

MEMORANDUM

KOMU:

[REDAKCE]
Městská část Praha 3

OD:

[REDAKCE]

DATUM:

14. května 2019

PŘEDMĚT:

Pověřenec pro ochranu osobních údajů - kteří zaměstnanci městské části mohou a nemohou být pověřeni výkonem funkce a z jakého důvodu

1. ÚVOD

Dne 6. dubna 2019 bylo naší advokátní kanceláří pro Městskou část Praha 3 zpracováno memorandum ohledně „Posouzení povinnosti mít pověřence pro ochranu osobních údajů městskou částí a jí zřízenými příspěvkovými organizacemi podle nařízení GDPR a navazující právní úpravy ČR spolu s posouzením stávajícího plnění této povinnosti Městskou částí Praha 3“. Na základě tohoto memoranda byl vznesen požadavek na doplnění memoranda ohledně posouzení, zda existují právním předpisem upravené požadavky na výkon pověřence pro ochranu osobních údajů (dále jen „**pověřenec**“) a kteří konkrétní zaměstnanci městské části mohou a nemohou být pověřeni výkonem pověřence a z jakého důvodu a srovnání s porovnatelnými městy.

2. POUŽITÉ PRÁVNÍ PŘEDPISY

Při vypracování tohoto memoranda jsme vycházeli zejména z následujících právních předpisů a dokumentů:

- (a) Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2016/679 ze dne 27. dubna 2016, o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 94/46/ES (obecné nařízení o ochraně osobních údajů) (dále jen „**GDPR**“);

- (b) Pokyny týkající se pověřenců pro ochranu osobních údajů vydaných pracovní skupinou pro ochranu údajů zřízenou podle článku 29 (WP29)¹;
- (c) Zákon č. 110/2019 Sb., o zpracování osobních údajů, a jeho důvodová zpráva;
- (d) Metodická pomůcka k aplikaci obecného nařízení o ochraně osobních údajů a zákona o zpracování osobních údajů v podmínkách školství vydaná Ministerstvem školství mládeže a tělovýchovy ČR;
- (e) Metodické doporučení k činnosti obcí k organizačně-technickému zabezpečení funkce pověřence pro ochranu osobních údajů podle obecného nařízení o ochraně osobních údajů v podmínkách obcí vydané Ministerstvem vnitra ČR; a
- (f) Stanovisko odboru centrální harmonizační jednotka č. 1b/2018 o možnosti vykonávat funkci pověřence interním auditorem.

3. POŽADAVKY NA VÝKON FUNKCE POVĚŘENCE

Pověřenec podle článku 37 odst. 5 GDPR musí být jmenován na základě svých profesních kvalit, zejména na základě svých odborných znalostí práva a praxe v oblasti ochrany údajů a své schopnosti plnit úkoly stanovené v článku 39 GDPR.

Povinnost jmenovat odpovídajícího pověřence nese správce nebo zpracovatel – nařízení pouze určuje, že pověřenec musí být jmenován a musí plnit vymezené úkoly, ale zároveň pro něj nestanoví žádné specifické podmínky, resp. odborné požadavky.

GDPR nestanoví žádnou specifickou formu ověření nebo prokázání profesních kvalit pověřence. To mimo jiné znamená, že pověřenec nemusí mít určitý stupeň vzdělání nebo absolvovat určitou odbornou „profesní zkoušku“. Jedním z důvodů poměrně obecné úpravy je existence ustanovení článku 39 odst. 2 GDPR, které stanoví, že pověřenec pro ochranu osobních údajů bere při plnění svých úkolů patřičný ohled na riziko spojené s operacemi zpracování a současně přihlíží k povaze, rozsahu, kontextu a účelům zpracování. Výkon povinností pověřence tedy má být individualizován pro potřeby jednotlivých správců nebo zpracovatelů a vedle základních znalostí GDPR a ochrany osobních údajů nařízení rovněž předpokládá, že pověřenec bude srozuměn s povahou činnosti příslušného subjektu a charakterem a rozsahem zpracování osobních údajů.

