



KRAJOWA IZBA
RADCÓW PRAWNYCH

00-540 Warszawa, Aleje Ujazdowskie 41 lok. 2
tel./fax: 022 622 05 88, 622 84 28;33 • e-mail: kirp@kirp.pl • NIP: 526-10-43-011

L.dz. 627 /OBSiL/2018

Warszawa, 5 kwietnia 2018 r.

Sz. P. Edyta Bielak-Jomaa
Generalny Inspektor
Ochrony Danych Osobowych

Szanowna Pani Inspektor

W odpowiedzi na pismo z dnia 4 stycznia 2018 r. zawierające prośbę o wyrażenie opinii w sprawie warunków dopuszczalności łączenia wykonywania zawodu radcy prawnego z funkcją administratora bezpieczeństwa informacji/inspektora ochrony danych, przesyłam opinię Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 28 marca 2018 r.

Leszek Korczak

Wiceprezes

Krajowej Rady Radców Prawnych

Leszek Korczak



RPW 10914/2018
Dat.: 2018-04-09

Warszawa, dnia 28 marca 2018 r.

Opinia

Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji

Krajowej Rady Radców Prawnych

**w przedmiocie łączenia wykonywania zawodu radcy prawnego oraz funkcji
Inspektora Ochrony Danych (IOD) lub Administratora Bezpieczeństwa Informacji
(ABI)**

1. Wprowadzenie

Tematem niniejszej opinii jest udzielenie odpowiedzi na niektóre pytania dotyczące łączenia wykonywania zawodu radcy prawnego z pełnieniem funkcji Inspektora Ochrony Danych (dalej „IOD”, „inspektor ochrony danych”, a także „DPO”) wynikającej z przepisów Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych, dalej jako „RODO”) lub funkcji Administratora Bezpieczeństwa Informacji (dalej: „ABI”) w rozumieniu określonym przepisami aktualnie obowiązującej Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tj. z dnia 13 czerwca 2016 r., Dz.U. z 2016 r. poz. 922 ze zm.), dalej „Ustawa”. Mając na uwadze nieodległy termin rozpoczęcia stosowania przepisów RODO, tj. 25 maja 2018 r., niniejsza opinia koncentruje się przede wszystkim na zagadnieniach związanych z funkcją IOD, przy czym rozważania dotyczące wykonywania funkcji IOD w odpowiednim, wynikającym z różnic pomiędzy regulacjami dotyczącymi tych funkcji, zakresie, można odnosić także wykonywania funkcji ABI.

Struktura opinii jest następująca. W pierwszej kolejności przedmiotem rozważań jest ustalenie zakresu pomiędzy pojęciem wykonywania zawodu radcy prawnego polegającym na świadczeniu pomocy prawnej oraz wykonywaniem zadań IOD/ABI;

w szczególności, przedmiotem rozważań jest kwestia, czy wykonywanie zadań IOD/ABI może być uznane za podtyp (kategorię) świadczenia pomocy prawnej. Na to pytanie zostaje udzielona odpowiedź negatywna: pojęcie świadczenia pomocy prawnej posiada tylko niektóre obszary wspólne z wykonywaniem zadań IOD/ABI.

W drugiej części opinii koncentrujemy się na zagadnieniach kwalifikacji, jakie winny być spełnione przez osobę wykonującą zadania IOD. Kwalifikacje te winien spełniać w szczególności radca prawny, zainteresowany pełnieniem funkcji IOD.

Następnie przedmiotem rozważań jest zagadnienie, czy radca prawny może pełnić funkcję IOD dla Klienta, na rzecz którego świadczy także pomoc prawną jako radca prawny (lub inaczej: czy osoba pełniąca funkcję IOD w danym podmiocie może również świadczyć dla tego podmiotu pomoc prawną jako radca prawny). Należy przyjąć stanowisko, zgodnie z którym sytuacji takiej winno się unikać nie tylko z uwagi na generowane przez nią ryzyka, w szczególności związane z naruszeniem *in casu* zasad etyki zawodowej, ale również dlatego, że uzasadnioną jest teza, iż równoległe świadczenie pomocy prawnej jako radca prawny oraz wykonywanie zadań IOD na rzecz tego samego podmiotu może być niedopuszczalne co do zasady. Nawet jednak i w tej ostatniej sytuacji łączenie funkcji IOD/ABI z wykonywaniem zawodu radcy prawnego i świadczeniem pomocy prawnej prowadzi do problemów prawnych, które są przedmiotem związanych rozważań zawartych w końcowej części opinii.

2. Świadczenie pomocy prawnej w związku z wykonywaniem zawodu radcy prawnego, a zadania IOD oraz ABI

Wykonywanie zawodu radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej. Przykładowe wyliczenie kategorii czynności wchodzących w zakres pojęcia świadczenia pomocy prawnej określone zostało w art. 6 ust. 1 Ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1870 ze zm., dalej jako „URP”): *świadczenie pomocy prawnej przez radcę prawnego polega w szczególności na udzielaniu porad i konsultacji prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych*

oraz występowaniu przed urzędami i sądami w charakterze pełnomocnika lub obrońcy. Warto dodać, że w razie wykonywania zawodu radcy prawnego w spółce, o której mowa w art. 8 ust. 1 pkt 1-3 URP, wyłącznym przedmiotem działalności tych spółek może być świadczenie pomocy prawnej. Ze statusem zawodu radcy prawnego jako zawodu zaufania publicznego związanych jest szereg zasad, obowiązków i konsekwencji, w szczególności takich jak zasada niezależności radcy prawnego (art. 14 ust. 1 URP w związku z art. 7 Kodeksu Etyki Racy Prawnego („KERP”) – załącznika do Uchwały z dnia 22 listopada 2014 r. Nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych w sprawie Kodeksu Etyki Radcy Prawnego (K.Rad.Prawn z 2014 r. poz. 110), zasada ochrony tajemnicy zawodowej (art. 3 ust. 3-6 URP oraz art. 9 i art. 15-24 KERP), nakaz unikania konfliktu interesów (art. 10 i przepisy Rozdziału 2 KERP) czy zasada podlegania odpowiedzialności dyscyplinarnej (art. 3 KERP). Radca prawny, także radca prawny wykonujący zawód, może podejmować się wykonywania równolegle innych zawodów oraz prowadzić inną działalność, przy założeniu, że wykonywanie tych innych zawodów lub prowadzenie innej działalności nie będzie kłóciło się z przepisami prawa, zasadami etyki radcy prawnego i zasadami wykonywania zawodu.

