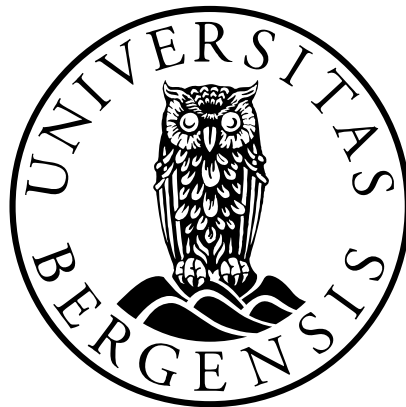


Tilbakeføring av personopplysninger fra
databehandler til behandlingsansvarlig

*Schrems II og forbeholdet i den nye standardavtalen for
overføring av personopplysninger til tredjeland*

Kandidatnummer: 113

Antall ord: 13623



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

7. desember 2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Bakgrunn og aktualitet	4
1.3 Begrepsavklaring.....	6
1.4 Metode og rettskildebilde.....	8
1.5 Avgrensninger	11
1.6 Fremstillingen videre.....	12
2 Utgangspunkt for analysen.....	13
2.1 Det rettslige utgangspunktet.....	13
2.2 Schrems II	13
2.3 EU-kommisjonens nye standardavtale	15
2.3.1 Generelt om den nye standardavtalen	15
2.3.2 Bestemmelse 14, tilleggskravet i Schrems II	16
2.3.3 Forbeholdet i bestemmelse 14.....	17
3 Er forbeholdet i den nye standardavtalen forenlig med GDPR?	19
3.1 Forordningens territoriale anvendelsesområde	19
3.2 Dataeksportørens forpliktelser	21
3.3 Databehandlerens generelle forpliktelser	25
3.3.1 Tilstrekkelige garantier etter art. 28 nr. 1	26
3.3.2 Behandlingsansvarliges instruksjoner etter art. 28 nr. 3	27
3.3.3 Behandlingssikkerhet etter art. 32	30
3.4 Personvernforordningen i lys av EU-pakten	34
4 Er forbeholdet i den nye standardavtalen forenlig med Schrems II?	35
4.1 Bakgrunnen for saken.....	35
4.2 EU-domstolens vurderinger og konklusjoner	37
5 Konklusjon og konsekvenser	41
5.1 Er forbeholdet forenlig med GDPR og Schrems II?	41
5.2 Interessekonflikt mellom EU og tredjeland	42
6 Litteraturliste	44

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Med utviklingen innenfor informasjonsteknologien, har det blitt mer vanlig at et selskap behandler personopplysninger på vegne av et annet selskap eller person. Mange offentlige myndigheter, organisasjoner og bedrifter bruker en eller flere databehandlere til å behandle sine data, herunder personopplysninger. En databehandler har gjerne bedre kompetanse, teknologi og/eller kan utføre jobben mer kostnadseffektivt.¹

Selskapet som overlater behandlingen til en databehandler, og som bestemmer hvorfor og hvordan databehandleren skal behandle personopplysningene, kalles behandlingsansvarlig.² Når behandlingsansvarlig skal overlate behandlingen til en databehandler, må den først overføre personopplysningene til databehandleren. Oppgaven forutsetter at behandlingsansvarlig befinner seg i et land utenfor EU («tredjeland»), mens databehandleren befinner seg i et EU-land. Første overføring skjer dermed fra et tredjeland til et EU-land. Etter at databehandleren har behandlet personopplysningene, vil den behandlingsansvarlige normalt kreve opplysningene tilbakeført til seg. Databehandler har for eksempel organisert personopplysningene med en avansert databehandlerteknologi som den behandlingsansvarlige ikke har tilgang til. Selv om den behandlingsansvarlige fremdeles har tilgang til personopplysningene, fordi den sendte en kopi av opplysningene ved første overføring, har den ikke tilgang til personopplysningene slik databehandleren har organisert dem. Den behandlingsansvarlige ønsker derfor at databehandleren overfører personopplysningene tilbake når den er ferdig med å behandle dem.

Temaet for masteroppgaven er tilbakeføring av personopplysninger til et tredjeland. Problemstillingen er hvorvidt det gjelder et krav om ytterligere sikkerhetstiltak, et krav som ble introdusert av EU-domstolen i sak C-311/18 (Schrems II), når databehandleren skal overføre personopplysninger tilbake til den behandlingsansvarlige.

¹ Sandtrø (2016)

² GDPR art. 4 nr. 7

1.2 Bakgrunn og aktualitet

Den 16. juni 2020 avsa EU-domstolen en prinsipiell dom om overføring av personopplysninger til USA, den såkalte Schrems II-dommen.³ Bakgrunnen for saken var at personvernaktivist Schrems ikke ville at Facebook Irland skulle overføre personopplysningene hans til Facebook sitt hovedkontor i USA («Facebook Inc.»). Han mente at amerikansk lovgivning og praksis ikke ga personopplysningene tilstrekkelig beskyttelse mot amerikanske myndigheters adgang til å overvåke opplysningene.

Behandling av personopplysninger reguleres av General Data Protection Regulation («personvernforordningen», «forordningen» og «GDPR»). Forordningen tar sikte på å gi personopplysninger et felles beskyttelsesnivå i EU, samtidig som den innfører begrensninger i adgangen til å overføre slike opplysninger til tredjeland. Det skal ikke være mulig å omgå reglene i GDPR ved å flytte databehandlingen til et land som ikke er underlagt GDPR. Bestemmelsene i GDPR kap. V krever derfor at det foreligger et overføringsgrunnlag når man skal overføre personopplysninger til et tredjeland. Overføringsgrunnlaget skal sikre at det beskyttelsesnivået som personopplysningene er garantert i EU, ikke blir underminert når de overføres til tredjeland.⁴ En stor del av personopplysningene som ble overført fra Facebook Irland til Facebook Inc., ble overført med Standard Contractual Clauses («EU-kommisjonens standardavtale») som overføringsgrunnlag.⁵

I Schrems II vurderte EU-domstolen blant annet gyldigheten av EU-kommisjonens standardavtale som overføringsgrunnlag. Den kom frem til at standardavtalen er gyldig, men at avtalen ikke nødvendigvis gir personopplysningene tilstrekkelig beskyttelse. Etersom standardavtalen kun binder *mottakeren* til GDPR-relaterte forpliktelser, ikke *myndighetene i tredjelandet*, oppstilte domstolen et tilleggskrav til overføringsgrunnlaget. I tillegg til standardavtalen, må avtalepartene ta stilling til om lovgivningen og praksisen i tredjelandet gir personopplysningene tilstrekkelig beskyttelse. Hvis de ikke gir opplysningene dette, eksempelvis fordi myndighetene i tredjelandet får tilgang til dem i strid med personvernregelverket i EU, må partene iverksette ytterligere sikkerhetstiltak. Det vil si

³ C-311/18 *Schrems II*

⁴ GDPR art. 44

⁵ GDPR art. 46 nr. 2 bokstav c

sikkerhetstiltak som kommer i tillegg til den kontraktmessige sikkerheten som standardavtalen gir personopplysningene.

Et sikkerhetstiltak kan for eksempel være å kryptere personopplysningene før de blir overført til tredjeland. Så lenge avsenderen av personopplysningene sitter på krypteringsnøkkelen, vil ikke myndighetene i tredjelandet få tilgang til de overførte opplysningene. Krypteringen sikrer at beskyttelsesnivået som personopplysningene er garantert i EU, ikke blir underminert ved at myndighetene i tredjelandet får urettmessig tilgang til dem.⁶

I forlengelsen av Schrems II, vedtok EU-kommisjonen en ny standardavtale for overføring av personopplysninger til tredjeland den 4. juni 2021.⁷ Standardavtalen fra 2010, som domstolen vurderte gyldigheten av i Schrems II, baserte seg på personverndirektivet som er forgjengeren til GDPR.⁸ Den nye standardavtalen baserer seg på personvernforordningen og inkluderer tilleggskravet i Schrems II. Bestemmelse 14 i den nye standardavtalen angir skrittene som avtalepartene må ta for å etterleve tilleggskravet. Bestemmelsen, og dermed tilleggskravet i Schrems II, kommer i utgangspunktet til anvendelse for alle som skal overføre personopplysninger til tredjeland. Når databehandler skal overføre personopplysninger til behandlingsansvarlig, har imidlertid EU-kommisjonen tatt et forbehold for når databehandleren ikke er underlagt tilleggskravet. Forbeholdet rammer tilbakeføring av personopplysninger fra databehandler til behandlingsansvarlig.⁹

Ut fra EU-kommisjonens forståelse av tilleggskravet i Schrems II, er svaret på oppgavens problemstilling at databehandleren ikke er underlagt tilleggskravet. Når jeg i denne oppgaven velger å oppstille en problemstilling som synes å være avklart av EU-kommisjonen, er det for å problematisere om kommisjonen hadde rettslig grunnlag for å ta forbeholdet. Kommisjonen må, i likhet med alle som behandler personopplysninger i EU, følge GDPR. I forlengelsen av dette oppstår det spørsmål om forbeholdet er forenlig med GDPR og Schrems II. Oppgaven tar stilling til dette spørsmålet med sikte på å avklare om databehandleren er underlagt tilleggskravet i Schrems II.

⁶ EDPB Retningslinjer 01/2020 avsnitt 90

⁷ Annex to the Commission implementing decision (2021)

⁸ Commission Decision 2010/87/EU

⁹ Se del 2.3

1.3 Begrepsavklaring

Artikkel 4 i GDPR inneholder legaldefinisjoner av begreper som blir brukt i forordningen. I det følgende redegjør jeg for begrepene som blir brukt i oppgaven. Som nevnt i del 1.4, bruker jeg den danske versjonen av personvernforordningen.

Personopplysninger er definert i art. 4 nr. 1, som «enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person». Ordlyden tilsier at personopplysningsbegrepet består av tre kriterier. Det første kriteriet, «enhver form for information», rekker vidt og tilsier at personopplysninger omfatter alle typer opplysninger, uavhengig av art, innhold og form.¹⁰

Det andre kriteriet, at opplysningene må være om en «identificeret eller identificerbar fysisk person», tilsier at et enkeltindivid må kunne identifiseres på bakgrunn av opplysningene. Personen som opplysningene knytter seg til, kalles i personopplysningsregelverket for den registrerte.¹¹ Ordlyden av «fysisk person» tilsier at den registrertes nasjonalitet eller bopel ikke er avgjørende for personopplysningsbegrepet. Det betyr at personopplysninger om ikke-EU-borgere også omfattes. Ordlyden avgrenser mot juridiske personer, og dersom man ser hen til fortalepunkt 27, avgrenser den også mot opplysninger om døde personer.

Til slutt tilsier kriteriet «om» at det må være en direkte kobling mellom opplysningene og individet. Den engelske språkversjonen krever imidlertid at opplysningene er «relating to» et fysisk menneske. Kriteriet «relating to» er oppfylt dersom informasjonen ut fra sitt innhold, formål eller virkning er knyttet til enkeltindividet. Ordlyden av «relating to» rekker dermed videre enn ordlyden av «om» fordi den også omfatter indirekte koblinger mellom individet og opplysningene. Article 29 Working Party («Artikkel 29-gruppen») støtter denne tolkningen,¹² og gir uttrykk for at det er tilstrekkelig om behandling av personopplysninger bare påvirker individet i liten grad.¹³ EU-domstolen støtter Artikkel 29-gruppens tolkning.¹⁴ Oppgaven legger derfor til grunn den engelske språkversjonen av begrepet.

¹⁰ Dette har også EU-domstolen lagt til grunn i en rekke dommer, f.eks. C-434/16, *Nowak*, avsnitt 33-34

¹¹ Se bl.a. GDPR art. 3 nr. 2 hvor det står at GDPR kommer til anvendelse på «behandling af personoplysninger om registrerede, (...)» (egen utheving)

¹² WP29 2007, s. 10

¹³ WP29 2007, s. 11 hvor det står at opplysningene oppfyller kriteriet når de «is likely to have an impact on a certain person's rights and interests, (...) it is not necessary that the potential result be a major impact».

¹⁴ Bl.a. C-434/16 *Nowak*, avsnitt 35 hvor det står at «informationen på grund af sit indhold, formål eller virkning [må være] knyttet til en bestemt person»

Behandling er definert i art. 4 nr. 2 som «enhver aktivitet eller række af aktiviteter – med eller uden brug af automatisk behandling – som personoplysninger eller en samling af personoplysninger gøres til genstand for». Ordlyden av «enhver aktivitet» tilsier at behandling er alt man gjør med personopplysninger. Det kan være én operasjon, men også en serie operasjoner, jf. «række af aktiviteter». Bestemmelsen lister opp «indsamling, registrering, organisering, (...)» som eksempler på behandlingsoperasjoner. Ordlyden krever ikke at personopplysningene brukes aktivt. Det betyr at ren lagring og oppbevaring også omfattes av behandlingsbegrepet. Oppgaven forutsetter imidlertid at behandlingsansvarlig overfører personopplysninger til databehandleren med formål om at databehandleren skal bruke dem aktivt. Dersom databehandleren kun lagrer eller oppbevarer personopplysningene, har ikke behandlingsansvarlig nødvendigvis behov for å få dem tilbake. Etersom behandlingsansvarlig sendte en kopi av personopplysningene, kan den bare sjekke originalene.

Behandlingsansvarlig er definert i art. 4 nr. 7 som «en fysisk eller juridisk person», som alene eller sammen med andre avgjør «til hvilke formål og med hvilke hjelpemidler» det må foretas behandling av personopplysninger.¹⁵ Behandlingsansvarlig kan enten være «en fysisk eller juridisk person», men vil oftest være en virksomhet, jf. «juridisk person».¹⁶ Bestemmelsen nevner «offentlig myndighed, en institution eller et andet organ» som eksempler på type virksomheter som behandlingsansvarlig kan være. Behandlingsansvarlig bestemmer hvorfor og hvordan personopplysningene skal behandles, jf. ordlyden av «formål» og «hjælpemidler».

Databehandler er definert i art. 4 nr. 8 som «en fysisk eller juridisk person» som behandler personopplysninger «på den [behandlingsansvarliges] vegne». Ordlyden av «på den [behandlingsansvarliges] vegne» tilsier at databehandleren ikke kan behandle opplysningene på en annen måte enn det som er avtalt med behandlingsansvarlig. Behandlingsansvarlig har det primære ansvaret for behandlingen, og skal instruere databehandleren til å behandle personopplysningene på en bestemt måte. Dersom databehandleren går utenfor instruksene, regnes den som behandlingsansvarlig.¹⁷

Legaldefinisjonene av behandlingsansvarlig og databehandler krever ikke at de oppholder seg i EU. De kan opptre som dataeksportør eller dataimportør. En dataeksportør overfører

¹⁵ I den danske språkversjonen av GDPR blir «dataansvarlig» brukt. Jeg bruker den norske oversettelsen, behandlingsansvarlig, fordi denne blir mest brukt i det norske arbeidslivet.

