# TRANSFERY DANYCH OSOBOWYCH NA PODSTAWIE RODO

redakcja naukowa Marlena Sakowska-Baryła

Gabriela Bar, Maciej Borkowski, Magdalena Czaplińska, Michał Czarnecki
Dominika Dörre-Kolasa, Piotr Drobek, Urszula Góral, Agnieszka Grzelak
Mirosław Gumularz, Tomasz Izydorczyk, Piotr Kalina, Damian Karwala
Beata Konieczna-Drzewiecka, Izabela Kowalczuk-Pakuła, Agnieszka Krzyżak
Dominika Kuźnicka-Błaszkowska, Wojciech Lamik, Paweł Litwiński
Iga Małobęcka-Szwast, Bartosz Marcinkowski, Arwid Mednis, Tomasz Osiej
Marlena Sakowska-Baryła, Rafał Skibicki, Izabela Tarłowska
Mariola Więckowska, Milena Wilkowska

PRAWO W PRAKTYCE

Wolters Kluwer

# TRANSFERY DANYCH OSOBOWYCH NA PODSTAWIE RODO

**redakcja naukowa Marlena Sakowska-Baryła**

Gabriela Bar, Maciej Borkowski, Magdalena Czaplińska, Michał Czarnecki
Dominika Dörre-Kolasa, Piotr Drobek, Urszula Góral, Agnieszka Grzelak
Mirosław Gumularz, Tomasz Izydorczyk, Piotr Kalina, Damian Karwala
Beata Konieczna-Drzewiecka, Izabela Kowalczuk-Pakuła, Agnieszka Krzyżak
Dominika Kuźnicka-Błaszkowska, Wojciech Lamik, Paweł Litwiński
Iga Małobęcka-Szwast, Bartosz Marcinkowski, Arwid Mednis, Tomasz Osiej
Marlena Sakowska-Baryła, Rafał Skibicki, Izabela Tarłowska
Mariola Więckowska, Milena Wilkowska

**PRAWO W PRAKTYCE**

Wolters Kluwer

WARSZAWA 2024

Stan prawny na 15 października 2023 r.

Recenzent
Dr hab. Bogdan Fischer, prof. Uniwersytetu Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie

Wydawca
Anna Kubuj-Kacperek

Redaktor prowadzący
Dorota Lebiedzińska

Opracowanie redakcyjne
JustLuk

Projekt okładek serii
Wojtek Janikowski, Przemek Dębowski



ISBN 978-83-8358-092-0 *ISBN PDF-a: 978-83-8358-350-1*

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. +48 728 313 462
e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

# SPIS TREŚCI

# WYKAZ SKRÓTÓW

## Akty prawne

| | |
|---|---|
| decyzja 2000/520/WE | – decyzja Komisji z 26.07.2000 r. przyjęta na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie adekwatności ochrony przewidzianej przez zasady ochrony prywatności w ramach „bezpiecznej przystani" oraz przez odnoszące się do nich najczęściej zadawane pytania, wydane przez Departament Handlu USA (Dz.Urz. UE L 215, s. 7) |
| decyzja 2001/497/WE | – decyzja Komisji Europejskiej z 15.06.2001 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych do państw trzecich, na mocy dyrektywy 95/46/WE (Dz.Urz. UE L 181, s. 19, ze zm.) |
| decyzja 2002/16/WE | – decyzja Komisji z 27.12.2001 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych przetwarzającym dane mającym siedzibę w państwach trzecich, na mocy dyrektywy 95/46/WE (Dz.Urz. UE L 6, s. 52) |
| decyzja 2004/915/WE | – decyzja Komisji z 27.12.2004 r. zmieniająca decyzję 2001/497/WE w zakresie wprowadzenia alternatywnego zestawu standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych do państw trzecich (Dz.Urz. UE L 385, s. 74) |

decyzja 2010/87/UE – decyzja Komisji Europejskiej z 5.02.2010 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych podmiotom przetwarzającym mającym siedzibę w państwach trzecich, na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L 39, s. 5, ze zm.)

decyzja 2016/1250 – decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2016/1250 z 12.07.2016 r. przyjęta na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, w sprawie adekwatności ochrony zapewnianej przez Tarczę Prywatności UE–USA (Dz.Urz. UE L 207, s. 1)

decyzja 2016/2297 – decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2016/2297 z 16.12.2016 r. zmieniająca decyzje 2001/497/WE i 2010/87/UE w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych państwom trzecim oraz podmiotom przetwarzającym dane mającym siedzibę w takich państwach, na mocy dyrektywy 95/46/WE parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L 344, s. 100)

decyzja 2019/419 – decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2019/419 z 23.01.2019 r. na podstawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679, stwierdzająca odpowiedni stopień ochrony danych osobowych przez Japonię na mocy ustawy o ochronie informacji osobowych (Dz.Urz. UE L 76, s. 1)

decyzja 2021/914 – decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2021/914 z 4.06.2021 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych do państw trzecich na podstawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 (Dz.Urz. UE L 199, s. 31)

decyzja 2021/915 – decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2021/915 z 4.06.2021 r. w sprawie standardowych klauzul umownych między administratorami a podmiotami przetwarzającymi na podstawie art. 28 ust. 7 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 oraz art. 29 ust. 7 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1725 (Dz.Urz. UE L 199, s. 18)

decyzja 2023/1795 – decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2023/1795 z 10.07.2023 r. na podstawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679, stwierdzająca odpowiedni stopień ochrony danych osobowych zapewniony w ramach ochrony danych UE-USA (Dz.Urz. UE L 231, s. 118)

dyrektywa 95/46/WE – dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 24.10.1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.Urz. UE L 281, s. 31, ze zm.)

dyrektywa 2000/31/WE – dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 8.06.2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym) (Dz.Urz. UE L 178, s. 1, ze zm.)

dyrektywa policyjna – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylająca decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW (Dz.Urz. UE L 119, s. 89)

k.c. – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.)

Konstytucja RP – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)

KPP – Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 303, s. 1, ze zm.)

k.s.h. – ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1467 ze zm.)

| | |
|---|---|
| RODO | – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE L 119, s. 1, ze zm.) |
| SCC | – Standardowe klauzule umowne – załącznik do decyzji wykonawczej Komisji (UE) 2021/914 z 4.06.2021 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych do państw trzecich na podstawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 (Dz.Urz. UE L 199, s. 31) |
| SCC C2C 2001 | – Pakiet I Standardowych klauzul umownych – załącznik do decyzji Komisji Europejskiej z 15.06.2001 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych do państw trzecich, na mocy dyrektywy 95/46/WE (Dz.Urz. UE L 181, s. 19, ze zm.) |
| SCC C2P 2001 | – Standardowe klauzule umowne – załącznik do decyzji Komisji z 27.12.2001 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych przetwarzającym dane mającym siedzibę w państwach trzecich, na mocy dyrektywy 95/46/WE (Dz.Urz. UE L 6, s. 52) |
| SCC C2C 2004 | – Pakiet II Standardowych klauzul umownych – załącznik do decyzja Komisji 2004/915/WE z 27.12.2004 r. zmieniającej decyzję 2001/497/WE w zakresie wprowadzenia alternatywnego zestawu standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych do państw trzecich (Dz.Urz. UE L 385, s. 74) |
| SCC C2P 2010 | – Standardowe klauzule umowne – załącznik do decyzji Komisji Europejskiej z 5.02.2010 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych podmiotom przetwarzającym mającym siedzibę w państwach trzecich, na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L 39, s. 5, ze zm.) |

| | |
|---|---|
| TCA | – umowa o handlu i współpracy między Unią Europejską i Europejską Wspólnotą Energii Atomowej, z jednej strony, a zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, z drugiej strony (Dz.Urz. UE L 149, s. 10, ze zm.) |
| TFUE | – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 ze zm.) |
| TUE | – Traktat o Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30 ze zm.) |
| umowa o wystąpieniu | – umowa o wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej z Unii Europejskiej i Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej (Dz.Urz. UE L 29, s. 7, ze zm.) |
| u.o.d.o. | – ustawa z 10.05.2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1781) |

