

Adwokat Kacper Matlak
Kancelaria Adwokacka
ul. Stożława 3/3, 70-223 Szczecin
tel. 091 433 33 43, fax. 091 434 30 57

Szczecin, 24 października 2018 r.

Sporządzona na zlecenie:
Zarządu Głównego Niezależnego
Samorządneho Związku Zawodowego
Policjantów w Warszawie

Informacja prawna
w przedmiocie legalności wykorzystywania prywatnych aparatów
telefonicznych funkcjonariuszy do celów służbowych i bezpieczeństwa
korespondencji prowadzonej za pomocą publicznej sieci komórkowej

Stan faktyczny:

22 października 2018 r. Zarząd Główny NSZZ Policjantów w Warszawie zwrócił się o udzielenie informacji prawnej o legalności powszechnie przyjętej praktyki, prowadzenia korespondencji służbowej, w szczególności w ramach realizacji zadań służbowych, w tym operacyjnych za pośrednictwem prywatnych telefonów komórkowych funkcjonariuszy.

Jak wskazał zainteresowany informacją Związek, taka praktyka rodzi zagrożenie ujawnienia osobom postronnym danych szczególnie chronionych, w tym opatrzonych klauzulą ściśle tajne, tajne lub poufne. Na gruncie tak opisanego stanu faktycznego powstało pytanie, czy wykorzystywanie prywatnych środków komunikacji daje gwarancje bezpieczeństwa korespondencji, jakie obowiązują w tym zakresie podstawy prawne i jakie obowiązki w związku z obowiązaniem ogólnego rozporządzenia parlamentu i rady o ochronie danych (RODO) rodzi to po stronie służbowej oraz kto ponosi odpowiedzialność za ewentualne nieprawidłowości.

Stan prawny:

Ustawa z dnia 06 kwietnia 1990 r. o Policji

Art. 13

1. Koszty związane z funkcjonowaniem Policji są pokrywane z budżetu państwa.
2. (...)
3. Jednostki samorządu terytorialnego, państwowe jednostki organizacyjne, stowarzyszenia, fundacje, banki oraz instytucje ubezpieczeniowe mogą uczestniczyć w pokrywaniu wydatków inwestycyjnych, modernizacyjnych lub remontowych oraz kosztów utrzymania i funkcjonowania jednostek organizacyjnych Policji, a także zakupu niezbędnych dla ich potrzeb towarów i usług.

Art. 71

1. Jednostki i komórki organizacyjne Policji oraz policjanci otrzymują wyposażenie niezbędne do wykonywania czynności służbowych.

2. Normy wyposażenia, o którym mowa w ust. 1, szczegółowe zasady jego przyznawania i użytkowania określa Komendant Główny Policji.

Art. 132.

1. Policjant odpowiada dyscyplinarnie za popełnienie przewinienia dyscyplinarnego polegającego na naruszeniu dyscypliny służbowej lub nieprzestrzeganiu zasad etyki zawodowej.

2. Naruszenie dyscypliny służbowej stanowi czyn policjanta polegający na zawinionym przekroczeniu uprawnień lub niewykonaniu obowiązków wynikających z przepisów prawa lub rozkazów i poleceń wydanych przez przełożonych uprawnionych na podstawie tych przepisów.

3. Naruszeniem dyscypliny służbowej jest w szczególności:

1) odmowa wykonania albo niewykonanie rozkazu lub polecenia przełożonego, względnie organu uprawnionego na podstawie ustawy do wydawania poleceń policjantom, z wyłączeniem rozkazów i poleceń, o których mowa w art. 58 ust. 2;

9) utrata materiału zawierającego informacje niejawne.

