

## OBJAŚNIENIA PRAWNE Z DNIA 23.01.2019 r.

**Wydane przez Ministra Cyfryzacji na podstawie art. 33 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców na wniosek Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców.**

### **DALSZE GROMADZENIE DANYCH OSOBOWYCH OSÓB UBIEGAJĄCYCH SIĘ O ZATRUDNIENIE U PRACODAWCY PO ZAKOŃCZENIU REKRUTACJI**

#### **1. Wniosek Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców**

Pismem z dnia 7 listopada 2018 r. (RMSP-1.7.11.2018) Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców (Dz. U. poz. 648) w zw. z art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz. U. poz. 646 ze zm.) wniósł o wydanie objaśnienia prawnego art. 6 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (EU) 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 (zwanego dalej „RODO”) co do sposobu gromadzenia danych osobowych osób, które ubiegały się o zatrudnienie u pracodawcy, dozwolonego okresu przechowywania tych danych oraz formy wyrażenia zgody na ich przetwarzanie.

#### **2. Czego dotyczą objaśnienia**

Uznając wniosek Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców za w pełni uzasadniony, Minister Cyfryzacji zdecydował się wydać objaśnienia ze szczególnym uwzględnieniem zasad przechowywania przez pracodawców – w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy – dokumentów rekrutacyjnych, po zakończeniu rekrutacji, w stosunku do tych, którzy nie zostali zatrudnieni na podstawie umowy o pracę.

Przepisy RODO pozostawiają administratorom taką możliwość.

**Dane zawarte w dokumentach rekrutacyjnych mogą być przez pracodawcę przetwarzane przez okres konieczny dla wykonania zawieranej z pracownikiem umowy, a po jej rozwiązaniu w celu ochrony przed mogącymi się pojawić roszczeniami.** Dopuszczalna jest bowiem zmiana celu przetwarzania danych osobowych, o ile nowy cel ich przetwarzania nie jest sprzeczny z pierwotnym celem. W takim przypadku w pierwszej kolejności dane osobowe przetwarzane byłyby w oparciu o art. 6 ust. 1 lit. b RODO, czyli o przepis wskazujący, że przetwarzanie jest niezbędne do realizacji umowy zawartej między pracownikiem a pracodawcą o ile wymóg przetwarzania danych nie wynika wprost z przepisów prawnych. Po zakończeniu zatrudnienia

przetwarzanie przez pracodawcę danych osobowych innych, niż obowiązkowo przechowywanych w aktach osobowych może się odbywać w oparciu o art. 6 ust. 1 lit. f RODO, czyli o przepis wskazujący, że przetwarzanie odbywa się zgodnie z prawem, gdyż wynika z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez administratora. Uzasadnionymi interesami w tym przypadku jest ochrona przed możliwymi, przyszłymi roszczeniami.

**Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy.** oraz wydawane na jej podstawie akty wykonawcze, nie przesądzają jednak przez jaki czas mogą być przechowywane dane kandydata, z którym umowa nie została zawarta. Po zakończeniu rekrutacji przetwarzanie takich danych nie jest już przecież niezbędne do podjęcia czynności przygotowujących do jej podpisania, a więc tym bardziej do wykonania umowy – bo pracodawca wybrał na to stanowisko innego kandydata.

Zarówno w działaniach organów administracji publicznej, jak i w literaturze przedmiotu pojawiają się różne stanowiska, uznające dalsze przetwarzanie danych osobowych zawartych w dokumentach rekrutacyjnych (np. CV) za zgodne z prawem. Wskazuje się jednak, że będzie ono znajdowało swoje źródło w prawnie uzasadnionych interesach potencjalnego pracodawcy (art. 6 ust. 1 lit. f RODO). W ocenie Ministra Cyfryzacji – uwzględniając, że zagadnienie dotyczy bardzo dużej ilości przedsiębiorców w Polsce i ma wpływ na prowadzoną przez nich działalność gospodarczą – wydanie przedmiotowego objaśnienia było niezbędne.

Objaśnienia opracowano w oparciu o następujące akty prawne:

- 1) Ustawę z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, zwaną dalej „Kodeksem pracy”,
- 2) Rozporządzenie 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.

### **3. Cel wydawanych objaśnień**

Celem objaśnień jest wyjaśnienie wątpliwości w zakresie możliwości gromadzenia przez pracodawców dokumentów rekrutacyjnych już po zakończeniu procesu rekrutacji w stosunku do osób, które nie zostały zatrudnione.

