

Marcin Rojszczak\*

## Reforma krajowych przepisów o ochronie danych a kwestia niezależności organów nadzorczych na tle rozporządzenia 2016/679 i dyrektywy 2002/58 – uwagi krytyczne

### Spis treści

- I. Uwagi wprowadzające
- II. Niezależność organu nadzorczego na tle unijnych przepisów o ochronie danych
- III. Niezależność organu nadzorczego na tle unijnych przepisów o e-privacy
- IV. Krajowe organy nadzoru – obecny stan prawny
- V. Proponowana reforma i powołanie PUODO
- VI. Podsumowanie

### Streszczenie

Rozpoczęcie stosowania przepisów ogólnego rozporządzenia oraz procedowana reforma GODO stanowi dobry moment do podsumowania poglądów doktryny i judykatury związanych z niezależnością krajowych organów nadzorczych w obszarze ochrony danych oraz prywatności w łączności elektronicznej. W artykule omówiono genezę zasady niezależności, sposób jej definiowania, a także konsekwencje dla pozycji ustrojowej organów nadzorczych. Wyjaśniono pojęcie „całkowitej niezależności”, wprowadzone przepisami dyrektywy 95/46 i mające fundamentalne znaczenie dla ukształtowania statusu i pozycji prawnej organów powołanych do spraw ochrony danych w państwach członkowskich. Wskazano różnice pomiędzy „całkowitą niezależnością” a niezależnością cechującą organy nadzorcze w obszarze łączności elektronicznej. Omówiono krajowe doświadczenia związane z implementacją prawa UE w badanym obszarze na przykładzie GODO oraz Prezesa UKE. W ostatniej części artykułu analizie poddano projekt nowej ustawy o ochronie danych, w szczególności zaś przepisy prowadzące do powołania nowego organu nadzorczego – Prezesa UODO. Wskazano kluczowe obszary, wymagające doprecyzowania w celu uniknięcia ryzyka wprowadzenia rozwiązań prawnych, które mogą być uznane za niezgodne z prawem UE.

**Słowa kluczowe:** ochrona danych osobowych; prawo do prywatności; niezależne organy nadzorcze; rozporządzenie 2016/679.

**JEL:** K23.

\* Autor jest doktorantem w Instytucie Nauk Prawno-Administracyjnych UW; e-mail: marcin.rojszczak@gmail.com.

## I. Uwagi wprowadzające<sup>1</sup>

Problematyka oceny skuteczności praw podstawowych jest w sposób naturalny łączona z obszarem prawa konstytucyjnego oraz międzynarodowymi systemami ochrony praw człowieka. W nauce prawa ugruntowany został podział na prawa pierwszej i drugiej generacji. Z pierwszymi wiązano głównie negatywne obowiązki państw – a więc konieczność powstrzymania się od nieuprawnionej ingerencji. Z kolei prawa drugiej generacji wiązane są z obowiązkami pozytywnymi, a więc ukształtowaniem prawodawstwa krajowego w sposób prowadzący do poszanowania praw jednostki także w relacjach horyzontalnych. Podział ten stracił w dużej mierze na aktualności, głównie na skutek zrozumienia, że prawa i wolności jednostki nie mogą być chronione w różną intensywnością i skutkiem, w zależności od statusu prawnego strony dokonującej naruszenia. Dlatego, chociaż tradycyjnie prawo do prywatności wiązane jest z pierwszą generacją praw człowieka zarówno na płaszczyźnie przepisów krajowych, jak i międzynarodowych, przyjmuje się, że jego ochrona nie może ograniczać się wyłącznie do realizacji obowiązków negatywnych, ale musi również obejmować regulację stosunków horyzontalnych z wykorzystaniem środków publicznoprawnych.

Na skutek ewolucji norm prawnych dotyczących prawa do prywatności oraz danych osobowych w prawodawstwie UE przyjęto, że ich skuteczna ochrona nie może być realizowana bez powołania właściwego organu nadzorczego, którego istotną cechą jest zachowanie niezależności. Potrzeba zapewnienia niezależności organu nadzoru była wskazywana już w pierwszych rezolucjach PE, podejmowanych jeszcze w latach siedemdziesiątych dwudziestego wieku. W wytycznych z 8 maja 1979 r. przygotowanych dla KE, wskazano potrzebę powołania przez każde państwo członkowskie „niezależnego organu, posiadającego odpowiednie kadry oraz finansowanie, w celu monitorowania stosowania na jego obszarze działania norm Wspólnoty oraz przepisów krajowych je implementujących”<sup>2</sup>. W europejskim modelu ochrony danych, zapewnienie niezależności jest postrzegane jako fundamentalne dla możliwości ochrony praw jednostek przed naruszeniami ze strony władz publicznych.

Niezależność organu może być definiowana w różny sposób. W. Pawłuszko wskazuje, że niezależność sama w sobie jest tylko postulatem, wobec czego organ może być niezależny w mniejszym lub większym stopniu (Pawłuszko, 2014, s. 84). W ujęciu węższym, niezależność wiąże się z niepodleganiem wpływom ze strony podmiotów nadzorowanych. W takim rozumieniu niezależność warunkuje obiektywizm przy rozpatrywaniu spraw indywidualnych oraz wydawaniu kończących ich decyzji. Pamiętając jednak, że pierwotnie obszar ochrony prywatności był wiązany głównie z zagrożeniami wertykalnymi – przedstawiona definicja niezależności jest niewystarczająca. Skoro bowiem działania organu nadzoru mają chronić prawa jednostki także przed zagrożeniami pochodzącymi od państwa, niezależność musi być rozumiana szerzej – jako wolność od wpływu zewnętrznego, wyrażająca się niepodleganiem arbitralnym decyzjom władz politycznych.

Pomocny w zrozumieniu znaczenia różnych elementów składających się na prawną gwarancję niezależności organu może być model oceny zaproponowany przez F. Gilardiego. Wśród najważniejszych wskaźników niezależności definiuje on: długość kadencji kierującego organem,

<sup>1</sup> Stan prawny oraz odnośniki internetowe aktualne na dzień 19.03.2018 r.

<sup>2</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 8.05.1979 w sprawie ochrony praw jednostek w odniesieniu do postępu technicznego w dziedzinie automatycznego przetwarzania danych PE z dn. 8 maja 1979 (Dz.U. WE z 1979 Nr C 140, s. 38).

sposób jego powołania, możliwy tryb odwołania, możliwość pełnienia funkcji w organie jednocześnie z piastowaniem innych stanowisk w egzekutywie, odnawialność mandatu, formalne zobowiązania organu względem rządu i parlamentu, istnienie uprawnienia do zewnętrznej weryfikacji podejmowanych przez organ decyzji, sposób zapewniania finansowania działalności oraz kontrolowania wydatków, a także sposób wewnętrznej organizacji pracy organu, w tym odpowiedzialność za politykę kadrową (Pawłuszko, 2014, s. 85–88). „Niezależność” jest zatem pojęciem wieloaspektowym, a jej analiza musi uwzględniać szereg czynników określających swobodę wykonywania działań przez organ nadzoru.

Rozumienie pojęcia „niezależności organu nadzoru” ewoluowało w ciągu ostatnich dwudziestu lat. Było związane z rozwojem rynku przetwarzania oraz pojawianiem się nowych zagrożeń dla ochrony prywatności. Wraz z przyjęciem regulacji dotyczących ochrony prywatności w łączności elektronicznej (dyrektywa 2002/58<sup>3</sup>) oraz reformą unijnych ram regulacyjnych dotyczących usług łączności, kwestię zapewnienia niezależności zaczęto rozpatrywać w szerszym ujęciu, nie tylko jako cechę sensu stricto organu właściwego do spraw ochrony danych osobowych. Bliski termin rozpoczęcia stosowania ogólnego rozporządzenia o ochronie danych (rozporządzenie 2016/679)<sup>4</sup> oraz trwające prace legislacyjne nad nowym rozporządzeniem o ochronie prywatności w łączności elektronicznej<sup>5</sup> stanowią dobry moment do przeanalizowania dorobku prawnego UE oraz próby określenia najważniejszych kryteriów, pomocnych do oceny realizacji zasady niezależności w prawodawstwie krajowym. Problematyka ta wydaje się tym istotniejsza, że w związku z przygotowaniem polskiego systemu prawnego na rozpoczęcie stosowania rozporządzenia 2016/679, planowane jest przeprowadzenie głębokiej reformy krajowego organu nadzoru. Jej zakres oraz szczegółowe rozwiązania prawne budzą uzasadnione wątpliwości odnośnie do zgodności z prawem UE.

