



Adam Bodnar

VII.501.315.2014.AG

Pani

Anna Streżyńska

Minister Cyfryzacji

W związku z przedłożonymi do konsultacji projektami ustaw: *o ochronie danych osobowych* oraz *Przepisy wprowadzające ustawę o ochronie danych osobowych* oraz w odpowiedzi na stanowisko Pani Minister wyrażone w piśmie z dnia 21 czerwca 2017 r. (DZD.500.1.2017), działając na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2017 r., poz. 958), przedstawiam uprzejmie następujące uwagi.

1. W moim wystąpieniu skierowanym do Pani Minister w dniu 13 czerwca 2017 r. (VII.501.315.2014.AG) zwracałem szczególną uwagę na kluczową z punktu widzenia efektywnego systemu ochrony danych osobowych **kwestię funkcjonowania niezależnego organu**. Organ ten ma wypełniać zadania określone w:
 - a. rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia o dyrektywy 95/46/WE (dalej jako: *rodo*),
 - b. a także - jak wynika z projektu ustawy o ochronie danych osobowych przedstawionego do zaopiniowania - dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań

przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłająca decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW (dalej jako: dyrektywa 2016/680).

Jeden z problemów pojawiających się w związku z rozpoczęciem stosowania rodo i koniecznością wdrożenia dyrektywy 2016/680 jest kwestia ciągłości funkcjonowania obecnego organu ochrony danych osobowych, tym dopuszczalność zakończenia kadencji obecnego organu wraz z dniem 25 maja 2018 r. W odpowiedzi na moje wątpliwości Pani Minister wyraziła swoje stanowisko w sprawie, wskazując na przesłanki uzasadniające ewentualne zakończenie kadencji przez obecnego Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych podkreślając w szczególności, że nowa ustawa utworzy nowy organ nadzorczy, który w zakresie swoich kompetencji będzie znacznie różnił się od obecnego GIODO.

Pragnę w pierwszej kolejności odnieść się do tego zagadnienia, czyli do dalszego pełnienia funkcji przez osobę zajmującą obecnie ten urząd i zachowania w ten sposób ciągłości organu ochrony danych osobowych w Polsce. Oczywiście do decyzji krajowego ustawodawcy prawo UE pozostawia kwestie instytucjonalne i decyzję, czy będzie utworzony nowy organ, czy też przekształcony obecnie funkcjonujący. Decyzja o zmianach ustrojowych w obrębie funkcjonowania organu nie stanowi jednak - w mojej opinii - uzasadnienia dla zakończenia kadencji przez obecnego GIODO, który powinien stać się Prezesem Urzędu Ochrony Danych Osobowych na czas pozostały do końca swojej kadencji.

Jak Pani Minister wskazała słusznie w swoim piśmie, właśnie z art. 54 ust. 1 lit. d rodo wynika jasno, że każde państwo członkowskie ma możliwość określenia długości pierwszej kadencji nowego organu następującej po 24 maja 2016 r. jako krótszej niż standardowej, gdy jest to niezbędne, by chronić niezależność organu nadzorczego w drodze procedury stopniowej wymiany członków. **Ten przepis, w mojej ocenie, wyraża przede wszystkim dyrektywę kierowania się przez państwo w swoich decyzjach wartością nadrzędną, jaką jest niezależność organu nadzorczego.** Prawodawca unijny, uznając że w istocie pojawia się możliwość utworzenia nowego organu stworzył wyraźną podstawę prawną dla zachowania ciągłości funkcjonowania organu. Ta możliwość musi być rozpatrywana w kontekście wskazanej wyżej dyrektywy zachowania niezależności organu, a zatem z uwzględnieniem pozycji organu w krajowym porządku prawnym i uwarunkowań systemowych danego państwa.

Nie jest dla mnie również przekonujący argument, podniesiony w piśmie Pani Minister, o tym, że „procedura ta nie może znaleźć jednak zastosowania w polskim

porządku prawnym, jako że projektowany organ ma być organem jednoosobowym, a nie organem kolegialnym” (s. 4. pisma). Wystarczy bowiem porównać inne wersje językowe, by stwierdzić, że intencja prawodawcy unijnego w art. 54 ust. 1 lit. d rodo nie ograniczała się wyłącznie do organów kolegialnych. Celowościowa wykładnia tego przepisu prowadzi zatem do wniosku, że intencją prawodawcy unijnego było zapewnienie prawnej i faktycznej ciągłości działania już istniejących organów ochrony danych osobowych.