¹⁶ Schartum (2020), s. 61

¹⁷ GDPR art. 28 nr. 10

personopplysninger ut av EU, mens en dataimportør mottar opplysningene. Ved overføring av personopplysninger til tredjeland, oppholder dataimportøren seg i tredjelandet.¹⁸

Overføring er ikke definert i forordningen. Ordlyden av «overførsel» tilsier at personopplysningene flytter seg fra en avsender til en mottaker.¹⁹ Et typisk eksempel vil være at opplysningene føres fra sted A, over til sted B. Det står i art. 4 nr. 2 at behandling av personopplysninger kan være «videregivelse ved transmission, formidling eller enhver anden form for overladelse». Overføring av personopplysninger regnes dermed som en behandlingsoperasjon,²⁰ og det foreligger en overføring når personopplysningene sendes, formidles eller på annen måte overlates til en mottaker. Det er verdt å nevne at European Data Protection Board («EDPB» eller «Personvernrådet») har sendt på høring retningslinjer som skal hjelpe behandlingsansvarlige og databehandlere med å identifisere hva som er og hva som ikke regnes som en overføring til tredjeland etter GDPR.²¹ Ettersom retningslinjene ikke får direkte betydning for oppgaven og ligger ute på offentlig høring frem til 31. januar 2022, tar ikke jeg ikke nærmere stilling til innholdet i disse retningslinjene.

1.4 Metode og rettskildebilde

For å besvare oppgavens problemstilling, tar jeg utgangspunkt i personvernforordningen. Forordningen trådte i kraft for EU-landene 25. mai 2018 og ble tatt inn i EØS-avtalen 6. juli 2018.²² Til forskjell fra det tidligere personverndirektivet,²³ er det ikke tillatt å gjøre nasjonale endringer.²⁴ Den får i sin helhet bindende virkning.²⁵ Formålet er å sikre en mest mulig harmonisert og ensartet regulering av personvernreglene i EU.²⁶

Personopplysningsloven gjennomfører GDPR i norsk rett ved inkorporasjon.²⁷

Personvernforordningen må tolkes i tråd med den europeiske tolkningslæren fordi

¹⁸ Datatilsynet (2021)

¹⁹ I den danske versjonen av GDPR blir «overførsel» brukt, jf. blant annet art. 44

²⁰ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 83

²¹ EDPB Retningslinjer 05/2021 førsteutkast

²² Davidsen (2018)

²³ Personverndirektivet

²⁴ Foruten hvor dette er spesifikt angitt, se f.eks. GDPR art. 8 nr. 1 som åpner for at aldersgrensen i nasjonal rett kan settes lavere enn 16 år. I norsk rett er aldersgrensen satt til 13 år, jf. personopplysningsloven § 5.

²⁵ TEUV art. 288 (2)

²⁶ GDPR fortalepunkt 10

²⁷ Personopplysningsloven 2018 § 1

forordningen er en rettsakt fra EU. Ettersom den europeiske tolkningslæren skiller seg fra den norske tolkningslæren på flere punkter, presenterer jeg hovedtrekkene i denne læren nedenfor.

Utgangspunktet for den europeiske tolkningslæren er ordlyden. Personvernforordningen finnes på 24 europeiske språk.²⁸ Siden Norge ikke er medlem av EU, finnes det ingen offisiell norsk versjon av GDPR, kun en norsk oversettelse. Ettersom formålet med personvernforordningen er å sikre en mest mulig harmonisert og ensartet regulering av personvernreglene i EU, baserer oppgaven seg på den danske versjonen av GDPR da denne er offisiell og ligger nærmest det norske språket.

Bestemmelsene i forordningen er preget av rettslige standarder og et teknologinøytralt språk. Fleksibilitet og teknologinøytralitet gjør reguleringen levedyktig, ettersom rettsområdet påvirkes av en nærmest konstant utviklende, og til tider innovativ informasjonsteknologi.²⁹ Ordlyden må derfor tolkes i lys av dens formål og kontekst.³⁰ En formålsoverordnet fortolkning innebærer at ordlyden tolkes i lys av formålet med bestemmelsen, kapittelet og GDPR.³¹ En kontekstuell fortolkning innebærer at ordlyden tolkes i lys av sammenhengen den befinner seg i. Fortolkningen dekker alt fra den umiddelbare sammenhengen som ordlyden inngår i, for eksempel til nabobestemmelsene i GDPR, til en fortolkning i lys av hele EU-retten.³²

Personvernforordningen har, i likhet med andre rettsakter i EU, grunnlag i traktatene.³³ EUs pakt om grunnleggende rettigheter (heretter «EU-pakten») har samme rettskildemessig verdi som traktatene.³⁴ Traktatene og EU-pakten utgjør det som kalles primærretten i EU, mens rettsakter som forordninger og direktiver utgjør sekundærretten. All sekundærrett må tolkes i overensstemmelse med primærretten, og ikke gå utover det aktuelle hjemmelsgrunnlagets rekkevidde.³⁵ Personvernforordningen må derfor tolkes i tråd med traktatene og EU-pakten.

Fortalen er en del av konteksten som kan tas i betraktning ved den kontekstuelle fortolkningen. Den kan utdype innholdet i enkelte artikler, og gi anvisning på hovedformålet med forordningen, samt i noen utstrekning hvilket formål enkeltbestemmelsene forfølger.³⁶

²⁸ GDPR. De ulike språkversjonene kan lastes opp her: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679&qid=1635231396563> (sist lest 04.12.2021)

²⁹ Blume (2015) kapittel 2

³⁰ C-558/15 *Vieira de Azevedo*, avsnitt 19

³¹ Fredriksen og Mathisen (2014) s. 231

³² Fredriksen og Mathisen (2018) s. 299

³³ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 300

³⁴ TEU art. 6 nr. 1 hvor det står at de har «same legal value»

³⁵ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 300 med videre henvisning til C-127/05 *EU-kommisjonen mot UK*, avsnitt 93

³⁶ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 305-306

Fortalen er ikke juridisk bindende, men gir tolkningsbidrag, såfremt den ikke medfører en fortolkning i strid med en klar ordlyd.³⁷

The European Court of Justice («EU-domstolen» og «domstolen») tolker og avklarer EU-retten, for eksempel personvernforordningen.³⁸ Domstolens avgjørelser anses ikke som bindende, men de utgjør tungtveiende rettskilder som det kreves gode grunner for å fravike.³⁹ Dersom en nasjonal domstol legger frem en sak for EU-domstolen, får imidlertid avgjørelsen prejudisiell virkning.⁴⁰ Schrems II er en prejudisiell avgjørelse fordi det var den irske domstolen som la frem saken for EU-domstolen.⁴¹

Premissene til EU-domstolen er ofte knappe, og stilen er gjerne mer postulerende enn drøftende. Noe av forklaringen ligger trolig i forbudet mot offentlige dissenser, som kan bidra til at premissene tidvis får et preg av «minste felles multiplum».⁴² Om man virkelig vil forstå rekkevidden av rettsavgjørelsen, er det ofte nødvendig å se hen til alle sidene ved den. Den europeiske tolkningslæren opererer ikke med et skarpt skille mellom *ratio decidendi* og *obiter dictum* ved tolkningen av EU-domstolens rettspraksis.⁴³

Artikkel 29-gruppen var tidligere EU sitt rådgivende organ ved spørsmål om personvern.⁴⁴ Veiledningene fra Artikkel 29-gruppen er fortsatt relevante i den grad de er i tråd med GDPR. Gruppen ble erstattet av EDPB gjennom GDPR,⁴⁵ og skal sikre rettsenhet i EU. Veiledningene fra Artikkel 29-gruppen og EDPB er ikke rettslig bindende, men gir viktige tolkningsbidrag.

EU-kommisjonen har fått kompetanse til å vedta standardavtaler som kan fungere som overføringsgrunnlag ved overføring av personopplysninger til tredjeland.⁴⁶ Når jeg tar nærmere stilling til EU-kommisjonens nye standardavtale i del 2.3, tar jeg utgangspunkt i ordlyden, og bruker fortalen i standardavtalen som tolkningsbidrag. Jeg bruker også standardavtalens førsteutkast, fortalen til dette utkastet, samt EDPB og Det europeiske datatilsynet (EDPS) sin felles uttalelse til utkastet som ytterligere tolkningsbidrag.

³⁷ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 306 med videre henvisning til C-345/13 *Karen Millen Fashions*, avsnitt 31

³⁸ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 153

³⁹ Fredriksen og Mathisen (2014) s. 238

⁴⁰ TEUV art. 267

⁴¹ C-311/18 *Schrems II*

⁴² Fredriksen og Mathisen (2018) s. 316

⁴³ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 317

⁴⁴ EDPB («Article 29 Working Party»)

⁴⁵ GDPR kap. VII avsnitt 3

⁴⁶ GDPR art. 46 nr. 2 bokstav c

1.5 Avgrensninger

Som nevnt, er forbeholdet som EU-kommisjonen har tatt i den nye standardavtalen bakgrunnen for oppgavens problemstilling. Oppgaven avgrenser derfor til overføringsscenarioet som rammes av forbeholdet. Det vil si tilbakeføring av personopplysninger fra databehandler til behandlingsansvarlig. Databehandler er dermed dataeksportør, mens behandlingsansvarlig er dataimportør. Forbeholdet rammer et hvilket som helst ubeskyttet tredjeland. Det vil si tredjeland som ikke har fått beslutning om tilstrekkelig beskyttelse av Kommisjonen etter GDPR art. 45. Behandlingsansvarlig, som befinner seg i et tredjeland, kan for eksempel være i USA.

Personopplysningene som skal overføres tilbake til den behandlingsansvarlige er opplysninger som i utgangspunktet ikke er underlagt GDPR. Jeg avgrenser til slike personopplysninger fordi oppgaven tar sikte på å belyse et tilfelle hvor databehandleren er underlagt GDPR, mens behandlingsansvarlig ikke er det. Hvis jeg ikke hadde avgrenset til personopplysninger som ikke er underlagt GDPR, kunne behandlingsansvarlig være underlagt GDPR, selv om den befinner seg i et tredjeland.⁴⁷ Personopplysninger som ikke er underlagt GDPR kan knytte seg til EU-borgere så vel som ikke-EU-borgere. Oppgaven avgrenser likevel til personopplysninger om ikke-EU-borgere (heretter «utenlandske personopplysninger») som ikke er underlagt GDPR.

Forbeholdet i den nye standardavtalen innebærer at databehandleren er unntatt tilleggskravet i Schrems II, et krav som kommer i tillegg til EU-kommisjonens standardavtale som overføringsgrunnlag. Oppgaven begrenser seg derfor til dette overføringsgrunnlaget.

Når jeg tar stilling til om forbeholdet er forenlig med GDPR, prioriterer jeg de mest sentrale bestemmelsene. Jeg vurderer forbeholdet i lys av forordningens territoriale anvendelsesområde etter art. 3, det rettslige grunnlaget for å bruke EU-kommisjonens standardavtale som overføringsgrunnlag etter art. 46 nr. 2 bokstav c, jf. art. 46 nr. 1, formålet med bestemmelsene for overføring av personopplysninger til tredjeland etter art. 44, samt databehandlerens generelle forpliktelser når den skal behandle personopplysninger etter art. 28, 29 og 32.

⁴⁷ GDPR art. 3 nr. 2

1.6 Fremstillingen videre

Oppgaven er delt inn i fem deler. I del 2 forklarer jeg nærmere hva som er bakgrunnen for oppgavens problemstilling. Jeg velger å bruke mer plass på dette fordi problemstillingen er svært kompleks. For å forstå problemstillingen, er man nødt til å ha en del bakgrunnskunnskap om temaet. Dette medfører at jeg ikke kommer til selve analysen så fort som jeg hadde ønsket. Det er likevel nødvendig for at analysen skal gi mening for leseren.

I del 2 presenterer jeg det rettslige utgangspunktet for overføring av personopplysninger til tredjeland. GDPR kap. V krever at det foreligger et overføringsgrunnlag, og EU-kommisjonens standardavtale kan fungere som et slik grunnlag. Ettersom EU-domstolen oppstilte et tilleggskrav til dette overføringsgrunnlaget i Schrems II, forklarer jeg nærmere hva som ligger i dette kravet. I forlengelsen av Schrems II, utarbeidet EU-kommisjonen en ny standardavtale som inkluderer tilleggskravet. Jeg starter med å forklare at bestemmelse 14 i standardavtalen dekker dette kravet. Deretter tolker jeg forbeholdet som kommisjonen har tatt for denne bestemmelsen, som innebærer at tilbakeføring av personopplysninger fra databehandler til behandlingsansvarlig er unntatt tilleggskravet i Schrems II.

I del 3 og 4 tar jeg fatt på selve analysen. Det vil si at jeg tar stilling til om EU-kommisjonen hadde rettslig grunnlag for å ta forbeholdet i den nye standardavtalen. I del 3 redegjør jeg for om forbeholdet er forenlig med GDPR. Som analysen viser, åpner ikke GDPR for at Kommisjonen kunne ta et slikt forbehold. En tolkning av GDPR i lys av EU-pakten åpner imidlertid for det. I del 4 ser jeg på om forbeholdet er forenlig med Schrems II, noe jeg kommer frem til at det er, selv om analysen viser at avgjørelsen kan trekke i begge retninger.

Til slutt konkluderer jeg med at EU-kommisjonen hadde rettslig grunnlag for å ta et slikt forbehold. Svaret på oppgavens overordnet problemstilling er dermed at databehandleren ikke er underlagt tilleggskravet i Schrems II når den skal tilbakeføre personopplysninger til behandlingsansvarlig. I forlengelsen av analysen og konklusjonen, knytter jeg noen generelle bemerkninger til interessekonflikten mellom EU og tredjeland.

2 Utgangspunkt for analysen

2.1 Det rettslige utgangspunktet

Personvernforordningens kap. V, som gjelder overføring av personopplysninger til tredjeland, krever at det foreligger et overføringsgrunnlag ved slike overføringer. Overføringsgrunnlaget skal sikre at det beskyttelsesnivået som personopplysningene er garantert i EU, ikke blir underminert når de overføres til tredjeland.⁴⁸

GDPR kap. V lister opp alternative overføringsgrunnlag. Det følger av art. 45 nr. 1 at dersom det foreligger en avgjørelse fra EU-kommisjonen om at tredjelandet har et tilstrekkelig beskyttelsesnivå, skal denne brukes som overføringsgrunnlag. Det følger videre av art. 46 nr. 1 at dersom det ikke foreligger en slik avgjørelse, kan personopplysningene overføres dersom det gis «fornødne garantier» som overføringsgrunnlag. Forordningen lister opp hvordan slike garantier kan gis,⁴⁹ og nevner blant annet EU-kommisjonens standardavtale.⁵⁰

2.2 Schrems II

EU-domstolen oppstilte et tilleggskrav til EU-kommisjonens standardavtale da domstolen vurderte gyldigheten av den som overføringsgrunnlag.⁵¹ Mer spesifikt vurderte domstolen om standardavtalen er gyldig som overføringsgrunnlag når den kun binder *dataimportøren* til GDPR-relaterte forpliktelser, ikke *myndighetene i tredjelandet*. Domstolen kom frem til at dette ikke fører til at standardavtalen er ugyldig, men det kan bety at standardavtalen ikke nødvendigvis gir personopplysningene tilstrekkelig beskyttelse.

