

Wytyczne



Wytyczne 3/2018 w sprawie terytorialnego zakresu stosowania RODO (art. 3)

Wersja 2.0

12 listopada 2019 r.

Historia wersji

Wersja 2.0	12 listopada 2019 r.	Przyjęcie wytycznych po konsultacjach publicznych
Wersja 1.0	16 listopada 2018 r.	Przyjęcie wytycznych do konsultacji publicznych

Spis treści

Wprowadzenie	4
1 Stosowanie kryterium „jednostki organizacyjnej” – art. 3 ust. 1	5
2 Stosowanie kryterium „kierowania” – art. 3 ust. 2	15
3 Przetwarzanie w miejscu, w którym na mocy prawa międzynarodowego publicznego ma zastosowanie prawo państwa członkowskiego.....	25
4 Przedstawiciele administratorów lub podmiotów przetwarzających niemających jednostki organizacyjnej w Unii	26

Europejska Rada Ochrony Danych

uwzględniając art. 70 ust. 1 lit. e) 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/WE,

PRZYJMUJE NINIEJSZE WYTYCZNE:

WPROWADZENIE

Terytorialny zakres stosowania ogólnego rozporządzenia o ochronie danych¹ (RODO lub rozporządzenie) określono w art. 3 rozporządzenia i stanowi istotny rozwój prawa Unii o ochronie danych w porównaniu z ramami określonymi w dyrektywie 95/46/WE². RODO częściowo potwierdza wybory dokonane przez prawodawcę Unii i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w kontekście dyrektywy 95/46/WE. Wprowadzono jednak istotne nowe elementy. Co najważniejsze, głównym celem art. 4 dyrektywy było określenie, które prawo krajowe państwa członkowskiego ma zastosowanie, natomiast art. 3 RODO określa zakres terytorialny tekstu mającego bezpośrednie zastosowanie. Ponadto, o ile art. 4 dyrektywy zawierał odniesienie do „wykorzystywania środków” znajdujących się na terytorium Unii jako podstawy objęcia administratorów danych „nieprowadzących działalności gospodarczej na terytorium Wspólnoty” przepisami prawa Unii o ochronie danych, odniesienie takie nie pojawia się w art. 3 RODO.

W art. 3 RODO odzwierciedlono zamiar prawodawcy polegający na zapewnieniu kompleksowej ochrony praw osób, których dane dotyczą w UE oraz ustanowieniu – w kontekście wymogu ochrony danych – równych warunków funkcjonowania dla przedsiębiorstw działających na rynkach UE w kontekście globalnych przepływów danych.

Art. 3 RODO definiuje terytorialny zakres stosowania rozporządzenia na podstawie dwóch głównych kryteriów: kryterium „jednostki organizacyjnej” zgodnie z art. 3 ust. 1 oraz kryterium „kierowania” zgodnie z art. 3 ust. 2. Odpowiednie przepisy RODO będą miały zastosowanie do przetwarzania danych osobowych przez danego administratora danych lub podmiot przetwarzający, jeżeli spełnione jest jedno z tych dwóch kryteriów. Ponadto w art. 3 ust. 3 potwierdzono stosowanie RODO do przetwarzania w miejscu, w którym na mocy prawa międzynarodowego publicznego ma zastosowanie prawo państwa członkowskiego.

Niniejsze wytyczne, dzięki wspólnej interpretacji dokonanej przez organy ochrony danych w UE, mają na celu zapewnienie spójnego stosowania RODO podczas oceny, czy przetwarzanie przez administratora danych lub podmiot przetwarzający jest objęte zakresem stosowania nowych unijnych ram prawnych. W niniejszych wytycznych EROD określa i wyjaśnia kryteria służące określeniu terytorialnego zakresu stosowania RODO. Taka wspólna interpretacja jest również niezbędna dla

¹ 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 (ogólne rozporządzenie o ochronie danych).

² Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych.

administratorów danych i podmiotów przetwarzających, zarówno w UE jak i poza nią, tak aby mogli oni ocenić, czy powinni przestrzegać przepisów RODO w odniesieniu do danej czynności przetwarzania.

Ponieważ administratorzy danych lub podmioty przetwarzające nieposiadające jednostek organizacyjnych w UE, a zaangażowane w czynności przetwarzania objęte zakresem art. 3 ust. 2, mają obowiązek wyznaczenia przedstawiciela w Unii, niniejsze wytyczne zawierają również wyjaśnienia dotyczące procesu wyznaczania tego przedstawiciela na mocy art. 27 oraz jego zadań i obowiązków.

Europejska Rada Ochrony Danych co do zasady potwierdza, że w przypadku gdy przetwarzanie danych osobowych jest objęte terytorialnym zakresem stosowania RODO, podlega wszystkim przepisom tego rozporządzenia. W niniejszych wytycznych określono różne możliwe scenariusze, w zależności od rodzaju czynności przetwarzania, podmiotu wykonującego takie czynności przetwarzania lub jego lokalizacji, a także szczegółowo określono przepisy mające zastosowanie do każdej sytuacji. W związku z tym istotne jest, aby administratorzy danych i podmioty przetwarzające, zwłaszcza te oferujące towary i usługi na szczeblu międzynarodowym, przeprowadziły staranną ocenę *in concreto* wykonywanych przez nie czynności przetwarzania, aby ustalić, czy związane z tym przetwarzanie danych osobowych jest objęte zakresem stosowania RODO.

Europejska Rada Ochrony Danych podkreśla, że stosowanie art. 3 ma na celu określenie, czy dana czynność przetwarzania, a nie osoba (prawna lub fizyczna), podlega przepisom RODO. W związku z tym niektóre operacje przetwarzania danych osobowych przez administratora danych lub podmiot przetwarzający mogą wchodzić w zakres stosowania rozporządzenia, natomiast inne operacje przetwarzania danych osobowych przez tego samego administratora danych lub podmiot przetwarzający mogą nie wchodzić w zakres stosowania rozporządzenia, w zależności od czynności przetwarzania.

Niniejsze wytyczne, początkowo przyjęte przez EROD 16 listopada, były przedmiotem konsultacji publicznych w okresie od 23 listopada 2018 r. do 18 stycznia 2019 r. i zostały zaktualizowane z uwzględnieniem otrzymanych uwag i informacji zwrotnych.

1 STOSOWANIE KRYTERIUM „JEDNOSTKI ORGANIZACYJNEJ” – ART. 3 UST. 1

Artykuł 3 ust. 1 RODO stanowi, że *rozporządzenie ma zastosowanie do przetwarzania danych osobowych w związku z działalnością prowadzoną przez jednostkę organizacyjną administratora lub podmiotu przetwarzającego w Unii, niezależnie od tego, czy przetwarzanie odbywa się w Unii.*

W art. 3 ust. 1 RODO zawarto odniesienie nie tylko do jednostki organizacyjnej administratora danych, ale również do jednostki organizacyjnej podmiotu przetwarzającego. W rezultacie przetwarzanie danych osobowych przez podmiot przetwarzający może również podlegać prawu Unii, jeżeli podmiot przetwarzający posiada jednostkę organizacyjną na terenie UE.

Art. 3 ust. 1 zapewnia, że RODO stosuje się do przetwarzania dokonywanego przez administratora danych lub podmiot przetwarzający w związku z działalnością prowadzoną przez jednostkę organizacyjną takiego administratora danych lub podmiotu przetwarzającego w Unii, niezależnie od faktycznego miejsca przetwarzania. W związku z tym EROD zaleca stosowanie potrójnego podejścia przy ustalaniu, czy przetwarzanie danych osobowych wchodzi w zakres stosowania RODO zgodnie z art. 3 ust. 1.

W kolejnych działach wyjaśniono stosowanie kryterium jednostki organizacyjnej, po pierwsze biorąc pod uwagę definicję „jednostki organizacyjnej” w UE w rozumieniu unijnego prawa o ochronie danych, po drugie, analizując, co należy rozumieć pod pojęciem „przetwarzania w związku z działalnością jednostki organizacyjnej na terenie Unii”, a także potwierdzając, że RODO będzie miało zastosowanie niezależnie od tego, czy przetwarzanie odbywa się w związku z działalnością tej jednostki organizacyjnej na terenie Unii, czy też nie.

a) „Jednostka organizacyjna w Unii”

Przed rozważeniem tego, co należy rozumieć przez „jednostkę organizacyjną w Unii”, należy określić, kto jest administratorem danych lub podmiotem przetwarzającym dla danej czynności przetwarzania. Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 ust. 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”. Podmiot przetwarzający, zgodnie z art. 4 ust. 8 RODO oznacza „osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który przetwarza dane osobowe w imieniu administratora”. Zgodnie z odpowiednim orzecznictwem TSUE i poprzednią opinią Grupy Roboczej Art. 29³ ustalenie, czy podmiot jest administratorem lub podmiotem przetwarzającym do celów unijnego prawa o ochronie danych jest kluczowym elementem oceny stosowania RODO do przedmiotowego przetwarzania danych osobowych.

O ile w art. 4 ust. 16 zdefiniowano pojęcie „główniej jednostki organizacyjnej”, o tyle w RODO nie zawarto definicji „jednostki organizacyjnej” dla celów art. 3⁴. Motyw 22⁵ wyjaśnia jednak, że „[p]ojęcie „jednostka organizacyjna” zakłada skuteczne i faktyczne prowadzenie działalności poprzez stabilne struktury. Forma prawna takich struktur, niezależnie od tego, czy chodzi o oddział czy spółkę zależną posiadającą osobowość prawną, nie jest w tym względzie czynnikiem decydującym”.

Brzmienie tego motywu jest identyczne z brzmieniem motywu 19 dyrektywy 95/46/WE, do którego odniesiono się w szeregu orzeczeń TSUE rozszerzających wykładnię pojęcia „jednostka organizacyjna”, odchodząc od formalistycznego podejścia, zgodnie z którym przedsiębiorstwa posiadają jednostki organizacyjne wyłącznie w miejscu, w którym posiadają zarejestrowaną siedzibę⁶. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzekł bowiem, że pojęcie jednostki organizacyjnej obejmuje wszelką rzeczywistą i faktyczną działalność, choćby nawet drobną, prowadzoną poprzez stabilne rozwiązanie organizacyjne⁷. W celu ustalenia, czy dany podmiot mający siedzibę poza Unią ma jednostkę organizacyjną w państwie członkowskim, należy ocenić stopień stabilności rozwiązania organizacyjnego, jak również faktyczny charakter prowadzenia działalności w tym drugim państwie

³ Grupa Robocza Art. 29 – Opinia 1/2010 w sprawie pojęć „administrator danych” i „przetwarzający” przyjęta dnia 16 lutego 2010 r. i podlegająca przeglądowi przez EROD.

⁴ Definicja „główniej jednostki organizacyjnej” jest istotna głównie do celów określenia kompetencji organów nadzorczych zgodnie z art. 56 RODO. Zobacz Wytyczne Grupy Roboczej Art. 29 dotyczące ustalania wiodącego organu nadzorczego właściwego dla administratora lub podmiotu przetwarzającego (16/EN WP 244 rev.01) zatwierdzone przez EROD.

⁵ Motyw 22 RODO: *Przetwarzanie danych osobowych w kontekście działalności prowadzonej przez jednostkę organizacyjną administratora lub podmiotu przetwarzającego w Unii powinno odbywać się zgodnie z niniejszym rozporządzeniem, niezależnie od tego, czy samo przetwarzanie ma miejsce w Unii. Pojęcie »jednostka organizacyjna« zakłada skuteczne i faktyczne prowadzenie działalności poprzez stabilne struktury. Forma prawna takich struktur, niezależnie od tego, czy chodzi o oddział czy spółkę zależną posiadającą osobowość prawną, nie jest w tym względzie czynnikiem decydującym.*

⁶ Zobacz w szczególności: *Google Spain SL, Google Inc. przeciwko AEPD, Mario Costeja González (C-131/12)*, *Weltimmo przeciwko NAIH (C-230/14)*, *Verein für Konsumenteninformation przeciwko Amazon EU (C-191/15)* i *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein (C-210/16)*.

⁷ Punkt 31 wyroku w sprawie *Weltimmo*.

członkowskim, z uwzględnieniem szczególnego charakteru rozpatrywanej działalności gospodarczej oraz świadczenia danych usług. Dotyczy to w szczególności przedsiębiorstw oferujących usługi wyłącznie za pośrednictwem internetu⁸.

Próg dla „stabilnych rozwiązań organizacyjnych⁹” może być w rzeczywistości dość niski, jeżeli centrum działalności administratora danych dotyczy świadczenia usług online. W związku z tym w niektórych okolicznościach wystarczającym stabilnym rozwiązaniem organizacyjnym może być obecność w Unii jednego pracownika lub jednego przedstawiciela podmiotu spoza UE (co w rozumieniu art. 3 ust. 1 będzie stanowić „jednostkę organizacyjną”), jeżeli ten pracownik lub przedstawiciel działa z zachowaniem wystarczającego stopnia stabilności. Natomiast w przypadku, gdy pracownik ma siedzibę w UE, ale przetwarzania nie dokonuje się w związku z działalnością pracownika z siedzibą w UE na terenie Unii (tj. przetwarzanie dotyczy działalności administratora poza UE), sama obecność pracownika w UE nie spowoduje, że będzie ono objęte zakresem stosowania RODO. Innymi słowy, obecność pracownika w UE nie jest sama w sobie wystarczająca, aby uruchomić stosowanie RODO, ponieważ przetwarzanie danych, które ma być objęte zakresem stosowania RODO, musi odbywać się również w ramach działalności pracownika z siedzibą w UE.

Fakt, że podmiot spoza UE odpowiedzialny za przetwarzanie danych nie posiada ani filii, ani oddziału w państwie członkowskim, nie wyklucza, że może on tam prowadzić działalność gospodarczą w rozumieniu unijnego prawa o ochronie danych. Chociaż pojęcie jednostki organizacyjnej jest szerokie, nie jest ono pozbawione ograniczeń. Nie można stwierdzić, że podmiot spoza UE posiada jednostkę organizacyjną w Unii na tej tylko podstawie, że witryna internetowa tego przedsiębiorstwa jest tam dostępna¹⁰.

