

Насоки



Насоки 3/2018 относно териториалния обхват на ОРЗД (член 3)

Версия 2.1

12 ноември 2019 г.

История на версиите

Версия 2.1	7 януари 2020 г.	Промени в оформлението
Версия 2.0	12 ноември 2019 г.	Приемане на насоките след обществена консултация
Версия 1.0	16 ноември 2018 г.	Приемане на насоките за консултация

Съдържание

Въведение	4
1 Прилагане на критерия за място на установяване — член 3, параграф 1	5
2 Прилагане на критерия за насоченост — член 3, параграф 2.....	15
3 Обработване на данни на място, където се прилага правото на държава членка по силата на международното публично право	26
4 Представители на администратори или обработващи лични данни, които не са установени в Съюза	27

Европейският комитет по защита на данните,

като взе предвид член 70, параграф 1, буква д) от Регламент (ЕС) 2016/679 на Европейския парламент и на Съвета от 27 април 2016 г. относно защитата на физическите лица във връзка с обработването на лични данни и относно свободното движение на такива данни и за отмяна на Директива 95/46/ЕО,

ПРИЕ СЛЕДНИТЕ НАСОКИ:

ВЪВЕДЕНИЕ

Териториалният обхват на Общия регламент относно защитата на данните¹ (наричан по-нататък ОРЗД или Регламента) се определя от член 3 от Регламента и представлява значително развитие на законодателството на ЕС в областта на защитата на данните в сравнение с рамката, определена от Директива 95/46/ЕО². Отчасти ОРЗД потвърждава избора, направен от законодателя на ЕС и от Съда на Европейския съюз (наричан по-нататък Съда на ЕС) в контекста на Директива 95/46/ЕО. Въведени са обаче важни нови елементи. Най-важното, основната цел на член 4 от Директивата бе да се определи националното законодателство на коя държава членка е приложимо, докато в член 3 от ОРЗД се определя териториалният обхват на пряко приложим текст. Освен това, докато в член 4 от Директивата се посочва, че се „използва [...] оборудване“ на територията на Съюза като основание, администратор, който „не е установен на територията на Общността“, да бъде обхванат от приложното поле на законодателството на ЕС в областта на защитата на данни, в член 3 от ОРЗД не се съдържа такава препратка.

Член 3 от ОРЗД отразява намерението на законодателя да гарантира всеобхватна защита на правата на субектите на данни в ЕС и да установи равни условия от гледна точка на изискването за защита на данните за дружествата, които извършват дейност на пазарите на ЕС, в контекста на световните потоци от данни.

Член 3 от ОРЗД определя териториалния обхват на Регламента въз основа на два основни критерия: критерий за „място на установяване“ съгласно член 3, параграф 1 и критерий за „насоченост“ съгласно член 3, параграф 2. Когато е изпълнен един от тези два критерия, съответните разпоредби на ОРЗД ще се прилагат към въпросното обработване на лични данни от съответния администратор или обработващ лични данни. В допълнение към това член 3, параграф 3 потвърждава прилагането на ОРЗД по отношение на обработването на данни в случаите, в които законодателството на държавите членки се прилага по силата на международното публично право.

Целта на настоящите насоки е посредством общо тълкуване от страна на органите за защита на данните в ЕС да се гарантира последователно прилагане на ОРЗД, когато се преценява дали конкретно обработване на данни от администратор или обработващ лични данни попада в

¹ Регламент (ЕС) № 2016/679 на Европейския парламент и на Съвета от 27 април 2016 г. относно защитата на физическите лица във връзка с обработването на лични данни и относно свободното движение на такива данни и за отмяна на Директива 95/46/ЕО (Общ регламент относно защитата на данните).

² Директива 95/46/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 24 октомври 1995 г. за защита на физическите лица при обработването на лични данни и за свободното движение на тези данни.

обхвата на новата правна рамка на ЕС. В настоящите насоки Европейският комитет по защита на данните (наричан по-нататък ЕКЗД) излага и пояснява критериите за определяне на прилагането на териториалния обхват на ОРЗД. Такова общо тълкуване е от съществено значение и за администраторите и обработващите лични данни както в ЕС, така и извън него, за да могат да преценят дали трябва да спазват ОРЗД за дадена дейност по обработване на данни.

Тъй като администраторите и обработващите лични данни, които не са установени в ЕС, но извършват дейности по обработване на данни, които попадат в обхвата на член 3, параграф 2, са длъжни да определят представител в Съюза, в настоящите насоки също така се пояснява процесът по определяне на такъв представител съгласно член 27, както и неговите отговорности и задължения.

Като общ принцип ЕКЗД изтъква, че когато обработването на лични данни попада в териториалния обхват на ОРЗД, по отношение на това обработване се прилагат всички разпоредби на Регламента. В настоящите насоки се определят различните сценарии, които могат да възникнат в зависимост от вида на дейностите по обработване на данни, от юридическото лице, което извършва дейностите по обработване на данни, или от местоположението на такива лица и се посочват подробно приложимите към всяка ситуация разпоредби. Поради това е изключително важно администраторите и обработващите лични данни да извършат внимателна оценка на дейностите си по обработване на данни във всеки отделен случай, особено когато предлагат стоки и услуги на международно равнище, за да определят дали съответното обработване на лични данни попада в обхвата на ОРЗД.

ЕКЗД подчертава, че прилагането на член 3 цели да определи дали в обхвата на ОРЗД попада определена дейност по обработване на данни, а не лице (физическо или юридическо). В съответствие с това, определени видове обработване на лични данни от администратор или обработващ лични данни може да попадат в обхвата на Регламента, докато други видове обработване на лични данни от същия администратор или обработващ лични данни може да не попадат в неговия обхват в зависимост от конкретната дейност по обработване на данни.

Настоящите насоки, приети първоначално от ЕКЗД на 16 ноември, бяха обект на обществена консултация от 23 ноември 2018 г. до 18 януари 2019 г. и бяха актуализирани с оглед на получените мнения и обратна информация.

1 ПРИЛАГАНЕ НА КРИТЕРИЯ ЗА МЯСТО НА УСТАНОВЯВАНЕ — ЧЛЕН 3, ПАРАГРАФ 1

Член 3, параграф 1 от ОРЗД гласи, че „Настоящият регламент се прилага за обработването на лични данни в контекста на дейностите на дадено място на установяване на администратор или обработващ лични данни в Съюза, независимо дали обработването се извършва в Съюза или не“.

В член 3, параграф 1 от ОРЗД се посочва не само място на установяване на администратор, но и място на установяване на обработващ лични данни. В резултат на това обработването на лични данни от обработващ лични данни също може да бъде обхванато от правото на Съюза поради това, че обработващият лични данни разполага с място на установяване, разположено в ЕС.

С член 3, параграф 1 се гарантира, че ОРЗД се прилага към обработването от администратор или обработващ лични данни, свързано с дейностите на дадено място на установяване на въпросния администратор или обработващ лични данни в Съюза, независимо от действителното място на

обработване. Поради това, ЕКЗД препоръчва да се прилага триетапен подход при определянето дали обработването на лични данни попада в обхвата на ОРЗД съгласно член 3, параграф 1.

В следващите раздели се пояснява прилагането на критерия за място на установяване, като първо се разглежда определението за „място на установяване“ в ЕС съгласно законодателството на ЕС в областта на защитата на данните, след това се проучва какво означава „обработване в контекста на дейностите на дадено място на установяване в Съюза“ и на последно място се потвърждава, че ОРЗД се прилага независимо дали обработването в контекста на дейностите на това място на установяване се извършва в Съюза или не.

а) „Място на установяване в Съюза“

Преди да се разгледа значението на израза „място на установяване в Съюза“, трябва да се определи кой е администраторът или обработващият лични данни за дадена дейност по обработване на данни. В съответствие с определението в член 4, параграф 7 от ОРЗД администратор означава „физическо или юридическо лице, публичен орган, агенция или друга структура, която сама или съвместно с други определя целите и средствата за обработването на лични данни“. Съгласно член 4, параграф 8 от ОРЗД обработващ лични данни означава „физическо или юридическо лице, публичен орган, агенция или друга структура, която обработва лични данни от името на администратора“. Както е установено в съответната съдебна практика на Съда на ЕС и в становище на бившата РГ 29³, преценката дали дадено юридическо лице е администратор или обработващ лични данни за целите на законодателството на ЕС в областта на защитата на данни представлява ключов елемент от оценката дали ОРЗД се прилага към въпросното обработване на лични данни.

Макар че в член 4, параграф 16 се съдържа определение на понятието „основно място на установяване“, в ОРЗД не е предвидено определение за „място на установяване“ за целите на член 3⁴. При все това в съображение 22⁵ се пояснява, че „установяването предполага ефективното и действителното упражняване на дейност по силата на стабилни договорености. Правната форма на тези договорености, независимо дали става въпрос за клон или дъщерно дружество с правосубектност, не е определящ фактор в това отношение“.

Този текст е идентичен на съдържащия се в съображение 19 от Директива 95/46/ЕО, към който се прави препратка в няколко решения на Съда на ЕС, с които се разширява тълкуването на понятието „установяване“, различно от формалистичния подход, съгласно който дадено

³ РГ 29, WP169 — Становище 1/2010 относно понятията „администратор на лични данни“ и „лице, което обработва данните“, прието на 16 февруари 2010 г., понастоящем се извършва преглед от ЕКЗД.

⁴ Определението на понятието „основно място на установяване“ е от значение най-вече с цел определяне на компетентността на съответните надзорни органи съгласно член 56 от ОРЗД. Вж. насоките на РГ 29 за определяне на водещ надзорен орган на администратор или обработващ лични данни (16/BG WP 244 rev.01), одобрени от ЕКЗД.

⁵ Съображение 22 от ОРЗД: „Всякакъв вид обработване на лични данни в контекста на дейностите на мястото на установяване на администратор или на обработващ лични данни в Съюза следва да се извършва в съответствие с настоящия регламент, независимо от това дали самото обработване се извършва в рамките на Съюза. Установяването предполага ефективното и действителното упражняване на дейност по силата на стабилни договорености. Правната форма на тези договорености, независимо дали става въпрос за клон или дъщерно дружество с правосубектност, не е определящ фактор в това отношение“.

предприятие се счита за установено само на мястото, на което то е регистрирано⁶. В действителност Съдът на ЕС постанови, че понятието за установяване обхваща всяко, дори и минимално, ефективно и действително упражняване на дейност посредством постоянен обект⁷. За да се определи дали дадено юридическо лице, базирано извън Съюза, разполага с място на установяване в държава членка, е необходимо да се прецени както, доколко е постоянен съответният обект, така и дали действително се извършва дейност в тази държава членка, като се отчетат специфичната природа на икономическата дейност и предоставяните в конкретния случай услуги. Посоченото важи особено за предприятията, които упражняват своята дейност, като предоставят услуги изключително чрез интернет⁸.

В действителност прагът за наличие на „постоянен обект“⁹ може да бъде доста нисък, когато същността на дейностите на даден администратор е свързана с предоставяне на онлайн услуги. В резултат на това, при някои обстоятелства присъствието в Съюза на един-единствен служител или представител на установено извън ЕС дружество може да е достатъчно, за да представлява постоянен обект (който да отговаря на понятието „място на установяване“ за целите на член 3, параграф 1), ако служителят или представителя извършва дейност с достатъчна степен на стабилност. От друга страна, когато даден служител е базиран в ЕС, но обработването на данни не е част от дейностите, които се извършват от базирания в ЕС служител (т.е. обработването е свързано с дейности на администратора извън ЕС), обработването няма да попада в обхвата на ОРЗД само поради присъствието на служител в ЕС. С други думи, присъствието на служител в ЕС не е достатъчно само по себе си, за да доведе до прилагане на ОРЗД, тъй като въпросното обработване на данни също така трябва да е част от дейностите на базирания в ЕС служител, за да попада в обхвата на ОРЗД.