## II. Niezależność organu nadzorczego na tle unijnych przepisów o ochronie danych

Konieczność powołania organu nadzoru została po raz pierwszy wprowadzona do prawodawstwa unijnego na podstawie przepisów dyrektywy 95/46. W motywie 62 aktu wskazano, że utworzone organy powinny „wykonywać swoje funkcje w sposób całkowicie niezależny”, co z kolei miało stanowić „zasadniczy element ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych”. Postulat ten został rozwinięty w art. 28 ust. 1 dyrektywy, zgodnie z którym państwa członkowskie zostały zobowiązane do powołania jednego lub więcej organów odpowiedzialnych za kontrolę stosowania przepisów przyjętych w drodze transpozycji do prawa krajowego. W redakcji przepisu wskazano, że przy wykonywaniu powierzonych im funkcji organy nadzoru powinny postępować w sposób „całkowicie niezależny”<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.07.2002 dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE Nr L 201, s. 37).

<sup>4</sup> Rozporządzenie 2016/679 Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z 27.04.2016 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz.U. UE L 119 z 4.5.2016); dalej także jako: RODO.

<sup>5</sup> Zob. wniosek KE dotyczący przyjęcia nowego rozporządzenia, procedura ustawodawcza 2017/0003/COD. Pozyskano z: [http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2017\\_3](http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2017_3).

<sup>6</sup> Chociaż w polskim tłumaczeniu art. 228 ust. 3 TFUE zastosowano termin „w pełni niezależny” dla opisanego sposobu wykonywania funkcji przez Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich, w angielskiej wersji językowej funkcjonuje pojęcie *completely independent* – identyczne, jak w dyrektywie 95/46. Można zatem przyjąć, że na gruncie prawa UE zakres niezależności organu ds. ochrony danych oraz Europejskiego RPO jest tożsamy.

Wraz z reformą lizbońską<sup>7</sup> państwa członkowskie zdecydowały się na wzmocnienie gwarancji związanych z prawami podstawowymi, w tym także z ochroną prywatności oraz danych osobowych, poprzez nadanie Kartie Praw Podstawowych (dalej: KPP)<sup>8</sup> mocy równej traktatom. W rezultacie zarówno prawo do prywatności (art. 7 KPP), jak i ochrona danych osobowych (art. 8 KPP) uzyskały status praw podstawowych w UE. Prawo materialne wynikające z art. 8 ust. 1 i 2 KPP zostało uzupełnione normą wynikającą z art. 8 ust. 3, zgodnie z którą „przestrzeganie tych zasad podlega kontroli niezależnego organu”. W ten sposób, jak wskazuje K. Rokita (2016, s. 6), aspekt materialny prawa został nierozdzielnie związany z elementem instytucjonalnym. W takim rozumieniu, bez poddania nadzoru nad obszarem ochrony danych kontroli niezależnego organu, nie można mówić o pełnym zagwarantowaniu prawa do ochrony danych w kształcie wynikającym z KPP.

Jednocześnie, do Traktatu o funkcjonowaniu UE (dalej: TFUE)<sup>9</sup> wprowadzono nowy przepis kompetencyjny, stanowiący podstawę dla działań prawodawczych UE w obszarze budowy wspólnej przestrzeni przetwarzania danych. Zgodnie z art. 16 ust. 1 TFUE, każda osoba ma prawo do ochrony danych osobowych jej dotyczących. Przepis art. 16 ust. 2 stanowi podstawę dla przyjęcia aktów prawa wtórnego, regulujących zasady dotyczące ochrony prywatności w związku z przetwarzaniem danych osobowych na terenie UE. Przy czym elementem wprowadzanych norm prawa wtórnego musi być zapewnienie, że ich przestrzeganie „podlega kontroli niezależnych organów”.

Kwestia niezależności, jakkolwiek wynikająca wprost z prawa UE, nie była interpretowana jednakowo przez poszczególne państwa członkowskie. Sposób umocowania w prawie krajowym organu nadzorczego, w tym zasady wyłaniania, finansowania, a także zakres możliwej kontroli ze strony władzy wykonawczej stał się przedmiotem sporu pomiędzy Komisją a niektórymi państwami. W jego efekcie Komisja, działając zgodnie z procedurą określoną w art. 258 TFUE, wniosła do Trybunału Sprawiedliwości wnioski zmierzające do stwierdzenia uchybienia ze strony Niemiec, Austrii oraz Węgier. Tłem wszystkich spraw było potwierdzenie czy wskazane państwa dopuściły się naruszenia prawa UE poprzez niezapewnienie „całkowitej niezależności” powołanym krajowym organom nadzoru. Chociaż poszczególne sprawy były rozpatrywane na gruncie dyrektywy 95/46, a nie rozporządzenia 2016/679, to wskazane w nich tezy nie straciły na aktualności i nadal mogą służyć za wykładnię w dyskusji dotyczącej zasad i granic niezależności organów nadzoru.

W sprawie *Komisja v. Niemcy* Trybunał zauważył, że „nic nie wskazuje na to, że wymóg niezależności dotyczy wyłącznie stosunku między organami kontroli a instytucjami podlegającymi kontroli”<sup>10</sup>. W ten sposób Trybunał zaaprobował pogląd, że niezależność organu nadzoru powinna być rozumiana w ujęciu szerokim, obejmującym nie tylko podmioty nadzorowane, lecz także wyrażającym się pozostawianiem poza jakimkolwiek wpływem z zewnątrz, który w sposób bezpośredni czy pośredni mógłby ją ograniczać<sup>11</sup>. Jednocześnie TSUE wskazał, że pozostawianie poza wpływem administracji rządowej nie powinno prowadzić do wniosku, że organy te znajdują się poza faktyczną kontrolą państwa. W szczególności zasady niezależności nie narusza kontrola sądowa czy – w określonych granicach – parlamentarna. Także osoby wykonujące funkcje

<sup>7</sup> Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie 13.12.2007 (Dz. Urz. UE z 2007 C Nr 306, str. 1).

<sup>8</sup> Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 30.03.2010 (Dz. Urz. UE z 2010 nr C 83, s. 389).

<sup>9</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE z 2016 C Nr 202, s. 47).

<sup>10</sup> Wyr. TSUE z dn. 9.3.2010 r. w sprawie *Komisja v. Niemcy*, sygn. C-518/07, p. 19.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 25

zarządcze w organie nadzorczym mogą być mianowane przez parlament lub rząd. W efekcie całkowita niezależność powinna być rozumiana jako podleganie organu właściwego do spraw ochrony danych wyłącznie ustawie, bez możliwości wpływu na jego działanie przez inne organy administracji publicznej (w sposób „mniej więcej niezależny od rządu”<sup>12</sup>).

Z kolei w wyroku *Komisja v. Austria*, Trybunał dokonał dalszej wykładni „całkowitej niezależności” organów nadzoru. Uznał, że poddanie zarówno władz, jak i pracowników organu jakiegokolwiek ocenie zewnętrznej, w tym związanej z przynależnością do korpusu urzędników administracji prowadzi do naruszenia zasady niepodlegania wpływom z zewnątrz. W tym zakresie TSUE wskazał na istnienie ryzyka „przewidywalnego posłuszeństwa”, rozumianego jako postępowanie organu nadzoru w sposób odzwierciedlający oczekiwania egzekutywy. Nawet uzależnienie awansu służbowego w korpusie pracowników administracji od oceny przełożonego spoza struktur organu nadzoru może tworzyć przestrzeń do podejrzeń o stronniczość<sup>13</sup>. W efekcie nie tylko kierownictwo, ale i pracownicy organu nadzoru powinni być wolni od wpływu zewnętrznego, rozumianego w szczególności jako podleganie ocenom mającym wpływ na ich status zawodowy. Co więcej, Trybunał stwierdził, że również uprawnienie rządu do uzyskiwania w każdym czasie informacji na temat wszelkich aspektów zarządzania organem prowadzi do wykreowania pośredniego wpływu, niedającego się pogodzić z zasadą całkowitej niezależności<sup>14</sup>.