Przykład 1: Przedsiębiorstwo produkujące samochody z siedzibą główną w USA posiada oddział w Brukseli nadzorujący wszystkie jego działania w Europie, w tym marketing i reklamę.

Oddział belgijski można uznać za stabilną strukturę, prowadzącą faktyczną i skuteczną działalność w świetle działalności gospodarczej prowadzonej przez przedsiębiorstwo produkujące samochody. W związku z tym oddział belgijski może być uznany za jednostkę organizacyjną w Unii, w rozumieniu RODO.

Po stwierdzeniu, że administrator danych lub podmiot przetwarzający mają jednostkę organizacyjną w UE, należy przeprowadzić analizę *in concreto* w celu określenia, czy dane przetwarzanie odbywa się w związku z działalnością tej jednostki organizacyjnej, aby ustalić czy zastosowanie ma art. 3 ust. 1. Jeżeli administrator danych lub podmiot przetwarzający mający siedzibę poza Unią prowadzi „faktyczną i rzeczywistą działalność, choćby nawet drobną” poprzez „stabilne rozwiązanie organizacyjne”, niezależnie od jego formy (np. jednostka zależna, oddział, biuro...) na terytorium państwa członkowskiego, taki administrator danych lub podmiot przetwarzający posiadają jednostkę organizacyjną w tym państwie członkowskim¹¹. Należy zatem rozważyć, czy przetwarzanie danych osobowych odbywa się „w kontekście działalności” takiej jednostki organizacyjnej, jak podkreślono w motywie 22.

⁸ Punkt 29 wyroku w sprawie Weltimmo.

⁹ Punkt 31 wyroku w sprawie Weltimmo.

¹⁰ TSUE, Verein für Konsumenteninformation przeciwko Amazon EU Sarl, Sprawa C-191/15, 28 lipca 2016 r., punkt 76 (zwana dalej „Verein für Konsumenteninformation”).

¹¹ Zobacz w szczególności pkt 29 wyroku w sprawie Weltimmo, w którym podkreślono elastyczną definicję pojęcia „jednostki organizacyjnej” i wyjaśniono, że „należy ocenić stopień stabilności rozwiązania organizacyjnego, jak również faktyczny charakter prowadzenia działalności w tym drugim państwie członkowskim, z uwzględnieniem szczególnego charakteru rozpatrywanej działalności gospodarczej oraz świadczenia rozpatrywanych usług”.

b) Przetwarzanie danych osobowych „w związku z działalnością” prowadzoną przez jednostkę organizacyjną

Art. 3 ust. 1 potwierdza, że nie jest konieczne, aby przetwarzanie było dokonywane „przez” samą konkretną jednostkę organizacyjną w UE; administrator danych lub podmiot przetwarzający będą podlegać obowiązkowi wynikającym z RODO za każdym razem, gdy przetwarzanie jest dokonywane „w związku z działalnością” prowadzoną przez daną jednostkę organizacyjną w Unii. Europejska Rada Ochrony Danych zaleca, aby ustalenia, czy przetwarzania dokonuje się w związku z jednostką organizacyjną administratora danych lub podmiotu przetwarzającego w Unii, do celów art. 3 ust. 1 dokonywać dla poszczególnych przypadków w oparciu o analizę *in concreto*. Każdy scenariusz należy oceniać indywidualnie uwzględniając szczególne okoliczności sprawy.

Europejska Rada Ochrony Danych jest zdania, że dla celów art. 3 ust. 1 wyrażenie „przetwarzanie w związku z działalnością prowadzoną przez jednostkę organizacyjną administratora danych lub podmiotu przetwarzającego” należy rozumieć w świetle odpowiedniego orzecznictwa. Z jednej strony, biorąc pod uwagę cel polegający na zapewnieniu skutecznej i pełnej ochrony, w odniesieniu do wyrażenia „w kontekście prowadzenia działalności gospodarczej” nie można przyjmować wykładni zawężającej¹². Z drugiej strony w odniesieniu do jednostki organizacyjnej w rozumieniu RODO nie można przyjmować wykładni zbyt szerokiej, pozwalającej na stwierdzenie, że samo istnienie jakiegokolwiek jednostki w UE powiązanej w sposób bardzo swobodny z czynnościami przetwarzania podmiotu spoza UE jest wystarczające, aby takie przetwarzanie zostało objęte zakresem stosowania unijnych przepisów o ochronie danych. Niektóre rodzaje działalności handlowej prowadzonej przez podmiot spoza UE w państwie członkowskim mogą być tak dalekie od przetwarzania danych osobowych przez ten podmiot, że istnienie tej działalności handlowej w UE nie spowodowałoby objęcia przetwarzania danych przez podmiot spoza UE zakresem stosowania unijnych przepisów o ochronie danych¹³.

Aby ustalić, czy administrator danych lub podmiot przetwarzający przetwarzają dane w związku z ich jednostką organizacyjną w UE, należy uwzględnić dwa następujące czynniki

i) Relację między administratorem danych lub podmiotem przetwarzającym spoza Unii a ich miejscową jednostką organizacyjną w Unii

Czynności przetwarzania administratora danych lub podmiotu przetwarzającego z siedzibą poza UE oraz działalność miejscowej jednostki organizacyjnej w państwie członkowskim mogą być nierozzerwalnie powiązane, a zatem mogą powodować, iż zastosowanie ma prawo Unii, nawet jeśli jednostka ta w rzeczywistości nie bierze żadnego udziału w samym przetwarzaniu danych¹⁴. Jeśli z analizy okoliczności w poszczególnych przypadkach wynika, że istnieje nierozzerwalny związek między przetwarzaniem danych dokonywanym przez administratora danych lub podmiot przetwarzający spoza UE a działalnością prowadzoną przez jednostkę organizacyjną w UE, prawo Unii będzie miało zastosowanie do tego przetwarzania danych przez podmiot spoza UE, bez względu na to, czy jednostka organizacyjna w UE odgrywa jakąś rolę w tym przetwarzaniu danych¹⁵.

¹² Wyroki w sprawach Weltimmo, pkt 25 i Google Spain, pkt 53.

¹³ Grupa Robocza Art. 29, aktualizacja opinii WP 179, Aktualizacja opinii 8/2010 w sprawie prawa właściwego w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Google Spain, 16 grudnia 2015 r.

¹⁴ TSUE, Google Spain, sprawa C-131/12.

¹⁵ Grupa Robocza Art. 29, aktualizacja opinii WP 179, Aktualizacja opinii 8/2010 w sprawie prawa właściwego w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Google Spain, 16 grudnia 2015 r.

ii) Generowanie dochodów w Unii

Generowanie dochodów w UE przez miejscową jednostkę organizacyjną – o ile taką działalność można „nierozzerwalnie powiązać” z przetwarzaniem danych osobowych odbywającym się poza UE – wystarcza, aby wskazać, że przetwarzanie danych przez administratora danych lub podmiot przetwarzający spoza UE odbywa się w „w związku z działalnością prowadzoną przez jednostkę organizacyjną w UE” oraz aby do tego przetwarzania zastosowanie miało prawo Unii¹⁶.

Europejska Rada Ochrony Danych zaleca, aby organizacje spoza UE przeprowadziły ocenę swoich czynności przetwarzania, określając, po pierwsze, czy dane osobowe są przetwarzane, a po drugie określając potencjalne powiązania między działalnością, w związku z którą dane są przetwarzane, a działalnością organizacji obecnej w Unii. Jeżeli takie powiązanie zostanie stwierdzone, jego charakter będzie miał kluczowe znaczenie dla określenia, czy RODO ma zastosowanie do danego przetwarzania, i należy go ocenić między innymi w odniesieniu do dwóch elementów wskazanych powyżej.

Przykład 2: Przedsiębiorstwo z siedzibą w Chinach obsługuje stronę internetową dotyczącą handlu elektronicznego. Działalność przedsiębiorstwa w zakresie przetwarzania danych osobowych prowadzona jest wyłącznie w Chinach. Chińskie przedsiębiorstwo utworzyło biuro europejskie w Berlinie w celu poszukiwania możliwości handlowych oraz marketingowych i ich wdrażania na rynkach europejskich.

W tym przypadku można uznać, że działalność biura europejskiego w Berlinie jest nierozzerwalnie powiązana z przetwarzaniem danych osobowych przez chińską stronę internetową dotyczącą handlu elektronicznego w zakresie, w jakim kampania poszukiwawczo-marketingowa na rynkach europejskich służy przede wszystkim zapewnieniu rentowności usług oferowanych przez stronę internetową dotyczącą handlu elektronicznego. Przetwarzanie danych osobowych przez chińskie przedsiębiorstwo w odniesieniu do sprzedaży w UE jest w istocie nierozzerwalnie powiązane z działalnością biura europejskiego w Berlinie odnoszącą się do kampanii poszukiwawczo-marketingowej na rynku europejskim. Przetwarzanie danych osobowych przez chińskie przedsiębiorstwo w związku ze sprzedażą w UE można zatem uznać za dokonywane w związku z działalnością biura europejskiego, jako jednostki organizacyjnej w Unii. Ta działalność przetwarzania prowadzona przez chińskie przedsiębiorstwo będzie zatem podlegać przepisom RODO zgodnie z jego art. 3 ust. 1.

Przykład 3: Sieć hoteli i ośrodków wypoczynkowych w RPA oferuje pakiety poprzez swoją stronę internetową dostępną w języku angielskim, niemieckim, francuskim i hiszpańskim. Przedsiębiorstwo nie posiada żadnego biura, przedstawicielstwa ani stabilnej struktury w UE.

W takim przypadku, wobec braku przedstawicielstwa lub stabilnej struktury tej sieci hoteli i ośrodków wypoczynkowych na terytorium Unii, wydaje się, że żadnego podmiotu powiązanego z tym administratorem danych w RPA nie można uznać za jednostkę organizacyjną w UE w rozumieniu RODO. Takie przetwarzanie danych nie będzie zatem podlegać przepisom RODO zgodnie z jego art. 3 ust. 1.

¹⁶ Taka sytuacja może mieć na przykład miejsce w przypadku dowolnego obcego operatora, który posiada biuro sprzedaży lub w jakiś inny sposób jest obecny w UE, nawet jeśli to biuro nie odgrywa żadnej roli w rzeczywistym przetwarzaniu danych, zwłaszcza w przypadku, gdy przetwarzanie danych odbywa się w kontekście działalności w zakresie sprzedaży w UE i działalność tej jednostki organizacyjnej skierowana jest do mieszkańców państw członkowskich, w których ta jednostka organizacyjna się znajduje (aktualizacja WP 179).

Należy jednak przeprowadzić analizę *in concreto*, aby określić czy przetwarzanie danych przez tego administratora danych spoza UE może podlegać przepisom RODO zgodnie z art. 3 ust. 2.

c) Zastosowanie RODO do jednostki organizacyjnej administratora danych lub podmiotu przetwarzającego w Unii, niezależnie od tego, czy przetwarzanie danych odbywa się w Unii

Zgodnie z art. 3 ust. 1 przetwarzanie danych osobowych w związku z działalnością prowadzoną przez jednostkę organizacyjną administratora danych lub podmiotu przetwarzającego w Unii skutkuje zastosowaniem RODO i powiązanych zobowiązań w odniesieniu do danego administratora lub podmiotu przetwarzającego.

W treści RODO określono, że rozporządzenie ma zastosowanie do przetwarzania w związku z działalnością prowadzoną przez jednostkę organizacyjną w UE „niezależnie od tego, czy przetwarzanie odbywa się w Unii”. To właśnie obecność, w postaci jednostki organizacyjnej, administratora danych lub podmiotu przetwarzającego w UE oraz fakt, że przetwarzanie odbywa się w związku z działalnością takiej jednostki organizacyjnej, skutkuje zastosowaniem RODO do czynności przetwarzania. Miejsce przetwarzania danych nie jest zatem istotne dla ustalenia, czy przetwarzanie, dokonywane w związku z działalnością prowadzoną przez jednostkę organizacyjną w UE, wchodzi w zakres stosowania RODO.

Przykład 4: Francuskie przedsiębiorstwo opracowało aplikację car-sharing skierowaną wyłącznie do klientów w Maroku, Algierii i Tunezji. Usługa jest dostępna jedynie w tych trzech krajach, ale wszystkie czynności przetwarzania danych są prowadzone przez administratora danych we Francji.

Chociaż gromadzenie danych osobowych odbywa się w państwach niebędących członkami UE, dalsze przetwarzanie danych osobowych w tym przypadku odbywa się w związku z działalnością prowadzoną przez jednostkę organizacyjną administratora danych w Unii. W związku z tym, nawet jeśli przetwarzanie dotyczy danych osobowych osób, których dane dotyczą niebędących w UE, przetwarzanie dokonywane przez francuskie przedsiębiorstwo będzie podlegać przepisom RODO, zgodnie z art. 3 ust. 1.

Przykład 5: Firma farmaceutyczna z siedzibą w Sztokholmie zlokalizowała wszystkie swoje czynności przetwarzania danych osobowych w odniesieniu do danych dotyczących badań klinicznych w swoim oddziale w Singapurze.

W takim przypadku przetwarzanie danych odbywa się w Singapurze, jednak odbywa się ono w związku z działalnością firmy farmaceutycznej w Sztokholmie, czyli administratora danych mającego jednostkę organizacyjną w Unii. Przepisy RODO mają zatem zastosowanie do takiego przetwarzania, zgodnie z art. 3 ust. 1.

Przy określaniu terytorialnego zakresu stosowania RODO dla celów art. 3 ust. 1 istotne jest położenie geograficzne miejsca prowadzenia działalności:

- samego administratora danych lub podmiotu przetwarzającego (czy ma swoją siedzibę w Unii, czy poza nią?);
- obecności handlowej administratora danych lub podmiotu przetwarzającego spoza UE (czy posiada on jednostkę organizacyjną w Unii?).