ROZPORZĄDZENIE PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY (UE) 2016/679 Z DNIA 27 KWIEŚNIA 2016 R. W SPRAWIE OCHRONY OSÓB FIZYCZNYCH W ZWIĄZKU Z PRZETWARZANIEM DANYCH OSOBOWYCH I W SPRAWIE SWOBODNEGO PRZEPIYU TAKICH DANYCH ORAZ UCHYLENIA DYREKTYWY 95/46/WE (OGÓLNE ROZPORZĄDZENIE O OCHRONIE DANYCH)

Artykuł 2

2. Niniejsze rozporządzenie nie ma zastosowania do przetwarzania danych osobowych:

d) przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych lub wykonywania kar, w tym ochrony przed zagrożeniami dla bezpieczeństwa publicznego i zapobiegania takim zagrożeniom.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 – Kodeks cywilny

art. 140 W granicach określonych przez ustawy i zasady współżycia społecznego właściciel może, z wyłączeniem innych osób, korzystać z rzeczy zgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem swego prawa, w szczególności może pobierać pożytki i inne dochody z rzeczy. W tych samych granicach może rozporządzać rzeczą.

Art. 222

§1. Właściciel może żądać od osoby, która włada faktycznie jego rzeczą, ażeby rzecz została mu wydana, chyba że osobie tej przysługuje skuteczne względem właściciela uprawnienie do władania rzeczą.

§2. Przeciwno osobie, która narusza własność w inny sposób aniżeli przez pozbawienie właściciela faktycznego władztwa nad rzeczą, przysługuje właścicielowi roszczenie o przywrócenie stanu zgodnego z prawem i o zaniechanie naruszeń.

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 – Kodeks pracy

Art. 22¹

§ 1. Pracodawca ma prawo żądać od osoby ubiegającej się o zatrudnienie podania danych osobowych obejmujących:

- 1) imię (imiona) i nazwisko;
- 2) imiona rodziców;
- 3) datę urodzenia;
- 4) miejsce zamieszkania (adres do korespondencji);
- 5) wykształcenie;
- 6) przebieg dotychczasowego zatrudnienia.

§ 2. Pracodawca ma prawo żądać od pracownika podania, niezależnie od danych osobowych, o których mowa w § 1, także:

- 1) innych danych osobowych pracownika, a także imion i nazwisk oraz dat urodzenia dzieci pracownika, jeżeli podanie takich danych jest konieczne ze względu na korzystanie przez pracownika ze szczególnych uprawnień przewidzianych w prawie pracy;
- 2) numeru PESEL pracownika nadanego przez Rządowe Centrum Informatyczne Powszechnego Elektronicznego Systemu Ewidencji Ludności (RCI PESEL).
- 3) numeru rachunku płatniczego, jeżeli pracownik nie złożył wniosku o wypłatę wynagrodzenia do rąk własnych.

§ 3. Udostępnienie pracodawcy danych osobowych następuje w formie oświadczenia osoby, której one dotyczą. Pracodawca ma prawo żądać udokumentowania danych osobowych osób, o których mowa w § 1 i 2.

§ 4. Pracodawca może żądać podania innych danych osobowych niż określone w § 1 i 2, jeżeli obowiązek ich podania wynika z odrębnych przepisów.

§ 5. W zakresie nieuregulowanym w § 1-4 do danych osobowych, o których mowa w tych przepisach, stosuje się przepisy o ochronie danych osobowych.

Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie rozkładu czasu służby policjantów z dnia 18 października 2001 r.

§ 14

1. Przełożony właściwy w sprawach osobowych lub upoważniony przez niego kierownik komórki organizacyjnej może wyznaczyć policjanta do pełnienia dyżuru domowego, jeżeli wymagają tego potrzeby służby. Do pełnienia dyżuru domowego nie można wyznaczyć policjanta bezpośrednio po zakończeniu służby pełnionej w porze nocnej.

