



**GENERALNY INSPEKTOR  
OCHRONY DANYCH  
OSOBOWYCH**

*dr Wojciech R. Wiewiórowski*

Warszawa, dnia 21 stycznia 2011 r.

DIS/DEC-37/2763/11

dot. [...]

**D E C Y Z J A**

Na podstawie art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.) oraz art. 12 pkt 2, art. 18 ust. 1 pkt 1 i pkt 6 oraz art. 22 w związku z art. 26 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 r., Nr 101, poz. 926 z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w sprawie wniosku D. Sp. z o.o., o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 30 listopada 2010 r., DIS/DEC-1319/47553/10,

**utrzymuję w mocy zaskarżoną decyzję.**

**Uzasadnienie**

W dniu 30 listopada 2010 r. Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych wydał decyzję sygn. DIS/DEC-1319/47553/10, nakazującą D. Sp. z o.o., zwanej dalej także Spółką, usunięcie uchybień w procesie przetwarzania danych osobowych poprzez:

1) zaprzestanie pozyskiwania danych osobowych kandydatów do pracy na stanowisko magazyniera lub kuriera za pomocą testów przeprowadzanych w systemie informatycznym o nazwie „A” znajdującym się pod adresem [...] w terminie od dnia, w którym decyzja stanie się ostateczna,

2) usunięcie danych osobowych kandydatów do pracy na stanowisko magazyniera lub kuriera pozyskiwanych za pomocą testów przeprowadzanych w systemie informatycznym o nazwie „A” znajdującym się pod adresem [...] w terminie od dnia, w którym decyzja stanie się ostateczna.

W dniu [...] grudnia 2010 r. do Biura Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych wpłynął, złożony w terminie, wniosek D. Sp. z o.o. reprezentowanej przez Panią A. M., radcę prawnego, działającą na mocy pełnomocnictwa z dnia [...] sierpnia 2007 r. udzielonego przez Zarząd Spółki, o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 30 listopada 2010 r. sygn. DIS/DEC-1319/47553/10.

We wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy strona wskazała m. in., że:

1) gdyby przyjąć stanowisko, iż pracodawca ma uprawnienie jedynie do przetwarzania danych w zakresie określonym w art. 22<sup>1</sup> ust. 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm.), to pojawia się pytanie o *ratio legis* art. 23 ust. 1 i art. 27 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 r., Nr 101, poz. 926 z późn. zm.), zwanej dalej również ustawą, wyrażnie dającego uprawnienie do przetwarzania pozostałego zakresu danych, w tym danych sensytywnych na podstawie pisemnej zgody,

2) nie sposób uznać racji argumentacji dotyczącej braku równowagi pomiędzy pozycją pracodawcy a osoby ubiegającej się o pracę, wyłączającym swobodę przy wyrażeniu zgody na przetwarzanie danych osobowych w zakresie szerszym, niż określona w art. 22<sup>1</sup> ust. 1 Kodeksu pracy. Pomiedzy pracodawcą a kandydatem do pracy nie występuje układ podległości, a odmowa udzielenia zgody przez rekrutowanego nie niesie za sobą żadnej szkody,

3) Spółka działa zgodnie z zasadą adekwatności określoną w art. 26 ust. 1 ustawy oraz działa w zgodzie z art. 23 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy,

4) Spółka świadczy usługi outsourcingowe na rzecz różnych instytucji, w tym banków, firm telekomunikacyjnych, towarzystw ubezpieczeniowych itp., na podstawie umów outsourcingowych i na podstawie umów zawartych w tym zakresie jest upoważniona do przetwarzania danych stanowiących tajemnicę prawnie chronioną, m.in. znajdującą się w umowach bankowych, telekomunikacyjnych itp. Spółka powołała się przy tym na art. 104 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.), zgodnie z którym bank, osoby w nim zatrudnione oraz osoby, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe są obowiązane zachować tajemnicę bankową, która obejmuje wszystkie informacje dotyczące czynności bankowej, uzyskane w czasie negocjacji, w trakcie zawierania i realizacji umowy, na podstawie której bank tę czynność wykonuje. Stąd też osoby, które mają bezpośredni kontakt z danymi stanowiącymi tajemnicę prawnie chronioną, m.in. tajemnicę bankową,

telekomunikacyjną lub ubezpieczeniową muszą być poddane szczególnej weryfikacji, gwarantującej należyte wykonanie usługi i zapewnienie zachowania tajemnicy prawnie chronionej,