Położenie geograficzne nie ma jednak znaczenia dla celów art. 3 ust. 1 w odniesieniu do miejsca przetwarzania, ani miejsca, w którym znajdują się osoby, których dane dotyczą.

Treść art. 3 ust. 1 nie ogranicza stosowania RODO do przetwarzania danych osobowych osób fizycznych przebywających w Unii. Europejska Rada Ochrony Danych uważa zatem, że przetwarzanie danych osobowych w związku z działalnością prowadzoną przez jednostkę organizacyjną administratora lub podmiotu przetwarzającego w Unii wchodzi w zakres stosowania RODO niezależnie od lokalizacji lub narodowości osoby, której przetwarzane dane dotyczą. Motyw 14 RODO potwierdza tę interpretację i stanowi, że „[o]chrona zapewniana niniejszym rozporządzeniem powinna mieć zastosowanie do osób fizycznych – niezależnie od ich obywatelstwa czy miejsca zamieszkania – w związku z przetwarzaniem ich danych osobowych”.

d) Stosowanie kryterium „jednostki organizacyjnej” do administratora danych i podmiotu przetwarzającego

Jeśli chodzi o czynności przetwarzania wchodzące w zakres stosowania art. 3 ust. 1 EROD uważa, że przepisy te mają zastosowanie do administratorów danych i podmiotów przetwarzających, których czynności przetwarzania są dokonywane w związku z działalnością prowadzoną przez ich jednostkę organizacyjną w UE. Uznając, że wymogi dotyczące ustanowienia stosunku między administratorem danych a podmiotem przetwarzającym¹⁷ nie różnią się w zależności od położenia geograficznego jednostki organizacyjnej administratora danych lub podmiotu przetwarzającego, EROD jest zdania, że jeśli chodzi o identyfikację różnych obowiązków wynikających z zastosowania RODO zgodnie z art. 3 ust. 1, przetwarzanie danych przez każdy podmiot należy rozpatrywać oddzielnie.

W RODO przewidziano różne i szczególne przepisy lub obowiązki mające zastosowanie do administratorów danych i podmiotów przetwarzających, w związku z tym, gdyby administrator danych lub podmiot przetwarzający byli objęci zakresem stosowania RODO zgodnie z art. 3 ust. 1, zastosowanie miałyby do nich odpowiednie i odrębne obowiązki z tym związane. W tym kontekście EROD zauważa, że podmiotu przetwarzającego w UE nie powinno się uznawać za jednostkę organizacyjną administratora danych w rozumieniu art. 3 ust. 1 wyłącznie ze względu na jej status podmiotu przetwarzającego dane w imieniu administratora danych.

Istnienie stosunku pomiędzy administratorem danych a podmiotem przetwarzającym nie musi powodować obowiązku stosowania RODO do obu tych podmiotów, jeżeli jeden z nich nie posiada jednostki organizacyjnej w Unii.

Organizacja przetwarzająca dane osobowe w imieniu i na polecenie innej organizacji (przedsiębiorstwa będącego klientem) będzie działać w charakterze podmiotu przetwarzającego dane na rzecz przedsiębiorstwa będącego klientem (administratora danych). Jeżeli podmiot przetwarzający ma jednostkę organizacyjną w Unii, będzie on zobowiązany do przestrzegania obowiązków nałożonych na podmioty przetwarzające na mocy RODO („obowiązki podmiotu przetwarzającego wynikające z RODO”). Jeżeli administrator danych zlecający przetwarzanie podmiotowi przetwarzającemu również znajduje się w Unii, będzie on zobowiązany do przestrzegania obowiązków nałożonych na administratorów danych na mocy RODO („obowiązki administratora danych wynikające z RODO”). Czynność przetwarzania, która – jeśli jest dokonywana przez administratora danych – wchodzi w zakres stosowania RODO na podstawie art. 3 ust. 1, nie będzie wyłączona z zakresu zastosowania tego

¹⁷ Zgodnie z art. 28 EROD przypomina, że czynności przetwarzania dokonywane przez podmiot przetwarzający w imieniu administratora danych odbywają się na podstawie umowy lub innego instrumentu prawnego podlegającego prawu Unii lub prawu państwa członkowskiego i wiążącego podmiot przetwarzający względem administratora danych, a ten korzysta wyłącznie z usług takich podmiotów przetwarzających, które zapewniają wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków, by przetwarzanie spełniało wymogi RODO i chroniło prawa osób, których dane dotyczą.

rozporządzenia tylko dlatego, że administrator danych zleca wykonanie przetwarzania w jego imieniu podmiotowi przetwarzającemu nieposiadającemu jednostki organizacyjnej w Unii.

i) Przetwarzanie danych przez administratora danych mającego jednostkę organizacyjną w UE, który zleca czynność podmiotowi przetwarzającemu niemającemu jednostki organizacyjnej w Unii

Jeżeli administrator danych podlegający przepisom RODO postanowi korzystać z usług podmiotu przetwarzającego zlokalizowanego poza Unią do celów danej czynności przetwarzania, administrator danych musi zapewnić, na podstawie umowy lub innego instrumentu prawnego, że podmiot przetwarzający przetwarza dane zgodnie z RODO. Zgodnie z art. 28 ust. 3 przetwarzanie przez podmiot przetwarzający odbywa się na podstawie umowy lub innego instrumentu prawnego. W związku z tym administrator danych musi zapewnić zawarcie umowy z podmiotem przetwarzającym zawierającą wszystkie wymogi określone w art. 28 ust. 3. Ponadto prawdopodobne jest, że w celu wywiązania się przez administratora ze swoich obowiązków wynikających z art. 28 ust. 1 – korzystania wyłącznie z usług takich podmiotów przetwarzających, które zapewniają wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków, by przetwarzanie spełniało wymogi RODO i chroniło prawa osób, których dane dotyczą – administrator danych będzie musiał rozważyć nałożenie, w drodze umowy, obowiązków nałożonych przez RODO na podmioty przetwarzające, które mu podlegają. Oznacza to, że administrator danych musiałby dopilnować, aby podmiot przetwarzający, niepodlegający RODO, wypełniał obowiązki określone w umowie lub innym instrumencie prawnym na mocy prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego, o których mowa w art. 28 ust. 3.

Podmiot przetwarzający spoza Unii będzie zatem pośrednio podlegał niektórym obowiązkom nałożonym przez administratorów danych podlegających RODO na podstawie ustaleń umownych na mocy art. 28. Ponadto zastosowanie mogą mieć przepisy rozdziału V RODO.

Przykład 6: Fiński instytut badawczy prowadzi prace badawcze dotyczące Lapończyków. Instytut uruchamia projekt, który dotyczy tylko Lapończyków w Rosji. Do realizacji tego projektu instytut wykorzystuje podmiot przetwarzający dane z siedzibą w Kanadzie.

Fiński administrator danych jest zobowiązany do korzystania wyłącznie z usług takich podmiotów przetwarzających, które zapewniają wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków, by przetwarzanie spełniało wymogi RODO i chroniło prawa osób, których dane dotyczą. Fiński administrator danych musi zawrzeć umowę o przetwarzanie danych z kanadyjskim podmiotem przetwarzającym, a obowiązki podmiotu przetwarzającego zostaną określone w tym instrumencie prawnym.

ii) Przetwarzanie w związku z działalnością prowadzoną przez jednostkę organizacyjną podmiotu przetwarzającego w Unii

Chociaż orzecznictwo pozwala na jasne zrozumienie skutków przetwarzania danych dokonywanego w związku z działalnością prowadzoną przez jednostkę organizacyjną administratora danych w UE, skutki przetwarzania danych w związku z działalnością jednostki organizacyjnej podmiotu przetwarzającego w UE są mniej oczywiste.

Europejska Rada Ochrony Danych podkreśla, że przy ustalaniu, czy każda ze stron ma swoją „jednostkę organizacyjną w Unii”, ważne jest odrębne rozważenie jednostki organizacyjnej administratora danych i podmiotu przetwarzającego.

Pierwsze pytanie dotyczy tego, czy sam administrator danych posiada jednostkę organizacyjną w Unii i przetwarza dane w związku z działalnością prowadzoną przez tę jednostkę organizacyjną. Zakładając,

że administrator danych nie uznaje się za przetwarzającego w związku ze swoją jednostką organizacyjną w Unii, administrator danych nie będzie podlegał obowiązkom administratora danych wynikającym z RODO na podstawie art. 3 ust. 1 (choć może on nadal podlegać przepisom art. 3 ust. 2). O ile nie występują inne czynniki, jednostka organizacyjna podmiotu przetwarzającego w UE nie będzie uważana za jednostkę organizacyjną w odniesieniu do administratora danych.

Pojawia się zatem odrębne pytanie, czy podmiot przetwarzający przetwarza dane w związku z działalnością prowadzoną przez jego jednostkę organizacyjną w Unii. Jeżeli tak, podmiot przetwarzający będzie podlegał obowiązkom podmiotu przetwarzającego wynikającym z RODO na mocy art. 3 ust. 1. Nie powoduje to jednak, że administrator danych spoza UE podlega obowiązkom administratora danych wynikającym z RODO. Oznacza to, że administrator danych „spoza UE” (jak opisano powyżej) nie będzie podlegał przepisom RODO tylko dlatego, że zdecyduje się skorzystać z usług podmiotu przetwarzającego w Unii.

Zlecenie przetwarzania danych podmiotowi przetwarzającemu w Unii nie spowoduje, że administrator danych będzie podlegał przepisom RODO i dokonywać przetwarzania danych „w związku z działalnością prowadzoną przez podmiot przetwarzający w Unii”. Przetwarzanie odbywa się w związku z działalnością administratora danych; podmiot przetwarzający świadczy jedynie usługę przetwarzania¹⁸, która nie jest „nierozzerwalnie powiązana” z działalnością administratora danych. Jak stwierdzono powyżej, w przypadku podmiotu przetwarzającego mającego jednostkę organizacyjną w Unii i przetwarzającego dane w imieniu administratora danych spoza Unii i niepodlegającego przepisom RODO zgodnie z art. 3 ust. 2, EROD uważa że czynności przetwarzania administratora danych nie zostałyby uznane za wchodzące w terytorialny zakres stosowania RODO tylko dlatego, że przetwarzania w imieniu administratora danych dokonuje podmiot przetwarzający mający jednostkę organizacyjną w Unii. Mimo, że administrator danych nie ma jednostki organizacyjnej w Unii i nie podlega przepisom RODO zgodnie z art. 3 ust. 2, podmiot przetwarzający, mający jednostkę organizacyjną w Unii, będzie jednak podlegał odpowiednim przepisom RODO zgodnie z art. 3 ust. 1.

Przykład 7: Meksykańskie przedsiębiorstwo prowadzące działalność w zakresie handlu detalicznego zawiera umowę z podmiotem przetwarzającym mającym jednostkę organizacyjną w Hiszpanii, dotyczącą przetwarzania danych osobowych klientów meksykańskiego przedsiębiorstwa. Meksykańskie przedsiębiorstwo oferuje swoje usługi wyłącznie na rynku meksykańskim i do tego rynku usługi są skierowane, a przetwarzanie dotyczy wyłącznie osób, których dane dotyczą, znajdujących się poza terytorium Unii.

W takim przypadku meksykańskie przedsiębiorstwo nie kieruje swoich towarów ani usług do osób znajdujących się na terytorium Unii, ani nie monitoruje zachowania osoby na terytorium Unii. Przetwarzanie danych przez administratora danych mającego siedzibę poza Unią nie podlega zatem przepisom RODO zgodnie z art. 3 ust. 2.

Przepisów RODO nie stosuje się do administratora danych na podstawie art. 3 ust. 1, ponieważ nie przetwarza on danych osobowych w związku z działalnością prowadzoną przez jednostkę organizacyjną w Unii. Podmiot przetwarzający posiada jednostkę organizacyjną w Hiszpanii, a zatem przetwarzanie przez niego danych wchodzi w zakres stosowania RODO na podstawie art. 3 ust. 1. Podmiot przetwarzający będzie zobowiązany do przestrzegania obowiązków podmiotu przetwarzającego nałożonych na mocy rozporządzenia w odniesieniu do każdej czynności przetwarzania dokonywanej w związku z jego działalnością.

¹⁸ Oferowania usługi przetwarzania w tym kontekście nie można również uznać za oferowanie usługi osobom, których dane dotyczą, w Unii.

Jeżeli podmiot przetwarzający posiadający jednostkę organizacyjną w Unii dokonuje przetwarzania w imieniu administratora danych niemającego jednostki organizacyjnej w Unii do celów czynności przetwarzania i nieobjętego terytorialnym zakresem stosowania RODO zgodnie z art. 3 ust. 2, taki podmiot przetwarzający będzie podlegał następującym stosownym przepisom RODO mającym bezpośrednio zastosowanie do podmiotów przetwarzających dane:

- Obowiązki nałożone na podmioty przetwarzających na mocy art. 28 ust. 2, 3, 4, 5, i 6, dotyczące obowiązku zawarcia umowy powierzenia przetwarzania danych, z wyjątkiem obowiązków dotyczących udzielenia pomocy administratorowi danych w wywiązaniu się z jego obowiązków (administratora danych) wynikających z RODO.
- Podmiot przetwarzający oraz każda osoba działająca z upoważnienia administratora lub podmiotu przetwarzającego i mająca dostęp do danych osobowych przetwarzają je wyłącznie na polecenie administratora, chyba że wymaga tego prawo Unii lub prawo państwa członkowskiego, zgodnie z art. 29 i art. 32 ust. 4.
- W stosownych przypadkach podmiot przetwarzający prowadzi rejestr wszystkich kategorii czynności przetwarzania dokonywanych w imieniu administratora danych, zgodnie z art. 30 ust. 2.
- W stosownych przypadkach podmiot przetwarzający, na żądanie, współpracuje z organem nadzorczym w ramach wykonywania przez niego swoich zadań, zgodnie z art. 31.
- Podmiot przetwarzający wdraża odpowiednie środki techniczne i organizacyjne, aby zapewnić stopień bezpieczeństwa odpowiadający ryzyku, zgodnie z art. 32.
- Podmiot przetwarzający po stwierdzeniu naruszenia ochrony danych osobowych bez zbędnej zwłoki zgłasza je administratorowi danych, zgodnie z art. 33.
- W stosownych przypadkach podmiot przetwarzający wyznacza inspektora ochrony danych, zgodnie z art. 37 i 38.
- Przepisy dotyczące przekazywania danych osobowych do państw trzecich lub organizacji międzynarodowych, zgodnie z rozdziałem V.

