



# Delphi

Rebecka Harding

## Initial rättslig analys från EDPB och EDPS av Cloud Acts effekt på GDPR

### Sammanfattning

Av EDPB och EDPS:s initiala rättsliga analys, som publicerades i juli 2019, framgår att de ser mycket begränsade möjligheter för en IT-tjänsteleverantör, i sin egenskap av personuppgiftsansvarig i EU i den specifika situationen, att följa en direktbegäran från amerikansk brottsbekämpande myndighet om utlämnande av personuppgifter enligt Cloud Act på ett sätt som är förenligt med GDPR.

### Konflikt mellan Cloud Act och GDPR

European Data Protection Board ("EDPB") och European Data Protection Supervisor ("EDPS") har på EU-parlamentets begäran gjort en initial rättslig analys av vilka möjligheter leverantörer av allehanda typer av elektroniska kommunikations- och molntjänster ("IT-tjänsteleverantörer"), i egenskap av personuppgiftsansvariga i EU i den specifika situationen, har att följa en direktbegäran från amerikansk brottsbekämpande myndighet om

utlämnande av personuppgifter under US Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act ("Cloud Act") dvs. inte en begäran som ställts till IT-tjänsteleverantörens kunder.

EDPB och EDPS har i sin analys utgått från att IT-tjänsteleverantörer är att anse som personuppgiftsansvariga när en amerikanska brottsbekämpande myndighet riktar en sådan direktbegäran till dem. EDPB och EDPS har i sin analys inte tagit hänsyn till artikel 28(3) i GDPR som reglerar hur ett personuppgiftsbiträde, vilket IT-tjänsteleverantörer ofta bedöms vara i relation till sina kunder, får behandla personuppgiftsansvariges personuppgifter för egna ändamål.

Cloud Act trädde ikraft i USA den 23 mars 2018 och gör det möjligt för amerikanska brottsbekämpande myndigheter att i vissa fall direkt begära att IT-tjänsteleverantörer, som står under amerikansk jurisdiktion, lämnar ut data som lagras utanför USA. För att kunna begära ut data från en IT-tjänsteleverantör måste den amerikanska brottsbekämpande myndigheten enligt Cloud Act vända

sig till domstol med en begäran om att domstolen ska utfärda en "warrant" om att viss data lagrad utanför USA ska överlämnas till den brottsbekämpande myndigheten. För att en domstol ska utfärda en warrant krävs enkelt förklarar att det måste föreligga sannolika skäl för att ett konkret brott har begåtts och att den begärda datan är relevant för och har koppling till brottet.

I analysen redogör EDPB och EDPS för sin bedömning av möjligheterna för IT-tjänsteleverantörer, i egenskap av personuppgiftsansvariga i EU, att överföra personuppgifter enligt Cloud Act utifrån det tvåstegstest som följer av GDPR och som måste tillämpas vid alla typer av överföringar av personuppgifter till tredje land (land utanför EU/EES), nämligen följande:

Steg 1: Behandlingen av personuppgifterna måste vara laglig enligt artikel 6 i GDPR.

Steg 2: Överföringen av personuppgifterna till tredje land måste vara förenlig med kapitel V (artikel 44–50) i GDPR.



I analysen kommer EDPB och EDPS fram till att en IT-tjänsteleverantörs överföring av personuppgifter med anledning av en direktbegäran enligt Cloud Act i dagsläget i princip enbart är tillåten vid exceptionella fall när behandlingen jämte överföringen av personuppgifterna är nödvändig för att skydda den registrerades vitala intressen i enlighet med artikel 6(1)(d) jämte artikel 49(1)(f) i GDPR. Som exempel anges att kidnappade barns personuppgifter lagligen kan behandlas respektive överföras i samband med utredning av brottet.

EDPB och EDPS resonerar i sin analys att om en warrant utfärdad av amerikansk domstol enligt Cloud Act hade erkänts och kunnat verkställas enligt artikel 48 i GDPR hade behandlingen av personuppgifterna med anledning av denna warrant kunnat grunda sig på artikel 6(1)(c) i GDPR (behandlingen är nödvändig för att fullgöra en rättslig förpliktelse som åvilar den personuppgiftsansvarige). Artikel 48 i GDPR föreskriver att domstolsbeslut och myndighetsbeslut i tredje land enbart får erkännas och verkställas om de baseras på en internationell överenskommelse såsom det MLAT-avtal (mutual legal assistance

treaty) EU och USA har ingått. Av MLAT-avtalet följer en särskild process som normalt ska tillämpas när brottsbekämpande myndigheter vill få data från ett annat land. På grund av Cloud Acts extraterritoriella effekter kringgås dock processen som följer av MLAT-avtalet mellan EU och USA varför en warrant inte uppfyller artikel 48 i GDPR.

Givet att Cloud Act gör det möjligt för en myndighet att vända sig direkt till ett företag/organisation med sin begäran om att få ut data kan varken Privacy Shield eller paraplyavtalet mellan EU och USA bli tillämpligt varför EDPB och EDPS inte tog hänsyn till dem i sin analys.

### Övrigt

Avslutningsvis konstaterar EDPB och EDPS bland annat att Cloud Act kan även innebära andra utmaningar med såväl medlemsstaters nationella rätt som unionsrätt. Exempelvis har vissa medlemsstater lagstiftning som förhindrar tjänsteleverantörer inom EU från att lämna ut information till ett tredje land.

Vidare noterar EDPB och EDPS i sin analys att förhandlingar pågår mellan Europeiska Kommissionen och USA om ett nytt internationellt avtal

för gränsöverskridande tillgång till elektroniska bevis. I analysen påpekas att ett ingående av ett internationellt avtal måste för att vara förenligt med EU:s primärlagstiftning under alla omständigheter föreskriva lämpliga skyddsåtgärder för överföringar, säkerställa att registrerades rättigheter är verkställbara och att effektiva rättsmedel för registrerade finns tillgängliga.

### Avslutning

Vi tycker att det är bra att EDPB och EDPS sett över vilka möjligheter IT-tjänsteleverantörer har att följa en direktbegäran enligt Cloud Act med hänsyn till GDPRs regelverk.

Däremot hade vi gärna sett att EDPB och EDPS även hade tagit hänsyn till artikel 28(3) i GDPR i sin analys. Detta eftersom att IT-tjänsteleverantörer typiskt sett är att anse som personuppgiftsbiträden i relation till sina kunder varför artikel 28(3)s har central betydelse för frågan om deras möjligheter att lämna ut personuppgifter som kunder tillhandahållit dem med anledning av en direktbegäran från amerikansk myndighet.

*Rebecka Harding är senior associate och advokat i Advokatfirman Delphi, Stockholm.*