Rozdział II. Instytucja współadministrowania a pojęcie „ustalania" celów i sposobów przetwarzania danych osobowych – zarys problemu

Michał Czerniawski

Wstęp – od „określania" do „ustalania" celów i sposobów

Koncepcja administratora jest immanentnym elementem europejskiego systemu ochrony danych osobowych. Funkcjonuje ona na poziomie europejskim już od niemal 40 lat, a po raz pierwszy pojawiła się w, niewiążących, wytycznych Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD), przyjętych przez Radę OECD w 23.9.1980 r.[1], oraz Konwencji Nr 108 Rady Europy[2]. Zgodnie z wytycznymi (art. 1 ust. 1 tychże) „administrator danych" oznacza stronę, która zgodnie z prawem krajowym jest upoważniona do decydowania o zawartości i zastosowaniu danych osobowych, bez względu na to, czy takie dane są zbierane, przechowywane, przetwarzane albo rozpowszechniane przez

[1] Zob. OECD, Przegląd. Wytyczne w zakresie ochrony prywatności i przepływu danych osobowych przez granice, http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590241.pdf [dostęp: 25.7.2019 r.]. Należy odnotować, że powyższy dokument nie jest oficjalnym tłumaczeniem wytycznych na język polski, gdyż takowe tłumaczenie nigdy nie powstało. Angielska, oficjalna wersja wytycznych posługuje się pojęciem „*competent to decide*".

[2] Konwencja Nr 108 Rady Europy o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych, sporządzona w Strasburgu dnia 28.1.1981 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 3, poz. 25).

stronę, czy też przez przedstawiciela występującego w jej imieniu. Konwencja Nr 108, posługując się pojęciem administratora zbioru danych wskazuje, że jest to podmiot właściwy na podstawie prawa wewnętrznego do określenia celu, któremu ma służyć zautomatyzowany zbiór danych, kategorii gromadzonych danych osobowych oraz sposobu przetwarzania, jakiemu dane będą poddawane[3]. Poprzez odwołanie do „upoważnienia" (wytyczne OECD) oraz „właściwości" na podstawie prawa wewnętrznego (krajowego) oba ww. dokumenty po pierwsze nie wprowadzają w tym zakresie harmonizacji pomiędzy państwami (członkami OECD, stronami Konwencji Nr 108), pozwalając im na pewną swobodę w powyższym obszarze, a po drugie – poprzez możliwość uznania dane podmiotu formalnie za administratora uniezależniają definicję administratora od okoliczności faktycznych. Harmonizację w zakresie definicji administratora danych w Unii Europejskiej oraz, w ocenie autora, odejście od podejścia formalistycznego, wprowadziła dopiero dyrektywa 95/46/WE[4]. Zgodnie z art. 2 lit. d dyrektywy 95/46/WE „administrator danych" oznaczał osobę fizyczną lub prawną, władzę publiczną, agencję lub inny organ, który samodzielnie lub wspólnie z innymi podmiotami określa cele i sposoby przetwarzania danych. Dyrektywa wskazywała także, że jeżeli cele i sposoby przetwarzania danych są określane w przepisach ustawowych i wykonawczych lub przepisach wspólnotowych, administrator danych może być powoływany lub kryteria jego powołania mogą być ustalane przez ustawodawstwo krajowe lub wspólnotowe. Dyrektywa posługiwała się więc pojęciem „określania" na na-

[3] Zgodnie z art. 2 lit. d Konwencji Nr 108, „administrator zbioru danych" oznacza osobę fizyczną lub prawną, władzę publiczną, agencję lub każdy inny organ właściwy na podstawie prawa wewnętrznego do określenia celu, któremu ma służyć zautomatyzowany zbiór danych, kategorii gromadzonych danych osobowych oraz sposobu przetwarzania, jakiemu dane będą poddawane. Zmodernizowana Konwencja Nr 108 (tzw. Konwencja Nr 108+), w tym samym punkcie stanowi (na dzień zakończenia prac nad niniejszym artykułem brak jest oficjalnego polskiego tłumaczenia), że *"controller" means the natural or legal person*, *public authority*, *service*, *agency or any other body which*, *alone or jointly with others*, *has decision-making power with respect to data processing*, odchodząc od obecnie obowiązującej definicji. Zob. *Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data – Consolidated text*, CM/Inf(2018)15-final. Do rozpoczęcia jej stosowania wymagana jest jednak bądź ratyfikacja protokołu zmieniającego przez wszystkie państwa-strony (art. 37 ust. 1 protokołu zmieniającego) bądź upływ 5 lat od otwarcia do podpisu (tj. dzień 10.10.2023 r.), przy spełnieniu warunku ratyfikacji konwencji przez co najmniej 38 państw-stron (ar. 37 ust. 2 protokołu zmieniającego). W świetle powyższego, na rozpoczęcie jej stosowania przyjdzie więc nam jeszcze poczekać.