Før domstolen vurderte gyldigheten av EU-kommisjonens standardavtale, tok den stilling til hvilket beskyttelsesnivå forordningen krever når standardavtalen blir brukt som overføringsgrunnlag.⁵² Domstolen tolket art. 46 i lys av art. 44, som sier at bestemmelsene i kap. V skal sikre at beskyttelsesnivået, som personopplysningene er garantert i EU, blir

⁴⁸ GDPR art. 44

⁴⁹ GDPR art. 46 nr. 2 bokstav a til f

⁵⁰ GDPR art. 46 nr. 2 bokstav c

⁵¹ C-311/18 *Schrems II*, avsnittene 122-149

⁵² C-311/18 *Schrems II*, avsnittene 90-105

oppretholdt når de overføres til tredjeland.⁵³ Domstolen presiserte at det ikke innebærer at beskyttelsesnivået i tredjelandet må være identisk med nivået som er garantert i EU, men at det må i det vesentlige tilsvare dette nivået.⁵⁴

Ettersom standardavtalen ikke nødvendigvis gir personopplysningene tilstrekkelig beskyttelse, og forordningen krever at opplysningene får et tilsvarende beskyttelsesnivå som i EU, oppstilte domstolen derfor et tilleggskrav til standardavtalen.⁵⁵ Tilleggskravet går ut på at dataeksportøren må, i samarbeid med dataimportøren, vurdere om lovgivingen og praksisen i tredjelandet gir personopplysningene tilstrekkelig beskyttelse. Hvis lovgivningen ikke gir tilfredsstillende beskyttelse, må dataimportøren iverksette ytterligere sikkerhetstiltak.⁵⁶ Det vil si sikkerhetstiltak som kommer i tillegg til den kontraktmessige sikkerheten som følger av standardavtalen. Sikkerhetstiltakene skal kompensere for beskyttelsen som standardavtalen ikke klarer å gi personopplysningene. Formålet er å gi personopplysningene et beskyttelsesnivå som i det vesentlige tilsvarer det nivået de er garantert i EU.⁵⁷ Hvis dataimportøren ikke er i stand til å sikre personopplysningene dette ved hjelp av ytterligere sikkerhetstiltak, må partene, eller subsidiært den kompetente tilsynsmyndigheten, suspendere eller innstille overføringen til tredjelandet.⁵⁸

Tilleggskravet i Schrems II har vært gjenstand for diskusjon siden dommen ble avsagt. Selv om domstolen er klar på at dataeksportøren må foreta en konkret vurdering fra sak til sak om hvilke sikkerhetstiltak som er nødvendige for å oppnå et tilstrekkelig beskyttelsesnivå, er det flere forhold ved tilleggskravet som er uklart. Det kan for eksempel vanskelig leses ut fra premissene til domstolen hva som kan være ytterligere sikkerhetstiltak og hva som skal til for at tiltakene gir tilstrekkelig beskyttelse.

Den 10. november 2020 kom EDPB med sin første veiledning om hvordan tilleggskravet skal forstås.⁵⁹ Veiledningen ble sendt på høring, og den 16. juni 2021 kom EDPB med en endelig versjon.⁶⁰ Den tar sikte på å hjelpe dataeksportøren med å vurdere beskyttelsesnivået i tredjeland samt identifisere passende supplerende tiltak der det er nødvendig. For å hjelpe

⁵³ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 93

⁵⁴ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 94

⁵⁵ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 132

⁵⁶ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 134

⁵⁷ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 94

⁵⁸ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 135

⁵⁹ EDPB Retningslinjer 01/2020 førsteutkast

⁶⁰ EDPB Retningslinjer 01/2020

dataeksportøren med dette, lister veiledningen opp seks steg som dataeksportøren må følge.⁶¹ Dataeksportøren må 1) skaffe oversikt over overføringene, 2) identifisere overføringsgrunnlagene som benyttes, 3) foreta en konkret vurdering av beskyttelsesnivået, 4) vurdere hvilke sikkerhetstiltak som er nødvendige, 5) iverksette nødvendige sikkerhetstiltak, og 6) evaluere sikkerhetstiltakene ved jevne mellomrom. Veiledningen inneholder også en ikke-uttømmende liste over ytterligere sikkerhetstiltak.⁶²

2.3 EU-kommisjonens nye standardavtale

I forlengelsen av Schrems II og veiledningen fra EDPB, utarbeidet EU-kommisjonen en ny standardavtale. Denne baserer seg på GDPR og inkluderer tilleggskravet i Schrems II.⁶³ I det følgende presenterer jeg først den nye standardavtalen. Deretter forklarer jeg hvordan avtalen inkluderer tilleggskravet i Schrems II. Til slutt tar jeg stilling til forbeholdet som Kommisjonen har tatt i avtalen, som innebærer at tilbakeføring av personopplysninger fra databehandler til behandlingsansvarlig er unntatt tilleggskravet.

2.3.1 Generelt om den nye standardavtalen

Standardavtalen er delt opp i fire seksjoner - den første seksjonen inneholder generelle bestemmelser, den andre inneholder partenes generelle forpliktelser, den tredje inneholder særlige bestemmelser for de tilfeller hvor myndighetene i tredjelandet kan få adgang til de overførte personopplysningene, og den siste seksjonen inneholder bestemmelser om lovvalg og opphør av standardavtalen.

Hver seksjon er igjen spaltet opp i fire moduler som tar høyde for fire ulike overføringsscenarioer: behandlingsansvarlig – behandlingsansvarlig (modul 1), behandlingsansvarlig – databehandler (modul 2), databehandler – databehandler (modul 3) og databehandler – behandlingsansvarlig (modul 4). Den modulbaserte tilnærmingen gjør at behandlingsansvarlige og databehandlere kan velge den modulen som gjelder for deres situasjon. EU-kommisjonen har gjort diverse tilpasninger i bestemmelsene ut fra hvilken

⁶¹ EDPB Retningslinjer 01/2020 førsteutkast kap. 2

⁶² EDPB Retningslinjer 01/2020 førsteutkast andre vedlegg

⁶³ Annex to the Commission implementing decision (2021)

modul partene velger. På den måten blir forpliktelsene skreddersydd rollen og ansvaret de har til den aktuelle databehandlingen.

Den tredje seksjonen, som gjelder tilfeller hvor myndighetene i tredjelandet kan få adgang til de overførte personopplysningene, består av bestemmelsene 14 og 15. Bestemmelsene kommer i utgangspunktet til anvendelse for alle modulene. Den eneste tilpasningen EU-kommisjonen har gjort, er for modul fire. Den har tatt et forbehold for når databehandleren er unntatt bestemmelsene. Bestemmelse 14 angir forpliktelser som gjelder *før* personopplysningene overføres til tredjeland, mens bestemmelse 15 angir forpliktelser som gjelder *etter* at opplysningene er overført. Ettersom oppgaven skal ta stilling til hvilke krav databehandleren er underlagt når den *skal* overføre personopplysninger, kommer jeg til å fokusere på bestemmelse 14, og forklare hvorfor denne dekker tilleggskravet i Schrems II.

2.3.2 Bestemmelse 14, tilleggskravet i Schrems II

Bestemmelse 14 lister opp hvordan avtalepartene skal forholde seg til lover i tredjelandet som kan påvirke overholdelsen av standardavtalen fra bokstav (a) til (f).⁶⁴ Det følger av bestemmelsens bokstav (a) at avtalepartene må garantere at de ikke har grunn til å tro at reguleringen i tredjelandet vil hindre dem fra å oppfylle forpliktelsene sine i standardkontrakten⁶⁵. Før partene kan garantere dette, følger det av bokstav (b) at de blant annet må undersøke om det finnes lover og praksis i tredjelandet som gir myndighetene adgang til de overførte personopplysningene.⁶⁶ Dersom myndighetene i tredjelandet kan få tilgang til opplysningene, må partene iverksette ytterligere sikkerhetstiltak. Tiltakene kommer i tillegg til den kontraktsmessige sikkerheten som følger av selve standardavtalen.⁶⁷

Standardavtalen binder kontraktsmessig, som vil si at den kun binder dataimportøren til å behandle personopplysningene i tråd med personvernregelverket i EU. Ettersom myndighetene i tredjelandet ikke regnes som avtalepart, vil ikke standardavtalen forhindre at myndighetene får tilgang til personopplysningene. Bestemmelse 14 angir de skrittene avtalepartene må ta for å sikre at myndighetene i tredjelandet ikke får urettmessig tilgang til

⁶⁴ Annex to the Commission implementing decision (2020) bestemmele 14 hvor det står at tittelen er “Local laws and practices affecting compliance with the Clauses”

⁶⁵ Bestemmelse 14 bokstav a

⁶⁶ Annex to the Commission implementing decision (2020), bestemmelse 14 bokstav b punkt ii

⁶⁷ Annex to the Commission implementing decision (2020), bestemmelse 14 bokstav b punkt iii

personopplysningene. Det vil si hva avtalepartene må gjøre for å etterleve tilleggskravet i Schrems II.

2.3.3 Forbeholdet i bestemmelse 14

EU-kommisjonen har tatt et forbehold for når databehandleren ikke er underlagt forpliktelsene i bestemmelse 14, og dermed tilleggskravet i Schrems II. I denne delen tar jeg stilling til hvordan forbeholdet skal forstås.

Det står i bestemmelse 14 at den bare kommer til anvendelse på modul fire «where EU processor combines the personal data received from the third country-controller with personal data collected by the processor in the EU».⁶⁸ Ordlyden tilsier at bestemmelse 14 kun kommer til anvendelse på modul fire, når databehandler skal overføre kombinerte personopplysninger. Det vil si personopplysninger som dels kommer fra behandlingsansvarlig og dels kommer fra databehandleren selv. Tolkningen tilsier at databehandleren ikke er underlagt bestemmelse 14 dersom den skal overføre ikke-kombinerte personopplysninger til behandlingsansvarlig.

Det står i fortalepunkt 16 til standardavtalen at EU-kommisjonen har funnet det hensiktsmessig å gi forskjellige garantier i standardavtalen for modul fire. Det bør gjelde ytterligere krav for å håndtere eventuelle virkninger når databehandleren kombinerer personopplysninger mottatt fra behandlingsansvarlig i tredjeland med personopplysninger samlet inn av databehandleren i EU. Databehandleren er unntatt slike ytterligere krav fordi personopplysningene den mottar og deretter behandler har vært, og forblir, underlagt jurisdiksjonen i tredjelandet.

Fortalepunktet støtter ordlydstolkningen ovenfor som sier at databehandleren er unntatt forpliktelsene i bestemmelse 14 når den skal overføre ikke-kombinerte-personopplysninger. EU-kommisjonen forklarer dette med at personopplysningene databehandleren mottar og deretter behandler, har vært og forblir underlagt jurisdiksjonen til tredjelandet. Kommisjonen tar dermed kun forbehold mot overføring av personopplysninger som utelukkende kommer fra behandlingsansvarlig. Personopplysninger som kommer fra databehandleren, er opplysninger som finnes i EU og som ligger i kjernen av det GDPR skal verne. Forbeholdet dekker ikke slike ikke-kombinerte-personopplysninger. Tolkningen tilsier dermed at

⁶⁸ Annex to the Commission implementing decision (2020), bestemmelsene 14

bestemmelse 14 ikke gjelder for tilbakeføring av personopplysninger fra databehandler til behandlingsansvarlig.

Den 12. november 2020 offentliggjorde EU-kommisjonen førsteutkastet til den nye standardavtalen.⁶⁹ Forbeholdet hadde lik ordlyd i utkastet, men var regulert i bestemmelse 2.⁷⁰ I fortalen til utkastet står det, i likhet med den endelige fortalen, at Kommisjonen ikke ønsker å stille ytterligere krav når personopplysningene har vært og forblir underlagt jurisdiksjonen til tredjelandet.⁷¹ Førsteutkastet gir ikke ytterligere veiledning til hvordan forbeholdet skal forstås. EU-kommisjonen anmodet imidlertid EDPB og EDPS om å gi en felles uttalelse om utkastet. Ettersom EU-kommisjonen tok samme forbehold i utkastet som i den endelige versjonen, kan uttalelsene gi ytterligere tolkningsbidrag til hvordan forbeholdet skal forstås.

EDPB og EDPS uttalte seg blant annet om bestemmelse 2 og forbeholdet som Kommisjonen hadde tatt for denne bestemmelsen. De savnet en presisering fra Kommisjonen om hva som var årsaken til forbeholdet, samt en ytterligere vurdering av om forbeholdet er berettiget.⁷² De viste blant annet til GDPR art. 3 nr. 1 som ikke krever at personopplysninger som behandles av en databehandler i EU, også må hentes inn i EU, for at databehandlerens forpliktelser skal komme til anvendelse på personopplysningene.⁷³ Det virker som at EDPS og EDPB også mener at forbeholdet rammer tilbakeføring av personopplysninger fra databehandler til behandlingsansvarlig. Kommisjonen ville trolig endret på ordlyden hvis det viste seg at EDPB og EDPS hadde misforstått forbeholdet. Det er derfor riktig å forstå forbeholdet som at databehandleren er unntatt forpliktelsene i bestemmelse 14, herunder tilleggskravet i Schrems II, når den skal overføre personopplysninger tilbake til sin behandlingsansvarlige.

I det følgende tar jeg stilling til om EU-kommisjonen hadde rettslig grunnlag for å ta et slikt forbehold i henhold til GDPR og Schrems II, med sikte på å avklare om databehandleren er underlagt tilleggskravet ved slike overføringer.

⁶⁹ Draft Commission implementing decision (2020) og Annex to the draft Commission implementing decision (2020)

⁷⁰ Annex to the draft Commission implementing decision (2020), s. 22-25

⁷¹ Draft Commission implementing decision (2020), avsnitt 16

⁷² EDPB-EDPS Joint Opinion 2/2021, punkt 4.3.5.1

⁷³ EDPB-EDPS Joint Opinion 2/2021, punkt 4.3.5.1

3 Er forbeholdet i den nye standardavtalen forenlig med GDPR?

EU-kommisjonen har fått kompetanse gjennom GDPR art. 46 nr. 2 bokstav c til å bestemme det nærmere innholdet i standardavtalen. EU-kommisjonen har imidlertid ikke fått frie tøyler til å bestemme innholdet. Den må, i likhet med alle som behandler personopplysninger, følge bestemmelsene i personvernforordningen. EU-kommisjonen kan ikke ta et forbehold som ikke er forenlig med disse bestemmelsene.