5) Spółka nie zgadza się z twierdzeniem, iż „z materiału zebranego w niniejszej sprawie wynika, iż poddanie kandydata do pracy testowi nie zależy od tego, czy po zatrudnieniu przez Spółkę będzie miał on dostęp do informacji objętych tajemnicą prawnie chronioną”. Fakt, iż test [...] stosowany jest jako narzędzie pomocnicze, nie może stanowić przesłanki do uznania braku istnienia zasady adekwatności w przedmiotowej sprawie. Każdy proces rekrutacyjny należy przeprowadzać indywidualnie. W niektórych przypadkach poprzez duże umiejętności rekrutacyjne rekrutującego i „otwartość” osoby rekrutowanej można dokonać oceny przydatności do pracy na podstawie samej rozmowy kwalifikacyjnej. W innych przypadkach, w razie istnienia wątpliwości po przeprowadzeniu rozmowy kwalifikacyjnej trzeba posłużyć się innymi dostępnymi środkami pomocniczymi przy wyborze danej osoby na odpowiednie stanowisko.

Po zapoznaniu się z całokształtem materiału dowodowego, Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, zważył co następuje:

W toku postępowania ustalono, iż niektórzy kandydaci do pracy w Spółce na stanowisko magazyniera lub kuriera - jeżeli kierownik danej komórki organizacyjnej stwierdzi - że jest to zasadne, poddawani są testom określającym przydatność do wykonywania pracy na ww. stanowisku. Testy przeprowadzane są przy użyciu systemu informatycznego o nazwie „A”, dostępnego pod adresem internetowym: [...]. Na podstawie treści wydruków przykładowych wyników testów stwierdzono, iż powyższy system określa cechy kandydata do pracy w następujących kategoriach: prawdomówność, kradzież (czy ma tendencje do kradzieży mienia/pieniędzy), obsługa klienta (czy jest agresywny, niecierpliwy, niegrzeczny czy też pomocny, grzeczny, bezkonfliktowy), normy (czy ma tendencje do przekraczania norm i łamania przepisów). Ponadto wyniki testu zawierają, m.in. informacje, czy kandydat do pracy był skazany za przestępstwo oraz czy widnieje w rejestrze skazanych.

Stosownie do art. 26 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie danych osobowych, administrator przetwarzający dane osobowe powinien dołożyć szczególnej staranności w celu ochrony interesów osób, których dane dotyczą, a w szczególności jest obowiązany zapewnić, aby dane te były przetwarzane zgodnie z prawem. Zgodnie z art. 22<sup>1</sup> § 1 Kodeksu pracy pracodawca ma prawo żądać od osoby ubiegającej się o zatrudnienie podania danych osobowych obejmujących: imię (imiona) i nazwisko, imiona rodziców, datę urodzenia, miejsce zamieszkania (adres do korespondencji), wykształcenie, przebieg dotychczasowego zatrudnienia. Udostępnienie pracodawcy danych osobowych następuje w formie oświadczenia osoby, której one dotyczą. Pracodawca ma prawo żądać udokumentowania danych osobowych osób, o których mowa w § 1 i 2 (art. 22<sup>1</sup> § 3 Kp).

Pracodawca może żądać podania innych danych osobowych niż określone w § 1 i 2, jeżeli obowiązek ich podania wynika z odrębnych przepisów (art. 22<sup>1</sup> § 4 Kp).

