

Kontrola przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych - z perspektywy pierwszej decyzji PUODO nakładającej karę za niewykonanie obowiązku informacyjnego



Dominika Dörre-Kolasa
 Radca prawny, partner,
 Kancelaria RACZKOWSKI PARUCH



Adrian Szutkiewicz
 Kancelaria RACZKOWSKI PARUCH

Pierwszą decyzją Prezesa UODO nałożona została kara pieniężna w wysokości prawie miliona złotych. Administratorowi nakazano także wykonanie obowiązku informacyjnego wobec kilku milionów osób, których dane przetwarza¹. Informacja ta obiegła wszystkie media potęgując niesłabnące od dnia 25 maja 2018 r. wątpliwości interpretacyjne oraz obawy przed kontrolą przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych.

Kara została nałożona na podmiot, który pozyskiwał dane z publicznie dostępnych rejestrów w celach ko-

mercyjnych. Obowiązek informacyjny z art. 14 ust. 1 i 2 RODO został przez niego zrealizowany tylko w stosunku do niewielkiej części podmiotów, których adresy mailowe były w dyspozycji administratora i tą też drogą został on przekazany. Informację o przetwarzaniu danych zamieszczono także na stronie internetowej podmiotu. Wobec pozostałych podmiotów danych nie zostały podjęte działania zmierzające do wykonania obowiązku informacyjnego z uwagi na znaczne koszty związane z wysłaniem informacji na będące w dyspozycji administratora adresy korespondencyjne oraz numery telefonów.

Jak czytamy w decyzji, organ nadzorczy decydując czy nałożyć administracyjną karę pieniężną, a także ustalając jej wysokość, za najistotniejszy uznał umyślny charakter naruszenia, czyli świadome podjęcie decyzji o nierealizowaniu obowiązku informacyjnego.

Uzasadniając zastosowanie administracyjnej kary pieniężnej organ nadzorczy podkreślił to, że Spółka będąc świadomą istnienia naruszenia, nie podjęła ani nawet nie zadeklarowała podjęcia żadnych działań mających na celu jego usunięcie. Niech to będzie stanowiło przestrożę a zarazem wskazówkę dla administratorów, aby w trakcie kontroli nie lekceważyć sygnałów jakie powinny skłonić ich do podjęcia aktywnych działań zaradczych.

Organ wymierzając karę wziął pod uwagę:

- skalę naruszenia, a mianowicie to, że działanie administratora miało i ma wpływ na bardzo dużą ilość osób, wobec których obowiązek informacyjny nie został spełniony;
- konsekwencje niespełniania tego obowiązku jakimi są: niewiedza osób, których dane dotyczą o proce-

¹ <https://uodo.gov.pl/decyzje/ZSPR.421.3.2018>

sach przetwarzania ich danych oraz o możliwości skorzystania z przysługujących im praw zagwarantowanych przepisami RODO;

- czas trwania naruszenia.

Przepisy ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. 2018 poz. 1000 ze zm.) (dalej jako: ODOu) dotyczące kontroli przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych wywołują cały szereg wątpliwości interpretacyjnych o fundamentalnym znaczeniu dla administratorów danych osobowych.

W niniejszym artykule zwracamy uwagę na wybrane elementy kontroli przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych, które w naszej ocenie będą mogły być źródłem największych kontrowersji i rozbieżności interpretacyjnych.

Wpływ współpracy kontrolowanego z organem nadzorczym na wymiar kary

W pierwszej kolejności warto zwrócić uwagę na istotną okoliczność, a mianowicie na wpływ współpracy kontrolowanego z organem nadzorczym w zakresie ewentualnego zmniejszenia wymiaru kary. W przywołanej na wstępie decyzji Prezesa UODO stwierdzono, iż zarówno w toku przeprowadzonej kontroli, jak i w trakcie trwania postępowania w sprawie naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych Spółka współpracowała z organem nadzorczym, w wyznaczonym terminie przesyłała wyjaśnienia i udzielała odpowiedzi na pisma przedstawiając stosowne dokumenty na potwierdzenie złożonych wyjaśnień. W ocenie organu nadzorczego współpraca ta miała na celu zapewnienie jedynie prawidłowego przebiegu postępowania, a nie usunięcie stwierdzonego w toku kontroli naruszenia, czy też usunięcie jego skutków (stopień współpracy z organem nadzorczym w celu usunięcia naruszenia

oraz złagodzenia jego ewentualnych negatywnych skutków). Administrator danych osobowych w toku kontroli ma możliwość podjęcia działań niwelujących lub ograniczających naruszenia. Należy z dużą precyzją analizować treść korespondencji prowadzonej z kontrolującymi w toku kontroli oraz na bieżąco weryfikować objętą wszelkie aspekty przetwarzania danych. Zwłaszcza w dużych organizacjach o złożonej strukturze organizacyjnej konieczność ustosunkowania się do pisma organu nadzorczego może być okazją do stwierdzenia konieczności doprowadzenia procesów przetwarzania danych osobowych do stanu zgodnego z prawem.