Ponadto ponieważ takie przetwarzanie odbywałoby się związku z działalnością prowadzoną przez jednostkę organizacyjną podmiotu przetwarzającego w Unii, EROD przypomina, że podmiot przetwarzający będzie musiał zapewnić zgodność przetwarzania z pozostałymi zobowiązaniami wynikających z prawa Unii lub prawa krajowego. Artykuł 28 ust. 3 stanowi również, że „podmiot przetwarzający niezwłocznie informuje administratora, jeżeli jego zdaniem wydane mu polecenie stanowi naruszenie niniejszego rozporządzenia lub innych przepisów Unii lub państwa członkowskiego o ochronie danych”.

Zgodnie ze stanowiskiem zajęтым wcześniej przez Grupę Roboczą Art. 29, EROD jest zdania, że terytorium Unii nie może być wykorzystywane jako „bezpieczna przystań” dla przechowywania danych, na przykład gdy działanie polegające na przetwarzaniu wiąże się z niedopuszczalnymi z etycznego punktu widzenia treściami¹⁹, oraz że podmiot przetwarzający mający jednostkę organizacyjną w Unii musi przestrzegać pewnych zobowiązań prawnych wykraczających poza zakres stosowania unijnego prawa o ochronie danych, w szczególności przepisów unijnych i krajowych dotyczących porządku publicznego, niezależnie od miejsca, w którym znajduje się administrator danych. W tym kontekście uwzględniono również fakt, że poprzez wdrożenie prawa Unii przepisy wynikające z RODO i powiązane przepisy krajowe podlegają Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej²⁰. Nie wiąże się to jednak z nałożeniem dodatkowych obowiązków na administratorów

¹⁹ Grupa Robocza Art. 29 – Opinia 1/2010 w sprawie pojęć „administrator danych” i „przetwarzający” przyjęta dnia 16 lutego 2010 r. i podlegająca przeglądowi przez EROD.

²⁰ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, 2012/C 326/02.

danych spoza Unii w odniesieniu do przetwarzania, które nie wchodzi w zakres terytorialny stosowania RODO.

2 STOSOWANIE KRYTERIUM „KIEROWANIA” – ART. 3 UST. 2

Brak jednostki organizacyjnej w Unii niekoniecznie oznacza, że czynności przetwarzania dokonywane przez administratora danych lub podmiot przetwarzający z siedzibą w państwie trzecim będą wyłączone z zakresu stosowania RODO, ponieważ w art. 3 ust. 2 określono okoliczności, w których przepisy RODO mają zastosowanie do administratora danych lub podmiotu przetwarzającego niemającego jednostki organizacyjnej w Unii w zależności od ich działalności związanej z przetwarzaniem.

W tym kontekście EROD potwierdza, że w przypadku braku jednostki organizacyjnej w Unii administrator danych lub podmiot przetwarzający nie mogą korzystać z mechanizmu kompleksowej współpracy, o którym mowa w art. 56 RODO. Mechanizm współpracy i spójności przewidziany w RODO ma zastosowanie wyłącznie do administratorów danych i podmiotów przetwarzających, posiadających jednostkę organizacyjną lub jednostki organizacyjne w Unii Europejskiej²¹.

Chociaż celem niniejszych wytycznych jest wyjaśnienie terytorialnego zakresu stosowania RODO, EROD pragnie także podkreślić, że administratorzy danych i podmioty przetwarzające będą również musiały uwzględniać inne mające zastosowanie teksty, takie jak na przykład przepisy sektorowe Unii lub państw członkowskich oraz przepisy krajowe. Niektóre przepisy RODO faktycznie umożliwiają państwom członkowskim wprowadzenie dodatkowych warunków i określenie szczególnych ram ochrony danych na szczeblu krajowym w pewnych obszarach lub w odniesieniu do szczególnych sytuacji w zakresie przetwarzania. Administratorzy danych i podmioty przetwarzające powinny zatem zadbać o to, by być świadomi istnienia takich dodatkowych warunków i ram, które mogą się różnić w poszczególnych państwach członkowskich, oraz aby postępować zgodnie z tymi dodatkowymi warunkami i ramami. Takie różnice w przepisach dotyczących ochrony danych, mające zastosowanie w każdym państwie członkowskim, są szczególnie istotne w odniesieniu do przepisów art. 8 (zgodnie z którym wiek, w którym dzieci mogą udzielić ważnej zgody dotyczącej przetwarzania ich danych w związku z usługami społeczeństwa informacyjnego, może się różnić w od 13 do 16), art. 9 (w odniesieniu do przetwarzania szczególnych kategorii danych), art. 23 (ograniczenia) lub przepisów zawartych w rozdziale IX RODO (wolność wypowiedzi i informacji; publiczny dostęp do dokumentów urzędowych; krajowy numer identyfikacyjny; przetwarzanie w kontekście zatrudnienia; przetwarzanie do celów archiwalnych w interesie publicznym; przetwarzanie do celów badań naukowych lub historycznych lub do celów statystycznych; zachowanie tajemnicy; kościoły i związki wyznaniowe).

Zgodnie z art. 3 ust. 2 RODO „niniejsze rozporządzenie ma zastosowanie do przetwarzania danych osobowych osób, których dane dotyczą, przebywających w Unii przez administratora lub podmiot przetwarzający niemających jednostek organizacyjnych w Unii, jeżeli czynności przetwarzania wiążą się z: *oferowaniem towarów lub usług takim osobom, których dane dotyczą, w Unii – niezależnie od tego, czy wymaga się od tych osób zapłaty; lub b) monitorowaniem ich zachowania, o ile do zachowania tego dochodzi w Unii.*”

Stosowanie „kryterium kierowania” w odniesieniu do osób, których dane dotyczą przebywających w Unii, zgodnie z art. 3 ust. 2, może wynikać z czynności przetwarzania prowadzonych przez

²¹ Grupa Robocza Art. 29, WP244 rev.1, 13 grudnia 2016 r., Wytyczne dotyczące ustalania wiodącego organu nadzorczego właściwego dla administratora lub podmiotu przetwarzającego zatwierdzone przez EROD.

administratora danych lub podmiot przetwarzający niemający jednostki organizacyjnej w Unii, które odnoszą się do dwóch odrębnych i alternatywnych rodzajów czynności, pod warunkiem że te czynności przetwarzania odnoszą się do osób, których dane dotyczą, przebywających w Unii. Kryterium kierowania, oprócz tego, że ma zastosowanie wyłącznie do przetwarzania danych przez administratora danych lub podmiot przetwarzający niemający jednostki organizacyjnej w Unii, w dużej mierze koncentruje się na tym, z czym „czynności przetwarzania” są „związane”, co należy rozpatrywać w poszczególnych przypadkach.

Europejska Rada Ochrony Danych podkreśla, że administrator danych lub podmiot przetwarzający mogą podlegać przepisom RODO w odniesieniu do niektórych rodzajów czynności przetwarzania, przy czym nie muszą podlegać tym przepisom w odniesieniu do innych czynności przetwarzania. Elementem decydującym o terytorialnym stosowaniu RODO zgodnie z art. 3 ust. 2, jest rozpatrzenie przedmiotowych czynności przetwarzania.

Oceniając warunki stosowania kryterium „kierowania” EROD zaleca zatem dwutorowe podejście w celu ustalenia, po pierwsze, że przetwarzanie dotyczy danych osobowych osób, których dane dotyczą, przebywających w Unii, a po drugie, czy przetwarzanie dotyczy oferowania towarów lub usług lub monitorowania zachowania osób, których dane dotyczą, w Unii.

a) Osoby, których dane dotyczą przebywające w Unii

Brzmienie art. 3 ust 2 odnosi się do „danych osobowych osób, których dane dotyczą, przebywających w Unii”. Stosowanie kryterium „kierowania” nie jest zatem ograniczone przez obywatelstwo, miejsce pobytu ani inny rodzaj statusu prawnego osoby, której dane dotyczą, której dane osobowe są przetwarzane. Motyw 14 RODO potwierdza tę interpretację i stanowi, że „[o]chrona zapewniana niniejszym rozporządzeniem powinna mieć zastosowanie do osób fizycznych – niezależnie od ich obywatelstwa czy miejsca zamieszkania – w związku z przetwarzaniem ich danych osobowych”.

Ten przepis RODO stanowi odzwierciedlenie prawa pierwotnego UE, które przewiduje również szeroki zakres ochrony danych osobowych, nie tylko obywateli UE, wynikający z art. 8 Karty praw podstawowych, który stanowi, że prawo do ochrony danych osobowych nie jest ograniczone, ale dotyczy „wszystkich”²².

Jakkolwiek przebywanie osoby, której dane dotyczą, na terytorium Unii jest czynnikiem decydującym dla zastosowania kryterium „kierowania” zgodnie z art. 3 ust. 2, EROD uważa, że obywatelstwo lub status prawny osoby, której dane dotyczą, przebywającej na terytorium Unii, nie może ograniczać terytorialnego zakresu stosowania rozporządzenia.

Wymóg, aby osoba, której dane dotyczą, przebywała w Unii, należy ocenić w momencie, w którym ma miejsce odpowiednie działanie inicjujące, tj. w momencie oferowania towarów lub usług, lub w momencie, w którym monitorowane jest zachowanie, niezależnie od czasu trwania oferty lub monitorowania.

EROD uważa jednak, że w odniesieniu do czynności przetwarzania związanych z ofertą usług, przepis ten dotyczy czynności, które w sposób zamierzony, a nie w sposób niezamierzony lub przypadkowy, są skierowane do osób fizycznych w UE. W związku z tym, jeżeli przetwarzanie dotyczy usługi, która jest oferowana wyłącznie osobom fizycznym spoza UE, ale nie zostanie wycofana, w momencie gdy takie osoby wjeżdżają do UE, odnośne przetwarzanie nie będzie podlegało przepisom RODO. W tym

²² Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, art. 8 ust. 1, „Każdy ma prawo do ochrony danych osobowych, które go dotyczą”.

przypadku przetwarzanie nie jest związane z celowym zwracaniem się do osób fizycznych w UE, ale do osób fizycznych spoza UE, które będzie kontynuowane niezależnie od tego, czy takie osoby przebywają poza UE czy też odwiedzają Unię.

Przykład 8: Australijskie przedsiębiorstwo oferuje usługi mobilnego serwisu informacyjnego i treści wideo oparte na preferencjach i interesach użytkowników. Użytkownicy mogą otrzymywać aktualne treści codziennie lub co tydzień. Usługa jest oferowana wyłącznie użytkownikom znajdującym się w Australii, którzy podczas dokonywania subskrypcji muszą dostarczyć australijski numer telefonu.

Abonent z Australii podróżuje do Niemiec podczas wakacji i nadal korzysta z usługi.

Pomimo iż abonent z Australii będzie korzystał z tej usługi podczas pobytu w UE, usługa ta nie jest skierowana do osób fizycznych w Unii, lecz wyłącznie do osób fizycznych w Australii, a zatem przetwarzanie danych osobowych przez australijskie przedsiębiorstwo nie wchodzi w zakres stosowania RODO.

Przykład 9: Przedsiębiorstwo typu start-up z siedzibą w USA nieobecne i niemające żadnej jednostki organizacyjnej w UE oferuje aplikację mapową dla turystów. Aplikacja przetwarza dane osobowe dotyczące lokalizacji klientów z niej korzystających (osób, których dane dotyczą), po rozpoczęciu korzystania z aplikacji w odwiedzanym mieście, w celu zaoferowania ukierunkowanej reklamy miejsc wartych odwiedzenia, restauracji, barów i hoteli. Aplikacja jest dostępna dla turystów podczas ich wizyty w Nowym Jorku, San Francisco, Toronto, Paryżu i Rzymie.

Amerykańskie przedsiębiorstwo typu start-up, za pomocą swojej aplikacji mapowej, zwraca się w szczególności do osób fizycznych w Unii (mianowicie w Paryżu i Rzymie) poprzez oferowanie im swoich usług, gdy przebywają one w Unii. Przetwarzanie danych osobowych osób, których dane dotyczą, przebywających w Unii w związku z oferowaniem usługi wchodzi w zakres stosowania RODO zgodnie z art. 3 ust. 2 lit. a). Ponadto poprzez przetwarzanie danych dotyczących lokalizacji osoby, której dane dotyczą, w celu oferowania ukierunkowanej reklamy na podstawie ich lokalizacji, czynności przetwarzania dotyczą również monitorowania zachowania osób fizycznych w Unii. Przetwarzanie przez amerykańskie przedsiębiorstwo typu start-up wchodzi zatem w zakres stosowania RODO zgodnie z art. 3 ust. 2 lit. b).

Europejska Rada Ochrony Danych pragnie również podkreślić, że samo przetwarzanie danych osobowych osoby fizycznej w Unii nie jest wystarczające, aby spowodować zastosowanie RODO do czynności przetwarzania administratora danych lub podmiotu przetwarzającego niemających jednostki organizacyjnej w Unii. Element „kierowania” do osób w UE, poprzez oferowanie towarów lub usług lub monitorowanie ich zachowania (jak wyjaśniono poniżej), musi być zawsze obecny.