Szczególnie doniosłe znaczenie ma w tym kontekście w szczególności zasada niezależności radcy prawnego. Zgodnie z art. 7 ust. 3 KERP, *Radca prawny, przy wykonywaniu czynności zawodowych, powinien być wolny od wszelkich wpływów wynikających z jego osobistych interesów, nacisków z zewnątrz oraz ingerencji z jakiegokolwiek strony lub z jakiegokolwiek powodu. Wyrażone przez kogokolwiek polecenia, ograniczające niezależność sugestie czy wskazówki, nie mogą wpływać na prezentowane przez niego stanowisko w sprawie.* Lakoniczna w tym zakresie regulacja URP (art. 13 ust. 1) podaje, że *Radca prawny nie jest związany poleceniem co do treści opinii prawnej.* Przepisy te dają podstawę do zrekonstruowania normy prawnej, zgodnie z którą radca prawny świadczy pomoc prawną w sposób niezależny, kierując się własną wiedzą, doświadczeniem oraz zasadami etyki zawodowej, i nie ma obowiązku uwzględniania jakichkolwiek poleceń czy wskazówek w tym zakresie. W szczególności, radca prawny nie

jest związany wskazówkami czy poleceniami klienta dotyczącymi stanowiska prezentowanego w sprawie.¹

Należy zwrócić uwagę na kwestie związane z interpretacją art. 9 ust. 1 URP, zgodnie z którym *Radca prawny wykonujący zawód w ramach stosunku pracy zajmuje samodzielne stanowisko podległe bezpośrednio kierownikowi jednostki organizacyjnej*. Powszechnie przyjmuje się, że norma zawarta w tym przepisie ma charakter gwarancyjny i ma gwarantować ona samodzielność i niezależność radcy prawnego.² Relacja „podlegania”, o której mowa w cytowanym przepisie ma charakter organizacyjny (chodzi tu bowiem o „podleganie” stanowiska pracy), natomiast nie wypływa z niej obowiązek przyjmowania stanowiska kierownika jednostki organizacyjnej w zakresie prezentowanych przez radcę prawnego poglądów prawnych. Cytowana norma implikuje natomiast, że radca prawny winien być wolny od wpływu jakichkolwiek osób zajmujących inne stanowiska w jednostce organizacyjnej oraz radca prawny winien mieć możliwość bezpośredniego kontaktu z kierownikiem jednostki celem ustalania jej stanowiska w danej kwestii prawnej.

Z właściwie rozumianą zasadą niezależności nie pozostają w sprzeczności postanowienia dotyczące instytucji koordynatora radców prawnych, o którym mowa w art. 9 ust. 2 URP: *Jeżeli jednostka organizacyjna zatrudnia dwóch lub więcej radców prawnych, jednemu z nich powierza się koordynację pomocy prawnej w tej jednostce*. Zaznaczyć należy, że jest to jedyny wyjątek od reguły wyrażonej w art. 9 ust. 1 URP. Co więcej, postanowienia dotyczące tej instytucji akcentują konieczność poszanowania przez koordynatora niezależności radców prawnych (art. 41 KERP): *Radca prawny koordynujący pracę zespołu radców prawnych lub zatrudniający innego radcę prawnego nie może naruszać niezależności wykonywania zawodu poprzez merytoryczne ingerowanie w treść zajmowanego stanowiska co do prawa oraz samodzielności w prowadzeniu sprawy przed sądem lub innym organem orzekającym*. Kwestie te precjuje

¹ M. Araszkiewicz, M. Sala-Szczypiński, 2015, Volenti non fit iniuria?: związane pełnomocnika procesowego poleceniami klienta i odpowiedzialność za ich wykonanie, *Radca prawny: zeszyty naukowe*, nr 3(4), ss. 149-181.

² Por. na ten temat M. Okoń, w: T. Scheffler (red.), 2018, *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, Warszawa 2018, Legalis.

dodatkowo § 12 Załącznika do Uchwały nr 94/IX/2015 Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 13 czerwca 2015 r. – Regulamin wykonywania zawodu radcy prawnego (dalej: „Regulamin”). Zgodnie z ust. 1 zd. 2 cytowanego przepisu, *Działania koordynatora nie mogą naruszać samodzielności radców prawnych w zakresie powierzonych im zadań.*

Powyższe ustalenia korespondują z zasadą niezależności odnoszącą się do pełnienia funkcji ABI oraz IOD.³ Na niezależność funkcji ABI wskazuje postanowienie aktualnie obowiązującego art. 36a ust. 8 Ustawy. Z kolei zgodnie z art. 36a ust. 7 Ustawy, *Administrator bezpieczeństwa informacji podlega bezpośrednio kierownikowi jednostki organizacyjnej lub osobie fizycznej będącej administratorem danych.* Podobnie jak w przypadku wykonywania zawodu radcy prawnego, nie należy relacji „podlegania” wyklądać jako podporządkowania merytorycznego, lecz jako element normy o charakterze gwarancyjnym, spełniającej funkcje podobne do odpowiedniej normy odnoszącej się do wykonywania zawodu radcy prawnego. Analogiczne postanowienia dotyczące funkcji IOD znajdują się również w tekście RODO. Zdanie ostatnie motywu 97 preambuły RODO podaje, że (...) *inspektorzy ochrony danych – bez względu na to, czy są pracownikami administratora – powinni być w stanie wykonywać swoje obowiązki i zadania w sposób niezależny.* Ważną funkcję gwarancyjną pełni także art. 38 ust. 3 RODO: *Administrator oraz podmiot przetwarzający zapewniają, by inspektor ochrony danych nie otrzymywał instrukcji dotyczących wykonywania tych (określonych w art. 39 RODO – MA i RB) zadań. Nie jest on odwoływany ani karany przez administratora ani podmiot przetwarzający za wypełnianie swoich zadań. Inspektor ochrony danych bezpośrednio podlega najwyższemu kierownictwu administratora lub podmiotu przetwarzającego.* Ponadto, RODO przewiduje postanowienia statuujące obowiązek ochrony tajemnicy zawodowej IOD (art. 38 ust. 5) oraz obowiązek zapewnienia przez administratora lub podmiot przetwarzający, by inne zadania lub obowiązki podejmowane przez IOD nie powodowały konfliktu interesów (art. 38 ust. 6).