Rodzaje kontroli

W przepisach ODOu przewidziane zostały następujące rodzaje kontroli:

- kontrola prowadzona zgodnie z zatwierdzonym przez Prezesa Urzędu planem kontroli;
- kontrola prowadzona na podstawie uzyskanych przez prezesa urzędu informacji;
- kontrola prowadzona w ramach monitorowania przestrzegania stosowania RODO.

Plan kontroli na rok 2019 został już zatwierdzony i opublikowany². Podmioty, których działalność została nim objęta powinny zintensyfikować swoje działania zmierzające do zapewnienia zgodności z prawem procesów przetwarzania. W sektorze zatrudnienia należy szczególnie skupić się na procesach rekrutacyjnych oraz na monitoringu wizyjnym. W obydwu tych obszarach niezbędne jest zeweryfikowanie w szczególności sposobu realizacji obowiązków informacyjnych względem podmiotów danych, podstaw prawnych przetwarzania danych a także stosowane w praktyce okresy retencji danych osobowych.

Kto przeprowadza kontrolę

Zgodnie z brzmieniem art. 78 ODOu organem przeprowadzającym kontrolę jest Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych. Jednak, co w pełni zrozumiałe i oczywiste czynności w ramach postępowania kontrolnego będą dokonywały wyłącznie osoby imiennie do tego upoważnione, którymi mogą być:

- pracownik urzędu;
- członek lub pracownik organu nadzorczego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, uczestniczący we wspólnych operacjach organów nadzorczych;
- w kontroli może także uczestniczyć osoba posiadająca wiedzę specjalistyczną, jeżeli przeprowadzenie czynności kontrolnych wymaga takiej wiedzy.

Na podstawie upoważnienia wydanego przez Prezesa urzędu czynności kontrolnych mogą dokonywać również członkowie lub pracownicy innego organu nadzorczego państwa Unii Europejskiej. Możliwość przeprowadzania przez nich kontroli ograniczona jest do wspólnych operacji UODO i zagranicznego organu nadzorczego, gdy np. podmiot kontrolowany posiada jednostki organizacyjne zarówno w Polsce, jak i w innym państwie członkowskim.

Dodatkowo w kontroli może brać udział również osoba niebędąca pracownikiem żadnego organu nadzorczego, którego udział jest uzasadniony posiadaniem specjalistycznej wiedzy wymaganej do przeprowadzenia czynności kontrolnych.

Rozpoczęcie kontroli

Przepisy nie przewidują, iż rozpoczęcie czynności kontrolnych wymaga uprzedzenia. Wydaje się, iż w praktyce będzie to zależało od okoliczności konkretnego przypadku. W niektórych bowiem sytuacjach sprawne przeprowadzenie kontroli będzie uzasadnia-

² <https://uodo.gov.pl/138/679>

to uprzedzenie o pojawieniu się kontrolujących u administratora danych.

Kwestią sporną wśród komentatorów jest stosowanie przepisów ustawy prawo przedsiębiorców do określenia zasad i trybu kontroli przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych, zwłaszcza w zakresie obowiązku zawiadamiania przez PUODO o zamiarze wszczęcia kontroli. Stosowanie przepisów o ochronie danych osobowych do podmiotu przetwarzającego dane osobowe jest bowiem niezależne od jego formy organizacyjnej, sposobu i zakresu działania oraz tego, czy spełnia przesłanki do zakwalifikowania go jako przedsiębiorca na gruncie ustawy z dnia 6 marca 2018r. Prawo Przedsiębiorców³ (dalej także jako: PPU). Zgodnie z art. 45 ust. 1 PPU przepisy ustawy stosuje się do kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorców. W przypadku przedsiębiorców, nie wszystkie czynności przetwarzania danych osobowych, które mogą zostać objęte kontrolą muszą być dokonywane w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. W takim przypadku po stronie PUODO nie będzie obowiązku zawiadamiania przedsiębiorcy o zamiarze przeprowadzenia u niego kontroli.

Można wskazać dwie przesłanki, które muszą zajść łącznie, żeby po stronie PUODO powstał obowiązek poinformowania kontrolowanego o zamiarze wszczęcia kontroli:

- podmiot kontrolowany jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 PPU;
- kontrola musi dotyczyć działalności gospodarczej.

Na marginesie warto wskazać, iż w projekcie ustawy o ochronie danych osobowych z 12 września 2017r.⁴ wyłączono stosowanie art. 79 ustawy

o swobodzie działalności gospodarczej⁵, który wprowadzał obowiązek zawiadamiania przedsiębiorcy o zamiarze wszczęcia kontroli. Brak analogicznego wyłączenia w ODOu sugeruje, iż ustawodawca dopuścił stosowanie przez PUODO zawiadomień o wszczęciu kontroli.