[4] Dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 24.10.1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.Urz. UE L Nr 281 z 23.11.1995 r., s. 31).

zwanie czynności wykonywanych przez administratora. Z kolei implementująca ją ustawa z 1997 r.[5] w art. 7 pkt 4 stanowiła, że przez administratora danych rozumie się organ, jednostkę organizacyjną, podmiot lub osobę, o których była mowa w art. 3 tejże ustawy[6], decydujące o celach i środkach przetwarzania danych osobowych. Wraz z rozpoczęciem stosowania ogólnego rozporządzenia o ochronie danych (dalej: RODO)[7], definicja administratora uległa kolejnym zmianom. I tak, zgodnie z art. 4 pkt 7 RODO „administrator" oznacza osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych. Analogicznie do dyrektywy 95/46/WE, RODO stanowi, że jeżeli cele i sposoby takiego przetwarzania są określone w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego, to również w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego może zostać wyznaczony administrator lub mogą zostać określone konkretne kryteria jego wyznaczania.

Powyższe zestawienie definicji wydaje się wskazywać na pewną niekonsekwencję i bałagan terminologiczny w odniesieniu do kwestii o znaczeniu fundamentalnym, jakim jest czynność bądź czynności, które umożliwiają zakwalifikowanie danego podmiotu jako administratora danych. Dla jej/ich określenia posługiwano się pojęciami:

1) „określać" (Konwencja Nr 108 i dyrektywa 95/46),
2) „decydować o" (ustawa z 1997 r., niewiążące wytyczne OECD); oraz

[5] Ustawa z 29.8.1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 922 ze zm.), uchylona.

[6] Art. 3 ustawy z 1997 r. stanowił co następuje:

„1. Ustawę stosuje się do organów państwowych, organów samorządu terytorialnego oraz do państwowych i komunalnych jednostek organizacyjnych.

2. Ustawę stosuje się również do: 1) podmiotów niepublicznych realizujących zadania publiczne, 2) osób fizycznych i osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, jeżeli przetwarzają dane osobowe w związku z działalnością zarobkową, zawodową lub dla realizacji celów statutowych

– które mają siedzibę albo miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, albo w państwie trzecim, o ile przetwarzają dane osobowe przy wykorzystaniu środków technicznych znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej".

[7] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.4.2016 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 (Dz.Urz. UE L Nr 119 z 4.5.2016 r., s. 1).

3) „ustalać" (RODO)[8]

cele i sposoby.

Należy jednak postawić tezę, że pojęcia te należy interpretować w ten sam sposób, nie ma bowiem dostatecznych podstaw, aby sądzić, iż poszczególnym prawodawcom chodziło o nadanie im zróżnicowanych znaczeń. Bałagan terminologiczny można też, przynajmniej częściowo, złożyć na karb niewłaściwego tłumaczenia źródłowych wersji językowych aktów prawa unijnego oraz międzynarodowego na język polski. Tytułem przykładu, w angielskiej, źródłowej wersji tekstu, tak dyrektywa 95/46/WE, jak i RODO posługują się tym samym pojęciem „*to determine*", podczas gdy ich polskie wersje językowe tłumaczą to pojęcie na dwa różne sposoby: jako „określać" i „ustalać". Z kolei Konwencja Nr 108 używa pojęcia „*to decide*", przetłumaczonego na język polski, wbrew logice, nie jako „decydować", ale jako „określać". Ustawa z 1997 r. wydaje się z kolei czerpać ten element definicji pojęcia „administrator danych" właśnie z angielskiej wersji językowej Konwencji Nr 108 (pojęcie „decydować" jest bezpośrednim tłumaczeniem angielskiego czasownika „*to decide*"). Tę ostatnią tezę wydaje się potwierdzać doktryna – ustawa z 1997 r. była pierwszym aktem prawa, który regulował kwestie ochrony danych osobowych w polskim systemie prawnym, prace nad nią toczyły się przez okres 6 lat, a w ich trakcie opierano się początkowo na treści Konwencji Nr 108[9]. Krytycznie należy ocenić jednak to, że polski ustawodawca nie wziął w tamtym okresie pod uwagę brzmienia definicji pojęcia administratora danych z dyrektywy 95/46/WE. Jak już wspomniano, wydaje się, że zmianę tłumaczenia pojęcia „*to determine*" pomiędzy dyrektywą 95/46 a RODO z „określać" na „ustalać" należy uznać za modyfikację o charakterze czysto technicznym, pozostającą bez wpływu na wykładnię pojęcia administratora.

[8] Pojęcie „ustalać" jest obecne już w pierwszym projekcie RODO – por. Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), COM(2012) 11 final, Bruksela, dnia 25.1.2012 r.

[9] Okoliczność, że to Konwencja Nr 108 była pierwszym źródłem inspiracji dla polskiego ustawodawcy potwierdza *A. Mednis*, Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz, Warszawa 1999, s. 7.