Personvernforordningen tar ikke direkte stilling til om EU-kommisjonen kan ta forbehold om at databehandleren er unntatt tilleggskravet i Schrems II når den skal tilbakeføre personopplysninger til sin behandlingsansvarlige. Bestemmelsene i forordningen kan imidlertid gi en indikasjon på om lovgiver åpner for å ta et slikt forbehold. Hvis lovgiver setter personopplysninger som allerede er underlagt en annens jurisdiksjon i en særstilling, eller lempet på kravene til databehandleren når kun denne er underlagt GDPR, kan det tilsi at lovgiver åpner for å ta forbehold i slike tilfeller. Da vil forbeholdet være forenlig med GDPR.

I det følgende vurderer jeg om forbeholdet EU-kommisjonen har tatt i den nye standardavtalen er forenlig med GDPR i fire deler. I del 3.1 tar jeg stilling til om forbeholdet er forenlig med forordningens territoriale anvendelsesområde etter art. 3. I del 3.2 redegjør jeg for om forbeholdet er forenlig med det rettslige grunnlaget for å bruke EU-kommisjonens standardavtale som overføringsgrunnlag etter art. 46 nr. 2 bokstav c. I del 3.3 vurderer jeg om forbeholdet er forenlig med databehandlerens generelle forpliktelser etter art. 28, 29 og 32. Til slutt tar jeg stilling til bestemmelsene jeg allerede har redegjort for, i lys av EU-pakten.

3.1 Forordningens territoriale anvendelsesområde

I denne delen tar jeg stilling til om forbeholdet i den nye standardavtalen er forenlig med GDPR art. 3. Det følger av art. 3 at forordningen kommer til anvendelse på behandling av personopplysninger som «foretages som led i aktiviteter», som utføres av en behandlingsansvarlig eller en databehandler, som er «etablert i Unionen», uansett om behandlingen finner sted i Unionen eller ikke.

Ordlyden av «etablert i Unionen» oppstiller et tilknytningskrav til EU. For at behandlingsansvarlig eller databehandler skal være omfattet av forordningens territoriale anvendelsesområde, må den ha en tilknytning til EU. Behandlingen av personopplysningene må skje i forbindelse med denne tilknytningen, jf. «foretages som led i aktiviteter». Sett i sammenheng med resten av bestemmelsen, som sier at selve behandlingen ikke trenger å finne sted i EU, er den kontekstuelle tilknytning til EU avgjørende. Ordlyden krever ikke at *personopplysningene* har en tilknytning til EU, kun den *behandlingsansvarlige og/eller databehandleren* må ha det. Tolkningen er forenlig med personopplysningsbegrepet, som sier at personopplysningene kan knytte seg til EU-borgere, så vel som ikke-EU-borgere.⁷⁴

Bestemmelsen krever ikke at personopplysningene som behandles i EU også må hentes inn i EU, for at GDPR skal komme til anvendelse. Forordningens territoriale anvendelsesområde tar ikke hensyn til at personopplysningene er underlagt en annens jurisdiksjon. Forbeholdet synes å være et utslag av et ønske om å respektere tredjelands personelle jurisdiksjon, og som tolkningen viser, er dette i utgangspunktet ikke en type jurisdiksjon forordningen tar hensyn til. Tolkningen tilsier at forbeholdet ikke er forenlig med GDPR art. 3.

Det er klart at databehandleren i vårt tilfelle er «etablert i Unionen» når behandleren befinner seg i EU. Utgangspunktet er at databehandleren må overholde de forpliktelsene som forordningen pålegger en databehandler, når den skal behandle personopplysninger. Ettersom behandlingsansvarlig befinner seg utenfor EU og personopplysningene ikke er underlagt GDPR, vil enhver behandling som behandlingsansvarlig foretar, falle utenfor art. 3 nr. 1. Dette gjelder selv om behandlingsansvarlig instruerer databehandleren i EU, fordi slike behandlinger skjer i forbindelse med databehandlerens aktiviteter.⁷⁵ Ettersom databehandleren ikke skal overføre personopplysninger om registrerte «der er i Unionen», faller behandlingsansvarlig også utenfor art. 3 nr. 2. Det betyr at det kun er databehandleren som er underlagt GDPR.

Det følger av art. 3 nr. 1 og nr. 2 at forordningen gjelder for «en [behandlingsansvarlig] eller en databehandler». Ordlyden krever ikke at begge aktørene er underlagt forordningens territoriale anvendelsesområde for at den kommer til anvendelse. Databehandleren er dermed underlagt forpliktelsene i GDPR, selv om den behandlingsansvarlige ikke er det.

⁷⁴ Se definisjonen av personopplysningsbegrepet i del 1.3

⁷⁵ Tolkningen har støtte i både ordlyden og EDPB Retningslinjer 3/2018, s. 12-13

Det er ingenting i ordlyden som indikerer at lovgiver lempet på kravene til databehandleren når behandlingsansvarlig ikke er underlagt GDPR. Så lenge databehandleren er underlagt personvernforordningen, og den skal behandle personopplysninger, må behandlingen skje i tråd med GDPR. Bestemmelsen krever ikke at personopplysningene som skal behandles i EU også hentes inn i EU, for at GDPR kommer til anvendelse. Med en gang opplysningene overføres til databehandleren, må databehandleren sørge for at behandlingen som foretas av den, skjer i tråd med GDPR. Selv om personopplysningene har fått og/eller fortsatt får dårlig beskyttelse av behandlingsansvarlig som ikke er underlagt GDPR, må databehandleren likevel sikre at personopplysningene får den beskyttelsen de er garantert i GDPR. Tolkningen tilsier at forbeholdet, som lempet på databehandlerens krav, ikke er forenlig med GDPR art. 3.

3.2 Dataeksportørens forpliktelser

I denne delen tar jeg stilling til om forbeholdet er forenlig med det rettslige grunnlaget for å bruke EU-kommisjonens standardavtale som overføringsgrunnlag ved overføring av personopplysninger til tredjeland.

Det følger av art. 46 nr. 1 at en behandlingsansvarlig eller databehandler bare kan overføre personopplysninger dersom det gis «fornødne garantier» og på betingelse av at «rettigheter, som kan håndhæves, og effektive rettsmidler for registrerte er tilgjengelige» (egen utheving).

Bestemmelsen oppstiller to kumulative vilkår. Jeg tar først stilling til «fornødne garantier», som tilsier at dataeksportøren må iverksette tiltak som sikrer at personopplysningene får tilstrekkelig beskyttelse. Det følger av art. 46 nr. 2 bokstav c at dataeksportøren kan sikre dette gjennom å bruke EU-kommisjonens standardavtale som overføringsgrunnlag.

EU-kommisjonens standardavtale sikrer at personopplysningene får tilstrekkelig beskyttelse fordi den fungerer som et kontraktsmessig sikkerhetstiltak, ved at dataimportøren forplikter seg til GDPR-relaterte forpliktelser. På den ene siden forhindrer standardavtalen at dataeksportøren omgår reglene i GDPR ved å overlate databehandlingen til en aktør som ikke er underlagt GDPR. På den andre siden sikrer standardavtalen at personopplysningene blir behandlet i tråd med personvernforordningen selv om dataimportøren ikke er underlagt den.

Det som er spesielt for vårt tilfelle, er imidlertid at standardavtalen vil tvinge behandlingsansvarlig, som behandler utenlandske personopplysninger, til å følge et mulig strengere databeskyttelsesregime enn personopplysningene ellers er underlagt. I forlengelsen

av dette oppstår det spørsmål om databehandleren må ha et overføringsgrunnlag når den skal overføre personopplysninger som allerede er underlagt jurisdiksjonen i tredjelandet. Hvis lovgiver lempet på kravet til overføringsgrunnlag i slike tilfeller, taler det for at Kommisjonen også kan lempe på kravene. Forbeholdet i den nye standardavtale, hvor Kommisjonen lempet på databehandlerens krav, vil i så fall være forenlig med GDPR.

Det er ikke bare den behandlingsansvarlige som er underlagt kravet til overføringsgrunnlag, også databehandleren har et selvstendig ansvar for at det foreligger et overføringsgrunnlag, jf. ordlyden av «en [behandlingsansvarlig] eller databehandler». Enhver dataeksportør, uavhengig av om eksportøren er behandlingsansvarlig eller databehandler, må derfor ha et overføringsgrunnlag. Selv om databehandleren skal overføre personopplysninger som allerede er underlagt en annens jurisdiksjon, er det ingenting i ordlyden som tilsier at databehandleren er unntatt dette kravet. Så lenge databehandleren skal overføre personopplysninger ut av EU, krever lovgiver at den må ha et overføringsgrunnlag.

Den nye standardavtalen gir uttrykk for det samme. Standardavtalen er spaltet opp i fire ulike moduler som tar høyde for fire ulike overføringsscenarioer. Overføring fra databehandler til behandlingsansvarlig er ett av overføringsscenarioene. EU-kommisjonen sier at bestemmelsene 14 og 15 i den nye standardavtalen ikke gjelder for databehandleren når den skal overføre personopplysninger tilbake til den behandlingsansvarlige, men utover dette, gjelder standardavtalen fullt ut. Kommisjonen gir dermed uttrykk for at enhver som skal overføre personopplysninger ut av EU, kan bruke den nye standardavtalen som overføringsgrunnlag. Dette inkluderer databehandlere som skal overføre personopplysninger tilbake til sine behandlingsansvarlige.

Databehandleren må dermed ha et overføringsgrunnlag selv om den skal overføre personopplysninger som allerede er underlagt jurisdiksjonen i tredjelandet. Lovgiver tar ikke hensyn til tredjelands personelle jurisdiksjon. Tolkningen tilsier at forbeholdet, som tar hensyn til at opplysningene allerede er underlagt en annens jurisdiksjon, ikke er forenlig med GDPR art. 46.

I forlengelsen av dette er det verdt å merke seg at EU-kommisjonen bare tar hensyn til tredjelands personelle jurisdiksjon for bestemmelsene 14 og 15. Man kan derfor spørre seg hvorfor EU-kommisjonen tar hensyn til tredjelands personelle jurisdiksjon for disse bestemmelsene, og ikke for de øvrige bestemmelsene i standardavtalen. Også de øvrige bestemmelsene kan tvinge behandlingsansvarlig, som behandler utenlandske

personopplysninger, til å følge et mulig strengere databeskyttelsesregime enn personopplysningene ellers er underlagt. Forbeholdet virker slik sett vilkårlig, og dermed uberettiget. Tolkningen trekker ytterligere i retning av at forbeholdet ikke er forenlig med GDPR art. 46.

Som nevnt oppstiller art. 46 nr. 1 to kumulative vilkår. Selv om databehandleren har et overføringsgrunnlag, betinger bestemmelsen at «rettigheter, som kan håndheves, og effektive rettsmidler for registrerede er tilgjengelige», jf. art. 46 nr. 1. Ordlyden tilsier at databehandleren må forsikre seg om at tredjelandet gir personopplysningene tilstrekkelig beskyttelse, for at den kan overføre opplysningene til dette landet.

For vårt tilfelle innebærer dette at databehandleren må vurdere om personopplysninger *får* tilstrekkelig beskyttelse i tredjelandet, selv om de allerede *er* i dette landet. I forlengelsen av dette, oppstår det spørsmål om databehandleren må forsikre seg om at tredjelandet gir tilstrekkelig beskyttelse når den skal overføre personopplysninger som allerede er underlagt jurisdiksjonen i tredjelandet.

Ut fra ordlyden virker det som at enhver dataeksportør må forsikre seg om at tredjelandet gir tilstrekkelig beskyttelse. Kravet virker absolutt, og dermed uavhengig av hvilket overføringsscenario dataeksportøren står overfor. Lovgiver lempet ikke på databehandlerens krav når den skal overføre personopplysninger som allerede er underlagt tredjelandets jurisdiksjon. Tolkningen trekker i retning av at forbeholdet som lempet på databehandleren sine krav i slike tilfeller, ikke er forenlig med art. 46.

Ordlyden er imidlertid ikke klar på hvilke konkrete forhold som inngår i vurdering av om tredjelandet gir tilstrekkelig beskyttelse. Den er heller ikke klar på hva som skal til for at beskyttelsesnivået er tilstrekkelig. En kontekstuell fortolkning av vilkåret kan avklare om lovgiver faktisk krever at tredjelandet må ha et visst beskyttelsesnivå når personopplysningene allerede er underlagt jurisdiksjonen i tredjelandet.

En kontekstuell fortolkning innebærer at man trekker sammenhengen som en EU-rettslig tekst inngår i, inn i tolkningen av den. Ettersom art. 46 befinner seg i forordningens kap. V, er det naturlig å tolke vilkåret i lys av de øvrige artiklene i dette kapittelet. Det er særlig relevant å se hen til art. 44 fordi denne angir grunnleggende prinsipper for overføring av

personopplysninger til tredjeland.⁷⁶ EU-domstolen sier også at overføringsgrunnlagene som følger av art. 46 må leses i lys av art. 44.⁷⁷

Det følger av art. 44 siste punktum at formålet med bestemmelsene i kap. V er å «sikre at det beskyttelsesnivå, som fysiske personer garanteres i medfør av denne forordning, ikke undermineres». Ordlyden tilsier at kap. V tar sikte på at personopplysningene ikke skal få dårligere beskyttelse når de overføres til tredjeland. Dataeksportøren må vurdere beskyttelsesnivået i tredjelandet i lys av beskyttelsesnivået som er garantert i personvernforordningen. I likhet med art. 3, tilsier ordlyden av «fysiske personer» at den registrertes nasjonalitet og bopel ikke er relevant i vurderingen.

Selv om ordlyden ikke er tydelig på hvem som skal sikre at personopplysningene får tilstrekkelig beskyttelse i tredjelandet, følger det av fortalepunkt 101 siste punktum at en overføring bare kan finne sted, hvis «den [behandlingsansvarlige] eller databehandleren» oppfyller betingelsene i forordningens kap. V. I vårt tilfelle er det spørsmål om tilbakeføring fra databehandler til behandlingsansvarlig. Det betyr at det er databehandleren som må forsikre seg om at tredjelandet gir personopplysningene tilstrekkelig beskyttelse.

En kontekstuell fortolkning av art. 46 i lys av art. 44, tilsier at lovgiver krever at tredjelandet må ha et visst beskyttelsesnivå selv om personopplysningene allerede er underlagt jurisdiksjonen i tredjelandet. Lovgiver lempet dermed ikke på databehandlerens krav i slike tilfeller. Tolkningen trekker dermed i retning av at forbeholdet, som lempet på databehandleren sine krav i slike tilfeller, ikke er forenlig med art. 46.