³ Nie twierdzimy, że zasada niezależności, czy zasada unikania konfliktu interesów jest realizowana w identyczny sposób w odniesieniu do wykonywania zawodu radcy prawnego oraz pełnienia funkcji IOD/ABI. Wskazujemy jednak na wybrane istotne podobieństwa.

Podstawowe obowiązki IOD określone zostały w przepisie art. 39 ust. 1 RODO. Zgodnie z powyższym przepisem art. 39 ust. 1 RODO inspektor ochrony danych ma następujące zadania:

- a) informowanie administratora, podmiotu przetwarzającego oraz pracowników, którzy przetwarzają dane osobowe, o obowiązkach spoczywających na nich na mocy rozporządzenia oraz innych przepisów Unii lub państw członkowskich o ochronie danych i doradzanie im w tej sprawie,
- b) monitorowanie przestrzegania niniejszego rozporządzenia, innych przepisów Unii lub państw członkowskich o ochronie danych oraz polityk administratora lub podmiotu przetwarzającego w dziedzinie ochrony danych osobowych, w tym podział obowiązków, działania zwiększające świadomość, szkolenia personelu uczestniczącego w operacjach przetwarzania oraz powiązane z tym audyty,
- c) udzielanie na żądanie zaleceń co do oceny skutków dla ochrony danych oraz monitorowanie jej wykonania zgodnie z art. 35 RODO,
- d) współpraca z organem nadzorczym,
- e) pełnienie funkcji punktu kontaktowego dla organu nadzorczego w kwestiach związanych z przetwarzaniem, w tym z uprzednimi konsultacjami, o których mowa w art. 36 RODO, oraz w stosownych przypadkach prowadzenie konsultacji we wszelkich innych sprawach.

Ponadto, z przepisu art. 38 ust. 4 RODO wynika, iż osoby, których dane dotyczą, mogą kontaktować się z inspektorem ochrony danych we wszystkich sprawach związanych z przetwarzaniem ich danych osobowych oraz z wykonywaniem praw przysługujących im na mocy RODO. Do zadań IOD należy zatem również pełnienie funkcji tzw. „punktu kontaktowego” dla osób, których dane dotyczą.

Należy w tym miejscu udzielić odpowiedzi na pytanie, w jakim stosunku pozostają do siebie nakreślone powyżej „obligatoryjne” zadania IOD oraz pojęcie pomocy prawnej, do którego odwołuje się art. 6 ust. 1 URP, przy czym przypomnieć należy, że ten ostatni przepis zawiera jedynie przykładowe wyliczenie czynności klasyfikowanych jako świadczenie pomocy prawnej. Oczywiste jest spostrzeżenie, że radcy prawni mogą

świadczyć pomoc prawną w zakresie spraw dotyczących ochrony danych osobowych. Należy jednak stwierdzić, że obszary wynikające z zadań IOD oraz ze świadczenia pomocy prawnej w zakresie ochrony danych osobowych nie są tożsame, chociaż można dostrzec pewne typy czynności, które dają się zakwalifikować do obu tych obszarów (jak choćby doradzanie w sprawach związanych z ochroną danych osobowych). Chociaż w polskim systemie prawa brak jest wyczerpującej definicji pojęcia pomocy prawnej (*nota bene* wprowadzenie takiej definicji byłoby zabiegiem niecelowym), to jednak analiza obowiązujących definicji legalnych mających charakter otwarty pozwala na zrekonstruowanie cech charakterystycznych czynności składających się na pojęcie świadczenia pomocy prawnej. Obok cytowanego już wyżej przepisu URP należy tu wymienić następujące:

Art. 4 ust 1 Ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o advokaturze (t.j. Dz. U. z dnia 8 grudnia 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 2368):

Zawód adwokata polega na świadczeniu pomocy prawnej, a w szczególności na udzielaniu porad prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed sądami i urzędami.

Art. 1 ust. 2 Ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. Ustawy o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. tj. z dnia 26 października 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1874) ze zm.).

Pomoc prawna oznacza działalność w zakresie odpowiadającym uprawnieniom adwokata lub radcy prawnego i obejmuje w szczególności udzielanie porad prawnych, sporządzanie opinii prawnych, opracowywanie projektów aktów prawnych oraz występowanie przed sądami i urzędami.

Art. 8 ust. 2 Ustawy z dnia 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych tj. z dnia 9 czerwca 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 1314) ze zm.).

Pomoc prawna polega w szczególności na udzielaniu porad i konsultacji prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, badaniu stanu prawnego przedmiotów własności przemysłowej, zastępstwie prawnym i procesowym.