1. Ustalanie celów i sposobów przetwarzania danych osobowych

Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN, słowo „ustalać" oznacza „zdecydować o ostatecznej formie, postaci lub przebiegu czegoś"[10]. Jak wskazuje się w doktrynie, „podstawowym kryterium odróżniającym administratora danych osobowych od innych podmiotów przetwarzających dane jest sprawowanie faktycznej kontroli nad przetwarzaniem danych (...), a więc decydowanie o celach i sposobach przetwarzania, nie zaś faktyczne przetwarzanie, które może zostać powierzone innemu podmiotowi (...)"[11]. W doktrynie podnosi się także, że w koncepcji administratora danych chodzi o sprawowanie władztwa nad przetwarzanymi danymi[12] i „o tym, kto jest administratorem, powinno decydować faktyczne władztwo nad konkretnymi danymi (danymi konkretnych osób), a nie władztwo abstrakcyjne nad danymi lub/i procesem przetwarzania danych"[13]. Zauważa się, że administratorem jest podmiot praw i obowiązków, który dokonując działań, rozporządzając prawami i zaciągając zobowiązania, rozstrzyga o procesach przetwarzania danych[14]. Rozstrzygnięcie to dotyczy tak technicznych, jak i organizacyjnych aspektów tych procesów[15]. Podkreśla się, że istotnym elementem ustalania celów i sposobów przetwarzania danych osobowych jest samodzielność podejmowania decyzji[16]. Ponieważ, jak już wspomniano, na poziomie angielskiej wersji językowej pojęcie „*to determine*" nie uległo zmianie i jest obecne tak w tekście dyrektywy 95/46/WE, jak i RODO, aktualność zachowują wydane w tym zakresie, pod rządami dyrektywy 95/46/WE, wytyczne Grupy Roboczej Art. 29[17]. Jak wska-

[10] Słownik Języka Polskiego PWN, https://sjp.pwn.pl/slowniki/ustala%C4%87.html [dostęp: 25.7.2019 r.].

[11] *P. Litwiński*, *P. Barta*, *M. Kawecki*, w: *P. Litwiński* (red.), Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz, Warszawa 2018, s. 217.

[12] *Ibidem*.

[13] *G. Karp*, Administrator danych osobowych – podmiot decydujący o celach i środkach przetwarzania danych, Pal. 2011, Nr 1–2, s. 68.

[14] *G. Sibiga*, Postępowanie w sprawach ochrony danych osobowych, Warszawa 2003, s. 53.

[15] *K. Witkowska-Nowakowska*, w: *E. Bielak-Jomaa*, *D. Lubasz* (red.), RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz, Warszawa 2018, s. 217.

[16] *M. Sakowska-Baryła*, w: *M. Sakowska-Baryła* (red.), Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz, Warszawa 2018, s. 101.

[17] Grupa robocza została powołana na mocy art. 29 dyrektywy 95/46/WE. Była ona niezależnym europejskim organem doradczym w zakresie ochrony danych i prywatności. Zadania grupy

zuje Grupa Robocza, decydujące znaczenie dla ustalenia administratora danych ma skuteczne zidentyfikowanie sprawowania kontroli[18]. W szczególności Grupa wskazuje, że: „pojęcie administratora danych jest pojęciem funkcjonalnym, mającym na celu przypisanie obowiązków tam, gdzie występuje faktyczny wpływ, a zatem raczej w oparciu o analizę okoliczności faktycznych, niż o analizę formalną"[19].

W ocenie autora, dla uzyskania odpowiedniej precyzji „ustalanie" celów i sposobów należy rozumieć jako „faktyczne, władcze, decydowanie o ostatecznym kształcie" celów i sposobów. Kluczowym elementem są tu więc czynności faktycznie podejmowane przez konkretny podmiot. Wiąże się ono ze swoistą sprawczością danego podmiotu i jego wpływem na to co ostatecznie dzieje się z danymi osobowymi. Podmioty nieposiadające odpowiedniego stopnia sprawczości przy operacjach przetwarzania danych osobowych nie powinny być uznawane za administratorów. Takie rozumienie tego pojęcia wydaje się być zgodne zarówno z, przytoczonymi powyżej, poglądami doktryny, jak i ze stanowiskiem zajmowanym przez Grupę Roboczą Art. 29.

2. Dychotomia administrator – podmiot przetwarzający a instytucja współadministratorów

Europejski model ochrony danych osobowych w odniesieniu do podmiotów w nim uczestniczących można uznać za „binarny" – zero-jedynkowy – ten, który przetwarza dane osobowe może być albo administratorem (w tym współadministratorem) albo podmiotem przetwarzającym[20]. Nie istnieje żadna inna, pośrednia, kategoria podmiotów, które mogą być zaangażowane w przetwa-

określał art. 30 dyrektywy 95/46/WE i art. 15 dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.7.2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz.Urz. UE L Nr 201 z 27.7.2002 r., s. 37). Z dniem 25.5.2018 r. zastąpiła ją Europejska Rada Ochrony Danych.

[18] WP29, Opinia 1/2010 w sprawie pojęć „administrator danych" i „przetwarzający", przyjęta w dniu 16.2. 2010 r., WP 169, tłumaczenie GIODO, s. 10.

[19] WP29, *op. cit*., s. 11.