Tolkningen frem til nå tyder på at forbeholdet i den nye standardavtalen ikke er forenlig med personvernforordningen. Det virker som at lovgiver pålegger databehandleren de samme forpliktelsene som en hvilken som helst annen dataeksportør er pålagt. Lovgiver tar ikke høyde for hvilke konsekvenser dette fører med seg. Slik sett, kan man si at lovgiver skjærer alle dataeksportører over samme lest. For vårt tilfelle innebærer dette at databehandleren skal være underlagt tilleggskravet i Schrems II. Det vil si at den må iverksette ytterligere sikkerhetstiltak dersom beskyttelsesnivået i tredjelandet ikke er tilstrekkelig. Dersom beskyttelsesnivået ikke er tilstrekkelig, vil det imidlertid ikke foreligge noen tiltak som kan hindre at myndighetene *får* tilgang til personopplysningene, ettersom personopplysningene

⁷⁶ Art. 44 har overskriften «Generelt princip for overførsler»

⁷⁷ C-311/18 *Schrems II*

allerede *er* i tredjelandet. Databehandleren kan dermed ikke tilbakeføre personopplysninger til behandlingsansvarlig når behandlingsansvarlig befinner seg i et ubeskyttet tredjeland.

Formålet med å hindre dataeksportøren fra å kunne overføre personopplysninger til et ubeskyttet tredjeland, er å beskytte personopplysningene. I dette tilfellet får imidlertid ikke opplysningene bedre beskyttelse av at databehandleren beholder dem, ettersom de allerede er underlagt jurisdiksjonen i det ubeskyttede tredjelandet. Databehandleren blir dermed satt i en skvis. Personvernforordningen hindrer databehandleren fra å overføre personopplysningene tilbake til sin behandlingsansvarlige, uten at dette gir personopplysningene bedre beskyttelse.

Forordningen tar ikke hensyn til tredjelands personelle jurisdiksjon. Så lenge databehandleren er underlagt GDPR, og den skal behandle personopplysninger, må behandlingen skje i tråd med GDPR. Selv om personopplysningene har fått og/eller fortsatt får dårlig beskyttelse av den behandlingsansvarlige som ikke er underlagt GDPR, må databehandleren likevel sikre personopplysningene det vernet som de er garantert i GDPR. Hvis ikke, ville det fort ført til et «race to the bottom», som kan undergrave det beskyttelsesnivået GDPR er ment å gi. Dette kan forklare hvorfor lovgiver skjærer alle dataeksportørne over samme lest. Lovgiver ønsker å understreke at personopplysningene skal være sikret beskyttelsesnivået som forordningen garanterer, uavhengig av hvilket overføringsscenario dataeksportøren måtte står overfor.

Utgangspunktet er at forbeholdet ikke er forenlig med det rettslige grunnlaget for å bruke EU-kommisjonens standardavtale som overføringsgrunnlag etter art. 46 nr. 2 bokstav c.

3.3 Databehandlerens generelle forpliktelser

Bestemmelsene i kap. V kommer i tillegg til de øvrige bestemmelsene i forordningen.⁷⁸

Dataeksportøren må derfor følge de generelle forpliktelsene som påhviler behandlingsansvarlig eller databehandler, alt ettersom hva dataeksportøren opptrer som. I vårt tilfelle er dataeksportøren en databehandler, og må derfor følge de generelle forpliktelsene som påhviler databehandlere. I denne delen tar jeg stilling til om forbeholdet kan underbygges av databehandlerens generelle forpliktelser som følger av art. 28, 29 og 32.

⁷⁸ Personopplysningene kan overføres dersom kravene i kap. V er oppfylt, men med forbehold om at «de øvrige bestemmelser i denne forordning oppfylles», jf. GDPR art. 44 første punktum

3.3.1 Tilstrekkelige garantier etter art. 28 nr. 1

Det følger av art. 28 nr. 1 at hvis en behandling skal foretas på vegne av en behandlingsansvarlig, «benytter den [behandlingsansvarlige] udelukkende databehandlere» som det kan stilles «fornødne garantier» for, at de vil gjennomføre passende tekniske og organisatoriske tiltak slik at behandlingen overholder forpliktelsene i forordningen.

Ordlyden av «benytter [behandlingsansvarlig] utelukkende databehandlere» tilsier at bestemmelsen regulerer den behandlingsansvarliges ansvar og plikter ved bruk av databehandlere. Behandlingsansvarlig er dermed pliktsubjektet. Bestemmelsen krever at behandlingsansvarlig velger en databehandler som det kan stilles «fornødne garantier» for, hvilket tilsier at behandlingsansvarlig må foreta en vurdering av om databehandleren er egnet til å ivareta databehandleransvaret. Hvorvidt databehandleren er egnet, beror på om behandlingen som databehandleren skal gjennomføre, står i forhold til risikoen med behandlingen. Det står i forordningens fortalepunkt 81 at databehandleren skal ha «ekspertise, pålidelighet og ressurser» for å ivareta lovpålagte og avtalefestede forpliktelser.

Siden behandlingsansvarlig i vårt tilfelle ikke er underlagt GDPR, trenger den ikke å finne en databehandler som vil ivareta databehandleransvaret. I forlengelsen av dette oppstår det spørsmål om databehandleren må stille «fornødne garantier» når behandlingsansvarlig ikke trenger å velge en databehandler som kan stille slike garantier. Spørsmålet tar sikte på å kartlegge om lovgiver lempet på databehandlerens krav når behandlingsansvarlig ikke er underlagt GDPR. Hvis lovgiver lempet på kravene, åpner det for at EU-kommisjonen kan gjøre det samme. Tolkningen tilsier i så fall at forbeholdet, som lempet på databehandlerens krav, kan underbygges av GDPR art. 28 nr. 1.

Ettersom det er den behandlingsansvarlige, ikke databehandleren, som er pliktsubjektet i art. 28 nr.1, tilsier ordlyden at bestemmelsen ikke pålegger databehandleren noen plikter. Bestemmelsen forutsetter imidlertid at den som skal behandle personopplysningene, gjennomfører passende tekniske og organisatoriske tiltak. Det følger dessuten av art. 28 nr. 3 at det må foreligge en databehandleravtale mellom behandlingsansvarlig og databehandler, hvor det fremgår at forpliktelsene til å iverksette nødvendige tiltak, også påhviler databehandleren. Selv om ikke databehandleren blir nevnt som pliktsubjekt i art. 28 nr.1, følger det forutsetningsvis av art. 28 nr. 1 og nr. 3 at databehandleren må overholde forpliktelsene som behandlingsansvarlig må garantere i henhold til art. 28 nr. 1. Det vil si at

databehandleren må gjennomføre tekniske og organisatoriske tiltak dersom det er nødvendig for at behandlingen skal være forenlig med GDPR.

I retningslinjene til EDPB om forordningens territoriale anvendelsesområde, nevner EDPB enkelte bestemmelser i forordningen som kommer direkte til anvendelse på databehandleren når behandlingsansvarlig ikke er underlagt forpliktelsene i GDPR. EDPB nevner blant annet art. 28, men viser kun til nr. 2-6.⁷⁹ Uttalelsen kan imidlertid ikke tas til inntekt for at art. 28 nr. 1 ikke innebærer en plikt for databehandleren. EDPB viser kun til bestemmelser som kommer direkte til anvendelse på databehandlere. Forpliktelsene som følger av art. 28 nr. 1 kommer direkte til anvendelse på behandlingsansvarlig, og indirekte til anvendelse på databehandleren. Henvisningen til EDPB gjelder dessuten databehandlerens plikt til å inngå databehandleravtale, og art. 28 nr. 2-6 regulerer forhold ved denne avtalen. Det gjør imidlertid ikke art. 28 nr. 1. Uttalelsen fra EDPB utelukker dermed ikke at forpliktelsene som følger av art. 28 nr. 1, også gjelder for databehandleren.

Selv om behandlingsansvarlig ikke er forpliktet til å velge en databehandler som kan gi garantier for at behandlingen kommer til å oppfylle kravene i forordningen, må databehandleren likevel gi slike garantier fordi den indirekte er underlagt forpliktelsene som følger av art. 28 nr. 1. Uavhengig av om databehandleren skal behandle personopplysninger om EU-borgere eller ikke, må den gi garantier for at den kommer til å behandle personopplysningene i tråd med GDPR. Lovgiver lempet ikke på kravene til databehandleren når den skal behandle personopplysninger om ikke-EU-borgere for en behandlingsansvarlig som ikke er underlagt GDPR. Forbeholdet i den nye standardavtalen, som lempet på databehandleren sine krav i slike tilfeller, kan dermed ikke underbygges av art. 28 nr. 1.

3.3.2 Behandlingsansvarliges instruks etter art. 28 nr. 3

I denne delen tar jeg stilling til om forbeholdet i den nye standardavtalen kan underbygges av behandlingsansvarliges instruksmyndighet overfor databehandleren. Det følger av art. 28 nr. 3 bokstav a at databehandleravtalen skal fastsette at databehandleren «kun må behandle personopplysninger etter dokumenteret instruks fra [behandlingsansvarlig]», med mindre annet følger av «EU-ret eller medlemsstaternes nasjonale ret».

⁷⁹ EDPB Retningslinjer 3/2018, kap. 1, bokstav d, punkt ii

Ordlyden av «kun må behandle personopplysninger etter dokumenteret instruks fra [behandlingsansvarlig]» tilsier at databehandleravtalen må avklare partenes roller og ansvar, og pålegge databehandleren et rådighetsforbud. Tolkningen er forenlig art. 29, som også sier at databehandler skal behandle personopplysninger etter instruks fra behandlingsansvarlig. Behandlingsansvarlig er normalt nærmest til å vurdere hvordan GDPR ivaretas ved den aktuelle behandlingen. Den får dermed instruksjonsmyndighet overfor databehandleren for å sikre at GDPR blir etterlevd når den overlater behandlingen til databehandleren.⁸⁰ Behandlingsansvarlig kan for eksempel instruere databehandleren til å slette eller tilbakeføre opplysningene etter at behandlingen er ferdig.⁸¹

Behandlingsansvarliges instruksjonsmyndighet er imidlertid ikke absolutt. Den reserverer seg mot «EU-ret eller medlemsstaternes nasjonale ret». Reservasjonen indikerer at databehandlerens forpliktelser som følger av EU-retten og medlemsstatenes nasjonale rett får prioritet over behandlingsansvarliges instruksjoner dersom instruksjonene er i strid med forpliktelsene. Formålet er å sikre at behandlingsansvarlig ikke instruerer databehandleren til å behandle personopplysningene på en måte som gir opplysningene dårligere beskyttelse enn beskyttelsen de er garantert i GDPR.

I vårt tilfelle ønsker behandlingsansvarlig å få personopplysningene tilbakeført til seg etter at databehandleren er ferdig med behandlingen. Dersom databehandleren er underlagt tilleggskravet i Schrems II, må den iverksette ytterligere sikkerhetstiltak når den skal overføre personopplysninger fordi behandlingsansvarlig befinner seg i et ubeskyttet tredjeland. Tiltakene skal hindre at andre enn behandlingsansvarlig, for eksempel myndighetene i tredjelandet, får tilgang til personopplysningene. Ettersom personopplysningene kommer fra tredjelandet, har imidlertid myndighetene allerede tilgang til opplysningene. Databehandleren vil dermed ikke være i stand til å iverksette sikkerhetstiltak som kan hindre at myndighetene får tilgang til personopplysningene. Hvis databehandleren hadde vært underlagt tilleggskravet i Schrems II, ville databehandleren dermed stått overfor et tilfelle hvor den måtte suspendert eller innstilt overføringen,⁸² selv om den ble instruert til å overføre personopplysningene tilbake til den behandlingsansvarlige.

Bakgrunnen for at databehandleren ikke kan følge behandlingsansvarliges instruksjoner i slike kollisjonstilfeller, er som nevnt for å hindre at databehandleren skal behandle

⁸⁰ Skullerud mfl. (2019), s. 295

⁸¹ GDPR art. 28 nr. 3 bokstav g

⁸² Schrems avsnitt 135

personopplysningene på en måte som gir dem dårligere beskyttelse enn beskyttelsen de er garantert i GDPR. Ettersom personopplysningene allerede finnes i tredjelandet, vil imidlertid ikke opplysningene få bedre beskyttelse av at databehandleren suspenderer eller innstiller overføringen. Det kan virke som at lovgiver ikke har tatt høyde for tilfeller hvor reservasjonen slår inn uten at det egentlig gjør situasjonen noe bedre, snarere tvert imot.

I forlengelsen av dette oppstår det spørsmål om det er riktig å forstå art. 28 nr. 3 bokstav a som at reservasjonen skal trumfe behandlingsansvarliges instruksjonsmyndighet når dette ikke gir personopplysningene bedre beskyttelse. Dersom behandlingsansvarliges instruksjonsmyndighet heller skal får prioritet i slike tilfeller, kan det forklare hvorfor Kommisjonen tok forbeholdet i den nye standardavtalen. Forbeholdet, som innebærer at databehandleren ikke er underlagt tilleggskravet i Schrems II, vil hindre at databehandleren må beholde personopplysningene når dette ikke vil gi opplysningene bedre beskyttelse.

Når personopplysningene ikke får bedre vern av at databehandleren beholder dem, og databehandlerens funksjon nettopp er å handle på vegne av den behandlingsansvarlige,⁸³ kan det virke mer hensiktsmessig å la behandlingsansvarliges instruksjonsmyndighet trumfe reservasjonen i slike tilfeller. Når databehandleren ikke følger behandlingsansvarliges instruksjoner, vil den ikke lenger handle på vegne av den ansvarlige, men opptre som behandlingsansvarlig selv.⁸⁴ I slike tilfeller blir databehandleren underlagt forpliktelsene for behandlingsansvarlige i GDPR.⁸⁵ Igjen virker det mer hensiktsmessig å la behandlingsansvarliges instruksjonsmyndighet trumfe reservasjonen i slike tilfeller. Lovteksten er imidlertid klar på at reservasjonen har forrang. Selv om det motsatte virker mer hensiktsmessig, har slike hensyn svært liten rettskildemessig vekt i den europeiske tolkningslæren. Den klare lovteksten må derfor gå foran.

Databehandleren har dessuten plikt til å informere behandlingsansvarlig om forpliktelsene den må følge etter GDPR.⁸⁶ Formålet er å gi behandlingsansvarlig anledning til å innrette seg i henhold til det opplyste. Da får behandlingsansvarlig anledning til å unngå å overlate behandlingen til databehandleren. Selv om det virker lite hensiktsmessig å la reservasjonen trumfe behandlingsansvarliges instruksjonsmyndighet når dette ikke gir personopplysningene

⁸³ GDPR art. 4 nr. 8

⁸⁴ Se definisjonen av «databehandler» i del 1.3

⁸⁵ GDPR art. 28 nr. 10

⁸⁶ GDPR og lojalitetsplikten i avtaleforhold. Hvilken bestemmelse i GDPR kan det vises til?

bedre beskyttelse, kan behandlingsansvarlig ta stilling til om det er en risiko den ønsker å ta etter at databehandleren har informert om forpliktelsene den er underlagt.

