

Nya standardklausuler vid personuppgiftsöverföring till tredje land av Daniel Svensson och Anna Mirsch



En fundamental princip i den svenska och europeiska lagstiftningen om behandling av personuppgifter är att personuppgifter endast får föras över till ett land utan för EU/EES (tredje land) om mottagarlandet har en «adekvat skyddsnivå» för personuppgifter (33 § PuL). Från kravet på adekvat skyddsnivå görs emellertid flera undantag, bland annat för överföringar som sker i enlighet med de särskilda standardavtalsklausuler som antagits av EU-kommissionen (34-35 §§ PuL (personuppgiftslagen) och 13 § PuF (personuppgiftsförordningen)). Kommissionens standardklausuler finns i två huvudsakliga varianter: dels för överföring mellan två personuppgiftsansvariga (s.k. *controller to controller*-klausuler) och dels för överföring från en personuppgiftsansvarig till ett personuppgiftsbiträde (s.k. *controller to processor*-klausuler).

Genom beslut av Kommissionen kommer *controller to processor*-klausulerna, med verkan från och med den 15 maj 2010, att ersättas med en ny och uppdaterad uppsättning klausuler. Denna artikel behandlar de viktigaste nyheterna i de nya klausulerna och några av de frågeställningar som har väckts i samband med dess införande.

Den äldre uppsättningen *controller to processor*-klausuler framgår av Kommissionens beslut 2002/16/EG, och kan enklast beskrivas som ett avtal mellan en personuppgiftsansvarig inom EU/EES (exportören) och ett personuppgiftsbiträde utom EU/EES (importören). Genom att parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet anknyts till den lag om skydd för personuppgifter som gäller i exportörens medlemsstat, åtar sig importören att behandla personuppgifterna i enlighet med «EU-standard», d.v.s. i enlighet med dataskyddsdirektivet (direktiv 95/46/EG). Detta innebär att den registrerade kan göra sina rättigheter

gällande i samma utsträckning som om personuppgiftsbehandlingen skett inom EU/EES.

Den nya uppsättningen standardklausuler har utfärdats genom Kommissionens beslut 2010/87/EU och ersätter de äldre klausulerna fr.o.m. den 15 maj 2010. De nya klausulerna är snarare att betrakta som en uppdatering av de äldre klausulerna än som en helt ny reglering.

Som huvudregel gäller att införandet av de nya klausulerna inte påverkar avtal som ingåtts med hjälp av de äldre klausulerna. Så snart förutsättningarna för personuppgiftsbehandlingen enligt avtalet ändras ska dock de nya klausulerna tillämpas. Av detta följer att de nya standardklausulerna ska tillämpas vid samtliga tillägg till, omförhandlingar och förlängningar av avtal som baseras på de äldre klausulerna.

Den främsta nyheten i de nya standardklausulerna är införandet av ett nytt avtalssubjekt. Utöver de undertecknande parterna (personuppgiftsansvarig och personuppgiftsbiträde) och den registrerade omnämns nämligen även subjektet *sub-processor* i de nya standardklausulerna. En *sub-processor* definieras i klausul 1 punkten d) som:

«any processor engaged by the data importer or by any other sub-processor of the data importer who agrees to receive from the data importer or from any other sub-processor of the data importer personal data exclusively intended for processing activities to be carried out on behalf of the data exporter after the transfer in accordance with his instructions, the terms of the Clauses and the terms of the written subcontract.»

En *sub-processor* är således en underleverantör till biträdet, ett bitrådets biträde, som på uppdrag av denne be-

handlar hela eller delar av de personuppgifter som biträdet fått i uppdrag att behandla genom avtalet med den personuppgiftsansvarige. Eftersom definitionen inte bara omfattar en underleverantör i ett första led utan även en underleverantör till bitrådets ursprungliga underleverantör möjliggörs långa ansvarskedjor, där flera olika subjekt rättsligt betraktas som sub-processor, under förutsättning att ett antal villkor i klausul 11 är uppfyllda. Genom kravet på att personuppgiftsbehandling enligt de nya standardklausulerna endast får (vidare) överföras på de ursprungliga villkoren är målsättningen att de nya klausulerna ska vara bättre lämpade för att säkerställa en europeisk standard i *alla led* än vad som var fallet med de äldre klausulerna, som enligt sin ordalydelse inte alls kunde tillämpas om biträdet ville använda sig av en underleverantör.

En av anledningarna till att det nya subjektet sub-processor har införts är sannolikt påtryckningar från IT-branschen, som önskar förenkla möjligheterna att flytta produktion och leverans av IT-tjänster till mer kostnads-effektiva länder. Detta hänger samman med den högst påtagliga trenden i outsourcing-sammanhang att öka inslagen av så kallad *offshoring* (flytt av produktion och tjänsteverans till lågkostnadsländer) och *cloud computing* (tillhandhållande av tjänster ur «molnet», där kunden får tillgång till resurser såsom programvara, processorkraft, lagring och funktioner via Internet). Överföring av personuppgifter till tredje land är ofta en förutsättning för att framgångsrikt och effektivt kunna genomföra outsourcingprojekt som inkluderar offshoring och cloud computing.