Jak wskazano w uzasadnieniu decyzji Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 30 listopada 2010 r. sygn. DIS/DEC-1319/47553/10, ustawodawca przyznając pracodawcy prawo do żądania od kandydata do pracy jedynie danych wskazanych w art. 22<sup>1</sup> § 1 Kodeksu pracy (poza wyjątkami wskazanymi w art. 22<sup>1</sup> § 4 Kodeksu pracy), tym samym zezwolił na przetwarzanie danych wyłącznie w tym zakresie i wyłączył możliwość przetwarzania innych danych, tj. pozyskanych, np. na podstawie przesłanki przewidzianej w art. 23 ust. 1 pkt 1 i art. 27 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie danych osobowych, czyli w oparciu o zgodę osoby, której dane dotyczą. Złożenie zatem przez kandydata do pracy oświadczenia, którego treścią jest wyrażenie zgody na przeprowadzenie testu oraz na przetwarzanie danych uzyskanych na podstawie tego testu, nie stanowi przesłanki legalizującej przetwarzanie danych osobowych kandydatów do pracy. Przyjęcie odmiennej interpretacji skutkowałoby możliwością pozyskiwania danych osobowych od kandydatów do pracy wbrew wyrażonym w powołanym przepisie intencjom ustawodawcy. Wobec powyższego, za błędny należy uznać postulat dotyczący możliwości zastosowania w omawianej sytuacji art. 23 ust. 1 pkt 1 i art. 27 ust. 2 pkt 1 ustawy.

Jednocześnie należy wskazać, że powołane przepisy Kodeksu pracy zostały wprowadzone w ramach dostosowania wskazanego aktu prawnego do art. 51 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z którym nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawnienia informacji dotyczących jego osoby. Działanie polegające na zbieraniu przez pracodawców danych kandydatów do pracy, które wykraczają poza zakres wskazany w Kodeksie pracy, stanowi ingerencję w ich prywatność, a tym samym sprzeciwia się normie konstytucyjnej.

Jednocześnie należy podkreślić, iż brak przepisów zakazujących uzyskiwania określonych informacji, w sytuacji, gdy dysponent praw zezwala na ich ujawnienie, nie skutkuje niemożnością wywodzenia takiego zakazu z przepisów o innym charakterze. Art. 22<sup>1</sup> Kodeksu pracy normuje wszelkie kwestie dotyczące dopuszczalnego zakresu informacji, jakich może żądać pracodawca i stanowi wystarczającą podstawę do przeprowadzenia wykładni mającej na celu określenie kategorii danych, których przetwarzanie jest zabronione. Zgodnie z prezentowaną wykładnią niedopuszczalne jest zatem usankcjonowanie w oparciu o inne przesłanki, tj. wymienione w art. 23 ust. 1 lub art. 27 ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych, zbierania przez pracodawcę innych danych, niż te, o których mowa w przepisach Kodeksu pracy. Do przesłanek wskazanych w art. 23 ust. 1 należy także realizacja prawnie usprawiedliwionego celu administratora danych. Stąd też w świetle powyższej argumentacji również ona nie może stanowić podstawy przetwarzania omawianych danych.

Jednoznaczne stanowisko w podobnej sprawie, lecz dotyczącej przetwarzania danych osobowych pracowników, zajął Naczelny Sąd Administracyjny, który w wyroku z dnia 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt I OSK 249/09), oddalił skargę na decyzję Generalnego Inspektora w przedmiocie nakazu usunięcia uchybień w procesie przetwarzania danych poprzez usunięcie i zaprzestanie zbierania danych osobowych obejmujących przetworzone do postaci cyfrowej informacje o charakterystycznych punktach linii papilarnych palców pracowników. W toku postępowania administracyjnego ustalono, że w celu ewidencji czasu pracy pracodawca skanował linie papilarne palców dłoni pracowników. Pracownicy składali pisemne oświadczenia o wyrażeniu zgody na pobranie wzoru linii papilarnych. Sąd wskazał w uzasadnieniu wyroku, iż wyrażona na prośbę pracodawcy pisemna zgoda pracownika na pobranie i przetworzenie danych osobowych narusza prawa pracownika i swobodę wyrażenia przez niego woli, ze względu na zależność pracownika od pracodawcy i brak równowagi w relacji pracodawca – pracownik. Uznanie takiego oświadczenia woli za przesłankę legalizującą przetwarzanie danych osobowych pracownika stanowi, zdaniem Sądu, obejście art. 22<sup>1</sup> Kodeksu pracy, ustanawiającego katalog danych, których pracodawca może żądać od pracownika. Jednocześnie rozszerzenie zakresu danych prowadzi do naruszenia zasady adekwatności wyrażonej w art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy, zgodnie z którą dane powinny być adekwatne w stosunku do celów, w jakich są przetwarzane.