## Inne

| | |
|---|---|
| BCR | – *binding corporate rules* |
| CNIL | – Commission nationale de l'informatique et des libertés (francuska Komisja Ochrony Danych Osobowych) |
| DD | – *due diligence* |
| DPF | – *EU–US Data Privacy Framework* |
| EOG | – Europejski Obszar Gospodarczy |
| EIOD | – Europejski Inspektor Ochrony Danych |
| EROD | – Europejska Rada Ochrony Danych |
| DPIA | – ocena skutków dla ochrony danych |
| guidelines 05/2021 | – guidelines 05/2021 on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfers as per Chapter V of the GDPR, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052021-interplay-between-application-article-3_en |
| M&A | – *mergers and acquisitions* (fuzje i przejęcia) |
| M. Praw. | – Monitor Prawniczy |
| NOYB | – organizacja None of Your Business |

| | |
|---|---|
| recommendations 1/2022 | – recommendations 1/2022 on the Application for Approval and on the elements and principles to be found in Controller Binding Corporate Rules (Art. 47 GDPR), https://edpb.europa.eu/system/files/2023-06/edpb_recommendations_20221_bcr-c_v2_en.pdf (dostęp: 27.10.2023 r.) |
| SKU | – standardowe klauzule umowne |
| TIA | – *Transfer Impact Assessment* |
| TS | – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej |
| UODO | – Urząd Ochrony Danych Osobowych |
| wyrok w sprawie Bodil Lindqvist | – wyrok TS z 6.11.2003 r., C-101/01, postępowanie karne przeciwko Bodil Lindqvist, LEX nr 192425 |
| wyrok w sprawie Schrems I | – wyrok TS z 6.10.2015 r., C-362/14, Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner, LEX nr 1920986 |
| wyrok w sprawie Schrems II | – wyrok TS z 16.07.2020 r., C-311/18, Data Protection Commissioner przeciwko Facebook Ireland Ltd i Maximillianowi Schremsowi, LEX nr 3029449 |
| wytyczne 2/2018 | – wytyczne 2/2018 w sprawie wyjątków określonych w art. 49 rozporządzenia 2016/679, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_2_2018_derogations_pl.pdf |
| wytyczne 2/2020 | – wytyczne 2/2020 w sprawie art. 46 ust. 2 lit. a i art. 46 ust. 3 lit. b rozporządzenia 2016/679 dotyczącego przekazywania danych osobowych między organami i podmiotami publicznymi z EOG i spoza EOG, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-22020-articles-46-2-and-46-3-b-regulation_pl |
| wytyczne 07/2020 | – wytyczne 07/2020 dotyczące pojęć administratora i podmiotu przetwarzającego zawartych w RODO, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-072020-concepts-controller-and-processor-gdpr_pl |
| wytyczne 05/2021 | – wytyczne 05/2021 w sprawie wzajemnych zależności między stosowaniem art. 3 a przepisami dotyczącymi międzynarodowego przekazywania danych zgodnie z rozdziałem V RODO, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052021-interplay-between-application-article-3_pl |

wytyczne 07/2022 – wytyczne 07/2022 dotyczące certyfikacji jako narzędzia do przekazywania danych, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-072022-certification-tool-transfers_pl

wytyczne 8/2022 – wytyczne 8/2022 dotyczące ustalania wiodącego organu nadzorczego właściwego dla administratora lub podmiotu przetwarzającego (wersja 2.0), przyjęte 28.03.2023 r., https://edpb.europa.eu/system/files/2023-10/edpb_guidelines_202208_identifying_lsa_targeted_update_pl.pdf

zalecenia 01/2020 – zalecenia 01/2020 dotyczące środków uzupełniających narzędzia przekazywania w celu zapewnienia zgodności z unijnym stopniem ochrony danych osobowych, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2020/recommendations-012020-measures-supplement_pl

zalecenia 01/2021 – zalecenia 01/2021 w sprawie odpowiedniego stopnia ochrony przekazywanych danych osobowych na mocy dyrektywy (UE) 2016/680, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/recommendations/recommendations-012021-adequacy-referential-under-law_pl

# WSTĘP

W ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych (RODO) wprost wskazuje się, że przepływ danych osobowych do państw spoza Unii Europejskiej i do organizacji międzynarodowych oraz z takich państw i z takich organizacji jest niezbędnym warunkiem rozwoju handlu międzynarodowego i współpracy międzynarodowej, z którym jednak wiąże się wiele wyzwań. Tak jest też w praktyce, ponieważ transfery to niezwykle newralgiczny obszar ochrony danych osobowych, na co wskazuje coraz bogatsze orzecznictwo, praktyka organów nadzorczych oraz dyskurs prawniczy, jaki toczy się wokół przekazywania danych poza EOG. Sprzyja temu globalizacja rynku, w tym usług IT, globalna dostępność usług cyfrowych, szeroka współpraca zagraniczna prowadzona w sektorze prywatnym oraz publicznym, relacje korporacyjne, które często wychodzą poza obręb kraju czy regionu. Z każdym z tych obszarów związany jest przepływ danych osobowych, który z perspektywy unijnej musi odbywać się według standardów odpowiadających RODO. Biorąc pod uwagę obecną praktykę organów nadzorczych, Europejskiej Rady Ochrony Danych i Komisji Europejskiej – nawet prosta, jak się do niedawna wydawało, relacja biznesowa, która sprowadza się nie do obrotu danymi osobowymi, lecz do wymiany towarów i usług innego rodzaju, wymaga skomplikowanych badań w zakresie dopuszczalności transferu danych.

Niewątpliwie na wzrost zainteresowania problematyką przekazywania danych osobowych do państw trzecich i organizacji międzynarodowych znaczący wpływ ma orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, ze szczególnym uwzględnieniem głośnych spraw Schrems I i Schrems II, ponieważ coraz istotniej rzutuje na praktykę stosowania

przepisów o ochronie danych osobowych i same transfery. Można śmiało rzec, że realne zainteresowanie tematyką transferów będzie wzrastać wraz z pojawianiem się nowych orzeczeń organów nadzorczych i wzrostem świadomości po stronie osób, których dane dotyczą, zainteresowanych egzekwowaniem swoich praw także w warunkach ponadgranicznych operacji przetwarzania danych. Faktycznie bowiem takie przekazywanie danych poza Unię Europejską ma miejsce coraz częściej – chodzi tu chociażby o korzystanie z rozwiązań IT bardzo często dostarczanych przez USA, Chiny, Indie, Izrael czy inne państwa spoza EOG, księgowość, rozliczenia, analitykę, badania kliniczne, badania produktów, przekształcenia korporacyjne i sprawy kadrowe. Transfery danych dokonywane są również w sektorze publicznym, ponieważ współpraca międzynarodowa dotyczy także organów i podmiotów publicznych.

Publikacja stanowi pierwsze na rynku kompleksowe omówienie problematyki przekazywania danych osobowych do państw trzecich i organizacji międzynarodowych. Możliwie szeroko i szczegółowo omówiono w niej wszystkie zagadnienia zgodnego z RODO przekazywania danych osobowych do państw trzecich i organizacji międzynarodowych, począwszy od przybliżenia pojęcia transferu i prawnych uwarunkowań jego dopuszczalności, skończywszy na omówieniu ryzyka związanego z transferem i rozwiązań technicznych pozwalających na bezpieczny ponadgraniczny przepływ danych. Książka zawiera drobiazgowe analizy orzecznictwa, wytycznych EROD, praktyczne rekomendacje co do stosowania narzędzi transferowych. W publikacji wiele miejsca poświęcono każdej z przesłanek legalizującej transfer, decyzjom Komisji Europejskiej, wyrokom dotyczącym transferów i ich praktycznym konsekwencjom, wytycznym EROD, praktyce organów nadzorczych, zagadnieniom przepływu danych w kontekście korporacyjnym i kadrowym oraz działalności podmiotów publicznych. Książka zawiera szczegółowe omówienie kryteriów uznawania odpowiedniego stopnia ochrony danych osobowych w państwie trzecim, wytyczne jak przeprowadzić *Transfer Impact Assessment*, a także wnikliwe ustalenia dotyczące przekazywania danych osobowych do Wielkiej Brytanii oraz Stanów Zjednoczonych.

Publikacja jest adresowana do osób odpowiedzialnych za współpracę zagraniczną w biznesie i administracji publicznej, organizację systemu ochrony danych osobowych, inspektorów ochrony danych, specjalistów do spraw ochrony danych osobowych i bezpieczeństwa informacji, jak również do sędziów, radców prawnych, adwokatów, naukowców i studentów zajmujących się zagadnieniami z zakresu prawa ochrony danych osobowych, nowych technologii, prawa europejskiego i prawa międzynarodowego.