### **4. Pracownicy, którzy wyrazili zgodę na wykorzystanie ich dokumentów rekrutacyjnych na potrzeby przyszłych rekrutacji**

Coraz częstszą praktyką wśród osób szukających pracy jest wysyłanie CV, mimo braku informacji ze strony pracodawcy, że poszukuje on nowych pracowników. Dokumentom takim często towarzyszy informacja, że kandydat prosi o wykorzystanie jego dokumentów rekrutacyjnych w przypadku, gdy w danym zakładzie pracy będzie organizowana

jakakolwiek rekrutacja. Wiadomość taka najczęściej jest przekazana w treści wiadomości email, bądź w liście dołączonym do dokumentów.

Bywa jednak, że dokumenty takie pozostawiane są na recepcji zakładu pracy bez żadnej wiadomości, a intencja wykorzystania ich w przyszłych procesach rekrutacyjnych deklarowana jest ustnie. Jeżeli pracodawca nie postanowi takich danych przetwarzać, powinien takie dane usunąć lub odesłać. Należy bowiem pamiętać, że nawet jeśli posiadamy cudze dane pozyskane bez własnej inicjatywy, jednak złożone w celu związanym z zakresem działalności przedsiębiorcy, to ponosimy odpowiedzialność za zachowanie ich w poufności, w związku z konstytucyjną ochroną prywatności, co przekłada się na ustawowy obowiązek ochrony dóbr osobistych (art. 23 w zw. z art. 355 par. 2 k.c.). Z drugiej strony, jeśli przedsiębiorca uzna, że w przyszłości być może skorzysta z danych kandydata na potrzeby rekrutacyjne, to tym samym ustala cel przetwarzania i powinien wykonać obowiązek informacyjny z art. 13 RODO (chyba, że składający wniosek mógł się z nim uprzednio zapoznać np. odwiedzając stronę internetową przedsiębiorcy). Podstawą prawną gromadzenia przez pracodawcę takich dokumentów jest zgoda, wyrażona przez osobę ubiegającą się o zatrudnienie. Jeśli zgoda na wykorzystanie danych osobowych dla celów przyszłych rekrutacji wyrażona jest jedynie ustnie, może powstać problem dowodowy tj. pracodawca może nie mieć możliwości wykazania, że faktycznie kandydat taką zgodę wyraził.

Zgodnie z art. 4 pkt 11 RODO zgoda osoby, której dane dotyczą oznacza „dobrowolne, konkretne, świadome i jednoznaczne okazanie woli, którym osoba, której dane dotyczą, w formie oświadczenia lub wyraźnego działania potwierdzającego, przyzwala na przetwarzanie dotyczących jej danych osobowych”. Bez wątplenia działaniem takim jest przekazanie dokumentów rekrutacyjnych do zakładu pracy wraz z informacją, że przyzwala się na ich wykorzystanie w rekrutacjach, prowadzonych w przyszłości. **W takim przypadku dokumenty mogą być przechowywane przez pracodawcę do czasu odwołania zgody przez osobę, która je przesłała.** Nie oznacza to jednak, że dane będą przetwarzane bezterminowo. Czas ich przechowywania wyznacza okres obowiązywania zgody, a więc do momentu jej odwołania. Potencjalny pracodawca powinien w każdym przypadku dokonać oceny, czy zakres gromadzonych w dokumentach danych nie wykracza poza cel związany z rekrutacją, a także zadbać o udokumentowanie faktu posiadania zgody na wspomniane wykorzystanie dla celów przyszłych rekrutacji tak, aby móc się tym wykazać w razie sporu z osobą, której dane dotyczą, bądź z organem nadzorczym. Dokumenty, które zostały przekazane przez kandydata, a co do których wiemy, że z uwagi na ich treść nigdy w rekrutacji nie będą wykorzystane powinny zostać usunięte.

## **5. Pracownicy, którzy przekazali swoje dokumenty rekrutacyjne celem udziału w konkretnej rekrutacji**

Znaczna część osób decyduje się wysłać swoje dokumenty rekrutacyjne w związku z konkretnymi, organizowanymi przez potencjalnych pracodawców rekrutacjami. W takim przypadku cały proces rekrutacji może być uznany za podejmowanie działań przed zawarciem umowy. W związku z tym do zakończenia rekrutacji w zakresie wykraczającym poza dane, o którym mowa w art. 22<sup>1</sup> Kodeksu pracy, podstawą