W tym kontekście pragnę podkreślić, że z przedstawionych projektów ustaw nie wynika w ogóle stanowisko w tej sprawie, chociaż w swoim piśmie z czerwca br. Pani Minister informowała mnie o założeniu, jakim jest zapewnienie faktycznej ciągłości działania organu. To jednak nie znalazło swojego odzwierciedlenia w przedstawionych przepisach ustawowych. Ani projekt ustawy o ochronie danych osobowych, ani projekt ustawy - Przepisy wprowadzające ustawę o ochronie danych osobowych nie rozstrzygają zatem kwestii przyszłości obecnego GIODO w sposób jednoznaczny. Projekt ustawy - Przepisy wprowadzające ustawę o ochronie danych osobowych przesądza jedynie, że z chwilą wejścia w życie ustawy Biuro GIODO staje się Urzędem Ochrony Danych Osobowych (UODO), a pracownicy zatrudnieni w Biurze GIODO stają się pracownikami UODO (art. 135 Przepisów wprowadzających). W przypadku braku stosownej regulacji w przepisach przejściowych, w związku z uchynieniem obecnie obowiązującej ustawy o ochronie danych osobowych, zniknie podstawa powołania obecnego GIODO na stanowisko, a tym samym nie będzie podstawy prawnej dla dalszego pełnienia funkcji Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych przez GIODO - jeśli faktycznie taka jest intencja projektodawcy. Uważam, że Przepisy wprowadzające należy uzupełnić o wyraźny przepis regulujący tę sytuację.

Moje wcześniejsze wątpliwości w tym zakresie nie zostały rozwiane i nadal podtrzymuję swoje obawy związane z brakiem pewności co do przyszłości obecnego niezależnego organu ochrony danych osobowych. Podtrzymuję stanowisko, że sytuacja niepewności co do przyszłości organu może w praktyce oznaczać ograniczenie niezależności już istniejącego organu poprzez opisaną przeze mnie w poprzednim piśmie możliwą do zaistnienia sytuacji „przewidywanego posłuszeństwa”.

- 2. Osobno należy odnieść się również do kwestii niezależności przyszłego organu ochrony danych osobowych - Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych.** Chociaż w projekcie znalazły się propozycje zasługujące na akceptację (np. sprecyzowane przesłanki dopuszczające możliwość odwołania Prezesa Urzędu

przed upływem kadencji, czy prawo do samodzielnego nadawania statutu urzędu przez Prezesa UODO), to jednak podstawowe rozwiązania dotyczące procedury powołania organu zaproponowane w projekcie ustawy o ochronie danych osobowych wzbudziły moje obawy, czy faktycznie organ będzie spełniał przesłanki niezależności.

Ponownie pragnę zaznaczyć, że przy ocenie ukształtowania pozycji organu jako organu niezależnego muszą być wzięte pod uwagę nie tylko ściśle językowo interpretowane przepisy rodo oraz przepisy dyrektywy 2016/680, ale również ogólne uwarunkowania systemowe istniejące w danym państwie członkowskim, zgodnie ze wspomnianą przez Panią Minister zasadą autonomii proceduralnej i instytucjonalnej państw członkowskich. Ze względu właśnie na istnienie tej zasady prawodawca unijny przedstawił szereg różnych możliwości, z których **państwo członkowskie powinno wybrać taką, jaka możliwie najpełniej zagwarantuje niezależność organu ochrony danych osobowych w danych państwie**. Przepisy rodo i dyrektywy 2016/680 muszą być przy tym interpretowane w świetle wymogów wynikających z art. 8 ust. 3 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (dalej jako: KPP UE). Aktualna treść i rozumienie pojęcia „niezależności” w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako: TSUE) była już przedmiotem mojego wcześniejszego wystąpienia.