Książka powstała we współautorstwie licznej grupy Autorów – wyśmienitych ekspertów i praktyków zajmujących się tematyką ochrony danych osobowych, nowymi technologiami, bezpieczeństwem informacji, prawem pracy, prawem europejskim, prawem informacyjnym, prawem konstytucyjnym. Wszystkim Autorom składam serdeczne podziękowania za ogromne zaangażowanie i wkład w powstanie tej książki oraz za bardzo dobrą współpracę.

*dr hab. Marlena Sakowska-Baryła, prof. UŁ*

Marlena Sakowska-Baryła

Rozdział 1

# TRANSFER DANYCH OSOBOWYCH – PRÓBA ZDEFINIOWANIA POJĘCIA NA GRUNCIE PRZEPISÓW RODO

## 1. Wprowadzenie

Pojęcie transferu danych nie zostało zdefiniowane w przepisach RODO. Nie zmienia to jednak faktu, że przepisy tego rozporządzenia stanowią podstawę prawną i punkt odniesienia dla zespołu czynności dokonywanych na danych osobowych lub w odniesieniu do nich, jakie określa się tym zbiorczym terminem, co więcej akt ten poświęca przekazywaniu danych osobowych do państw trzecich i organizacji międzynarodowych osobny V rozdział, a istotę tej regulacji przybliża w motywach 101–116 preambuły.

Na obecnym etapie rozwoju technologii służących przetwarzaniu danych osobowych pojęcie transferu danych wydaje się dostatecznie szerokie i uniwersalne także w polskim języku prawniczym. Tym samym uzasadnione jest wskazanie, że byłoby lepszym rozwiązaniem lingwistycznym, gdyby w polskiej wersji językowej RODO posłużono się właśnie nim w miejsce użytego w tym akcie zwrotu „przekazywanie danych osobowych", co stanowi odpowiednik angielskiego „transfer of personal data"[1], ale nie wydaje się dostatecznie obrazo-

[1] Zob. P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2022, s. 522.

wać specyfiki operacji, o które tu chodzi. Biorąc bowiem pod uwagę to, jakiego rodzaju operacje na danych są obecnie kwalifikowane jako transfer danych osobowych do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej, termin „przekazywanie danych osobowych" nie przystaje do tych wszystkich przypadków dostępu do danych, które współcześnie z powodzeniem w dyskursie prawniczym określa się jako „transfer danych". Wprawdzie pod względem językowym terminowi „przekazywanie danych" nie można nic zarzucić, gdy chodzi o tłumaczenie tekstu RODO, jednak zważywszy, że w polskiej nomenklaturze ochrony danych osobowych już od wielu lat funkcjonował termin „transfer danych", można by oczekiwać, że ten właśnie zwrot – o ugruntowanych pozycji i znaczeniu – zostanie wykorzystany w treści polskiej wersji aktu. Choć zwrot ten nie został użyty w RODO, to jednak przy stosowaniu jego przepisów w języku prawniczym pozostaje istotnie zakotwiczony tak on, jak i jego pochodne, takie jak chociażby „narzędzia transferowe", „mechanizmy transferowe", „umowy transferowe", „operacje transferowe" itp.

Przybliżenie pojęcia transferu danych wymaga wskazania kilku płaszczyzn, w obrębie których powinno być dokonywane jego osadzenie. W pierwszej kolejności należy wyjść od generalnego zakazu przekazywania danych osobowych do państw trzecich i organizacji międzynarodowych[2] oraz warunków, na jakich transfer danych może się odbywać. Chodzi zatem o zarysowanie istoty tego założenia, do której wielokrotnie powracamy w poszczególnych rozdziałach tej książki. Dla uchwycenia pojęcia transferu danych osobowych istotne jest odniesienie się do takich zagadnień, jak „państwo trzecie" i „organizacja międzynarodowa". Stanowią one istotne konstrukcyjne elementy instytucji transferów danych osobowych, ponieważ RODO odnosi się do przekazywania danych osobowych do tak określonych grup terytorialnych i podmiotowych oraz wiąże z nim szczególne uwarunkowania, niezależne od ogólnie określonych zasad i przesłanek dopuszczalności przetwarzania danych osobowych. Kluczowym

[2] Zob. D. Karwala, *Przekazywanie danych osobowych do państw trzecich i organizacji międzynarodowych* [w:] *Meritum. Ochrona danych osobowych*, red. D. Lubasz, Warszawa 2022, s. 369.

punktem analiz dotyczących sposobu rozumienia i zakresu pojęcia transferu danych jest wskazanie, na czym w praktyce może on polegać, a więc jakie operacje dokonywane przy użyciu danych osobowych są uznawane za transfer. Zważywszy jednak na siatkę pojęciową, oczywiste wydaje się, że te ustalenia w znacznej mierze muszą bazować na użytej w RODO terminologii oraz sposobie rozumienia pojęcia przekazywania danych osobowych do państw trzecich i organizacji międzynarodowych. Ustalenia te, uwzględniając ugruntowaną już i powszechnie używaną nomenklaturę prawa ochrony danych osobowych jako jednego z istotnych składowych obszarów szerzej pojmowanego prawa informacyjnego[3], uznać należy za dotyczące właśnie transferów danych.

## 2. Uwarunkowania prawne transferów danych osobowych

Jak wynika z tytułu art. 44 RODO, otwierającego rozdział V, sformułowano w nim „ogólną zasadę przekazywania", ponieważ tak właśnie nazwana została ta jednostka redakcyjna. Zgodnie z tym przepisem przekazanie danych osobowych, które są przetwarzane lub mają być przetwarzane po przekazaniu do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej, następuje tylko, gdy – z zastrzeżeniem innych przepisów RODO – administrator i podmiot przetwarzający spełnią warunki określone w jego rozdziale V, w tym warunki dalszego przekazania danych z państwa trzeciego lub przez organizację międzynarodową do innego państwa trzeciego lub innej organizacji międzynarodowej, przy czym wszystkie przepisy tego rozdziału należy stosować z myślą o zapewnieniu, by nie został naruszony stopień ochrony osób fizycznych zagwarantowany w tym rozporządzeniu. W ten sposób zatem został określony standard takiego przetwarzania, które obejmuje przekazywanie danych osobowych do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej, a także podstawowy cel tej regulacji, jakim jest zapewnienie,

[3] Szerzej na temat praw informacyjnych zob. M. Sakowska-Baryła, *Ochrona danych osobowych a dostęp do informacji publicznej i ponowne wykorzystywanie informacji sektora publicznego*, Warszawa 2022, s. 44–55.

aby poziom ochrony osób fizycznych zagwarantowany w RODO nie został obniżony[4]. W literaturze wskazuje się, że powodem wprowadzenia rozwiązań prawnych dotyczących transferów danych osobowych jest dążenie do wyłączenia lub co najmniej istotnego ograniczenia osłabiania gwarancji wynikających z obowiązujących w Unii Europejskiej przepisów o ochronie danych osobowych, jakie mogą mieć miejsce w związku z przepływem danych osobowych z odpowiednio zabezpieczonego obszaru obowiązywania przepisów unijnych na terytorium państw lub do organizacji międzynarodowych, gdzie brak podobnego poziomu ochrony[5]. Jednocześnie wśród ryzyk związanych z „wydostaniem się danych" poza bezpieczny obszar wskazać można nieuprawniony dostęp, wykorzystanie w celach niezgodnych z pierwotnym przeznaczeniem czy dostęp i wykorzystywanie przez organy państw trzecich, w tym także ich służby specjalne[6]. W konsekwencji można stwierdzić, że przyjęta w Unii Europejskiej konstrukcja dotycząca transferów danych przede wszystkim zabezpiecza wolności i prawa jednostki.

Swobodny transfer danych do państw trzecich i organizacji międzynarodowych, bez oglądania się na uwarunkowania prawne i faktyczne związane z przetwarzaniem przez nie danych osobowych, w pierwszym rzędzie godziłby w paradygmat ochrony osoby fizycznej w związku z przetwarzaniem jej danych osobowych, jaki wywodzić należy z unijnych regulacji traktatowych oraz statuowanych przez Unię Europejską aktów prawnych, które są konstruowane z założeniem poszanowania wolności i praw człowieka, w tym prywatności i ochrony danych osobowych. Tę ostatnią sprowadzić można do licznych procedur związanych z przetwarzaniem danych osobowych, których przestrzeganie jest niezbędne do osiągnięcia efektu ochronnego dla jednostki, przy zapewnieniu obydwu stronom stosunku informacyjnego – osobie fizycznej oraz podmiotowi lub podmiotom przetwarzającym jej dane osobowe – prawnych podstaw podejmowania działań związanych z tym przetwarzaniem. W prawie

[4] P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych…*, 2022, s. 519.