Należy zwrócić uwagę, iż wprowadzenie do krajowej ustawy o ochronie danych osobowych wskazanej zasady jest wynikiem implementacji postanowień Dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. UE L 281 z 23 listopada 1995 r., str. 31), która w art. 6 ust. 1 lit. c ustanawia zasadę proporcjonalności, polegającą na nałożeniu na administratorów danych obowiązku przetwarzania danych prawidłowych, stosownych oraz nienadmiernych ilościowo w stosunku do celów, dla których zostały zgromadzone i/lub dalej przetworzone.

Należy podkreślić, że konsekwencją uznania zgody za przesłankę pozwalającą na zbieranie danych kandydatów do pracy, jest konieczność dokonania oceny, czy została ona wyrażona w sposób dobrowolny. Jak wynika z zacytowanego wyroku, a także jak podkreśla się w literaturze, brak równowagi między pozycją pracodawcy a osoby ubiegającej się o pracę niweczy tę swobodę. „Wydaje się, że dopuszczenie przetwarzania danych na podstawie zgody, w sytuacji, gdy przepisy ograniczają zakres przetwarzania danych, pozbawia sensu wspomniane ograniczenie, w szczególności wówczas, gdy osoba, której dane dotyczą, pozostaje w układzie podległości względem podmiotu, któremu zgoda ma być udzielona” (Paweł Fajgielski, Zgoda na przetwarzanie danych w: Grzegorz Sibiga, Xawery Konarski (red.), Ochrona danych osobowych. Aktualne problemy i nowe wyzwania, Oficyna a Wolters Kluwer business 2007). W relacji zachodzącej

między pracownikiem a pracodawcą, ale także między potencjalnym pracownikiem (kandydatem do pracy) a pracodawcą, występują okoliczności wpływające na brak omawianej równowagi, które sprzyjają wymuszaniu zgody, a tym samym pozbawiają ją przymiotu dobrowolności. Jednocześnie należy wskazać, że powoływanie jako przesłanki legalizującej przetwarzanie danych zgody udzielonej przez osoby ubiegające się o zatrudnienie, w sytuacji gdy przepisy wskazują katalog danych, które mogą być przez pracodawcę przetwarzane, skutkuje także obchodzeniem prawa regulującego te kwestie w sposób jednoznaczny. Prowadzi to do poszukiwania innych podstaw do przetwarzania danych, niż te, które ustawodawca uznał za jedynie dopuszczalne.

Zagadnienia, odnoszące się do przetwarzania danych osobowych pracowników, zostały opracowane w dotyczącej przetwarzania danych osobowych w kontekście zatrudnienia Opinii Grupy Roboczej Art. 29, będącej organem konsultacyjnym składającym się z przedstawicieli organów ochrony danych państw członkowskich, działających w sposób niezależny, mających, m.in. za zadanie badanie wszelkich kwestii dotyczących stosowania krajowych środków przyjętych na mocy Dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. UE L 281 z 23 listopada 1995 r., str. 31), aby przyczynić się w ten sposób do jednolitego stosowania tych środków. W ww. dokumencie Grupa Robocza Art. 29 wyraziła pogląd, zgodnie z którym, „jeżeli pracodawca musi przetwarzać dane osobowe, co jest nieuniknioną i konieczną konsekwencją stosunku pracy, popełnia błąd, jeżeli próbuje zalegalizować to przetwarzanie za pomocą zgody. Można posłużyć się zgodą, jeżeli odnosi się ona ściśle do przypadku, w którym pracownik ma całkowitą swobodę jej udzielenia i może odmówić jej udzielenia bez poniesienia szkody”. Wprawdzie powołana opinia dotyczy pracowników, zawarte w niej uzasadnienie znajduje również zastosowanie do przetwarzania danych osób ubiegających się o pracę.