2. W czasie gdy policjant pełni dyżur domowy:

- 1) przebywa on w miejscu zamieszkania lub innym miejscu, z którego może w krótkim czasie stawić się w jednostce organizacyjnej Policji, w której pełni służbę,
- 2) **przełożony lub kierownik, o których mowa w ust. 1, albo wskazana przez nich osoba w każdej chwili mają możliwość nawiązania kontaktu z tym policjantem.**

Zarządzenie nr 25 Komendanta Głównego Policji w sprawie określenia norm wyposażenia jednostek i komórek organizacyjnych Policji oraz policjantów w sprzęt teleinformatyczny i telekomunikacyjny oraz szczegółowych zasad jego przyznawania i użytkowania.

Analiza prawna:

Przedstawiony problem nie doczekał się odrębnej regulacji prawnej, a jego analizy należy dokonać z uwzględnieniem komplementarnej regulacji pragmatyki służbowej w formacji policyjnej, jej celów i warunków pełnienia służby. Poza zakresem analizy prawnej leży jednak zagadnienie gwarancji bezpieczeństwa danych objętych korespondencją prowadzoną przy wykorzystaniu prywatnej łączności telefonicznej. Poziom zabezpieczeń i ich skuteczność jest bowiem domeną dyscyplin

informatycznych i technicznych, a nie prawnych. Tym samym rozważania w tym zakresie miałyby wyłącznie charakter teoretyczny, podczas gdy należy skupić się na kwestii legalności wykorzystania tego rodzaju komunikacji przy wykonywaniu zadań służbowych. Na marginesie jedynie można wskazać na istotne podstawy faktyczne zgłaszanych przez funkcjonariuszy obaw, co płynie już z samych zasad doświadczenia życiowego. Z drugiej jednak strony Zarządzenie nr 26 Komendanta Głównego Policji w sprawie szczegółowych zasad przyznawania i użytkowania w Policji służbowych telefonów komórkowych i służbowych urządzeń komórkowych wykorzystywanych w publicznych sieciach telefonii komórkowej, dopuszcza możliwość wykorzystywania publicznej sieci telefonii komórkowej do realizacji zadań służbowych. Z zarządzenia tego nie wynika, aby zachodziły jakieś różnice techniczne czy poziomu zabezpieczeń pomiędzy służbowym a prywatnym telefonem komórkowym, co może sugerować, że przełożeni problemu bezpieczeństwa tak prowadzonej korespondencji nie widzą.

Jednocześnie należy wyraźnie podkreślić, że jedną z podstaw odpowiedzialności dyscyplinarnej funkcjonariuszy może być utrata materiału zawierającego informacje niejawne (vide: art. 132 ust. 3 pkt. 9 ustawy o Policji). Wykorzystywanie prywatnych urządzeń komórkowych może zatem doprowadzić do popełnienia przewinienia dyscyplinarne w razie utraty takiego urządzenia, skasowania danych czy ich wycieku. Zakres tych danych może zaś być bardzo szeroki, obejmujący tak numery kontaktów telefonicznych, treść wiadomości, czy choćby dane z geolokalizacji aparatu z nadajników GPS. Odpowiedzialność tą może ponosić zaś funkcjonariusz, który takiego urządzenia używał.

Nie powinno także budzić wątpliwości, że do przetwarzania danych osobowych w ramach wykonywania zadań Policji, nie ma zastosowania Ogólne Rozporządzenie o Ochronie Danych (RODO). Regulacja ta wynika wprost z art. 2 rozporządzenia, zgodnie z którym niniejsze rozporządzenie nie ma zastosowania do przetwarzania danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych lub wykonywania kar, w tym ochrony przed zagrożeniami dla bezpieczeństwa publicznego i zapobiegania takim zagrożeniom. Wyżej wskazany zakres niemal w całości pokrywa się z zakresem działań Policji. Tym samym, nawet prowadząc korespondencję służbową przy użyciu prywatnych środków komunikacji, nie może dojść do naruszenia przepisów RODO, które nie mają w tej sytuacji zastosowania.