Zgodnie z art. 81 ODOu kontrolę przeprowadza się po okazaniu imiennej upoważnienia wraz z legitymacją służbową. Imienne upoważnienie do przeprowadzenia kontroli powinno zawierać następujące informacje:

1. wskazanie podstawy prawnej przeprowadzenia kontroli;
2. oznaczenie organu;
3. imię i nazwisko, stanowisko służbowe kontrolującego oraz numer legitymacji służbowej, a w przypadku kontrolującego, o którym mowa w art. 79 ust. 1 pkt 2 ODOu, imię i nazwisko oraz numer dokumentu potwierdzającego tożsamość;
4. określenie zakresu przedmiotowego kontroli;
5. oznaczenie kontrolowanego;
6. wskazanie daty rozpoczęcia i przewidywanego terminu zakończenia czynności kontrolnych;
7. podpis Prezesa Urzędu;
8. pouczenie kontrolowanego o jego prawach i obowiązkach;
9. datę i miejsce jego wystawienia.

Mając na uwadze doniesienia medialne poparte stosowną reakcją ze strony Prezesa UODO należy dokładnie sprawdzić, czy osoby, które pojawiają się w siedzibie administratora danych osobowych przedstawiły dokument spełniających powyższe wymagania. Problem „fałszywych” kontrolujących był na tyle poważny, że konieczne było wydanie specjalnego komunikatu na

stronie UODO⁶. W przypadku pojawienia się jakichkolwiek wątpliwości w tym przedmiocie uzasadnionym będzie skontaktowanie się z urzędem w celu ich wyjaśnienia. Sytuację komplikuje okoliczność, iż do chwili obecnej nie zostały przyjęte przepisy wykonawcze do ODOu. Do czasu wydania przez Radę Ministrów nowego rozporządzenia regulującego kształt i treść legitymacji pracownika Urzędu Ochrony Danych Osobowych, nie później jednak niż do 25 maja 2019 r., obecnie zatrudnieni pracownicy Urzędu Ochrony Danych Osobowych będą mogli posługiwać się legitymacjami wydanymi według uprzednio obowiązującego wzoru określonego w rozporządzeniu ministra spraw wewnętrznych i administracji z 22 kwietnia 2004 r. w sprawie wzorów imiennej upoważnienia i legitymacji służbowej inspektora Biura Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (Dz.U. z 2004 r. Nr 94, poz. 923).

Pisemne upoważnienie do reprezentowania administratora podczas kontroli

Ustawa o ochronie danych osobowych nakłada na kontrolowanego obowiązek pisemnego wskazania osoby upoważnionej do reprezentowania go w trakcie kontroli (art. 83 ust. 2 ODOu). Warto już teraz rozważyć wytypowanie właściwej osoby, która posiada stosowną wiedzę na temat procesów przetwarzania danych osobowych prowadzonych przez administratora danych osobowych i daje należyta gwarancję współpracy z organem nadzorczym. W przypadku administratorów danych o złożonej strukturze organizacyjnej, a w szczególności posiadających kilka lokalizacji, uzasadnionym wydaje się być upoważnienie więcej niż jednej osoby.

³ Dz.U. 2018 poz. 646 ze zm.

⁴ <https://www.gov.pl/documents/31305/0/Ustawa+o+ochronie+danych+osobowych+-+projekt+-+13.09.2017.pdf/cf80336f-823c-6803-a8c1-ff30a2249e84>

⁵ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. 2004 nr 173 poz. 1807), uchylona w dniu 30 kwietnia 2018 r.

⁶ <https://uodo.gov.pl/pl/138/465>

Możliwe jest również udzielenie upoważnienia do reprezentowania administratora podczas konkretnej kontroli. Takie rozwiązanie generuje jednak pewne ryzyko, a mianowicie, iż do momentu wskazania osoby upoważnionej interes kontrolowanego nie zostanie w odpowiednim stopniu zabezpieczony, zwłaszcza z uwagi na to, iż w razie nieobecności osoby upoważnionej przez kontrolowanego upoważnienie do wszczęcia kontroli może zostać okazane osobie czynnej w lokalu przedsiębiorstwa lub przywołanemu funkcjonariuszowi publicznemu (art. 84. ust 3 ODOu).

Uprawnienia kontrolujących

W celu umożliwienia kontrolującym sprawnego przeprowadzenia kontroli, zostali oni wyposażeni w szereg uprawnień. Zgodnie z art. 84 ODOu kontrolujący mają prawo do:

- wstępu w godzinach od 6.00 do 22.00 na grunt oraz do budynków, lokali lub innych pomieszczeń kontrolowanego;
- wglądu do dokumentów i informacji mających bezpośredni związek z zakresem przedmiotowym kontroli;
- przeprowadzania oględzin miejsc, przedmiotów, urządzeń, nośników oraz systemów informatycznych lub teleinformatycznych służących do przetwarzania danych;
- żądania złożenia pisemnych lub ustnych wyjaśnień oraz przesłuchiwania w charakterze świadka osoby w zakresie niezbędnym do ustalenia stanu faktycznego;
- zlecenia sporządzanie ekspertyz i opinii.