Vi har dermed ikke tilstrekkelig grunnlag for å si at behandlingsansvarliges instruksjonsmyndighet går foran når den kolliderende forpliktelsen som følger av EU-retten og nasjonal rett ikke gir personopplysningene bedre beskyttelse. Dersom behandlingsansvarliges instruksjoner ikke er forenlig med forpliktelsen, skal forpliktelsen derfor gå foran, selv om det ikke gir personopplysningene bedre beskyttelse. Forbeholdet i den nye standardavtalen, som tar hensyn til at tilleggskravet uansett ikke vil gi personopplysningene bedre beskyttelse, kan dermed ikke underbygges av art. 28 nr. 3.

3.3.3 Behandlingssikkerhet etter art. 32

Det følger av art. 32 nr. 1 at behandlingsansvarlig og databehandleren må gjennomføre «passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger for at sikre et sikkerhetsnivå» som er egnet av hensyn til risikoen ved behandlingen.

Ordlyden tilsier at både behandlingsansvarlig og databehandler må sørge for sikkerheten ved behandlingen. Tolkningen støttes av fortalepunkt 83, som sier at de bør vurdere risikoen som behandlingen medfører, og gjennomføre passende sikkerhetstiltak som kan begrense risikoen. Når behandlingsansvarlig ikke er underlagt GDPR, som i dette tilfelle, er kun databehandleren ansvarlig for sikkerheten ved behandlingen.

GDPR art. 32 ble tidligere regulert av Personverndirektivets art. 17, som spesifiserte at det var behandlingsansvarlig som hadde ansvaret for sikkerheten ved behandlingen.

Personverndirektivet påla behandlingsansvarlig å gi databehandleren forpliktelser gjennom databehandleravtalen, men nå fremgår forpliktelsene direkte av GDPR art. 32.

Da GDPR ble utarbeidet, mente EU-kommisjonen at behandlingsansvarlig og databehandler burde få mer ansvar når de vurderer risikoen ved behandlingen. Kommisjonen ville gi den registrerte et sterkere vern mot brudd på persondatasikkerheten.⁸⁷ Databehandleren har derfor fått en selvstendig plikt til å iverksette sikkerhetstiltak, såfremt tiltakene ikke legger opp til et lavere sikkerhetsnivå enn det som er planlagt av behandlingsansvarlig. I praksis vil sikkerhetstiltakene ofte være generelt beskrevet i databehandleravtalen, slik at

⁸⁷ European Commission SEC/2012/0072, s. 39

databehandleren kan fastsette de nærmere tiltakene for å oppfylle sikkerhetsnivået. Dette er hensiktsmessig fordi behandlingsansvarlig ikke nødvendigvis har full oversikt over hvilke tiltak som er tilgjengelige hos databehandleren.⁸⁸ Det er dermed et bevisst valg fra lovgivers side at også databehandleren er ansvarlig for sikkerheten ved behandlingen. Dette underbygger tolkningen ovenfor om at ansvaret påhviler databehandleren alene når behandlingsansvarlig ikke er underlagt GDPR.

Formålet med art. 32 er å sikre at personopplysningene får den beskyttelsen de er garantert i GDPR. Det er klart at databehandleren må avbryte behandlingen dersom det ikke finnes sikkerhetstiltak som vil begrense risikoen som behandlingen medfører, og en (fortsatt) behandling av personopplysningene gir dem dårlig beskyttelse. Det er imidlertid ikke like klart om databehandleren må avbryte behandlingen når en (fortsatt) behandling verken gir opplysningene bedre eller dårligere beskyttelse. I forlengelsen av dette oppstår det spørsmål om art. 32 krever at databehandleren avbryter behandlingen når det ikke finnes passende tiltak, og fortsatt behandling ikke vil gi personopplysningene dårligere beskyttelse. Dersom databehandleren ikke skal avbryte behandlingen i slike tilfeller, kan det forklare hvorfor Kommisjonen tok forbeholdet i den nye standardavtalen. Forbeholdet hindrer nemlig databehandleren fra å måtte avbryte overføringen. Hvis Kommisjonen ikke hadde tatt forbeholdet, ville databehandleren vært underlagt tilleggskravet i Schrems II. Da måtte den suspendert eller innstilt overføringen selv om dette ikke ville gitt personopplysningene bedre beskyttelse.

Siden personopplysningene ikke får dårligere beskyttelse av at databehandleren fortsetter behandlingen, tilsier formålet med art. 32 at databehandleren ikke behøver å avbryte behandlingen i slike tilfeller. En tolkning av art. 32 i lys av art. 3 trekker imidlertid i motsatt retning. Som vi har sett, viser tolkningen av art. 3 at databehandleren må behandle personopplysningene i tråd med GDPR selv om opplysningene har fått og fortsatt får dårlig beskyttelse i tredjelandet de kom fra. Selv om databehandlerens behandling av personopplysningene ikke vil endre på det faktum at de fortsatt får dårlig beskyttelse et annet sted, må den likevel behandle dem i tråd med GDPR. En tolkning av art. 32 i lys av art. 3 tilsier dermed at databehandleren må avbryte behandlingen selv om det ikke gir personopplysningene bedre beskyttelse.

⁸⁸ Skullerud mfl. (2019), s. 308

Databehandleren er også underlagt andre forpliktelser i forordningen som ikke nødvendigvis gir personopplysningene bedre beskyttelse, selv om det i utgangspunktet er derfor databehandleren er underlagt forpliktelsene. Det følger eksempelvis av art. 33 nr. 1 og nr. 2 at dersom det foreligger brudd på persondatasikkerheten skal databehandleren underretter behandlingsansvarlig, mens behandlingsansvarlig underretter tilsynsmyndigheten. Dersom behandlingsansvarlig ikke er underlagt GDPR, er det usikkert om og hvordan brudd på persondatasikkerheten blir videreformidlet til tilsynsmyndigheten. Det følger av art. 34 at behandlingsansvarlig skal underrette den registrerte hvis bruddet medfører en risiko for den registrertes rettigheter og friheter. Det er tilsvarende usikkerhet om slike brudd blir videreformidlet til registrerte. Verken GDPR eller EDPB ser ut til å løse problemet.⁸⁹

Formålet med varslingsplikten er at varselet kommer frem til tilsynsmyndigheten og/eller den registrerte. Selv om det ikke er sikkert at tilsynsmyndigheten og/eller den registrerte vil bli varslet, fordi behandlingsansvarlig ikke er forpliktet til å varsle videre når den ikke er underlagt GDPR, må databehandleren likevel varsle den behandlingsansvarlige. Hvis vi trekker en parallell til art. 32, må databehandleren avbryte behandlingen, selv om dette ikke nødvendigvis gir personopplysningene bedre beskyttelse.

Det er imidlertid ikke helt treffende å trekke en parallell til art. 32 i dette tilfellet. Når det gjelder varslingsplikten, kan databehandleren nemlig forsikre seg om at varselet kommer frem til tilsynsmyndigheten og/eller den registrerte gjennom for eksempel EU-kommisjonens standardavtale som overføringsgrunnlag. Gjennom standardavtalen kan databehandleren forplikte behandlingsansvarlig til GDPR-relaterte forpliktelser, og dermed binde behandlingsansvarlig til å varsle videre. På den måten blir formålet med varslingsplikten, at varselet kommer frem til tilsynsmyndigheten og/eller den registrerte, ivaretatt. Varselet fra databehandleren vil dermed sikre at personopplysningene får bedre beskyttelse, selv om behandlingsansvarlig i utgangspunktet ikke var forpliktet til å varsle videre.

For vårt tilfelle, er bakgrunnen for at databehandleren må avbryte behandlingen, også at personopplysningene ikke skal få dårligere beskyttelse. Til forskjell fra tilfellet ovenfor, får ikke personopplysningene dårlig beskyttelse fordi behandlingsansvarlig ikke er underlagt GDPR, men fordi personopplysningene allerede finnes i tredjelandet. Tilfellet vårt kan dermed ikke løses kontraktsmessig. Det virker derfor mot sin hensikt å stanse databehandleren fra å kunne behandle personopplysningene videre dersom dette ikke vil gi

⁸⁹ EDPB Retningslinjer 3/2018, s. 13

opplysningene bedre beskyttelse. Hvorvidt dette kan brukes som et fellende argument er imidlertid tvilsomt. Som allerede nevnt, viser tolkningen av art. 3 at databehandleren skal behandle utenlandske personopplysninger i tråd med GDPR, selv om disse har fått og fortsatt får dårlig beskyttelse i tredjelandet. Uavhengig av om databehandleren behandler personopplysningene i tråd med GDPR eller ikke, vil ikke behandlingen kunne endre på det faktum at opplysningene uansett får dårlig beskyttelse et annet sted. Likevel er databehandleren pålagt å behandle personopplysningene i tråd med GDPR.

Ettersom art. 3 regulerer personvernforordningens territoriale anvendelsesområde, vil en tolking i lys av denne være styrende for hvordan art. 32 skal forstås. Databehandleren må dermed avbryte behandlingen når det ikke finnes passende tiltak, selv om en fortsatt behandling av personopplysningene ikke vil gi dem dårligere beskyttelse. Forbeholdet i den nye standardavtalen, som hindrer at databehandleren må avbryte overføringen når det ikke vil gi personopplysningene bedre beskyttelse, kan dermed ikke underbygges av art. 32.

Bestemmelsene i GDPR som jeg har analysert til nå taler for at forbeholdet i den nye standardavtalen ikke er forenlig med GDPR. Flere av bestemmelsene, ikke bare art. 32, ser imidlertid ut til å pålegge databehandleren forpliktelser som ikke gir helt mening. Dette kan riktignok forstås som at lovgiver ønsker å understreke at personopplysningene skal være sikret beskyttelsesnivået som er garantert i GDPR, uavhengig av hvilket overføringsscenario dataeksportøren står overfor. Det kan imidlertid også forstås som at GDPR ikke ble utformet med tanke på tilfeller hvor en databehandler skal overføre utenlandske personopplysninger tilbake til den behandlingsansvarlige. Hvis GDPR skal forstås slik, vil analysen i del 3 trekke i motsatt retning. I neste delkapittel kommer jeg derfor til å tolke personvernforordningen lys av primærretten, herunder EU-pakten, med sikte på å avklare om lovgiver faktisk har ment at databehandleren skal være underlagt tilleggskravet i Schrems II.

3.4 Personvernforordningen i lys av EU-pakten

Det følger av GDPR art. 1 nr. 1 at forordningen skal beskytte fysiske personers «grundlæggende rettigheter og frihedsrettigheder», og særlig «deres ret til beskyttelse af personoplysninger»⁹⁰. Ordlyden av «grundlæggende rettigheter og frihedsrettigheder» peker hen på EU-pakten, og presiseringen «deres ret til beskyttelse af personoplysninger» sikter til EU-paktens art. 8 om retten til beskyttelse av personoplysninger. GDPR gjennomfører og konkretiserer sistnevnte rettighet.

Det følger av EU-pakten art. 8 nr. 1 at «enhver» har «ret til beskyttelse af personoplysninger, der vedrører den pågældende». Ordlyden av «enhver» rekker vidt og omfatter enhver fysisk person, uavhengig av nasjonalitet eller bopel. Selv om ordlyden tilsier at EU-borgere så vel som ikke-EU-borgere er sikret rettigheten, tar EU-pakten primært sikte på å gi borgerne i EU grunnleggende rettigheter. En karakteristikk ved personvernreglene er å skape grunnlaget for fri utveksling av personoplysninger mellom medlemsstatene, jf. GDPR art. 1. Dette er EUs begrunnelse og har vært drivkraften bak personvernforordningen. Selv om GDPR art. 1 nr. 1 fremhever beskyttelsesintensivet, var det opprinnelige suksesskriteriet, etablering av det indre personvernmarkedet, som er en vesentlig forutsetning for at EU kan stå sterkt i den moderne digitale økonomi.⁹¹

Bakgrunnen for at GDPR har et eget kapittel om overføring av personopplysningene til tredjeland, er fordi slik behandling innebærer en særlig stor risiko for at personopplysningene får dårligere beskyttelse. Sett i sammenheng med EU-pakten, er ikke-EU-borgeres rettigheter mindre sentrale ved slike overføringer. Sønn sett kan vi si at begrunnelsen for reglene i GDPR kap. V ikke slår til i samme grad når utenlandske personopplysninger skal overføres tilbake til utenlandske behandlingsansvarlige.

Tolkningen tilsier at GDPR ikke ble utformet med tanke på tilfeller der utenlandske personopplysninger skal tilbakeføres til behandlingsansvarlig. Dette innebærer at lovgiver ikke har ment at databehandleren skal være underlagt tilleggskravet i Schrems II i slike tilfeller. I forlengelsen av dette blir det relevant å se hen til Schrems II-avgjørelsen, og undersøke om EU-domstolen støtter denne tolkningen.

⁹⁰ GDPR art. 1 nr. 1

⁹¹ Blume (2015) kap. 2

4 Er forbeholdet i den nye standardavtalen forenlig med Schrems II?

Tilleggskravet i Schrems II kommer i tillegg til EU-kommisjonens standardavtale. Det betyr at dersom dataeksportøren bruker dette overføringsgrunnlaget, er eksportøren underlagt tilleggskravet. Databehandleren er dermed i utgangspunktet underlagt dette kravet når den skal tilbakeføre personopplysninger til behandlingsansvarlig.

I denne delen tar jeg stilling til om domstolen faktisk har ment at alle dataeksportører skal være underlagt tilleggskravet. Vurderingen tar sikte på å finne ut om EU-kommisjonen kunne å ta forbehold om at databehandlere som skal tilbakeføre personopplysninger til behandlingsansvarlig er unntatt dette kravet. Som nevnt i 2.2 har tilleggskravet vært gjenstand for diskusjon fordi innholdet i kravet ikke kommer tydelig frem av domstolens premisser. Om man virkelig vil forstå rekkevidden av rettsavgjørelsen, er det nødvendig å se hen til bakgrunnen for saken. Bakgrunnen for hvorfor saken kom inn for EU-domstolen kan vise hvilke overføringsscenarioer domstolen har hatt i tankene og dermed hvordan de uklare premissene skal forstås. Før jeg tar stilling til domstolens vurderinger og konklusjoner, presenterer jeg derfor bakgrunnen for saken.