Фактът, че базираното извън ЕС дружество, отговорно за обработването на данни, не е разкрило клон или дъщерно дружество в държава членка, не изключва възможността то да бъде установено там съгласно законодателството на ЕС в областта на защитата на данни. Въпреки че понятието за място на установяване е широко, то не е безгранично. Не е възможно да се заключи, че базирано извън ЕС дружество е установено в Съюза само, защото уебсайтът на предприятието е достъпен в Съюза¹⁰.

Пример 1: Предприятие за автомобилостроене със седалище в САЩ разполага с изцяло притежаван от него клон, разположен в Брюксел, който осъществява надзор на всички операции на предприятието в Европа, включително маркетинг и реклами.

Белгийският клон може да се счита за постоянен обект, който извършва действителна и ефективна дейност, като се отчете природата на икономическата дейност, осъществявана от предприятието за автомобилостроене. Поради това белгийският клон би могъл да се счита за място на установяване в Съюза по смисъла на ОРЗД.

След като се достигне до извода, че даден администратор или обработващ лични данни е установен в ЕС, следва да се извърши анализ на конкретния случай, за да се определи, дали

⁶ Вж. по-специално решенията по дела Google Spain SL, Google Inc./AEPD, Mario Costeja González (C-131/12), Weltimmo/NAIH (C-230/14), Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU (C-191/15) и Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein (C-210/16).

⁷ Решение по дело Weltimmo, точка 31.

⁸ Решение по дело Weltimmo, точка 29.

⁹ Решение по дело Weltimmo, точка 31.

¹⁰ Съд на ЕС, решение от 28 юли 2016 г., Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Sarl, C-191/15, точка 76 (наричано по-нататък „решение по дело Verein für Konsumenteninformation“).

въпросното обработване на данни е част от дейностите на това място на установяване, с оглед извършването на преценка на приложението на член 3, параграф 1. Ако установен извън Съюза администратор или обработващ лични данни осъществява каквото и да е, „дори и минимално, ефективно и действително упражняване на дейност“ посредством „постоянен обект“ на територията на държава членка, независимо от правната му форма (например дъщерно дружество, клон, офис...), може да се счита, че съответният администратор или обработващ лични данни е установен в тази държава членка¹¹. Поради това е важно да се проучи дали обработването на лични данни се извършва „в контекста на дейностите на“ такова място на установяване, както е подчертано в съображение 22.

б) Обработване на лични данни, извършено „в контекста на дейностите на“ дадено място на установяване

Член 3, параграф 1 потвърждава, че не е необходимо въпросното обработване на данни да се извършва „от“ съответното място на установяване в ЕС; администраторът или обработващият лични данни ще подлежи на задължения по ОРЗД във всеки случай, когато обработването се извършва „в контекста на дейностите на“ съответното му място на установяване в Съюза. ЕКЗД препоръчва преценката дали обработването се извършва в контекста на дадено място на установяване на администратора или обработващия лични данни в Съюза за целите на член 3, параграф 1 да се извършва за всеки отделен случай и да се основава на анализ на конкретния случай. Всеки случай трябва да се оценява поотделно, като се отчитат конкретните факти.

ЕКЗД счита, че за целите на член 3, параграф 1 значението на израза „обработването на лични данни в контекста на дейностите на дадено място на установяване на администратор или обработващ лични данни“ следва да се тълкува с оглед на съответната съдебна практика. От една страна, за да се изпълни целта за осигуряване на ефективна и пълна защита, значението на израза „в контекста на дейностите на дадено място на установяване“ не може да се тълкува ограничително¹². От друга страна, наличието на място на установяване по смисъла на ОРЗД не следва да се тълкува твърде широко, така че да се достига до извод, че наличието на каквото и да е присъствие в ЕС с дори най-незначителни връзки към дейностите по обработване на данни от страна на базирано извън ЕС дружество е достатъчно, за да се счита, че обработването попада в обхвата на законодателството на ЕС в областта на защитата на данни. Осъществяването на някаква търговска дейност, извършвана в държава членка от базирано извън ЕС юридическо лице, в действителност може да е толкова отдалечено от обработването на лични данни от страна на лицето, че наличието на търговската дейност в ЕС не би било достатъчно, за да се счита, че обработването на данни от базираното извън ЕС дружество попада в обхвата на законодателството на ЕС в областта на защитата на данни¹³.

Отчитането на следните два фактора може да спомогне да се определи дали обработването се извършва от администратор или обработващ лични данни предвид мястото му на установяване в Съюза.

¹¹ Вж. по-специално точка 29 от решението по дело Weltimmo, в която се подчертава гъвкаво определение на понятието „място на установяване“ и се пояснява, че „е необходимо да се прецени както доколко е постоянен съответният обект, така и дали действително се извършва дейност в другата държава членка, като се отчетат специфичната природа на икономическата дейност и предоставяните в конкретния случай услуги“.

¹² Решение по дело Weltimmo, точка 25 и решение по дело Google Spain, точка 53.

¹³ РГ 29, WP179, актуализация — Актуализация на Становище 8/2010 относно приложимото право в светлината на решението на Съда на ЕС по дело Google Spain, 16 декември 2015 г.

i) *Отношение между администратор или обработващ лични данни извън Съюза и мястото му на установяване на местно равнище в Съюза*

Дейностите по обработване на данни от страна на администратор или обработващ лични данни, установен извън ЕС, могат да бъдат неразделно свързани с дейностите на място на установяване на местно равнище в държава членка и така да доведат до прилагането на правото на ЕС дори самото място на установяване в действителност да няма никаква роля за обработването на данните¹⁴. Ако проведен в конкретния случай анализ на фактите покаже, че съществува неразделна връзка между обработването на лични данни, извършвано от установен извън ЕС администратор или обработващ лични данни, и дейностите на място на установяване в ЕС, правото на ЕС ще се прилага към това обработване от установеното извън ЕС образувание независимо дали мястото на установяване в ЕС изпълнява роля в това обработване на данни¹⁵.

ii) *Генериране на приходи в Съюза*

Генерирането на приходи в ЕС от място на установяване на местно равнище до такава степен, че тези дейности да могат да се считат за „неразделно свързани“ с обработването на лични данни, извършвано извън ЕС, и с лица в ЕС, може да бъде признак, че обработването на данни от установен извън ЕС администратор или обработващ лични данни се извършва „в контекста на дейностите на мястото на установяване в ЕС“ и може да е достатъчно за целите на прилагането на правото на ЕС към въпросното обработване на данни¹⁶.

ЕКЗД препоръчва базираните извън ЕС организации да извършат оценка на своите дейности по обработване на данни, като първо определят дали се обработват лични данни и след това идентифицират евентуални връзки между дейността, за която се обработват данните, и дейностите на разположени в Съюза обекти на организацията. Ако бъде установена такава връзка, нейното естество ще бъде от ключово значение при преценката дали ОРЗД се прилага към въпросното обработване на данни, като наред с другото тя трябва да се оцени спрямо горепосочените два елемента.

Пример 2: Дружество, базирано в Китай, управлява уебсайт за електронна търговия. Дейностите по обработване на лични данни от страна на дружеството се извършват изключително в Китай. Китайското дружество е установило европейски офис в Берлин, за да ръководи и осъществява кампании за търговско проучване и маркетинг на пазарите в ЕС.

В този случай може да се счита, че дейностите на европейския офис в Берлин са неразделно свързани с обработването на лични данни, извършвано от китайския уебсайт за електронна търговия, доколкото кампанията за търговско проучване и маркетинг на пазарите в ЕС служи именно за повишаване на рентабилността на услугата, предлагана от уебсайта за електронна

¹⁴ Съд на ЕС, решение по дело Google Spain, C-131/12.

¹⁵ РГ 29, WP179, актуализация — Актуализация на Становище 8/2010 относно приложимото право в светлината на решението на Съда на ЕС по дело Google Spain, 16 декември 2015 г.

¹⁶ Такъв евентуално може да бъде случаят например за всеки чуждестранен оператор, който разполага с офис за продажби или друг обект в ЕС, дори този офис да не изпълнява роля в действителното обработване на данни, по-специално, когато обработването е свързано с дейност по продажба в ЕС и дейностите на мястото на установяване са насочени към жителите на държавата членка, в която е разположено мястото на установяване (актуализация на WP179).

търговия. Обработването на лични данни от китайското дружество във връзка с продажбите в ЕС действително е неразделно свързано с дейностите на европейския клон в Берлин във връзка с кампанията за търговско проучване и маркетинг на пазара на ЕС. Поради това може да се счита, че обработването на лични данни от китайското дружество във връзка с продажбите в ЕС се извършва в контекста на дейностите на европейския офис като място на установяване в Съюза. Следователно тази дейност по обработване на данни от китайското дружество ще подлежи на разпоредбите на ОРЗД съгласно член 3, параграф 1 от него.

Пример 3: Верига от хотели и курорти в Южна Африка предлага пакетни оферти чрез своя уебсайт, достъпен на английски, немски, френски и испански език. Дружеството не разполага с офис, представителство или постоянен обект в ЕС.

В този случай при отсъствието на каквото и да е представителство или постоянен обект на веригата от хотели и курорти на територията на Съюза изглежда не съществува дружество, свързано с този администратор в Южна Африка, което да отговаря на критериите за място на установяване в ЕС по смисъла на ОРЗД. Следователно въпросното обработване на данни не може да подлежи на разпоредбите на ОРЗД съгласно член 3, параграф 1.

При все това трябва да се анализира дали в конкретния случай обработването на данни, извършвано от този администратор, установен извън ЕС, може да подлежи на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2.

в) Прилагане на ОРЗД към мястото на установяване на администратор или обработващ лични данни в Съюза, независимо дали обработването на данни се извършва в Съюза или не

Съгласно член 3, параграф 1 обработването на лични данни в контекста на дейностите на дадено място на установяване на администратор или обработващ лични данни в Съюза води до прилагането на ОРЗД и на свързаните с това задължения за съответния администратор или обработващ лични данни.

В текста на ОРЗД се посочва, че Регламентът се прилага към обработването на данни, свързани с дейностите на дадено място на установяване в Съюза, „независимо дали обработването се извършва в Съюза или не“. Именно присъствието на администратор или обработващ лични данни в ЕС посредством място на установяване и фактът, че се извършва обработване на данни, свързано с дейностите на това място на установяване, водят до прилагане на ОРЗД по отношение на неговите дейности по обработване на данни. Поради това, мястото, където се обработват данните, не е от значение за преценката дали обработването, свързано с дейностите на място на установяване в ЕС, попада в обхвата на ОРЗД.

Пример 4: Френско дружество е разработило приложение за споделени пътувания с автомобил, насочено изключително към клиенти в Мароко, Алжир и Тунис. Услугата е достъпна само в тези три държави, но всички дейности по обработване на лични данни се извършват от администратора във Франция.

Макар че събирането на лични данни се извършва в държави извън ЕС, последващото обработване на лични данни в този случай се извършва в контекста на дейностите на място на установяване на администратор в Съюза. Поради това, въпреки че обработването се отнася до лични данни на субекти на данни, които не се намират в Съюза, разпоредбите на ОРЗД ще се

прилагат към обработването на данни, извършвано от френското дружество, съгласно член 3, параграф 1.

