

Utsikterna för ett nytt hållbart adekvansbeslut för USA

Arman Borghem, strateg Skatteverket

2022-11-29 Sambruks molnätverk

Arman Borghem

Molnstrateg, Skatteverket

Skatteverkets tvärfunktionella molngrupp med specialistkompetenser

Jurist med inriktning på it-rätt och upphandling

Molngruppen har expertkompetens från olika delar av verksamheten:

- Verksamhetskänedom
- Rättsliga frågor om personuppgifter och sekretess
- Informationssäkerhet
- Säkerhetsskydd
- It-säkerhet
- It-arkitektur
- Dokumenthantering (allmänna handlingar, arkivering)
- Inköp



Vad är problemet med amerikanska molntjänstleverantörer?

- **Amerikansk rätt når inte upp till EU:s rättighetsskydd.**
- När vi lägger personuppgifter hos en amerikansk molntjänstleverantör kan personuppgifterna exponeras för amerikansk rätt.
- Den problematiska lagstiftningen blir då ett hinder för att anlita amerikanska molntjänstleverantörer.



Rätt till privatliv (integritet) art. 7 EU-stadgan

Rätt till skydd för personuppgifter (dataskydd) art. 8 EU-stadgan

I rätten till **skydd för personuppgifter (dataskydd)** ingår bl.a.:

- Att personuppgifter endast får behandlas med en **lagenlig grund** samt för **bestämda ändamål**.
- Rätten att få **tillgång** till insamlade personuppgifter.
- Rätten att kunna få **rättelse** av sina personuppgifter.

Rättigheterna gäller oavsett personuppgifternas känslighetsgrad.

I EU-stadgan ingår också **rätten till effektiva rättsmedel (domstolsprövning)** för att hävda sina rättigheter.



Rättigheterna kan inskränkas, men ribban är hög

Övervakning är ett exempel på en inskränkning av rätten till privatliv och rätten till skydd för personuppgifter.

Såvitt här är relevant behöver övervakningen vara **proportionerlig** vilket kräver att den är **strikt nödvändig** för att vara godtagbar.

Vad är proportionerlig övervakning enligt EU-rätten?

- Begränsad till vad som är **strikt nödvändigt**.
- Förutsätter **lagstiftning** med **tydliga och precisa bestämmelser** som **reglerar räckvidden och tillämpningen** av övervakningen.
- **Lagstiftningen fastställer minimikrav**, så att de personer vilkas uppgifter har överförts har tillräckliga garantier som möjliggör ett **effektivt skydd av deras personuppgifter mot riskerna för missbruk**.
- **Lagstiftningen måste i synnerhet precisera under vilka omständigheter och på vilka villkor en åtgärd för behandling av personuppgifter får vidtas**, vilket säkerställer att **ingreppet begränsas till vad som är strikt nödvändigt**.
- Nödvändigheten av sådana garantier är av än **större betydelse** när personuppgifterna **behandlas automatiskt**.



Vad är *inte* proportionerlig övervakning enligt EU-rätten?

- FISA 702 (lag)
- EO 12333 (exekutiv order)



Executive Order + Department of Justice regulation

Den 7 oktober 2022 utfärdade USA:s president Joe Biden:

Executive Order On Enhancing Safeguards For United States Signals Intelligence Activities

USA:s justitieminister har dessutom, med stöd av ordern, utfärdat en "regulation" som kompletterar den exekutiva ordern genom att inrätta en s.k. *Data Protection Review Court* (DPRC).



Maktdelningsläran (separation of powers)

- Lagstiftande makten (kongressen)
- Dömande makten (domstolarna)
- Exekutiva makten (presidenten/regeringen)



Maktdelningsläran (separation of powers)

- Lagstiftande makten (kongressen)
- Dömande makten (domstolarna)
- **Exekutiva makten (presidenten/regeringen)**



Executive Order On Enhancing Safeguards For United States Signals Intelligence Activities

Lista med 12 syften för övervakning, dock bitvis vagt formulerade.

Är samtliga syften verkligen proportionerliga för signalspaning?
Exempelvis "protecting ... government property".

Presidenten kan godkänna uppdateringar av listan med syften.
Uppdateringarna offentliggörs såvida inte presidenten fastställer att det skulle utgöra en risk för USA:s nationella säkerhet.

Premisserna för när övervakning får ske är övergripande och vagt beskrivna.
Mindre ingripande alternativ till signalspaning ska övervägas och prioriteras i den utsträckning alternativ är "available, feasible, and appropriate" vilket ungefär betyder "tillgänglig, görlig och lämplig".

Vad är effektiva rättsmedel enligt EU-rätten? art. 47 EU-stadgan

- Få sin sak prövad i en **rättvis och offentlig rättegång.**
- **Inför en oavhängig och opartisk domstol som inrättats enligt lag.**
- Rätt att erhålla rådgivning, låta sig försvaras och företräddas.



Vad är *inte* effektiva rättsmedel enligt EU-rätten? 1(2)

Schrems I p. 95:

En lagstiftning i vilken det inte föreskrivs **någon möjlighet** för enskilda att använda rättsmedel för att **erhålla tillgång till, rätta eller radera uppgifter som rör dem**, respekterar inte det väsentliga innehållet i den grundläggande rätten till effektivt domstolsskydd

(...)