Przykład 10: Obywatel Stanów Zjednoczonych podróżuje po Europie w czasie swoich wakacji. Podczas pobytu w Europie pobiera i korzysta z aplikacji informacyjnej oferowanej przez amerykańskie przedsiębiorstwo. Aplikacja jest skierowana wyłącznie na rynek Stanów Zjednoczonych, co wyraźnie wynika z warunków korzystania z aplikacji i informacji na temat wskazania dolara amerykańskiego jako jedynej dostępnej waluty płatności. Gromadzenie danych osobowych amerykańskiego turysty za pośrednictwem aplikacji przez amerykańskie przedsiębiorstwo nie jest objęte RODO.

Ponadto należy zauważyć, że przetwarzanie danych osobowych obywateli lub rezydentów UE, które odbywa się w państwie trzecim nie powoduje zastosowania RODO, o ile przetwarzanie nie jest

związane z konkretną ofertą skierowaną do osób fizycznych w UE lub monitorowaniem ich zachowania w Unii.

Przykład 11: Bank w Tajwanie ma klientów mieszkających w Tajwanie, ale posiadających obywatelstwo niemieckie. Bank prowadzi działalność wyłącznie w Tajwanie; jego działalność nie jest skierowana na rynek UE. Przekazywanie danych osobowych niemieckich klientów przez bank nie podlega przepisom RODO.

Przykład 12: Kanadyjski organ imigracyjny przetwarza dane osobowe obywateli UE wjeżdżających na terytorium Kanady w celu rozpatrzenia ich wniosku wizowego. Przetwarzanie to nie podlega RODO.

b) Oferowanie towarów lub usług osobom, których dane dotyczą, niezależnie od tego, czy wymaga się od tych osób zapłaty

Pierwszym działaniem powodującym zastosowanie art. 3 ust. 2 jest „oferowanie towarów lub usług”, którą to koncepcję uwzględniono w szerszym zakresie w prawie Unii i orzecznictwie, które należy wziąć pod uwagę przy stosowaniu kryterium „kierowania”. Oferowanie usług obejmuje również oferowanie usług społeczeństwa informacyjnego określonych w art. 1 ust. 1 lit. b) dyrektywy (UE) 2015/1535²³ jako „każdą usługę społeczeństwa informacyjnego, to znaczy każdą usługę normalnie świadczoną za wynagrodzeniem, na odległość, drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usług.”

Zgodnie z art. 3 ust. 2 kryterium „kierowania” dotyczące oferowania towarów lub usług ma zastosowanie niezależnie od tego, czy od osoby, której dane dotyczą, wymaga się zapłaty. To, czy działalność administratora danych lub podmiotu przetwarzającego niemającego jednostki organizacyjnej w Unii należy uznać za ofertę towaru lub usługi, nie zależy zatem od tego, czy w zamian za dostarczone towary lub usługi dokonuje się zapłaty²⁴.

Przykład 13: Przedsiębiorstwo z USA niemające jednostki organizacyjnej w UE przetwarza dane osobowe swoich pracowników, którzy przebywali w tymczasowej podróży służbowej we Francji, w Belgii i Holandii dla celów związanych z zasobami kadrowymi, zwłaszcza w celu dokonania zwrotu kosztów zakwaterowania i wypłaty dziennej diety, które różnią się w zależności od państwa, w którym przebywają.

W tej sytuacji, o ile czynności przetwarzania są ściśle związane z osobami na terytorium Unii (tj. pracownikami tymczasowo przebywającymi we Francji, w Belgii i Holandii) nie dotyczą one oferty usługi skierowanej do tych osób, a raczej stanowią część przetwarzania niezbędnego do wypełnienia przez pracodawcę zobowiązań umownych i obowiązków kadrowych związanych z zatrudnieniem danej osoby. Czynność przetwarzania nie ma związku z oferowaniem usługi, nie podlega zatem przepisom RODO zgodnie z art. 3 ust. 2 lit. a).

Innym kluczowym elementem, który należy ocenić przy ustalaniu, czy spełnione jest kryterium „kierowania” zgodnie z art. 3 ust. 2 lit. a), jest to, czy oferta towarów lub usług jest skierowana do osoby w Unii, innymi słowy, czy zachowanie administratora danych, który określa sposoby i cele przetwarzania, wskazuje na zamiar oferowania towarów lub usług osobie, której dane dotyczą, zlokalizowanej w Unii. W motywie 23 RODO wyjaśniono, że „aby stwierdzić, czy administrator lub

²³ Dyrektywa (UE) 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego.

²⁴ Zobacz w szczególności, TSUE, C-352/85, Bond van Adverteerders i inni przeciwko Państwu Holenderskiemu, wyrok z dnia 26 kwietnia 1988 r., punkt 16 oraz TSUE, C-109/92, Wirth [1993] Racc. I-6447, punkt 15.

podmiot przetwarzający oferują towary lub usługi znajdującym się w Unii osobom, których dane dotyczą, należy ustalić, czy jest oczywiste, że administrator lub podmiot przetwarzający planują oferować usługi osobom, których dane dotyczą, w co najmniej jednym państwie członkowskim Unii”.

W motywie wyjaśniono ponadto, że „o ile do ustalenia takiego zamiaru nie wystarczy sama dostępność w Unii strony internetowej administratora, podmiotu przetwarzającego, pośrednika, adresu poczty elektronicznej lub innych danych kontaktowych ani posługiwanie się językiem powszechnie stosowanym w państwie trzecim, w którym jednostkę organizacyjną ma administrator, o tyle potwierdzeniem oczywistości faktu, że administrator planuje oferować w Unii towary lub usługi osobom, których dane dotyczą, mogą być czynniki takie, jak posługiwanie się językiem lub walutą powszechnie stosowanymi w co najmniej jednym państwie członkowskim oraz możliwość zamówienia towarów i usług w tym języku lub wzmianka o klientach lub użytkownikach znajdujących się w Unii”.

Elementy wymienione w motywie 23 są zgodne z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na podstawie rozporządzenia Rady (WE) 44/2001²⁵ w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, w szczególności jego art. 15 ust. 1 lit. c). W sprawach połączonych Peter Pammer przeciwko Reederei Karl Schlüter GmbH & Co iHotel Alpenhof GesmbH przeciwko Oliverowi Hellerowi (sprawy połączone C-585/08 i C-144/09), zwrócono się do Trybunału o wyjaśnienie, co oznacza „kierowanie działalnością” w rozumieniu art. 15 ust. 1 lit. c) rozporządzenia 44/2001 (Bruksela I). Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzekł, że w celu ustalenia, czy przedsiębiorca kieruje działalność do państwa członkowskiego, na terytorium którego konsument ma miejsce zamieszkania w rozumieniu art. 15 ust. 1 lit. c) rozporządzenia Bruksela I, przedsiębiorca musi wyrazić swoją wolę ustanowienia relacji gospodarczych z konsumentem. W tym kontekście TSUE uznał dowody mogące wykazać, że przedsiębiorca zamierza prowadzić interesy z konsumentami mającymi miejsce zamieszkania w państwie członkowskim.

O ile pojęcie „kierowania działalnością” różni się od pojęcia „oferowania towarów lub usług” EROD uważa, że orzecznictwo w sprawach połączonych Peter Pammer przeciwko Reederei Karl Schlüter GmbH & Co iHotel Alpenhof GesmbH przeciwko Oliverowi Hellerowi (sprawy połączone C-585/08 i C-144/09)²⁶ może być pomocne przy rozważaniu, czy towary lub usługi są oferowane osobom, których dane dotyczą, znajdującym się w Unii. Biorąc pod uwagę szczególne okoliczności sprawy, należy uwzględnić między innymi następujące czynniki lub ich połączenie:

- Unia Europejska lub co najmniej jedno państwo członkowskie są wskazane z nazwy w odniesieniu do oferowanych towarów lub usług;
- Administrator danych lub podmiot przetwarzający płacą operatorowi wyszukiwarki internetowej za usługę odsyłania w internecie w celu ułatwienia konsumentom dostępu do swojej strony w Unii; albo administrator lub podmiot przetwarzający rozpoczęli kampanie marketingowe i reklamowe skierowane do odbiorców w UE.
- Międzynarodowy charakter działalności, np. niektóre rodzaje działalności turystycznej;
- Podanie adresów lub numerów telefonicznych dostępnych z państwa UE.

²⁵ Rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych.

²⁶ Jest to tym bardziej istotne, że zgodnie z art. 6 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I), w przypadku braku wyboru prawa, kryterium „kierowania działalnością” do państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu, uwzględnia się w celu wskazania prawa miejsca zwykłego pobytu konsumenta jako prawa właściwego dla umowy.

- Używanie domeny najwyższego poziomu innej niż domena państwa trzeciego, w którym administrator danych lub podmiot przetwarzający mają siedzibę, np. „.de”, czy używanie neutralnych domen pierwszego poziomu takich jak „.eu”;
- Opis tras z jednego lub kilku państw członkowskich UE do miejsca świadczenia usługi;
- Wzmianka o międzynarodowej klienteli złożonej z klientów zamieszkałych w różnych państwach członkowskich UE, w szczególności poprzez przedstawienie ich opinii;
- Używanie innego języka lub innej waluty niż używane zwyczajowo w państwie trzecim przedsiębiorcy, w szczególności języka lub waluty jednego lub kilku państw członkowskich UE;
- Administrator danych oferuje dostawę towarów w państwach członkowskich UE.

Jak już wspomniano, niektóre z wyżej wymienionych elementów analizowane pojedynczo mogą nie stanowić wyraźnej wskazówki, co do zamiaru administratora danych oferowania towarów lub usług osobom, których dane dotyczą, przebywającym w Unii, powinno się je jednak uwzględnić w analizie *in concreto* w celu ustalenia, czy połączenie czynników związanych z działalnością handlową administratora danych można łącznie uznać za oferowanie towarów lub usług skierowane do osób, których dane dotyczą, przebywających w Unii.

Należy jednak przypomnieć, że w motywie 23 potwierdzono, że do ustalenia czy administrator danych lub podmiot przetwarzający mają zamiar oferować towary lub usługi osobom, których dane dotyczą przebywającym w Unii, nie wystarczy sama dostępność w Unii strony internetowej administratora danych, podmiotu przetwarzającego, pośrednika, adresu poczty elektronicznej lub adresu geograficznego, bądź numeru telefonu z międzynarodowym numerem kierunkowym. W tym kontekście EROD przypomina, że jeżeli towary lub usługi dostarcza się osobie na terytorium Unii przypadkowo lub incydentalnie, związane z tym przetwarzanie danych osobowych nie wchodzi w terytorialny zakres stosowania RODO.

Przykład 14: Strona internetowa, zlokalizowana i zarządzana w Turcji, oferuje usługi tworzenia, edycji, drukowania i wysyłki spersonalizowanych albumów ze zdjęciami rodzinnymi. Strona internetowa jest dostępna w języku angielskim, francuskim, niderlandzkim i niemieckim, a płatności można dokonywać w euro. Na stronie wskazano, że albumy fotograficzne dostarcza się wyłącznie pocztą we Francji, krajach Beneluksu i w Niemczech.

W tym przypadku jasne jest, że tworzenie, edytowanie i drukowanie spersonalizowanych albumów ze zdjęciami rodzinnymi stanowi usługę w rozumieniu prawa Unii. Fakt, że strona internetowa jest dostępna w czterech językach UE oraz że albumy fotograficzne dostarcza się pocztą w sześciu państwach członkowskich UE, świadczy o tym, że w ramach tureckiej strony internetowej planuje się oferowanie usług osobom fizycznym w Unii.

W związku z tym oczywiste jest, że przetwarzanie dokonywane przez turecką stronę internetową jako administratora danych odnosi się do oferowania usługi osobom, których dane dotyczą, przebywającym w Unii i w związku z tym podlega obowiązkowi i przepisom RODO, zgodnie z art. 3 ust. 2 lit. a) RODO.

Zgodnie z art. 27 administrator danych będzie musiał wyznaczyć przedstawiciela w Unii.

Przykład 15: Prywatne przedsiębiorstwo z siedzibą w Monako przetwarza dane osobowe swoich pracowników do celów wypłaty wynagrodzenia. Pracownicy przedsiębiorstwa to w dużej mierze mieszkańcy Francji i Włoch.

W tym przypadku, jakkolwiek przetwarzanie dokonywane przez przedsiębiorstwo odnosi się do osób, których dane dotyczą, we Francji i we Włoszech, nie odbywa się ono w kontekście oferowania towarów lub usług. W istocie zarządzanie zasobami kadrowymi, w tym wypłata wynagrodzenia przez

przedsiębiorstwo z państwa trzeciego, nie może być uznane za oferowanie usługi w rozumieniu art. 3 ust. 2 lit. a); przedmiotowe przetwarzanie nie odnosi się do oferowania towarów lub usług osobom, których dane dotyczą, przebywającym w Unii (ani do monitorowania zachowania), a co za tym idzie, nie podlega przepisom RODO zgodnie z art. 3.

Ocena ta pozostaje bez uszczerbku dla prawa właściwego danego państwa trzeciego.

Przykład 16: Szwajcarski uniwersytet w Zurychu rozpoczyna rekrutację na studia magisterskie udostępniając platformę internetową, na którą kandydaci mogą przesłać swoje CV i list motywacyjny wraz z ich danymi kontaktowymi. Rekrutacja jest otwarta dla każdego studenta ze znajomością języka niemieckiego i angielskiego na wystarczającym poziomie oraz posiadającego dyplom licencjata. Uniwersytet nie reklamuje się szczególnie wśród studentów na uniwersytetach europejskich i przyjmuje płatności wyłącznie w walucie krajowej.

Ponieważ w procedurze aplikowania i wyboru studentów na te studia magisterskie nie przewidziano rozróżnienia ani specyfikacji dla studentów z Unii, nie można stwierdzić, że uniwersytet szwajcarski ma zamiar dotrzeć do studentów z określonych państw członkowskich UE. Wystarczająca znajomość języka niemieckiego i angielskiego jest ogólnym wymogiem mającym zastosowanie do każdego kandydata, niezależnie od tego, czy jest on rezydentem Szwajcarii, osobą z Unii, czy też studentem z państwa trzeciego. Bez uwzględnienia innych czynników wskazujących na ukierunkowanie się na studentów w państwach członkowskich UE, nie można stwierdzić, że przedmiotowe przetwarzanie odnosi się do oferowania usług edukacyjnych osobom, których dane dotyczą, przebywającym w Unii, w związku z czym takie przetwarzanie nie będzie podlegało przepisom RODO.