Пример 5: Фармацевтично дружество със седалище в Стокхолм извършва всички свои дейности по обработване на лични данни във връзка с провежданите от него клинични изпитвания в установения в Сингапур клон.

В този случай, макар че дейностите по обработване на данни се извършват в Сингапур, обработването се извършва в контекста на дейностите на фармацевтичното дружество в Стокхолм, т.е. на администратор, установен в Съюза. Поради това разпоредбите на ОРЗД се прилагат по отношение на въпросното обработване на данни съгласно член 3, параграф 1.

Когато се определя териториалният обхват на ОРЗД, географското местоположение е важно съгласно член 3, параграф 1 по отношение на мястото на установяване на:

- самия администратор или обработващ лични данни (дали е установен в Съюза или извън него?);
- стопански обект на установен извън ЕС администратор или обработващ лични данни (разполага ли с място на установяване в Съюза?).

От друга страна, географското местоположение не е от значение за целите на член 3, параграф 1 по отношение на мястото, където се извършва обработването на данни, или по отношение на местоположението на въпросните субекти на данни.

Текстът на член 3, параграф 1 не ограничава прилагането на ОРЗД до обработването на лични данни на лица, намиращи се в Съюза. Поради това ЕКЗД счита, че всяко обработване на лични данни, свързано с дейностите на място на установяване на администратор или обработващ лични данни в Съюза попада в обхвата на ОРЗД, независимо от местоположението или гражданството на субекта на данни, чиито лични данни се обработват. Този подход се подкрепя от съображение 14 от ОРЗД, което гласи, че „Защитата, предоставена с настоящия регламент, следва да се прилага за физическите лица, независимо от тяхното гражданство или местопребиваване, във връзка с обработването на техните лични данни“.

г) Прилагане на критерия за място на установяване към администратор или обработващ лични данни

Що се отнася до дейности по обработване, които попадат в обхвата на член 3, параграф 1, ЕКЗД счита, че тези разпоредби се прилагат към администратори и обработващи лични данни, чиито дейности по обработване на данни са свързани с дейностите на съответното им място на установяване в ЕС. Макар да признава, че изискванията за установяване на връзката между администратор и обработващ лични данни¹⁷ не се различават в зависимост от географското местоположение на мястото на установяване на даден администратор и обработващ лични данни, ЕКЗД е на мнение, че когато става въпрос за определянето на различните задължения, произтичащи от приложимостта на ОРЗД съгласно член 3, параграф 1, обработването на данни от всяко дружество трябва да се разгледа поотделно.

¹⁷ В съответствие с член 28 ЕКЗД припомня, че дейностите по обработване от обработващ лични данни от името на администратор се урежда с договор или с друг правен акт съгласно правото на Съюза или правото на държава членка, който е задължителен за обработващия лични данни спрямо администратора, както и че администраторите използват само обработващи лични данни, които предоставят достатъчни гаранции за прилагането на подходящи мерки по такъв начин, че обработването да е в съответствие с изискванията на ОРЗД и да осигурява защита на правата на субектите на данни.

ОРЗД предвижда различни специални разпоредби или задължения, които се прилагат към администраторите и обработващите лични данни, поради което, ако даден администратор или обработващ лични данни подлежи на ОРЗД съгласно член 3, параграф 1, съответните задължения се прилагат поотделно към всяко дружество в съответствие с неговата роля. Поради това, ЕКЗД по-специално смята, че не следва да се счита, че обработващ лични данни в ЕС представлява място на установяване на администратор по смисъла на член 3, параграф 1 само поради статуса му на обработващ лични данни от името на администратор.

Наличието на връзка между администратор и обработващ лични данни не води непременно до прилагането на ОРЗД по отношение и на двете юридически лица, ако едно от тях не е установено в Съюза.

Организация, която обработва лични данни от името на друга организация (клиентското дружество) и по нейни указания, ще действа като обработващ лични данни за клиентското дружество (администраторът). Когато обработващият лични данни е установен в Съюза, той ще бъде длъжен да изпълнява задълженията, които се налагат на обработващите лични данни по силата на ОРЗД (наричани по-нататък „задължения за обработващи лични данни съгласно ОРЗД“). Ако администраторът, който дава указания на обработващия лични данни, също е установен в Съюза, той ще бъде длъжен да изпълнява задълженията, които се налагат на администраторите по силата на ОРЗД (наричани по-нататък „задължения за администратори съгласно ОРЗД“). Извършвана от администратор дейност по обработване на данни, която попада в обхвата на ОРЗД по силата на член 3, параграф 1, няма да бъде изключена от обхвата на Регламента само, защото администраторът дава указания на обработващ лични данни, който не е установен в Съюза, да извърши обработването от негово име.

i) Обработване на данни от установен в Съюза администратор, даващ указания на обработващ лични данни, който не е установен в Съюза

Когато администратор, подлежащ на ОРЗД, реши да използва обработващ лични данни, който е разположен извън Съюза, за дадена дейност по обработване на данни, администраторът ще продължи да бъде задължен да гарантира с договор или с друг правен акт, че обработващият лични данни извършва обработването на данните в съответствие с ОРЗД. Член 28, параграф 3 предвижда, че обработването от обработващ лични данни се урежда с договор или с друг правен акт. Следователно администраторът ще трябва да гарантира, че е сключил договор с обработващия лични данни, който обхваща всички изисквания, определени в член 28, параграф 3. В допълнение към това с цел да гарантира, че е спазил своите задължения съгласно член 28, параграф 1 — т.е. да използва само обработващ лични данни, който предоставя достатъчни гаранции за прилагането на мерки по такъв начин, че обработването да е в съответствие с изискванията на ОРЗД и да осигурява защита на правата на субектите на данни — има вероятност на администратора да се наложи да обмисли дали да наложи посредством договор произтичащите от ОРЗД задължения на обработващите лични данни, за които се прилага този регламент. С други думи, администраторът ще трябва да гарантира, че обработващият лични данни, който не подлежи на ОРЗД, спазва посочените в член 28, параграф 3 задължения, уредени с договор или с друг правен акт съгласно правото на Съюза или правото на държава членка.

Поради това, обработващият лични данни, разположен извън Съюза, ще бъде обхванат непряко от някои задължения, наложени на подлежащите на ОРЗД администратори, по силата на договорни клаузи съгласно член 28. В допълнение към това е възможно да се прилагат разпоредбите на глава V от ОРЗД.

Пример 6: Финландски научноизследователски институт провежда научни изследвания във връзка с общността на саамите. Институтът стартира проект, който се отнася само до саамите в Русия. За този проект институтът използва обработващ лични данни, базиран в Канада.

Финландският администратор е длъжен да използва само обработващи лични данни, които предоставят достатъчни гаранции за прилагането на подходящи мерки по такъв начин, че обработването да протича в съответствие с изискванията на ОРЗД и да осигурява защита на правата на субектите на данни. Администраторът трябва да сключи споразумение за обработване на данни с канадския обработващ лични данни, като задълженията на последния ще бъдат посочени в този правен акт.

ii) *Обработване на данни в контекста на дейностите на дадено място на установяване на обработващ лични данни в Съюза*

За разлика от ясното разбиране на ефекта от извършваното обработване на данни, свързано с дейностите на дадено място на установяване на администратора в ЕС, осигурено от съдебната практика, ефектът от обработването, извършвано в контекста на дейностите на място на установяване на обработващ лични данни в ЕС, не е толкова ясен.

ЕКЗД подчертава, че е важно местата на установяване на администратора и на обработващия лични данни да се разглеждат поотделно, когато се определя дали всяка една от тези страни е „установена в Съюза“.

Първият въпрос е дали администраторът разполага с място на установяване в Съюза и дали обработва данни в контекста на дейностите на това място на установяване. Ако се приеме, че администраторът не обработва данни в контекста на своето място на установяване в Съюза, той няма да подлежи на задълженията за администратори съгласно ОРЗД по силата на член 3, параграф 1 (въпреки че е възможно при все това да бъде обхванат от член 3, параграф 2). Освен ако са налице други фактори, мястото на установяване на обработващия лични данни в ЕС няма да се счита за място на установяване по отношение на администратора.

В такъв случай възниква отделният въпрос дали обработващият лични данни обработва данни в контекста на мястото си на установяване в Съюза. Ако отговорът е „да“, обработващият лични данни ще подлежи на задълженията за обработващи лични данни съгласно ОРЗД по силата на член 3, параграф 1. Това обаче не води до прилагане на задълженията за администратори съгласно ОРЗД по отношение на базирания извън ЕС администратор. С други думи, установеният извън ЕС администратор (както е описан по-горе) няма да подлежи на ОРЗД само, защото е избрал да използва обработващ лични данни в Съюза.

Фактът, че администратор, който не подлежи на ОРЗД, дава указания на обработващ лични данни в Съюза, не означава, че той извършва обработване на данни „в контекста на дейностите на обработващия лични данни в Съюза“. Обработването на данни е свързано със собствените дейности на администратора; обработващият лични данни просто предоставя услуга по обработване на данни¹⁸, която не е „неразделно свързана“ с дейностите на администратора. Както е посочено по-горе, в случай на обработващ лични данни, който е установен в Съюза и извършва обработване на данни от името на администратор, който е установен извън Съюза и не подлежи на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2, според ЕКЗД не следва да се счита, че дейностите по обработване от страна на обработващия лични данни попадат в териториалния

¹⁸ Нито пък предлагането на услуга по обработване на данни в този контекст може да се счита за предлагане на услуга на субекти на данни в Съюза.

обхват на ОРЗД само, защото данните се обработват от обработващ лични данни, установен в Съюза. Въпреки това, дори администраторът да не е установен в Съюза и да не подлежи на разпоредбите на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2, обработващият лични данни ще подлежи на съответните разпоредби на ОРЗД съгласно член 3, параграф 1, тъй като е установен в Съюза.

Пример 7: Мексиканско дружество за търговия на дребно сключва договор с обработващ лични данни, установен в Испания, за обработването на лични данни във връзка с клиентите на мексиканското дружество. Мексиканското дружество предлага и насочва своите услуги изключително към мексиканския пазар и обработването на данни засяга изключително субекти на данни, разположени извън Съюза.

В този случай мексиканското дружество за търговия на дребно не е насочило своята дейност към лица на територията на Съюза чрез предлагането на стоки или услуги, нито пък наблюдава поведението на лица на територията на Съюза. Поради това обработването на данни от администратора, установен извън Съюза, не подлежи на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2.

Разпоредбите на ОРЗД не се прилагат към администратора по силата на член 3, параграф 1, тъй като не се извършва обработване на лични данни, свързано с дейностите на място на установяване в Съюза. Обработващият лични данни е установен в Испания, поради което обработването на данни от негова страна попада в обхвата на ОРЗД по силата на член 3, параграф 1. Обработващият лични данни е длъжен да спазва наложените от Регламента задължения за обработващи лични данни по отношение на всяко обработване на данни, което се извършва в контекста на неговите дейности.