Dodatkowo, kontrolujący mogą przesłuchać pracownika kontrolowanego w charakterze świadka, przy czym za pracownika kontrolowanego uznaje się osoby zatrudnione zarówno na podstawie umowy o pracę jak i tych, którzy świadczą usługi na podstawie umów cywilnoprawnych.

Z uprawnieniami kontrolujących sprzężone są odpowiadające im obowiązki kontrolowanego, który:

- zapewnia kontrolującemu oraz osobom upoważnionym do udziału w kontroli warunki i środki niezbędne do sprawnego przeprowadzenia kontroli;
- sporządza we własnym zakresie kopie lub wydruki dokumentów oraz informacji zgromadzonych na nośnikach, w urządzeniach lub systemach informatycznych lub teleinformatycznych służących do przetwarzania danych;
- dokonyuje potwierdzenia za zgodność z oryginałem sporządzonych kopii lub wydruków;

W przypadku, w którym kontrolujący natrafi na opór uniemożliwiający lub utrudniający wykonywanie czynności kontrolnych, może skorzystać z pomocy Policji. Wówczas funkcjonariusze powinni zapewnić kontrolującym bezpieczeństwo osobiste oraz dostęp do miejsca wykonywania kontroli i porządek w tym miejscu.

Zapewnienie możliwości swobodnego korzystania przez kontrolujących z przysługujących im uprawnień dodatkowo zabezpiecza art. 108 ODOu, wprowadzający sankcję karną za utrudnianie lub udaremnianie przeprowadzenia kontroli. Sprawcy takiego czynu grozi grzywna, ograniczenie wolności albo pozbawienie wolności do lat dwóch.

Możliwość utrwalania przebiegu całej kontroli lub wyłącznie poszczególnych czynności odbywających się w jej toku za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk

Kolejną kwestią, na którą należy zwrócić uwagę jest możliwość utrwalania przebiegu całej kontroli lub wyłącznie poszczególnych

czynności odbywających się w jej toku za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk. Rozwiązanie to może być stosowane wyłącznie w uzasadnionych przypadkach oraz po uprzednim poinformowaniu kontrolowanego.

Kontrolowany będzie mógł kwestionować zasadność ich decyzji w składanych przez siebie pisemnych zastrzeżeniach do protokołu kontroli.

Ustawodawca opisując urządzenia, którymi mogą posługiwać się kontrolujący wskazał, iż mają rejestrować obraz lub dźwięk. Poprzez posłużenie się spójnikiem wskazującym na istnienie alternatywy zwykłej, ustawodawca dopuścił również do stosowania przez kontrolujących jednoczesnego nagrywania obrazu i dźwięku (podobnie: NSA z 16 stycznia 2013r. I OSK 2528/12). W praktyce oznacza to, iż kontrolujący będą mogli utrwaląć przebieg kontroli za pomocą fotografii, nagrań dźwięku np. przy wykorzystaniu dyktafonu oraz na filmach wideo.

Wydaje się, iż nie ma przeszkód prawnych dla przyjęcia, iż również kontrolowany będzie miał prawo do nagrywania przebiegu kontroli i działań kontrolujących. Należy jednak zwrócić szczególną uwagę na odpowiednie poinformowanie nagrywanych osób o podejmowanych działaniach oraz prowadzić nagrania w sposób, który nie będzie naruszał dóbr osobistych uczestników czynności utrwalanych za pomocą obrazu lub dźwięku. Kwestia ta była przedmiotem analizy TSUE, który w wyroku z 14 lutego 2019r. w sprawie C-345/17, zapadłym na gruncie przepisów dyrektywy 95/46/WE stwierdził, że „fakt, że nagranie wideo przedstawiające policjantów zostało zarejestrowane podczas wykonywania przez nich obowiązków, nie może prowadzić do wyłączenia tego typu przetwarzania danych osobowych z zakresu stoso-

wania dyrektywy 95/46/WE” oraz, że „nie można wykluczyć, iż zarejestrowanie oraz opublikowanie nagrania wideo bez wiedzy zainteresowanych osób i bez poinformowania ich o celu tego działania stanowi ingerencję w podstawowe prawo do poszanowania życia prywatnego tych osób, to znaczy ujętych na tym nagraniu wideo policjantów”.

Prawo do utrwalania przebiegu kontroli przez kontrolowanego powinno być jednak w naszej ocenie ograniczone zakresem w jakim przebieg kontroli lub poszczególne czynności w jej toku będą utrwalane przez kontrolujących.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa

Zgodnie z art. 84 ust. 1 pkt 2) ODOu kontrolujący mają prawo wglądu do wszelkich dokumentów i informacji mających bezpośredni związek z zakresem przedmiotowym kontroli, wskazanym w pisemnym upoważnieniu. Co więcej na żądanie kontrolujących, kontrolowany będzie zobowiązany do sporządzenia we własnym zakresie kopii dokumentów przechowywanych w formie papierowej, których zażądamy kontrolujący. Jeżeli kontrolujący wymagają wydania im informacji przetwarzanych w formie elektronicznej, kontrolowany będzie musiał albo je wydrukować, albo skopiować na nośnik danych i przekazać kontrolującemu. Art. 65 ODOu stanowi, iż strona może zastrzec informacje, dokumenty lub ich części zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawiane Prezesowi Urzędu. W takiej sytuacji należy przedstawić kontrolującemu dwie wersje dokumentów: oryginalną oraz niezawierającą informacji objętych zastrzeżeniem. Dokonanie zastrzeżenia bez przedstawienia dokumentów pozbawionych informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa będzie uważane za bezskuteczne. Na mocy

odesłania do odpowiedniego stosowania przepisów, do zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w trakcie postępowania kontrolnego stosuje się przepisy regulujące tę kwestię w trakcie postępowania w sprawie naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych, toczącego się przed PUODO.