[20] Dla porządku należy wskazać, że art. 4 pkt 8 RODO stanowi, iż: „»podmiot przetwarzający« oznacza osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który przetwarza dane osobowe w imieniu administratora". Z kolei artykuł 2 lit. e dyrektywy 95/46/WE definiował przetwarzającego jako „osobę fizyczną lub prawną, władzę publiczną, agencję lub inny organ przetwarzający dane osobowe w imieniu administratora danych".

rzanie danych osobowych. Niewłaściwe przyporządkowanie ról, tj. błędne uznanie administratora za podmiot przetwarzający, bądź podmiotu przetwarzającego za administratora naraża te podmioty na odpowiedzialność z tytułu naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych. Opaczne uznanie się za podmiot przetwarzający (a nie administratora) nie chroni przed odpowiedzialnością z art. 83 RODO, z kolei niewłaściwe uznanie się za administratora (a nie podmiot przetwarzający) może skutkować odpowiedzialnością za naruszenie art. 28 RODO[21]. Nie wolno także zapominać o odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 82 RODO. W kontekście możliwej błędnej atrybucji ról szczególnie istotny jest art. 5 ust. 2 RODO, który jasno stanowi, że za przestrzeganie zasad ochrony danych osobowych odpowiedzialny jest administrator i to on musi wykazać takie przestrzeganie. Powyższą sytuację dodatkowo komplikuje art. 26 RODO i instytucja współadministratorów.

Wydaje się, że zwłaszcza w środowisku online, należy liczyć się z tym, że instytucja współadministrowania, w praktyce, coraz częściej będzie wypierać instytucję powierzenia przetwarzania danych. Ze względów ostrożnościowych, biorąc pod uwagę omówione poniżej orzecznictwo TSUE, w przypadku wątpliwości co do oceny stanu faktycznego po prostu bezpieczniej będzie przyjąć, że dany podmiot jest współadministratorem. Sama instytucja współadministratorów oraz wynikające z niej obowiązki są rozwiązaniem, które przed rozpoczęciem stosowania RODO nie istniało ani w unijnym, ani w polskim porządku prawnym. Nie oznacza to, że przed rozpoczęciem stosowania RODO nie było możliwości administrowania tymi samymi danymi i ponoszenia wynikającej z tego tytułu odpowiedzialności przez więcej niż jeden podmiot. Przytoczona powyżej definicja administratora danych z dyrektywy 95/46/WE wprost stanowiła o określaniu celów i sposobów „samodzielnie lub wspólnie z innymi podmiotami", nie ustanawiała jednak w tym zakresie osobnej instytucji w prawie ochrony danych osobowych. Co ciekawe, analogicznego odniesienia do innych podmiotów zabrakło w definicji administratora danych z ustawy z 1997 r., co wydaje się być niewłaściwą implementacją dyrektywy przez polskiego ustawodawcę. Stąd też być może brak rozstrzygnięć polskiego organu i sądów administracyjnych w tym zakresie. Warto odnotować, że równolegle do art. 7 pkt 4 ustawy z 1997 r., funkcjonował przez pewien czas art. 23 ust. 2a tej ustawy, wprowadzający rozwiązanie, zgodnie z którym organy pań-

[21] Zob. także *P. Kozik*, Role podmiotów przetwarzających dane osobowe na gruncie RODO, w: *M. Gumularz*, *P. Kozik* (red.), Ochrona danych osobowych w marketingu i sprzedaży, Warszawa 2019, s. 60.

stwowe, organy samorządu terytorialnego oraz państwowe i komunalne jednostki organizacyjne uważano za jednego administratora danych, jeżeli przetwarzanie danych służy temu samemu interesowi publicznemu[22]. Artykuł 23 ust. 2a ustawy, w związku z brakiem zmiany w definicji administratora danych, powodował trudności interpretacyjne[23], stał on bowiem w ewidentnej sprzeczności, z przytoczonym na wstępie, art. 7 pkt 4 ustawy, który wprost stanowił, iż administratorem danych jest pojedynczy organ, a nie organy.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 RODO ze współadministratorami mamy do czynienia, gdy co najmniej dwóch administratorów wspólnie ustala cele i sposoby przetwarzania. Przepis ten wydaje się akcentować konieczność osiągnięcia porozumienia, konsensusu, a więc żaden ze współadministratorów nie może narzucić drugiemu wyboru celów i sposobów przetwarzania. W kontekście najnowszego orzecznictwa TSUE (o którym szerzej w dalszej części tekstu) należy zwrócić uwagę na wykładnię samego pojęcia „wspólnie ustala". Dla zaistnienia takiego działania nie jest koniecznym, aby wszystkie decyzje o celach i sposobach przetwarzania danych, były podejmowane przez dwóch lub więcej administratorów na drodze wspólnych ustaleń[24]. Do uznania za współadministratorów wystarczyć więc może np. niezależne od siebie podejmowanie decyzji co do poszczególnych operacji składających się na większy proces przetwarzania danych osobowych.

Z punktu widzenia niniejszej analizy, kluczowe jest odnotowanie, że prócz pozostałych obowiązków przewidzianych przepisami RODO, art. 26 RODO zobowiązuje współadministratorów do dokonania uzgodnień co do zakresów odpowiedzialności (ustalając przy tym ich minimalny zakres), udostępnienia osobom, których dane dotyczą zasadniczej treści tych uzgodnień, a także wprost wskazuje, że osoba, której dane dotyczą, może wykonywać przysługujące jej na podstawie RODO prawa wobec każdego z administratorów (w art. 26 ust. 3). Dla określenia odpowiedzialności poszczególnych współadministratorów podstawą powinien być stan faktyczny i działania dokony-

[22] Szerzej na temat tej koncepcji *M. Czerniawski*, Glosa do wyroku TS z 1.10.2015 r., C-201/14 Bara, LEX.