Pověřenci pro ochranu osobních údajů nenesou osobní odpovědnost za nedodržování souladu s GDPR. GDPR jasně stanoví, že je to správce nebo zpracovatel, kdo musí zajistit a být schopen doložit, že zpracování je prováděno v souladu s nařízením. **Je odpovědností správce nebo zpracovatele, aby jmenoval takového pověřence, který zvládne rozsah úkolů požadovaných nařízením.**

V podmínkách obcí je tedy žádoucí, aby pověřenec měl rovněž vědomosti o fungování veřejné správy. Neméně důležitá je praktická znalost organizace, chodu a vnitřních předpisů obce, u které pověřenec působí. Mezi důležité znalosti pověřence dále patří odpovídající znalost informačních technologií a bezpečnosti dat. Osoba pověřence by tudíž měla splňovat i

¹ WP 29 je pracovní skupina zřízená podle článku 29. směrnice 95/46/EC, která je po účinnosti GDPR se změnila v Evropský sbor pro ochranu osobních údajů (EPDB). Jedná se o nezávislý evropský poradní orgán na ochranu dat a soukromí a orgán, zajišťující jednotné uplatňování GDPR členskými státy.

odpovídající etické předpoklady relevantní z hlediska výkonu jeho funkce. Pověřenec totiž bude svou funkci vykonávat nejenom ve vztahu k obci, která pověření ustanoví, ale i vůči Úřadu pro ochranu osobních údajů a jiným státním orgánům a ve vztahu k veřejnosti.

4. NESLUČITELNOST URČITÝCH POZIC S VÝKONEM FUNKCE POVĚŘENCE

GDPR požaduje, aby výkon funkce pověření byl nezávislý. Konkrétně je v tomto ohledu uvedeno, že správce a zpracovatel zajistí, aby pověřenec pro ochranu osobních údajů nedostával žádné pokyny týkající se výkonu svých úkolů a v této souvislosti nesmí být pověřenec propuštěn ani sankcionován.

Další obecné pravidlo uvedené v GDPR rovněž stanoví, že pověřenec nesmí být ve střetu zájmů (tj. střetu úkolů z funkce pověření a jiných úkolů prováděných pro správce nebo zpracovatele).

GDPR však rovněž předpokládá a výslovně dovoluje, že pověřenec bude pro správce nebo zpracovatele plnit i jiné úkoly a povinnosti.

Zaměstnanec tedy může plnit úkoly pověření i vedle svých dalších pracovních úkolů a externí spolupracovník vedle poskytování jiných služeb (např. advokátní kancelář poskytujícím právních služeb). Ovšem pouze za podmínky, že plnění těchto jiných úkolů nepovede ke střetu zájmů, tedy k ohrožení nezávislého výkonu funkce pověření.

Pověřencem proto nemůže být osoba, která u správce či zpracovatele provádí, či se podílí na provádění organizačně-technických opatření k zajištění ochrany osobních údajů. Nemůže jít dále o zaměstnance, který ze své pracovní pozice rozhoduje o účelu a prostředcích zpracování osobních údajů. U těchto osob je totiž z povahy věci nezávislost vyloučena. **Typicky tak nemůže vykonávat funkci pověření např. vedoucí odboru personálního nebo odboru informačních technologií, kteří např. stanoví rozsah a účely zpracování nebo jsou odpovědní za bezpečnost IT vybavení.** Naopak není vyloučeno, aby pověření vykonával např. referent či vedoucí oddělení (např. v rámci právního odboru, odboru vnitřní kontroly apod.), pokud do jejich pracovní náplně nenáleží provádění organizačně-technických opatření k zajištění ochrany osobních údajů, nebo výkon jiných činností, které mohou vést ke střetu zájmů a ohrožení nezávislého výkonu funkce pověření (není však vyloučeno, aby pověřenec při plnění jiných pracovních úkolů s osobními údaji nakládal, např. při vedení správních řízení, atp.). **U externích spolupracovníků je pak vyloučeno, aby pověřenec zastupoval správce nebo zpracovatele v soudním nebo správním řízení týkající se ochrany osobních údajů.**

Z důvodu možného střetu zájmů a zajištění nezávislosti rovněž nemůže být pověřencem interní auditor, který vykonává interní audit podle zákona o finanční kontrole. Pověřenec pro ochranu osobních údajů proto nemůže být organizačně začleněn do útvaru interního auditu nebo podřízen vedoucímu útvaru interního auditu nebo internímu auditorovi.