przetwarzania danych osobowych kandydatów jest przepis, wskazujący, że jest ono niezbędne do podjęcia działań przed zawarciem umowy (art. 6 ust. 1 lit. b RODO), z uwzględnieniem przewidzianej w art. 5 ust. 1 lit. c RODO zasady minimalizacji danych. Na przepis ten można się powołać również do czasu ogłoszenia wyników rekrutacji, gdy w jej efekcie potencjalny pracodawca nie zdecyduje się zatrudnić żadnej osoby, jednak tylko w celu przetwarzania na potrzeby tej konkretnej rekrutacji. Podstawy tej nie da się wykorzystać na potrzeby przetwarzania dla celów przyszłych rekrutacji. Częstym błędem jest pozyskiwanie od kandydatów zgody na przetwarzanie danych osobowych w celu przeprowadzenia danej rekrutacji. Takie podejście jest nieprawidłowe i może prowadzić do nieuzasadnionego pomijania kandydatów, którzy takiego oświadczenia zgody nie złożyli.

**Po zakończonej rekrutacji pracodawca ma prawo przechowywać dokumenty rekrutacyjne osób, które nie zostały zatrudnione, w celach ochrony przed ewentualnymi roszczeniami mogącymi pojawić się w związku z prowadzoną uprzednio rekrutacją.** W tym przypadku podstawą przetwarzania danych osobowych będzie art. 6 ust. 1 lit. f RODO tj. prawnie uzasadniony interes niedoszłego pracodawcy, czyli ochrona przed ewentualnymi przyszłymi roszczeniami osoby, która nie została zatrudniona w wyniku rekrutacji, która nie została zatrudniona. Co szczególnie ważne, powołaniu się na tą przesłankę towarzyszyć powinno uprzednie przeprowadzenie testu. Powinien on wykazać, czy osobę, której dane będą przetwarzane w prawnie uzasadnionym celu, łączy z administratorem jakaś więź oraz czy osoba taka mogła podejrzewać, że jej dane będą przetwarzane w uzasadnionym interesie. Zgodnie bowiem z motywem 47 preambuły RODO „prawnie uzasadniony interes może istnieć na przykład w przypadkach, gdy zachodzi istotny i odpowiedni rodzaj powiązania między osobą, której dane dotyczą, a administratorem, na przykład gdy osoba, której dane dotyczą, jest klientem administratora lub działa na jego rzecz. Aby stwierdzić istnienie prawnie uzasadnionego interesu, należałoby w każdym przypadku przeprowadzić dokładną ocenę, w tym ocenę tego, czy w czasie i w kontekście, w którym zbierane są dane osobowe, osoba, której dane dotyczą, ma rozsądne przesłanki by spodziewać się, że może nastąpić przetwarzanie danych w tym celu”. Osoba, która ubiegała się o pracę bez wątplenia jest powiązana z przedsiębiorcą poprzez udział w organizowanej przez niego rekrutacji. Pomiędzy kandydatem a potencjalnym pracodawcą występuje relacja prawna, która powstaje wraz z przedłożeniem przez kandydata wniosku o zatrudnienie, wynikająca chociażby z ustawowego zakazu dyskryminacji. Kandydat nie tylko może przypuszczać, ale wręcz musi się liczyć z tym, że jego dane będą przechowywane również po zakończonej rekrutacji.

Zgodnie z motywem 50 preambuły RODO „przetwarzanie danych osobowych do celów innych niż cele, w których dane te zostały pierwotnie zebrane, jest dozwolone, gdy jest zgodne z celami, w których dane osobowe zostały pierwotnie zebrane.” Celem pierwotnym w takim przypadku jest rekrutacja, zaś celem zgodnym z rekrutacją będzie ochrona przed ewentualnymi przyszłymi roszczeniami pracownika, wynikającymi z tej rekrutacji. Niedoszły pracodawca zachowując CV może więc się ochronić np. przed przyszłym ewentualnym posądzeniem o dyskryminację. Wraz ze złożeniem dokumentów rekrutacyjnych pomiędzy kandydatem a potencjalnym pracodawcą powstaje więc zobowiązaniowa, wynikająca z prawnego obowiązku przeciwdziałania dyskryminacji (art. 94 ust. 2<sup>b</sup> w zw. z art. 18<sup>3a</sup> k.p.). Z tego powodu zarzut dyskryminacji kandydata, jako

emanacja naruszenia dóbr osobistych wywodzony jest z czynu niedozwolonego. Dlatego przyjęcie, że skoro nie zawarto umowy o pracę to ustala podstawa przetwarzania danych nie jest przekonujące, pozostaje bowiem ryzyko roszczeń ze strony kandydata w związku z nie zawarciem umowy. Powyższe potwierdza również treść przywołanego już motywu 50 preambuły do RODO zgodnie z którym „przetwarzanie danych osobowych do celów innych niż cele, w których dane te zostały pierwotnie zebrane, powinno być dozwolone wyłącznie w przypadkach, gdy jest zgodne z celami, w których dane osobowe zostały pierwotnie zebrane”. Takim innym celem w tym przypadku będzie więc przetwarzanie danych pracownika w celu ochrony przed przyszłymi roszczeniami.

