

Czasy pandemii zmusiły szereg podmiotów do zmiany sposobu funkcjonowania oraz myślenia o dotychczasowym sposobie organizacji życia, pracy, uczenia się. Dostępność nowoczesnych technologii niewątpliwie przysła z pomocą umożliwiając w najpełniejszy możliwy sposób powrót do funkcjonowania i realizacji kluczowych zadań typowych dla życia społecznego. Jednocześnie zrodziło to szereg wątpliwości i pytań, w szczególności jak pogodzić interesy organizacji przyzwyczajonych do tradycyjnego modelu funkcjonowania z pojawiającą się koniecznością stosowania nowoczesnych technologii umożliwiających pracę zdalną jednocześnie z gwarancjami ochrony praw i wolności obywateli, w tym prawa do ochrony danych osobowych.

Jednym z przykładów jest omawiana w publikacji koncepcja przetwarzania z danych osobowych studentów podchodzących do egzaminów z wykorzystaniem zdobyczy biometrii celem identyfikacji tożsamości zdających. Niewątpliwie, zapewnienie zgodnego z rzeczywistością przebiegu egzaminu, weryfikacja tożsamości osób do niego przystępujących — w ogólnym odbiorze *prima facie* wydaje się celem niewątpliwie godnym uwagi, mogącym być odbierany jako społecznie usprawiedliwiony — jednak w mojej ocenie całkowicie niewystarczającym by w omawianej sytuacji rozwiązanie to dało się pogodzić z obowiązującymi przepisami o ochronie danych osobowych wynikających z 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/WE¹.

Przez pojęcie danych biometrycznych, zgodnie z unijnym rozporządzeniem, rozumie się dane osobowe, które wynikają ze specjalnego przetwarzania technicznego, dotyczą cech fizycznych, fizjologicznych lub behawioralnych osoby fizycznej oraz umożliwiają lub potwierdzają jednoznaczną identyfikację². Przyjęta na gruncie rozporządzenia definicja w sposób wyraźny akcentuje charakter danych biometrycznych jako służących jednoznacznej identyfikacji podmiotu, którego dane te dotyczą. Dane biometryczne cechują się niezmiennością i jednoznacznie są przypisane do danej osoby niezależnie od upływu czasu. Już to uzasadnia, iż z racji na potencjalne zagrożenie dla podmiotów których dane biometryczne są przetwarzane, ich przetwarzanie wymaga wyjątkowego podejścia co znalazło odzwierciedlenie w art. 9 RODO.

¹ dalej: RODO;

² Art. 4 pkt. 14 RODO;

Już z tego względu nieistotne w ocenie omawianego przypadku jest zatem to, że podmiot miałby przechowywać jedynie zakodowany „klucz” umożliwiający porównanie unikalnych punktów tęczy oka z czytnika, nie zaś bezpośrednio odzwierciedlenie samego wizerunku tęczy. Już sam klucz przechowuje informacje dotyczące cech fizjologicznych osoby fizycznej i z samego deklarowanego celu przetwarzania wynika, że klucz ten umożliwiać ma jednoznaczną identyfikację osoby przez porównanie zakodowanych w nim informacji o punktach tęczy osoby, której dane uczelnia przechowuje w kluczu z danymi odczytanymi przez czytnik w momencie weryfikacji tożsamości.

Jako normę prawodawca unijny ustanowił generalną zasadę, w myśl której zakazane jest przetwarzanie szczególnych kategorii danych osobowych, do których niewątpliwie należą dane biometryczne. Już z tak przyjętej konstrukcji, wynika iż przetwarzanie tego typu kategorii danych wymaga spełnienia szczególnych przesłanek³. Podstawy przetwarzania są precyzyjnie wyliczone w art. 9 ust. 2 lit. a - j RODO podstawy, które w świetle przywołanego wcześniej ogólnego zakazu przetwarzania tego typu danych uznać należy za wyczerpujący, zamknięty katalog przesłanek, na podstawie których może być dokonywane przetwarzanie szczególnych kategorii danych.

Natomiast oparcie przetwarzania, jak w omawianym wypadku na zgodzie — uznać należy za dalece wadliwe, za czym przemawia szereg argumentów. Oparcie się przez podmiot jakim jest uczelnia na zgodzie pozostaje nieprawidłowe, w szczególności w kontekście kryterium dobrowolności zgody podmiotu którego dane są przetwarzane. Zakwestionowanie praktyki opierania w przedmiotowym wypadku przetwarzania na przesłance udzielonej zgody — wynika przede wszystkim z dwóch kluczowych przyczyn.

Zgodnie z motywem 43 preambuły RODO, zgoda nie powinna stanowić ważnej podstawy prawnej przetwarzania danych osobowych w szczególnej sytuacji, w której istnieje wyraźny brak równowagi między osobą, której dane dotyczą, a administratorem, w szczególności gdy administrator jest organem publicznym i dlatego jest mało prawdopodobne, by w tej konkretnej sytuacji zgodę wyrażono dobrowolnie we wszystkich przypadkach.