Когато става въпрос за обработващ лични данни, който е установен в Съюза и извършва обработване на данни от името на администратор, който не разполага с място на установяване в Съюза за целите на дейността по обработване и не е обхванат от териториалния обхват на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2, обработващият лични данни ще подлежи на следните приложими разпоредби от ОРЗД, които се прилагат пряко към обработващите лични данни:

- Наложените на обработващите лични данни задължения съгласно член 28, параграфи 2, 3, 4, 5 и 6 относно задължението за сключване на споразумение за обработване на данни, с изключение на задълженията, свързани с оказването на съдействие на администратора при спазването на собствените задължения (на администратора) съгласно ОРЗД.
- Обработващият лични данни и всяко лице, което действа под ръководството на администратора или на обработващия лични данни и което разполага с достъп до лични данни, обработва тези данни само по указания на администратора, освен ако обработването не се изисква от правото на Съюза или правото на държава членка съгласно член 29 и член 32, параграф 4.
- Когато е приложимо, обработващият лични данни поддържа регистър на всички категории дейности по обработването, извършени от името на администратор, съгласно член 30, параграф 2.
- Когато е приложимо, при поискване, обработващият лични данни си сътрудничи с надзорния орган при изпълнението на неговите задължения съгласно член 31.
- Обработващият лични данни прилага технически и организационни мерки за осигуряване на съобразено с риска ниво на сигурност съгласно член 32.
- Обработващият лични данни уведомява администратора без ненужно забавяне, след като узнае за нарушаване на сигурността на лични данни съгласно член 33.
- Когато е приложимо, обработващият лични данни определя длъжностно лице по защита на данните съгласно членове 37 и 38.

- Разпоредбите относно предаването на лични данни на трети държави или международни организации съгласно глава V.

В допълнение към това, тъй като такова обработване на данни е свързано с дейностите на място на установяване на обработващ лични данни в Съюза, ЕКЗД припомня, че обработващият лични данни ще трябва да гарантира, че извършването от него обработване е законосъобразно във връзка с други задължения по силата на правото на ЕС или на националното право. В член 28, параграф 3 също така се посочва, че „обработващият лични данни незабавно уведомява администратора, ако според него дадено нареждане нарушава настоящия регламент или други разпоредби на Съюза или на държавите членки относно защитата на данни“.

В съответствие с позициите, изразени преди това от Работната група по член 29, ЕКЗД е на мнение, че територията на Съюза не може да се използва като „убежище за данни“, например, когато дейност по обработване на данни поражда неприемливи етични проблеми¹⁹, както и че всеки обработващ лични данни, установен в Съюза, независимо от своето местоположение, при всички положения ще трябва да спазва определени правни задължения отвъд прилагането на законодателството на ЕС в областта на защитата на данни, по-специално, европейските и националните правила във връзка с обществения ред. В рамките на това съображение също така се отчита фактът, че чрез прилагането на правото на ЕС, разпоредбите, произтичащи от ОРЗД и съответните национални закони, са в приложното поле на Хартата на основните права на Европейския съюз²⁰. Това обаче не налага допълнителни задължения на администраторите извън Съюза по отношение на обработване на данни, което не попада в териториалния обхват на ОРЗД.

2 ПРИЛАГАНЕ НА КРИТЕРИЯ ЗА НАСОЧЕНОСТ — ЧЛЕН 3, ПАРАГРАФ 2

Липсата на място на установяване в Съюза не означава непременно, че дейностите по обработване на данни от администратор или обработващ лични данни, установен в трета държава, ще бъдат изключени от обхвата на ОРЗД, тъй като в член 3, параграф 2 се определят обстоятелствата, при които ОРЗД се прилага към администратор или обработващ лични данни, който не е установен в Съюза, в зависимост от извършваните от него дейности по обработване на данни.

В тази връзка ЕКЗД потвърждава, че при липсата на място на установяване в Съюза съответният администратор или обработващ лични данни не може да се възползва от механизма за обслужване на едно гише, предвиден в член 56 от ОРЗД. В действителност механизмът за сътрудничество и съгласуваност, предвиден в ОРЗД, се прилага само към администратори и обработващи лични данни, които разполагат с място или места на установяване в рамките на Европейския съюз²¹.

Макар че целта на настоящите насоки е да се поясни териториалният обхват на ОРЗД, ЕКЗД също така желае да подчертае, че администраторите и обработващите лични данни ще трябва да

¹⁹ РГ 29, WP169 — Становище 1/2010 относно понятията „администратор на лични данни“ и „лице, което обработва данните“, прието на 16 февруари 2010 г., понастоящем се извършва преглед от ЕКЗД.

²⁰ Харта на основните права на Европейския съюз, 2012/С 326/02.

²¹ РГ 29, WP244 rev.01, 13 декември 2016 г., Насоки за определяне на водещ надзорен орган на администратор или обработващ лични данни — одобрени от ЕКЗД.

вземат предвид и други приложими текстове, като например секторното законодателство на ЕС или на държавите членки, както и националните закони. В действителност няколко разпоредби на ОРЗД позволяват на държавите членки да въведат допълнителни условия и да определят специфична рамка за защита на данните на национално равнище в определени области или във връзка с конкретни ситуации на обработване на данни. Поради това, администраторите и обработващите лични данни трябва да гарантират, че са наясно с тези допълнителни условия и рамки, които могат да се различават в отделните държави членки, както и че ги спазват. Такива разлики в приложимите във всяка държава членка разпоредби за защита на данните са особено значими по отношение на разпоредбите на член 8 (в който се предвижда, че възрастта, на която децата могат да предоставят валидно съгласие във връзка с обработването на техни данни от услуги на информационното общество, може да варира между 13 и 16 години), член 9 (обработване на специални категории данни), член 23 (ограничения) или на разпоредбите, съдържащи се в глава IX от ОРЗД (свобода на изразяване и информация; публичен достъп до официални документи; национален идентификационен номер; трудово или служебно правоотношение; обработване за целите на архивирането в обществен интерес, за научни или исторически изследвания или за статистически цели; опазване на тайна; църкви и религиозни сдружения).

Член 3, параграф 2 от ОРЗД гласи, че „[Н]астоящият регламент се прилага за обработването на лични данни на субекти на данни, които се намират в Съюза, от администратор или обработващ лични данни, който не е установен в Съюза, когато дейностите по обработване на данни са свързани със: а) предлагането на стоки или услуги на такива субекти на данни в Съюза, независимо дали от субекта на данни се изисква плащане; или б) наблюдението на тяхното поведение, доколкото това поведение се проявява в рамките на Съюза“.

Прилагането на критерия за „насоченост“ към намиращи се в Съюза субекти на данни съгласно член 3, параграф 2 може да бъде задействано от дейности по обработване на данни, извършвани от администратор или обработващ лични данни, който не е установен в Съюза, във връзка с два отделни и алтернативни вида дейности, при условие че тези дейности по обработване на данни се отнасят до субекти на данни, намиращи се в Съюза. В допълнение към факта, че се прилага единствено към администратор или обработващ лични данни, който не е установен в Съюза, критерият за насоченост акцентира основно върху въпроса с какво са „свързани дейностите по обработване“ и трябва да се преценява за всеки отделен случай.

ЕКЗД подчертава, че даден администратор или обработващ лични данни може да подлежи на ОРЗД във връзка с някои от извършваните от него дейности по обработване на данни и да не подлежи на ОРЗД във връзка с други дейности по обработване на данни. Определящият елемент за териториалното прилагане на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2 е свързан с проучването на въпросните дейности по обработване на данни.

Поради това при оценката на условията за прилагането на критерия за насоченост ЕКЗД препоръчва двуетапен подход, съгласно който първо се определя дали обработването е свързано с лични данни на субекти на данни, намиращи се в Съюза, и след това дали обработването е свързано с предлагането на стоки или услуги на субекти на данни в Съюза или с наблюдението на тяхното поведение.

а) Субекти на данни в Съюза

В текста на член 3, параграф 2 се съдържа изразът „лични данни на субекти на данни, които се намират в Съюза“. Поради това прилагането на критерия за насоченост не е ограничено от

гражданство, пребиваване или друг вид правен статут на субекта на данни, чиито лични данни се обработват. В съображение 14 се потвърждава това тълкуване, като се посочва, че „[З]ащитата, предоставена с настоящия регламент, следва да се прилага за физическите лица, независимо от тяхното гражданство или местопребиваване, във връзка с обработването на техните лични данни“.

Тази разпоредба на ОРЗД отразява първичното право на ЕС, в което също се определя широк обхват за защитата на личните данни, като тя не е ограничена до гражданите на Съюза, тъй като в член 8 от Хартата на основните права се предвижда, че правото на защита на личните данни не е ограничено, а се прилага към „всеки“²².

Макар че местоположението на субекта на данни на територията на Съюза е определящ фактор за прилагането на критерия за насоченост съгласно член 3, параграф 2, ЕКЗД счита, че гражданството или правният статут на даден субект на данни, който се намира в Съюза, не може да ограничава или намалява териториалния обхват на Регламента.

Изискването субектът на данни да се намира в Съюза трябва да бъде оценено към момента, в който се извършва съответната дейност, която води до задействане на критерия, т.е. към момента, в който се предлагат стоки или услуги или се наблюдава поведението, независимо от продължителността на отправеното предложение или извършването на наблюдение.

ЕКЗД обаче счита, че що се отнася до дейностите по обработване на данни, свързани с предлагането на услуги, разпоредбата се отнася до дейности, които са насочени умишлено, а не случайно или непредумишлено, към лица в ЕС. В съответствие с това, ако обработването е свързано с услуга, която се предлага само на лица извън ЕС и чието предлагане се оттегля, когато тези лица влязат в ЕС, въпросното обработване няма да подлежи на ОРЗД. В този случай обработването не е свързано с умишлена насоченост към лица в ЕС, а се отнася до насоченост към лица извън ЕС, която ще продължи да съществува, независимо дали въпросните лица остават извън ЕС или посещават Съюза.

Пример 8: Австралийско дружество предлага мобилна услуга за новини и видео съдържание въз основа на предпочитанията и интересите на ползвателите. Ползвателите могат да получават ежедневни или седмични известия. Услугата се предлага изключително на ползватели, намиращи се в Австралия, които трябва да предоставят австралийски телефонен номер, когато се абонират за нея.

Австралийски абонат на услугата пътува до Германия на почивка и продължава да използва услугата.

Въпреки че австралийският абонат ще използва услугата, докато е в ЕС, услугата не е „насочена“ към лица в Съюза, а само към лица в Австралия, поради което обработването на лични данни от австралийското дружество не попада в обхвата на ОРЗД.

Пример 9: Новосъздадено предприятие, установено в САЩ, без стопански обекти или място на установяване в ЕС, предлага приложение с карти на градове за туристи. Приложението

²² Харта на основните права на Европейския съюз, член 8, параграф 1, „Всеки има право на защита на неговите лични данни“.

обработва лични данни, свързани с местоположението на клиентите, използващи приложението (субектите на данни), след като започнат да използват приложението в посещенията от тях град, така че да им предложи целеви реклами за места, които да посетят, ресторанти, барове и хотели. Приложението е достъпно за туристи, посещаващи Ню Йорк, Сан Франциско, Торонто, Париж и Рим.

Посредством своето приложение с карти на градове новосъздаденото предприятие в САЩ се насочва конкретно към лица в Съюза (а именно в Париж и Рим), като им предлага своите услуги, когато са в Съюза. Обработването на личните данни на намиращите се в ЕС субекти на данни във връзка с предлагането на услугата попада в обхвата на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2, буква а). Освен това чрез обработване на данните за местоположението на субектите на данни, за да им се предлагат целеви реклами въз основа на тяхното местоположение, дейностите по обработване на данни са свързани и с наблюдение на поведението на лица в Съюза. Поради това обработването на данни от страна на новосъздаденото предприятие в САЩ също така попада в обхвата на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2, буква б).