[5] D. Karwala, *Komercyjne transfery danych osobowych do państw trzecich*, Warszawa 2018, s. 27.

[6] D. Karwala, *Komercyjne…*, s. 27.

Unii Europejskiej osoba, której dane dotyczą, została wyposażona w instrumenty prawne służące zapewnieniu przejrzystości wykorzystywania informacji, które jej dotyczą, weryfikacji takiego przetwarzania, samodzielnego uruchomienia odpowiednich procedur dostępowych, korekcyjnych lub zakazowych związanych z przetwarzaniem jej danych, oraz spowodowania wszczęcia odpowiedniego postępowania przez organ nadzorczy lub właściwy sąd. W przypadku transferu danych osobowych mechanizmy te mogą nie być zapewnione, a przecież stanowią jeden z elementów konstrukcyjnych w europejskim systemie ochrony danych osobowych. Równocześnie unijnym standardem jest wyraźne określenie zasad postępowania z danymi osobowymi, jakie mają być spełnione przez podmioty, które je przetwarzają. Dotyczą one samych podstaw prawnych przetwarzania danych osobowych, w tym wyraźnie określonych granic ich wykorzystywania, a także rozwiązań o charakterze techniczno-organizacyjnym związanych z zapewnianiem odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa tym danym (a w konsekwencji i osobom fizycznym, których one dotyczą) oraz rozliczalności całego procesu przetwarzania danych osobowych, tak, aby możliwe było prześledzenie wszelkich działań dokonywanych z wykorzystaniem danych osobowych, ocenienie ich podstaw prawnych i adekwatności, a w szczególności wykonywanie praw osób, których dane dotyczą. W przypadku transferu danych do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej standard ten może nie zostać osiągnięty. Na tego rodzaju uwarunkowania zwraca uwagę prawodawca unijny w motywie 101 RODO, w którym wskazano, że przepływ danych osobowych do państw spoza Unii Europejskiej i do organizacji międzynarodowych oraz z takich państw i z takich organizacji jest niezbędnym warunkiem rozwoju handlu międzynarodowego i współpracy międzynarodowej. Jednak przekazując dane osobowe z Unii administratorom, podmiotom przetwarzającym lub innym odbiorcom w państwach trzecich lub organizacjom międzynarodowym, nie należy obniżać poziomu ochrony osób fizycznych zapewnianego w Unii przez RODO, co dotyczy także przypadków dalszego przekazywania danych osobowych: z państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej administratorom lub pomiotom przetwarzającym w tym samym lub w innym państwie trzecim albo tej samej lub innej or-

ganizacji międzynarodowej. W każdym przypadku przekazywanie danych do państw trzecich i organizacji międzynarodowych może się odbywać wyłącznie w pełnej zgodzie z rozporządzeniem. Przekazywanie może mieć miejsce jedynie w przypadkach, w których administrator lub podmiot przetwarzający przestrzegają warunków określonych w przepisach rozporządzenia dotyczących przekazywania danych osobowych państwom trzecim lub organizacjom międzynarodowym – z zastrzeżeniem pozostałych przepisów rozporządzenia. Dodatkowo w motywie 102 RODO wskazano, że rozporządzenie to pozostaje bez uszczerbku dla umów międzynarodowych między Unią Europejską a państwami trzecimi regulujących przekazywanie danych osobowych, w tym zawierających odpowiednie zabezpieczania dla osób, których dane dotyczą, a państwa członkowskie mogą zawierać umowy międzynarodowe przewidujące m.in. przekazywanie danych osobowych do państw trzecich lub organizacji międzynarodowych, o ile umowy takie nie wpływają na RODO ani na inne przepisy prawa Unii i przewidują odpowiedni stopień ochrony podstawowych praw osób, których dane dotyczą. Standard Unii Europejskiej w zakresie ochrony danych osobowych pozostaje zatem punktem odniesienia także wtedy, gdy przekazywanie danych ma mieć podstawę w umowach międzynarodowych.

Ogólny zakaz transferów danych do państw trzecich i organizacji międzynarodowych oraz powiązanie wyłomu od tej ogólnej zasady z koniecznością zachowania standardu ochrony wynikającego z prawa Unii stanowi refleks wielu dodatkowych uwarunkowań w większym lub mniejszym stopniu powiązanych ze statusem prawa do ochrony danych osobowych jako jednego z podstawowych praw człowieka i instrumentarium związanym z jego ochroną. Istotny rygoryzm w podejściu do transferów danych osobowych może być wiązany z:

– zasadą suwerenności państw, w tym tzw. suwerennością informacyjną, dla której pewnym zagrożeniem może okazać się utrata kontroli nad danymi osobowymi, które pozostają w dyspozycji publicznych i prywatnych podmiotów działających w ich granicach i podlegających ich prawu;
– uwarunkowaniami ekonomicznymi i instrumentami protekcjonizmu, ponieważ zarówno dane, jak i rozwiązania technologiczne

służące ich przetwarzaniu mają wymierną wartość ekonomiczną, która może być przedmiotem ochrony państw i Unii Europejskiej;
– przeciwdziałaniem zagrożeniom dla obronności;
– ochroną dziedzictwa kulturowego i kulturowej identyfikacji[7].

Warto odnotować, że przed RODO nie istniało *de facto* jednolite, paneuropejskie prawo ochrony danych osobowych, co miało znaczenie także dla transferów danych, bo wcześniejsze konstrukcje unijne opierały się na harmonizacji, a nie unifikacji prawa[8]. Przywołany wyżej art. 44 RODO jest podobny do art. 25 ust. 1 dyrektywy 95/46/WE, jednak wymogi dotyczące transferów formułuje nie tyko w odniesieniu do państw trzecich, ale i organizacji międzynarodowych. Jednocześnie RODO w szerszym zakresie reguluje zagadnienia transferu, m.in. ze względu na wykorzystywany mechanizm unifikacji polegający na tworzeniu jednolitych regulacji prawnych dla wszystkich państw członkowskich, które – przyjmowane na poziomie Unii Europejskiej – stają się automatycznie częścią krajowych porządków prawnych[9]. Przyjęcie RODO miało służyć ułatwieniu swobodnego przepływu danych osobowych na terytorium Unii Europejskiej przy jednoczesnej ochronie podstawowych praw i wolności osób fizycznych, w szczególności prawa do ochrony danych osobowych, z tym założeniem, że ochrona przyznana danym osobowym w EOG musi towarzyszyć tym danym w każdym miejscu, do którego są przekazywane, zatem przekazanie danych osobowych do państwa trzeciego nie może prowadzić do rozluźnienia lub osłabienia ochrony zagwarantowanej w EOG. Z przepisów RODO wywodzić można, że prawodawca unijny przyjmuje założenie, że wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej zapewniają odpowiedni poziom ochrony danych dzięki stosowaniu przepisów tego aktu, więc przepływ danych w obrębie tych państw odbywa się swobodnie, bez konieczności wprowadzania dodatkowych ograniczeń. Jednocześnie jednak wychodząc od ogólnego zakazu przekazywania danych osobowych do państw trzecich

[7] Zob. D. Karwala, *Komercyjne*…, s. 28–29.

[8] B. Fischer [w:] *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, red. M. Sakowska-Baryła, Warszawa 2018, komentarz do art. 44, s. 461.

[9] B. Fischer [w:] *Ogólne*…, red. M. Sakowska-Baryła, komentarz do art. 44, s. 461.

lub organizacji międzynarodowych, dąży do zapewnienia możliwości swobodnego przepływu danych między państwami i organizacjami międzynarodowymi, o ile istnieją gwarancje, że na skutek przekazywania danych poziom ich ochrony nie zostanie obniżony[10].