GDPR požaduje, aby pověřenec byl přímo podřízen vrcholovým řídicím pracovníkům správce nebo zpracovatele (pokud je funkce pověření vykonávána na základě smlouvy externě, měl by být partnerem pověření přímo starosta). **To mimo jiné vylučuje, aby pověřencem byli samotní vrcholoví řídicí pracovníci správce nebo zpracovatele. V podmínkách obcí to znamená, že pověřencem nemůže být starosta, místostarostové ani tajemník obecního úřadu.** Pověřencem však mohou být vedoucí odborů či oddělení, případně jiní zaměstnanci, kteří nevykonávají pracovní činnosti, které by vedly ke střetu jejich zájmů. U těchto

zaměstnanců je ovšem nutné zajistit přímou podřízenost vrcholovým řídicím pracovníkům při výkonu funkce pověřence.

Ačkoli tak nařízení nestanoví výslovně, měla by funkce pověřence být stálá. Schopnost plnit úkoly dle GDPR předpokládá možnost pověřence detailně poznat vnitřní chod a organizaci správce, neboť jedině tak dokáže stanovit problémy a odhadnout případná rizika spojená se zpracováním osobních údajů. Je tudíž vhodné (byť z hlediska nařízení nikoli nezbytné), aby byl pověřenec zaměstnán na základě pracovní smlouvy na dobu neurčitou, resp. ustavit jej na delší časové období tak, aby měl dostatek času seznámit se se zpracováváním osobních údajů správcem. **Funkce pověřence by neměla být vykonávána na základě dohody o práci konané mimo pracovní poměr (tj. dohody o provedení práce nebo dohody o pracovní činnosti), neboť na tyto dohody se nepoužijí pravidla o skončení pracovního poměru, která jsou stanovena na ochranu zaměstnance.** Sjednání zkušební doby v pracovní smlouvě s pověřencem je jako zcela standardní ustanovení pracovních smluv možné.

5. MOŽNOST VÝKONU FUNKCE POVĚŘENCE ČLEMEM ZASTUPITELSTVA

S ohledem na požadavek GDPR, aby funkci pověřence vykonával buď pracovník nebo externě spolupracující osoba na základě smlouvy o poskytování služeb, je nutno dovodit, že **zastupitel nemůže být pověřencem obce z titulu své funkce člena zastupitelstva obce.**

Je však možné, aby funkce pověřence byla vykonávána zastupitelem obce na základě pracovní nebo jiné smlouvy s obcí, a to za podmínek výše uvedených. Souběžný výkon funkce zastupitele a jiné činnosti pro obec není zakázán a tato možnost není explicitně vyloučena ani GDPR.

Je přitom nutné mít na paměti, že osoba pověřence musí mít dostatečné profesní zkušenosti a znalosti v oblasti ochrany osobních údajů, a dostatečné časové možnosti věnovat se plně plnění svých povinností. Pověřenec musí vystupovat jako nezávislý a nestranný prostředník mezi správcem a úřadem pro ochranu osobních údajů, potažmo mezi správcem a veřejností, a být považován za důvěryhodnou osobu, jde-li o ochranu práva a osobních údajů. U členů zastupitelstva obce, tzn. u osob zastávajících politickou funkci, bude třeba zvláště důkladně posoudit, zda konkrétní osoba bude splňovat předpoklady pro nezávislý výkon funkce pověřence.

6. SROVNÁNÍ ZAJIŠTĚNÍ VÝKONU FUNKCE POVĚŘENCE V OBCÍCH SROVNATELNÉ VELIKOSTI

V rámci zpracování memoranda byl rovněž z veřejných zdrojů zjištěn způsob výkonu pověřence u obcí velikostně srovnatelných se zadavatelem.