ЕКЗД също така желае да подчертае, че фактът, че се обработват лични данни на лице в Съюза, не е достатъчен сам по себе си, за да доведе до прилагането на ОРЗД към дейностите по обработване на данни от администратор или обработващ лични данни, който не е установен в Съюза. В допълнение към това винаги трябва да е налице елементът на „насоченост“ към лица в ЕС, било то чрез предлагане на стоки или услуги на такива лица или чрез наблюдение на тяхното поведение (както е допълнително пояснено по-долу).

Пример 10: Гражданин на САЩ пътува из Европа по време на почивката си. Докато е в Европа, той сваля и използва приложение за новини, предлагано от щатско дружество. Приложението е насочено изключително към пазара на САЩ, както е видно от условията за използване на приложението и от посочването на щатския долар като единствената достъпна парична единица за плащане. Събирането на личните данни на щатския турист чрез приложението от страна на щатското дружество не подлежи на ОРЗД.

Освен това следва да се отбележи, че обработването на лични данни на граждани на ЕС или на пребиваващи в ЕС лица, което се извършва в трета държава, не води до прилагане на ОРЗД, при условие че то не е свързано с конкретна оферта, насочена към лица в ЕС, или с наблюдение на тяхното поведение в Съюза.

Пример 11: Банка в Тайван разполага с клиенти, които пребивават в Тайван, но са германски граждани. Банката извършва дейност само в Тайван; дейностите ѝ не са насочени към пазара на ЕС. Обработването от страна на банката на личните данни на германските ѝ клиенти не подлежи на ОРЗД.

Пример 12: Канадски имиграционен орган обработва лични данни на граждани на Съюза при влизането им на канадска територия с цел разглеждането на молбите им за виза. Това обработване не подлежи на ОРЗД.

б) Предлагане на стоки или услуги на субекти на данни в Съюза, независимо дали от субекта на данни се изисква плащане

Първата дейност, която води до прилагане на член 3, параграф 2, представлява „предлагането на стоки или услуги“ — понятие, което е разгледано допълнително в правото и съдебната практика на ЕС и което следва да се отчете при прилагането на критерия за насоченост.

Предлагането на услуги включва и предлагането на услуги на информационното общество, определено в член 1, параграф 1, буква б) от Директива (ЕС) 2015/1535²³ като „каквато и да е услуга на информационното общество, тоест, каквато и да е услуга, нормално предоставяна срещу възнаграждение, от разстояние, чрез електронно средство и по индивидуална молба на получателя на услугите“.

В член 3, параграф 2, буква а) се посочва, че критерият за насоченост, свързан с предлагането на стоки или услуги, се прилага независимо дали от субекта на данни се изисква плащане. Поради това въпросът дали дейността на даден администратор или обработващ лични данни, който не е установен в Съюза, следва да се счита за предлагане на стока или услуга, не зависи от това дали се заплаща за предоставените стоки или услуги²⁴.

Пример 13: Дружество от САЩ, което не разполага с място на установяване в ЕС, обработва лични данни на своите служители, временно командировани във Франция, Белгия и Нидерландия, за цели в областта на човешките ресурси, по-специално, за възстановяване на техните разходи за настаняване и за изплащане на дневните им надбавки, които варират в зависимост от държавата, в която се намират.

В тази ситуация, макар че дейността по обработване на данни е свързана конкретно с лица на територията на Съюза (т.е. служители, които временно се намират във Франция, Белгия и Нидерландия), тя не е свързана с предлагане на услуга на тези лица, а представлява част от необходимото обработване на данни, за да може работодателят да изпълни договорните си задължения и отговорности в областта на човешките ресурси във връзка със заетостта на въпросните лица. Дейността по обработване на данни не е свързана с предлагане на услуга и поради това не подлежи на разпоредбите на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2, буква а).

Друг ключов елемент, който трябва да се оцени при преценката дали е изпълнен критерият за насоченост по член 3, параграф 2, буква а), е дали предлагането на стоки или услуги е насочено към лице в Съюза или с други думи дали поведението на администратора, който определя средствата и целите на обработването, демонстрира неговото намерение да предлага стоки или услуги на субект на данни, намиращ се в Съюза. В съображение 23 от ОРЗД действително се пояснява, че „[З]а да се установи дали този администратор или обработващ лични данни предлага стоки или услуги на субекти на данни, които се намират в Съюза, следва да бъде уточнено дали е очевидно, че администраторът или обработващият данни възнамерява да предлага услуги на субекти на данни в една или повече държави членки в Съюза“.

По-нататък в съображението се посочва, че „[К]ато се има предвид, че само достъпността на уебсайт на посредник в Съюза, на администратора или обработващия данни, на електронен адрес или на други данни за контакт или използването на език, който по правило се използва в третата държава, където е установен администраторът, са недостатъчни за удостоверяване на такова намерение, фактори като използването на език или парична единица, които по правило се използват в една или повече държави членки, наред с възможността за поръчване на стоки и услуги на този друг език или споменаването на потребители или ползватели, които се намират в

²³ Директива (ЕС) 2015/1535 на Европейския парламент и на Съвета от 9 септември 2015 г., установяваща процедура за предоставянето на информация в сферата на техническите регламенти и правила относно услугите на информационното общество.

²⁴ Вж. по-специално решение на Съда на ЕС от 26 април 1988 г. по дело *Bond van Adverteerders* и др./Нидерландия, C-352/85, Recueil, точка 16 и решение на Съда на ЕС от 7 декември 1993 г. по дело *Wirth*, C-109/92, Recueil, стр. I-6447, точка 15.

Съюза, могат да свидетелстват за това, че администраторът възнамерява да предлага стоки или услуги на субекти на данни в Съюза“.

Посочените в съображение 23 елементи отразяват и съответстват на съдебната практика на Съда на ЕС, основана на Регламент (ЕО) № 44/2001 на Съвета²⁵ относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела, и по-специално член 15, параграф 1, буква в) от него. В решенията по дела *Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co* и *Hotel Alpenhof/Heller* (съединени дела C-585/08 и C-144/09) от Съда бе поискано да поясни какво означава „насочване на дейност“ по смисъла на член 15, параграф 1, буква в) от Регламент № 44/2001 (наричан по-нататък „Регламентът „Брюксел I““). Съдът на ЕС постанови, че за да се определи дали може да се счита, че даден търговец „насочва“ дейността си към държавата членка, в която пребивава потребителят, по смисъла на член 15, параграф 1, буква в) от Регламента „Брюксел I“, търговецът трябва да е демонстрирал своето намерение да установи търговски отношения с такива потребители. В тази връзка, Съдът на ЕС отчете доказателствата, които могат да демонстрират, че търговецът предвижда да извършва стопанска дейност с потребители, пребиваващи в държава членка.

Макар че понятието „насочване на дейност“ се различава от „предлагането на стоки или услуги“, ЕКЗД счита, че съдебната практика в решенията по дела *Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co* и *Hotel Alpenhof/Heller* (съединени дела C-585/08 и C-144/09)²⁶ може да бъде от полза, когато се проучва дали се предлагат стоки или услуги на субект на данни в Съюза. Поради това при отчитането на конкретните факти по случая, наред с другото биха могли да се вземат предвид следните фактори, евентуално в комбинация:

- ЕС или най-малко една държава членка е посочен/а поименно с препратка към предлаганата стока или услуга;
- администраторът или обработващият лични данни плаща на оператор на търсачка за услуга по каталогизиране в интернет, за да улесни достъпа на потребители в Съюза до своя уебсайт; или администраторът или обработващият лични данни е предприел маркетингови и рекламни кампании, насочени към аудитория в държава от ЕС;
- международното естество на въпросната дейност, като например някои туристически дейности;
- посочването на специални адреси или на телефонни номера, които се избират от държава в ЕС;
- използването на име на домейн от първо ниво, различно от това на третата държава, в която е установен администраторът или обработващият лични данни, например „.de“, или използването на неутрални имена на домейни от първо ниво като „.eu“;
- посочването на указания как да се стигне до мястото на предоставяне на услугата от една или повече държави членки на ЕС;
- посочването на международна клиентела, съставена от потребители с местожителство в различни държави членки на ЕС, по-специално, чрез представяне на мнения, написани от такива потребители;

²⁵ Регламент (ЕО) № 44/2001 на Съвета от 22 декември 2000 г. относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела.

²⁶ От още по-голямо значение е фактът, че съгласно член 6 от Регламент (ЕО) № 593/2008 на Европейския парламент и на Съвета от 17 юни 2008 г. относно приложимото право към договорни задължения (Рим I) при липсата на избор на право този критерий за „насочване на дейност“ към държавата на обичайно местопребиваване на потребителя се отчита, за да се определи правото на държавата на обичайно местопребиваване на потребителя като приложимото към договора право.

- използването на език или парична единица, различни от обичайно използваните в държавата на търговеца, по-специално, на език или парична единица на една или повече държави членки на ЕС;
- администраторът предлага доставка на стоки в държавите членки на ЕС.

Както вече бе посочено, ако някои от горепосочените елементи бъдат разгледани самостоятелно, те няма да представляват ясно указание за намерението на администратор да предлага стоки или услуги на субекти на данни в Съюза, но всеки от тях следва да бъде отчетен във всеки анализ на конкретния случай, за да се определи дали комбинацията от фактори, свързани с търговските дейности на администратора, може в своята цялост да се счита за предлагане на стоки или услуги, насочени към субекти на данни в Съюза.

Важно е обаче да се припомни, че съображение 23 потвърждава, че само достъпността на уебсайт на посредник в Съюза, на администратор или на обработващ данни и посочването в уебсайта на неговия адрес на електронна поща, на географския му адрес или на телефонния му номер без международен код само по себе си не осигурява достатъчно доказателства за удостоверяване, че администраторът или обработващият лични данни възнамерява да предлага стоки или услуги на субект на данни, който се намира в Съюза. В тази връзка, ЕКЗД припомня, че когато стоки или услуги се предоставят случайно или непредумишлено на лице на територията на Съюза, свързаното с това обработване на лични данни, съответната обработка на лични данни не попада в териториалния обхват на ОРЗД.

Пример 14: Уебсайт, базиран и управляван в Турция, предлага услуги за създаване, редактиране, отпечатване и изпращане на персонализирани албуми за семейни снимки. Уебсайтът е достъпен на английски, френски, нидерландски и немски език и плащанията могат да се извършват в евро. На уебсайта се посочва, че албумите за снимки могат да се доставят по поща само във Франция, държавите от Бенелюкс и Германия.

В този случай е ясно, че създаването, редактирането и отпечатването на персонализирани албуми за семейни снимки представлява услуга по смисъла на правото на ЕС. Фактът, че уебсайтът е достъпен на четири езика на ЕС и че албумите за снимки могат да се доставят по поща в шест държави членки на ЕС, демонстрира намерение от страна на турския уебсайт да предлага своите услуги на лица в Съюза.

В съответствие с това е ясно, че обработването на данни, извършвано от турския уебсайт в качеството му на администратор, е свързано с предлагането на услуга на субекти на данни в Съюза и следователно подлежи на задълженията и разпоредбите на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2, буква а) от него.

В съответствие с член 27 администраторът ще трябва да определи представител в Съюза.

Пример 15: Частно дружество, базирано в Мароко, обработва лични данни на своите служители с цел изплащането на заплати. Голям брой от служителите на дружеството пребивават във Франция и Италия.