4.1 Bakgrunnen for saken

For å forstå bakgrunnen for saken, er det nødvendig å starte med Schrems I-avgjørelsen. Denne avgjørelsen handlet også om at Schrems ville forby Facebook Irland å overføre personopplysningene hans til Facebook Inc. I saken kjente EU-domstolen Safe Harbor, en avgjørelse fra EU-kommisjonen om at USA har et tilstrekkelig beskyttelsesnivå, ugyldig. Ettersom domstolen kjente den ugyldig, kunne ikke lenger Facebook Irland bruke denne avgjørelsen som overføringsgrunnlag. Det viste seg imidlertid at store deler av personopplysningene som ble overført til Facebook Inc., ble overført med EU-kommisjonens standardavtale som overføringsgrunnlag, ikke Safe Harbor. Schrems sendte derfor inn en ny klage til det irske datatilsynet.⁹²

⁹² C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 50-55

Schrems mente at ettersom personopplysningene hans ble brukt i forbindelse med forskjellige overvåkningsprogrammer i USA, kunne ikke EU-kommisjonens standardavtale begrunne overføringen fordi avtalen ikke hindrer at myndighetene får tilgang til opplysningene.⁹³

Facebook mente at dette ikke var problematisk fordi de kunne vise til Privacy Shield, en ny avgjørelse fra EU-kommisjonen om at USA har et tilstrekkelig beskyttelsesnivå. Schrems mente at Privacy Shield måtte ugyldiggjøres fordi den, i likhet med forgjengeren Safe Harbor, ikke ga personopplysningene hans et tilstrekkelig beskyttelsesnivå.⁹⁴

Det irske datatilsynet delte Schrems sitt synspunkt om at amerikanske lovgivning ikke gir «unionsborgernes personopplysninger» tilstrekkelig beskyttelse.⁹⁵ Ettersom EU-kommisjonens standardavtale ikke tar høyde for myndighetenes adgang til de overførte personopplysningene, mente tilsynet at standardavtalen må ugyldiggjøres. Klagen ble sendt til den irske domstolen,⁹⁶ som sendte saken videre til EU-domstolen for andre gang.⁹⁷ Saken kom inn for EU-domstolen som Schrems II-saken.

Ifølge Schrems regnes Facebook Irland som databehandler og/eller behandlingsansvarlig. Facebook Inc. behandler personopplysningene på vegne av Facebook Irland, og regnes derfor som databehandler og/eller underdatabehandler. Ettersom han begrunner synspunktet ved å vise til vilkårene for Facebook-tjenesten,⁹⁸ legger oppgaven Schrems' forståelse til grunn. Vårt overføringsscenario, overføring fra databehandler til behandlingsansvarlig, er reversert sammenlignet med overføringsscenarioet som dannet bakgrunn for saken. I tillegg gjelder vårt tilfelle overføring av personopplysninger om *ikke-EU-borgere*, mens bakgrunnen for saken var overføring av personopplysninger om Schrems som *er* EU-borger. Dette betyr at overføringsscenarioet som rammes av forbeholdet i den nye standardavtalen ikke ligger i kjernen av saken. Som nevnt er domstolens premisser uklare på hva som er det nærmere innholdet i tilleggskravet. Når jeg i neste del skal ta stilling til domstolens vurderinger og konklusjoner, kan det jeg har utledet her gi ytterligere bidrag i vurderingen.

⁹³ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 56

⁹⁴ Noyb (2019)

⁹⁵ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 56

⁹⁶ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 56-57

⁹⁷ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 58-68

⁹⁸ Noyb (2019)

4.2 EU-domstolens vurderinger og konklusjoner

Når domstolen vurderer gyldigheten av EU-kommisjonens standardavtale, er det standardavtalen fra 2010 den tar stilling til i avsnitt 122-149. Til forskjell fra den nye standardavtalen, regulerer avtalen fra 2010 kun overføringer fra *behandlingsansvarlig*. Når domstolen tar stilling til gyldigheten av standardavtalen, vurderer domstolen om *behandlingsansvarlig*, ikke databehandleren, kan bruke dette overføringsgrunnlaget. Ettersom vårt tilfelle gjelder overføring fra databehandler til *behandlingsansvarlig*, tar ikke domstolen stilling til vårt overføringsscenario i avsnitt 122-149. Dette betyr imidlertid ikke at tilleggskravet kun gjelder for *behandlingsansvarlige*, og dermed at EU-kommisjonen kunne unnta databehandleren tilleggskravet i Schrems II. Domstolen tar nemlig stilling til hvilket beskyttelsesnivå GDPR krever når EU-kommisjonens standardavtale blir brukt som overføringsgrunnlag i avsnitt 90-105. Denne vurdering gjelder helt uavhengig av vurderingen om hvorvidt standardavtalen fra 2010 er gyldig. Når domstolen kommer frem til at GDPR krever et beskyttelsesnivå som ikke nødvendigvis kan dekkes av EU-kommisjonens standardavtale alene, er det ikke bare standardavtalen fra 2010 den sikter til, men enhver standardavtale som vedtas av EU-kommisjonen. På bakgrunn av dette oppstiller domstolen et tilleggskrav. Det er ikke bare standardavtalen fra 2010 som skal suppleres med dette kravet, men enhver standardavtale som vedtas av EU-kommisjonen etter art. 46 nr. 2 bokstav c.

I det følgende tar jeg stilling til domstolens vurdering av hvilket beskyttelsesnivå GDPR krever når EU-kommisjonens standardavtale blir brukt som overføringsgrunnlag.⁹⁹ Ettersom vurderingen gjelder for enhver standardavtale som vedtas av EU-kommisjonen, ikke bare standardavtalen fra 2010, kan vurderingen indikere om domstolen faktisk har ment at tilleggskravet skal ramme enhver dataeksportør.

Domstolen innrømmer at art. 46, som sier at EU-kommisjonens standardavtale kan brukes som overføringsgrunnlag, ikke nevner konkrete forhold som inngår i vurdering av om tredjelandet har et tilstrekkelig beskyttelsesnivå.¹⁰⁰ Domstolen sier at art. 46 må leses i lys av art. 44, fordi artikkelen finnes i forordningens kap. V.¹⁰¹ Formålet med bestemmelsene i dette kapittelet er å sikre at beskyttelsesnivået, som personopplysningene er garantert i henhold til

⁹⁹ -311/18 *Schrems II*, avsnitt 90-105

¹⁰⁰ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 92

¹⁰¹ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 92

forordningen og EU-pakten, blir opprettholdt når opplysningene overføres til tredjeland.¹⁰² Det betyr imidlertid ikke at beskyttelsesnivået i tredjelandet må være identisk med nivået som er garantert i henhold til GDPR og EU-pakten, men det må i det vesentlige tilsvare dette nivået.¹⁰³ I likhet med analysen av GDPR ovenfor, skiller ikke domstolen mellom personopplysninger om EU-borgere og ikke-EU-borgere når den utleder hva som ligger i kravet til et tilstrekkelig beskyttelsesnivå. Så lenge det er snakk om personopplysninger, og disse skal overføres til et tredjeland, skal de være garantert et beskyttelsesnivå som i det vesentlige tilsvarer nivået i EU. Tolkningen tilsier at tilleggskravet rammer enhver dataeksportør. Dette betyr i så fall at forbeholdet i den nye standardavtalen, som unntar databehandleren tilleggskravet, ikke er forenlig med Schrems II.

Domstolen tar videre stilling til hva som skjer dersom tredjelandet ikke har et tilstrekkelig beskyttelsesnivå. Etersom fortalen er en del av konteksten til art. 46, ser domstolen hen til fortalepunktene 107 og 108 som angir hovedformålet med GDPR kap. V.¹⁰⁴ Dersom tredjelandet ikke har et tilstrekkelig beskyttelsesnivå, følger det av fortalepunkt 108 at behandlingsansvarlig eller databehandler skal gi tilstrekkelig garantier som kompenserer for den manglende beskyttelsen. Garantiene skal sikre at personopplysningene får et beskyttelsesnivå som i det vesentlige svarer til nivået som de er garantert i EU.

Når domstolen gjengir hva som står i fortalepunktet, gjengir den ikke fortalepunktet i sin helhet. Den siterer for eksempel ikke at det står «den [behandlingsansvarlige] eller databehandleren» i fortalepunktet.¹⁰⁵ Den skriver at «den [behandlingsansvarlige] eller databehandleren» må gi tilstrekkelig garantier som kompenserer for den manglende beskyttelsen, med egne ord.¹⁰⁶ Dette indikerer at domstolen har tatt et bevisst valg om at plikten til å iverksette ytterligere tiltak også kan ligge på databehandlere. Tolkningen tilsier igjen at domstolen har ment at tilleggskravet skal ramme enhver dataeksportør.

Hvis det ikke er mulig for dataeksportøren å iverksette ytterligere sikkerhetstiltak som gir personopplysningene et tilstrekkelig vern, har domstolen vist til fortalepunkt 107 som sier at overføringen i så fall bør «forbydes». Domstolen tar ikke høyde for tilfeller hvor det ikke foreligger tiltak som kan gi personopplysningene bedre beskyttelse, og hvor det heller ikke vil

¹⁰² C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 93

¹⁰³ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 94

¹⁰⁴ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 95

¹⁰⁵ Fortalepunkt 108 i GDPR

¹⁰⁶ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 95

gi opplysningene bedre beskyttelse hvis overføringen forbys. Domstolen åpner dermed ikke for å lempe på kravene når det gjelder overføring av utenlandske personopplysninger.

Tolkningen tilsier igjen at forbeholdet ikke er forenlig med Schrems II.

Domstolen tar til slutt stilling til hvilke forhold som inngår i vurderingen av om tredjelandet har et tilstrekkelig beskyttelsesnivå. Selv om art. 46 nr. 2 bokstav c ikke nevner konkrete forhold som inngår i vurderingen, følger det av art. 46 nr. 1 at den registrerte skal ha «fornødne garantier» til «rettigheter, der kan håndhæves» og til «effektive retsmidler».

Domstolen gir uttrykk for at det i vurderingen må tas hensyn til hvilke kontraktsvilkår som er avtalt mellom aktøren i EU og aktøren i tredjelandet. I likhet med tolkningen ovenfor, utelukker ikke domstolen at aktøren i EU kan være en databehandler, jf. «den [behandlingsansvarlige] eller dennes databehandler, som er etablert i Unionen»¹⁰⁷. Dersom det foreligger en overføring fra en databehandler i EU til en behandlingsansvarlig i et tredjeland, slik overføringsscenarioet er i vårt tilfelle, virker det som at databehandleren må ta hensyn til kontraktsvilkårene som er avtalt mellom dem. Ettersom formålet med hensynet er å kartlegge om databehandleren må iverksette ytterligere tiltak, tilsier dette at tilleggskravet i Schrems II også dekker overføringer fra databehandler til behandlingsansvarlig.

Her er det imidlertid interessant å trekke en parallell til bakgrunnen for saken. Som nevnt, regnes Facebook Irland som databehandler og/eller behandlingsansvarlig, mens Facebook Inc. regnes som databehandler og/eller underdatabehandler. Det betyr at når Facebook Irland skal overføre personopplysninger til Facebook Inc., kan dette skje på to måter. Dersom Facebook Irland opptrer som behandlingsansvarlig, skjer det en overføring fra behandlingsansvarlig til databehandler. Dersom Facebook Irland derimot opptrer som databehandler, skjer det en overføring fra databehandler til underdatabehandler. Når domstolen gir uttrykk for at tilleggskravet gjelder for behandlingsansvarlig eller databehandler, kan det være at domstolen har hatt disse overføringsscenarioene i tankene. Det kan forklare hvorfor den inkluderer databehandlere, nettopp fordi Facebook Irland kan opptre som databehandler. Da skjer imidlertid overføringen fra en databehandler til en underdatabehandler, ikke fra en databehandler til en behandlingsansvarlig. Leser man domspremissene isolert sett, kan det virke som om domstolen har ment at tilleggskravet gjelder enhver dataeksportør. Dersom det tas hensyn til bakgrunnen for saken, er det ikke like klart om domstolen har ment dette.

¹⁰⁷ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 104

I likhet med resonnementet ovenfor, utelukker ikke domspremissene at tilleggskravet også gjelder overføring av utenlandske personopplysninger. Dersom premissene ses i lys av bakgrunnen for saken, er det imidlertid ikke klart om domstolen har ment at tilleggskravet skal ramme overføring av utenlandske personopplysninger.

Det står i avsnitt 94 at personopplysningene skal få et beskyttelsesnivå som i det vesentlige svarer til nivået som er garantert i henhold til GDPR og EU-pakten.¹⁰⁸ Det er særlig verdt å merke seg henvisning til EU-pakten. Selv om GDPR skal verne personopplysningene til «fysiske personer», som vil si både EU-borgere og ikke-EU-borgere, har vi sett at EU-pakten primært er ute etter å sikre EU-borgernes grunnleggende rettigheter. Når domstolen henviser til EU-pakten, tyder dette på at domstolens siktemål er å verne personopplysningene til EU-borgerne, og dermed at tilleggskravet kun gjelder for overføring av slike personopplysninger. Dette åpner i så fall for at EU-kommisjonen kan unnta aktører som skal overføre personopplysninger om ikke-EU-borgere fra tilleggskravet.

Når domstolen nevner hvilke forhold som inngår i vurderingen av om tredjelandet har et tilstrekkelig beskyttelsesnivå, nevner den forholdene som følger av art. 45 nr. 2.

Dataeksportøren kan se hen til de samme forholdene som EU-kommisjonen må ta i betraktning når den vurderer om et tredjeland har et tilstrekkelig beskyttelsesnivå etter art. 45 nr. 2.¹⁰⁹ Vurderingen som dataeksportøren må foreta, skiller seg imidlertid fra Kommisjonens vurdering etter art. 45, fordi den beror på om de *konkrete personopplysningene* har et tilstrekkelig beskyttelsesnivå, og ikke om *tredjelandet* har et tilstrekkelig beskyttelsesnivå. EU-kommisjonens vurdering tar sikte på å finne ut om tredjelandet ivaretar EU-borgernes personopplysningsvern, ikke om for eksempel amerikanske borgere får tilstrekkelig vern i USA. Etersom domstolen gir uttrykk for at dataeksportøren og EU-kommisjonen skal se hen til de samme forholdene i vurderingen, og Kommisjonens vurdering tar sikte på å kartlegge EU-borgernes personopplysningsvern, tilsier det at dataeksportørens vurdering skal ta sikte på det samme.

På bakgrunn av dette, virker det som at domstolen har ment at tilleggskravet gjelder for aktører som skal overføre personopplysninger om EU-borgere. Samlet sett, virker ikke forbeholdet uforenlig med Schrems II.

¹⁰⁸ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 94

¹⁰⁹ C-311/18 *Schrems II*, avsnitt 104

5 Konklusjon og konsekvenser

5.1 Er forbeholdet forenlig med GDPR og Schrems II?

Verken ordlyden i GDPR eller EU-domstolen gir klare svar på om EU-kommisjonen kunne ta forbeholdet i den nye standardavtalen. Etter en nærmere gjennomgang av enkelte bestemmelser i GDPR, gir imidlertid forordningen implisitte svar. Lovgiver tar ikke hensyn til om personopplysningene er underlagt en annens jurisdiksjon, og lempes heller ikke på databehandlerens krav når kun databehandleren, ikke behandlingsansvarlig, er underlagt GDPR. Det betyr at EU-kommisjonen heller ikke kan ta slike hensyn. GDPR gir dermed implisitt uttrykk for at EU-kommisjonen ikke kunne ta forbeholdet i den nye standardavtalen.