Współcześnie w przepisach RODO mamy do czynienia z trzema mechanizmami legalizacji przekazywania danych osobowych do państw trzecich i organizacji międzynarodowych uchylającymi ogólny zakaz takich transferów, których stosowanie ma charakter sekwencyjny, ponieważ stosuje się je w kolejności wynikającej z rozdziału V RODO. Dopuszczalność transferu wchodzi więc w rachubę w przypadku zaistnienia którejś z następujących przesłanek, przy czym spełnienie przesłanki wskazanej hierarchicznie wyżej eliminuje potrzebę weryfikacji spełnienia kolejnej:

1) istnienie decyzji Komisji Europejskiej stwierdzającej odpowiedniość ochrony w państwie trzecim (art. 45 RODO);
2) jeżeli nie została wydana decyzja Komisji – istnienie któregoś z odpowiednich zabezpieczeń ochrony danych osobowych przewidzianych w art. 46 i 47 RODO;
3) jeżeli nie została wydana decyzja Komisji Europejskiej i nie stosuje się któregoś z mechanizmów transferowych z art. 46 i 47 RODO – jedna z sytuacji wskazanych w art. 49 RODO[11].

Aby jednak analizować, czy w konkretnym przypadku transfer danych osobowych jest zgodny z prawem, niezbędne jest ustalenie, że mamy do czynienia z przekazywaniem danych osobowych do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej. Ustalenia te oparte są na dwóch czynnikach podmiotowych, a więc zdefiniowaniu tego, kiedy możemy mówić o państwie trzecim i o organizacji międzynarodowej, oraz czynnika przedmiotowego, czyli określenia, co oznacza „przekazywane danych", w tym jaka jest relacja tego pojęcia względem kategorii przetwarzania danych osobowych.

[10] P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych…*, 2022, s. 521.
[11] Zob. D. Karwala, *Przekazywanie…*, 2022, s. 369.

## 3. Państwo trzecie

Pojęcie państwa trzeciego (*third country*) jest jednym z podstawowych komponentów dla instytucji transferu danych osobowych oraz dla zastosowania mechanizmów opisanych w rozdziale V RODO. Akt ten jednak nie definiuje tego terminu, odnosi się tylko do państw spoza Unii Europejskiej w motywie 101. Brak w RODO definicji pojęcia państwa trzeciego nie stoi natomiast na przeszkodzie, by sprecyzować, że jako takie traktować należy państwo nienależące do Europejskiego Obszaru Gospodarczego, ponieważ RODO ma znaczenie nie tylko dla państw Unii Europejskiej, ale odnosi się również do państw EOG, który na mocy Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym z 2.05.1992 r. (Dz.Urz. UE L 1, s. 3 ze zm.) tworzą państwa należące do Unii Europejskiej oraz państwa Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu, które przystąpiły do EOG, a więc Islandia, Liechtenstein i Norwegia.

W literaturze wskazuje się, że ustawodawca unijny nie definiuje pojęcia państwa trzeciego w prawie wtórnym Unii Europejskiej, a więc m.in. w rozporządzaniach, ponieważ zostało ono wprowadzone do prawa pierwotnego, tj. do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i Traktatu o Unii Europejskiej, a oba traktaty posługują się nim w powyższym znaczeniu. Dlatego też odrębne definiowanie państwa trzeciego w RODO miałoby wyłącznie wymiar informacyjny i trudno byłoby przypisać mu jakąś samoistną normatywną treść[12]. W tym stanie rzeczy przekazywanie danych osobowych w obrębie państw członkowskich EOG odbywa się swobodnie przy spełnieniu określonych w RODO ogólnych zasad i przesłanek dopuszczalności przetwarzania danych osobowych oraz ze spełnieniem określonych w tym akcie wymogów bezpieczeństwa, natomiast legalne przekazywanie danych osobowych do państw trzecich i organizacji międzynarodowych jest możliwe wyłącznie przy spełnieniu dodatkowych wymogów określonych w przepisach rozdziału V RODO[13].

[12] P. Barta, M. Kawecki, P. Litwiński [w:] *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Wybrane przepisy sektorowe. Komentarz*, red. P. Litwiński, Warszawa 2021, komentarz do art. 44, s. 445–446.

[13] Zob. P. Fajgielski, *Prawo ochrony danych osobowych. Zarys wykładu*, Warszawa 2019, s. 162.

Zgodnie z prawem unijnym EOG stanowi monolit zapewniający europejski standard ochrony danych osobowych, a cała reszta świata to „państwa trzecie", co do których Unia Europejska przyjęła wzruszalne domniemanie, że nie zapewniają danym osobowym odpowiedniego – europejskiego – stopnia (poziomu) ochrony, co ma odzwierciedlenie m.in. w treści motywów 6, 48, 101–116 preambuły RODO oraz regulacjach rozdziału V RODO, a wcześniej w treści motywów 20, 37, 56, 57, 59, 60 i 66 oraz regulacji rozdziału IV uchylonej przez RODO dyrektywy 95/46/WE[14].

Zaznaczyć należy jednocześnie, że dla oceny, czy mamy do czynienia z transferem w omawianym tu ujęciu podmiotowym, decydujące znaczenie ma to, iż dane faktycznie zostają przekazane poza EOG, nie zaś to, że podmiot, do którego dane się przekazuje, ma siedzibę w państwie trzecim. Przy ocenie, czy przekazanie danych osobowych następuje do państwa trzeciego, znaczenie ma faktyczne miejsce, do którego przekazywane są dane osobowe. Oznacza to, że *outsourcing* operacji przetwarzania danych osobowych zlecany podmiotom z siedzibą na terenie Unii, ale faktycznie wykonywany w państwach trzecich, musi być potraktowany jako transfer danych osobowych[15].

W kontekście analiz dotyczących przekazywania danych osobowych do państw trzecich w literaturze zwraca się uwagę na kwestię przekazywania danych osobowych do miejsc, które nie podlegają jurysdykcji państwowej oraz niesuwerennych organizacji terytorialnych, które nie są państwami w rozumieniu prawa międzynarodowego. Należy zgodzić się ze stwierdzeniem, że również w takich przypadkach powinny być zastosowane wymogi przewidziane w RODO dla przekazywania danych do państw trzecich i organizacji międzynarodowych, a co za tym idzie – należy poszukiwać odpowiednich rozwiązań transferowych określonych w rozdziale V tego aktu[16].

[14] B. Marcinkowski, *Przekazywanie danych osobowych do państw trzecich. Ramy prawne i praktyka w świetle wyroków Schrems I i Schrems II*, M. Praw. 2020/23, s. 69.

[15] P. Barta, M. Kawecki, P. Litwiński [w:] *Ogólne rozporządzenie…*, red. P. Litwiński, komentarz do art. 44, s. 447.

[16] Zob. D. Karwala, *Przekazywanie…*, 2022, s. 370.

## 4. Organizacja międzynarodowa

Zgodnie z art. 4 pkt 26 RODO organizacja międzynarodowa oznacza organizację i organy jej podlegające działające na podstawie prawa międzynarodowego publicznego lub inny organ powołany w drodze umowy między co najmniej dwoma państwami lub na podstawie takiej umowy. W piśmiennictwie wskazuje się, że definicja ta jest swoista dla RODO, a termin ten odnosi się nie tylko do organizacji międzynarodowej typu międzypaństwowego (a więc do podmiotu prawa międzynarodowego), ale również do jej organów, które działają na podstawie prawa międzynarodowego publicznego, a także do innych organów powołanych w drodze umowy między państwami albo na podstawie takiej umowy[17]. Ponadto pojęcie organizacji międzynarodowej w rozumieniu art. 4 pkt 26 RODO nie obejmuje organizacji niedziałających na podstawie prawa międzynarodowego publicznego, czyli organizacji międzynarodowych o charakterze pozarządowym, które działają na podstawie prawa państwa, któremu podlegają (np. Fédération Internationale de Football Association – FIFA, działająca na podstawie prawa Konfederacji Szwajcarskiej), co oznacza, że pojęcie organizacji międzynarodowej dotyczy organizacji typu międzypaństwowego, których podmiotowość wynika z prawa międzynarodowego publicznego[18].

Biorąc pod uwagę, że pojęcie organizacji międzynarodowej jest jednym z podmiotowych elementów konstrukcyjnych dla transferu danych, trzeba podkreślić, że zakresem art. 4 pkt 26 RODO objęte są również organy powołane na mocy umów międzynarodowych, choć z perspektywy prawa międzynarodowego publicznego nie stanowią one organizacji międzynarodowych[19].

[17] Zob. M. Górski [w:] *Ogólne rozporządzenie…*, red. M. Sakowska-Baryła, komentarz do art. 4 pkt 26, s. 139–140.

[18] Zob. M. Górski [w:] *Ogólne rozporządzenie…*, red. M. Sakowska-Baryła, komentarz do art. 4 pkt 26, s. 139–140.

[19] Zob. M. Górski [w:] *Ogólne rozporządzenie…*, red. M. Sakowska-Baryła, komentarz do art. 4 pkt 26, s. 139–140.