В този случай, макар че обработването на данни от дружеството е свързано със субекти на данни във Франция и Италия, то не се извършва в контекста на предлагане на стоки или услуги. Управлението на човешките ресурси, включително изплащането на заплати от дружество в трета държава, в действителност не може да се счита за предлагане на услуга по смисъла на член 3, параграф 2, буква а). Въпросното обработване на данни не е свързано с предлагане на стоки или

услуги на субекти на данни в Съюза (нито пък с наблюдение на поведението), поради което то не подлежи на разпоредбите на ОРЗД съгласно член 3.

Тази оценка не засяга приложимото право на съответната трета държава.

Пример 16: Швейцарски университет в Цюрих стартира своя процес на подбор за магистърска степен, като осигурява онлайн платформа, на която кандидатите могат да качат своята автобиография и мотивационно писмо, заедно с данни за връзка. Процесът на подбор е достъпен за всеки студент, който разполага с бакалавърска степен и с достатъчни знания по немски и английски език. Университетът не насочва своите реклами конкретно към студенти в университети в ЕС и приема плащания единствено в швейцарски франкове.

Тъй като в процеса на кандидатстване и подбор за тази магистърска степен няма разграничение или уточнение за студенти от Съюза, не може да се заключи, че швейцарският университет възнамерява да се насочи към студенти от конкретни държави членки на ЕС. Достатъчните знания по немски и английски език представляват общо изискване, което се прилага към всеки кандидат, независимо дали пребивава в Швейцария, дали е лице от Съюза или е студент от трета държава. Поради това, при отсъствието на други фактори, които да демонстрират специфична насоченост към студенти в държавите членки на ЕС, не може да се заключи, че въпросното обработване на данни е свързано с предлагане на образователна услуга на субект на данни в Съюза, поради което това обработване няма да подлежи на разпоредбите на ОРЗД.

Швейцарският университет също така предлага летни курсове по международни отношения и специално рекламира това предложение в германски и австрийски университети, за да повиши до максимум посещаемостта на курсовете. В този случай е налице ясно намерение от страна на швейцарския университет да предлага такава услуга на субекти на данни, намиращи се в Съюза, като ОРЗД ще се прилага към свързаните с това дейности по обработване на данни.

в) Наблюдение на поведението на субекти на данни

Вторият вид дейност, която води до прилагането на член 3, параграф 2, е наблюдението на поведението на субектите на данни, доколкото тяхното поведение се проявява в рамките на Съюза.

В съображение 24 се пояснява, че „[О]работването на лични данни на субекти на данни, които се намират в Съюза, от администратор или обработващ лични данни, който не е установен в Съюза, следва също да се урежда от настоящия регламент, когато е свързано с наблюдението на поведението на такива субекти на данни, доколкото тяхното поведение се проявява в рамките на Съюза“.

За да доведе член 3, параграф 2, буква б) до прилагането на ОРЗД, наблюдаваното поведение трябва на първо място да е свързано със субект на данни в Съюза и като кумулативен критерий то трябва да се проявява на територията на Съюза.

Естеството на дейността по обработване, която може да се счита за наблюдение на поведението, е допълнително уточнено в съображение 24, в което се посочва, че „[С] цел да се определи дали дадена дейност по обработване може да се смята за наблюдение на поведението на субектите на данни, следва да се установи дали физическите лица се следят в интернет, включително да се установи евентуално последващо използване на техники за обработване на лични данни, които се състоят в профилиране на дадено физическо лице, по-специално с цел да се вземат отнасящи се до него решения или да се анализират или предвиждат неговите лични предпочитания,

поведение и начин на мислене“. Макар че съображение 24 е свързано изключително с наблюдението на поведение посредством проследяването на лице в интернет, ЕКЗД счита, че проследяването чрез други видове мрежи или технологии, включващи обработване на лични данни, също следва да се вземе предвид, когато се определя дали дадена дейност по обработване на данни представлява наблюдение на поведението, например, чрез устройства за носене и други интелигентни устройства.

За разлика от разпоредбата в член 3, параграф 2, буква а), нито в член 3, параграф 2, буква б), нито в съображение 24 се посочва изрично необходимата степен на „намерението за насочване“ от страна на администратора или обработващия лични данни, за да се определи дали дейността по наблюдение би довела до прилагането на ОРЗД към дейностите по обработване на данни. При все това използването на думата „наблюдение“ предполага, че администраторът има специфична цел, във връзка с която събира и впоследствие използва повторно съответните данни относно поведението на дадено лице в рамките на ЕС. ЕКЗД не счита, че всяко събиране онлайн или анализ на лични данни на лица в ЕС автоматично би представлявало „наблюдение“. Ще трябва да се отчете целта, за която администраторът обработва данните, и по-специално евентуални последващи техники за анализ или профилиране, при които се използват тези данни. ЕКЗД взема под внимание текста на съображение 24, в което се посочва, че при преценката дали обработването включва наблюдение на поведението на субект на данни от ключово значение е проследяването на физически лица в интернет, включително евентуалното последващо използване на техники за профилиране.

Поради това прилагането на член 3, параграф 2, буква б), когато администратор или обработващ лични данни наблюдава поведението на субекти на данни, които се намират в Съюза, би могло да обхваща широка гама от дейности по наблюдение, които по-специално включват:

- поведенческо рекламиране;
- дейности по геолокализация, по-специално за маркетингови цели;
- онлайн проследяване чрез използването на бисквитки или други техники за следене, като например пръстови отпечатащи;
- онлайн услуги за персонализиран анализ на хранителния режим и здравословното състояние;
- вътрешни системи за видеонаблюдение;
- пазарни проучвания и други проучвания на поведението, основани на индивидуални профили;
- наблюдение или редовно докладване за здравословното състояние на физическо лице.

Пример 17: Консултантско дружество в сектора за търговия на дребно, установено в САЩ, предоставя съвети относно разполагането на обекти за търговия на дребно на търговски център във Франция въз основа на анализ на движенията на клиенти в рамките на търговския център, като данните се събират чрез проследяване на Wi-Fi сигнала.

Анализът на движенията на клиентите в рамките на търговски център чрез проследяване на Wi-Fi сигнала представлява наблюдение на поведението на физически лица. В този случай поведението на субектите на данни се проявява в Съюза, тъй като търговският център е разположен във Франция. Поради това, в качеството си на администратор, консултантското дружество подлежи на ОРЗД по отношение на обработването на тези данни за тази цел в съответствие с член 3, параграф 2, буква б) от Регламента.

В съответствие с член 27 администраторът ще трябва да определи представител в Съюза.

Пример 18: Установен в Канада разработчик на приложение без място на установяване в Съюза наблюдава поведението на субект на данни в Съюза, поради което подлежи на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2, буква б). Разработчикът използва обработващ лични данни, установен в САЩ, с цел оптимизиране и поддръжка на приложението.

Във връзка с това обработване на данни канадският администратор е длъжен да използва само обработващи лични данни, които са подходящи за тази цел, и да гарантира, че неговите задължения съгласно ОРЗД са отразени в договора или правния акт, уреждащ отношенията с обработващия лични данни в САЩ, съгласно член 28.

г) Обработващ лични данни, който не е установен в Съюза

Дейностите по обработване на данни, които са „свързани“ с дейността по насочване, довела до прилагането на член 3, параграф 2, попадат в териториалния обхват на ОРЗД. ЕКЗД счита, че трябва да е налице връзка между дейността по обработване на данни и предлагането на стока или услуга, но обработването, както от администратор, така и от обработващ лични данни е от значение и трябва да се вземе предвид.

Когато става въпрос за обработващ лични данни, който не е установен в Съюза, за да се определи дали обработването на данни от негова страна може да подлежи на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2, трябва да се проучи дали дейностите по обработване на обработващия лични данни „са свързани“ с дейностите по насочване на администратора.

ЕКЗД счита, че когато дейностите по обработване на данни от даден администратор са свързани с предлагането на стоки или услуги или с наблюдението на поведението на физически лица в Съюза („насоченост“), всеки обработващ лични данни, който получи указания за извършването на тази дейност по обработване на данни от името на администратора, ще попада в обхвата на ОРЗД по силата на член 3, параграф 2 по отношение на въпросното обработване.

Въпросът дали при дадена дейност по обработване на данни е налице „насоченост“ е свързан с нейната цел и средства; решението за насочване към физически лица в Съюза може да се направи само от дружество, което извършва дейност като администратор. Това тълкуване не изключва възможността обработващият лични данни да изпълнява активна роля в дейностите по обработване на данни, които отговарят на критериите за насоченост (т.е. обработващият лични данни да предлага стоки или услуги или да извършва дейности по наблюдение от името на администратора и по негово указание).

Поради това ЕКЗД счита, че акцентът следва да се постави върху връзката между дейностите по обработване на данни, извършвани от обработващия лични данни, и дейността по насочване от страна на администратора.

Пример 19: Бразилско дружество продава хранителни съставки и местни рецепти онлайн, при което предлагането на стоки е достъпно за лица в Съюза, като рекламира тези продукти и предлага доставки във Франция, Испания и Португалия. В тази връзка дружеството дава указания на обработващ лични данни, който също е установен в Бразилия, да разработи специални предложения за клиенти във Франция, Испания и Португалия въз основа на техни предишни покупки и да извърши свързаното с това обработване на данни.

Дейностите по обработване на данни от обработващия лични данни по указание на администратора са свързани с предлагането на стоки на субект на данни в Съюза. Освен това

чрез разработването на тези специално пригодени предложения обработващият лични данни извършва пряко наблюдение на субекти на данни в ЕС. Поради това, обработването на данни от страна на обработващия лични данни подлежи на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2.

Пример 20: Дружество в САЩ е разработило приложение за здраве и начин на живот, което позволява на потребителите да предоставят на дружеството свои персонални показатели (количество сън, тегло, кръвно налягане, сърдечен пулс и др.). След това приложението предоставя на потребителите ежедневни съвети, съдържащи препоръки за храни и спорт. Обработването на данни се извършва от щатския администратор. Приложението е достъпно за и се използва от лица в Съюза. С цел съхранение на данни щатското дружество използва обработващ лични данни, установен в САЩ (доставчик на облачни услуги).

До степента, до която щатското дружество наблюдава поведението на лица в ЕС, при управлението на приложението за здраве и начин на живот то се „насочва“ към лица в ЕС и извършването от него обработване на личните данни на лицата в ЕС ще попада в обхвата на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2.

При извършването на обработването от името на щатското дружество и по негови указания доставчикът на облачни услуги/обработващият лични данни извършва дейност по обработване на данни, „свързана с“ насочването към лица в ЕС от страна на администратора. Извършваната от обработващия лични данни дейност по обработване от името на администратора попада в обхвата на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2.

Пример 21: Турско дружество предлага пакети за културен туризъм в Близкия изток, като екскурзоводите говорят английски, френски и испански език. Туристическите пакети се рекламират и предлагат по-специално през уебсайт, достъпен на трите езика, който позволява онлайн резервации и плащане в евро и британски лири. С цел маркетингови и търговски проучвания дружеството дава указания на обработващ лични данни — телефонен център, установен в Тунис — да се свързва с бивши клиенти в Ирландия, Франция, Белгия и Испания, за да получи обратна информация относно предишните им пътувания и за да ги информира относно предложения и дестинации.

Администраторът извършва „насочване“, като предлага своите услуги на лица в ЕС, и обработването на данни от негова страна попада в обхвата на член 3, параграф 2.