W mojej ocenie **rozwiązania przedstawione w projekcie ustawy o ochronie danych osobowych mogą nie zapewniać wymaganej przez art. 8 ust. 3 KPP UE, a także przez rodo i przez dyrektywę 2016/680 niezależności organu**. W szczególności wątpliwości budzi zaproponowany w projekcie tryb powoływania nowego organu, który różni się od obowiązującego obecnie. Zgodnie z art. 20 ust. 3 projektu ustawy, Prezesa Urzędu ma powoływać i odwoływać Sejm RP za zgodą Senatu na wniosek Prezesa Rady Ministrów. Włączenie Prezesa Rady Ministrów w procedurę powoływania organu, nieznaną w dzisiaj obowiązującej ustawie o ochronie danych osobowych, uzasadniane jest w projekcie „pozycją ustrojową Prezesa Urzędu, który w trakcie swoich działań współpracuje zarówno z władzą ustawodawczą jak i wykonawczą, uczestnicząc w procedurze tworzenia prawa i sprawując nadzór nad przetwarzaniem danych osobowych we wszystkich obszarach działania państwa” (s. 19 uzasadnienia). Dla Rzecznika Praw Obywatelskich takie stanowisko jest nie do zaakceptowania, bowiem oznacza, że organ, który - zgodnie z art. 20 ust. 1 projektu ustawy - ma być organem właściwym w sprawie ochrony danych osobowych, będzie wyznaczany w istocie przez władzę wykonawczą. Należy bowiem pamiętać, że istnieje oczywista relacja między Prezesem Rady Ministrów a większością parlamentarną, wywodzącą się z tej samej opcji politycznej. Trzeba również pamiętać, że takie rozwiązanie w istocie pozbawia Sejm prawa decydowania

o tym, kto będzie kandydatem na to stanowisko. Zarówno Sejm, jak i Senat, będą w praktyce pełniły funkcję wyłącznie opiniodawczą, mając do wyboru jedynie zaakceptowanie przedstawionego przez Prezesa Rady Ministrów kandydata. Dodać należy, że - w przeciwieństwie do obowiązującej ustawy - w projekcie nie znalazło się postanowienie analogiczne do obecnie obowiązującego art. 8 ust. 5 zd. 2 ustawy o ochronie danych osobowych, zgodnie z którym „po upływie kadencji Generalny Inspektor pełni swoje obowiązki do czasu objęcia stanowiska przez nowego Generalnego Inspektora”. Gdyby zatem teoretycznie doszło do sytuacji, w której Sejm lub Senat nie wyrażą zgody na zaproponowanego przez Prezesa Rady Ministrów kandydata, mogłoby to oznaczać brak organu (kadencja Prezesa zakończy się po 4 latach), nawet przez dłuższy okres.

Przedstawione rozwiązanie - w porównaniu do dzisiaj obowiązującej procedury powołania GIODO - stanowi ograniczenie niezależności organu, ale także pozbawia określonych kompetencji Sejm i Senat. Pragnę przy tym dodać, że skoro nowy organ ma być również organem nadzorczym w stosunku do zadań wyznaczonych dyrektywą 2016/680, **to - w ocenie Rzecznika - jego niezależność od władzy wykonawczej powinna być tym bardziej wzmocniona, skoro do zadań organu będzie należało również wykonywanie zadań określonych w art. 46 dyrektywy 2016/680.** Do zadań tych należy monitorowanie i egzekwowanie stosowania przepisów przyjętych na podstawie dyrektywy, a zatem przestrzeganie zasad ochrony danych osobowych przez organy państwowe w szczególnych okolicznościach, w których już z racji charakteru podejmowanych czynności prawa obywatelskie są ograniczane znacznie bardziej niż w przypadku przetwarzania danych osobowych na potrzeby ogólne. Pragnę przy tym zaznaczyć, że kwestia konieczności ustanowienia niezależnego organu kontroli nad działaniami służb w zakresie gromadzenia i przechowywania danych telekomunikacyjnych, pocztowych czy internetowych jest przedmiotem osobnej korespondencji Rzecznika z Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji, przekazywanej Pani Minister do wiadomości (zob. np. pismo z 1 lutego 2017 r. VII.501.148.2017.AG). Z punktu widzenia praw i wolności obywatelskich nie do zaakceptowania jest zatem sytuacja, w której organ ochrony danych osobowych będzie w istocie wyznaczany przez organ władzy wykonawczej.