Dle posledních statistických údajů měla Městská část Praha 3 ke konci roku 2018 celkem 75 tis. obyvatel.²

Městská část Praha 11 měla ke stejnému datu 77 tis. obyvatel³ a je tedy nejenže velikostně srovnatelná se zadavatelem memoranda, ale jedná se rovněž o městskou část hl. města Praha. Funkce pověřence je Městskou částí Praha 11 (a rovněž pro 11 mateřských a 8 základních škol zřízených městskou částí) zajišťována externě třetí osobou, a to konkrétně poradenskou společností [REDAKCE] IČO: [REDAKCE], se sídlem [REDAKCE]

² Statistické údaje ČSÚ „Obyvatelstvo dle městských částí v letech 1991 – 2018“

³ Statistické údaje ČSÚ „Obyvatelstvo dle městských částí v letech 1991 – 2018“

██████████ na základě smlouvy ze dne 23.5.2018. Smlouva splňuje náležitosti vyžadované GDPR a uvádí konkrétní fyzickou osobu pověřence, kterou je ██████████. Smluvní odměna je stanovena na 9.400,- Kč měsíčně plus DPH. Smlouva je uzavřena na dobu neurčitou s možností výpovědi.

Dalším městem, u kterého bylo možné zjistit detailní způsob zajištění výkonu funkce pověřence je Statutární město Liberec, které mělo k 1.1.2019 celkem 104 tis. obyvatel.⁴ Funkce pověřence je Statutárním městem Liberec zajišťována externě třetí osobou na základě veřejné zakázky malého rozsahu vyhlášené Statutárním městem Liberec a to rovněž poradenskou společností ██████████, IČO: ██████████, se sídlem ██████████ na základě smlouvy ze dne 3.5.2019. Smlouva splňuje náležitosti vyžadované GDPR a uvádí konkrétní fyzickou osobu pověřence, kterou je ██████████. Smluvní odměna je stanovena na 850,- Kč měsíčně plus DPH. Smlouva je uzavřena na dobu určitou na dva roky.

Posledním městem, u kterého zpracovatel zjišťoval způsob zajištění výkonu funkce pověřence je Statutární město Pardubice, které mělo k 1.1.2019 celkem 130 tis. obyvatel.⁵ Funkce pověřence je Statutárním městem Pardubice zajišťována externě třetí osobou, a to společností ██████████, IČO: ██████████, se sídlem ██████████ na základě smlouvy ze dne 30.4.2018. Smlouva neuvádí konkrétní fyzickou osobu pověřence. Smluvní odměna je stanovena na 192.000,- Kč ročně plus DPH. Zveřejněná smlouva byla uzavřena na dobu určitou jednoho roku do 30.4.2019.

Další města a městské části jako Městská část Praha 10, Zlín, Hradec Králové atd. zajišťují služby podle dostupných údajů svými zaměstnanci. Zde tedy náklady na zajištění funkce pověřence odpovídají mzdovým nákladům na příslušného zaměstnance.

Z přehledu je patrné, že náklady externích společností na zajištění funkce pověřence pro obec srovnatelné velikosti se zadavatelem memoranda se pohybuje do 20 tis. Kč měsíčně. Cena sjednaná Statutárním městem Liberec je dle mého názoru nereálně nízká a nemůže pokrýt náklady na řádný výkon funkce pověřence, nicméně zjevně byla řádně vysoutěžena a z hlediska zadavatele proti ní nelze ničeho namítat.

V tomto ohledu je třeba odkázat na závěry memoranda ze dne 6. dubna 2019 a opětovně uvést, že náklady Městské části Praha 3 na zajištění pověřence ve výši 266.200,- Kč měsíčně se zcela zjevně vymykají a vymykaly jakémukoli rámci pro výši úplaty za zajištění výkonu funkce pověřence. Tento závěr vynikne zejména při srovnání s vysoutěženu cenou pro Statutární město Liberec. Jedna měsíční platba Městské části Prahy 3 tak Statutárnímu městu Liberec vystačí na 21,5 let zajištění výkonu funkce pověřence, roční platba by pak stačila na celých 258 let. U nejdražší porovnávané služby externí společnosti měsíční platba Městské části Praha 3 vystačí na více než rok zajištění výkonu funkce pověřence, roční platba by pak stačila na téměř 14 let. **Na základě výše uvedeného je tedy na zvážení, zda ze strany Městské části Praha 3 podniknout kroky ke zjištění odpovědnosti konkrétních osob při sjednávání příslušné smlouvy.**