[23] *P. Litwiński*, Dane osobowe rodzin dostępne niemal dla wszystkich, Rzeczpospolita z 16.2.2016 r.

[24] Szerzej na ten temat por. *P. Litwiński*, Sprawa Fashion ID a współadministrowanie danymi, ABI Expert 2019, Nr 3, s. 51.

wane przez nich w rzeczywistości[25]. Naruszenie powyższych obowiązków naraża współadministratorów na odpowiedzialność z art. 83 ust. 4 RODO.

3. „Ustalanie" celów i sposobów przetwarzania w orzecznictwie TSUE

Ponieważ pojęcie współadministratorów pojawia się dopiero w RODO, które jest bezpośrednio stosowane od 25.5.2018 r., Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w swoich wcześniejszych rozstrzygnięciach dotyczących wspólnej odpowiedzialności kilku administratorów, tj. wyroku w sprawie C-210/16, *Wirtschaftsakademie*[26], wyroku w sprawie C-25/17, *Jehovan todistajat*[27], a także rozstrzygnięciu w sprawie C-40/17, *Fashion ID*[28], nie mógł się powołać wprost na tę instytucję. Trybunał wskazał natomiast jednoznacznie, że pojęcie administratora danych może dotyczyć kilku podmiotów i że można mówić o ich wspólnej odpowiedzialności. Warto odnotować, że we wszystkich trzech orzeczeniach TSUE, w polskiej wersji językowej orzeczeń, posługuje się pojęciem „określania" a nie „ustalania" celów i sposobów przetwarzania. Stanowisko TSUE odnosi się jednak, z powodów podanych na początku niniejszych rozważań, także do, obecnego w RODO, pojęcia „ustalania" celów i sposobów przetwarzania danych osobowych.

[25] *M. Sakowska-Baryła*, w: *M. Sakowska-Baryła*, Ogólne rozporządzenie, s. 300 oraz *M. Czerniawski*, Glosa do wyroku TSUE z 5.6.2018 r., C-210/16, *Wirtachtsakademie Scheswig-Holstein GmbH*, LEX: „(...) treść uzgodnień pomiędzy współadministratorami nie jest dla organu nadzorczego wiążąca i podlega ocenie przez ten organ. W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią uzgodnień a stanem faktycznym rozstrzygnięcie organu powinno być oparte na ustaleniach faktycznych i ocenie wszelkich istotnych okoliczności konkretnej operacji przetwarzania danych, a więc na podstawie rzeczywistego zakresu obowiązków poszczególnych współadministratorów. W kontekście ewentualnej odpowiedzialności za naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych powinna być więc oceniana rzeczywista funkcja pełniona przez poszczególnych współadministratorów przy przetwarzaniu danych osobowych, a nie ich wzajemne ustalenia".

[26] Wyrok TSUE z 5.6.2018 r., *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, C-210/16, EU:C:2018:388. Szerzej o tej sprawie, zob. *M. Rojszczak*, Odpowiedzialność za przetwarzanie danych przez portal społecznościowy, EPS 2018, Nr 10; *M. Czerniawski*, Glosa do wyroku TSUE z 5.6.2018 r., C-210/16, *Wirtachtsakademie Scheswig-Holstein GmbH*, LEX.

[27] Wyrok TSUE z 10.7.2018 r., C-25/17, *Jehovan todistajat*, , EU:C:2018:551.

[28] Wyrok TSUE z 29.7.2019 r., C-40/17, *Fashion ID GmbH & Co. KG v. Verbraucherzentrale NRW eV*, EU:C:2019:629.

Tym ciekawsze jest to, że orzecznictwo Trybunału, zwłaszcza w wyroku w sprawie C-210/16, *Wirtschaftsakademie*, wydaje się nie podzielać części ustaleń Grupy Roboczej Art. 29, a także różnić się od przytoczonych powyżej poglądów doktryny. Odchodzi ono bowiem od oceny sytuacji faktycznej i rzeczywistych okoliczności konkretnego przetwarzania danych osobowych, na rzecz jak najszerszego interpretowania pojęcia „administratora" oraz ustalania celów i sposobów przetwarzania danych osobowych. Tworzy więc swoistą fikcję prawną „administratora", oderwaną od stanu faktycznego. We wcześniejszych swoich rozstrzygnięciach, w szczególności w sprawach C-212/13 *Ryneš*[29] oraz C-131/12 *Google Spain*[30] Trybunał potwierdził, że celem unijnych przepisów o ochronie danych jest zapewnienie skutecznej i pełnej ochrony osób, których dane dotyczą, a przede wszystkim wysokiego poziomu ochrony ich podstawowych praw i wolności. Aby ten cel zrealizować w praktyce, konieczna jest obecność podmiotu, który można uznać za administratora i pociągnąć do odpowiedzialności. Większa liczba administratorów to większa liczba podmiotów odpowiedzialnych za konkretne przetwarzanie danych osobowych, a więc i szersza ochrona praw osób, których dane dotyczą. W tym celu Trybunał wydaje się rozszerzać rozumienie pojęcia „administratora", w ten sposób, że jego ustalenia w tym zakresie nie odzwierciedlają już w pełni okoliczności faktycznych, zwłaszcza w zakresie faktycznego władztwa co do celów i sposobów przetwarzania. Szczególnie jaskrawym przykładem wydaje się być tutaj sprawa C-210/16, *Wirtschaftsakademie*. Pomimo że w omawianym postępowaniu wcześniej trzy sądy niemieckie (sąd administracyjny, wyższy sąd administracyjny, federalny sąd administracyjny) uznały, że operator fanpage'a

[29] Szerzej o tej sprawie, zob. *M. Czerniawski*, Glosa do wyroku TS z 11.12.2014 r., C-212/13 (*Ryneš*), LEX.