Jednocześnie należy zakładać, że do organizacji międzynarodowych w rozumieniu RODO zaliczyć trzeba będzie nie tylko organizację zlokalizowaną w państwie trzecim, ale także organizację mającą siedzibę na obszarze EOG, w przypadku gdy nie stosuje się do niej przepisów RODO[20].

## 5. Pojęcie przekazywania danych do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej

Próbę uchwycenia tytułowego „transferu danych osobowych" klasycznie należy rozpocząć od ustaleń dotyczących pojęcia przekazywania danych osobowych (do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej), które w pierwszej kolejności można interpretować według znaczenia, jakie przypisuje się mu w języku naturalnym. Chodzi zatem o przeniesienie (od łac. *transfero* – przenoszę) danych z jednego miejsca do drugiego – od jednego podmiotu do drugiego, przy czym istotne jest, że miejsce, z którego dane są w rozważanym przypadku przenoszone, znajduje się na terenie EOG, natomiast miejsce, do którego dane mają trafić, znajduje się w państwie trzecim lub jest nim (jakkolwiek by to nie brzmiało) organizacja międzynarodowa[21]. W tym ujęciu pojęcie przekazywania danych osobowych używane przez RODO, a więc i pojęcie transferu jako należące w polskich realiach wyłącznie do języka prawniczego, powinno się odnosić do „wszelkich operacji na danych osobowych, prowadzących do «wydostawania się» danych poza bezpieczny obszar EOG"[22]. Zasadniczo zatem zagadnienie transferu odnosi się do przepływu danych ponad granicami[23]. Stanowi to odzwierciedlenie tzw. podejścia terytorialnego (geograficznego) w ochronie danych osobowych, dla którego kluczowe znaczenie nadaje się czynnikowi geograficznemu i którego podstawowym celem jest ochrona danych osobowych przed ryzykiem, jakie stwarza dany obszar znajdujący się poza obszarem

[20] Zob. D. Karwala, *Przekazywanie…*, 2022, s. 370.

[21] P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych…*, 2022, s. 521–522.

[22] D. Karwala, *Komercyjne…*, s. 57.

[23] B. Fischer, *Transgraniczność prawa administracyjnego na przykładzie przekazywania danych osobowych z Polski do państwa trzecich*, Warszawa 2010, s. 139.

bezpiecznego przetwarzania – zazwyczaj określone państwo, do którego dane mają trafić. W ramach podejścia terytorialnego wyróżnia się bowiem obszar bezpieczny, w obrębie którego funkcjonują określone unormowania w zakresie ochrony danych osobowych, z którego perspektywy ocenia się standard ochrony i operacje przekazywania danych na zewnątrz tego obszaru oraz potencjalnie niebezpieczny obszar pozostały, w którym nie działają gwarancje ochrony danych osobowych przewidziane w obszarze bezpiecznym[24]. W przypadku regulacji zawartych w RODO odnoszących się do przekazywania danych można jednak mówić o mieszanym podejściu do transferu, ponieważ obok wspomnianego wariantu terytorialnego przepisy tego aktu dotyczą także przekazywania danych osobowych do organizacji międzynarodowych, a więc do pewnych organizacji, a nie na określony teren. W konsekwencji przepisy RODO odzwierciedlają także podejście organizacyjne do transferów danych, ponieważ jego punktem odniesienia jest operacja lub grupa operacji przekazywania danych osobowych do określonej organizacji[25].

W RODO obok „przekazywania danych osobowych do państw trzecich i organizacji międzynarodowych" w motywie 101 użyty został zwrot „przepływ danych" odpowiadający angielskiemu *flows of personal data*, jednak w rozdziale V RODO mowa o „przekazywaniu" lub „przekazaniu" danych osobowych. Pojęcie przepływu danych wydaje się użyteczne i na swój sposób atrakcyjne nie tylko dla praktyki ochrony danych osobowych, ale i dla współczesnych legislatorów – wydaje się, że nie bez przyczyny zarówno w tytule RODO, jak i w jego art. 1 ust. 1 mowa o swobodnym przepływie danych, a nie o ich przekazywaniu. Termin ten obrazowo oddaje naturę danych, w tym danych osobowych, które zachowują się podobnie do cieczy w systemie rurociągów lub energii, która raczej płynie, a nie jest przekazywana. Dlatego też wydaje się, że pojęcie przepływu danych jest treściowo szersze i może obejmować wiele sytuacji zachodzących w oderwaniu od strony podmiotowej, fizycznych nośników, dostępu do danych kojarzonego nie tyle z ich fizycznym przekazaniem, ile przepłynięciem,

[24] D. Karwala, *Komercyjne…*, s. 33–34.
[25] D. Karwala, *Komercyjne…*, s. 35.

gdyż w pojęciu tym kryją się też mobilność i labilność danych jako ich immanentne cechy[26]. Swobodny przepływ danych jest czynnikiem napędowym dla światowej gospodarki, wymiany naukowej i kulturalnej. Ta informacyjna rzeczywistość kształtuje się m.in. na skutek bezprecedensowego rozwoju technologii przetwarzania i wymiany danych na ogromną skalę. Swoboda przepływu danych, w tym danych osobowych, w warunkach unijnych zapewniona jest jednak w obrębie rynku wewnętrznego[27]. Swoiste przelanie się ich na zewnątrz, niezależnie od tego, w jaki sposób następuje od strony wykonawczej, powoduje konieczność poszukiwania podstaw prawnego uzasadnienia tego stanu rzeczy.

Zważywszy na uwarunkowania regulacyjne w ustaleniach, czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z transferem danych, odwołujemy się do zwrotu zarówno „przepływ danych", jak i „przekazywanie danych". W obu tych terminach uwagę zwraca to, że służą one nazwaniu pewnych czynności (operacji) o charakterze dynamicznym, tymczasem o transferze danych osobowych można mówić także wówczas, gdy podmioty z państw trzecich lub organizacje międzynarodowe mają do nich dostęp.

Przez pojęcie transferu danych osobowych rozumie się zatem przekazywanie danych jako jedną z form przetwarzania danych osobowych, w której wyniku dane te zostają faktycznie przekazane (przekazywane) do państwa trzeciego. Tyle że wraz z rozwojem środków komunikacji elektronicznej podejście to stało się zbyt wąskie i musiało ustąpić definiowaniu transferu jako wszelkich działań nakierowanych na: fizyczne przekazanie danych do państwa trzeciego lub udostępnienie danych odbiorcom w państwie trzecim także wtedy, gdy na terytorium państwa trzeciego nie będzie dochodziło do fizycznego przekazania danych[28].

---

[26] Zob. B. Marcinkowski, *Przepływy danych osobowych w międzynarodowych grupach kapitałowych*, „Monitor Polski" 2022/21, s. 55.

[27] Zob. B. Marcinkowski, *Przekazywanie…*, s. 68–69.

[28] D. Karwala, *Komercyjne…*, s. 72–73; P. Barta, M. Kawecki, P. Litwiński [w:] *Ogólne…*, red. P. Litwiński, komentarz do art. 44, s. 443.

Z przytoczonym tu szerszym podejściem do rozumienia pojęcia transferu danych współbrzmi stanowisko EROD wyrażone w przyjętych jako wersja 2.0 w dniu 14.02.2023 r. wytycznych 05/2021 w sprawie wzajemnych powiązań między stosowaniem art. 3 i przepisami dotyczącymi międzynarodowych przekazów zgodnie z rozdziałem V RODO[29]. W dokumencie tym EROD określiła trzy łączne kryteria kwalifikujące operację przetwarzania jako przekazanie, o którym mowa w rozdziale V RODO:

1) administrator lub podmiot przetwarzający („eksporter") podlega RODO w zakresie danego przetwarzania;
2) eksporter ujawnia – poprzez przekazanie lub w inny sposób udostępnia dane osobowe, z zastrzeżeniem tego przetwarzania, dostępne innemu administratorowi, współadministratorowi lub podmiotowi przetwarzającemu („importer");
3) importer znajduje się w państwie trzecim, niezależnie od tego, czy importer ten podlega RODO w zakresie danego przetwarzania zgodnie z art. 3 RODO, czy też jest organizacją międzynarodową[30].