Istotnym zagadnieniem, mającym wpływ na swobodę działalności organu są gwarancje związane z nieusuwalnością, a w szczególności przesłanki uzasadniające przedwczesne zakończenie kadencji. Kwestia ta stała się przedmiotem rozważań Trybunału na skutek rozpoznania sprawy *Komisja v. Węgry*, której kanwą było skrócenie kadencji organu w wyniku przyjęcia zmian konstytucyjnych wprowadzających nową organizację nadzoru nad obszarem ochrony danych. Trybunał potwierdził, że każde państwo członkowskie posiada swobodę w określaniu modelu instytucjonalnego nadzoru. Uprawnienie to nie może jednak prowadzić do przedterminowego zakończenia kadencji organu na podstawie przepisów innych, niż obowiązujące w momencie jego powołania. W tym zakresie zasada całkowitej niezależności oznacza obowiązek poszanowania przez państwo członkowskie kadencji organu „aż do pierwotnie przewidzianego zakończenia”<sup>15</sup>. Podkreślenia wymaga fakt, że w analizowanym przypadku zmiana modelu nadzoru była związana z nowelizacją przepisów konstytucyjnych. Zatem nawet zmiana konstytucji nie może być uznana za obiektywną przesłankę uzasadniającą skrócenie kadencji organu nadzoru.

Z orzecznictwa Trybunału wynika, że powołane na podstawie unijnych przepisów o ochronie danych organy nadzoru pełnią funkcję strażników prawa do poszanowania życia prywatnego. Dlatego zapewnienie ich niezależności jest warunkiem niezbędnym, aby mogły pozostawać poza jakimkolwiek podejrzeniem stronniczości. Na podstawie omówionych orzeczeń, można podjąć próbę zrekonstruowania warunków brzegowych, jakie musi spełniać prawodawstwo krajowe w celu poszanowania zasady całkowitej niezależności nadzoru nad obszarem danych osobowych:

- organ nadzoru powinien podlegać wyłącznie ustawie;

<sup>12</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>13</sup> Wyr. TSUE z dn. 16.10.2012 r. w sprawie *Komisja v. Austria*, sygn. C-614/10, p. 51.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>15</sup> Wyr. TSUE z dn. 8.04.2014 r. w sprawie *Komisja v. Węgry*, sygn. C288/12, p. 50.

- niedopuszczalny jest bezpośredni lub pośredni wpływ polityczny na sposób wykonywania zadań przez organ nadzoru;
- prawodawca może określać kompetencje organu, a także wskazać sposób powoływania w sposób uwzględniający rolę parlamentu lub rządu;
- zarówno osoby zarządzające, jak i pracownicy organu nie mogą podlegać, także pośrednio, ocenie zewnętrznej mającej wpływ na ich awans zawodowy;
- niedopuszczalne jest skrócenie kadencji przed terminem w sposób nieprzewidziany w przepisach obowiązujących w czasie powołania organu.

Wraz z rozpoczęciem stosowania ogólnego rozporządzenia, przepis art. 28 dyrektywy 95/46 zostanie zastąpiony przez bardziej rozbudowane normy art. 51–53 rozporządzenia 2016/679. Prawodawca unijny, przygotowując projekt rozporządzenia, bazował na wcześniejszym dorobku orzecznictwem TSUE, stąd też przepisy ogólnego rozporządzenia należy traktować jako prowadzące do wzmocnienia zasady niezależności nadzoru. Dlatego, poza przywołaniem też z wyroków TSUE<sup>16</sup>, w rozporządzeniu wskazano, że elementem niezależności jest także dysponowanie odrębnym, publicznym budżetem rocznym (art. 52 ust. 6 RODO). Ponadto w przepisach rozporządzenia doprecyzowano, że członek organu nadzorczego może zostać odwołany ze stanowiska wyłącznie w przypadku poważnego uchybienia lub gdy przestał spełniać warunki niezbędne do pełnienia obowiązków (art. 53 ust. 4 RODO).

Z kolei w opinii Rady podkreślono, że poza dotychczasowym rozumieniem roli niezależnego nadzoru – jako strażnika praw podstawowych – wraz z przyjęciem rozporządzenia, organy nadzoru będą bezpośrednio stosowały prawo unii i w efekcie będą przyczyniały się do spójnego stosowania rozporządzenia na całym rynku wewnętrznym<sup>17</sup>. Dlatego zapewnienie ich całkowitej wolności od wpływu władz państwowych powinno stanowić warunek konieczny do ujednoczenia zasad ochrony informacji na obszarze Unii, a przez to wspierania transformacji gospodarki do modelu opartego na wiedzy oraz informacji.

### III. Niezależność organu nadzorczego na tle unijnych przepisów o e-privacy

Przedstawione rozważania dotyczące znaczenia w prawie UE zapewnienia niezależności organów nadzoru dla gwarancji związanych z prawem do prywatności byłyby niepełne, bez odniesienia do dyrektywy 2002/58. Stanowi ona regulację szczególną w zakresie przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej. Chociaż dyrektywa 2002/58 (określana w piśmiennictwie jako dyrektywa o e-privacy) jest ściśle związana z przepisami dotyczącymi ochrony danych (rozporządzeniem 2016/679, a wcześniej dyrektywą 95/46), to prawodawca unijny zdecydował się na wprowadzenie szeregu odmiennych przepisów, mających zastosowanie wyłącznie w sektorze łączności elektronicznej. W pierwotnym brzmieniu dyrektywy 2002/58, prawodawca nie wskazał konieczności wyznaczenia organu nadzorczego

<sup>16</sup> Bezpośrednie nawiązanie do wykładni TSUE terminu „całkowita niezależność” można odnaleźć w projekcie ogólnego rozporządzenia, przedstawionym przez Komisję Europejską, COM(2012) 11 final, s. 15.

<sup>17</sup> Stanowisko Rady w pierwszym czytaniu w sprawie przyjęcia Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, ST 5419 2016 REV 1. Pozyskano z: <http://cli.re/6pqyQM>, s. 28.

(regulacyjnego), właściwego do spraw przestrzegania przepisów ustanowionych w wyniku transpozycji aktu do prawa krajowego. Stało się tak, ponieważ dyrektywa 2002/58 stanowiła część nowego modelu regulacyjnego sieci i usług łączności elektronicznej, na którą składało się łącznie pięć dyrektyw szczegółowych<sup>18</sup>. W efekcie wytyczne odnośnie do sposobu organizacji oraz funkcjonowania organu właściwego do nadzoru tego obszaru można odnaleźć w innym akcie, dyrektywie 2002/21 (tzw. dyrektywa ramowa). Zgodnie z motywem 11 wskazanej dyrektywy, państwa członkowskie winny zapewnić niezależność krajowych organów regulacyjnych, aby umożliwić im wydawanie decyzji w sposób bezstronny, co należy rozumieć jako „niezależny od stron zaangażowanych w dany spór”<sup>19</sup>. S. Piątek zauważa, że realizując zasadę separacji funkcji regulacyjnych i operacyjnych, państwa członkowskie powinny zagwarantować samodzielność krajowych władz regulacyjnych poprzez prawną odrębność i funkcjonalną niezależność od wszelkich organizacji zapewniających sieci, usługi i sprzęt telekomunikacyjny. Natomiast w przypadku utrzymywania przez państwo uprawnień własnościowych lub kontroli w stosunku do przedsiębiorstw telekomunikacyjnych, konieczne jest zapewnienie strukturalnej separacji funkcji regulacyjnych oraz własnościowych i kontrolnych (Piątek, 2003). Przywołując wcześniejsze rozważania na temat możliwych definicji terminu „niezależność”, w przypadku organów regulacyjnych ustanowionych w sektorze łączności elektronicznej zastosowano pojęcie węższe – a więc związane z bezstronnością od stron postępowania (niezależnością od podmiotów nadzorowanych).