W związku z powyższym nie trzeba tych danych usuwać natychmiast po zakończonej rekrutacji. Uwzględniając przebieg rekrutacji i podjętą przez pracodawcę ocenę ryzyka pojawienia się takich roszczeń, okres przechowywania CV powinien być jednak jak najkrótszy. **Jeżeli w praktyce działania przedsiębiorcy nie zdarzyła się sytuacja, by ewentualne roszczenia z tytułu prowadzonej rekrutacji pojawiły się w okresie późniejszym niż kilka miesięcy po jej zakończeniu, wewnętrzne procedury powinny przewidywać racjonalny kilkumiesięczny okres retencji takich dokumentów.** Obowiązkiem administratora danych będzie też dokonanie oceny ryzyka i ustalenie okresu przetwarzania danych, który odpowiada rzeczywistym zagrożeniom, uwzględniając doświadczenia z pojawiających się roszczeń. **Dopuszczalne jest też poinformowanie kandydata, że niepodniesienie zarzutów dotyczących rekrutacji w określonym czasie po odmowie zatrudnienia zostanie uznane za domniemanie braku takowych, a dane osobowe zostaną usunięte.** Podczas, gdy skutkiem przyjęcia takiego założenia nie jest wygaśnięcie prawnie uzasadnionego roszczenia, to jednak znacznie zmniejsza ryzyko, że ewentualne powództwo będzie korzystało z przymiotu tzw. „uprawdopodobnienia” dyskryminacji.

Powyższy efekt nie będzie miał oczywiście miejsca, jeśli pracownik wykaże, że nie podnosił zarzutów wcześniej z tego powodu, że nie posiadał pełnej wiedzy o stanie faktycznym. Jeśli jednak pracodawca poprzez ocenę stanu faktycznego może żywić uzasadnione przekonanie, że ryzyko roszczeń jest wysokie, to może przetwarzać dane osobowe kandydatów przez pełny trzyletni okres przedawnienia. Powyższe może mieć miejsce np. w przypadku bardzo porównywalnych kandydatur.

Należy zarazem pamiętać, że dyskryminacja polega na niejednakowym traktowaniu z powodu niedozwolonych przez Kodeks pracy kryteriów. Samo niezadowolenie kandydata z powodu nieotrzymania zatrudnienia nie jest dyskryminacją. Dotychczasowa praktyka obserwowana w Polsce dowodzi, że statystycznie największe ryzyko dyskryminacji dotyczy kryterium płci oraz stosunku do związków zawodowych. Dlatego ocena ryzyka może uwzględnić to, czy w kontekście konkretnego procesu rekrutacji mamy do czynienia z porównywalnymi kandydaturami, a zarazem z takimi cechami jak płeć lub danymi dotyczącymi wyborów społecznych (np. ujawniony przez kandydata stosunek do związków zawodowych) i w przypadku wystąpienia wysokiego ryzyka stosować najdłuższy okres retencji.

**Uwzględniając powyższe należy również przesądzić, że CV przechowywane w celu ochrony przed potencjalnymi roszczeniami, nie powinno być wykorzystywane w innych celach.** Wyjątkiem w tym zakresie wydaje się być kontakt potencjalnego pracodawcy z pozostałymi kandydatami, gdy okaże się, że osoba zakwalifikowana jednak nie podjęła pracy. Podstawą w tym przypadku byłby nie tylko prawnie uzasadniony interes potencjalnego pracodawcy, ale również kandydatów. Jak wskazuje się w motywie 47 preambuły do RODO „taki prawnie uzasadniony interes może istnieć na przykład w przypadkach, gdy zachodzi istotny i odpowiedni rodzaj powiązania między osobą, której dane dotyczą, a administratorem, na przykład gdy osoba, której dane dotyczą, jest klientem administratora lub działa na jego rzecz”. Bez wątplenia więc taka istnieje pomiędzy kandydatem do pracy a potencjalnym pracodawcą. Nie budzi też wątpliwości fakt, że początkowo odrzucony kandydat może przypuszczać, że potencjalny pracodawca poinformuje go o wakacie na stanowisku, na które aplikował.