Przechodząc do istoty sprawy po pierwsze należy wskazać na aspekt finansowy wykorzystywania prywatnych środków funkcjonariuszy do wykonywania zadań służbowych. Ten obejmował będzie tak koszt wyposażenia funkcjonariusza, jak i utrzymania łączności tj. ponoszenia kosztów usług – w systemie przedpłacowym lub abonamentowym. Zgodnie z art. 13 ustawy o Policji koszty związane z funkcjonowaniem Policji są pokrywane z budżetu państwa. Wyłącznie w niewielkim zakresie, literalnie wskazanym w ustawie, koszty te mogą ponosić jednostki samorządu terytorialnego, fundacje, stowarzyszenia, banki czy instytucje ubezpieczeniowe. Policja jest jednostką organizacyjną sektora finansów publicznych, która jest utrzymywana ze środków budżetu Państwa. Brak jest przy tym regulacji szczególnej przewidującej, że koszty związane z funkcjonowaniem Policji obciążają także inne podmioty niż Skarb Państwa - w tym, w omawianym przypadku - funkcjonariuszy Policji. Żaden przepis prawa, nie pozwala na pokrywanie kosztów funkcjonowania Policji przez osoby fizyczne, w tym także przez samych funkcjonariuszy Policji. Należy zauważyć, że na gruncie przedmiotowej sprawy mowa jest o wykorzystywaniu prywatnego mienia, na potrzeby służbowe,

tym samym wyposażenie to należy uznać za wyposażenie niezbędne do wykonywania czynności służbowych. Nieodpłatne udostępnienie przez funkcjonariuszy prywatnych telefonów komórkowych do wykonywania zadań służbowych i ponoszenie przez nich kosztów ich funkcjonowania stanowić będzie zatem darowiznę na rzecz formacji Policyjnej. Nie może bowiem ująć uwadze, że Policja zostanie wzbogacona o środki zaoszczędzone na kosztach właściwego wyposażenia funkcjonariuszy i kosztach świadczonych usług telekomunikacyjnych, które bezpośrednio pokrywają sami funkcjonariusze.

W orzecznictwie podkreśla się zaś, że art. 13 ustawy o Policji stanowi wyłączną podstawę finansowania Policji, na którą nie mogą być przeznaczane żadne inne środki niż wskazane w ustawie. Brak jest podstaw prawnych, aby osoba fizyczna przekazała jednostce Policji jakąkolwiek darowiznę, bezpłatne świadczenie tak rzeczowe jak i usług. Taki sposób przekazania darowizny dla Policji prowadzi do czynności prawnej mającej na celu obejście ustawy o Policji. Mając na uwadze, że brak jest przepisu szczególnego, stanowiącego wyjątek od w/w ogólnej zasady finansowania Policji, który nakładałby na podmioty prywatne jakimi są funkcjonariusze Policji obowiązek jej finansowania, a więc w tym przypadku ponoszenia kosztów utrzymania łączności komórkowej, wykorzystywanej do realizacji zadań służbowych, to stwierdzić należy, iż brak jest podstaw prawnych do obciążenia funkcjonariuszy w/w kosztami. Gdyby bowiem zamiarem ustawodawcy było przerzucenie obowiązku pokrywania tych kosztów na funkcjonariuszy, to wówczas rozwiązanie takie byłoby przewidziane wprost w przepisie szczególnym.

Powyższą argumentację dodatkowo podkreśla treść art. 71 ustawy o Policji, zgodnie z którym jednostki i komórki organizacyjne Policji oraz policjanci otrzymują wyposażenie niezbędne do wykonywania czynności służbowych. Skoro zatem łączność komórkowa jest niezbędna do wykonywania czynności służbowych, to w środki ją umożliwiające policjant powinien zostać wyposażony bezpośrednio przez właściwą jednostkę Policji. Z powyższego zaś wynika, że funkcjonariusz ma realizować zadania służbowe wyłącznie przy użyciu tak otrzymanego wyposażenia. Nie można pominąć, że tylko w ten sposób strona służbowa ma możliwość zapewnienia, że używane wyposażenie jest w pełni bezpieczne, spełnia wymagania norm i specyfikacji oraz jest zgodne z prawem, czego nie może zapewnić przy realizacji zadań służbowych wyposażeniem prywatnym funkcjonariuszy. Nieprzestrzeganie tych zasad może zaś prowadzić do naruszenia praw i wolności osób trzecich.