Szwajcarski uniwersytet oferuje również kursy letnie w ramach stosunków międzynarodowych i kieruje swoją ofertę w szczególności do uniwersytetów niemieckich i austriackich, aby maksymalnie zwiększyć frekwencję. W takim przypadku szwajcarski uniwersytet wyraźnie oferuje takie usługi osobom, których dane dotyczą, znajdującym się w Unii, a RODO będzie miało zastosowanie do powiązanych czynności przetwarzania.

c) Monitorowanie zachowania osób, których dane dotyczą

Drugim rodzajem działalności powodującym zastosowanie art. 3 ust. 2 jest monitorowanie zachowania osób, których dane dotyczą, o ile zachowanie to ma miejsce w Unii.

Zgodnie z motywem 24 „[p]rzetwarzanie danych osobowych znajdujących się w Unii osób, których dane dotyczą, przez administratora lub podmiot przetwarzający, którzy nie mają jednostki organizacyjnej w Unii, powinno podlegać niniejszemu rozporządzeniu także w przypadkach, gdy wiąże się z monitorowaniem zachowania takich osób, których dane dotyczą, o ile zachowanie to ma miejsce w Unii”.

Aby zastosowanie miały przepisy RODO na podstawie art. 3 ust. 2 lit. b) monitorowane zachowanie musi odnosić się w pierwszej kolejności do osoby, której dane dotyczą, w Unii oraz – jako łączne kryterium – monitorowane zachowanie musi mieć miejsce na terytorium Unii.

Charakter czynności przetwarzania, którą można uznać za monitorowanie zachowania określono w motywie 24, zgodnie z którym „[a]by stwierdzić, czy czynność przetwarzania można uznać za »monitorowanie zachowania« osób, których dane dotyczą, należy ustalić, czy osoby fizyczne są obserwowane w internecie, w tym także czy później potencjalnie stosowane są techniki przetwarzania danych polegające na profilowaniu osoby fizycznej, w szczególności w celu podjęcia decyzji jej dotyczącej lub przeanalizowania lub prognozowania jej osobistych preferencji, zachowań i postaw”.

Chociaż motyw 24 odnosi się wyłącznie do monitorowania zachowania poprzez obserwowanie osoby w internecie, EROD uważa, że przy ustalaniu, czy przetwarzanie jest równoznaczne z monitorowaniem zachowania powinno się brać pod uwagę również obserwowanie za pośrednictwem innych rodzajów sieci lub technologii wiążących się z przetwarzaniem danych osobowych, na przykład za pośrednictwem urządzeń do noszenia na ciele i innych urządzeń inteligentnych.

W przeciwieństwie do przepisu art. 3 ust. 2 lit. a), ani w art. 3 ust. 2 lit. b), ani w motywie 24 nie wprowadzono wyraźnie niezbędnego zakresu „zamiaru kierowania” ze strony administratora danych lub podmiotu przetwarzającego w celu ustalenia, czy działalność monitorowania spowoduje obowiązek stosowania przepisów RODO do czynności przetwarzania. Użycie słowa „monitorowanie” oznacza jednak, że administrator danych ma na uwadze szczególny cel gromadzenia i późniejszego ponownego wykorzystania odpowiednich danych na temat zachowania danej osoby fizycznej w UE. Europejska Rada Ochrony Danych nie uważa, by każde gromadzenie online danych osobowych osób fizycznych w UE lub ich analiza były automatycznie uznawane za „monitorowanie”. Należy wziąć pod uwagę cel przetwarzania danych przez administratora danych, a zwłaszcza każdą późniejszą analizę behawioralną lub techniki profilowania dotyczące tych danych. EROD bierze pod uwagę brzmienie motywu 24, który wskazuje, że w celu ustalenia, czy przetwarzanie obejmuje monitorowanie zachowania osoby, której dane dotyczą, kluczową kwestią jest obserwowanie osób fizycznych w internecie, w tym potencjalne późniejsze stosowanie technik profilowania.

W sytuacji, gdy administrator danych lub podmiot przetwarzający monitorują zachowanie osób, których dane dotyczą, przebywających w Unii, art. 3 ust. 2 lit. b) może mieć zatem zastosowanie do szerokiego zakresu działań monitorowania, w tym w szczególności do:

- Reklamy behawioralnej
- Działań w zakresie geolokalizacji, zwłaszcza w celach marketingowych
- Obserwowania przez internet za pomocą plików cookie lub innych technik śledzenia takich jak pobieranie odcisków palców
- Zindywidualizowanych usług online w zakresie diety i analizy zdrowia
- CCTV
- Badania rynku i innych badań behawioralnych w oparciu o poszczególne profile
- Monitorowania lub regularnego składania sprawozdań na temat stanu zdrowia danej osoby fizycznej

Przykład 17: Przedsiębiorstwo konsultingowe w branży detalicznej z siedzibą w USA świadczy usługi doradcze na temat rozplanowania sklepów detalicznych w centrum handlowym we Francji, w oparciu o analizę danych dotyczących przemieszczania się klientów na terenie całego ośrodka gromadzonych za pomocą monitorowania lokalizacji za pośrednictwem sieci Wi-Fi.

Analiza przemieszczania się klientów w centrum poprzez monitorowanie lokalizacji za pośrednictwem sieci Wi-Fi będzie miała charakter monitorowania zachowań osób fizycznych. W tym przypadku zachowanie osób, których dane dotyczą, ma miejsce w Unii, ponieważ centrum handlowe jest zlokalizowane we Francji. Przedsiębiorstwo konsultingowe jako administrator danych jest zatem objęte zakresem stosowania RODO w odniesieniu do przetwarzania takich danych w tym celu zgodnie z jego art. 3 ust. 2 lit. b).

Zgodnie z art. 27 administrator danych będzie musiał wyznaczyć przedstawiciela w Unii.

Przykład 18: Twórca aplikacji mający siedzibę w Kanadzie i niemający jednostki organizacyjnej w Unii monitoruje zachowanie osoby, której dane dotyczą, przebywającej w Unii, podlega zatem przepisom

RODO zgodnie z art. 3 ust. 2 lit. b). Twórca korzysta z usług podmiotu przetwarzającego znajdującego się w Stanach Zjednoczonych do celów optymalizacji i utrzymania aplikacji.

W tym przypadku kanadyjski administrator danych ma obowiązek korzystania z usług wyłącznie odpowiednich podmiotów przetwarzających oraz zapewnienia wprowadzania odpowiednich zobowiązań wynikających z RODO do umowy lub instrumentu prawnego, zawartych z podmiotem przetwarzającym znajdującym się w Stanach Zjednoczonych, zgodnie z art. 28.

d) Podmiot przetwarzający niemający jednostki organizacyjnej w Unii

Czynności przetwarzania „związane” z ukierunkowaną działalnością, która powoduje stosowanie art. 3 ust. 2, wchodzą w terytorialny zakres stosowania RODO. Europejska Rada Ochrony Danych uważa, że musi istnieć związek między czynnością przetwarzania a oferowaniem towarów lub usług, ale znaczenie ma zarówno przetwarzanie przez administratora danych jak i przez podmiot przetwarzający i należy je uwzględnić.

Jeżeli podmiot przetwarzający nie ma jednostki organizacyjnej w Unii, w celu ustalenia, czy przetwarzanie przez niego danych może podlegać RODO zgodnie z art. 3 ust. 2, należy zastanowić się, czy przetwarzanie danych przez podmiot przetwarzający „jest związane” z ukierunkowaną działalnością administratora danych.

Europejska Rada Ochrony Danych uważa, że w przypadku, gdy czynności przetwarzania przez administratora danych są związane z oferowaniem towarów lub usług albo monitorowaniem zachowania osób fizycznych w Unii („kierowanie”), każdy podmiot przetwarzający zobowiązany do dokonywania takiej czynności przetwarzania w imieniu administratora danych wchodzi w zakres stosowania RODO na mocy art. 3 ust. 2 w odniesieniu do tego przetwarzania.

„Ukierunkowany” charakter czynności przetwarzania jest powiązany z jej celami i środkami; decyzję o tym, aby skierować działalność do osób fizycznych w Unii może podjąć jedynie podmiot działający jako administrator danych. Taka interpretacja nie wyklucza, że podmiot przetwarzający może aktywnie uczestniczyć w czynnościach przetwarzania związanych z realizacją kryterium „kierowania” (tj. podmiot przetwarzający oferuje towary lub usługi lub prowadzi działania monitorujące w imieniu administratora danych i na jego polecenie).

W związku z tym EROD uważa, że należy skupić się na związku między czynnościami przetwarzania dokonywanymi przez podmiot przetwarzający a ukierunkowaną działalnością prowadzoną przez administratora danych.

Przykład 19: Brazylijskie przedsiębiorstwo sprzedaje w internecie składniki żywności i lokalne przepisy, udostępniając je osobom w Unii, reklamując te produkty i oferując dostawę we Francji, Hiszpanii i Portugalii. W tym kontekście przedsiębiorstwo zleca podmiotowi przetwarzającemu, również z siedzibą w Brazylii, opracowanie specjalnych ofert dla klientów we Francji, Hiszpanii i Portugalii na podstawie ich wcześniejszych zamówień oraz związane z tym przetwarzanie danych.

Czynności przetwarzania dokonywane przez podmiot przetwarzający na polecenie administratora danych są związane z oferowaniem towarów osobie, których dane dotyczą, przebywającej w Unii. Ponadto, rozwijając te zindywidualizowane oferty, podmiot przetwarzający bezpośrednio monitoruje osoby, których dane dotyczą, przebywające w UE. Przetwarzanie danych przez podmiot przetwarzający jest zatem objęte przepisami RODO, zgodnie z art. 3 ust. 2.

Przykład 20: Amerykańskie przedsiębiorstwo opracowało aplikację dotyczącą zdrowia i stylu życia, dzięki której użytkownicy mogą rejestrować w amerykańskim przedsiębiorstwie swoje osobiste wskaźniki (czas snu, wagę, ciśnienie tętnicze, tętno itd.). Następnie aplikacja udziela użytkownikom codziennych porad na temat żywności i podaje zalecenia sportowe. Przetwarzania danych dokonuje amerykański administrator danych. Aplikacja jest dostępna dla osób fizycznych w Unii i jest przez nie wykorzystywana. Do celów przechowywania danych amerykańskie przedsiębiorstwo korzysta z usług podmiotu przetwarzającego z siedzibą w Stanach Zjednoczonych (dostawca usług w chmurze). W zakresie, w jakim amerykańskie przedsiębiorstwo monitoruje zachowanie osób fizycznych w UE w trakcie obsługi aplikacji dotyczącej zdrowia i stylu życia, „kieruje” ono swoją działalność do osób w UE, a przetwarzanie danych osobowych osób fizycznych w UE będzie objęte zakresem stosowania RODO na mocy art. 3 ust. 2.

W trakcie przetwarzania na polecenie i w imieniu amerykańskiego przedsiębiorstwa, amerykański dostawca usług w chmurze/podmiot przetwarzający prowadzi przetwarzanie „związane z” działalnością kierowaną przez administratora danych do osób fizycznych w UE. Takie przetwarzanie danych przez podmiot przetwarzający w imieniu administratora danych wchodzi w zakres stosowania RODO na mocy art. 3 ust. 2.

Przykład 21: Tureckie przedsiębiorstwo oferuje kulturalne wycieczki turystyczne na Bliskim Wschodzie z udziałem przewodników mówiących z języku angielskim, francuskim i hiszpańskim. Reklama i oferta wycieczek dostępne są przede wszystkim na stronie internetowej prowadzonej w trzech językach, umożliwiającej rezerwację online i płatność w euro i funtach szterlingach. W celach marketingowych i poszukiwania możliwości handlowych przedsiębiorstwo zleca podmiotowi przetwarzającemu, centrum telefonicznemu z siedzibą w Tunezji, kontaktowanie się z byłymi klientami w Irlandii, Francji, Belgii i Hiszpanii w celu uzyskania informacji zwrotnych na temat ich wcześniejszych podróży oraz poinformowania ich o nowych ofertach i miejscach. Administrator danych „ukierunkowuje” swoją działalność poprzez oferowanie swoich usług osobom fizycznym w UE, a przetwarzanie przez niego będzie objęte zakresem stosowania art. 3 ust. 2.

Czynności przetwarzania tunezyjskiego podmiotu przetwarzającego, który promuje usługi administratorów danych wśród osób fizycznych w UE są również związane z oferowaniem usług przez administratora danych i w związku z tym wchodzi w zakres stosowania art. 3 ust. 2. Ponadto w tym konkretnym przypadku tunezyjski podmiot przetwarzający aktywnie uczestniczy w czynnościach przetwarzania związanych ze spełnianiem kryterium „kierowania”, oferując usługi w imieniu i na zlecenie tureckiego administratora danych.

e) Współdziałanie z innymi przepisami RODO i pozostałymi przepisami

Europejska Rada Ochrony Danych dokona również dalszej oceny zależności między stosowaniem terytorialnego zakresu stosowania RODO zgodnie z art. 3 a przepisami dotyczącymi międzynarodowego przekazywania danych zgodnie z rozdziałem V. W razie konieczności może wydać dodatkowe wytyczne w tym zakresie.

Administratorzy danych lub podmioty przetwarzające niemający jednostki organizacyjnej w UE będą zobowiązani do przestrzegania przepisów krajowych obowiązujących w swoich państwach trzecich w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych. Jeżeli jednak przetwarzanie dotyczy działalności skierowanej do osób fizycznych w Unii zgodnie z art. 3 ust. 2, administrator danych, oprócz stosowania przepisów krajowych swojego państwa, będzie zobowiązany do przestrzegania RODO. Przepisy RODO

będą miały zastosowanie niezależnie od tego, czy przetwarzanie danych odbywa się zgodnie z obowiązkiem prawnym w takim państwie trzecim, czy po prostu z wyboru administratora danych.