Pragnę również wyrazić zastrzeżenia co do zaproponowanej procedury powoływania zastępców Prezesa Urzędu. Chociaż ani rodo ani dyrektywa 2016/680 nie stanowią wprost, że również oni muszą cieszyć się przymiotem niezależności, to jednak bez wątpienia sposób ich wyłaniania i dalszego funkcjonowania ma wpływ na niezależność samego organu. W projekcie ustawy wskazano, że Prezes Urzędu może wykonywać swoje zadania przy pomocy do trzech

zastępców Prezesa Urzędu, z czego jeden - jak wynika z art. 22 ust. 3 - będzie powoływany przez Prezesa Rady Ministrów na wniosek ministra właściwego do spraw wewnętrznych, a dwóch - może być powołanych na wniosek ministra właściwego do spraw informatyzacji. Taka propozycja oznacza po pierwsze, że Prezes Urzędu nie będzie miał żadnego wpływu na obsadę stanowisk swoich zastępców. Po drugie oznacza to również, że gdyby Prezes Urzędu zdecydował się na ustanowienie jednego stanowiska zastępcy - będzie to zawsze osoba wskazana przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych. Nie można zgodzić się z wyrażonym publicznie stanowiskiem przedstawicieli Ministerstwa Cyfryzacji, że to Prezes Urzędu będzie sam decydował o zakresie obowiązków swoich zastępców, a zatem będzie mógł ustalić samodzielnie zakres ich obowiązków, w tym również te obowiązki ograniczyć. Projektodawca, czy później ustawodawca, nie może przecież zakładać, że przy tak ogromnej ilości zadań nałożonych na Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych, powołanym zastępcom nie zostaną przydzielone żadne zadania. Naruszałoby to bowiem dyscyplinę finansów publicznych i zasady prawidłowej gospodarki finansowej środkami publicznymi.

Nie mogę również zgodzić się z uzasadnieniem do projektu, z którego wynika, że powodem dla powoływania dwóch zastępców na wniosek ministra właściwego do spraw informatyzacji jest fakt, że - jak wynika z ustawy o działach administracji rządowej - do zakresu działania ministra właściwego do spraw informatyzacji należą „sprawy kształtowania polityki państwa w zakresie ochrony danych osobowych”. Kształtowanie polityki państwa wyraża się bowiem w innych zadaniach niż sprawowanie *de facto* kontroli politycznej nad niezależnym i wyspecjalizowanym organem ochrony danych osobowych, do którego zadań ma należeć m.in. kontrola przestrzegania obowiązków przez władzę wykonawczą, w tym Ministra Cyfryzacji, czy Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji.

Wreszcie, pewne wątpliwości z punktu widzenia niezależności organu może budzić przewidziane w projekcie dopuszczenie do zajmowania przez Prezesa Urzędu stanowisk naukowo-dydaktycznych lub naukowych w szkole wyższej, Polskiej Akademii Nauk, instytucie badawczym lub innej jednostce naukowej. Ten sam przepis ma mieć zastosowanie do Zastępców Prezesa UODO. W obecnie obowiązującej ustawie przewiduje się, że GIODO nie może zajmować innego stanowiska, z wyjątkiem stanowiska profesora szkoły wyższej. Uważam, że takie rozwiązanie powinno zostać utrzymane. Pragnę przypomnieć, że stanowiska asystentów i adiunktów nie są samodzielnymi stanowiskami na uczelniach wyższych i w wymienionych jednostkach. Zatrudnienie zatem na stanowiskach innych niż profesora może oznaczać, że osoba pełniąca funkcję organu ochrony danych osobowych lub jej zastępcy będzie pozostawać w zależności służbowej w ramach

innej wykonywanej pracy, co może mieć wpływ również na jej niezależność jako organu ochrony danych osobowych.

Tym samym uważam, że zaproponowane rozwiązania, o których mowa wyżej, mogą prowadzić do ograniczenia niezależności organu ochrony danych osobowych w aspekcie procedury wyboru organu. Nieprzekonujące są przy tym argumenty wskazujące na dopuszczenie możliwości powoływania organu przez władzę wykonawczą w tekście samego rodo, czy dyrektywy 2016/680. Ponownie podkreślam, że przepisy UE nie mogą być bowiem wykładane w sposób, który doprowadzi do ograniczenia instytucjonalnych gwarancji ochrony danych osobowych w państwie członkowskim UE. Stałoby to w sprzeczności z celem obu unijnych aktów prawnych, jak również z dotychczasowymi standardami, wynikającymi z orzecznictwa TSUE i innych dokumentów, na które zwracałem uwagę w swoim stanowisku z 13 czerwca 2017 r.

3. Osobno pragnę podkreślić, że trudno jest odnieść się do innych aspektów niezależności przyszłego organu ochrony danych osobowych (np. w kontekście finansowym). Projekt ustawy o ochronie danych przewiduje przyznanie Prezesowi Urzędu realizacji zadań wynikających z dyrektywy 2016/680. Jednocześnie jednak **nie jest ciągle znany projekt ustawy, która miałaby wdrażać do polskiego porządku prawnego tę dyrektywę.** Trudno jest zatem ocenić, na ile propozycje budżetowe, czy kadrowe są adekwatne do zadań nałożonych na organ. W tej sprawie zwrócę się z kolejnym wystąpieniem do Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji. Proszę jednak Panią Minister również o przekazanie posiadanych informacji co do przyszłego kształtu regulacji wdrażającej do polskiego porządku prawnego dyrektywę 2016/680.
4. W piśmie skierowanym do Pani Minister zwracałem się również o wyjaśnienia, jak Ministerstwo Cyfryzacji postrzega kwestię przyszłości stosowania zasad przez kościoły i związki wyznaniowe, w tym również możliwość powołania niezależnego organu kościelnego, o którym mowa w art. 91 rodo. Poprosiłem także o informację, **czy w Polsce w dniu wejścia rodo w życie (24 maja 2016 r.) kościoły posiadały szczegółowe zasady ochrony danych osobowych.** W odpowiedzi uzyskałem informację o spotkaniu, jakie miało miejsce 2 lutego 2017 r. w Ministerstwie Cyfryzacji, z której wynika, że „część kościołów oraz związków wyznaniowych w tym Kościół Katolicki zadeklarowało na spotkaniu wolę przyjęcia takich wewnętrznych regulacji”. Pragnę zaznaczyć wyraźnie, że **z art. 91 rodo wynika jasno, że stosowne regulacje miały istnieć w chwili wejścia rodo w życie, a nie**

w chwili, kiedy rodo zacznie być stosowane (tj. maj 2018 roku). Proszę zatem uprzejmie o informację, czy stosowna informacja o tym fakcie została przekazana kościołom i związkom wyznaniowym. Fakt nieposiadania stosownych regulacji w dniu wejścia w życie rodo oznacza bowiem, że będą one podlegały regulacjom zawartym w rodo.

Proszę również uprzejmie o informację, czy Minister Cyfryzacji, jako organ odpowiedzialny za kształtowanie polityki państwa w obszarze ochrony danych osobowych, podjął rozmowy na temat powołania przez te kościoły, które takie regulacje posiadały (o ile takie istnieją) niezależnego organu nadzorczego, o którym mowa w art. 91 ust. 2 rodo, a także na temat możliwości weryfikacji tego, czy w istocie powołany organ będzie spełniał przesłanki niezależności, o których mowa w rodo. Pragnę w tym miejscu zaznaczyć, że problem ochrony danych osobowych przez kościoły i związki wyznaniowe jest obecnie istotnym problemem społecznym, skomplikowanym dodatkowo przez niejasny stan prawny i rozbieżne orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego. Do Biura RPO trafiają liczne sprawy obywateli, którzy zgłaszają problemy związane z przestrzeganiem ich praw przez kościoły, które obecnie nie znajdują satysfakcjonującego rozwiązania.

5. Uprzejmie informuję, że do Rzecznika Praw Obywatelskich wpłynęła również odpowiedź Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych na przekazane przeze mnie do wiadomości GIODO stanowisko Pani Minister z 21 czerwca br. Kopię tego wystąpienia przekazuję Pani Minister w załączeniu.

Zał. 1