Дейностите по обработване на данни от страна на обработващия лични данни в Тунис, който популяризира услугите на администратора сред лица в ЕС, също са свързани с предлагането на услуги от администратора и следователно попадат в обхвата на член 3, параграф 2. Освен това в този конкретен случай обработващият лични данни в Тунис участва активно в дейностите по обработване на данни, които отговарят на критериите за насоченост, като предлага услуги от името на турския администратор и по негови указания.

д) Взаимодействие с други разпоредби на ОРЗД и други законодателни актове

ЕКЗД също така подчертава взаимодействието между прилагането на териториалния обхват на ОРЗД съгласно член 3 и разпоредбите относно предаването на данни в международен план съгласно глава V. При необходимост може да бъдат публикувани допълнителни насоки в тази връзка.

Администраторите или обработващите лични данни, които не са установени в ЕС, ще бъдат длъжни да спазват националното законодателство на своите трети държави във връзка с

обработването на лични данни. Когато обаче обработването на данни е свързано с насочване към лица в Съюза съгласно член 3, параграф 2, в допълнение към спазването на националното законодателство на своята държава администраторът ще бъде длъжен да спазва и ОРЗД. Такова задължение ще бъде налице, независимо дали обработването се извършва при спазване на правно задължение в третата държава или просто по избор на администратора.

3 ОБРАБОТВАНЕ НА ДАННИ НА МЯСТО, КЪДЕТО СЕ ПРИЛАГА ПРАВОТО НА ДЪРЖАВА ЧЛЕНКА ПО СИЛАТА НА МЕЖДУНАРОДНОТО ПУБЛИЧНО ПРАВО

В член 3, параграф 3 се предвижда, че „[Н]астоящият регламент се прилага за обработването на лични данни от администратор, който не е установен в Съюза, но е установен на място, където се прилага правото на държава членка по силата на международното право“. Тази разпоредба е разгледана по-обширно в съображение 25, което гласи, че „[К]огато правото на дадена държава членка се прилага по силата на международното публично право, настоящият регламент следва да се прилага и спрямо администратор, който не е установен в Съюза, например ако е установен в дипломатическа мисия или консулска служба на държава членка“.

Поради това ЕКЗД счита, че ОРЗД се прилага към обработването на лични данни, извършвано от посолствата и консулствата на държавите членки на ЕС, разположени извън ЕС, тъй като въпросното обработване попада в обхвата на ОРЗД по силата на член 3, параграф 3. В такъв случай в качеството си на администратор или обработващ лични данни дипломатическата или консулската служба на държава членка ще подлежи на всички съответни разпоредби на ОРЗД, включително по отношение на правата на субекта на данни, общите задължения по отношение на администратора и обработващия лични данни и предаването на лични данни на трети държави или международни организации.

Пример 22: Нидерландското консулство в гр. Кингстън, Ямайка, стартира процес за кандидатстване онлайн, свързан с назначаването на местен персонал в помощ на своята администрация.

Макар че нидерландското консулство в гр. Кингстън, Ямайка, не е разположено в Съюза, фактът, че то представлява консулска служба на държава от ЕС, където правото на държава членка се прилага по силата на международното публично право, води до прилагане на ОРЗД по отношение на извършването от него обработване на лични данни съгласно член 3, параграф 3.

Пример 23: Германски кораб за круизи, плаващ в международни води, обработва данни на гостите на борда с цел персонализиране на предложенията за развлечения по време на круиза. Макар че корабът се намира извън Съюза, в международни води, фактът, че той представлява кораб за круизи, регистриран в Германия, означава, че ОРЗД се прилага към извършването от него обработване на лични данни съгласно член 3, параграф 3 по силата на международното публично право.

Макар че не е свързана с прилагането на член 3, параграф 3, може да възникне и различна ситуация, при която по силата на международното право определени юридически лица, органи или организации, установени в Съюза, се ползват с привилегии и имунитети, като например

определените във Виенската конвенция за дипломатическите отношения от 1961 г.²⁷, Виенската конвенция за консулските отношения от 1963 г. или споразуменията за седалище, сключени между международни организации и приемащите ги държави в Съюза. В тази връзка ЕКЗД припомня, че прилагането на ОРЗД не засяга разпоредбите на международното право, като например, разпоредбите, регламентиращи привилегиите и имунитетите на дипломатическите мисии и консулските служби на трети държави, както и на международни организации. Същевременно е важно да се припомни, че всеки администратор или обработващ лични данни, който попада в обхвата на ОРЗД по отношение на дадена дейност по обработване на данни и който осъществява обмен на лични данни с такива образувания, органи и организации, трябва да спазва ОРЗД, включително неговите правила относно предаването на лични данни на трети държави или международни организации, когато е приложимо.

4 ПРЕДСТАВИТЕЛИ НА АДМИНИСТРАТОРИ ИЛИ ОБРАБОТВАЩИ ЛИЧНИ ДАННИ, КОИТО НЕ СА УСТАНОВЕНИ В СЪЮЗА

Администраторите или обработващите лични данни, подлежащи на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2 от него, са длъжни да определят представител в Съюза. Поради това администратор или обработващ лични данни, който не е установен в Съюза, но подлежи на ОРЗД и не определи представител в Съюза, би нарушил Регламента.

Тази разпоредба не е напълно нова, тъй като в Директива 95/46/ЕО вече беше предвидено подобно задължение. Съгласно Директивата тази разпоредба се отнасяше до администратори, които не са установени на територията на Общността и за целите на обработването на лични данни използват автоматизирано или друго оборудване, намиращо се на територията на държава членка. ОРЗД налага задължение за определяне на представител в Съюза на администратор или обработващ, който попада в обхвата на член 3, параграф 2, освен ако същият не отговаря на критериите за освобождаване от това задължение съгласно член 27, параграф 2. За да се улесни прилагането на тази конкретна разпоредба, ЕКЗД счита, че е необходимо да се предоставят допълнителни насоки относно процеса по определяне на представител, задълженията за установяване и отговорностите на представителя в Съюза съгласно член 27.

Следва да се отбележи, че администратор или обработващ лични данни, който не е установен в Съюза и е определил писмено представител в Съюза в съответствие с член 27 от ОРЗД, не попада в обхвата на член 3, параграф 1, т.е. присъствието на представителя в рамките на Съюза не представлява „установяване“ на администратор или обработващ лични данни съгласно член 3, параграф 1.

а) Определяне на представител

В съображение 80 се уточнява, че „[П]редставителят следва да бъде посочен изрично от администратора или от обработващия лични данни с писмен мандат да действа от негово име във връзка с неговите задължения съгласно настоящия регламент. Посочването на такъв представител не засяга отговорностите или задълженията на администратора или на обработващия лични данни съгласно настоящия регламент. Този представител следва да изпълнява задачите си в съответствие с получения от администратора или обработващия лични

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

данни мандат, включително да си сътрудничи с компетентните надзорни органи във връзка с всяко действие, което предприема, за да се осигури спазването на настоящия регламент“.

Поради това писменият мандат, посочен в съображение 80, урежда отношенията и задълженията между представителя в Съюза и администратора или обработващия лични данни, установен извън Съюза, като същевременно не засяга отговорностите или задълженията на администратора или обработващия лични данни. Представителят в Съюза може да бъде физическо или юридическо лице, установено в Съюза, което е в състояние да представлява администратор или обработващ лични данни, установен извън Съюза, по отношение на съответните му задължения съгласно ОРЗД.

На практика функцията на представител в Съюза може да се осъществява въз основа на договор за услуги, сключен с отделно лице или организация, и поради това може да се поема от широк кръг търговски и нетърговски образувания, като например правни кантори, консултантски къщи, частни дружества и др., при условие че тези дружества са установени в Съюза. Освен това един представител може да извършва дейност от името на няколко администратора или обработващи лични данни, установени извън ЕС.

Когато функцията на представител се поема от дружество или от какъвто и да е друг вид организация, се препоръчва да се определи едно лице като основно лице за връзка, което да „отговаря“ за всеки представяван администратор или обработващ лични данни. Принципно също така е полезно тези лица да се посочат в договора за услуги.

В съответствие с ОРЗД, ЕКЗД потвърждава, че когато няколко дейности по обработване на данни, извършвани от даден администратор или обработващ лични данни, попадат в обхвата на член 3, параграф 2 от ОРЗД (и не се прилага нито едно от изключенията на член 27, параграф 2 от ОРЗД), от въпросния администратор или обработващ лични данни не се очаква да определи няколко представители за всяка отделна дейност по обработване на данни, попадаща в обхвата на член 3, параграф 2. ЕКЗД не счита, че функцията на представител в Съюза е съвместима с ролята на външно длъжностно лице по защита на данните (наричано по-нататък „ДЛЗД“), което е установено в Съюза. В член 38, параграф 3 се установяват някои основни мерки, които спомагат да се гарантира, че ДЛЗД са в състояние да изпълняват своите задачи с достатъчна степен на автономност в рамките на тяхната организация. По-специално, администраторите или обработващите лични данни са длъжни да гарантират, че ДЛЗД „не получава никакви указания във връзка с изпълнението на [своите] задачи“. В съображение 97 се добавя, че ДЛЗД, „независимо от това дали са служители на администратора, следва да бъдат в състояние да изпълняват своите задължения и задачи независимо“²⁸. Това изискване за достатъчна степен на автономност и независимост на длъжностното лице по защита на данните изглежда несъвместимо с функцията на представител в Съюза. В действителност, представителят е обвързан с мандат от администратора или обработващия лични данни и ще извършва дейност от негово име, поради което действа в съответствие с преките му указания²⁹. Представителят получава мандат от представлявания от него администратор или обработващ лични данни, поради което действа от негово име при изпълнението на своята задача, като тази роля не може

²⁸ РГ 29, Насоки за длъжностните лица по защита на данните („ДЛЗД“), WP 243 rev.01 — одобрени от ЕКЗД.

²⁹ Външно ДЛЗД, което извършва дейност и като представител в Съюза, не би могло например да бъде поставено в ситуация, в която в качеството си на представител получава указания да съобщи на субект на данни за взето решение или предприета мярка от страна на администратора или обработващия лични данни, ако в качеството си на ДЛЗД е счело, че решението или мярката са несъвместими с разпоредбите на ОРЗД, и е отправило предупреждение в тази връзка.

да бъде съвместима с изпълнението на задълженията и задачите на длъжностното лице по защита на данните по независим начин.

Освен това и с оглед допълване на своето тълкуване ЕКЗД припомня вече изразената от РГ 29 позиция, че „конфликт на интереси може да възникне също така например, ако външно ДЛЗД бъде поканено да представлява администратора или обработващия лични данни пред съдилищата по дела, касаещи теми за защитата на данните“³⁰.

По подобен начин, с оглед на евентуалния конфликт на задължения и интереси при производства за принудително изпълнение ЕКЗД счита, че функцията на представител на администратор в Съюза не е съвместима с ролята на обработващ лични данни за същия администратор, особено по отношение на съответните им отговорности и спазването на изискванията.

Макар че ОРЗД не налага никакви задължения на администратора или на самия представител да уведоми надзорен орган за определянето на представителя, ЕКЗД припомня, че в съответствие с член 13, параграф 1, буква а) и член 14, параграф 1, буква а), като част от своите задължения за предоставяне на информация администраторите предоставят информация на субектите на данни относно самоличността на техния представител в Съюза. Тази информация се включва например в [декларацията за поверителност и] предварителната информация, която се предоставя на субектите на данни към момента на събирането на данни. Администратор, който не е установен в Съюза, но подлежи на член 3, параграф 2 и не информира намиращи се в Съюза субекти на данни относно самоличността на неговия представител, ще наруши задълженията си за прозрачност съгласно ОРЗД. Освен това тази информация следва да бъде леснодостъпна за надзорните органи, за да се улесни установяването на контакт с цел сътрудничество.