3 PRZETWARZANIE W MIEJSCU, W KTÓRYM NA MOCY PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO PUBLICZNEGO MA ZASTOSOWANIE PRAWO PAŃSTWA CZŁONKOWSKIEGO

Artykuł 3 ust. 3 stanowi, że „[n]iniejsze rozporządzenie ma zastosowanie do przetwarzania danych osobowych przez administratora niemającego jednostki organizacyjnej w Unii, ale posiadającego jednostkę organizacyjną w miejscu, w którym na mocy prawa międzynarodowego publicznego ma zastosowanie prawo państwa członkowskiego”. Motyw 25 rozszerza ten przepis i stanowi, że „[n]iniejsze rozporządzenie powinno mieć zastosowanie do administratora niemającego jednostki organizacyjnej w Unii także w przypadkach, gdy na mocy prawa międzynarodowego publicznego stosuje się prawo państwa członkowskiego, na przykład na terenie misji dyplomatycznej lub placówki konsularnej państwa członkowskiego”.

Europejska Rada Ochrony Danych uważa zatem, że RODO ma zastosowanie do przetwarzania danych osobowych przez ambasady i konsulaty państw członkowskich UE znajdujące się poza terytorium UE, ponieważ takie przetwarzanie wchodzi w zakres stosowania RODO na podstawie art. 3 ust. 3. Placówka dyplomatyczna lub konsularna danego państwa członkowskiego, jako administrator danych lub podmiot przetwarzający, podlegałyby wówczas wszystkim stosownym przepisom RODO, w tym przepisom dotyczącym praw osoby, której dane dotyczą, ogólnym obowiązkom dotyczącym administratora danych i podmiotu przetwarzającego oraz przekazywania danych osobowych do państw trzecich lub organizacji międzynarodowych.

Przykład 22: Niderlandzki konsulat w Kingston, Jamajka, otwiera internetowy proces rekrutacji miejscowego personelu w celu wsparcia swojej administracji.

O ile konsulat niderlandzki w Kingston na Jamajce, nie ma jednostki organizacyjnej w Unii, o tyle fakt, że jest to placówka konsularna kraju UE, w którym zastosowanie ma prawo państwa członkowskiego na mocy prawa międzynarodowego publicznego, sprawia, że zgodnie z art. 3 ust. 3, do przetwarzania danych osobowych zastosowanie mają przepisy RODO.

Przykład 23: Niemiecki statek wycieczkowy poruszający się po wodach międzynarodowych przetwarza dane gości na pokładzie w celu dostosowania oferty rozrywkowej rejsów wycieczkowych.

Chociaż statek znajduje się poza terytorium Unii, na wodach międzynarodowych, fakt, że jest to zarejestrowany w Niemczech statek wycieczkowy oznacza, że na mocy prawa międzynarodowego publicznego, zgodnie z art. 3 ust. 3, zastosowanie do przetwarzania danych osobowych mają przepisy RODO.

Chociaż nie jest to związane ze stosowaniem art. 3 ust. 3, innym przypadkiem jest sytuacja, w której na mocy prawa międzynarodowego niektóre podmioty, organy lub organizacje mające jednostkę organizacyjną w Unii korzystają z przywilejów i immunitetów, takich jak te określone w Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych z 1961 r.²⁷, Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych z 1963 r. lub umowach w sprawie siedziby zawartych między organizacjami międzynarodowymi a ich państwami przyjmującymi w Unii. W tym względzie EROD przypomina, że

²⁷ http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf

stosowanie RODO pozostaje bez uszczerbku dla przepisów prawa międzynarodowego, takich jak przepisy regulujące przywileje i immunitety misji dyplomatycznych i urzędów konsularnych, a także organizacji międzynarodowych niebędących placówkami i organizacjami UE. Jednocześnie należy przypomnieć, że każdy administrator danych lub podmiot przetwarzający, który podlega przepisom RODO w odniesieniu do danej czynności przetwarzania oraz wymienia dane osobowe z takimi podmiotami, organami i organizacjami, musi przestrzegać przepisów RODO, w tym w stosownych przypadkach, jego przepisów dotyczących przekazywania danych osobowych do państw trzecich lub organizacji międzynarodowych.

4 PRZEDSTAWICIELE ADMINISTRATORÓW LUB PODMIOTÓW PRZETWARZAJĄCYCH NIEMAJĄCYCH JEDNOSTKI ORGANIZACYJNEJ W UNII

Administratorzy danych lub podmioty przetwarzające, którzy podlegają przepisom RODO zgodnie z jego art. 3 ust. 2, są zobowiązani do wyznaczenia przedstawiciela w Unii. Jeżeli administrator danych lub podmiot przetwarzający niemający jednostki organizacyjnej w Unii, podlegający jednak przepisom RODO, nie wyznaczy przedstawiciela w Unii, naruszy przepisy rozporządzenia.

Przepis ten nie jest całkowicie nowy, ponieważ dyrektywa 95/46/WE przewidywała podobne zobowiązanie. Zgodnie z przepisami dyrektywy, przepis ten dotyczył administratorów danych, którzy nie prowadzą działalności gospodarczej na terytorium Wspólnoty, a do celów przetwarzania danych osobowych wykorzystują środki, zarówno zautomatyzowane jak i inne, znajdujące się na terytorium wymienionego państwa członkowskiego. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych nakłada obowiązek wyznaczenia przedstawiciela w Unii na każdego administratora danych lub podmiot przetwarzający objętych zakresem stosowania art. 3 ust. 2, chyba że spełniają oni kryteria odstępstwa określone w art. 27 ust. 2. W celu ułatwienia stosowania tego przepisu EROD uważa, że konieczne jest sporządzenie dalszych wytycznych w sprawie procesu wyznaczania, ustanowienia, zobowiązań i obowiązków przedstawiciela w Unii zgodnie z art. 27.

Warto zauważyć, że administrator danych lub podmiot przetwarzający niemający jednostki organizacyjnej w Unii, którzy wyznaczyli na piśmie swojego przedstawiciela w Unii zgodnie z art. 27 RODO, nie wchodzi w zakres stosowania art. 3 ust. 1, co oznacza, że obecność przedstawiciela w Unii nie stanowi „jednostki organizacyjnej” administratora danych lub podmiotu przetwarzającego na mocy art. 3 ust. 1.

a) Wyznaczenie przedstawiciela

W motywie 80 wyjaśniono, że „[a]dministrator lub podmiot przetwarzający powinien wyznaczyć przedstawiciela w wyraźny sposób za pomocą pisemnego upoważnienia do podejmowania działań w jego imieniu w odniesieniu do obowiązków administratora lub podmiotu przetwarzającego wynikających z niniejszego rozporządzenia. *Wyznaczenie przedstawiciela nie wpływa na obowiązki lub odpowiedzialność prawną administratora lub podmiotu przetwarzającego wynikającą z niniejszego rozporządzenia. Przedstawiciel powinien wykonywać swoje zadania zgodnie z upoważnieniem otrzymanym od administratora lub podmiotu przetwarzającego, w tym współpracować z właściwymi organami nadzorczymi w odniesieniu do wszelkich działań służących zapewnieniu przestrzegania niniejszego rozporządzenia*”.

Pisemne upoważnienie, o którym mowa w motywie 80 reguluje zatem stosunki i obowiązki między przedstawicielem w Unii a administratorem danych lub podmiotem przetwarzającym mającym

siedzibę poza Unią, nie wpływając jednocześnie na obowiązki ani odpowiedzialność administratora danych lub podmiotu przetwarzającego. Przedstawiciel w Unii może być osobą fizyczną lub prawną mającą siedzibę w Unii, zdolną do reprezentowania administratora danych lub podmiotu przetwarzającego mających siedzibę poza Unią w odniesieniu do ich odpowiednich obowiązków wynikających z RODO.

W praktyce funkcję przedstawiciela w Unii można wykonywać na podstawie umowy o świadczenie usług zawartej z osobą fizyczną lub organizacją, a zatem może ją pełnić szereg podmiotów handlowych i niekomercyjnych, takich jak kancelarie prawne, firmy konsultingowe, przedsiębiorstwa prywatne itp., pod warunkiem że podmioty te mają siedzibę w Unii. Jeden przedstawiciel może również działać w imieniu kilku administratorów danych i podmiotów przetwarzających spoza UE.

Jeżeli przedsiębiorstwo lub inny rodzaj organizacji przejmuje funkcję przedstawiciela, zaleca się przypisanie pojedynczej osoby jako osoby wyznaczonej do kontaktów i osoby „odpowiedzialnej” za każdego reprezentowanego administratora danych lub podmiotu przetwarzającego. Zasadniczo przydatne byłoby również zawarcie tych punktów w umowie o świadczenie usług.

Zgodnie z RODO, Europejska Rada Ochrony Danych potwierdza, że w przypadku gdy kilka czynności przetwarzania administratora danych lub podmiotu przetwarzającego wchodzi w zakres stosowania art. 3 ust. 2 RODO (i nie ma zastosowania żadne odstępstwo określone w art. 27 ust. 2 RODO), administrator danych lub podmiot przetwarzający nie musi wyznaczać kilku przedstawicieli do każdej odrębnej czynności przetwarzania wchodzącej w zakres stosowania art. 3 ust. 2. Europejska Rada Ochrony Danych nie uznaje funkcji przedstawiciela w Unii za funkcję równą funkcji zewnętrznego inspektora ochrony danych, który miałby siedzibę w Unii. W art. 38 ust. 3 ustanowiono pewne podstawowe gwarancje mające pomóc w zapewnieniu, aby inspektorzy ochrony danych mogli wykonywać swoje zadania z zachowaniem stosownej autonomii w ramach swojej organizacji. W szczególności administratorzy lub podmioty przetwarzające zapewniają, by inspektor ochrony danych „nie otrzymywał instrukcji dotyczących wykonywania [swoich] zadań”. W motywie 97 dodano, że „inspektorzy ochrony danych – bez względu na to, czy są pracownikami administratora – powinni być w stanie wykonywać swoje obowiązki i zadania w sposób niezależny”²⁸. Taki wymóg zapewnienia wystarczającego stopnia autonomii i niezależności inspektora ochrony danych nie wydaje się zgodny z funkcją przedstawiciela w Unii. Przedstawiciel działa na mocy upoważnienia udzielonego przez administratora danych lub podmiot przetwarzający i będzie działał w jego imieniu, a zatem zgodnie z jego bezpośrednimi instrukcjami²⁹. Przedstawiciel jest upoważniony przez administratora danych lub podmiot przetwarzający, których reprezentuje, i w związku z tym wykonując swoje zadania działa w ich imieniu, a taka rola nie może być zgodna z rolą inspektora ochrony danych polegającą na niezależnym wykonywaniu swoich obowiązków i zadań.

Ponadto, aby uzupełnić swoją interpretację, EROD przywołuje stanowisko przyjęte już przez Grupę Roboczą Art. 29, w którym podkreśla się, że „konflikt interesów może powstać, gdy zewnętrzny DPO zostanie poproszony o reprezentowanie administratora lub podmiotu przetwarzającego przed sądem w sprawie dotyczącej ochrony danych osobowych”³⁰.

²⁸Wytyczne Grupy Roboczej Art. 29 dotyczące inspektorów ochrony danych („DPO”), WP 243 rev.01 – zatwierdzone przez Europejską Radę Ochrony Danych.

²⁹ Na przykład, zewnętrzny inspektor ochrony danych działający również w charakterze przedstawiciela w Unii nie może znaleźć się w sytuacji, w której jako przedstawiciel otrzymał polecenie przekazania osobie, której dane dotyczą, decyzji lub środka podjętych przez administratora danych lub podmiot przetwarzający, które – w jego ocenie jako inspektora ochrony danych – są niezgodne z przepisami RODO, i których podjęcia odradzał.

³⁰Wytyczne Grupy Roboczej Art. 29 dotyczące inspektorów ochrony danych („DPO”), WP 243 rev.01 – zatwierdzone przez Europejską Radę Ochrony Danych.

Podobnie, biorąc pod uwagę ewentualny konflikt obowiązków i interesów w przypadku postępowań w zakresie egzekwowania prawa, EROD nie uznaje funkcji przedstawiciela administratora danych w Unii za zgodną z rolą podmiotu przetwarzającego w odniesieniu do tego samego administratora danych, zwłaszcza w zakresie przestrzegania ich odpowiednich obowiązków.

O ile w RODO nie nakłada się na administratora danych ani na samego przedstawiciela żadnego obowiązku powiadomienia organu nadzorczego o wyznaczeniu przedstawiciela do sprawowania tej funkcji, EROD przypomina, że zgodnie z art. 13 ust. 1 lit. a) i 14 ust. 1 lit. a), w ramach swoich obowiązków informacyjnych, administratorzy danych przekazują informacje na temat tożsamości ich przedstawiciela w Unii. Informacje te są na przykład zawarte w [informacji o polityce prywatności oraz] informacji wstępnej dostarczanej osobom, których dane dotyczą, w momencie gromadzenia danych. Administrator danych niemający jednostki organizacyjnej w Unii, ale wchodzący w zakres stosowania art. 3 ust. 2 i niezawiadamiający osób, których dane dotyczą, przebywających w Unii o tożsamości swojego przedstawiciela naruszałby swoje obowiązki w zakresie przejrzystości określone w RODO. Takie informacje powinny być ponadto łatwo dostępne dla organów nadzorczych, aby ułatwić nawiązywanie kontaktów na potrzeby współpracy.