Som vi har sett, fører dette til at utenlandske aktører blir pålagt GDPR-relatert forpliktelse. Det kan unnskyldes ved å påpeke at det er «the cost of doing business» i det indre markedet, spesielt når utenlandske aktører får tilgang til personopplysninger om EU-borgere. Forsvaret faller imidlertid helt bort dersom forordningen skal tvinge utenlandske aktører som behandler utenlandske personopplysninger til å følge et strengere databeskyttelsesregime enn de ellers er underlagt. En slik forlenget ekstraterritoriell virkning har ikke nødvendigvis vært tilsiktet, eller tenkt gjennom fra lovgivers side.

Når man i tråd med den europeiske tolkningslæren leser GDPR i lys av EU-pakten, kommer det rasjonale bak forbeholdet tydeligere frem. Som redegjort for i del 3.4, skal EU-pakten gi rettigheter og friheter til *EU-borgerne*. Gjennom en kontekstuell tolkning av GDPR, kommer det tydeligere frem at det er utenrikspolitisk ugreit å tvinge utenlandske aktører som behandler utenlandske personopplysninger til å følge et strengere databeskyttelsesregime enn de ellers er underlagt. Sett i lys av EU-pakten, kunne dermed EU-kommisjonen ta forbeholdet i den nye standardavtalen.

Tilleggskravet i Schrems II er som nevnt et krav som kommer i tillegg til EU-kommisjonens standardavtale. Dersom dataeksportøren bruker dette overføringsgrunnlaget, er eksportøren underlagt tilleggskravet. En analyse av domstolens vurderinger og konklusjoner tyder på at domstolen underlegger enhver dataeksportør tilleggskravet. Hvis man imidlertid ser vurderingene og konklusjonene i lys av bakgrunnen for saken, stenger ikke domstolen for å

unnta databehandlere som skal tilbakeføre utenlandske personopplysninger til behandlingsansvarlig tilleggskravet.

Etter en samlet gjennomgang av de aktuelle rettskildene, spesielt GDPR i lys av EU-pakten og EU-domstolens vurderinger og konklusjoner i lys av bakgrunnen for saken i Schrems II, er det grunnlag for å konkludere med at EU-kommisjonen kunne ta forbeholdet i den nye standardavtalen. Svaret på oppgavens problemstilling er dermed at databehandleren ikke er underlagt tilleggskravet i Schrems II når den skal overføre utenlandske personopplysninger tilbake til behandlingsansvarlig.

Det er imidlertid viktig å understreke at konklusjonen ikke er åpenbar. Som analysen viser, kan det virke som at GDPR implisitt stenger for å ta et slikt forbehold og EU-domstolen oppstiller i utgangspunktet tilleggskravet på generelt grunnlag. Både EDPB og EDPS indikerte dette da de uttalte seg om forbeholdet i førsteutkastet til den nye standardavtalen. Når EU-kommisjonen likevel velger å beholde forbeholdet, er det kritikkverdig at de ikke ga en ytterligere forklaring på *hvorfor* forbeholdet er berettiget. Personvernregelverket er komplisert og til tider vanskelig å forstå. Som nevnt i del 1.4, er forordningen preget av rettslige standarder og et teknologinøytralt språk. Det betyr at det ikke alltid er like enkelt å vite om man behandler personopplysningene i tråd med den høye standarden til personvernforordningen. Da blir det desto viktigere at organene som skal være med på å avklare rettstilstanden, for eksempel EU-kommisjonen, er tydelige når de gjør dette.

5.2 Interessekonflikt mellom EU og tredjeland

Konklusjonen på oppgavens problemstilling er riktignok at databehandleren ikke er underlagt tilleggskravet i Schrems II når den skal tilbakeføre personopplysninger til behandlingsansvarlig. Jeg vil likevel knytte noen bemerkninger til forholdet mellom EU og tredjeland.

GDPR ble opprettet med sikte på å beskytte EU-borgere, men som analysen viser, rekker virkningen av forordningen mye lengre. Forordningen kan pålegge utenlandske aktører GDPR-relaterte forpliktelser. I vårt tilfelle blir for eksempel behandlingsansvarlig pålagt slike forpliktelser gjennom databehandleravtalen, selv om den i utgangspunktet ikke er underlagt GDPR. EU-reglene påvirker politikktutviklingen utenfor Europa og dette fører til

«europeisering» av mange personvernnormer i hele verden.¹¹⁰ Det er i for seg en god ting at flere land utenfor EU etterstreber å få et like godt personvernregelverk som EU. Man kan imidlertid spørre seg om EU løper en risiko for å undergrave attraktiviteten til sine normer som de primære globale standardene for databeskyttelse når EU-domstolen, gjennom å opprette et tilleggskrav til EU-kommisjonens standardavtale, gjør det enda vanskeligere å samarbeide med land utenfor EU.

Å fremme GDPR i tredjeland med forskjellige juridiske og kulturelle tradisjoner krever at EU går en fin linje. Beskyttelsesstandarder bør være høy for å gjøre den til en ønskelig modell, men den må settes til et nivå som er mulig for tredjeland å oppnå. Den rette balansen blir vanskeligere av de tilsynelatende spenningene mellom domstolen og EU-kommisjonen. På den ene siden strammer domstolen inn de juridiske standardene for dataoverføringer. Den tillater kun overføringer når tredjelandet har et tilstrekkelig beskyttelsesnivå. Hvis nivået ikke er tilstrekkelig, må det treffes tiltak som kan kompensere for det manglende beskyttelsesnivået. På den andre siden kan imidlertid EU-kommisjonen, som er et politisk organ, finne på å undergrave dette kravet til fordel for andre interesser, som for eksempel handel med tredjeland, ved å «late som» at visse tredjeland gir tilstrekkelig beskyttelse.¹¹¹

Tilleggskravet som domstolen oppstilte i Schrems II kan føre til at noen tredjeland stiller spørsmålsteget ved om det er verdt å strebe etter å nå opp til EUs databeskyttelsesstandarder. De kan tvile på om de ønsker å delta i langvarige forhandlinger bare for å få en avtale, slik som Safe Harbor og Privacy Shield, ugyldig av EU-domstolen på et senere tidspunkt. Den høye standarden som domstolen setter, kan gjøre GDPR til en mindre attraktiv modell for tredjeland. Som nevnt har Schrems II-avgjørelsen vært gjenstand for diskusjon, og er fremdeles et hett tema innenfor personvernverdenen. Det er ingen tvil om at det blir spennende å se hvilken linje EU-domstolen velger å legge seg på neste gang de tar stilling til en sak som gjelder overføring av personopplysninger til tredjeland.

¹¹⁰ Buck (2021)

¹¹¹ Kuner (2020)

6 Litteraturliste

6.1 Lover

Personopplysningsloven 2018 Lov av 15. juni 2018 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

6.2 Internasjonale traktater og konvensjoner

EU-pakten Charter of Fundamental Rights of the European Union OJ C 326, 26.10.2012, s. 391-407 (EUs pakt om grunnleggende rettigheter)

TEU Traktaten om Den europeiske union, EUT OJ C 326, 26.10.2012 s. 1-390

TEUV Traktaten om Den europeiske unions virkeområde, EFT OJ 326, 26.10.2012 s. 1-390

6.3 EUs sekundærlovgivning

6.3.1 Forordninger og direktiver

Personverndirektivet Europaparlamentets- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24.10.1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger, OJ L 281, 23.1.1995, s. 31-50

GDPR Europaparlamentets- og rådsforordning (EU) 2016/579 av 27.4.2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF [GDPR], OJ L 119, 04.05.2016, s. 1-188

6.3.2 Beslutninger fra EU-kommisjonen

Commission Decision 2010/87/EU	Standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council, Commission Decision 2010/87/EU [2010] OJ L 39/5
Draft Commission implementing decision (2020)	European Commission Draft implementing decision on standard contractual clauses for the transfers of personal data to third countries pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council. 12.11.2020, Data protection - standard contractual clauses between controllers & processors located in the EU (implementing act) (europa.eu)
Annex to the draft Commission implementing decision (2020)	Annex to the European Commission Draft implementing decision on standard contractual clauses for the transfers of personal data to third countries pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council. 12.11.2020, Data protection - standard contractual clauses between controllers & processors located in the EU (implementing act) (europa.eu)
Commission implementing decision (2021)	Commission implementing decision of 4.6.2021 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries pursuant to Regulation (EU) 2016/679 on the European Parliament and of the Council, Standard contractual clauses for international transfers European Commission (europa.eu)
Annex to the Commission implementing decision (2021)	Annex to the European Commission implementing decision of 4.6.2021 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries pursuant to Regulation (EU) 2016/679 on the European Parliament and of the

Council, [Standard contractual clauses for international transfers](#) | [European Commission \(europa.eu\)](#)

6.4 Rettspraksis fra EU-domstolen

C-34/73 <i>Variola</i>	Dom av 10. oktober 1973, <i>Variola</i> , ECLI:EU:C:1973:101
C-101/01 <i>Lindquist</i>	Dom av 06. november 2003, <i>Lindquist</i> , ECLI:EU:C:2003:596
C-127/05 <i>EU-kommisjonen mot UK</i>	Dom av 18. januar 2007, <i>EU-kommisjonen mot UK</i> , ECLI:EU:C:2007:30
C-345/13 <i>Karen Millen Fashions</i>	Dom av 2. april 2014, <i>Karen Millen Fashions</i> , ECLI:EU:C:2014:206
C-362/14 <i>Schrems I</i>	Dom av 06. oktober 2015, <i>Schrems I</i> , ECLI:EU:C:2015:650
C-558/15 <i>Vieira de Azevedo</i>	Dom av 15. desember 2016, <i>Vieira de Azevedo</i> , ECLI:EU:C:2016:9
C-434/16 <i>Nowak</i>	Dom av 20. desember 2017, <i>Nowak</i> , ECLI:EU:C:2017:994
C-311/18 <i>Schrems II</i>	Dom av 16. juli 2020, <i>Schrems II</i> , ECLI:EU:C:2020:559

6.5 Veiledere, uttalelser og rapporter fra EU-organer

WP29 2007	Opinion 4/2007 on the concept of personal data (WP 136, 20 June 2007)
European Commission SEC/2012/0072	Commission Staff Working Paper: Impact Assessment Accompanying the Document Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the free movement of such data. SEC/2012/0082, 2012, https://eur-lex.europa.eu/legal-

[content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012SC0072&from=EN\)](https://eur-lex.europa.eu/content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012SC0072&from=EN)

EDPB Retningslinjer
3/2018

Retningslinjer 3/2018 om det territoriale anvendelsesområde for databeskyttelsesforordningen (artikel 3) – version adopted after public consultation, 12.11.2019, [Retningslinjer 3/2018 om det territoriale anvendelsesområde for databeskyttelsesforordningen \(artikel 3\) - version adopted after public consultation | European Data Protection Board \(europa.eu\)](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2018/2018-03-recommendations-territorial-scope-art-3-english_en)

EDPB Retningslinjer
01/2020 førsteudkast

Recommendation 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data, 10.11.2020, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2020/recommendations-012020-measures-supplement_en

EDPB Retningslinjer
01/2020

Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data, 18.06.2021, https://edpb.europa.eu/system/files/2021-06/edpb_recommendations_202001vo.2.0_supplementarymeasurestransferstools_en.pdf

EDPB-EDPS Joint
Opinion 2/2021

Fælles udtalelse nr. 2/2021 fra Databeskyttelsesrådet og Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse om Europa-kommissionens gennemførelsesafgørelse om standardkontraktbestemmelser for overførsel af personoplysninger til tredjelande, 14.01.2021, https://edpb.europa.eu/system/files/2021-05/edpb_edps_jointopinion_202102_art46sccs_da.pdf

EDPB Retningslinjer
05/2021 førsteudkast

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, 19.11.2021,

https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2021/guidelines-052021-interplay-between-application_en

6.6 Juridisk litteratur

6.6.1 Bøker

- Skullerud mfl. (2019) Skullerud, Åste Marie Bergseng. Rønnevik, Cecilie. Skorstand, Jørgen. Pellerud, Maruis Engh. 2019. *Personopplysningsloven og personvernforordningen (GDPR) Kommentartutgave*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Kuner, Bygrave og Docksey (2020) Kuner, Christopher. Lee A. Bygrave, Christopher Docksey. 2020. *The General Data Protection Regulation: a Commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- Schartum (2020) Wiese Schartum, Dag. *Personvernforordningen*. 2020. Bergen: Vigmostad & Bjørke AS.
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Harald Haukeland. Mathisen, Gjermund. 2018. *EØS-rett*. 3.utgave. Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS.
- Fredriksen og Mathisen (2014) Fredriksen, Harald Haukeland. Mathisen, Gjermund. 2014. *EØS-rett*. 2.utgave. Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS

6.6.2 Artikler

- Buck (2021) Buck, Rick. 2021. «Data Privacy Laws in 2021: What You Need to Know». *Wirewheel*. <https://wirewheel.io/data-privacy-laws-guide/>

- Kuner (2020) Kuner, Christopher. 2020. «Schrems II Re-Examined». <https://verfassungsblog.de/schrems-ii-re-examined/>
- Noyb (2019) Noyb. 2019. «Prep-Info: CJEU hears case on EU-US data transfers (Standard Contractual Clauses and Privacy Shield)» lest 06.11.21, https://noyb.eu/sites/default/files/2020-06/prepr_cjeu_en.pdf
- EDPB («Article 29 Working Party») EDPB. «Article 29 Working Party», lest 04.11.21, https://edpb.europa.eu/about-edpb/more-about-edpb/article-29-working-party_en
- Blume (2015) Blume, Peder. 2015. «Persondatabeskyttelse i stormfylt hav.» *Idunn Tidsskrift for rettsvitenskap 02/2015 (Volum 128)*: 222-246. https://www.idunn.no/tfr/2015/02/persondatabeskyttelse_i_stormfylt_hav
- Sandtrø (2016) Sandtrø, Jan. 2016. «Databehandlers behandling av personopplysninger.» *Idunn Tidsskrift for forretningsjus 02-03/2016 (Volum 22)*: 69-151. https://www.idunn.no/tidsskrift_for_forretningsjus/2016/02-03/databehandlers_behandling_av_personopplysninger
- Davidsen (2018) Davidsen, Knut. 2018. «Personvernforordningen innlemmet i EØS-avtalen.» *Lovdata*. https://lovdata.no/artikkel/personvernforordningen_innlemmet_i_eos-avtalen/2185

6.7 Øvrige rettskilder

- Datatilsynet (2021) Datatilsynet, «Overføring av personopplysninger ut av EØS», lest 04.11.2021, <https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-plikter/virksomhetenes-plikter/overforing-av-personopplysninger-ut-av-eos>

