej instytucji nie wspomina, może powstać wątpliwość w tym zakresie. Wątpliwość ta jest tym bardziej uzasadniona, że o ile w uzasadnieniu projektu wspomina się o „kontrolu sądowej”, o tyle uzasadnienie milczy na temat ew. ponownego rozpatrzenia sprawy przez GIODO. Pod drugie, decyzja administracyjna wydana przez GIODO w wyniku ponownego rozpatrzenia sprawy jest decyzją wykonalną, a wniesienie skargi do sądu administracyjnego nie wstrzymuje jej wykonalności (art. 61 § 1 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi). Powstaje więc wątpliwość, czy art. 48b wprowadza obligatoryjny przypadek wstrzymania z urzędu wykonalności decyzji o nałożeniu kary, czy też może dotyczy sytuacji, w które decyzja traci z mocy prawa przymiot wykonalności wskutek wniesienia skargi do sądu administracyjnego. Po trzecie, nie jest jasne, czy stan utraty przymiotu wykonalności decyzji utrzymuje się przez cały czas postępowania sądowo-administracyjnego, czy też wyłącznie do czasu wydania wyroku przez wojewódzki sąd administracyjny.

#### Dodanie art. 48c

Właściwe wydaje się przedłużenie terminu na uiszczenie kary z 14 do 30 dni oraz odroczenia uiszczenia kary albo rozłożenia jej na raty.

**Abstrahując jednak od uwag szczegółowych, w zakresie omawianych propozycji postulujemy wykreślenie z projektu „Rozdziału 7a – kary pieniężne”**

#### II. Penalizacja nowych rodzajów zachowań

Autorzy projektu proponują dodanie dwóch nowych typów czynów zabronionych związanych z przetwarzaniem danych osobowych, tj. penalizację przetwarzania danych osobowych wrażliwych przed zarejestrowaniem zbioru danych oraz niewykonanie obowiązku aktualizacji zgłoszenia rejestracyjnego.

Propozycja rozszerzenia katalogu przestępstw budzi szereg zastrzeżeń. W pierwszym rzędzie pozostaje ona w sprzeczności z tezą o niskiej skuteczności sankcji karnych związanych z przetwarzaniem danych osobowych, która legła u podstaw propozycji przyznania GIODO uprawnień do nakładania kar pieniężnych. Poza tym, zachowanie

polegające na naruszeniu obowiązku aktualizacji zgłoszenia rejestracyjnego, w ocenie Lewiatana nie uzasadnia sięgania do sankcji karnych. Dodatkowym argumentem może być fakt, iż w dotychczasowej praktyce funkcjonowania przepisów karnych w ustawie, nie jest znany żaden przypadek skierowania do sądu aktu oskarżenia z art. 53 ustawy – powstają więc uzasadnione wątpliwości o skuteczność typu kwalifikowanego tego przestępstwa, tj. przestępstwa przetwarzania danych osobowych wrażliwych przed zarejestrowaniem zbioru danych.

Z powyższych względów, w naszej ocenie, wprowadzenie do ustawy dwóch nowych typów czynów zabronionych pozbawione jest podstaw.

## **Część II**

### **Wprowadzenie zmian w poszczególnych instytucjach w zakresie ochrony danych osobowych wynikających z zebranych doświadczeń związanych z funkcjonowaniem ustawy o obecnym brzmieniu**

#### **Art. 29**

Konsekwencją propozycji uchylecia art. 29 powinny być zmiany w art. 30, który bezpośrednio odnosi się do art. 29. Usunięcie więc jednego artykułu bez dokonania zmian w kolejnym odwołującym się bezpośrednio do niego, nie jest konsekwentne.

#### **Art. 41 ust. 2**

Najwięcej wątpliwości budzi przewidziany w projekcie obowiązek informowania GIODO o każdym podmiocie któremu powierzono przetwarzanie danych osobowych w terminie 30 dni od daty zawarcia umowy powierzenia i o każdej zmianie danych jego dotyczących. Dla podmiotów mających do czynienia masowo z danymi osobowymi wymagającymi przetworzenia, nałożenia takiego obowiązku skutkować będzie obowiązkiem często nawet codziennego aktualizowania zgłoszenia do GIODO. Rozwiązanie takie, bardzo uciążliwe dla przedsiębiorców, wydaje się ponadto nie mieć uzasadnienia merytorycznego, gdyż każda umowa o przetwarzanie danych zawierana z podmiotem, któremu te czynności się powierza zawierana jest na piśmie. Administrator powinien mieć obowiązek prowadzenia na bieżąco wykazu podmiotów, z którymi zawarł umowy powierzenia przetwarzania danych i w razie potrzeby przekazywać GIODO aktualny ich wykaz.