W 2009 roku przeprowadzono reformę ram regulacyjnych w dziedzinie sieci i usług łączności elektronicznej, w efekcie czego przyjęto dwa kolejne akty – dyrektywę 2009/136<sup>20</sup> oraz dyrektywę 2009/140<sup>21</sup>. Jednym z obszarów podjętych przez pracodawcę w dyrektywie 2009/140 była kwestia umocowania właściwych organów nadzorczych, a w szczególności kwestia zapewnienia ich niezależności w kształcie zbliżonym do wynikającego z przepisów o ochronie danych<sup>22</sup>. W efekcie do dyrektywy 2002/58 dodano nowy art. 3a, zgodnie z którym „krajowe organy regulacyjne odpowiedzialne za regulację rynku *ex ante* lub rozstrzyganie sporów między przedsiębiorstwami (...) działają niezależnie i nie występują o instrukcje do żadnego innego podmiotu ani nie przyjmują takich instrukcji w związku z wykonywaniem tych zadań, przydzielonych im na podstawie prawa krajowego wdrażającego prawo wspólnotowe”. W znowelizowanych przepisach wskazano także, że odwołanie osoby piastującej organ powinno nastąpić według procedury obowiązującej w prawie krajowym w czasie jej powołania na stanowisko. Doprecyzowano również potrzebę zapewnienia organom oddzielnych, rocznych budżetów – a więc atrybutów niezależności również w wymiarze finansowym. W efekcie przeprowadzonej reformy, prawodawca unijny rozszerzył definicję niezależności organów nadzorów w sposób zbliżony do wynikającego z przepisów o ochronie danych.

<sup>18</sup> Są to: (1) dyrektywa 2002/19 w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (tzw. dyrektywa o dostępie); (2) dyrektywa 2002/20 w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (tzw. dyrektywa o zezwoleniach); (3) dyrektywa 2002/21 w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (tzw. dyrektywa ramowa); (4) dyrektywa 2002/22 (tzw. dyrektywa o usłudze powszechnej) oraz (5) dyrektywa 2002/58.

<sup>19</sup> Por. motyw 12 dyrektywy 2002/21.

<sup>20</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/136 z 25.11.2009 zmieniająca dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów (Dz. Urz. UE z 2009 Nr L 337, s. 11).

<sup>21</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140 z 25.11.2009 zmieniająca dyrektywy 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci i usług łączności elektronicznej oraz wzajemnych połączeń oraz 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE z 2009 Nr L 337, s. 37).

<sup>22</sup> Por. motyw 13 dyrektywy 2009/140.

Należy jednak pamiętać, że o ile w przypadku organu właściwego do spraw ochrony danych źródeł niezależności należy poszukiwać w ochronie praw jednostki, to w przypadku regulatora sektora łączności elektronicznej niezależność miała prowadzić do przełamania monopolu państwa. Jak bowiem zauważa A. Krasuski, przyjęte w dyrektywie ramowej postulaty niezależności organu wynikały z tego, że rynek telekomunikacyjny w państwach członkowskich UE wywodził się z rynku monopolistycznego, w którym praktycznie do końca lat 80. XX w. działali pojedynczy narodowi operatorzy kontrolowani bezpośrednio lub pośrednio przez państwo (Krasuski, 2015, pkt 1).

#### IV. Krajowe organy nadzoru – obecny stan prawny

W polskim porządku prawnym funkcje związane z nadzorem obszaru ochrony danych są wykonywane przez Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (GIODO)<sup>23</sup>, natomiast regulatorem sektora łączności elektronicznej jest Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (PUKE)<sup>24</sup>.

Generalny Inspektor jest centralnym organem administracji państwowej usytuowanym poza systemem organów administracji rządowej i niezależnym od niej (Barta i Litwiński, 2016, nb 1). Jak zauważa J. Barta, pozycja ustrojowa GIODO powoduje, że z punktu widzenia przepisów kodeksu postępowania administracyjnego żaden inny organ nie sprawuje w stosunku do niego funkcji nadzorczych lub kontrolnych (Barta, Fajgielski i Markiewicz, 2015, pkt 7). Niezależność GIODO wynika wprost z przepisów ustawy o ochronie danych osobowych, w szczególności art. 8 ust. 1 uodo. Z przepisów rangi ustawowej wynika także procedura powoływania i odwoływania GIODO, a także jego 4-letnia kadencja, która może być skrócona wyłącznie w określonych przypadkach. Zarówno Generalny Inspektor, jak i jego Zastępca, są powoływani w sposób niezależny od egzekutywy. Co więcej, zgodnie z art. 12a uodo, chociaż Zastępcę GIODO powołuje Marszałek Sejmu, to następuje to na wniosek Generalnego Inspektora, który także odpowiada za określenie zakresu zadań zastępcy. Generalny Inspektor posiada także wyłączne uprawnienie do wnioskowania o odwołanie swojego zastępcy. Przyjęta redakcja przepisów nie pozostawia zatem wątpliwości, że Zastępca GIODO pozostaje w zależności wyłącznie od Generalnego Inspektora. Niezależność GIODO została ponadto wzmocniona przyznaniem immunitetu osobistego (art. 11 uodo). Generalny Inspektor, jako organ ochrony danych, wykonuje swoje zadania przy pomocy Biura GIODO (art. 13 ust. 1), którego statut jest nadawany w drodze rozporządzenia przez Prezydenta RP (art. 13 ust 3).

Podobne rozwiązania gwarantujące niezależność przyjęto w przepisach ustawy – Prawo telekomunikacyjne, na mocy której powołano Prezesa UKE jako organ regulacyjny w dziedzinie rynku usług telekomunikacyjnych i pocztowych. Prezes UKE jest także powoływany przez Sejm za zgodą Senatu, a jego odwołanie przed upływem 5-letniej kadencji jest możliwe tylko w przypadkach określonych ustawą (art. 190 ust. 4 pt). Odmienne niż w przypadku GIODO, Prezes UKE jest centralnym organem administracji rządowej. Także w zakresie powoływania zastępców prawodawca wprowadził odmienną procedurę – są oni powoływani przez ministra właściwego do spraw informatyzacji lub do spraw pocztowych spośród kandydatów przedstawionych przez Prezesa UKE i wyłonionych w drodze „otwartego i konkurencyjnego naboru”. Ostatecznej decyzji odnośnie do wyboru kandydata dokonuje zatem organ polityczny, jakim jest właściwy minister.

<sup>23</sup> Organ powołany na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych (t.j. Dz.U. 2016, poz. 922); dalej: uodo.

<sup>24</sup> Organ powołany na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. 2017, poz. 1907); dalej: pt.



Prezes UKE wykonuje swoje zadania przy pomocy Urzędu Komunikacji Elektronicznej, którego statut nadaje w drodze rozporządzenia minister właściwy do spraw informatyzacji, po zasięgnięciu opinii ministra właściwego do spraw łączności.

Należy przypomnieć, że ponad dziesięć lat temu prawodawca ograniczył zasadę niezależności w odniesieniu do Prezesa UKE. Stało się to na skutek przyjęcia ustawy z 24 sierpnia 2006 o państwowym zasobie kadrowym i wysokich stanowiskach państwowych, którą zniesiono między innymi kadencyjność, a także zmieniono tryb powoływania i odwoływania Prezesa UKE<sup>25</sup>. Komisja Europejska zakwestionowała zgodność zmian z dyrektywą ramową na skutek czego rozpoczęła postępowanie zmierzające do ustalenia czy wprowadzając nowe przepisy, Polska naruszyła zobowiązania traktatowe<sup>26</sup>. Ponieważ wskazane przepisy zostały zmienione w drodze kolejnej nowelizacji<sup>27</sup>, postępowanie zostało zakończone<sup>28</sup>.