³ M. Abu Gholeh, D. Kuźnicka-Błaszowska, Nakładanie administracyjnych kar pieniężnych w rozporządzeniu o ochronie danych osobowych. Aspekty praktyczne, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 92-93;

Już w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, bo na gruncie ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych — podnoszono iż stosunek zależności w istotny sposób ogranicza swobodną możliwość udzielenia zgody⁴.

Podzielić należy pogląd, iż zgoda nie może być stosowana jako przesłanka legalności przetwarzania, jeśli istnieje wyraźny brak równowagi pomiędzy administratorem a podmiotem danych⁵. W tym względzie oceniając pozycję studenta w stosunku do uczelni uwidacznia się istotna nierównowaga pozycji, w której to podmiot którego dane mają być przetwarzane (student) pozostaje w słabszej roli w stosunku do administratora danych osobowych. Istotną nierównowagę sił pomiędzy studentem a administratorem jego danych osobowych (uczelnia) obrazuje fakt, iż administrator występuje z pozycji podmiotu silniejszego, decydującego o losach studenta w całym toku jego uczelnianej edukacji. Podmiot ten decyduje o przyjęciu studenta na uczelnię, dysponuje możliwością skreślenia studenta z listy, prowadzenia wobec niego postępowań dyscyplinarnych, a także jak podkreśla się w literaturze decyduje o jego ocenach, stypendiach, a także dalszej edukacji, przez co wpływa na późniejszą możliwość zatrudnienia⁶.

Status prawny uczelni w Polsce co prawda jest bardzo zróżnicowany i niejednorodny, zaś podmioty te nie są zaliczane do organów administracji publicznej sensu stricto⁷, niemniej sposób funkcjonowania zapewniający prowadzenie edukacji i weryfikacji rezultatów w zakresie przyznawania tytułów zawodowych i naukowych statuuje te podmioty w roli realizujących zadania publiczne z zakresu administracji publicznej. W tym względzie jak wskazuje się w orzecznictwie: *„Organy szkoły wyższej nie są organami administracji publicznej w sensie ustrojowym. Organy uczelni nie mieszczą się w strukturze ustrojowej, ani administracji rządowej, ani samorządu terytorialnego. [...] Jednak w pewnym zakresie podejmowanych przez organy uczelni działań i rozstrzygnięć, odnoszących się do jednostek, organy te są traktowane jako organy administracji publicznej w sensie funkcjonalnym. W doktrynie prawa administracyjnego szkoły wyższe są kwalifikowane jako tzw. zakłady administracyjne”*⁸.

⁴ Por. I OSK 249/09, wyrok NSA z 1.12.2009 r.;

⁵ L. Kępa, Ochrona danych osobowych. Praktyczny przewodnik dla przedsiębiorców, C.H.Beck, Warszawa 2018, s. 27;

⁶ Decyzja szwedzkiego organu nadzorczego z 20.08.2019, DI-2019-2221, za: M. Abu Gholeh, D. Kuźnicka-Błaszowska, Nakładanie..., s. 101;

⁷ A. Bednarczyk-Płachta, Status szkoły wyższej jako podmiotu administracji publicznej, Warszawa 2016;

⁸ III SA/Lu 579/11 - Postanowienie WSA w Lublinie;

Już z tym względów wynika znacząca nierównowaga pozycji podmiotu danych oraz administratora, który występuje z pozycji siły względem podmiotu przetwarzania. Prowadzi to do wniosku, iż oparcie podstawy przetwarzania na zgodzie powinno budzić poważne wątpliwości i prowadzić do stwierdzenia, iż zgoda nie może być przesłanką przetwarzania.

Drugą płaszczyzną, która uniemożliwia ocenę pozyskiwanej w takich okolicznościach i przez taki podmiot zgody jako dobrowolnej — stanowi fakt, iż odmowa udzielenia zgody nie może powodować dla podmiotu danych negatywnych konsekwencji⁹. Regulacja ta ma zapobiec formułowaniu warunków nie pozostawiających podmiotowi przetwarzania realnej i swobodnej możliwości wyrażenia zgody i jej wycofania w obawie o mogące spotkać tą osobę konsekwencje lub uciążliwości¹⁰.

Uzależnienie możliwości podejścia przez studenta do egzaminu w formie zdalnej udzieleniem zgody na przetwarzanie danych biometrycznych nakładałby tym samym na osobę odmawiającą udzielenia zgody konieczność poświęcenia dodatkowego nakładu sił i środków celem przyjazdu na uczelnię, w innym niż reszta grupy wyznaczonym przez wykładowcę terminie. Tak ukształtowany zestaw konsekwencji niewątpliwie miałyby na celu skłonienie studentów do wyrażenia zgody do przetwarzania ich danych biometrycznych. Zgodzie takiej nie można przypisać cech dobrowolności, gdyż jej nieudzielenie miałyby skutkować niczym nieuzasadnionym różnicowaniem określonej grupy podmiotów danych jedynie na podstawie kryterium udzielenia zgody lub też skorzystania z prawa odmowy jej udzielenia.