Mot denna bakgrund är det emellertid anmärkningsvärt att Kommissionen i de nya standardklausulerna inte har beaktat situationen att ett personuppgiftsbiträde inom EU/EES i sin tur använder sig av en sub-processor i tredje land. De nya standardklausulerna är nämligen endast tillämpliga på överföringar mellan en personuppgiftsansvarig inom EU/EES som exporterar personuppgifter till ett personuppgiftsbiträde i ett tredje land. Om en personuppgiftsansvarig inom EU/EES exporterar personuppgifter till ett biträde i ett annat EU-land och denna i sin tur vidarebefordrar uppgifterna till en sub-processor i ett tredje land ska klausulerna inte tillämpas (jfr. skäl 23 i beslut 2010/87/EU).

Tillämpligheten av klausulerna inskränks därmed på ett för IT-branschen icke-önskvärt sätt. Många globala tjänsteverantörer har av skattemässiga och organisatoriska skäl nationella enheter och bolag inom EU, som är avtalspart i förhållande till den personuppgiftsansvarige. En förutsättning i många outsourcingprojekt är emellertid att detta personuppgiftsbiträde i sin tur ska anlita sub-processor(er) utanför EU, antingen i form av utomeuropeiska bolag inom samma koncern eller genom externa samarbetspartners. I denna situation kommer de nya standardklausulerna alltså inte att vara tillämpliga, utan för att uppfylla personuppgiftslagstiftningen krävs i princip att den personuppgiftsansvarige direkt ingår avtal även med sub-processorn.

Redan innan klausulerna antogs uppmärksammades denna konsekvens av Artikel 29-gruppen, en arbetsgrupp vars huvudsakliga uppgift är att se till att dataskyddsdirektivet tillämpas enhetligt i medlemsstaterna. Artikel 29-gruppen uppmanade Kommissionen att snarast utveckla ytterligare ett instrument, som tar sikte just på situationen då ett inomeuropeiskt biträde väljer att använda sig av en utomeuropeisk sub-processor. I väntan på ett sådant nytt instrument föreslog Artikel 29-gruppen att Kommissionen skulle uppmana medlemsstaternas nationella myndigheter att automatiskt erkänna samtliga överföringar från ett inomeuropeiskt biträde till ett utomeuropeiskt biträde, då dessa sker enligt de nya standardklausulerna (s. 3 i Artikel 29-gruppens Opinion 3/2009). Med andra ord, om ett biträde inom EU/EES vill anlita ett eget biträde utom EU/EES skulle dessa parter enligt arbetsgruppens förslag kunna använda sig av de nya controller to processor-klausulerna analogivis med hänvisning till principerna/motiven för de nya klausulerna, och därigenom anses uppfylla kravet på skydd för de registrerades rättigheter.

Kommissionen följde emellertid inte Artikel 29-gruppens rekommendation, utan anförde i sitt beslut att det får anses upp till medlemsstaterna själva att avgöra huruvida ett avtal mellan ett inomeuropeiskt biträde och en sub-processor i tredje land i analogi med de nya standardklausulerna ska anses uppfylla kravet på att de registrerades rättigheter skyddas (jfr. skäl 23 i beslut 2010/87/EU). Detta innebär att EU:s olika medlemsstater alltså kan komma att ha olika inställning till huruvida, och i så fall i vilken utsträckning, de nya standardklausulerna kan tillämpas analogt i samband med subcontracting-avtal. Mot bakgrund av den bristande förutsebarhet som en sådan ordning innebär är det, enligt författarnas mening, önskvärt att Kommissionen även inför ytterligare en uppsättning standardklausuler, denna gång i form av *processor to processor*-klausuler.

Sammanfattningsvis kan konstateras att de nya standardklausulerna kommer att effektivisera möjligheterna till överföring av personuppgifter utanför EU/EES i sådana situationer där uppgifterna i mottagarlandet ska behandlas i flera led av personuppgiftsbiträden. Det är enligt vår uppfattning dock olyckligt att Kommissionen genom de nya klausulerna inte klargjort den i praktiken vanliga situationen att ett inomeuropeiskt personuppgiftsbiträde önskar föra ut personuppgifter till en sub-processor i ett tredje land. Vi menar således att det alljämt finns behov av ytterligare en uppsättning standardklausuler (*processor to processor*), i syfte att undvika omständliga och opraktiska avtalskonstruktioner mellan personuppgiftsansvarig och sub-processor.

Jur.kand. Daniel Svensson och jur.kand. Anna Mirsch
arbetar som biträdande jurister i
Advokatfirman Delphi, Stockholm.