Zestawiając ustawowe gwarancje niezależności GIODO oraz PUKE wskazać można trzy najważniejsze różnice – w zakresie pozycji ustrojowej organu, sposobu powoływania zastępców oraz wpływu organu na kształt organizacyjny urzędu. Porównanie to obrazuje także, że chociaż Prezes UKE dysponuje znacznym zakresem niezależności, to jednocześnie nie można w jego przypadku mówić o „całkowitej niezależności” zgodnej z wykładnią przedstawioną przez TSUE. Jest to zatem praktyczny przykład wskazujący, że zgodnie z prawem UE niezależność organu wskazana w unijnych przepisach o ochronie danych (rozporządzenie 2016/679, a wcześniej dyrektywa 95/46) jest pojęciem pojemniejszym niż wynikająca z przepisów regulujących sektor łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa).

W doktrynie zwraca się uwagę, że wprowadzenie wymogów dotyczących niezależności oraz wykonywania uprawnień w oparciu o znaczącą swobodę działania powoduje, że współcześnie organy regulacyjne wydają się być zawieszane pomiędzy poziomem urzędów centralnych i organów naczelných. Problem ten jest zauważalny, gdy rozważy się pozycję ustrojową GIODO oraz PUKE. W przypadku GIODO wskazuje się na podobieństwo statusu prawnego do Rzecznika Praw Obywatelskich – oba organy zostały ustanowione w roli strażników praw podstawowych<sup>29</sup>, czego konsekwencją jest ich umiejscowienie poza strukturą administracji rządowej oraz działanie charakteryzujące się dużym zakresem niezależności. Jednocześnie jednak uwagę zwraca brak wyposażenia RPO w uprawnienia władcze, takie jak możliwość wydawania wiążących decyzji (Barta i Litwiński, 2015, nb 3). W doktrynie pojawiają się także opinie wskazujące na GIODO jako wyspecjalizowany organ kontroli, który wymyka się z tradycyjnie pojmowanego trójpodziału władz i z uwagi na wysoki stopień niezależności należący do organów tzw. czwartej władzy – kontrolującej (Barta, Fajgielski i Markiewicz, 2015, pkt 9). Kontrowersje budzi już sam fakt czy GIODO można uznać za centralny organ administracji państwowej. M. Kawecki dowodzi prawidłowości takiej tezy, jednocześnie zwracając uwagę na potrzebę doprecyzowania statusu prawnego organu właściwego do ochrony danych w przyszłych nowelizacjach przepisów (Kawecki, 2013, s. 42–43).

<sup>25</sup> Zob. art. 75 ustawy z 24.08.2006 o państwowym zasobie kadrowym i wysokich stanowiskach państwowych (Dz.U. Nr 170, poz. 1217).

<sup>26</sup> *Telecoms Rules: Commission refers Poland and Belgium to the European Court of Justice*, Komisja Europejska 31.01.2008, <http://cli.re/LXe87V>.

<sup>27</sup> Zob. art. 183 ustawy z 21.07.2008 o służbie cywilnej (Dz.U. Nr 227, poz. 1505).

<sup>28</sup> *Telekomunikacja: Komisja Europejska zamyka trzy postępowania przeciwko Polsce po wprowadzeniu reform legislacyjnych w sektorze telekomunikacji*, Komisja Europejska 25.06.2009. Pozyskano z: <http://cli.re/6zKE7V>.

<sup>29</sup> W przypadku RPO funkcja taka wynika wprost z Konstytucji (art. 208 ust. 1); natomiast rola organów ochrony danych osobowych jako strażników prawa do prywatności została podkreślona m.in. w orzecznictwie TSUE (por. np. wyr. C-518/07, p. 36); por. także uwagi dotyczące Europejskiego RPO przedstawione w przyp. 6.

Natomiast PUKE, który jest *explicite* wskazany jako centralny organ administracji rządowej, jest zaliczany do grona regulatorów o najsilniejszych możliwościach oddziaływania na rynek (Jaroszyński i Wierzbowski, 2011, nb 189).

## V. Proponowana reforma i powołanie PUODO<sup>30</sup>

W ramach przygotowania krajowego systemu prawnego do rozpoczęcia stosowania ogólnego rozporządzenia, Minister Cyfryzacji przedstawiła projekty dwóch aktów ustawowych – nowej ustawy o ochronie danych osobowych (dalej: projekt uodo)<sup>31</sup> oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o ochronie danych osobowych<sup>32</sup>. Celem pierwszej z nich jest uregulowanie obszarów i zagadnień, co do których unijny prawodawca pozostawił swobodę decyzyjną państwu członkowskim. Druga z ustaw służy zapewnieniu spójności systemu prawnego i prowadzi do nowelizacji ponad stu aktów szczegółowych w zakresie koniecznym do uzyskania zgodności z ogólnym rozporządzeniem.

Jednym z głównych obszarów regulacji znajdujących rozwinięcie w projekcie uodo jest utworzenie nowego organu właściwego do nadzorowania obszaru przetwarzania danych – Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych (PUODO). Projektodawca zdecydował się na dyskontynuację i zamiast nowelizować istniejące przepisy, w tym doskonalić wymagające w jego ocenie elementy funkcjonowania GIODO, zaproponował powołanie nowego organu<sup>33</sup>. Pierwotnie zmiana ta była tłumaczona koniecznością uniknięcia nieporozumień definicyjnych związanych ze stosowaniem wynikającego z ogólnego rozporządzenia pojęcia Inspektor Ochrony Danych (IOD). W ocenie projektodawcy, posługiwanie się terminem IOD mogłoby tworzyć mylne przeświadczenie o istnieniu powiązania organizacyjnego z GIODO<sup>34</sup>. Należy zauważyć, że w przekazanych opiniach GIODO odniosła się krytycznie do propozycji zmiany nazwy organu<sup>35</sup>.

W przedstawionym projekcie pozycja ustrojowa PUODO została ukształtowana w sposób zbliżony do GIODO. W szczególności Prezes ma być powoływany i odwoływany przez Sejm za zgodą Senatu, jego kadencja ma trwać 4 lata, a wcześniejsze odwołanie ma być możliwe wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. W zakresie wykonywania swoich zadań Prezes UODO ma podlegać tylko ustawie (art. 34 ust. 5 projektu uodo) oraz nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani pozbawiony wolności bez uprzedniej zgody Sejmu (art. 38 ust. 1 projektu uodo).

Pozytywnie należy ocenić propozycję, aby statut Urzędu był nadawany w drodze zarządzenia przez Prezesa UODO, bez potrzeby współdziałania organów zewnętrznych (por. wcześniejsze uwagi na tle organizacji Biura GIODO oraz UKE).

<sup>30</sup> Proces legislacyjny nowej ustawy o ochronie danych osobowych charakteryzował się znaczną dynamiką w okresie luty–marzec 2018 roku, czego wyrazem było przedstawianie i opublikowanie co kilka dni nowych wersji projektu ustawy. W niniejszym punkcie przedstawiono i przeanalizowano rozwiązania zaproponowane w trzech projektach ustawy – z 8.02.2018, 3.03.2018, 16.03.2018 – oraz projekcie rządowym. Wszystkie wersje dostępne są na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji: <http://cli.re/L2vodL>.

<sup>31</sup> Rządowy projekt ustawy o ochronie danych osobowych, druk sejmowy 2410. Pozyskano z: <http://cli.re/6VX8nY>.

<sup>32</sup> Projekt z dn. 12.09.2017 r. ustawy – przepisy wprowadzające ustawę o ochronie danych osobowych. Pozyskano z: <https://goo.gl/PouAC6>.

<sup>33</sup> „Przepisy projektowanej ustawy ustanawiają nowy organ właściwy w sprawie ochrony danych osobowych będzie nim Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych”. Cytat za: uzasadnienie do projektu ustawy o ochronie danych. Pozyskano z: <http://cli.re/G9YyoW>, s. 1.

<sup>34</sup> Ibidem, s. 23–25.