Ponadto zwracamy uwagę, iż niepoinformowanie GIODO o zmianie danych, czy zawarciu umowy, zgodnie z projektem obarczone ma być sankcją karną w postaci grzywny, ograniczenia czy pozbawienia wolności. Wprowadzanie takiego katalogu kar za złamanie powyższego obowiązku nie wydaje się być uzasadnione



### Vacatio legis

Zaproponowany okres trzymiesięcznego okresu *vacatio legis* na dostosowanie się przedsiębiorców do wymogów przewidzianych w projekcie, jest zdecydowanie za krótki. Dla wielu podmiotów bowiem nowe obowiązki wynikające z projektu wiążą się z koniecznością wprowadzenia zmian chociażby w wewnętrznych procedurach związanych z obsługą zawieranych umów, a nawet z koniecznością zatrudnienia nowych pracowników, czego w tak krótkim czasie nie da się osiągnąć.

## **Część III**

### **Zmiany postulowane przez przedsiębiorców, nieobjęte projektem nowelizacji**

#### Zgoda na przetwarzanie danych osobowych wrażliwych

Zgodnie z art. 27 ust. 2 pkt 1 u.o.d.o., przetwarzanie tzw. danych osobowych wrażliwych dopuszczalne jest m. in. w sytuacji, gdy osoba, której dane dotyczą, wyrazi na to zgodę na piśmie. Tymczasem analogiczny przepis dyrektywy 95/46/WE w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych (art. 8 ust. 2 a) wymaga, aby zgoda na przetwarzanie danych osobowych wrażliwych została udzielona „wyraźnie”, nie wymagając jednakże dla takiego oświadczenia zachowania żadnej szczególnej formy. Wymagania polskiego ustawodawcy są więc znacznie dalej idące niż przewidują to przepisy dyrektywy, do których implementacji jesteśmy zobowiązani. Co więcej, stan ten utrudnia, czy wręcz uniemożliwia zbieranie (wrażliwych) danych osobowych poprzez Internet, czy poprzez telefon.

Uwzględniając poczynione wyżej uwagi, zasadną wydaje się zmiana art. 27 ust. 2 pkt 1 u.o.d.o. poprzez zastąpienie zwrotu „wyrazi na to zgodę na piśmie” zwrotem „wyrazi na to wyraźną zgodę”.

#### Dopuszczalność tzw. podpowierzenia danych osobowych do przetwarzania

W praktyce funkcjonowania instytucji powierzenia danych osobowych do przetwarzania (art. 31 u.o.d.o.), podmioty przetwarzające dane osobowe na zlecenie korzystają z usług podwykonawców, świadczących specjalistyczne usługi w zakresie np. niszczenia danych, czy utrzymywania informatycznych baz danych. W praktyce, także w GIODO, tego rodzaju działanie uznawane jest za dopuszczalne, jeżeli umowa powierzenia danych do przetwarzania zezwala w sposób wyraźny na korzystanie z usług dalszych podwykonawców. Brak jest jednakże wyraźnego przepisu u.o.d.o., który zezwalałby na tzw. podpowierzenie danych osobowych do przetwarzania.

W świetle powyższego, w naszej ocenie zasadnym wydaje się wprowadzenie takich zmian w art. 31 u.o.d.o., aby wzorem rozwiązań funkcjonujących w innych krajach Unii

Europejskiej (por. np. art. 5 ust. 2 słowackiej ustawy o ochronie danych osobowych), podmiot przetwarzający dane osobowe na zlecenie był uprawniony do korzystania z usług podwykonawców, tj. do dalszego powierzenia danych osobowych do przetwarzania. Warunkiem legalności takiego działania powinno być istnienie - w umowie powierzenia danych osobowych do przetwarzania - wyraźnego upoważnienia do dalszego powierzenia danych osobowych do przetwarzania.

Warszawa, 8 lutego 2008 r.  
(do pisma przewodniego PKPP/60/MGa/2008