[30] Wyrok z 13.5.2014 r., C-131/12, *Google Spain i Google*, EU:C:2014:317. Szerzej o tej sprawie, zob. *S. Żyrek*, Prawo do bycia usuniętym z listy wyników wyszukiwarki internetowej – wprowadzenie i wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 13.05.2014 r., C-131/12, *Google Spain SL i Google Inc.* przeciwko Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) i Mariowi Costesze Gonzálezowi, EPS 2019, Nr 6; *M. Piech*, Wyszukiwarka jako administrator danych osobowych w kontekście wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 13.05.2014 r. w sprawie C-131/12 Google Spain SL i Google Inc. przeciwko Agencia de Protección de Datos (AEPD) i Mario Costeja González – konsekwencje dla pośredników internetowych, EPS 2015, Nr 2; *M. Rojszczak*, Odpowiedzialność za przetwarzanie danych przez portal społecznościowy, EPS 2018, Nr 10; *M. Czerniawski*, Glosa do wyroku TS z 13.5.2014 r., C-131/12 (Google Spain), LEX, a także ciekawe spojrzenie w kontekście późniejszej sprawy C-398/15 *Manni*, *M. Romanowski*, *A.M. Weber-Elżanowska*, Prawo członka organu spółki kapitałowej do „bycia zapomnianym" – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 9.03.2017 r., C-398/15, Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce przeciwko Salvatore Manniemu, EPS 2017, Nr 8.

na portalu społecznościowym *Facebook* nie jest administratorem przetwarzanych za pośrednictwem fanpage'a danych, co odnotował sąd odsyłający w pytaniach do TSUE, w swoim rozstrzygnięciu w tej sprawie Trybunał uznał *Wirtschaftsakademie Scheswig-Holstein* (dalej: WSH), prywatną firmę edukacyjną z siedzibą w Kilonii, za administratora w stosunku do danych osobowych przetwarzanych na założonym przez nią fanpage na portalu społecznościowym *Facebook*; WSH prowadziło ww. fanpage, przez co otrzymywało od *Facebook Ireland* zanonimizowane informacje statystyczne wygenerowane za pośrednictwem usługi *Facebook Insights*[31]. W tej sprawie Trybunał wskazał, że WSH może za pomocą filtrów udostępnionych przez *Facebook* zdefiniować kryteria, na podstawie których muszą być sporządzane statystyki dot. odwiedzin jej fanpage'a oraz określić kategorie osób, których dane osobowe będą wykorzystywane przez *Facebook*. W konsekwencji WSH, jako administrator fanpage'a prowadzonego na Facebooku przyczynia się do przetwarzania danych osobowych osób odwiedzających jego stronę[32]. Trybunał wskazał, że: „administrator fanpage'a prowadzonego na *Facebooku*, taki jak *Wirtschaftsakademie*, uczestniczy, podejmując działania polegające na ustaleniu parametrów zależnych w szczególności od jego użytkowników docelowych, jak również od celów w zakresie zarządzania lub promocji jego działalności, w określeniu celów i sposobów przetwarzania danych osobowych osób odwiedzających jego fanpage'a"[33]. Rozstrzygnięcie to wydaje się w ocenie autora zbyt daleko idące, gdyż WSH nie miało tu odpowiedniego poziomu sprawczości co do tego, co dzieje się z danymi i rzeczywistego władztwa w tym zakresie, m.in. jak słusznie zauważono w doktrynie, administrator fanpage'a najczęściej najzwyczajniej w świecie nie wie jak funkcjonują używane na portalu społecznościowym narzędzia[34], nie ma też wpływu na ich wybór. W sprawie *Wirtschaftsakademie* TSUE natomiast słusznie zauważył, że odpowiedzialność kilku administratorów danych (obecnie: współadministratorów) nie jest jednakowa i że powinna być ona różnicowana (tak też TSUE w C-40/17, *Fashion ID*).

---

[31] Dla sporządzenia tychże statystyk, przy wywołaniu fanpage'a na urządzeniu końcowym użytkownika zostaje zapisany plik *cookie* (tzw. ciasteczko). Plik ten przechowuje informacje dotyczące aktywności użytkownika *online*. W przypadku *Facebooka* pliki te służą poprawie systemu reklam emitowanych w ramach portalu społecznościowego oraz uzyskaniu statystyk, które umożliwiają administratorowi fanpage'a poznanie profilu odwiedzających go użytkowników sieci, tak aby mógł im zaproponować bardziej odpowiednie treści i rozwinąć ofertę oraz funkcje, które ich zainteresują.