## 6. Sposób przekazywania danych

Dla przyjęcia, że mamy do czynienia z transferem danych, decydującego znaczenia nie ma sposób przekazania danych (przesłanie za pośrednictwem sieci teleinformatycznej, przekazanie na nośniku) ani też czynność prawna, w związku z którą dochodzi do przekazania danych[31]. Przekazywanie danych (transfer) może być wykonywane „ręcznie" – jako przekazanie nośnika (papierowego bądź nośnika informatycznego), na którym zapisane są dane, lub w sposób zautomatyzowany (zinformatyzowany), np. jako przesłanie danych przez sieć teleinformatyczną lub pobranie danych z określonej lokalizacji

[29] Zob. https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052021-interplay-between-application-article-3_pl (dostęp: 20.09.2023 r.).

[30] Wytyczne 05/2021, s. 3.

[31] P. Barta, M. Kawecki, P. Litwiński [w:] *Ogólne rozporządzenie…*, red. P. Litwiński, komentarz do art. 44, s. 444.

w sieci[32]. Z przekazywaniem danych mamy do czynienia zarówno przy ich udostępnieniu innemu administratorowi, jak i w przypadku powierzenia danych osobowych do przetwarzania, jeżeli operacje te wiążą się z fizycznym przekazaniem danych do państwa trzeciego lub z udostępnieniem danych odbiorcom w państwie trzecim bez fizycznego przekazania danych[33]. Stąd za transfer danych może być uznana sytuacja, w której podmiotowi z państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej zapewniony zostanie dostęp do danych osobowych, których przetwarzanie odbywa się na podstawie RODO. Przekazywanie danych osobowych poza EOG może zarówno mieć charakter incydentalny i dotyczyć ograniczonego zakresu danych osobowych, takich jak choćby informacje kontaktowe konkretnego pracownika czy kontrahenta, jak i odnosić się do działań o charakterze ciągłym lub okresowym, obejmujących znacznie szerszy zakres danych osobowych, w tym danych szczególnych kategorii lub innych istotnie związanych ze sferą prywatności człowieka.

## 7. Dane z obszaru EOG – dostęp i umowy zawieranie z importerami z państw trzecich

Jako transfer danych potraktować można nie tylko fizyczne przeniesienie danych do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej, ale także zapewnienie podmiotowi z państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej dostępu do danych osobowych znajdujących się na terenie EOG. Chodzi o dane przechowywane z wykorzystaniem infrastruktury serwerowej zlokalizowanej na terytorium EOG przy jednoczesnym uzyskiwaniu dostępu do nich przez podmioty spoza tego obszaru. Sytuację taką można bowiem traktować jako udostępnienie danych odbiorcy w państwie trzecim pomimo braku faktycznego przekazania ich nośnika. W literaturze wskazuje się, że każdy dostęp do danych osobowych spoza urządzenia (serwera), na którym są przechowywane, związany jest niechybnie z ich przesłaniem,

[32] P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych…*, 2022, s. 522.

[33] P. Barta, M. Kawecki, P. Litwiński [w:] *Ogólne rozporządzenie…*, red. P. Litwiński, komentarz do art. 44, s. 444.

co oznacza, że każdy przypadek, w którym podmiot znajdujący się poza EOG uzyskuje dostęp do danych osobowych przechowywanych na serwerze zlokalizowanym na tym obszarze, jest równoważny z wystąpieniem operacji przesłania tych danych z wykorzystaniem sygnałów przesyłanych w ramach sieci komputerowych[34]. Takie sytuacje powstają głównie w warunkach kontraktowych i mogą dotyczyć chociażby serwisowania infrastruktury informatycznej dostarczanej przez podmioty z państw trzecich.

Przypadkiem rozwiązań kontraktowych, które wymagają dokonania ustaleń w kontekście operacji transferowych, jest wskazywane w literaturze zagadnienie zastosowania regulacji transferowych do umów zawieranych przez eksporterów z EOG z importerami z państw trzecich w przypadkach, gdy dane przetwarzane są wyłącznie na obszarze EOG. Mowa tu chociażby o sytuacji, gdy z wykonawcą z państwa trzeciego umowę o świadczenie usług dostarczania oprogramowania zawiera zamawiający z EOG, a umowa ta obejmuje utrzymanie tego oprogramowania w infrastrukturze serwerowej wykonawcy. Serwery wykonawcy zlokalizowane są na terytorium EOG, a dane nie są przesyłane poza ten obszar, w tym nie jest uzyskiwany zdalny dostęp do takich danych spoza obszaru EOG. Zakładać należy, że w takim przypadku strony nie planują operacji przekazywania danych do państwa trzeciego i dane osobowe nie będą opuszczać „bezpiecznego" obszaru EOG. Mimo to nie sposób kategorycznie stwierdzić, że w tak opisanym stanie faktycznym nie dojdzie do operacji, które określić należy jako transfer w rozumieniu, o jakim tu mowa, bądź przynajmniej do wystąpienia ryzyka naruszenia praw lub wolności osób, których dane dotyczą, których źródłem mogą być obowiązki prawne w państwie wykonawcy obejmujące np. zapewnienie służbom specjalnym tego państwa dostępu do danych lub ich ujawnienia określonym organom. Pojawia się więc pytanie, czy samo zawarcie umowy z takim podmiotem z państwa trzeciego, zakładającej przetwarzanie danych wyłącznie na obszarze EOG, powoduje, że mamy do czynienia z trans-

[34] Zob. I. Kowalczuk-Pakuła, M. Borkowski, *Co to jest transfer danych?* [w:] *Sztuczna inteligencja, transfery, odpowiedzialność i inne wyzwania ochrony danych osobowych*, red. M. Sakowska-Baryła, Wrocław 2022, s. 79–80.

ferem. Zarówno w przepisach RODO, jak i w wytycznych EROD brak jednoznacznej kwalifikacji tego zagadnienia, a w kontekście celu regulacji transferowych i dotychczasowych decyzji organów nadzorczych wydaje się, że odpowiedź na to pytanie powinna być twierdząca[35].

## 8. Wewnątrzorganizacyjne przekazywanie danych osobowych

Pojęcie przekazania danych osobowych do państw trzecich i organizacji międzynarodowych oderwane jest od pojęć administratora i podmiotu przetwarzającego, co oznacza, że dla uznania danej operacji za transfer danych ma znaczenie wspomniane wyżej „wydostanie się" danych osobowych z obszaru EOG, nie zaś to, czy następuje ono w obrębie tej samej struktury organizacyjnej, czy też nie. Oznacza to, że przekazywanie danych osobowych w ramach struktury organizacyjnej administratora, które nie stanowi ani udostępniania, ani powierzania danych osobowych do przetwarzania, będzie stanowiło przekazanie danych, o jakim mowa w rozdziale V RODO, jeśli nastąpi poza granice EOG. Ma to duże znaczenie dla podmiotów prowadzących działalność na terenie kilku państw, ponieważ tego rodzaju operacje na danych osobowych wymagają poszukiwań przesłanek legalizujących tego rodzaju działanie wśród wskazanych we wspomnianym rozdziale narzędzi transferowych[36].

## 9. Umieszczanie danych osobowych na stronach internetowych

W utrwalonej praktyce stosowania przepisów o ochronie danych osobowych przyjmuje się, że poza typowym procesem aktywnego przekazywania (przesyłania, transmitowania) danych osobowych do państw trzecich lub organizacji międzynarodowych istnieją sy-

[35] Zob. I. Kowalczuk-Pakuła, M. Borkowski, *Co to jest transfer…*, s. 77–79 i przytoczone tam orzecznictwo.

[36] P. Barta, M. Kawecki, P. Litwiński [w:] *Ogólne rozporządzenie…*, red. P. Litwiński, komentarz do art. 44, s. 444.

tuacje biernego działania w sieciach teleinformatycznych, gdy dane umieszczone na serwerze stają się dostępne w innych państwach, również tych, które nie gwarantują należytej ochrony danych osobowych. Z taką sytuacją co do zasady mamy do czynienia w przypadku umieszczania informacji, w tym danych osobowych, na stronach internetowych[37].

Analizowana tu kwestia była przedmiotem szczegółowych rozważań Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Bodil Lindqvist. Trybunał orzekł, że transfer danych osobowych do państwa trzeciego w rozumieniu art. 25 dyrektywy 95/46/WE nie ma miejsca, gdy zgodnie z uzasadnieniem wyroku nie dokonuje się między dwiema osobami (a konkretnie między komputerami tych osób), tj. użytkownikiem sieci w państwie trzecim i autorem witryny internetowej, ale między infrastrukturą informatyczną dostawcy usług internetowych, który zapewnia hosting tej strony, i użytkownikiem[38].