Należy zwrócić uwagę, że wszystkie powyżej przytoczone definicje są w zasadzie zbieżne. Bardziej rozbudowany (choć zakresowo zawężony) katalog czynności wchodzących w skład pojęcia pomocy prawnej zawiera art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nieodpłatnej pomocy prawnej oraz edukacji prawnej (tj. z dnia 13 października 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 2030) ze zm.), co jest uzasadnione celem tej ustawy:

- 1) poinformowanie osoby uprawnionej o obowiązującym stanie prawnym, o przysługujących jej uprawnieniach lub o spoczywających na niej obowiązkach lub*
- 2) wskazanie osobie uprawnionej sposobu rozwiązania jej problemu prawnego, lub*
- 3) udzielenie pomocy w sporządzeniu projektu pisma w sprawach, o których mowa w pkt 1 i 2, z wyłączeniem pism procesowych w toczącym się postępowaniu przygotowawczym lub sądowym i pism w toczącym się postępowaniu sądowoadministracyjnym, lub*
- 4) sporządzenie projektu pisma o zwolnienie od kosztów sądowych lub ustanowienie pełnomocnika z urzędu w postępowaniu sądowym lub ustanowienie adwokata, radcy prawnego, doradcy podatkowego lub rzecznika patentowego w postępowaniu sądowoadministracyjnym.*

Odczytanie powyższego przepisu w kontekście powyżej przytoczonych, bardziej ogólnych definicji daje podstawę do zrekonstruowania pojęcia pomocy prawnej jako obejmującego pewne formy czynności nakierowanych na identyfikację i rozwiązanie problemów prawnych zainteresowanego podmiotu, począwszy od najbardziej prostych (udzielenie informacji prawnej), poprzez bardziej zaawansowane (udzielenie porady prawnej odniesionej do skonkretyzowanego stanu faktycznego, stworzenie projektu pisma, opinii prawnej) aż po zastępstwo w postępowaniu sądowym lub innym postępowaniu przed organem władzy publicznej. Świadczenie pomocy prawnej jest jednak w każdym wypadku nakierowane na rozwiązywanie problemów prawnych, a nie na udzielanie pomocy czy świadczeń innego rodzaju; w szczególności poza zakresem pomocy prawnej znajduje się np. świadczenie doradztwa finansowego czy inwestycyjnego, jak również wykonywanie usług szkoleniowych. Jakkolwiek wykonywanie wszelkich świadczeń na rzecz danego podmiotu winno mieścić się

w granicach prawa, a niektóre z typów świadczeń istotnych z punktu widzenia prowadzonej działalności podmiotu podlegają ścisłej regulacji, to regulacja ta nie czyni ich rodzajem pomocy prawnej. Odnosząc te rozważania do zakresu zadań IOD określonego w przytoczonym powyżej art. 39 ust. 1 RODO, należy stwierdzić, że tylko niektóre z nich znajdują się w zakresie pojęcia pomocy prawnej (w szczególności określone w art. 39 ust. 1 pkt 1). Wydaje się, iż poza zakresem pojęcia pomocy prawnej pozostają np. doradzanie administratorowi (podmiotowi przetwarzającemu) w kwestiach techniczno – organizacyjnych związanych z bezpieczeństwem danych osobowych, audytowanie systemów informatycznych, doradzanie w „pozaprawnych” kwestiach związanych z oceną skutków dla ochrony danych (DPIA), czy prowadzenie szkoleń dla pracowników.

W związku z powyższym, wykonywanie zadań IOD jako nietożsame ze świadczeniem pomocy prawnej nie może być świadczone w ramach wykonywania zawodu radcy prawnego. W szczególności, zadania IOD nie mogą być realizowane w formie prowadzenia działalności gospodarczej, jaką jest Kancelaria radcy prawnego lub spółki, o których mowa w art. 8 ust. 1 URP. Radca prawny wykonujący zawód może jednak, mając na uwadze aktualne stanowisko samorządu radców prawnych, pełnić funkcję IOD w ramach innej niż prawnicza działalności gospodarczej; mając na uwadze, że wykonywanie zadań IOD wymaga podejmowania systematycznych działań, jest uzasadnioną tezą, że co do zasady pełnienie tych zadań implikowałoby prowadzenie działalności gospodarczej.

Wskazać należy na jeszcze jedną istotną robieżność pomiędzy wykonywaniem zawodu radcy prawnego, a pełnieniem funkcji IOD/ABI. Otóż zgodnie z art. 2 URP, *Pomoc prawna świadczona przez radcę prawnego ma na celu ochronę prawną interesów podmiotów, na których rzecz jest wykonywana*. Z kolei zgodnie z art. 7 KERP, *Radca prawny, świadcząc klientowi pomoc prawną, postępuje lojalnie i kieruje się dobrem klienta w celu ochrony jego praw*. Przytoczone przepisy statuują interes klienta i dobro klienta jako podstawowe wartości, którym służy świadczenie pomocy prawnej przez radcę

prawnego; wszelkie inne wartości mogą mieć jedynie charakter pomocniczy i powinny być uznane za mniej istotne w sytuacji kolizji z tymi podstawowymi wartościami.⁴

Zdefiniowane odpowiednio w RODO i Ustawie zadania IOD oraz ABI prowadzą do wniosku, że ich celem jest zapewnienie zgodności działań prowadzonych przez administratora (w przypadku IOD – także podmiotu przetwarzającego) z przepisami o ochronie danych osobowych, co w konsekwencji ma prowadzić do zapewnienia najbardziej optymalnego poziomu ochrony danych osobowych. Zakres zadań i kompetencji IOD nie jest zatem nakierowany wyłącznie na ochronę interesów administratora danych w zakresie prawa dotyczącego ochrony danych osobowych, ale również na realizację obiektywnie rozumianego celu zgodności przetwarzania danych osobowych z prawem oraz ochrony tych danych.

Podsumowując powyższe rozważania, stwierdzić należy, co następuje.