[32] Punkt 36, orzeczenie w sprawie C-210/16, *Wirtschaftsakademie*.

[33] Punkt 39, orzeczenie w sprawie C-210/16, *Wirtschaftsakademie*.

[34] *P. Kozik*, Role podmiotów, *op. cit*., s. 66.

W sprawie C-25/17, *Jehovan todistajat*, wspólnota religijna Świadków Jehowy zachęcała swoich członków do prowadzenia działalności kaznodziejskiej. Trybunał wskazał w swoim rozstrzygnięciu, że jest ona wraz z jej członkami prowadzącymi taką działalność (tzw. głosicielami), administratorem danych osobowych w odniesieniu do przetwarzania dokonywanego przez tych członków głosicieli w ramach zorganizowanej, koordynowanej i wspieranej przez wspólnotę działalności kaznodziejskiej realizowanej poprzez odwiedzanie kolejnych gospodarstw domowych. Trybunał podkreślił, że określanie celów i sposobów przetwarzania może mieć miejsce za pomocą udzielania wytycznych lub instrukcji w sprawie gromadzenia danych i nie muszą mieć one formy pisemnej[35]. W tym samym rozstrzygnięciu Trybunał odnotował, że osoba fizyczna lub prawna, która wpływa dla własnych interesów na przetwarzanie danych osobowych i uczestniczy z tego powodu w określeniu celów i sposobów tego przetwarzania, może być uznana za administratora danych[36]. Trybunał ponadto potwierdził, że brak dostępu do przetwarzanych danych osobowych nie ma wpływu na ocenę tego, czy dany podmiot w rozumieniu przepisów prawa może być uznany za jednego ze współadministratorów (tak też TSUE w sprawie C-40/17, *Fashion ID*).

Wreszcie, w sprawie C-40/17, *Fashion ID*, dotyczącej odpowiedzialności za przetwarzanie danych wynikające z umieszczenia przycisku „Lubię to" *Facebooka* na własnej stronie internetowej, Trybunał potwierdził model „pluralistycznej kontroli"[37] przetwarzania danych osobowych przez administratorów. Podkreślił, że do uznania, iż mamy do czynienia ze wspólnym określaniem celów i sposobów, może wystarczyć, że konkretne określanie ma miejsce tylko przez część czasu trwania przetwarzania i, że przetwarzanie danych w różnych celach przez różnych administratorów (także gdy są określane w różnym czasie bądź równolegle, niezależnie od siebie) może w określonych sytuacjach konstytuować jedno, wspólne przetwarzanie danych osobowych. W odniesieniu do możliwości uznania za administratora, TSUE wydaje się nieco łagodzić wydźwięk rozstrzygnięcia w sprawie C-210/16, *Wirtschaftsakademie*, poprzez posługiwanie się pojęciem „rzeczywiście określa", którego Trybunał nie użył ani

[35] Punkt 22, orzeczenie w sprawie C-25/17, *Jehovan todistajat*.

[36] Punkt 68, orzeczenie w sprawie C-25/17, *Jehovan todistajat*.

[37] Na ten model przy art. 26 RODO wskazuje *K. Witkowska-Nowakowska*, w: *E. Bielak-Jomaa*, *D. Lubasz* (red.), RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz, Warszawa 2018, s. 617, a w kontekście orzecznictwa TSUE rozwija go *P. Litwiński*, Sprawa Fashion ID a współadministrowanie danymi, ABI Expert 2019, Nr 3, s. 52.

razu we wcześniejszym wyroku[38], a które wydaje się co najmniej w części czynić zadość przedstawionym przez autora powyżej postulatom. I tak odpowiedzialność jednego z administratorów jest ograniczona do operacji lub do zestawu operacji przetwarzania danych osobowych, której lub których cele i sposoby rzeczywiście on określa[39]. W swoim rozstrzygnięciu Trybunał wskazał, że operacjami przetwarzania danych osobowych, których cele i sposoby *Fashion ID* (spółka, która umieściła przycisk „Lubię to" na swojej stronie www) może określać wspólnie z *Facebook Ireland*, są gromadzenie danych osobowych osób odwiedzających jej witrynę internetową i ich ujawnianie poprzez transmisję. Natomiast *Fashion ID* nie określała celów i sposobów późniejszych operacji przetwarzania danych osobowych, dokonywanych przez *Facebook Ireland* po przekazaniu tych danych tej ostatniej spółce, wobec czego *Fashion ID* nie można uznać za administratora w odniesieniu do tych operacji[40]. Jest to niezwykle ważne doprecyzowanie, potwierdzające granice odpowiedzialności podmiotów, które korzystają na swoich stronach internetowych z rozwiązań dostarczanych przez podmioty zewnętrzne. Trybunał wskazał jednocześnie, że samo umieszczenie zewnętrznej wtyczki na stronie www pozwala na uznanie za administratora przetwarzanych z jej pomocą przez podmiot trzeci danych. Dzieje się tak, gdyż w ocenie Trybunału umieszczenie wtyczki oznacza w praktyce zgodę operatora strony www na gromadzenie danych osobowych z tej witryny www przez taki podmiot trzeci[41].