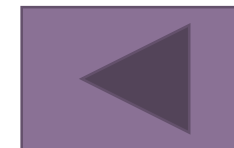
Möjligheten till en effektiv domstolsprövning i syfte att säkerställa iakttagandet av unionsrätten är härvidlag i sig en **grundförutsättning för en rättsstat**.

Vad är *inte* effektiva rättsmedel enligt EU-rätten? 2(2)

Schrems II p. 187:

Enligt fast rättspraxis är **själva möjligheten till en effektiv domstolsprövning** i syfte att säkerställa iakttagandet av unionsrätten en **grundförutsättning för en rättsstat**.

En lagstiftning i vilken det inte föreskrivs **någon möjlighet** för enskilda att använda rättsmedel för att **erhålla tillgång till, rätta eller radera personuppgifter som rör dem**, respekterar inte det väsentliga innehållet i den grundläggande rätten till effektivt domstolsskydd, vilken är stadfäst i artikel 47 i EU-stadgan





Department of Justice regulation som inrättar Data Protection Review Court 1(2)

- Det slutliga beskedet till klaganden kommer alltid ange att antingen identifierade granskningen inga “covered violations” eller så utfärdade DPRC ett fastställande som krävt lämpliga åtgärder.
- Klaganden får en “Special Advocate” men den är också uttryckligen förbjuden att avslöja huruvida klaganden varit föremål för amerikansk signalspaning.

Det innebär:

- **Ingen rätt till tillgång till insamlade personuppgifter.**
- **Ingen möjlighet att rätta sina personuppgifter.** Rätten till rättelse förutsätter rimligen att man får ta del av vilka uppgifter som samlats in för att kunna invända mot deras korrekthet.
- Troligen oproportionerligt eftersom rättigheterna omintetgörs oavsett tidsperspektiv eller om syftet med övervakningen motverkas.

Department of Justice regulation som inrättar Data Protection Review Court 2(2)

- DPRC får endast handlägga "covered violations", vilket definieras snävt.
- Ska ta "vederbörlig hänsyn" till underrättelsetjänsternas "synpunkter" och "sedvana" om korrigerande åtgärders påverkan på nationell säkerhet. Inskränker mandatet.
- Ledamöterna skyddas mot repressalier från justitieministern, men inte från presidenten. DPRC Regulation kan enkelt och ensidigt ändras av den exekutiva makten. Är verklig självständighet och opartiskhet möjlig om självständigheten och opartiskheten plötsligt kan försvinna?

Nästa steg 1(2)

- EU-kommissionen tar fram ett förslag till adekvansbeslut.
- EDPB yttrar sig över förslaget.
- EU-parlamentet yttrar sig över förslaget.
- Medlemsländerna röstar om ett färdigt förslag.
- EU-kommissionen fattar beslut om adekvat skyddsnivå.

Våren 2023?

Nästa steg 2(2)

- Max Schrems organisation noyb har sågat den nya exekutiva ordern och justitiedepartementets regulation som otillräckliga.
- Huvudinvändningarna är att USA:s övervakning inte inskränks i praktiken samt att DPRC inte är en verklig domstol som ger individer rättigheter.
- Noyb avser rättsligt angripa det kommande adekvansbeslutet. Max Schrems har redan vunnit två gånger. Två EU-kommissioner och USA har förlorat.
- Rättsprocessen blir sannolikt en våt filt över adekvansbeslutet.

Standardavtalsklausulerna då?

Schrems II p. 125, 126 och 135

- Även om dessa klausuler är bindande för den personuppgiftsansvarige som är etablerad i unionen och för mottagaren av överföringen av personuppgifter som är etablerad i ett tredjeland, när de har ingått ett avtal med hänvisning till dessa klausuler, är det emellertid utrett att **dessa klausuler inte kan vara bindande för myndigheterna i det tredjelandet, eftersom dessa inte är parter i avtalet.**
- Även om det således finns situationer där mottagaren av en sådan överföring, beroende på rättsläget och gällande praxis i det berörda tredjelandet, kan garantera det nödvändiga skyddet av uppgifter enbart med stöd av de standardiserade dataskyddsbestämmelserna, **finns det andra situationer i vilka bestämmelserna i dessa klausuler inte kan vara ett tillräckligt medel för att i praktiken säkerställa ett effektivt skydd av de personuppgifter som överförs till det berörda tredjelandet. Så är bland annat fallet när lagstiftningen i det tredjelandet tillåter att myndigheterna i detta tredjeland gör ingrepp i de registrerade personernas rättigheter avseende dessa uppgifter.**
- Om den personuppgiftsansvarige eller personuppgiftsbiträdet som är etablerade i unionen inte kan vidta ytterligare åtgärder som är tillräckliga för att säkerställa ett sådant skydd, är dessa eller, i andra hand, den behöriga tillsynsmyndigheten, **skyldiga att avbryta eller upphöra med överföringen av personuppgifter till det berörda tredjelandet. Så är bland annat fallet när lagstiftningen i det tredjelandet ålägger mottagaren av en överföring av personuppgifter från unionen skyldigheter som strider mot nämnda klausuler, vilket följaktligen kan äventyra den avtalsenliga garantin om adekvat skydd mot att offentliga myndigheter i det berörda tredjelandet får åtkomst till dessa uppgifter.**

Tack!