- 1) Zakres zadań IOD/ABI jedynie częściowo pokrywa się z pojęciem świadczenia pomocy prawnej i jako taki nie może być uważany za podkategorię pojęcia świadczenia pomocy prawnej. Inne są również podstawowe wartości związane z wykonywaniem zawodu radcy prawnego z jednej strony, a wykonywaniem zadań IOD/ABI ze strony drugiej.
- 2) Normatywny kształt funkcji IOD / ABI oraz wykonywania zawodu radcy prawnego jest pomimo oczywistych różnic w istotnej mierze zbieżny (zasada niezależności, nakaz unikania konfliktu interesów, etc.); tym samym, nie ma zasadniczych przeszkód dla podejmowania przez radców prawnych wykonywania funkcji IOD i ABI przy założeniu, że jednocześnie nie świadczą pomocy prawnej na rzecz tego samego podmiotu jako radcy prawni (więcej na ten temat w kolejnym punkcie opinii).
- 3) Zasada podlegania przez IOD „najwyższemu kierownictwu administratora lub podmiotu przetwarzającego” nie stoi *per se* na przeszkodzie podejmowaniu przez radcę prawnego zadań IOD, gdyż ów stosunek podległości ma charakter

⁴ Tak też trafnie B. Sołtys, w: T. Scheffler (red.), 2018, Ustawa o radcach prawnych. Komentarz, Warszawa 2018, Legalis.

jedynie organizacyjny, a nie merytoryczny. Art. 38 ust. 3 RODO ma przede wszystkim charakter gwarancyjny, podobnie jak art. 9 ust. 1 URP.

3. Kwalifikacje wymagane od osoby pełniącej funkcję IOD

Zgodnie z art. 37 ust. 5 RODO IOD wyznaczany jest na podstawie kwalifikacji zawodowych, a w szczególności wiedzy fachowej na temat prawa i praktyk w dziedzinie ochrony danych oraz umiejętności wypełnienia zadań, o których mowa w art. 39 RODO. Przepisy RODO nie określają konkretnego poziomu wymaganej od IOD wiedzy fachowej. Z preambuły rozporządzenia wynika jednak, że „niezbędny poziom wiedzy fachowej należy ustalić w szczególności w świetle prowadzonych operacji przetwarzania danych oraz ochrony, której wymagają dane osobowe przetwarzane przez administratora lub podmiot przetwarzający” (motyw 97 preambuły).

W ocenie Grupy Roboczej art. 29 IOD powinien posiadać następującą wiedzę i umiejętności:

- wiedzę na temat krajowych i europejskich przepisów i praktyk w zakresie ochrony danych osobowych, w tym dogłębnego zrozumienia RODO,
- zrozumienia przeprowadzanych procesów przetwarzania,
- wiedzę z zakresu technologii informacyjnych i bezpieczeństwa danych,
- znajomość sektora w którym funkcjonuje administrator oraz samego administratora,
- umiejętność proponowania kultury ochrony danych osobowych w organizacji,
- w przypadku organów i podmiotów publicznych – wiedzę w zakresie procedur administracyjnych i funkcjonowania jednostki.⁵

⁵ Wytyczne Grupy Roboczej art. 29 dotyczące inspektorów ochrony danych („DPO”) z 13.12.2016 r., zmienione i przyjęte 5.04.2017 r., 16/EN, WP 243. Nieoficjalne tłumaczenie dostępne na stronie <https://giodo.gov.pl/pl/1520259/10066> (dostęp: 24.02.2018 r.), s.12 i s. 24

Niewątpliwie radca prawny będzie osobą dobrze przygotowaną do pełnienia funkcji IOD pod względem znajomości regulacji prawnych dotyczących ochrony danych osobowych oraz ich umiejętności praktycznego stosowania. Mając na uwadze zakres obowiązków IOD, przyjąć należy, iż IOD powinien dysponować nie tylko wiedzą z zakresu prawa⁶, lecz również inną niezbędną wiedzą i umiejętnościami, w tym między innymi z zakresu funkcjonowania systemów informatycznych, bezpieczeństwa IT, praktyk w zakresie ochrony danych osobowych, oceny ryzyka, prowadzenia audytów, specyfiki działania sektora (branży) administratora (podmiotu przetwarzającego). IOD powinien posiadać nie tylko wiedzę, lecz przede wszystkim praktyczne umiejętności pozwalające na realizację jego zadań (w tym umiejętności praktyczne dotyczące bezpieczeństwa IT, oceny ryzyka, prowadzenia audytów, przekazywania wiedzy itp.). W konsekwencji, możliwość wykonywania przez radcę prawnego zadań IOD uzależniona jest od posiadania przez niego właściwej wiedzy i umiejętności również w zakresie wykraczającym poza zagadnienia ściśle prawne.

Administrator (podmiot przetwarzający) zobowiązani są do dokonania odpowiedniego wyboru osoby pełniącej funkcję IOD oraz wykazania, iż osoba ta posiada odpowiednie kwalifikacje.

W konsekwencji, radca prawny zamierzający pełnić funkcję IOD będzie musiał wykazać posiadanie odpowiedniej wiedzy i umiejętności, w tym również w powyżej wskazanych kwestiach nie pozostających w zakresie świadczenia pomocy prawnej (np. funkcjonowania systemów informatycznych, bezpieczeństwa IT, prowadzenia audytów, praktyk z zakresu ochrony danych osobowych). W praktyce, radca prawny będzie mógł wykazać tę okoliczność np. poprzez

⁶ Wytyczne CCBE w sprawie dostosowania prawników do wymogów Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego 2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych. Tłumaczenie na j. polski dostępne na stronie <http://kirp.pl/wytyczne-ccbe-sprawie-dostosowania-prawnikow-wymogow-rozporzadzenia-parlamentu-europejskiego-2016-679-sprawie-ochrony-osob-fizycznych-zwiazku-przetwarzaniem-danych-osobowych/> (dostęp: 28 marca 2018 r.)

ukończenie odpowiednich studiów podyplomowych, szkoleń, kursów, potwierdzone posiadaniem stosownych certyfikatów, zaświadczeń.

Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 38 ust. 2 RODO administrator oraz podmiot przetwarzający zobowiązani są do zapewnienia IOD zasobów niezbędnych do „utrzymania jego wiedzy fachowej”. Aktualizacja i rozwój wiedzy fachowej będą szczególnie istotne między innymi ze względu na stały rozwój techniki oraz praktyk w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa danych osobowych. W konsekwencji, radca prawny zamierzający pełnić funkcję inspektora ochrony danych, będzie musiał stale poszerzać i aktualizować swoją wiedzę, w tym w kwestiach wykraczających poza zagadnienia ściśle prawne (np. bezpieczeństwa IT, oceny ryzyka, metod prowadzenia audytów itp.). Jednocześnie, administrator (podmiot przetwarzający), który powierzył radcy prawnemu pełnienie funkcji IOD powinien wypełniać wynikający z RODO obowiązek „utrzymania wiedzy fachowej” przy uwzględnieniu jego szczególnych potrzeb szkoleniowych dotyczących zagadnień „pozaprawnych” (np. wspomnianych już powyżej kwestii technicznych, bezpieczeństwa IT, metodyk prowadzenia audytów).

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że podjęcie przez radcę prawnego wykonywania funkcji IOD winno być poprzedzone pozyskaniem odpowiednich kwalifikacji, w szczególności w zakresie zadań leżących poza zakresem pojęcia świadczenia pomocy prawnej (w tym w zakresie aspektów technicznych, funkcjonowania systemów informatycznych, bezpieczeństwa IT, oceny ryzyka, prowadzenia audytów).

4. Wykonywanie zadań IOD/ABI oraz świadczenie pomocy prawnej przez radcę prawnego na rzecz tego samego podmiotu

Niniejszy punkt opinii jest skoncentrowany na zagadnieniu równoległego wykonywania zadań funkcji IOD / ABI oraz świadczenia pomocy prawnej przez radcę prawnego na rzecz tego samego podmiotu. Celem rozważań zawartych w niniejszym punkcie opinii jest zatem udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy dopuszczalne jest, by radca prawny, świadczący na rzecz danego podmiotu pomoc prawną, równolegle

wykonywał na rzecz tego podmiotu zadania wynikające z funkcji IOD (obecnie: ABI). Ujmując to zagadnienie z drugiej strony można zapytać, czy osoba pełniąca w danym podmiocie funkcję IOD może również świadczyć na rzecz tego podmiotu pomoc prawną jako radca prawny. Przypomnieć należy w tym kontekście ustalenia pkt. 2 niniejszej opinii, zgodnie z którymi wykonywanie zadań IOD tylko częściowo mieści się w zakresie pojęcia świadczenia pomocy prawnej.

Należy zaznaczyć, że ani z RODO, ani z przepisów URP nie wynika wprost zakaz powierzenia radcy prawnemu funkcji IOD. W szczególności, przepisy te nie formułują wprost zakazu wykonywania zadań IOD na rzecz podmiotu, dla którego radca prawny świadczy pomoc prawną. Analiza przepisów oraz stanowisk doktrynalnych prowadzi jednak do twierdzenia, że łączenie tych dwóch funkcji równolegle u jednego administratora (podmiotu przetwarzającego) winno być uznane za co do zasady niedopuszczalne.

Przepisy art. 39 ust. 1 i 38 ust. 4 RODO, określają podstawowy zakres zadań IOD. Z przepisu art. 38 ust. 6 RODO wynika jednak, iż *„inspektor ochrony danych może wykonywać inne zadania i obowiązki. Administrator lub podmiot przetwarzający zapewniają, by takie zadania i obowiązki nie powodowały konfliktu interesów.”* W konsekwencji, RODO nie wyklucza pełnienia przez IOD innych, dodatkowych zadań i obowiązków, pod warunkiem jednak, iż realizacja „innych zadań” nie będzie powodować „konfliktu interesów” z zadaniami IOD wynikającymi z RODO. Z perspektywy RODO, pierwszoplanowym powinno być jednak zapewnienie możliwości realizacji przez daną osobę zadań i obowiązków IOD.

Jak wskazuje Grupa Robocza art. 29 IOD *„nie może zajmować w organizacji stanowiska pociągającego za sobą określenie sposobów i celów przetwarzania danych. (...) Co do zasady, za powodujące konflikt interesów uważane będą stanowiska kierownicze (dyrektor generalny, dyrektor ds. operacyjnych, dyrektor finansowy, dyrektor ds. medycznych, kierownik działu marketingu, kierownik działu HR, kierownik działu IT), ale również niższe stanowiska, jeśli biorą udział w określeniu celów i sposobów przetwarzania danych. Ponadto, konflikt interesów może powstać, gdy zewnętrzny IOD zostanie poproszony o reprezentowanie administratora lub podmiotu*

przetwarzającego przed sądem w sprawie dotyczącej ochrony danych osobowych”

7.

W nawiązaniu do powyższego stanowiska w literaturze przedmiotu został wyrażony pogląd, że IOD nie tylko nie może brać udziału w określaniu celów i sposobów przetwarzania danych, ale również nie może on być zaangażowany w zapewnianie zgodności z prawem procesu przetwarzania danych; IOD nie może bowiem monitorować zgodności z RODO swoich własnych działań.⁸ Podobnie Rada Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Europy (CCBE) wskazuje, iż „Asymilacja dwóch funkcji (prawnika/inspektora ochrony danych) i ryzyko pomylenia tych funkcji stanowią kluczową kwestię dla każdego prawnika, który mógłby zostać wyznaczony na inspektora ochrony danych na prośbę klienta. Prawnika, który zostaje powołany do pełnienia takiej roli, może stwierdzić, że będzie musiał odgrywać naprzemiennie rolę inspektora ochrony danych i rolę prawnika wykonującego zawód regulowany. Prawnika pełniący rolę inspektora ochrony danych będzie musiał zapewnić sobie niezależność i będzie musiał unikać konfliktów interesów, zwłaszcza tych, które mogą wynikać z jednoczesnego pełnienia funkcji punktu kontaktowego dla organu ochrony danych (rola, które obejmuje obowiązki dokonywania zgłoszeń do organów nawet w sytuacji gdy takie zgłoszenie nie jest w interesie administratora lub podmiotu przetwarzającego dane) i wykonywania obowiązku reprezentowania interesów klientów w pełnym zakresie przewidzianym przepisami prawa. Przewidując potencjalny konflikt interesów, Adwokatury i Stowarzyszenia Prawnicze mogą chcieć zalecić prawnikom, aby podejmowali się pełnienia roli inspektora ochrony danych wobec klienta zewnętrznego tylko w sytuacji gdy ani nigdy wcześniej nie działali jako prawnicy w zakresie kwestii objętych zadaniami inspektora ochrony danych ani nie będą przez okres pełnienia roli inspektora ochrony danych działali jako prawnicy w kwestiach, w które byli lub są zaangażowani jako inspektor ochrony danych.”⁹

⁷ Wytyczne DPO.. s. 17.