W literaturze podejście to podawane jest w wątpliwość. Uwagę zwraca się choćby na to, że wydana wcześniej niż rzeczony wyrok decyzja Komisji Europejskiej 2002/16/WE w pkt 10 preambuły kwalifikowała już samo ujawnienie danych osobowych przetwarzającemu dane, który ma siedzibę poza obszarem Unii Europejskiej, jako międzynarodowy transfer danych do krajów trzecich[39]. Ponadto w piśmiennictwie wskazuje się, że przetwarzanie danych osobowych, które polega na umieszczeniu ich na serwerze posadowionym na terenie Unii w taki sposób, że dane te stają się dostępne dla nieograniczonego kręgu osób, także spoza terenu Unii, obecnie może zostać uznane za przekazanie danych do państwa trzeciego. Stanowi również praktyczny wyraz nowego podejścia Trybunału Sprawiedliwości do pojęcia transferów danych, zamanifestowanego w praktyce w wyroku w sprawie Schrems I, w którym Trybunał zdaje się upatrywać istoty

[37] Zob. B. Fischer [w:] *Ogólne rozporządzenie…*, red. M. Sakowska-Baryła, komentarz do art. 44, s. 463.

[38] B. Fischer [w:] *Ogólne rozporządzenie…*, red. M. Sakowska-Baryła, komentarz do art. 44, s. 463.

[39] B. Fischer [w:] *Ogólne rozporządzenie…*, red. M. Sakowska-Baryła, komentarz do art. 44, s. 463–464.

międzynarodowych transferów danych raczej w dążeniu do zapewnienia stosowania europejskich standardów ochrony danych w stosunku do danych faktycznie przekazywanych lub udostępnianych odbiorcom w państwie trzecim, a nie w prostych definicjach transferu[40]. Tyle tylko, że praktycznie rzecz biorąc, w kontekście umieszczania danych osobowych na stronach internetowych, rozstrzygnięcie odmienne od przyjętego w sprawie Bodil Lindqvist, a więc pozwalające zakwalifikować umieszczanie danych osobowych na serwerze w państwie EOG, ale faktycznie dostępnych poza jego granicami, jako formę transferu danych, *de facto* powodowałoby konieczność wprowadzenia zakazu udostępniania jakichkolwiek danych osobowych na stronach internetowych. Z tym jednak zastrzeżeniem, że umieszczenie danych chronionych prawem unijnym na serwerze w państwie trzecim (skąd będzie można je pobrać) jest już traktowane jako przekazanie danych w rozumieniu przepisów rozdziału V RODO[41].

## 10. Transfer zwrotny i dalszy

Najczęstszym przypadkiem transferu zwrotnego jest sytuacja, w której dane osobowe przesyłane z obszaru państw trzecich trafiają na serwery zlokalizowane na obszarze EOG, a następnie są „zwrotnie" przekazywane do państw „nadawców". Tego rodzaju zwrotny transfer powinno się rozumieć szeroko, obejmując tym pojęciem zarówno przesyłanie zbiorczych raportów do państw trzecich (w formie czy to elektronicznej, czy też papierowej), jak i zwykłe pobieranie, sczytywanie (*downloading*) danych osobowych dokonywane przy użyciu np. wewnętrznej sieci korporacyjnej. Taka wymiana danych zwykle ma na celu bieżące aktualizowanie i korzystanie ze wspólnej bazy danych i jest sytuacją dość powszechną. Ze względu na to, że RODO nie różnicuje ochrony danych przetwarzanych na terytorium państwa EOG w zależności od źródła pochodzenia, operacja zwrotnego trans-

[40] P. Barta, M. Kawecki, P. Litwiński [w:] *Ogólne rozporządzenie…*, red. P. Litwiński, komentarz do art. 44, s. 444.

[41] B. Fischer [w:] *Ogólne rozporządzenie…*, red. M. Sakowska-Baryła, komentarz do art. 44, s. 464.

feru powinna zostać uznana za przekazywanie danych osobowych w rozumieniu przepisów rozdziału V RODO, a co za tym idzie – spełniać przesłanki wskazane w tym rozdziale[42]. Tak samo do tego rodzaju operacji podchodzi EROD w wytycznych 05/2021.

Podobnie rzecz się ma w przypadku tzw. dalszego przekazania danych (*onward transfer*), a więc przekazania danych przez podmiot z państwa docelowego do podmiotu trzeciego. W przypadku przekazania danych do podmiotu z obszaru EOG działanie takie nie będzie stanowić transferu, a więc przekazywania danych w rozumieniu przepisów rozdziału V RODO, ponieważ dane osobowe wracają na teren podlegający RODO. Natomiast w sytuacji, gdy dochodzi do przekazania danych poza EOG, a więc do innego państwa trzeciego, należy operację taką zakwalifikować jako przekazanie danych w rozumieniu przepisów rozdziału V RODO, co oznacza, że działanie to musi mieć podstawę w którejś z przesłanek legalizujących transfer[43].

## 11. Transfer jako przetwarzanie danych osobowych

Przekazanie danych osobowych do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej jest traktowane w literaturze jako operacja przetwarzania w rozumieniu art. 4 pkt 2 RODO[44], choć „przekazywanie" to nie zostało zaliczone przez prawodawcę do czynności składających się na przetwarzanie zgodnie z definicją zawartą w tym przepisie.

Zgodnie z treścią art. 4 pkt 2 RODO „przetwarzanie" oznacza operację lub zestaw operacji wykonywanych na danych osobowych lub zestawach danych osobowych w sposób zautomatyzowany lub niezautomatyzowany, taką jak zbieranie, utrwalanie, organizowanie,

[42] B. Fischer [w:] *Ogólne rozporządzenie…*, red. M. Sakowska-Baryła, komentarz do art. 44, s. 464.

[43] B. Fischer [w:] *Ogólne rozporządzenie…*, red. M. Sakowska-Baryła, komentarz do art. 44, s. 464; P. Barta, M. Kawecki, P. Litwiński [w:] *Ogólne rozporządzenie…*, red. P. Litwiński, komentarz do art. 44, s. 447.

[44] Zob. D. Karwala, *Przekazywanie…*, 2022, s. 370.

porządkowanie, przechowywanie, adaptowanie lub modyfikowanie, pobieranie, przeglądanie, wykorzystywanie, ujawnianie poprzez przesłanie, rozpowszechnianie lub innego rodzaju udostępnianie, dopasowywanie lub łączenie, ograniczanie, usuwanie lub niszczenie. Na tle tego przepisu nie ulega wątpliwości, że skoro przetwarzanie to operacja wykonywana lub zestaw operacji wykonywanych na danych osobowych, a przytoczona definicja nie formułuje zamkniętego katalogu przewarzania, to do tej kategorii zaliczyć należy także transfer danych, a więc ich przekazywanie do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej.

Niemniej jednak w piśmiennictwie wskazuje się równocześnie, że w RODO rozróżnia się znaczenie słów „przetwarzanie" i „przekazywanie", co widoczne jest również w treści art. 44 tego rozporządzenia. Prawodawca posłużył się tam bowiem sformułowaniem „przekazanie danych osobowych, które są przetwarzane lub mają być przetwarzane po przekazaniu do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej", co może przemawiać za odmiennym traktowaniem czynności przekazywania od innych operacji dokonywanych na danych osobowych wymienionych w art. 4 pkt 2 RODO[45]. Nie wydaje się jednak, by rozróżnieniu temu można było przypisywać takie znaczenie, że przekazywanie danych, o którym mowa w rozdziale V RODO, stanowi kategorię, której nie można kwalifikować jako należącej do szerzej kategorii przetwarzania. Tak konsekwentne posługiwanie się pojęciem przekazywania danych łączy się natomiast z potrzebą wyraźnego zaakcentowania, że chodzi tu o przekazywanie w kontekście transferowym, do którego odnosi się rozdział V RODO.

Kwalifikacja transferu jako operacji przetwarzania danych osobowych ma duże znaczenie praktyczne, ponieważ oznacza, że owo przekazywanie danych musi następować w zgodzie z RODO. Wymaga zatem jednoczesnego uwzględniania dwóch grup przepisów: po pierwsze – przepisów rozdziału V RODO, po drugie – pozostałych przepisów RODO dotyczących przetwarzania, w tym przede wszystkim dotyczących podstaw dokonywania określonych operacji na danych, tj. udo-

[45] P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych…*, 2022, s. 522.