Podsumowanie

Obecnie coraz rzadziej zdarza się, aby pojedynczy podmiot miał pełną kontrolę nad całym procesem przetwarzania danych osobowych. Coraz częściej natomiast w procesy przetwarzania danych zaangażowanych jest wiele podmiotów, a każdy z nich dysponuje tylko częściowym władztwem nad mającymi miejsce operacjami. W procesy te zaangażowane są także często podmioty, które faktycznie takiego władztwa w żaden sposób nie sprawują. Z jednej strony może to utrudniać pociągnięcie do odpowiedzialności za przetwarzanie

[38] Posłużono się nim sześć razy: punkt 85, 99, 100, 102, 105, 107 wyrok w sprawie C-40/17, *Fashion ID*, podczas gdy w wyroku w sprawie C-210/16, *Wirtschaftsakademie* nie pojawia się ono w ogóle.

[39] Punkt 85, orzeczenie w sprawie C-40/17, *Fashion ID*.

[40] Punkt 76, orzeczenie w sprawie C-40/17, *Fashion ID*.

[41] Punkt 80, orzeczenie w sprawie C-40/17, *Fashion ID*.

danych, z drugiej strony należy zastanowić się, czy potencjalne utrudnienia stanowią dostateczny argument do przyjęcia rozszerzającej wykładni pojęcia administratora i „ustalania" celów i sposobów przetwarzania danych osobowych. Zbyt szeroka interpretacja pojęcia administratora może bowiem doprowadzić do sytuacji, w której odpowiedzialność z tytułu naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych będą ponosić podmioty niemające wpływu na proces przetwarzania, wspomnianej powyżej „sprawczości", tj. niedecydujące faktycznie o ostatecznym kształcie celów i sposobów przetwarzania danych.

O ile w początkowym etapie rozwoju prawa ochrony danych osobowych (wytyczne OECD, Konwencja Nr 108) – definicja administratora pozwalała na uznanie określonego podmiotu za administratora na podstawie przesłanek formalnych, w oderwaniu od podejmowanych przez dany podmiot rzeczywistych działań, to od takiego modelu administratora odchodziły kolejno tak dyrektywa 95/46/WE, jak i RODO. Pogląd o tym, że to ocena okoliczności faktycznych otaczających określone przetwarzanie danych stanowi element kluczowy dla zidentyfikowania administratora był prezentowany zarówno przez Grupę Roboczą Art. 29, jak i doktrynę. Wszelkie odejścia od rozstrzygnięć opartych o stan faktycznych i rzeczywiste działania danego podmiotu na rzecz rozstrzygnięć formalnych, nawet jeśli są one podyktowane dążeniem do zapewnienia wysokiego poziomu ochrony praw osób, których dane dotyczą, należy ocenić krytycznie, jako wypaczające koncepcję administratora. W tym kierunku, w ocenie autora, zmierzało rozstrzygnięcie Trybunału w sprawie C-210/16, *Wirtschaftsakademie*. Natomiast pewnym optymizmem mogą napawać bezpośrednie odniesienia do rzeczywistego określania celów i sposobów przetwarzania obecne w wyroku w sprawie C-40/17, *Fashion ID*.

Na marginesie krytycznie należy ocenić posługiwanie się w polskim porządku prawnym niejednolitą terminologią i używanie w definicji administratora w zależności od aktu prawnego, wielu pojęć oznaczających *de facto* to samo: „określać" (Konwencja Nr 108 i dyrektywa 95/46), „decydować o" (ustawa z 1997 r., niewiążące wytyczne OECD); oraz „ustalać" (RODO). Praktyka ta nie znajduje uzasadnienia ani z perspektywy prawa ochrony danych osobowych, ani w kontekście źródłowych wersji językowych aktów prawa unijnego i międzynarodowego.

Wreszcie, wydaje się, że wraz z rozpoczęciem stosowania RODO pilna stała się potrzeba zajęcia stanowiska co do pojęć administratora, współadministratora i podmiotu przetwarzającego przez Europejską Radę Ochrony Danych, gdyż ostatnia kompleksowa opinia Grupy Roboczej Art. 29 poświęcona tej

kwestii została wydana niemal 10 lat temu, w nieco innych realiach technologicznych i prawnych. Otwarte pozostaje także dużo ważniejsze pytanie, a mianowicie, czy istniejący w prawie ochrony danych osobowych dychotomiczny podział na administratora i podmiot przetwarzający odpowiada realiom społeczeństwa informacyjnego. W związku z problemem coraz częstszego braku faktycznego władztwa nad operacjami przetwarzania danych, który będzie tylko potęgowany przez rozwój technologii takich jak IoT (ang. *Internet of Things*, Internet Rzeczy) czy komunikacji M2M (ang. *Machine-to-machine*, komunikacja mająca miejsce wyłącznie pomiędzy maszynami) być może warto rozważyć ustanowienie tu trzeciej kategorii, pośredniej lub komplementarnej wobec administratora i podmiotu przetwarzającego[42].

[42] W tym kontekście należy odnotować postulowaną przez *M. Rojszczaka* koncepcję „administratora zależnego", zob. *M. Rojszczak*, Odpowiedzialność, *op. cit*., s. 44.