⁴ Statistické údaje ČSÚ „Počet obyvatel ve správních obvodech obcí s rozšířenou působností k 1. 1. 2019“

⁵ Statistické údaje ČSÚ „Počet obyvatel ve správních obvodech obcí s rozšířenou působností k 1. 1. 2019“

7. SHRUTÍ

V návaznosti na výše uvedené, je možné dospět k závěrům, že:

- GDPR nestanoví žádnou specifickou formu ověření nebo prokázání profesních kvalit pověřence. Je odpovědností správce nebo zpracovatele, aby jmenoval takového pověřence, resp. takové pověřence, kteří zvládnou rozsah úkolů požadovaných nařízením.
- GDPR požaduje, aby výkon funkce pověřence byl nezávislý, pověřenec nesmí být ve střetu zájmů a musí být přímo podřízen vrcholovým řídicím pracovníkům správce nebo zpracovatele.
- Funkci pověřence nemůže vykonávat např. vedoucí odboru personálního nebo odboru informačních technologií. V podmínkách obcí pověřencem rovněž nemohou být starosta, místostarostové ani tajemník obecního úřadu.
- Z důvodu možného střetu zájmů a zajištění nezávislosti rovněž nemůže být pověřencem dle GDPR interní auditor, který vykonává interní audit podle zákona o finanční kontrole.
- Funkce pověřence by také neměla být vykonávána na základě dohody o práci konané mimo pracovní poměr (tj. dohody o provedení práce nebo dohody o pracovní činnosti), neboť na tyto dohody se nepoužijí pravidla o skončení pracovního poměru, která jsou stanovena na ochranu zaměstnance.
- Zastupitel nemůže být pověřencem obce z titulu své funkce člena zastupitelstva obce, ale je přípustné, aby funkci pověřence byla vykonávána zastupitelem obce na základě pracovní nebo jiné smlouvy s obcí, a to za podmínek výše uvedených.
- Z přehledu je patrné, že náklady externích společností na zajištění funkce pověřence pro obec srovnatelné velikosti se zadavatelem memoranda se pohybuje do 20 tis. Kč měsíčně.
- V tomto ohledu je třeba odkázat na závěry memoranda z 6. dubna 2019 a opětovně uvést, že náklady Městské části Praha 3 na zajištění pověřence ve výši 266.200,- Kč měsíčně se zcela zjevně vymykají a vymykaly jakémukoli rámci pro výši úplaty za zajištění funkce pověřence.
- Na základě výše uvedeného je tedy na zvážení, zda ze strany Městské části Praha 3 podniknout kroky ke zjištění odpovědnosti konkrétních osob při sjednávání příslušné smlouvy.

8. PŘEDPOKLADY A OMEZENÍ

Toto memorandum je vydáno za těchto předpokladů a s následujícími omezeními:

- (a) Předpokládáme, že informace a dokumenty, které nám byly poskytnuty pro účely vypracování tohoto memoranda, ať už zadavatelem nebo získány z veřejných zdrojů, jsou ve všech podstatných ohledech pravdivé, aktuální, správné, a že nejsou zavádějící.

- (b) Toto memorandum bylo vydáno podle práva platného v České republice.
- (c) Závěry tohoto memoranda nejsou závěry právně závaznými. Závěry obsažené v tomto memorandu vyjadřují právní názor zpracovatele, který se může od právního názoru orgánů veřejné moci (zejména soudů) odlišovat. Nelze vyloučit, že by orgány veřejné moci mohly posoudit jednotlivé otázky odlišně, případně že by mohly dospět k jiným závěrům.

Budete-li mít v souvislosti s výše uvedeným jakékoli další otázky či připomínky, neváhejte se na mě prosím kdykoliv obrátit.

S pozdravem,