Przykłady:

### **Sytuacja 1:**

Na recepcję firmy zgłasza się osoba, która jest zainteresowana pracą, mimo że w chwili obecnej nie jest prowadzona rekrutacja na żadne stanowisko. Chce jednak zostawić swoje CV, na którym nie ma pisemnej informacji, że zgadza się na przetwarzanie danych osobowych we wszystkich rekrutacjach w tej firmie – informuje o tym tylko ustnie recepcjonistkę.

Rekomendowane działanie: Od takiej osoby należy odebrać w pisemnej formie utrwalonej dla celów dowodowych (np. odręczne oświadczenie na pozostawianych dokumentach) potwierdzenie zgody na przetwarzanie danych osobowych na potrzeby przyszłych rekrutacji organizowanych przez danego przedsiębiorcę (odbierającego oświadczenie), oraz dopełnić obowiązku informacyjnego na podstawie art. 13 RODO. Może być on zrealizowany poprzez zamieszczenie stosownej informacji na ladzie recepcji, o ile precyzyjnie informuje o treściach przewidzianych w art. 13 RODO. W ramach tego obowiązku należy poinformować m.in. o podstawie prawnej przetwarzania danych, tj. że jest nią art. 6 ust. 1 lit. a RODO. Mając na względzie udział tej osoby w przyszłych rekrutacjach oraz fakt, że osoba ta może nie uzyskać pracy w wyniku rekrutacji warto już na tym etapie zagwarantować sobie prawo do przetwarzania danych dla celów ewentualnego dochodzenia roszczeń - jako podstawę dla tego celu wskazując przy tej okazji również art. 6 ust. 1 lit. f RODO (tj. prawnie uzasadniony interes administratora).

### **Sytuacja 2:**

Do firmy drogą mailową przesłane zostaje CV wraz z informacją w treści maila, że osoba chciałaby być uwzględniana w ewentualnych przyszłych rekrutacjach.

Rekomendowane działanie: Wiadomość taka powinna zostać uznana za zgodę na przetwarzanie danych osobowych przez potencjalnego pracodawcę w celach związanych z organizacją naborów pracowników. Dodatkowo należy (podobnie jak we wcześniejszym przypadku) dopełnić obowiązku informacyjnego na podstawie art. 13 RODO. W ramach tego obowiązku należy poinformować m.in., o podstawie prawnej przetwarzania danych,

tj. iż jest nią wspomniany wcześniej art. 6 ust. 1 lit. a RODO. Podobnie jak w sytuacji opisanej powyżej, mając na względzie udział tej osoby w przyszłych rekrutacjach oraz fakt, że osoba ta może nie uzyskać pracy w wyniku udziału w naborach, warto już na tym etapie zagwarantować sobie prawo do przetwarzania danych dla celów ewentualnego dochodzenia roszczeń - jako podstawę dla tego celu wskazując przy tej okazji również art. 6 ust. 1 lit. f RODO (tj. prawnie uzasadniony interes administratora).

### **Sytuacja 3:**

Do firmy zostaje przesłane CV w związku z jedną konkretną rekrutacją, bez informacji, że dana osoba chce brać udział w przyszłych procesach rekrutacji w danej firmie. Oferta pracy dotyczy kierowniczego stanowiska z wysokim wynagrodzeniem i istnieje ryzyko, że osoby, które nie zostaną wybrane będą domagały się wyjaśnień.

Rekomendowane działanie: Od takiej osoby nie ma potrzeby uzyskiwania zgody na przetwarzanie jej danych osobowych. Podstawą przetwarzania w tym przypadku jest art. 22<sup>1</sup> . § 1 Kodeksu pracy, a w zakresie dodatkowych danych - przede wszystkim niezbędność podjęcia działań przed zawarciem umowy tj. art. 6 ust. 1 lit. b RODO. Jeśli kandydat nie zostanie zatrudniony, potencjalny pracodawca nadal ma prawo do przechowywania danych w celu ochrony przed ewentualnymi roszczeniami. Takie dalsze przechowywanie danych osobowych wynika z prawnie uzasadnionych interesów (tj. na podstawie i z uwzględnieniem treści art. 6 ust. 1 lit. f RODO). Wystarczy zatem dopełnienie wobec tej osoby obowiązku informacyjnego z art. 13 RODO. Każdy ze wskazanych celów przetwarzania w tym przypadku wynika z innej podstawy prawnej, o czym należy poinformować kandydata.