Odnosząc się do ww. opinii należy jednoznacznie stwierdzić, iż w przypadku zgody wyrażanej przez kandydatów do pracy w Spółce nie są spełnione wskazane warunki, tak jak w podobnej sprawie rozstrzygniętej przez Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 13 lutego 2003 r. (II SA 1620/01), który stwierdził, że: „skutki badań poligraficznych, mimo że dobrowolnych, naruszają prawa i wolności badanych. Jak się zresztą wskazuje w literaturze, wyrażenie zgody na badania przy pomocy wykrywacza kłamstw, prowadzone przez pracodawcę, stawia pod znakiem zapytania swobodę tej zgody”. Z brakiem równorzędności stron mamy również do czynienia w relacji pracodawca – kandydat do pracy i stąd zgoda na przeprowadzenie testu i przetwarzanie uzyskanych w jego wyniku danych nie może być uznana za oświadczenie woli wyrażone w sposób swobodny.

Ponadto brak jest podstaw do uznania, iż fakt kontaktu pracowników z informacjami stanowiącymi tajemnicę prawnie chronioną, upoważnia Spółkę do przetwarzania danych pozyskiwanych za pomocą przedmiotowych testów. Spółka nie wskazała przepisów prawa, które nakładałyby na nią obowiązek poddawania tych osób ww. testom. Wskazany przez Spółkę art. 104 ust. 1 Prawa bankowego nie wprowadza obowiązku podania danych, o którym mowa w art. 22<sup>1</sup> § 4 Kp, a tym samym nie może stanowić podstawy pozyskiwania danych w szerszym zakresie. Z całokształtu materiału dowodowego zebranego w niniejszej sprawie wynika, iż poddanie kandydata do pracy testowi nie zależy od tego, czy po zatrudnieniu przez Spółkę będzie miał on dostęp do informacji objętych tajemnicą prawnie chronioną. Zauważyć należy także, iż testom tym poddawani są tylko niektórzy kandydaci do pracy na stanowisko magazyniera lub kuriera. System „A” ma tylko subsydiarny charakter, jest traktowany jako narzędzie pomocnicze. Należy zatem wnosić, iż poddanie kandydata do pracy omawianym testom nie jest konieczne w celu oceny jego przydatności do pracy. Wobec tych okoliczności oraz przedstawionej powyżej argumentacji w sprawie, za nietrafne należy uznać również stwierdzenie, jakoby dane były przetwarzane w zakresie adekwatnym do celu ich przetwarzania, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Ponownie należy zaznaczyć, iż zaprezentowana argumentacja na rzecz niedopuszczalności przetwarzania danych osobowych poprzez stosowanie omawianych testów podkreśla fakt, iż przyjęte przez Generalnego Inspektora stanowisko nie jest jedynie konsekwencją dokonania przez ten organ oceny stanu faktycznego i prawnego w sprawie, lecz stanowi także wyraz poszanowania i uwzględnienia w toku postępowania administracyjnego orzecznictwa, doktryny, a także stanowisk innych organów powołanych do ochrony danych osobowych w Unii Europejskiej.

W tym stanie prawnym i faktycznym Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych rozstrzygnął jak w sentencji.

Decyzja jest ostateczna. Na podstawie art. 21 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych w związku z art. 53 § 1 i art. 54 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270), od niniejszej decyzji stronie przysługuje prawo wniesienia skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, w terminie 30

dni od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (na adres: ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa).