

# Henstillinger



## **Anbefalinger 02/2020 om de europæiske væsentlige garantier for overvågningsforanstaltninger**

**Vedtaget den 10. november 2020**

## Indholdsfortegnelse

1. INDLEDNING .....	4
2. INDGREB I GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER.....	6
3. DE EUROPÆISKE VÆSENTLIGE GARANTIER.....	8
Garanti A — behandling skal være baseret på klare, præcise og tilgængelige regler.....	8
Garanti B — nødvendighed og proportionalitet hvad angår de legitime mål, der forfølges, skal godtgøres .....	10
Garanti C — uafhængig tilsynsmekanisme.....	12
Garanti D- der skal være en effektive klagemuligheder til rådighed for de enkelte personer .....	13
4. AFSLUTTENDE BEMÆRKNINGER .....	15

## Det Europæiske Databeskyttelsesråd har —

under henvisning til artikel 70, stk. 1, litra e), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning 2016/679/EU af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (i det følgende benævnt "GDPR"),<sup>1</sup>

under henvisning til EØS-aftalen, særlig bilag XI og protokol 37 til EØS-aftalen, som ændret ved Det Blandede EØS-Udvalgs afgørelse nr. 154/2018 af 6. juli 2018<sup>2</sup>,

under henvisning til artikel 12 og artikel 22 i forretningsordenen,

under henvisning til arbejdsdokument fra artikel 29-Gruppen om begrundelse for indgreb i de grundlæggende rettigheder til privatlivets fred og databeskyttelse gennem overvågningsforanstaltninger ved overførsel af personoplysninger (europæiske væsentlige garantier), WP237

### — VEDTAGET FØLGENDE ANBEFALINGER

## 1. INDLEDNING

1. Efter Schrems I-dommen henholdte EU's databeskyttelsesmyndigheder, der var trådt sammen i artikel 29-Gruppen, sig til retspraksis for at fastlægge de væsentlige europæiske garantier, der skal overholdes for at sikre, at indgreb i retten til privatliv og beskyttelse af personoplysninger via overvågningsforanstaltninger ved overførsel af personoplysninger ikke går videre, end hvad der er nødvendigt og forholdsmæssigt i et demokratisk samfund.

2. Det Europæiske Databeskyttelsesråd vil gerne understrege, at de europæiske væsentlige garantier er baseret på retspraksis fra Den Europæiske Unions Domstol (i det følgende benævnt EU-Domstolen) vedrørende artikel 7, 8, 47 og 52 i EU's charter om grundlæggende rettigheder (i det følgende benævnt Chartret) og i givet fald på retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (i det følgende benævnt EMD) vedrørende artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention (i det følgende benævnt EMRK) vedrørende spørgsmål om overvågning i stater, som er parter til EMRK.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Dette dokument behandler ikke tilfælde af overførsler eller videredeling, der hører under retshåndhævelsesprincippet (direktiv (EU) 2016/680).

<sup>2</sup> Henvisninger til "medlemsstater" i dette dokument skal forstås som henvisninger til "EØS-medlemsstater".

<sup>3</sup> I disse anbefalinger er begrebet "grundlæggende rettigheder" udledt af EU's charter om grundlæggende rettigheder. Det benyttes dog også til at dække "menneskerettigheder" i henhold til den europæiske menneskerettighedskonvention.

3. Ajourføringen af dette dokument har til hensigt at uddybe de europæiske væsentlige garantier, der oprindeligt blev udarbejdet som følge af Schrems I-dommen<sup>4</sup>, ved at afspejle præciseringerne fra EU-Domstolen (og fra EMD) siden dokumentet blev offentliggjort første gang, navnlig den principielle Schrems II-dom.<sup>5</sup>

4. I Schrems II-dommen fastslog EU-Domstolen, at undersøgelsen af Kommissionens afgørelse 2010/87/EU om standardkontraktbestemmelser for videregivelse af personoplysninger til registerførere etableret i tredjelande i lyset af Chartrets artikel 7, 8 og 47, ikke har frembragt noget, der kan påvirke gyldigheden af denne afgørelse, men erklærede Privacy Shield afgørelsen for ugyldig. EU-Domstolen fastslog, at Privacy Shield afgørelsen ikke var forenelig med artikel 45, stk. 1, i GDPR, i lyset af Chartrets artikel 7, 8 og 47. Dommen kan således fungere som eksempel på overvågningsforanstaltninger i et tredjeland (i dette tilfælde USA med afsnit 702 i FISA samt dekret nr. 12 333), der hverken er tilstrækkeligt afgrænsede eller genstand for et effektivt retsmiddel, som registrerede har til rådighed for at håndhæve deres rettigheder i overensstemmelse med EU-retten, for at beskyttelsesgraden i et tredjeland kan anses for "væsentligt at svare til" det, der sikres i Den Europæiske Union, jf. artikel 45, stk. 1, i GDPR.

5. Begrundelserne for ugyldigheden af Privacy Shield har også konsekvenser for andre overførselsværktøjer<sup>6</sup>. Selvom Domstolen fortolkede artikel 46, stk. 1, i GDPR, i forbindelse med gyldigheden af standardkontraktbestemmelser, finder dens fortolkning anvendelse på alle overførsler til tredjelande, hvor der benyttes de i artikel 46 i GDPR omhandlede værktøjer.<sup>7</sup>

6. Det er i sidste ende op til EU-Domstolen at afgøre, om indgreb i en grundlæggende rettighed kan retfærdiggøres. Databeskyttelsesmyndigheder skal dog, når der ikke forefindes en sådan dom og under henvisning til gældende retspraksis, vurdere sager enkeltvis, enten på eget initiativ eller efter en klage og enten henvise sagen til en national domstol, hvis de har mistanke om, at en overførsel ikke er i overensstemmelse med artikel 45, når der foreligger en afgørelse om tilstrækkelighed eller suspendere eller forbyde overførslen, hvis de konkluderer, at artikel 46 i GDPR ikke kan overholdes, og at den beskyttelse af dataoverførsler, der er obligatorisk i henhold til EU-retten, ikke kan sikres på anden vis.

7. Formålet med de ajourførte europæiske væsentlige garantier er at fremlægge elementer for at undersøge, om overvågningsforanstaltninger, der giver offentlige myndigheder i et tredjeland adgang til personoplysninger, uanset om det er nationale sikkerhedsagenturer eller retshåndhævende myndigheder, kan betragtes som begrundet indgreb.

8. De europæiske væsentlige garantier udgør en del af den vurdering, der skal udføres for at afgøre, om et tredjeland yder en beskyttelse, som i det væsentlige svarer til den, der er garanteret i EU, men de har ikke til formål i sig selv at definere alle de elementer, der er nødvendige for at afgøre, om et tredjeland yder en sådan beskyttelse i overensstemmelse med artikel 45 i GDPR. Ligeledes har de heller ikke i sig selv til formål at definere alle de elementer, der kan være behov for at overveje ved en vurdering af, om

---

<sup>4</sup> EU-Domstolens dom af 6. oktober 2015, Maximilian Schrems mod Data Protection Commissioner, sag C-362/14, EU:C:2015:650 (i det følgende benævnt Schrems I).

<sup>5</sup> EU-Domstolens dom af 16. juli 2020, Data Protection Commissioner mod Facebook Ireland Ltd, Maximilian Schrems, sag C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 (i det følgende benævnt: Schrems II).

<sup>6</sup> Jf. præmis 105 i Schrems II.

<sup>7</sup> Jf. præmis 92 i Schrems II.

et tredjelandets retssystem forhindrer en dataeksportør og en dataimportør i at garantere passende foranstaltninger i overensstemmelse med artikel 46 i GDPR.

9. Elementerne i dette dokument bør derfor ses som de væsentlige garantier, der skal findes i tredjelandet ved vurdering af indgrebet, som følger af et tredjelandets overvågningsforanstaltninger, med ret til privatlivets fred og til databeskyttelse, i stedet for en liste af elementer, der godtgør, at et tredjelandets retssystem i sin helhed giver en beskyttelse, som i det væsentlige svarer til den, der er garanteret i EU.

10. Artikel 6, stk. 3, i Traktaten om Den Europæiske Union fastlægger, at de grundlæggende rettigheder, der er nedfældet i EMRK, er grundlæggende principper i EU-retten. EU-Domstolen minder i sin retspraksis dog om, at sidstnævnte, så længe Den Europæiske Union ikke har tiltrådt den, ikke udgør et retligt instrument, der formelt er indarbejdet i EU-retten.<sup>8</sup> Beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder, der kræves i artikel 46, stk. 1, i GDPR skal altså fastlægges på baggrund af bestemmelserne i den retsakt, læst i sammenhæng med de grundlæggende rettigheder, der er nedfældet i Chartret. Når dette er sagt, i henhold til Chartrets artikel 52, stk. 3, skal de rettigheder, der er indeholdt heri, og som svarer til de rettigheder, der er sikret ved EMRK, have samme betydning og rækkevidde som dem, der er fastsat i denne konvention, og følgelig skal EMD's retspraksis om rettigheder, der også indgår i EU's charter om grundlæggende rettigheder, som påmindet af EU-Domstolen, også tages i betragtning som minimumsbeskyttelse ved fortolkning af de tilsvarende rettigheder i Chartret.<sup>9</sup> I henhold til sidste punktum i artikel 52, stk. 3, i Chartret er "[d]enne bestemmelse [dog] ikke til hinder for, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse".

11. Det vigtige i de væsentlige garantier vil således fortsat delvist være baseret på EMD's retspraksis i det omfang, at Chartret, som det fortolkes af EU-Domstolen, ikke yder en højere beskyttelse med fastlæggelse af andre krav end dem, der fremgår af EMD's retspraksis.

12. Dette dokument redegør for baggrunden for og præciserer de fire europæiske væsentlige garantier.

## 2. INDGREB I GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER

13. De grundlæggende rettigheder om respekt for privatliv og familieliv, herunder kommunikation, samt beskyttelse af personoplysninger er fastlagt i artikel 7 og 8 i Chartret og gælder for alle. Artikel 8 fastlægger derudover betingelser for, hvornår behandling af personoplysninger er lovlig, og anerkender retten til adgang og berigtigelse, og derudover fastlægger artiklen, at disse regler er underlagt en uafhængig myndigheds kontrol.

14. "(D)en transaktion, der består i at overføre personoplysninger fra en medlemsstat til et tredjeland, udgør i sig selv en behandling af personoplysninger"<sup>10</sup>. Artikel 7 og 8 i Chartret finder således anvendelse på denne specifikke transaktion, og beskyttelsen i disse artikler omfatter også de overførte oplysninger,

---

<sup>8</sup> Jf. præmis 98 i Schrems II.

<sup>9</sup> Jf. præmis 124 i forenede sager C-511/18, C-512/18 og C-520/18, La Quadrature du Net m.fl. (i det følgende benævnt La Quadrature du Net m.fl.).

<sup>10</sup> EU-Domstolen, Schrems II, præmis 83.

og derfor skal registrerede, hvis personoplysninger overføres til et tredjeland, ydes en beskyttelse, som i det væsentlige svarer til den, der er garanteret i Den Europæiske Union.<sup>11</sup>

15. Ifølge EU-Domstolen er retten til databeskyttelse også berørt, når den grundlæggende ret til respekt for privatliv, der er nedfældet i artikel 7 i Chartret, er berørt ved behandling af en enkeltpersons personoplysninger, eftersom en sådan behandling er omfattet af artikel 8 i Chartret, og derfor nødvendigvis også skal opfylde kravene til databeskyttelse i den artikel.<sup>12</sup>

16. For så vidt angår mulig indgriben i de grundlæggende rettigheder i EU-retten rejser den forpligtelse, som udbydere af elektroniske kommunikationstjenester pålægges (...) om at opbevare trafikdata for om nødvendigt at stille dem til rådighed for de kompetente nationale myndigheder, spørgsmål vedrørende kompatibilitet med artikel 7 og 8 i Chartret<sup>13</sup>. Det samme gør sig gældende for andre typer databehandling, f.eks. overførsel af data til personer, som ikke er brugere, eller adgang til sådanne data med henblik på brug af dem<sup>14</sup>, hvilket således er et indgreb i de pågældende grundlæggende rettigheder. Desuden er en offentlig myndigheds adgang til data i henhold til fast retspraksis en yderligere indgriben.<sup>15</sup>

17. Ved påpegning af et indgreb er det uden betydning, "om de pågældende oplysninger vedrørende privatlivet er følsomme oplysninger, eller om indgrebet har medført eventuelle ubehageligheder for de berørte<sup>16</sup>". EU-Domstolen understregede desuden, at det er irrelevant, om de opbevarede data efterfølgende er blevet brugt.<sup>17</sup>

18. Artikel 7 og 8 i Chartret er imidlertid ikke absolutte rettigheder, men rettigheder der skal betragtes i relation til deres funktion i samfundet.<sup>18</sup>

19. Chartret indeholder en nødvendighed og proportionalitets test for at indskrænke begrænsninger til de rettigheder, Chartret beskytter. Artikel 52, stk. 1, i Chartret fastlægger rækkevidden af eventuelle begrænsninger af artikel 7 og 8 ved at fastslå, at "enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved dette charter, skal være fastlagt i lovgivningen og skal respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold. Under iagttagelse af proportionalitetsprincippet kan der kun indføres begrænsninger, såfremt disse er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder".

20. EU-Domstolen gentog, at EU-retten, der omhandler indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er garanteret ved artikel 7 og 8 i Chartret "fastsætter klare og præcise regler, der regulerer rækkevidden og anvendelsen af den pågældende foranstaltning, og opstiller en række minimumskrav, således at de personer, hvis personoplysninger berøres, råder over tilstrækkelige garantier, der gør det muligt effektivt at beskytte disse oplysninger mod risikoen for misbrug", navnlig når personoplysninger er

---

<sup>11</sup> EU-Domstolen, Schrems II, præmis 96.

<sup>12</sup> EU-Domstolen, Schrems II, præmis 170-171.

<sup>13</sup> EU-Domstolen, sag C.-623/17, Privacy International (i det følgende benævnt Privacy International), præmis 60.

<sup>14</sup> EU-Domstolen, Privacy International, præmis 61.

<sup>15</sup> EMD, Leander, præmis 48; EMD, Rotaru præmis 46; EU-Domstolen, Digital Rights Ireland, præmis 35.

<sup>16</sup> EU-Domstolen, Schrems II, præmis 171, herunder citeret retspraksis.

<sup>17</sup> EU-Domstolen, Schrems II, præmis 171, herunder citeret retspraksis.

<sup>18</sup> EU-Domstolen, Privacy International, præmis 63.

genstand for automatiseret behandling, og "der eksisterer en betydelig risiko for ulovlig adgang til disse oplysninger".<sup>19</sup>

21. Ifølge EU-Domstolen kræver beskyttelse af retten til privatlivets fred, at undtagelser fra og indskrænkninger af retten til databeskyttelse "holdes inden for det strengt nødvendige". Desuden skal mål af almen interesse afvejes med de grundlæggende rettigheder, der berøres af foranstaltningen, "ved at foretage en rimelig afvejning" mellem målet og den pågældende rettighed.<sup>20</sup>

22. Følgelig må offentlige myndigheders adgang, opbevaring og videre brug i forbindelse med overvågningsforanstaltninger ikke overskride grænsen for, hvad der er strengt nødvendigt i henhold til Chartret, ellers kan det "i et demokratisk samfund ikke anses for at være begrundet".<sup>21</sup>

23. De fire europæiske væsentlige garantier har, som de udvikles i næste kapitel, til formål yderligere at præcisere vurderingen af graden af indgreb i de grundlæggende rettigheder til privatlivets fred og databeskyttelse i forbindelse med offentlige myndigheder i et tredjeland's overvågningsforanstaltninger ved overførsel af personoplysninger, samt hvilke lovgivningsmæssige krav der således finder anvendelse, for at evaluere, om sådanne indgreb kan accepteres i medfør af Chartret.

### 3. DE EUROPÆISKE VÆSENTLIGE GARANTIER

24. Efter analysen af retspraksis er det Det Europæiske Databeskyttelsesråds opfattelse, at gældende retlige krav til at retfærdiggøre begrænsninger af rettigheder til databeskyttelse og privatlivets fred, der er anerkendt i Chartret, kan opsummeres i fire europæiske væsentlige garantier:

- A. behandling skal være baseret på klare, præcise og tilgængelige regler
- B. nødvendighed og proportionalitet hvad angår de legitime mål, der forfølges, skal godtgøres
- C. der skal findes en uafhængig tilsynsmekanisme
- D. der skal være effektive retsmidler til rådighed for de enkelte personer.

25. Garantierne er baseret på de grundlæggende rettigheder til privatlivets fred og databeskyttelse, der gælder for alle, uanset nationalitet.

#### Garanti A — behandling skal være baseret på klare, præcise og tilgængelige regler

26. I henhold til artikel 8, stk. 2, i Chartret skal personoplysninger bl.a. behandles "til udtrykkeligt angivne formål og på grundlag af de berørte personers samtykke eller på et andet berettiget ved lov fastsat grundlag",<sup>22</sup> som EU-Domstolen understregede i Schrems II-dommen. I henhold til Chartrets artikel 52, stk. 1, skal enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved Chartret inden for EU, desuden være fastlagt i lovgivningen. Et begrundet indgreb skal således være i overensstemmelse med lovgivningen.

---

<sup>19</sup> EU-Domstolen, Privacy International, præmis 68 og heri citeret retspraksis.

<sup>20</sup> EU-Domstolen, Privacy International, præmis 68 og heri citeret retspraksis.

<sup>21</sup> EU-Domstolen, Privacy International, præmis 81.

<sup>22</sup> Jf. præmis 173 i Schrems II.

27. Retsgrundlaget skal fastlægge klare og præcise regler, der regulerer rækkevidden og anvendelsen af den pågældende foranstaltning, og opstille en række minimumskrav<sup>23</sup>. Derudover påpegede Domstolen, at "lovgivning skal være retligt bindende i national ret"<sup>24</sup>. EU-Domstolen præciserede i denne forbindelse, at vurderingen af et tredjelands gældende lovgivning bør være koncentreret om, hvorvidt enkeltpersoner kan håndhæve og henholde sig til den ved en domstol<sup>25</sup>. Domstolen påpeger derfor, at de rettigheder, registrerede tildeles, skal kunne håndhæves. Hvis enkeltpersoner ikke tildeles rettigheder, der kan håndhæves over for offentlige myndigheder, kan det tilbudte beskyttelsesniveau ikke anses for i det væsentlige at svare til niveauet i Chartret, hvilket er i strid med kravet i artikel 45, stk. 2, litra a), i GDPR.<sup>26</sup>

28. Domstolen understregede desuden, at gældende lovgivning skal angive, under hvilke omstændigheder og på hvilke betingelser en foranstaltning om behandling af sådanne data kan træffes<sup>27</sup> (se nedenfor under garanti B i dette dokument om forholdet mellem disse krav og principperne om nødvendighed og proportionalitet).

29. Derudover har EU-Domstolen fastlagt, at "kravet om, at enhver begrænsning af udøvelsen af de grundlæggende rettigheder skal være fastlagt i lovgivningen, indebærer, at det retsgrundlag, som tillader et indgreb i disse rettigheder, selv skal definere rækkevidden af begrænsningen af udøvelsen af den pågældende rettighed".<sup>28</sup>

30. Endelig mener Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke "at der er nogen begrundelse for at anvende forskellige principper for tilgængelighed og klarhed af de regler, der gælder for opfangning af individuel kommunikation på den ene side og mere alment udbredte overvågningsprogrammer på den anden side"<sup>29</sup>. EMD har ligeledes præciseret, at retsgrundlaget i det mindste bør omfatte en definition af de kategorier af mennesker, der kan være genstand for overvågning, en begrænsning af foranstaltningens varighed, proceduren for undersøgelse, anvendelse og lagring af de indsamlede data samt forholdsregler for videregivelse af data til andre parter.<sup>30</sup>

31. Endelig skal virkningen af indgrebet for den enkelte være forudsigeligt for at yde vedkommende passende og effektiv beskyttelse mod tilfældige indgreb og risiko for misbrug. Derfor skal behandlingen være baseret på et præcist, tydeligt men også tilgængeligt (dvs. offentligt) retsgrundlag<sup>31</sup>. EMD påpegede i denne henseende i Zakharov-sagen, at "henvisningen til 'forudsigelighed' i forbindelse med opfangning af kommunikation ikke kan være det samme som på mange andre områder". Den præciserede, at i forbindelse med hemmelige overvågningsforanstaltninger, såsom opfangning af kommunikation, kan "forudsigelighed ikke betyde, at en person skal kunne forudse, hvornår

---

<sup>23</sup> Jf. præmis 175 og 180 i Schrems II samt udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26. juli 2017, præmis 139 og heri citeret retspraksis.

<sup>24</sup> Jf. præmis 68 i Privacy International — Det bør også præciseres, at Domstolen i den franske version af dommen anvender ordet "réglementation", som omfatter mere end blot retsakter fra parlamentet.

<sup>25</sup> Jf. præmis 181 i Schrems II, i dette afsnit henviser EU-Domstolen til US Presidential Policy Directive 28.

<sup>26</sup> Jf. præmis 181 i Schrems II.

<sup>27</sup> Jf. præmis 68 i Privacy International vedrørende en medlemsstats lovgivning.

<sup>28</sup> Jf. Schrems II, præmis 175 og heri citeret retspraksis samt Privacy International, præmis 65.

<sup>29</sup> EMD, Liberty, præmis 63.

<sup>30</sup> EMD, Weber and Saravia, præmis 95.

<sup>31</sup> EMD, Malone, præmis 65, 66.



myndigheder sandsynligvis vil opfange vedkommendes kommunikation, således at personen kan tilpasse sin adfærd i henhold hertil". I betragtning af at risikoen for vilkårlighed i denne type situationer er åbenlys "er det afgørende at have klare, detaljerede regler for opfangning af telefonsamtaler, især fordi den tilgængelige teknologi løbende bliver mere avanceret. Den nationale lovgivning skal være tilstrækkelig klar for at give borgere en tilstrækkelig tilkendegivelse, hvad angår de omstændigheder og forhold, hvorunder offentlige myndigheder er bemyndiget til at gribe til sådanne foranstaltninger".<sup>32</sup>

## Garanti B — nødvendighed og proportionalitet hvad angår de legitime mål, der forfølges, skal godtgøres

32. I henhold til første punktum i Chartrets artikel 52, stk. 1, skal enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved Chartret, respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold. I andet punktum i artikel 52, stk. 1, i Chartret, kan der under iagttagelse af proportionalitetsprincippet kun indføres begrænsninger af disse rettigheder og friheder, såfremt disse er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder.<sup>33</sup>

33. Med hensyn til **proportionalitetsprincippet** fastholdt Domstolen, for så vidt angår medlemsstaters lovgivninger, at spørgsmålet om, hvorvidt en begrænsning af retten til privatlivets fred og databeskyttelse kan begrundes, på den ene side skal vurderes ved at måle **indgrebets alvor** ved en sådan begrænsning<sup>34</sup> og ved på den anden side at bekræfte, om **betydningen af målet i offentlighedens interesse**, som den begrænsning forfølger, står i forhold til alvoren.<sup>35</sup>

34. I La Quadrature du net m.fl. kan det bemærkes, at EU-Domstolen afsagde sin dom i relation til en medlemsstats lovgivning og ikke et tredjelands lovgivning, at formålet om at beskytte national sikkerhed på grund af dens betydning kan retfærdiggøre foranstaltninger, der omfatter mere alvorlige indgreb i grundlæggende rettigheder end foranstaltninger, der eventuelt er begrundet i andre formål såsom bekæmpelse af kriminalitet. Domstolen konkluderede dog, at dette er tilfældet, såfremt der er et tilstrækkeligt solidt grundlag for at antage, at den pågældende stat står over for en alvorlig trussel mod dens nationale sikkerhed, der har vist sig at være reel og aktuel eller forudsigelig og underlagt opfyldelse af de øvrige krav i artikel 52, stk. 1, i Chartret.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> EMD, Zakharov, præmis 229.

<sup>33</sup> Schrems II, præmis 174.

<sup>34</sup> Domstolen påpegede for eksempel i denne henseende at "indgrebet, der omfattede indsamling af data i realtid, der muliggør lokalisering af terminaludstyr, synes særligt alvorligt, fordi dataene giver de kompetente nationale myndigheder mulighed for nøjagtigt og permanent at spore brugere af mobiltelefoners bevægelser (...)" (La Quadrature du Net m.fl., præmis 187, herunder citeret retspraksis).

<sup>35</sup> La Quadrature du Net m.fl., præmis 131.

<sup>36</sup> Præmis 136 og 137. Se også Privacy International, da Domstolen præciserede, at sådanne trusler, alt efter deres art og særligt alvorlige karakter, kan adskilles fra den generelle risiko for, at der opstår spændinger eller forstyrrelser, også af alvorlig karakter, som påvirker den offentlige sikkerhed. Præmis 75. I La Quadrature du Net m.fl. påpegede Domstolen f.eks., at automatiseret analyse af trafik- og lokaliseringsdata, der generelt og udifferentieret omfatter data om personer, der benytter elektroniske kommunikationssystemer, er et særligt alvorligt indgreb, fordi en sådan foranstaltning kun kan opfylde kravet om proportionalitet i situationer, hvor den pågældende medlemsstat står over for en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed, der har vist sig at være

35. I henhold til fast retspraksis fra Domstolen skal undtagelser fra og begrænsninger af beskyttelsen af personoplysninger i denne forbindelse holdes inden for det strengt nødvendige<sup>37</sup>. Med henblik på at opfylde dette krav skal den pågældende retsakt fastlægge klare og præcise regler om rækkevidde og anvendelse af den pågældende foranstaltning og indføre minimumsgarantier, således at personer, hvis personoplysninger er blevet overført, har tilstrækkelige garantier for, at deres oplysninger bliver beskyttet effektivt mod risici for misbrug. "Lovgivningen skal navnlig angive, under hvilke omstændigheder og på hvilke betingelser der kan vedtages en foranstaltning om behandling af sådanne oplysninger, hvorved det sikres, at indgrebet begrænses til det strengt nødvendige. Nødvendigheden af at råde over sådanne garantier er så meget desto større, når personoplysningerne er undergivet en automatiseret behandling".<sup>38</sup>

36. I Schrems II har EU-Domstolen understreget, at lovgivning i et tredjeland, som ikke lader fremgå, at der er begrænsninger til beføjelsen, der tildeles overvågningsprogrammer med henblik på at indhente udenlandske efterretningsoplysninger, ikke kan sikre et beskyttelsesniveau, som i det væsentlige svarer til det niveau, der er sikret ved Chartret. I henhold til retspraksis skal et retsgrundlag, der tillader et indgreb i grundlæggende rettigheder for at opfylde kravene i proportionalitetsprincippet selv definere rækkevidden af begrænsningen af udøvelsen af den pågældende rettighed.<sup>39</sup>

37. Med hensyn til **princippet om nødvendighed** har EU-Domstolen slået fast, at lovgivninger, "der på generel vis tillader lagring af samtlige personoplysninger fra samtlige personer, hvis oplysninger er blevet videregivet fra Unionen (...), uden at der bliver foretaget nogen form for differentiering, begrænsning eller undtagelse under hensyn til det forfulgte mål, og uden at der bliver fastsat noget objektive kriterium, som gør det muligt at afgrænse de offentlige myndigheders adgang til oplysningerne og deres senere anvendelse heraf med henblik på veldefinerede formål, der er strengt begrænsede, og som kan begrunde det indgreb, som såvel adgangen til disse oplysninger som anvendelsen heraf indebærer, er således ikke begrænset til det strengt nødvendige", ikke overholder dette princip<sup>40</sup>. Navnlig lovgivning, der gør det muligt for de offentlige myndigheder på generel vis at få adgang til indholdet af elektronisk kommunikation, skal anses for at udgøre et indgreb i det væsentligste indhold af den grundlæggende ret til respekt for privatlivet, således som denne er sikret ved Chartrets artikel 7.<sup>41</sup>

---

reel og aktuel eller forudsigelig og bl.a. forudsat, at varigheden af lagringen er begrænset til det strengt nødvendige (præmis 174-177).

<sup>37</sup> Schrems II, præmis 176, herunder citeret retspraksis.

<sup>38</sup> Schrems II, præmis 175.

<sup>39</sup> Schrems II, præmis 180.

<sup>40</sup> Schrems I, præmis 93 med yderligere henvisninger. Jf. imidlertid i denne situation vedrørende en medlemsstats lovgivning og ikke et tredjelands lovgivning, Privacy International, præmis 71, og heri citeret retspraksis. Domstolen fastslog i denne sag, at en medlemsstats lovgivning, der pålægger udbydere af elektronisk kommunikation at overføre trafikdata lokaliseringsdata til sikkerheds- og efterretningstjenesterne ved hjælp af generel og udifferentieret overføring, overskrider grænserne for, hvad der er strengt nødvendigt, og kan i et demokratisk samfund ikke anses for at være begrundet, som det er påkrævet i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation, læst i sammenhæng med Chartret (præmis 81).

<sup>41</sup> Schrems I, præmis 94.

38. Ligeledes fastslog EU-Domstolen, omend det denne gang var ved vurdering af en medlemsstats lovgivning og ikke et tredjelands lovgivning, i *La Quadrature du Net* m.fl. at "lovgivning, der kræver lagring af personoplysninger, skal til enhver tid opfylde objektive kriterier, der fastlægger en forbindelse mellem de lagrede data og det forfulgte mål"<sup>42</sup>. I samme forbindelse fastslog Domstolen i *Privacy International* også, at lovgivningen skal "være baseret på objektive kriterier med henblik på fastlæggelsen af de omstændigheder og betingelser, hvorunder de kompetente nationale myndigheder skal gives adgang til de pågældende data".<sup>43</sup>

## Garanti C — uafhængig tilsynsmekanisme

39. Det Europæiske Databeskyttelsesråd påpeger, at et indgreb finder sted på tidspunktet for indsamling af data, men også på det tidspunkt hvor en offentlig myndighed har adgang til dataene med henblik på videre behandling. EMD har flere gange præciseret, at alle indgreb i retten til privatlivets fred og databeskyttelse skal være underlagt en effektivt, uafhængigt og upartisk tilsynsmekanisme, der skal oprettes enten af en dommer eller et andet uafhængigt organ<sup>44</sup> (f.eks. en forvaltningsmyndighed eller et parlamentarisk organ). Det uafhængige tilsyn med gennemførelsen af overvågningsforanstaltninger blev også taget i betragtning af EU-Domstolen i *Schrems II*-dommen.<sup>45</sup>

40. EMD præciserer, at forudgående (retlig) godkendelse af overvågningsforanstaltninger er en vigtig garanti mod vilkårlighed, men der skal også tages højde for den faktiske funktion af systemet, herunder kontroller og afvejninger af udøvelse af beføjelser, og om der forekommer reelt misbrug<sup>46</sup>. I *Schrems II*-sagen tog EU-Domstolen også højde for tilsynsmekanismens rækkevidde og kontrol, som ikke omfattede de individuelle overvågningsforanstaltninger.<sup>47</sup>

41. For så vidt angår medlemsstaternes lovgivning påpegede EU-Domstolen en række foranstaltninger, som kun er i overensstemmelse med EU-retten, hvis de er underlagt effektiv revision udført af en domstol eller en uafhængig forvaltningsmyndighed, hvis afgørelse er bindende. Formålet med revisionen er at bekræfte, om der foreligger en situation, der kan begrunde foranstaltningen, og om betingelserne og sikkerhedsforanstaltningerne, der skal fastlægges, er overholdt<sup>48</sup>. For indsamling af

---

<sup>42</sup> *La Quadrature du Net* m.fl., præmis 133. I denne sammenhæng bekræftede Domstolen, at lovgivningsmæssige foranstaltninger, der som en forebyggende foranstaltning giver mulighed for generel og udifferentieret lagring af trafik- og lokaliseringsdata, er udelukket i medfør af direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation, læst i sammenhæng med Chartret. Omvendt erklærede Domstolen, at i situationer med en alvorlig trussel mod national sikkerhed, der har vist sig at være reel og aktuel eller forudsigelig, kan lovgivningen af hensyn til den nationale sikkerhed tillade brug af en instruks, der pålægger udbydere af elektroniske kommunikationstjenester generelt og udifferentieret at lagre trafik- og lokaliseringsdata. En sådan foranstaltning skal dog overholde bestemte betingelser. Instruksen kan navnlig i en tidsafgrænset periode gives alene til, hvad der er strengt nødvendigt, og perioden kan forlænges, hvis den pågældende trussel varer ved (præmis 168).

<sup>43</sup> *Privacy International*, præmis 78, herunder citeret retspraksis. I *Privacy International* fastslog Domstolen vedrørende en myndigheds adgang til personoplysninger i medfør af en medlemsstats lovgivning, at "generel adgang til samtlige lagrede data — når der ikke foreligger nogen forbindelse, selv indirekte, til det forfulgte mål — ikke kan anses for at være begrænset til det strengt nødvendige" (præmis 77-78).

<sup>44</sup> EMD, *Klass*, præmis 17, 51.

<sup>45</sup> *Schrems II*, præmis 179, 183.

<sup>46</sup> EMD, *Big Brother Watch* appel, præmis 319-320.

<sup>47</sup> *Schrems II*, præmis 179.

<sup>48</sup> EU-Domstolen, *La Quadrature du Net* m.fl., præmis 168, 189.

trafik- og lokaliseringsdata i realtid skal revisionen give mulighed for bl.a. forudgående kontrol af, om indsamlingen er godkendt alene inden for grænserne af, hvad der er strengt nødvendigt. I behørigt begrundede hastesager kan foranstaltningerne indføres uden en sådan forudgående revision, Domstolen kræver dog, at der foretages en efterfølgende revision inden for kort tid.<sup>49</sup>

42. Med hensyn til tilsynsmekanismens uafhængighed i forbindelse med overvågning skal EU-Domstolens konklusioner vedrørende et organs uafhængighed for så vidt angår klagemuligheder tages i betragtning (se nedenfor under garanti D). Desuden kan EMD's retspraksis give flere eksempler. Denne domstol har udtrykt præference for, at en dommer er ansvarlig for tilsynet. Det udelukkes imidlertid ikke, at et andet organ kan være ansvarligt "såfremt det er tilstrækkeligt uafhængigt af det udøvende"<sup>50</sup> og "af de myndigheder, der udfører overvågningen og [er] tildelt tilstrækkelige beføjelser og kompetencer til at udøve effektiv og løbende kontrol".<sup>51</sup> EMD tilføjede, at "metoden til udpegelse og tilsynsorganets medlemmers juridiske status"<sup>52</sup> skal tages i betragtning ved vurderingen af uafhængigheden. Dette omfatter "personer, der er kvalificeret til at bestride et juridisk hverv, og som er udnævnt enten af parlamentet eller premierministeren. Omvendt blev en indenrigsminister — som ikke alene var politisk udpeget og medlem af det udøvende organ, men som også var direkte involveret i bestilling af særlige overvågningsmetoder — fundet utilstrækkeligt uafhængig"<sup>53</sup>. EMD påpeger også "at det er afgørende, at tilsynsorganet har adgang til alle relevante dokumenter, herunder afsluttede materialer"<sup>54</sup>. Endelig tager EMD i betragtning, "om tilsynsorganets aktiviteter er åbne for offentlig kontrol".<sup>55</sup>

### Garanti D- der skal være effektive retsmidler til rådighed for de enkelte personer

43. Den sidste europæiske væsentlige garanti omhandler enkeltpersoners ret til domstolsprøvelse. Vedkommende skal have et effektivt retsmiddel, der kan opfylde vedkommendes rettigheder, når vedkommende mener, de ikke bliver eller ikke er blevet overholdt. EU-Domstolen forklarede i Schrems I, at "lovgivning, der ikke fastsætter nogen mulighed for retssubjektet til at gøre brug af retsmidler med henblik på at få adgang til personoplysninger, som vedrører den pågældende, eller til at få sådanne oplysninger berigtiget eller slettet, ikke opfylder det væsentligste indhold af den grundlæggende ret til en effektiv domstolsbeskyttelse, således som denne er sikret ved Chartrets artikel 47. Chartrets artikel 47, stk. 1, opstiller således et krav om, at enhver, hvis rettigheder og friheder som sikres af EU-retten er blevet krænket, skal have adgang til effektive retsmidler for en domstol under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i denne artikel."<sup>56</sup>

---

<sup>49</sup> EU-Domstolen, La Quadrature du Net m.fl., præmis 189.

<sup>50</sup> EMD, Zakharov, præmis 258, Iordachi m.fl. mod Moldova, præmis 40 og 51 samt Dumitru Popescu mod Rumænien, præmis 70-73.

<sup>51</sup> EMD, Klass præmis 56 og Big Brother Watch, appel, præmis 318

<sup>52</sup> EMD, Zakharov, præmis 278.

<sup>53</sup> EMD, Zakharov, præmis 278.

<sup>54</sup> EMD, Zakharov, præmis 281.

<sup>55</sup> EMD, Zakharov, præmis 283.

<sup>56</sup> EU-Domstolen, Schrems I, præmis 95.

44. Ved vurdering af en medlemsstats lovgivning, der tillader indsamling af trafik- og lokaliseringsdata i realtid, fandt Domstolen, at der er behov for underretning "for at give de berørte personer mulighed for at udøve deres rettigheder i medfør af Chartrets artikel 7 og 8 om anmodning om adgang til deres personoplysninger, der har været genstand for de pågældende foranstaltninger, samt i givet fald for at få sidstnævnte rettet eller slettet samt for i medfør af chartrets artikel 47, første afsnit, at gøre brug af et effektivt retsmiddel for en domstol"<sup>57</sup>. Domstolen anerkendte imidlertid også, at underretningen af personer, hvis oplysninger er blevet indsamlet og analyseret, kun må finde sted i det omfang og så snart, underretningen ikke længere bringer de opgaver, som de pågældende myndigheder er ansvarlige for, i fare.<sup>58</sup>