Na podstawie art. 71 ust. 2 ustawy o Policji Komendant Główny Policji wydał zarządzenie nr 25 w sprawie określenia norm wyposażenia jednostek i komórek organizacyjnych Policji oraz policjantów w sprzęt teleinformatyczny i telekomunikacyjny oraz szczegółowych zasad jego przyznawania i użytkowania, które wraz z innymi zarządzeniami (dotyczącymi środków transportu, broni służbowej itp.) stanowi kompleksowe uregulowanie norm wyposażenia funkcjonariuszy i jednostek policji. Próżno w ww. rozporządzeniu szukać łączności komórkowej. Analiza norm wyposażenia musi zaś prowadzić do wniosku, że system łączności oparty jest na o łączność radiową, nasobną i stacjonarną. Skoro zatem KGP nie przewidział w standardzie wyposażenia funkcjonariuszy policji aparatu komórkowego, do realizacja zadań służbowych nie powinna odbywać się przy jego użyciu.

Abstrahując od powyższego należy podkreślić, że prywatne wyposażenie funkcjonariusza stanowi jego własność. Choć trudno o enumeratywne wyliczenie wszystkich atrybutów wynikających z prawa własności, to posiłkując się

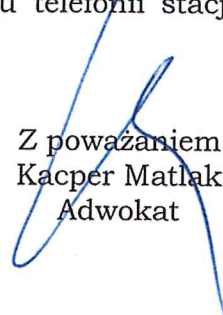
tradycyjnym katalogiem uprawnień (tzw. triadą uprawnień właścicielskich), można, nie wchodząc w szczegóły, wskazać, iż **właścicielowi przysługuje prawo do korzystania z rzeczy, prawo do dokonywania czynności rozporządzających rzeczą** oraz, choć niewymienione w art. 140 KC, **prawo do posiadania rzeczy** (por. *E. Gniewek*, Kodeks, s. 52 i n.; uchw. SN z 16.7.1980 r., III CZP 45/80, OSNKiA 1981, Nr 7–8, poz. 131). W ujęciu zaś negatywnym komentowany przepis pozwala na wykonywanie właścicielowi tych uprawnień samodzielnie, z wyłączeniem innych osób. Negatywna strona prawa własności jest więc odzwierciedleniem bezwzględniego charakteru tego prawa, przez wykluczenie osób trzecich z możliwości ingerowania w przysługujące właścicielowi prawo (*E. Gniewek*, w: SPP, t. 3, 2013, s. 378). Z powyższego zaś wynika, że co do zasady nikt nie może narzuć właścicielowi określonego sposobu postępowania ze swoją rzeczą, a na gruncie omawianej sprawy np. wymagać od niego korzystania bez odrębnej umowy w ramach stosunków służbowych. W razie naruszenia tego prawa właścicielowi przysługują roszczenia wskazane w art. 222 k.c. Nie sposób wobec siebie wyobrazić, aby mogły w sposób legalny funkcjonować jakiegokolwiek polecenia służbowe zmuszające funkcjonariuszy do korzystania z prywatnego mienia do realizowania zadań służbowych. Z samego prawa własności może też płynąć szereg wątpliwości dotyczących chociażby korzystania z urządzeń stanowiących współwłasność ustawową małżonków, wobec sprzeczny jedno z nich, czy zakresu udzielonych przez producentów licencji na oprogramowanie urządzenia, które może nie obejmować działalności zawodowej funkcjonariusza, co będzie mogło w konsekwencji prowadzić do naruszenia warunków tych licencji.

Problem korzystania z mienia prywatnego na potrzeby służbowe został opisany na gruncie przepisów podatkowych i prawa pracy. Rozważania te można traktować jedynie posiłkowo, przez analogię, wobec wyłącznej regulacji płynącej z ustawy o Policji. W praktyce i orzecznictwie wskazuje się, że pracodawca może zaliczyć do kosztów uzyskania przychodów wydatki poniesione na rzecz pracownika z tytułu zwrotu kosztów rozmów telefonicznych poniesionych przez tego pracownika, pod warunkiem że rozmowy te były przeprowadzane w celach służbowych. Koszty te powinny być rozliczane na podstawie wzajemnej umowy oraz przedstawianych comiesięcznych wydruków z rozmów telefonicznych. Po stronie pracownika zwrot wydatków, co do zasady, będzie zwolniony z podatku dochodowego. Podstawą takiego użytkowania telefonu przez pracownika powinna być przede wszystkim umowa zawarta pomiędzy pracodawcą a pracownikiem. Wobec braku jakichkolwiek porozumień pomiędzy funkcjonariuszami a stroną służbową, takie użytkowanie nie znajduje żadnych podstaw.

Z drugiej strony przedmiotem zainteresowania prawa był zakres dyspozycyjności pracownika względem pracodawcy. Pracodawcy często wymagają, żeby pracownik bez względu na to, czy jest w pracy, czy na urlopie, pozostawał w kontakcie z pracodawcą. W tym celu pracodawcy żądają od pracowników przekazania prywatnych numerów telefonu lub adresów e-mailowych, za pośrednictwem których będą mieli stały kontakt z pracownikiem. Katalog informacji jakich pracodawca może żądać od pracownika został określony art. 22¹ k.p. Przepis ten nie daje pracodawcy prawa do żądania od pracownika podania prywatnego numeru telefonu, czy adresu e-mail. Nie ma więc podstawy prawnej która nakładałaby na pracownika obowiązek podania pracodawcy tych danych. Zgodnie z orzecznictwem, polecenie pracodawcy nakładające na pracownika obowiązek udzielenia danych osobowych niewymienionych w art. 22¹ § 1 i 2 Kodeksu pracy lub w odrębnych przepisach jest niezgodne z prawem (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 sierpnia 2008r., I PK 37/08). Z tego względu, nawet jeśli pracownik już podał na żądanie pracodawcy prywatny telefon lub e-mail nie musi

obawiać się, że spotkają go negatywne konsekwencje, kiedy nie będzie odbierał połączeń od pracodawcy, czy korespondencji kierowanej na jego prywatnego maila.

W tym aspekcie istotne jest prawo przełożonego do żądania od funkcjonariuszy pozostawania w jego dyspozycji. Po godzinach służby, przełożony tylko wyjątkowo może wymagać od funkcjonariusza pozostawania w jego dyspozycji i powinien w tym celu wydać stosowne polecenie służbowe. Takim wyjątkiem jest pełnienie dyżuru. W czasie gdy policjant pełni dyżur domowy ma on obowiązek przebywać w miejscu zamieszkania lub innym miejscu, z którego może w krótkim czasie stawić się w jednostce organizacyjnej Policji, w której pełni służbę, a przełożony lub kierownik, albo wskazana przez nich osoba w każdej chwili mają możliwość nawiązania kontaktu z tym policjantem (vide: §14 Rozporządzenia). Korzystanie w tym celu z prywatnych urządzeń można uznać za uprawnione. Nie jest to korzystanie niezbędne do wykonywania zadań służbowych. Służy bowiem, nie prowadzeniu czynności służbowych, a nawiązaniu kontaktu z dyżurującym policjantem by z dyżuru takiego go ściągnąć. Nie jest przy tym wykluczone, że taki kontakt z powodzeniem może być realizowany przy użyciu telefonii stacjonarnej, peagerów lub innych metod komunikacji.



Z poważaniem
Kacper Matlak
Adwokat