Пример 24: Посоченият в пример 12 уебсайт, базиран и управляван в Турция, предлага услуги за създаване, редактиране, отпечатване и изпращане на персонализирани албуми за семейни снимки. Уебсайтът е достъпен на английски, френски, нидерландски и немски език, като плащанията могат да се извършват в евро или британски лири. На уебсайта се посочва, че албумите за снимки могат да се доставят по поща само във Франция, държавите от Бенелюкс и Германия. Тъй като този уебсайт подлежи на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2, буква а), администраторът е длъжен да определи представител в Съюза.

Представителят трябва да е установен в една от държавите членки, в които е достъпна предлаганата услуга — в този случай във Франция, Белгия, Нидерландия, Люксембург или Германия. Наименованието и данните за връзка на администратора и на неговия представител в Съюза трябва да бъдат включени в информацията, която се предоставя онлайн на субектите на данни, след като започнат да използват услугата при създаването на техния албум със снимки. Освен това, тази информация трябва да бъде включена в общата декларация за поверителност на уебсайта.

б) Освобождение от задължението за определяне на представител³¹

³⁰ РГ 29, Насоки за длъжностните лица по защита на данните („ДЛЗД“), WP 243 rev.01 — одобрени от ЕКЗД.

³¹ Част от критериите и тълкуването, посочени в документ на РГ 29 WP243 rev.1 (Насоки за длъжностните лица по защита на данните) — одобрени от ЕКЗД, могат да се използват като основание за освобождение от задължението за определяне на представител.

Макар че прилагането на член 3, параграф 2 води до налагане на задължението за определяне на представител в Съюза за администраторите или обработващите лични данни, установени извън Съюза, в член 27, параграф 2 се предвижда дерогация от задължителното определяне на представител в Съюза в два отделни случая:

- Ј обработване, което е „спорадично, не включва мащабно обработване на специални категории данни по член 9, параграф 1, нито обработване на лични данни, свързани с присъди и нарушения, посочени в член 10“, и което „няма вероятност да породи риск за правата и свободите на физическите лица, като се имат предвид естеството, контекстът, обхватът и целите на обработването“.

В съответствие с позициите, изразени преди това от Работната група по член 29, ЕКЗД счита, че дадена дейност по обработване на данни може да се счита за „спорадична“ само, ако не се извършва редовно и ако се осъществява извън обичайния ход на бизнеса или дейността на администратора или обработващия лични данни³².

В допълнение към това, макар че в ОРЗД не се определя какво представлява мащабно обработване, РГ 29 препоръча в своя документ РД243, представляващ насоки за длъжностните лица по защита на данните („ДЛЗД“), да се вземат предвид по-специално следните фактори, когато се установява дали се извършва мащабно обработване: брой на засегнатите субекти на данните или като конкретен брой, или като дял от съответното население; обем на данните и/или диапазон от различни елементи на данните, които се обработват; продължителност или постоянство на дейността по обработване на данните; географски обхват на дейността по обработване³³.

На последно място, ЕКЗД подчертава, че освобождаването от задължението за определяне на представител съгласно член 27 се отнася до обработване, което „няма вероятност да породи риск за правата и свободите на физическите лица“³⁴, поради което не ограничава освобождаването от задължението до случаи на обработване, които няма вероятност да породят риск за правата и свободите на субектите на данни. В съответствие със съображение 75, когато се оценява рискът за правата и свободите на субектите на данни, следва да се отчетат както вероятността от настъпване на риска, така и неговата тежест.

или

- Ј обработването на данни се извършва „от публичен орган или структура“.

Класифицирането на дадено юридическо лице, установено извън Съюза, като „публичен орган или структура“ ще трябва да се оцени конкретно и за всеки отделен случай от надзорните органи³⁵. ЕКЗД отбелязва, че случаите, в които публичен орган или структура в

³² Позиция на РГ 29 относно дерогациите от задължението за поддържане на регистри на дейностите по обработване съгласно член 30, параграф 5 от ОРЗД.

³³ РГ 29, Насоки за длъжностните лица по защита на данните („ДЛЗД“), приети на 13 декември 2016 г., последно преработени на 5 април 2017 г., WP 243 rev.01 — одобрени от ЕКЗД.

³⁴ Член 27, параграф 2, буква а) от ОРЗД.

³⁵ В ОРЗД не се определя какво означава „публичен орган или структура“. ЕКЗД счита, че това понятие следва да се определи съгласно националното законодателство. В съответствие с това публичните органи и структури включват национални, регионални и местни органи, но съгласно приложимото национално законодателство това понятие обичайно включва и редица други органи, обхванати от публичното право.

трета държава би предлагал/а стоки или услуги на субект на данни в Съюза или би наблюдавал/а неговото поведение, проявяващо се в рамките на Съюза, вероятно биха били ограничени с оглед на неговите/нейните задачи и мисии.

в) Установяване в една от държавите членки, в която се намират субектите на данни, чиито лични данни се обработват

В член 27, параграф 3 се предвижда, че „[П]редставителят е установен в една от държавите членки, в която се намират субектите на данни, чиито лични данни се обработват във връзка с предлагането на стоки или услуги или чието поведение се наблюдава“. В случаите, в които значителна част от субектите на данни, чиито лични данни се обработват, се намират в една конкретна държава членка, като добра практика ЕКЗД препоръчва представителят да бъде установен в същата държава членка. Освен това, представителят трябва да остане леснодостъпен за субекти на данни в държави членки, различни от държавата, в която е установен, в които се предлагат стоките или услугите или се наблюдава поведението.

ЕКЗД потвърждава, че критерият за установяване на представителя в Съюза е местоположението на субектите на данни, чиито лични данни се обработват. В този случай мястото на обработване, дори от обработващ лични данни, установен в друга държава членка, не е приложим фактор за определяне на местоположението, където е установен представителят.

Пример 25: Индийско фармацевтично дружество, което не разполага нито със стопански обекти, нито с място на установяване в Съюза, и което подлежи на ОРЗД съгласно член 3, параграф 2, спонсорира клинични изпитвания, които се извършват от изследователи (болници) в Белгия, Люксембург и Нидерландия. По-голямата част от пациентите, участващи в клиничните изпитвания, се намират в Белгия.

В качеството си на администратор индийското фармацевтично дружество определя представител в Съюза, установен в една от трите държави членки, в които пациенти — които представляват субекти на данни — участват в клиничните изпитвания (Белгия, Люксембург или Нидерландия). Тъй като повечето пациенти пребивават в Белгия, се препоръчва представителят да бъде установен в тази държава. Освен това, ако случаят е такъв, представителят в Белгия следва да бъде леснодостъпен за субекти на данни и за надзорните органи в Нидерландия и Люксембург.

В този конкретен случай представителят в Съюза би могъл да бъде законният представител на спонсора в Съюза съгласно член 74 от Регламент (ЕС) № 536/2014 относно клиничните изпитвания, при условие че той не извършва дейност като администратор от името на спонсора на клиничното изпитване, установен е в една от трите държави членки и двете функции се регламентират от и упражняват в съответствие с всяка отделна правна рамка.

д) Задължения и отговорности на представителя

Представителят в Съюза извършва действия от името на администратора или обработващия лични данни, когато представлява, във връзка със задълженията на последния съгласно ОРЗД. Това предполага, по-специално, изпълнение на задълженията, свързани с упражняването на правата на субектите на данни, като в тази връзка и както вече беше посочено, самоличността и данните за връзка на представителя трябва да бъдат предоставени на субектите на данни в съответствие с членове 13 и 14. Макар че сам по себе си представителят не носи отговорност за спазване на правата на субектите на данни, той трябва да улесни комуникацията между

субектите на данни и представлявания от него администратор или обработващ лични данни с цел ефективно упражняване на правата на субектите на данни.

Съгласно член 30 представителят на администратора или обработващия лични данни поддържа регистър на дейностите по обработване, за които отговаря съответният администратор или обработващ лични данни. ЕКЗД счита, че макар поддържането на такъв регистър да представлява задължение, което се налага както на администратора или обработващия лични данни, така и на представителя, администраторът или обработващият лични данни, който не е установен в Съюза, е отговорен за първичното съдържание и актуализирането на регистъра, и едновременно с това трябва да осигурява на своя представител цялата точна и актуална информация, така че регистърът да може да се поддържа, и да е достъпен, и за представителя във всеки един момент. Същевременно, представителят носи отговорност да бъде в състояние да предостави регистъра в съответствие с член 27, например, когато към него се обръща надзорен орган съгласно член 27, параграф 4.

Както се пояснява в съображение 80, представителят също така следва да изпълнява задачите си в съответствие с получения от администратора или обработващия лични данни мандат, включително да си сътрудничи с компетентните надзорни органи във връзка с всяко действие, което предприема, за да се осигури спазването на Регламента. На практика това означава, че даден надзорен орган може да се свърже с представителя във връзка с всеки въпрос, който се отнася до задълженията за съответствие на администратор или обработващ лични данни, установен извън Съюза, и че представителят е в състояние да улесни всеки обмен на информация или процедурни въпроси и отговори между отправящия искането надзорен орган, и установения извън ЕС администратор или обработващ лични данни.

Поради това, представителят в Съюза трябва да бъде в позиция да осъществява ефективна комуникация със субектите на данни и да си сътрудничи със съответните надзорни органи, при необходимост с помощта на екип. Това означава, че тази комуникация по принцип следва да се осъществява на езика или езиците, използвани от съответните надзорни органи и субекти на данни, или ако това води до непропорционално усилие, представителят ще използва други средства и техники, за да гарантира ефективна комуникация. Поради това наличието на представител е от съществено значение, за да се гарантира, че субектите на данни и надзорните органи са в състояние лесно да установят контакт с администратора или обработващия лични данни, установен извън ЕС. В съответствие със съображение 80 и член 27, параграф 5 определянето на представител в Съюза не повлиява на отговорностите и задълженията на администратора или обработващия лични данни съгласно ОРЗД и не засяга правните действия, които биха могли да бъдат предприети срещу самия администратор или обработващ личните данни. В ОРЗД не се установява възможност представителят да поеме отговорността вместо представлявания от него администратор или обработващ лични данни в Съюза.

Следва обаче да се отбележи, че понятието за представител беше въведено именно с цел да се улесни осъществяването на връзка с администратори или обработващи лични данни, които попадат в обхвата на член 3, параграф 2 от ОРЗД, и да се гарантира ефективното прилагане на ОРЗД срещу тях. За тази цел намерението е било да се позволи на надзорните органи да завеждат производства за принудително изпълнение чрез представителя, определен от администратора или обработващия лични данни, който не е установен в Съюза. Това включва възможността надзорните органи да адресират до представителя корективни мерки или административни глоби и санкции, които се налагат на администратора или обработващия лични данни, който не е установен в Съюза, в съответствие с член 58, параграф 2 и член 83 от

ОРЗД. Въпреки това, възможността представителят да бъде директно подведен под отговорност е ограничена до преките му задължения, посочени в член 30 и член 58, параграф 1 от ОРЗД.

Освен това ЕКЗД подчертава, че целта на член 50 от ОРЗД е по-специално да се улесни прилагането на законодателството във връзка с трети държави и международни организации, както и че понастоящем се обмисля разработването на допълнителни механизми за международно сътрудничество.