Przykład 24: Strona internetowa, o której mowa w przykładzie 12, zlokalizowana i zarządzana w Turcji, oferuje usługi tworzenia, edycji, drukowania i wysyłki spersonalizowanych albumów ze zdjęciami rodzinnymi. Strona internetowa jest dostępna w języku angielskim, francuskim, niderlandzkim i niemieckim, a płatności można dokonywać w euro lub funtach szterlingach. Na stronie wskazano, że albumy fotograficzne dostarcza się wyłącznie pocztą we Francji, krajach Beneluksu i w Niemczech. Strona ta podlega przepisom RODO zgodnie z jego art. 3 ust. 2 lit. a), zatem administrator danych ma obowiązek wyznaczenia przedstawiciela w Unii.

Przedstawiciel musi mieć siedzibę w jednym z państw członkowskich, w których oferowana usługa jest dostępna, w tym przypadku we Francji, Belgii, Holandii, Luksemburgu lub Niemczech. Imię i nazwisko oraz dane kontaktowe administratora danych i jego przedstawiciela w Unii muszą stanowić część informacji udostępnianych przez internet osobom, których dane dotyczą, w momencie, gdy zaczynają oni korzystać z usługi, tworząc album fotograficzny. Na stronie internetowej musi pojawić się również ogólna informacja o polityce prywatności.

b) Odstępstwa od obowiązku wyznaczenia³¹

O ile zastosowanie art. 3 ust. 2 pociąga za sobą obowiązek wyznaczenia przedstawiciela w Unii dla administratorów danych lub podmiotów przetwarzających mających siedzibę poza Unią, o tyle art. 27 ust. 2 przewiduje odstępstwo od obowiązkowego wyznaczenia przedstawiciela w Unii w dwóch odrębnych przypadkach:

-) „przetwarzania, które ma charakter sporadyczny, nie obejmuje – na dużą skalę – przetwarzania szczególnych kategorii danych osobowych, o których mowa w art. 9 ust. 1, ani przetwarzania danych osobowych dotyczących wyroków skazujących i naruszeń prawa, o czym mowa w art. 10” i „jest mało prawdopodobne, by ze względu na swój charakter, kontekst, zakres i cele powodowało ryzyko naruszenia praw lub wolności osób fizycznych”.

Zgodnie ze stanowiskami zajmowanymi wcześniej przez Grupę Roboczą Art. 29, EROD uważa, że czynność przetwarzania może być uważana za „sporadyczną”, jeżeli nie jest prowadzona

³¹ Podstawę do zastosowania odstępstwa od obowiązku wyznaczenia może stanowić część kryteriów i interpretacja określone w wytycznych Grupy Roboczej Art. 29, WP243 rev.1 (inspektor ochrony danych), zatwierdzonych przez EROD.

systematycznie i odbywa się poza regularną działalnością administratora lub podmiotu przetwarzającego³².

Ponadto, mimo iż w RODO nie określono, co stanowi przetwarzanie na dużą skalę, Grupa Robocza Art. 29 zaleciła wcześniej w swoich wytycznych WP243 dotyczących inspektorów ochrony danych (DPO), aby przy ustalaniu, czy przetwarzanie odbywa się na dużą skalę, wziąć pod uwagę w szczególności następujące czynniki: liczbę osób, których dane dotyczą – wyrażoną jako konkretną wartość albo procent określonej grupy społeczeństwa; zakres przetwarzanych danych osobowych; okres, przez jaki dane są przetwarzane; zakres geograficzny czynności przetwarzania³³.

Ponadto EROD podkreśla, że odstępstwo od obowiązku wyznaczenia, o którym mowa w art. 27, odnosi się do przetwarzania, w odniesieniu do którego „jest mało prawdopodobne, by powodowało ryzyko naruszenia praw lub wolności osób fizycznych”³⁴, a tym samym nie ogranicza zastosowania odstępstwa do przetwarzania, w odniesieniu do którego jest mało prawdopodobne, by powodowało wysokie ryzyko naruszenia praw lub wolności osób fizycznych. Zgodnie z motywem 75 przy ocenie ryzyka naruszenia praw i wolności osób, których dane dotyczą, należy wziąć pod uwagę zarówno prawdopodobieństwo, jak i powagę zagrożeń.

lub;

) przetwarzania dokonuje „organ lub podmiot publiczny”;

Oceny czy podmiot mający siedzibę poza Unią można zakwalifikować jako „organ lub podmiot publiczny” dokonują *in concreto* i w poszczególnych przypadkach organy nadzorcze³⁵. EROD zauważa, że z uwagi na charakter swoich zadań i misji przypadki, w których organ lub podmiot publiczny w państwie trzecim oferują towary lub usługi osobom, których dane dotyczą, przebywającym w Unii lub monitorują ich zachowanie mające miejsce w Unii, są raczej ograniczone. c) **Jednostka organizacyjna w państwie członkowskim, w którym przebywają osoby, których dane dotyczą, których dane osobowe są przetwarzane**

Zgodnie z art 27 ust. 3 „[p]rzedstawiciel musi mieć siedzibę w państwie członkowskim, w którym przebywają osoby, których dane dotyczą, których dane osobowe są przetwarzane w związku z oferowaniem im towarów lub usług lub których zachowanie jest monitorowane”. W przypadku gdy znaczna część osób, których dane dotyczą, a których dane osobowe są przetwarzane, znajduje się w jednym z państw członkowskich, EROD zaleca, tytułem dobrych praktyk, by przedstawiciel miał siedzibę w tym samym państwie członkowskim. Przedstawiciel musi być jednak łatwo dostępny dla osób, których dane dotyczą, w państwach członkowskich, w których nie ma on siedziby, a w których oferowane są usługi lub towary, lub w których monitorowane jest ich zachowanie.

Europejska Rada Ochrony Danych potwierdza, że kryterium ustanowienia przedstawiciela w Unii jest miejsce, w którym znajdują się osoby, których dane dotyczą, których dane osobowe są przetwarzane.

³² Stanowisko Grupy Roboczej Art. 29 w sprawie wyjątków od obowiązku prowadzenia rejestru czynności przetwarzania zgodnie z artykułem 30 ust. 5 RODO.

³³ Wytyczne Grupy Roboczej Art. 29 dotyczące inspektorów ochrony danych („DPO”), przyjęte w dniu 13 grudnia 2016 r., ostatnio zmienione i przyjęte w dniu 5 kwietnia 2017 r., WP 243 rev.01 – zatwierdzone przez Europejską Radę Ochrony Danych.

³⁴ Artykuł 27 ust. 2 lit. a) RODO.

³⁵ W RODO nie zdefiniowano czym jest „organ lub podmiot publiczny”. Zdaniem EROD pojęcie to należy określić w prawie krajowym. W związku z tym organy i podmioty publiczne obejmują władze krajowe, jednostki samorządu lokalnego i regionalnego, ale pojęcie to, zgodnie z obowiązującym prawem krajowym, obejmuje zazwyczaj również szereg innych podmiotów prawa publicznego.

Miejsce przetwarzania, nawet przez podmiot przetwarzający mający jednostkę organizacyjną w innym państwie członkowskim, nie jest tu istotnym czynnikiem decydującym o lokalizacji przedstawiciela.

Przykład 25: Indyjskie przedsiębiorstwo farmaceutyczne, które nie jest ani obecne w Unii, ani nie ma jednostki organizacyjnej w Unii, podlegające przepisom RODO zgodnie z art. 3 ust. 2, sponsoruje badania kliniczne prowadzone przez badaczy (szpitale) w Belgii, Luksemburgu i Holandii. Większość pacjentów uczestniczących w badaniach klinicznych znajduje się w Belgii.

Indyjskie przedsiębiorstwo farmaceutyczne jako administrator danych wyznacza przedstawiciela w Unii, który ma siedzibę w jednym z trzech państw członkowskich, w których pacjenci, jako osoby, których dane dotyczą, uczestniczą w badaniu klinicznym (Belgia, Luksemburg lub Holandia). Ponieważ większość pacjentów to mieszkańcy Belgii, zaleca się, aby przedstawiciel miał swoją siedzibę w Belgii. W takim przypadku przedstawiciel w Belgii powinien jednak być łatwo dostępny dla osób, których dane dotyczą, oraz organów nadzorczych w Holandii i Luksemburgu.

W tym konkretnym przypadku przedstawiciel w Unii może być przedstawicielem prawnym sponsora w Unii zgodnie z art. 74 rozporządzenia (UE) 536/2014 w sprawie badań klinicznych pod warunkiem, że nie działa on jako podmiot przetwarzający dane w imieniu sponsora badań klinicznych, że posiada siedzibę w jednym z trzech państw członkowskich oraz że obie te funkcje podlegają poszczególnym ramom prawnym i są zgodnie z nimi wykonywane.

c) Obowiązki i zadania przedstawiciela

Przedstawiciel w Unii działa w imieniu administratora danych lub podmiotu przetwarzającego, którego reprezentuje w zakresie obowiązków administratora danych lub podmiotu przetwarzającego wynikających z RODO. Oznacza to w szczególności obowiązki związane z wykonywaniem praw osób, których dane dotyczą, i dlatego – jak stwierdzono powyżej – tożsamość i dane kontaktowe przedstawiciela muszą być przekazywane osobom, których dane dotyczą, zgodnie z art. 13 i 14. O ile sam przedstawiciel nie jest odpowiedzialny za przestrzeganie praw osób, których dane dotyczą, musi on ułatwiać komunikację między osobami, których dane dotyczą, a administratorem danych lub podmiotem przetwarzającym, których reprezentuje, aby wykonywanie praw przez osoby, których dane dotyczą, było skuteczne.

Zgodnie z art. 30 przedstawiciel administratora danych lub podmiotu przetwarzającego prowadzi w szczególności rejestr czynności przetwarzania pod nadzorem administratora danych lub podmiotu przetwarzającego. Europejska Rada Ochrony Danych uważa, że o ile prowadzenie tego rejestru stanowi obowiązek nałożony zarówno na administratora danych lub podmiot przetwarzający, jak również na przedstawiciela, administrator danych lub podmiot przetwarzający niemający jednostki organizacyjnej w Unii są odpowiedzialni za treść i aktualizację rejestru oraz jednocześnie przekazują swojemu przedstawicielowi wszelkie stosowne i aktualne informacje, tak aby przedstawiciel mógł prowadzić i udostępniać rejestr jednocześnie, to na przedstawicielu spoczywa odpowiedzialność za udostępnienie rejestru zgodnie z art. 27, np. w sytuacji, gdy organ nadzorczy zwróci się do niego zgodnie z art. 27 ust. 4.

Jak wyjaśniono w motywie 80 przedstawiciel powinien wykonywać swoje zadania zgodnie z upoważnieniem otrzymanym od administratora lub podmiotu przetwarzającego, w tym współpracować z właściwymi organami nadzorczymi w odniesieniu do wszelkich działań służących zapewnieniu przestrzegania niniejszego rozporządzenia. W praktyce oznacza to, że organ nadzorczy kontaktuje się z przedstawicielem we wszystkich sprawach związanych z obowiązkami w zakresie przestrzegania przepisów przez administratora danych lub podmiot przetwarzający mający siedzibę poza Unią, a przedstawiciel ułatwia wymianę informacji lub procedur między organem nadzorczym,

który wystąpił z takim wnioskiem, a administratorem danych lub podmiotem przetwarzającym mającym siedzibę poza Unią.

Przedstawiciel w Unii, w razie potrzeby z pomocą zespołu, musi być w stanie skutecznie komunikować się z osobami, których dane dotyczą oraz współpracować z właściwymi organami nadzorczymi. Oznacza to, że komunikacja ta powinna zasadniczo odbywać się w języku lub językach używanych przez organy nadzorcze i zainteresowane osoby, których dane dotyczą, lub, jeżeli wymagałoby to niewspółmiernie dużego wysiłku, przedstawiciel korzysta z innych środków i technik w celu zapewnienia skuteczności komunikacji. Dostępność przedstawiciela jest zatem niezbędna do zapewnienia, by osoby, których dane dotyczą, oraz organy nadzorcze mogły w prosty sposób nawiązać kontakt z administratorem danych lub podmiotem przetwarzającym spoza UE. Zgodnie z motywem 80 i art. 27 ust. 5 wyznaczenie przedstawiciela przez administratora danych lub podmiot przetwarzający nie wpływa na obowiązki lub odpowiedzialność prawną administratora danych lub podmiotu przetwarzającego wynikające z RODO i pozostaje bez uszczerbku dla postępowań, które mogą zostać wszczęte przeciwko administratorowi danych lub podmiotowi przetwarzającemu. W RODO nie ustanowiono zastępczego zobowiązania przedstawiciela w miejsce administratora danych lub podmiotu przetwarzającego, których reprezentuje w Unii.

Należy jednak zauważyć, że pojęcie przedstawiciela zostało wprowadzone właśnie w celu ułatwienia łączności i zapewnienia skutecznego egzekwowania przepisów RODO względem administratorów danych lub podmiotów przetwarzających podlegających przepisom art. 3 ust. 2 RODO. W tym celu zamiarem było umożliwienie organom nadzorczym wszczęcia postępowania w zakresie egzekwowania prawa za pośrednictwem przedstawiciela wyznaczonego przez administratorów danych lub podmioty przetwarzające niemające jednostki organizacyjnej w Unii. Powyższe obejmuje możliwość skierowania przez organy nadzorcze do przedstawiciela środków naprawczych lub administracyjnych kar pieniężnych i sankcji nałożonych na administratora danych lub podmiot przetwarzający niemających jednostki organizacyjnej w Unii zgodnie z art. 58 ust. 2 i art. 83 RODO. Możliwość bezpośredniego pociągnięcia do odpowiedzialności przedstawiciela jest jednak ograniczona do jego bezpośrednich obowiązków, o których mowa w art. 30 i art. 58 ust. 1 lit. a) RODO.

Europejska Rada Ochrony Danych podkreśla ponadto, że art. 50 RODO ma na celu przede wszystkim ułatwienie egzekwowania przepisów w odniesieniu do państw trzecich i organizacji międzynarodowych oraz że obecnie rozważa się opracowanie dalszych mechanizmów współpracy międzynarodowej w tym zakresie.