<sup>35</sup> Pismo GIODO z dn. 16.02.2018 r. Pozyskano z: <http://cli.re/6DXnk6>, s. 5.

W trakcie prac legislacyjnych istotne wątpliwości były natomiast związane z dwoma zagadnieniami – kwestią przerwania kadencji dotychczasowej GIODO oraz zasadami powoływania i wyznaczania zastępców Prezesa Urzędu.

Pierwszy z problemów pierwotnie związany był z brakiem wskazania przepisów przejściowych we wczesnych projektach ustawy, w tym regulujących relacje pomiędzy GIODO a PUODO w związku z wejściem w życie nowych przepisów. Przedstawiciele projektodawcy wyrażali publicznie pogląd, że kadencja GIODO powinna zostać przerwana, a nowy Prezes UODO powinien zostać wybrany przez Sejm według procedury wynikającej z nowych przepisów<sup>36</sup>. Takie podejście w sposób oczywisty prowadziłoby do naruszenia prawa UE i byłoby niezgodne z tezami wyroku *Komisja v. Węgry*. Jak wcześniej wskazano, Trybunał przesądził, że nawet zmiana przepisów konstytucyjnych nie jest wystarczającą podstawą do skrócenia kadencji organu właściwego do spraw ochrony danych. Ważność przesłanek prowadzących do skrócenia kadencji musi być zawsze oceniana z uwzględnieniem przepisów obowiązujących w trakcie powołania organu. Dlatego też – podobnie jak w przypadku reformy węgierskiej – także polskie przepisy w kształcie początkowo proponowanym przez Minister Cyfryzacji należałoby uznać za prowadzące do naruszenia zasady niezależności organu, a przez to niezgodne z prawem UE.

W późniejszych projektach<sup>37</sup>, projektodawca częściowo wycofał się z wcześniejszej propozycji i poprzez wprowadzenie przepisu przejściowego zaproponował, aby wraz z wejściem w życie nowej ustawy GIODO stała się Prezesem UODO i pełniła swoją funkcję do czasu upływu kadencji, na którą została powołana. Przepis ten nie miał jednak zastosowania do Zastępcy GIODO, w efekcie czego w przypadku przyjęcia ustawy w proponowanym brzmieniu doszłoby do skrócenia jego kadencji w sposób budzący wątpliwość zarówno w zakresie zgodności z ogólnym rozporządzeniem, jak i omówionym wcześniej orzecznictwem TSUE<sup>38</sup>. Przy tym nie zasługują na uwzględnienie argumenty wnioskodawcy, że niezależność organu dotyczy wyłącznie osoby piastującej stanowisko GIODO, a nie jej zastępcy. Trybunał w każdej ze spraw, w której podejmował problematykę niezależności organu powołanego na podstawie art. 28 ust. 1 dyrektywy 95/46, wskazywał na potrzebę zapewnienia niezależności „osób wykonujących funkcje zarządcze”<sup>39</sup>. Prawodawca unijny w art. 54 ust. 1 pkt d ogólnego rozporządzenia precyzyjnie wskazał, że przepisy krajowe nie mogą zakładać kadencji członków organu krótszej niż cztery lata, z wyjątkiem pierwszej kadencji po rozpoczęciu stosowania rozporządzenia – ale w tym wypadku jej skrócenie może wystąpić wyłącznie, gdy „jest to niezbędne, aby chronić niezależność organu nadzorczego w drodze procedury stopniowej wymiany członków”. Ministerstwo Cyfryzacji nie wskazało, w jaki sposób skrócenie kadencji Zastępcy GIODO miałyby służyć ochronie niezależności nowo tworzonego urzędu. Propozycja skrócenia kadencji Zastępcy GIODO została wycofana przez projektodawcę 23 marca 2018 poprzez zgłoszenie autopoprawki do projektu rozpatrywanego przez Radę Ministrów<sup>40</sup>.

Drugi z wymienionych problemów dotyczył zasad powoływania zastępców Prezesa UODO. Zgodnie z przedstawioną propozycją, w miejsce dotychczasowego Zastępcy GIODO istniała

<sup>36</sup> Pismo RPO z dn. 13.10.2017 r., sygn. VII.501.315.2014.AG. Pozyskano z: <http://cli.re/Grqdv6>, s. 2.

<sup>37</sup> Zmiana została po raz pierwszy wprowadzona w projekcie ustawy z 8.02.2018, <http://cli.re/6bx7rN>.

<sup>38</sup> Pismo GIODO z dn. 16.02.2018 r., op. cit., s. 4.

<sup>39</sup> Wyrok TSUE w sprawie *Komisja v. Niemcy*, p. 38.

<sup>40</sup> Pismo Ministra Cyfryzacji z dn. 23.03.2018, DP=WLI.-211.2.2017, <http://cli.re/L41wDg>, s. 2

będzie możliwość powołania trzech zastępców Prezesa UODO. Planowano jednak wprowadzenie istotnych ograniczeń w zakresie zasad ich powoływania. Powołanie dwóch zastępców miałyby następować na wniosek ministra właściwego do spraw informatyzacji (art. 31 ust. 2 projektu uodo z 3 marca 2018 r.<sup>41</sup>), a powołanie trzeciego – na wniosek ministra właściwego do spraw wewnętrznych (art. 31 ust. 3 projektu uodo z 3 marca 2018 r.). Chociaż w proponowanym kształcie prawnym Prezes Urzędu nadal odpowiadałby za określenie zakresu zadań swoich zastępców (art. 41 ust. 2 pkt 2), to brak swobody w doborze współpracowników mógłby prowadzić do naruszenia zasady niezależności. Zwłaszcza uwzględniając, że Prezes Urzędu byłby ograniczony w zakresie odwoływania swoich zastępców, nawet w przypadku, gdy utracił do nich zaufanie<sup>42</sup>.

Przedstawiciele projektodawcy argumentowali, że z orzecznictwa TSUE nie wynika zakaz udziału egzekutywy w decyzjach związanych z powołaniem kierownictwa organu ochrony danych. Chociaż jest to pogląd prawdziwy i wynika wprost z orzeczenia w sprawie *Komisja v. Niemcy*<sup>43</sup>, a także art. 53 ust 1 ogólnego rozporządzenia, to należy polemizować czy może być uznany za wystarczający do pozbawienia Prezesa UODO prawa do doboru swoich współpracowników. Trybunał stwierdził, że w trakcie trwania kadencji jakikolwiek wpływ zewnętrzny na działania organu należy uznać za nieuprawniony. Przykładem takiego wpływu może być pozbawienie Prezesa UODO możliwości przedkładania własnych kandydatów na zastępców, jak również konieczność zasięgnięcia opinii zewnętrznych w sprawie ich odwołania. Zgodnie z art. 31 ust. 1 projektu uodo z 3 marca 2018 r., Prezes Urzędu mógłby powołać maksymalnie trzech zastępców. Przedstawiciele Ministerstwa Cyfryzacji wskazywali, że z zapisu „może powołać” wynika – *a contrario* – uprawnienie organu do niepowoływania przedstawionych mu kandydatów. Pogląd ten wydaje się nieuprawniony. Analiza całej treści art. 31 w kształcie proponowanym w projekcie z 3 marca 2018 umożliwia jej odmienną interpretację – prowadzącą do wniosku, że przyjęta redakcja przepisu opisuje sytuację, w której poszczególne organy polityczne nie wystąpiły (lub wystąpiły w różnym terminie) z wnioskiem o powołanie poszczególnych zastępców. Niezgodność proponowanego art. 31 ust. 1 z prawem UE była sygnalizowana w trakcie procedury legislacyjnej zarówno przez GIODO<sup>44</sup>, RPO<sup>45</sup>, jak i Prezesa NSA<sup>46</sup>. W szczególności kwestię tę akcentowało również Ministerstwo Spraw Zagranicznych, odpowiedzialne za wydanie opinii o zgodności z prawem UE nowych przepisów<sup>47</sup>. Ostatecznie z projektu ustawy przedstawionego do zatwierdzenia Radzie Ministrów usunięto budzące wątpliwości rozwiązania dotyczące procedury wyboru zastępców Prezesa UODO.