Zgodnie z art. 11 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁷ (dalej także jako: ZNKu) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W przypadku, w którym Prezes UODO uzna, że informacje, dokumenty lub ich części nie spełniają przesłanek do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, w drodze decyzji uchylili zastrzeżenie.

Decyzja administracyjna wydana przez PUODO, uchylająca zastrzeżenie będzie mogła być następnie przedmiotem skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego. Skarga do WSA będzie wnoszona za pośrednictwem PUODO, który w ramach własnych uprawnień autokontrolnych będzie mógł w całości uwzględnić skargę kontrolowanego i poprzez uchylene swojej decyzji utrzymać w mocy dokonane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Należy mieć na uwadze, iż kontrolujący w trakcie stosowania przez sie-

bie zapisu obrazu lub dźwięku również będą mogli utrwalić informacje, które mogą zawierać informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa kontrolowanego.

Przytoczona powyżej regulacja przewidująca możliwość zastrzeżenia przez kontrolowanego tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy wyłącznie informacji, dokumentów lub ich części „przedstawianych” przez kontrolowanego. Co więcej, dla skuteczności zastrzeżenia wymagane jest przedstawienie „wersji dokumentu” niezawierającej informacji objętych zastrzeżeniem. Literalna wykładnia skłania zatem do postawienia tezy, iż w przypadku, gdy podczas utrwalania przy pomocy urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk dojdzie do ujawnienia kontrolującym tajemnicy przedsiębiorstwa nie będzie możliwości skorzystania z zastrzeżenia tajemnicy na podstawie art. 65 ODOu. Co więcej, w tym przypadku kontrolowany nie będzie mógł przedstawić nośników niezawierających informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż utrwalanie przebiegu tych czynności będzie leżało w gestii kontrolujących. Problematiczną i wymagającą osobnej analizy jest możliwość równoczesnego nagrywania czynności kontrolnych przez osoby działające z upoważnienia administratora danych osobowych.

Protokół kontroli

Po ustaleniu stanu faktycznego w sprawie oraz zebrania dowodów (w szczególności: dokumentów, przedmiotów, oględzin oraz ustnych lub pisemnych wyjaśnień i oświadczeń), kontrolujący sporządzają protokół kontroli.

Treść protokołu kontroli została określona w art. 88 ust. 2 ODOu. Należy mieć na uwadze, iż protokół kontroli będzie zawierał jedynie wyszczególnienie załączników. Powyższe uzasadnia szczególną dbałość administratora

⁷ Dz.U.2018.419.

ra, aby osoby uczestniczące po jego stronie w czynnościach kontrolnych na bieżąco weryfikowały dokumenty przekazywane kontrolującym, tak aby możliwe było merytoryczne zweryfikowanie treści protokołu i ewentualne zgłoszenie zastrzeżeń.

Ustawodawca przyznał kontrolującemu możliwość zażądania wydania kopii lub wydruków dokumentów oraz informacji zgromadzonych na nośnikach, w urządzeniach oraz systemach informatycznych lub teleinformatycznych służących do przetwarzania danych osobowych. Informatyczne nośniki danych (tj. materiały lub urządzenia służące do zapisywania, przechowywania i odczytywania danych w postaci cyfrowej), na których zarejestrowano przebieg kontroli lub poszczególne czynności w jej toku mają stanowić załącznik do protokołu kontroli.

Kontrolowany powinien mieć pełną świadomość tego, na jakiej podstawie został ustalony stan faktyczny sprawy oraz jaka jest treść dokumentów i materiałów, na które powołują się kontrolujący. Szczególnie istotne będzie to w sytuacji, gdy w protokole zostaną zamieszczone informacje wskazujące na to, iż doszło do naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych.

Zgodnie z brzmieniem art. 88 ust. 2 pkt. 7 ODOu kontrolowany w protokole uzyska jedynie wyszczególnienie załączników, nie będzie znał ich treści. Jeżeli chodzi o wydane kontrolującemu w toku kontroli dokumenty należące do kontrolowanego, to sprawa wydaje się nie budzić większych wątpliwości z zastrzeżeniem, że wyszczególnienie będzie na tyle szczegółowe, iż pozwoli kontrolowanemu na zidentyfikowanie tych materiałów.

Inaczej, jak się wydaje może przedstawiać się ta sytuacja w kontekście

treści art. 84 ust. 4 ODOu, zgodnie z którym informatyczne nośniki danych, na których utrwalono całość lub części kontroli stanowią załącznik do protokołu kontroli. Nie wiadomo jednak w jaki sposób kontrolowany będzie mógł zapoznać się z ich treścią skoro protokół zawiera wyłącznie „wyszczególnienie załączników”. Okoliczność ta stanowi w naszej ocenie argument przemawiający za tym aby kontrolowany był uprawniony do utrwalenia przebiegu kontroli lub tych czynności w jej toku, których utrwalenia dokonują kontrolujący. W przypadku odmiennej interpretacji, do protokołu powinny być dołączone informatyczne nośniki danych, a nie tylko ich wyszczególnienie.

Z kolei w odniesieniu do przesłuchań w charakterze świadków pracowników kontrolowanego (art. 86 ODOu) szczególnie ważne jest zapewnienie podczas tej czynności obecności osoby upoważnionej przez administratora, jak również sporządzanie notatek z jej przebiegu. Umożliwi to kontrolowanemu dokonanie weryfikacji ustaleń zawartych w protokole z posiadanym materiałem. Praktyka pokaże, czy będą stosowane przez kontrolujących protokoły cząstkowe z poszczególnych czynności, do których bieżący wgląd będzie miał kontrolowany lub upoważnione przez niego osoby.

Data i miejsce podpisu protokołu przez kontrolowanego

Zgodnie z art. 88 ust. 2 pkt 10 ODOu w protokole kontroli ma znaleźć się data i miejsce jego podpisania przez kontrolowanego. Stosowanie tego przepisu w praktyce może sprawiać pewne problemy. Kontrolowany nie jest zobowiązany do podpisania protokołu kontroli. Może złożyć pisemne zastrzeżenia do protokołu kontroli, odmówić jego podpisania lub odmówić podjęcia jakiegokolwiek działania.

W przypadku odmowy podpisania protokołu kontroli albo bezczynności kontrolowanego, kontrolujący będą zobowiązani do uczynienia wzmianki w protokole kontroli odnotowującej ww. zdarzenia.

Wydaje się, iż przedstawiając kontrolowanemu protokół do podpisu będzie on zawierał puste miejsce, gdyż kontrolowany ma 7 dni od doręczenia mu protokołu na jego podpisanie i dostarczenie kontrolującemu. Kontrolujący sporządzając protokół kontroli nie mogą wiedzieć w którym miejscu i w jakiej dacie kontrolowany go podpisze (i czy podpisze w ogóle), jak również czy nie zostaną do niego złożone pisemne zastrzeżenia i z jaką datą ostatecznie kontrola się zakończy..

Forma protokołu kontroli

Zgodnie z art. 88 ust. 9 ODOu, protokół kontroli może zostać sporządzony w postaci elektronicznej albo w postaci papierowej.

Wybór jednej z dwóch równorzędnych postaci protokołu kontroli przysługuje wyłącznie kontrolującemu. Kontrolowany nie dysponuje żadnym środkiem, za pomocą którego mógłby kwestionować zasadność np. sporządzenia protokołu w formie elektronicznej, podczas gdy kontrola dotyczyła wyłącznie dokumentacji przetwarzanej w formie papierowej, a sam kontrolowany nie dokonuje żadnych czynności przetwarzania danych osobowych w formie elektronicznej.

W przypadku sporządzenia protokołu kontroli w postaci papierowej stosowanie przepisów ODOu, w szczególności w zakresie dostarczenia protokołu kontrolowanemu, podpisu czy ilości sporządzanych egzemplarzy nie sprawia trudności. Znacznie bardziej skomplikowane jest postępowanie z protokołem w formie elektronicznej.

Nie wiadomo w jaki sposób rozumieć ilość egzemplarzy protokołu w formie

elektronicznej. Dokumenty w formie elektronicznej stanowią zapis informacji w formie elektronicznej. Drugi egzemplarz dokumentu będzie jedynie jego kopią, chyba że kontrolujący nadadzą protokołowi indywidualny numer ewidencyjny i opatrzą go certyfikowanym podpisem elektronicznym.

Ustawodawca w żadnym miejscu nie nakazuje kontrolowanemu udostępniania kontrolującemu swojego adresu poczty elektronicznej. Nie wiadomo wówczas w jaki sposób dostarczyć mu protokół kontroli w formie elektronicznej.

W końcu, w jaki sposób mają podpisać protokół w formie elektronicznej kontrolowany i kontrolujący w sytuacji, gdy nie ma powszechnego obowiązku dysponowania podpisem elektronicznym? Jeżeli kontrolowany w jakikolwiek sposób zmodyfikowałby przesłany mu protokół opatrzony przez kontrolujących podpisem elektronicznym, wówczas zaingerowałaby w jego treść, co wydaje się być niedopuszczalne.