⁸ P. Voigt, A. vd Bussche, The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide, Springer 2017, s. 60-61.

⁹ Zwraca na to uwagę Rada Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Europy (CCBE) w: Wytyczne CCBE w sprawie dostosowania prawników do wymogów Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE)

W naszej ocenie, ryzyko konfliktu interesów związane z równoległym świadczeniem pomocy prawnej oraz pełnienia funkcji IOD może wystąpić w szczególności w razie popełnienia błędu przez IOD w zakresie doradztwa i opiniowania polityk stosowanych przez administratora skutkującego koniecznością podjęcia działań prawnych (w tym w szczególności gdy ów błąd skutkuje wszczęciem procesu cywilnego przez osobę, której dane dotyczą albo postępowania administracyjnego przez organ nadzoru). W takiej sytuacji radca prawny musiałby dokonywać oceny swoich własnych działań (jakkolwiek wynikających z wykonywania zadań IOD, a nie radcy prawnego), co z kolei skutkowałoby obowiązkiem wyłączenia się go od prowadzenia sprawy. Przypomnieć należy w tym zakresie, że radca prawny ma ogólny obowiązek wyłączenia się o świadczenia pomocy prawnej w każdym przypadku, gdy *wykonywanie czynności zawodowych naruszałoby tajemnicę zawodową lub stwarzało znaczne zagrożenie jej naruszenia, ograniczenia jego niezależności (...)* (art. 26 ust. 1 KERP). Jakkolwiek *de lege lata* nie obowiązuje wyraźna norma prawna zakazująca radcom prawnym wykonywanie zadań IOD/ABI na rzecz podmiotu będącego klientem radcy prawnego, to z uwagi na powyższe spostrzeżenia należy wnioskować, że ryzyko aktualizacji stanów faktycznych skutkujących koniecznością wyłączenia się radcy prawnego od świadczenia pomocy prawnej albo powodowałoby ryzyko zaistnienia konfliktu interesów, narażając tym samym radcę prawnego na odpowiedzialność dyscyplinarną, a administratora (przetwarzającego) na zarzut naruszenie RODO.

Należy mieć również na uwadze że, jak zauważono powyżej, podstawowym zadaniem radcy prawnego jest ochrona interesów klienta. Wobec tego pod znakiem zapytania stoi w szczególności możliwość rzetelnego wykonywania przez radcę prawnego obowiązków IOD polegających na pełnieniu roli „punktu kontaktowego” dla osób, których dane dotyczą. Jeżeli bowiem *in casu* okazałoby się, że dane osobowe są przetwarzane

2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, https://www.oirp.warszawa.pl/wp-content/uploads/2017/06/Wytyczne-CCBE-w-spr.-dostosowania-prawników-do-wymogów-Rozporządzenia-Parlamentu-Europejskiego-i-Rady-2016_679-z-27.04.2016-r.pdf (dostęp: 15.04.2018 r.)

przez administratora niezgodnie z prawem, to radca prawny, mając na uwadze ochronę interesów klienta winien powstrzymać się od ujawnienia tej informacji osobom trzecim (także z uwagi na obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej). Nie mógłby więc udzielić osobie, której dane dotyczą, skonkretyzowanej odpowiedzi związanej z kwestią realizacji praw jej przysługujących. Przypomnieć należy w tym kontekście również brzmienie art. 29 ust. 1 pkt 1 KERP, zgodnie z którym *Radcy prawnemu nie wolno doradzać klientowi, którego interesy są sprzeczne z interesami innego klienta w tej samej sprawie lub w sprawie z nią związanej*. Przyjęcie, że radca prawny działając w charakterze IOD może udzielić wszelkich istotnych informacji osobie, której dane dotyczą, prowadziłoby do ryzyka obejścia normy wynikającej z tego przepisu, jak również norm związanych z obowiązkiem zachowania tajemnicy zawodowej przez radcę prawnego. Innym przypadkiem kolizji obowiązków prowadzącej do konfliktu interesów jest wzmiankowany w przytoczonych wyżej Wytocznych CCBE obowiązek pełnienia roli punktu kontaktowego dla organu nadzoru (art. 39 ust. 1 lit e RODO).

Niezależnie od powyższych spostrzeżeń należy zauważyć, że przyjęcie przez radcę prawnego funkcji IOD u swojego klienta budzi także istotne wątpliwości z punktu widzenia brzmienia art. 7 ust. 2 KERP in principio: *Radca prawny, przy wykonywaniu czynności zawodowych, powinien być wolny od wszelkich wpływów wynikających z jego osobistych interesów (...)*. Nie ulega wątpliwości, że radca prawny, który podejmuje się wykonywania zadań IOD będzie osobiście zainteresowany w kontynuacji pełnienia tej funkcji. Podjęcie się równoległego wykonywania funkcji IOD / ABI oraz świadczenia pomocy prawnej jako radca prawny powoduje powstanie niekorzystnej sytuacji motywacyjnej, stwarzającej ryzyko niedostatecznie rzetelnego wykonywania zadań w każdym ze wskazanych obszarów.