W projekcie ustawy rozszerzono – względem obecnie obowiązujących przepisów – obowiązki PUODO w zakresie sprawozdawczości. Zgodnie z art. 51 ust. 1 projektu uodo, Prezes Urzędu ma być zobowiązany do przedstawiania rocznych sprawozdań nie tylko Sejmowi (vide: obowiązujący art. 20 uodo), lecz także RPO, Radzie Ministrów oraz Prokuratorowi Generalnemu. Jednocześnie,

<sup>41</sup> Projekt z dn. 3.03.2018 r. ustawy o ochronie danych osobowych, <http://cli.re/GZeQX8>.

<sup>42</sup> W art. 31 ust. 5 projektu uodo z 3.03.2018 wskazano, że Prezes może odwołać swoich zastępców po zasięgnięciu opinii ministra właściwego do spraw informatyzacji albo ministra właściwego do spraw wewnętrznych. Konieczność uzyskiwania opinii organu zewnętrznego w zakresie doboru zastępców może dowodzić, że PUODO wykonując swoje uprawnienia pozostaje pod pośrednim wpływem zewnętrznym, co nie może być pogodzone z art. 52 ust. 2 ogólnego rozporządzenia.

<sup>43</sup> Wyr. TSUE w sprawie *Komisja v. Niemcy*, p. 44.

<sup>44</sup> Pismo GIODO z dn. 16.02.2018 r., op. cit., s. 4–5.

<sup>45</sup> Pismo RPO z dn. 13.10.2017 r., op. cit., s. 5–6.

<sup>46</sup> Pismo Prezesa NSA z dn. 17.10.2017, sygn. BO-60-29/17. Pozyskano z: <http://cli.re/GDndYg>, s. 3.

<sup>47</sup> Pismo MSZ z dn. 16.03.2018, sygn. DPUE.920.1409.2017/47/mp. Pozyskano z: <http://cli.re/632Rrr>, s. 3.

obok stanu przestrzegania przepisów o ochronie danych, PUODO zobowiązany będzie do wskazania liczby i rodzaju prawomocnych orzeczeń, w których uwzględniono skargi na decyzje lub postanowienia organu. Nie jest znany cel, jakiemu ma służyć przedstawianie tego typu statystyk wskazanemu kręgowi odbiorców, zwłaszcza uwzględniając, że obowiązek ten wykracza poza treść art. 59 ogólnego rozporządzenia.

Dalsze wątpliwości są związane z – być może niewystarczająco zaakcentowaną w projektowanych przepisach – rolą PUODO w zakresie nadzoru nad przestrzeganiem przepisów ustanowionych w wyniku transpozycji dyrektywy 2016/680. Przyjęta jednocześnie z ogólnym rozporządzeniem dyrektywa 2016/680 reguluje kwestie ochrony prywatności i danych osobowych przez właściwe organy do celów współpracy policyjnej i w sprawach karnych. Obszar ten nie podlegał przepisom dyrektywy 95/46<sup>48</sup>, jest wyłączony także z zakresu stosowania rozporządzenia 2016/679<sup>49</sup>. Dyrektywa 2016/680 uzupełnia zatem przepisy ogólnego rozporządzenia o wymagania związane z przetwarzaniem danych osobowych przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Krajowy prawodawca zdecydował się na powierzenie PUODO realizacji funkcji nadzorczych nad stosowaniem rozporządzenia 2016/679 oraz krajowych przepisów stanowiących transpozycję dyrektywy 2016/680. W efekcie spełnienie zasady niezależności należy analizować także z perspektywy osiągnięcia celów drugiego ze wskazanych aktów prawnych. Krąg podmiotów zobowiązanych z dyrektywy 2016/680 obejmuje organy ścigania oraz wymiaru sprawiedliwości. Jednocześnie zaproponowano, aby sposób powołania jednego z zastępców Prezesa UODO uwzględniał udział ministra właściwego do spraw wewnętrznych (art. 31 ust. 3 projektu uodo z 3 marca 2018 r.) oraz Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego (art. 31 ust. 4 projektu uodo z 3 marca 2018 r.). Co więcej, wskazany w ten sposób zastępca miałby „posiadać doświadczenie związane z realizacją zadań przez służby odpowiedzialne za zapewnienie bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego” (art. 31 ust. 7 projektu uodo z 3 marca 2018 r.). W efekcie przyjęcie projektu w proponowanym brzmieniu mógłby doprowadzić do sytuacji, w której organ nadzorowany wyznaczałby osobę do pełnienia funkcji swojego nadzorcy<sup>50</sup>. Chociaż rozwiązanie to zostało usunięte z projektu przyjętego przez Radę Ministrów, to jednak wydaje się, że w przedstawionej koncepcji funkcjonowania PUODO niewystarczająco zaakcentowano specyfikę wynikającą z dyrektywy 2016/680<sup>51</sup>. Nie bez przyczyny unijny prawodawca zdecydował się na uregulowanie obu zagadnień w oddzielnych aktach prawnych, nie rozszerzając ogólnego rozporządzenia także na sferę współpracy w sprawach karnych<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Zob. art. 3 ust. 2 tiret 1 dyrektywy 95/46.

<sup>49</sup> Zob. art. 2 ust. 2 pkt d rozporządzenia 2016/679.

<sup>50</sup> W tym zakresie warto przytoczyć odpowiedź na uwagę zgłoszoną w procesie legislacyjnym przez Ministerstwo Sprawiedliwości a dotyczącą przyczyn, dla których w katalogu wymagań dla kandydatów na stanowisko zastępcy Prezesa Urzędu nie wymieniono nieskazitelnego charakteru. Co ważne, cecha ta była wskazywana jako wymagana wobec PUODO (por. art. 29 ust. 4 pkt 7 projektu uodo z 03.03.2018). Według Ministerstwa Cyfryzacji zastępca nie musi posiadać nieskazitelnego charakteru, ponieważ „organem nadzorczym jest tylko i wyłącznie Prezes Urzędu”. Zob. pozycja 109 w tabeli uwag dyskusyjnych w ramach Komitetu do Spraw Europejskich, <http://cli.re/Gy3aK2>.

<sup>51</sup> W rzeczywistości w omawianym projekcie uodo odwołanie do przepisów dyrektywy 2016/680 występuje tylko jeden raz, dla wskazania zakresu zadań realizowanych przez Prezesa UODO (zob. art. 34 ust. 2).

<sup>52</sup> Opracowanie jednej unijnej regulacji było postulowane m.in. przez Grupę Roboczą Art. 29; zob. opinię 01/2012 z dn. 23.03.2012 r. dotyczącą propozycji reformy obszaru ochrony danych, WP 191, s. 5.

## VI. Podsumowanie

Problematyka ukształtowania statusu i pozycji organu właściwego do spraw ochrony danych jest zagadnieniem nadal aktualnym, także w aspekcie realizacji postulatu jego „całkowitej niezależności” od wpływu zewnętrznego. Choć w prawodawstwie UE zauważalny jest trend do rozszerzania i wzmocnienia swobody działania ustanowionych organów nadzorczych, z uwagi na odmienne prawodawstwo krajowe, państwa członkowskie nie mogą być pozbawione możliwości w dostosowaniu rozwiązań instytucjonalnych do potrzeb i uwarunkowań lokalnych. Dlatego wraz z każdą reformą przepisów dotyczących ochrony prywatności, czy to w aspekcie ochrony danych czy łączności elektronicznej, istotnym elementem do uwzględnienia będzie nie tylko zakres praw materialnych, lecz także kształt mechanizmów publicznoprawnych przewidzianych do ochrony tych praw.