Ustawodawca niestety nie przedstawia żadnego wyjaśnienia problemów wskazanych powyżej. Wydaje się, że jedyną formą zabezpieczenia swoich interesów przez kontrolowanego jest dokonanie odpowiednich uzgodnień z kontrolującymi w toku kontroli i ustalenie sposobu postępowania w sprawie.

Doręczanie protokołu

Opisując czynność polegającą na udostępnieniu kontrolowanemu protokołu w celu zapoznania się z jego treścią oraz podpisania, złożenia ewentualnych pisemnych zastrzeżeń lub trwania w bezczynności, ustawodawca posługuje się terminami: przekazuje, doręcza oraz przedstawia do podpisu.

Zasady techniki pracodawczej oraz domniemanie racjonalności ustawo-

dawcy zakazują przypisywania tego samego znaczenia różnym pojęciom.

„Doręczenie” pojawia się w art. 88 ust. 7 ODOu: „Brak doręczenia kontrolującemu podpisanego protokołu kontroli i niezgłoszenie zastrzeżeń do jego treści w terminie, o którym mowa w ust. 4, uznaje się za odmowę podpisania protokołu kontroli” oraz w art. 88 ust. 9 ODOu „Protokół kontroli sporządza się w postaci elektronicznej albo w postaci papierowej w dwóch egzemplarzach. Protokół kontroli kontrolujący doręcza kontrolowanemu”.

O „przekazaniu” mowa w art. 88 ust. 3 ODOu: „Protokół kontroli podpisuje kontrolujący i przekazuje kontrolowanemu w celu podpisania” i art. 88 ust. 6 ODOu „W razie nieuwzględnienia zastrzeżeń w całości albo części, kontrolujący przekazuje kontrolowanemu informacje o tym wraz z uzasadnieniem”.

„Przedstawienie do podpisu” pojawia się w art. 88 ust. 4 ODOu: „Kontrolowany w terminie 7 dni od dnia przedstawienia protokołu kontroli do podpisu podpisuje go albo składa pisemne zastrzeżenia do jego treści”.

Szczególne wątpliwości budzi relacja zachodząca pomiędzy art. 88 ust. 3, ust. 4 i ust. 9 ODOu. W tych trzech przepisach chodzi dokładnie o tą samą czynność – kontrolowany musi otrzymać protokół w celu uzyskania informacji o wynikach kontroli oraz podjęcia odpowiednich działań.

Analiza użycia przez ustawodawcę różnych pojęć na opisanie tej samej czynności nie ma wyłącznie charakteru teoretycznego.

Przez doręczenie protokołu kontroli należy rozumieć sytuację, w której kontrolowany faktycznie wejdzie w jego posiadanie. Znaczenie ma tutaj osiągnięcie rzeczywistego skutku, zmiany w stanie faktycznym. Te same

argumenty znajdują zastosowanie dla przedstawienia protokołu kontroli do podpisu.

Przekazanie natomiast sugeruje wyłącznie podjęcie określonego działania przez stronę „przekazującą”, podobne jest bardziej do czynności starannego działania a nie rezultatu, tak jak w przypadku doręczenia i przedstawienia protokołu kontroli do podpisu.

Rozróżnienie pomiędzy „przekazaniem”, „przedstawieniem do podpisu” i „doręczeniem” byłoby uzasadnione w przypadku, gdyby pojęcia te odnosiły się np. odrębnie do postępowania z protokołem kontroli sporządzonym w postaci pisemnej i elektronicznej. Ustawodawca nie zdecydował się jednak na taki zabieg.

Jedynym sposobem na utrzymanie spójności regulacji jest przyjęcie założenia, iż przez przekazanie, przedstawienie do podpisu i doręczenie należy rozumieć tą samą czynność, polegającą na faktycznym wydaniu egzemplarza protokołu kontroli tak by kontrolowany mógł się z nim zapoznać i podjąć sprawną decyzję co do dalszego postępowania.

Czas trwania kontroli

Przepisy ODOu stanowią, iż kontrola przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych powinna być prowadzona nie dłużej niż przez 30 dni.

Termin początkowy kontroli został wskazany w ODOu w sposób niebudzący wątpliwości. Liczy się on od okazania kontrolowanemu lub osobie przez niego upoważnionej imiennego upoważnienia do przeprowadzenia kontroli, a w przypadku ich nieobecności osobie czynnej w lokalu przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 97 KC lub przywołanemu świadkowi, o ile jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu definicji z art. 115 § 13 KK.

Komplikacje pojawiają się przy jasnym wskazaniu momentu, w którym kontrola zakończyła się.

Po sporządzeniu protokołu kontroli, kontrolujący muszą doręczyć go kontrolowanemu. W terminie 7 dni od przedstawienia protokołu kontroli do podpisu, kontrolowany powinien go podpisać i doręczyć kontrolującemu. Jeżeli kontrolowany nie podpisze protokołu kontroli albo podpisze go, ale nie doręczy kontrolującemu w przewidzianym terminie, kontrolujący czynią o tym wzmiankę w protokole kontroli. Dokonanie wzmianki, o której mowa powyżej stanowi zakończenie kontroli.