Jednocześnie, wskazać należy na stanowisko wyrażone przez PUODO w decyzji z 18 lutego 2020 rok, zgodnie z którym organ ten oceniając działanie szkoły w zakresie przetwarzania danych biometrycznych uczniów dokonał analizy podstaw w zakresie jakich podmioty realizujące działania publiczne mogą przetwarzać dane osobowe, dochodząc do wniosku, że, zgoda „nie może być przesłanką legalizującą przetwarzanie danych biometrycznych, ponieważ zgoda stanowi podstawę legalizującą przetwarzanie danych osobowych jedynie wtedy, gdy nie istnieją inne przesłanki na te przetwarzanie”¹¹, zaznaczając jednocześnie, iż nie istnieją ustawowe przepisy w prawie oświatowym szczególnie uprawniające kontrolowaną szkołę do przetwarzania szczególnie kategorii danych jakimi są dane biometryczne. Jedynie na marginesie, z racji na objętość niniejszego opracowania, krytycznie można ocenić dokonaną

⁹ Motyw 42 RODO;

¹⁰ Red. M. Gawroński, RODO. Przewodnik ze wzorami, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 83;

¹¹ Decyzja z dnia 18.02.20220 Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych w sprawie ZSZS.440.768.2018;

przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie ocenę wskazanej decyzji i przyjętą przez ten sąd liberalną wykładnię zasady minimalizacji danych z jednoczesnym dopuszczeniem udzielenia zgody jako przesłanki legalizującej¹².

Podstawą realizacji zadań przez uczelnie, jest ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce¹³, w myśl art. 76a ust. 1 tej ustawy, *uczelnia może organizować weryfikację osiągniętych efektów uczenia się określonych w programie studiów, w szczególności przeprowadzać zaliczenia i egzaminy kończące określone zajęcia, poza siedzibą uczelni lub poza jej filią przy użyciu środków komunikacji elektronicznej*. Ustawa milczy jednak w zakresie uprawnień uczelni do weryfikowania tożsamości, tym bardziej nie odnosi się w tym zakresie do oceny danych biometrycznych, nie można zatem przyjąć, iż daje w jakimkolwiek zakresie uczelni prawo do takiej weryfikacji.

Oceniając omawianą możliwość przetwarzanie danych biometrycznych w celu weryfikacji tożsamości studentów podchodzących do egzaminów również przez pryzmat kryterium adekwatności i minimalizacji zakresu przetwarzanych danych — przyjęć można iż praktyka taka nie spełnia tych kryteriów.

Realizacja celu jakim jest weryfikacja osób podchodzących do egzaminu mogła by być przez podmiot przetwarzający dokonywana w bardzo różnorodny sposób, niewątpliwie z pominięciem przetwarzania danych biometrycznych w omawiany sposób, m.in.:

- 1) stosowanie kodów token generowanych dla przypisanego do studenta numeru telefonu, co stanowi weryfikację tożsamości w systemach bankowych oraz portalach administracji publicznej (m.in. Profil Zaufany) — zatem przyjęto, iż są one wystarczające do weryfikacji tożsamości osoby korzystającej z tych rozwiązań;
- 2) wykorzystanie możliwości weryfikacji tożsamości przy pomocy warstwy elektronicznej e-dowodów funkcjonujących w Polsce od 2019 roku;
- 3) w dalszej kolejności z postulowanych rozwiązań możliwości weryfikacji tożsamości przy współpracy systemów uczelnianych z platformą ePUAP lub systemami bankowymi w zakresie w jakim umożliwiałyby one jedynie weryfikację tożsamości osoby przystępującej do egzaminu.

¹² II SA/Wa 809/20 — Wyrok WSA w Warszawie z 7.08.2020 r.;

¹³ Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. - Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 478 z późn. zm.);

Już ten przykładowy katalog zdają się niewątpliwie korzystniejsze z punktu widzenia zakresu ochrony przetwarzanych danych — jednocześnie w dostateczny sposób zapewniając możliwość daleko idącej realizacji celu weryfikacji tożsamości osób przystępujących do egzaminu.

W mojej ocenie z przedstawionych powyżej względów pozyskanej przetwarzanie w oparciu o przesłankę zgody pozostaje sprzeczne z zakresem regulacji wynikających z RODO, zaś już sama tak uwarunkowana zgoda nie spełnia kryterium dobrowolności wymaganych przez rozporządzenie. Niewątpliwie, w obecnym stanie prawnym przetwarzanie danych osobowych stanowiących dane biometryczne studentów przez uczelnię celem weryfikacji ich tożsamości w momencie przystępowania do egzaminu nie jest możliwe, gdyż nastąpiło by z pominięciem przesłanek wynikających z art. 9 RODO, a tym samym stanowiłoby naruszenie obowiązków wynikających z unijnego rozporządzenia.