Trwająca dyskusja nad kształtem nowej ustawy o ochronie danych osobowych, a w jej ramach – nad pozycją ustrojową Prezesa UODO – jest najlepszym dowodem aktualności podjętej tematyki. Należy pamiętać, że w niedalekiej przyszłości zakończone zostaną prace nad nowym rozporządzeniem dotyczącym ochrony prywatności w łączności elektronicznej (następcy dyrektywy 2002/58)<sup>53</sup>. W przedstawionym przez KE projekcie regulacji postulowane jest przekazanie odpowiedzialności za nadzór nad monitorowaniem przestrzegania nowej regulacji do organu właściwego do ochrony danych<sup>54</sup>. Realizacja tej propozycji doprowadziłaby do unifikacji nadzoru, co w przypadku Polski skutkowałoby koniecznością przeprowadzenia reformy w obszarze kompetencji Prezesa UKE i przypisania części jego obecnych uprawnień do Prezesa UODO. W efekcie PUK stałby się organem stricte regulacyjnym w zakresie technicznego nadzoru nad funkcjonowaniem sektora łączności elektronicznej. W takim ujęciu kwestia ochrony praw użytkowników (np. zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej) byłaby nadzorowana przez organ właściwy do spraw ochrony danych.

Proponowana reforma jest obecnie dyskutowana i opiniowana przez instytucje UE. Jednym z obszarów budzących ożywioną dyskusję w gronie państw członkowskich jest pozycja prawna organu nadzoru, w tym postulowana przez KE unifikacja nadzorów z obu rozporządzeń<sup>55</sup>. Nie należy oczekiwać zakończenia prac legislacyjnych przed 2019–2020 rokiem, stąd też finalny kształt przepisów – a w tym i wymagań w zakresie nadzoru nad sektorem łączności elektronicznej – nie jest znany. Przykład ten dowodzi, że rola organu właściwego do spraw danych osobowych będzie stale rosła, nie tylko na skutek wzrostu znaczenia rynku przetwarzania danych, lecz także rozszerzenia uprawnień nadzorczych na kolejne sektory gospodarki. Dlatego wydaje się zasadne, aby przeprowadzając obecnie procedowaną reformę GODO, prawodawca skoncentrował się nad wzmocnieniem, a nie osłabianiem prawnych gwarancji niezależności, dzięki czemu powołany organ będzie mógł skuteczniej wypełniać swoją funkcję, a w efekcie zapewnić pełniejszą ochronę użytkowników nowoczesnych technologii.

<sup>53</sup> *Wniosek: Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poszanowania życia prywatnego oraz ochrony danych osobowych w łączności elektronicznej i uchylające dyrektywę 2002/58/WE (rozporządzenie w sprawie prywatności i łączności elektronicznej)*, Komisja Europejska 10.01.2017, COM(2017) 10 final, CELEX 52017PC0010.

<sup>54</sup> *Ibidem*, art. 18 ust. 1.

<sup>55</sup> W dyskutowanym przez Radę projekcie rozporządzenia, przywrócono możliwość ustanowienia odrębnego nadzorca dla monitorowania stosowania rozporządzenia o prywatności w łączności elektronicznej; por. treść art. 18 projektu załączonego do dokumentu Rady z dn. 5.12.2017 r., ST-15333-2017-INIT.

Wydaje się także konieczne przeprowadzenie reformy w sposób niebudzący wątpliwości w zakresie zgodności z prawem UE proponowanych rozwiązań. Należy pamiętać, że wraz z rozpoczęciem stosowania ogólnego rozporządzenia, akt ten będzie podstawowym wzorcem kontroli dla postępowań prowadzonych zarówno przez nadzorcę, jak i organy sądowe. Uznanie przez TSUE, że przyjęte w Polsce rozwiązania w zakresie pozycji ustrojowej PUODO nie prowadzą do zapewnienia niezależności organu będzie prowadziło do możliwości kwestionowania rozstrzygnięć wydanych przez nadzorcę. W efekcie istnieje ryzyko wnoszenia przez strony podań o wznowienie postępowania czy żądań o stwierdzenie nieważności rozstrzygnięć wydanych zarówno w sprawach indywidualnych, jak i dotyczących złożonych operacji przetwarzania (np. transgranicznego przekazywania danych czy ważących reguł korporacyjnych)<sup>56</sup>. Dlatego pozostawienie nierozwiązanych wątpliwości czy decyzje wydawane przez polski organ nadzoru nie są obciążone wadą prawną, może doprowadzić do sytuacji, w której przedsiębiorcy świadczący nowoczesne usługi oparte na wymianie danych, będą preferowali poddanie swojej działalności nadzorowi w innych państwach członkowskich. Taka sytuacja może spowodować, że wprowadzając wątpliwe rozwiązania prawne krajowy prawodawca nie tylko doprowadzi do obniżenia poziomu ochrony praw jednostek, lecz także przyczyni się do zmniejszenia konkurencyjności polskiej gospodarki. Przyczyną dla przeprowadzenia na Węgrzech reorganizacji tamtejszego organu nadzoru w sposób niezgodny z prawem UE było niezadowolenie egzekutywy z niezależności ówczesnego Inspektora Ochrony Danych i związana z tym chęć przeprowadzenia zmian personalnych<sup>57</sup>. Podążanie tą drogą – niezależnie od motywacji politycznych – z pewnością nie prowadzi do wzmocnienia zasady rządów prawa.

## Bibliografia

- Pawłuszko, W. (2014). Próba oceny stopnia niezależności Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego według modelu Fabrizio Gilardi. *IKAR*, 7, 83–93.
- Rokita, K. (2016). Niezależność organów ochrony danych osobowych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych. *Europejski Przegląd Sądowy*, 7, 6.
- Piątek, S. (2003). Status krajowych władz regulacyjnych. W: *Prawo telekomunikacyjne Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa: CH Beck.
- Krasuski, A. (2015). Uwagi do art. 190. W: *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer.
- Barta, P. i Litwiński, P. (2016). Uwagi do art. 8. W: *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa: CH Beck.

<sup>56</sup> Zgodnie z art. 285a §3 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, rażące naruszenie norm prawa UE jest wystarczającą podstawą do wniesienia skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem także prawomocnych wyroków NSA. Jak zauważył NSA w wyroku z dn. 12.05.2017 r. (I GNP 1/17), „można wywieść, że skoro niezgodność [z prawem – przyp. MR] ma wynikać z rażącego naruszenia norm prawa Unii Europejskiej, to nie może ona dotyczyć każdego naruszenia prawa, ale tylko takiego, które polega na oczywistej i rażącej obrazie prawa, mającej elementarny i kwalifikowany charakter, niewymagającej głębszej analizy prawniczej”. Jak z kolei wskazał TSUE, po wydaniu wyroku w sprawie *Komisja v. Niemcy*, prawo Unii nie może być racjonalnie rozumienie w tej sposób, że pozwala państwu członkowskim skrócić kadencję ustanowionego organu nadzoru (C-288/12, p. 64).

<sup>57</sup> Konsekwencją wydania wyroku w sprawie *Komisja v. Węgry* oraz uznania, że państwo to dopuściło się uchybienia zobowiązaniom traktatowym poprzez wcześniejsze zakończenie kadencji Inspektora Ochrony Danych (*Adatvédelmi biztos Magyarországon*), nie było przywrócenie stanu zgodnego z prawem UE. Rolę organu właściwego do spraw ochrony nadal odgrywa Krajowy Urząd ds. Prywatności i Wolności (*Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*), którego prezesem pozostaje Attila Péterfalvi, wybrany w 2012 roku na 9-letnią kadencję. András Jóri, odwołany Inspektor Ochrony Danych, uzyskał od państwa odszkodowanie finansowe za przedterminowe odwołanie z urzędu. Zob. także: *Bocsánatkérés és 69 millió – erről szólt a megállapodás*, Népszabadság 9.07.2014. Pozyskano z: <http://cli.re/6nBVAV>.

- Barta, J., Fajgielski, P. i Markiewicz, R. (2015). Uwagi do art. 8. W: *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kawecki, M. (2013). Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych jako centralny organ administracji państwowej. *Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych. ICT Law Review*, 1, 38–44.
- Jaroszyński, K. i Wierzbowski, M. (2011). Organy regulacyjne, W: R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski (red.), *System Prawa Administracyjnego. Podmioty administrujące* (t. 6). Warszawa: C.H. Beck.