W przypadku, w którym kontrolowany podpisał protokół kontroli i zdążył dostarczyć go kontrolującemu w terminie 7 dni od przedstawienia protokołu kontroli do podpisu, terminem zakończenia kontroli jest nie dzień dostarczenia podpisanego protokołu kontrolującemu, ale dzień jego podpisania przez kontrolowanego.

Przykład:

Jeżeli kontrolowany odebrał protokół kontroli 18 marca, podpisał go 20 marca, ale dostarczył kontrolującemu dopiero 25 marca, to kontrola zakończyła się właśnie 20 marca, tj. w dniu jego podpisania.

Do czasu trwania kontroli nie wlicza się terminów przewidzianych na zgłoszenie przez kontrolowanego zastrzeżeń do protokołu kontroli lub podpisanie i doręczenie protokołu kontroli przez kontrolowanego.

W przypadku, w którym kontrolowany spóźniłby się z doręczeniem podpisanego protokołu kontroli o jeden dzień i doręczył go kontrolującemu 26 marca, to kontrola ulegnie zakończeniu dopiero w momencie, w którym kontrolujący czynią odpowiednią wzmiankę w protokole kontroli, nawet jeżeli miało-

by to mieć miejsce kilkanaście dni później.

W ODOu nie przewidziano regulacji określającej termin zakończenia kontroli w przypadku złożenia pisemnych zastrzeżeń do protokołu kontroli.

Kontrolowany ma możliwość złożenia pisemnych zastrzeżeń do treści protokołu w terminie 7 dni od przedstawienia protokołu kontroli do podpisu. Wówczas kontrola nie ulega zakończeniu. Kontrolujący muszą dokonać analizy pisemnych zastrzeżeń i w razie konieczności zmienić lub uzupełnić odpowiednią część protokołu kontroli w formie aneksu.

Zgodnie z art. 89 ust 1 ODOu do terminu trwania kontroli nie wlicza się terminów przewidzianych na zgłoszenie zastrzeżeń do protokołu kontroli (7 dni od przedstawienia kontrolowanemu protokołu kontroli do podpisu). Brakuje przesłanek do wyłączenia z terminu trwania kontroli okresu, w którym kontrolujący będą dokonywali analizy pisemnych zastrzeżeń do protokołu kontroli, tym bardziej że będzie mogło to wiązać się z podjęciem przez kontrolujących dodatkowych czynności kontrolnych.

Skutki złożenia pisemnych zastrzeżeń do protokołu kontroli

Poprzez złożenie pisemnych zastrzeżeń do protokołu kontroli, kontrolowany może kwestionować m.in. jej prawidłowość, przebieg oraz ustalenia poczynione przez kontrolujących.

Kontrolujący są zobowiązani do dokonania analizy pisemnych zastrzeżeń. Jeżeli okaże się, że w trakcie kontroli nie dokonano ustaleń lub weryfikacji okoliczności wskazanych w treści pisemnych zastrzeżeń lub też konieczne jest dokonanie dodatkowych czynności w celu ustosunkowania się do twierdzeń zawartych w pisemnych zastrzeżeniach, kontrolujący będą

mogli podjąć dodatkowe czynności kontrolne.

Jeżeli okaże się, że pisemne zastrzeżenia są zasadne, kontrolujący zmienią lub uzupełnią odpowiednią część protokołu kontroli w formie aneksu.

Należy wskazać, iż o wynikach analizy pisemnych zastrzeżeń do protokołu kontroli, kontrolowany jest informowany wyłącznie w przypadku, w którym pisemne zastrzeżenia są nieuwzględniane w całości albo w części. Wówczas kontrolujący poinformują o tym kontrolowanego oraz uzasadnią podjętą decyzję. W przypadku, w którym pisemne zastrzeżenia zostaną w całości uwzględnione, kontrolujący nie ma obowiązku poinformowania o tym kontrolowanego.

Dodatkowo, w przypadku uwzględnienia pisemnych zastrzeżeń do protokołu kontroli w całości lub w części i zmianie protokołu w formie aneksu w ODOu ustawodawca nie przewiduje regulacji, która nakazywałaby kontrolowanemu podpisanie protokołu kontroli.

Należy domniemywać, iż ustawodawca przyjął założenie, zgodnie z którym gdy kontrolujący nie objął części protokołu kontroli pisemnymi zastrzeżeniami, to w sposób milczący się z nimi zgadza.

W odróżnieniu jednak od całkowitej bezczynności kontrolowanego, która uruchamia po stronie kontrolujących obowiązek dokonania adnotacji w protokole, stanowiącą jednocześnie termin zakończenia kontroli w przypadku złożenia pisemnych zastrzeżeń do protokołu kontroli nie wiadomo, kiedy ulegnie ona zakończeniu.

Kontrolujący, zgodnie z zasadą legalizmu nie mogą samodzielnie dokonać adnotacji w protokole o skutkach równoważnych z adnotacją dokonywaną na podstawie art. 89 ust. 2 ODOu.