W uzupełnieniu powyższych rozważań dodać należy, że zgodnie z przepisem art. 9 ust. 4 URP *radcy prawnemu nie można polecać wykonania czynności wykraczającej poza zakres pomocy prawnej*. Przepis powyższy reguluje pozycję radcy prawnego wykonującego zawód w ramach stosunku pracy. Wynika z niego jednoznaczny wniosek, że radca prawny zatrudniony na podstawie prawnej kreującej stosunek pracy nie może

wykonywać na rzecz pracodawcy innych czynności niż tych mieszczących się w zakresie pojęcia pomocy prawnej.

Należy wskazać, że zgodnie z powyżej cytowanym stanowiskiem Grupy Roboczej Art. 29, ze względu na konieczność zapewnienia niezależności IOD, IOD nie może zajmować w stanowiska związane z określaniem w imieniu administratora – sposobów i celów przetwarzania danych osobowych. W naszej ocenie, w przypadku radcy prawnego zatrudnionego przez administratora na podstawie umowy o pracę, radca prawny może stać się osobą biorącą udział w określeniu w imieniu administratora celów i sposobów przetwarzania danych osobowych (np. w związku z przetwarzaniem danych osobowych na potrzeby prowadzonego postępowania sądowego).

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, co następuje.

- 1) Pomimo braku wyraźnego zakazu świadczenia pomocy prawnej na rzecz danego podmiotu w ramach wykonywania zawodu radcy prawnego i równoległego wykonywania w tym podmiocie funkcji IOD / ABI, istnieje szereg zastrzeżeń, możliwych do sformułowania już *in abstracto*, które wskazują, że łączenie tych funkcji może powodować konflikt interesów. Wnioski takie wynikając nie tylko z analizy przepisów URP, RODO i KERP, ale również z przytaczanych powyżej stanowisk Grupy Roboczej art. 29 oraz CCBE.
- 2) Obok wskazanych powyżej sytuacji problemowych, należy wskazać także na szereg innych, związanych choćby z kwestią ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego oraz odpowiedzialności odszkodowawczej i dyscyplinarnej radcy prawnego w połączeniu z wykonywaniem zadań IOD; te obszerne zagadnienia znajdują się jednak poza zakresem niniejszej opinii, dlatego poprzestajemy na ich zasygnalizowaniu.
- 3) Mając na uwadze, że problematyka ochrony danych osobowych przenika większość sfer funkcjonowania jednostki organizacyjnej (w przypadku przedsiębiorców: sfera HR, marketingu, sprzedaży,

bezpieczeństwa teleinformatycznego etc.) nie istnieje prosty sposób na oddzielenie świadczenia pomocy prawnej z zakresu prawa ochrony danych osobowych od świadczenia takiej pomocy w obszarze innych dziedzin prawa.

W konsekwencji należy stwierdzić, że rekomendowanym rozwiązaniem jest zaniechanie łączenia wykonywania zadań IOD/ABI w danym podmiocie (u danego administratora danych lub podmiotu przetwarzającego) ze świadczeniem pomocy prawnej na rzecz tego podmiotu jako radca prawny.

5. Podsumowanie

Wykonywanie zadań IOD / ABI nie może być kwalifikowane jako podkategoria pojęcia świadczenia pomocy prawnej, chociaż te obszary mają pewne wspólne zakresy. Radcy prawni, jako profesjonaliści w zakresie świadczenia pomocy prawnej, po uzyskaniu dodatkowych kwalifikacji wymaganych dla wykonywania zadań IOD, mogą podejmować się pełnienia tej funkcji. Zaznaczyć należy, że rzetelne wykonywanie zadań IOD może wymagać znacznej ilości czasu. Zgodnie z art. 38 ust. 2 RODO *administrator oraz podmiot przetwarzający wspierają inspektora ochrony danych w wypełnianiu przez niego zadań, o których mowa w art. 39, zapewniając mu zasoby niezbędne do wykonania tych zadań oraz dostęp do danych osobowych i operacji przetwarzania, a także zasoby niezbędne do utrzymania jego wiedzy fachowej.* Mając na uwadze zakres niniejszej opinii nie podejmujemy w tym miejscu całościowej analizy powyższego przepisu. Zwrócić należy jednak uwagę, iż pojęcie odpowiedniego „wsparcia” IOD odnosi się między innymi do zapewnienia IOD odpowiedniego czasu pracy, umożliwiającego wykonywanie zadań IOD. Jak wskazuje Grupa Robocza art. 29 „jest to szczególnie istotne w przypadku (...) zewnętrznych DPO łączących obowiązki DPO z innymi zadaniami.”

W ramach niniejszej opinii nie podejmujemy również kwestii ryzyk związanych z łączeniem funkcji radcy prawnego z IOD wyznaczonym dla grupy przedsiębiorstw (art. 37 ust. 2 RODO) lub szeregu podmiotów publicznych (art. 37 ust 3 RODO). Wydaje się

jednak, że przypadki takie generują dodatkowe ryzyka dla prawidłowego wykonywania funkcji IOD i radcy prawnego.

W ramach niniejszej opinii nie podejmujemy się również oceny możliwości pełnienia funkcji IOD przez radcę prawnego wykonującego zawód w ramach kancelarii na rzecz podmiotu, dla którego inny radca prawny z tej kancelarii świadczy pomoc prawną.

Mając na uwadze wskazane powyżej ryzyka związane z konfliktem interesów oraz robieżnymi charakterystykami funkcji radcy prawnego oraz IOD, rekomenduje się nie łączenie wykonywania tych ról w ramach jednego podmiotu (administratora danych/klienta). Nawet jednak w sytuacji pełnienia zadań IOD i świadczenia pomocy prawnej dla różnych podmiotów, radca prawny winien mieć na uwadze w szczególności art. 26 ust. 1 KERP, zgodnie z którym radca prawny nie może świadczyć pomocy prawnej, *gdy posiadana przez niego wiedza o sprawach innego klienta lub osób, na rzecz których uprzednio wykonywał czynności zawodowe, dawałaby klientowi nieuzasadnioną przewagę.*

r. pr. Michał Araszkiewicz

r. pr. Roman Bieda