45. For EMD hænger spørgsmålet om et effektivt retsmiddel desuden uløseligt sammen med underretningen af en enkeltperson om en overvågningsforanstaltning, når foranstaltningen er ophørt. Domstolen fastslog især, at "de berørte personer principielt har få muligheder for at klage til domstolene, medmindre personen er underrettet om de foranstaltninger, der er truffet uden vedkommendes viden, og dermed uden at vedkommende har mulighed for at få prøvet foranstaltningernes lovlighed med tilbagevirkende kraft, eller uden at en person, der har mistanke om, at vedkommendes kommunikation bliver opfanget, kan henvende sig til domstole, således at domstolenes jurisdiktion ikke er afhængig af, at den person, hvis kommunikation er opfanget, er blevet underrettet"<sup>59</sup>. EMD anerkendte således, at der i nogle sager eventuelt ikke vil forelægge en underretning, omend der skal tilbydes et effektivt retsmiddel. I dette tilfælde har Domstolen gjort det klart, f.eks. i Kennedy-sagen, at en domstol tilbyder tilstrækkelige klagemuligheder, hvis den opfylder en række kriterier, dvs. et uafhængigt og upartisk organ, som har vedtaget sin egen forretningsorden, består af medlemmer, der bestrider eller har bestridt et juridisk embede på højt niveau, eller som er erfarne advokater, og at der ikke er nogen bevismæssig byrde for at kunne indgive en ansøgning for organet<sup>60</sup>. I sin undersøgelse af enkeltpersoners klager skal domstolen have adgang til alle relevante oplysninger,<sup>61</sup> herunder afsluttede materialer. Endelig bør den have beføjelse til at afhjælpe manglende overholdelse.<sup>62</sup>

46. Artikel 47 i Chartret henviser til et tribunal, selvom ordet "domstol" er foretrukket i andre sprogversioner end den engelske<sup>63</sup>, og EMRK forpligter kun medlemsstater til at sikre, at "enhver, der krænkes i de ved denne Konvention anerkendte rettigheder og friheder, skal have adgang til effektiv oprejsning for en national myndighed",<sup>64</sup> hvilket ikke nødvendigvis er en retlig myndighed.<sup>65</sup>

---

<sup>57</sup> Jf. præmis 190 i *La Quadrature du Net* m.fl. samt EU-Domstolens udtalelse 1/15, præmis 220.

<sup>58</sup> Jf. præmis 191 i *La Quadrature du Net* m.fl..

<sup>59</sup> EMD, *Zakharov*, præmis 234.

<sup>60</sup> EMD, *Kennedy*, præmis 190.

<sup>61</sup> Det Europæiske Databeskyttelsesråd påpeger, at Europarådets menneskerettighedskommissær mener, at den såkaldte "tredjeparts"-bestemmelse — i henhold til hvilken efterretningstjenester i et land, som leverer oplysninger til efterretningstjenester i et andet land, kan pålægge de modtagende tjenester ikke at videregive de overførte oplysninger til nogen tredjepart — ikke bør gælde tilsynsorganer for ikke at underminere muligheden for effektive retsmidler (oplæg om demokratisk og effektivt tilsyn med nationale sikkerhedstjenester).

<sup>62</sup> EMD, *Kennedy*, præmis 167.

<sup>63</sup> Ordet tribunal er for eksempel oversat med "Gericht" på tysk og "gerecht" på hollandsk.

<sup>64</sup> Artikel 13 i EMK.

<sup>65</sup> EMD, *Klass* præmis 67.

47. EU-Domstolen har i Schrems II-dommen ved vurdering af, om et tredjelands beskyttelsesniveau er tilstrækkeligt, påpeget, at "retssubjekterne skal have mulighed for at gøre brug af retsmidler ved en uafhængig og upartisk domstol med henblik på at få adgang til personoplysninger, som vedrører de pågældende, eller til at få sådanne oplysninger berigtiget eller slettet"<sup>66</sup>. I samme forbindelse konkluderer EU-Domstolen, at effektiv domstolsbeskyttelse mod sådanne indgreb kan sikres ved en domstol, men også af et organ<sup>67</sup>, der yder garantier, der i det væsentlige svarer til dem, der kræves i henhold til chartrets artikel 47. I sin Schrems II-dom understregede EU-Domstolen, at domstolens eller organets uafhængighed skal sikres, navnlig af den udøvende magt, med alle nødvendige garantier, herunder med hensyn til organets afvisning eller tilbagekaldelse af udnævnelsen,<sup>68</sup> og at de beføjelser, som en domstol tildeles, skal være i overensstemmelse med chartrets artikel 47. I denne henseende skal organet<sup>69</sup> have beføjelse til at træffe bindende afgørelser i forhold til efterretningstjenesterne, i henhold til lovbestemte garantier, som de registrerede ville kunne påberåbe sig.<sup>70</sup>

#### 4. AFSLUTTENDE BEMÆRKNINGER

48. De fire europæiske væsentlige garantier skal betragtes som centrale elementer, der skal være til stede ved en vurdering af indgreb i de grundlæggende rettigheder til privatlivets fred og databeskyttelse. De bør ikke vurderes uafhængigt, fordi de hænger tæt sammen, men generelt i forbindelse med gennemgang af den relevante lovgivning om overvågningsforanstaltninger, minimumsgarantier for beskyttelse af registreredes rettigheder og retsmidler til rådighed i medfør af den nationale lovgivning i tredjelandet.

49. Disse garantier kræver en vis grad af fortolkning, især fordi lovgivningen i et tredjeland ikke behøver at være identisk med EU's lovgivning.

50. Eftersom EMD i Kennedy-sagen fastslog, at en "vurdering beror på alle forhold i en sag, såsom eventuelle foranstaltningers art, rækkevidde og varighed, årsager til at kræve dem iværksat, de myndigheder med kompetence til at godkende, udføre og føre tilsyn med dem samt typen af retsmidler i national lovgivning".<sup>71</sup>

51. Vurderingen af et tredjelands overvågningsforanstaltninger kan i henhold til de europæiske væsentlige garantier således føre til følgende to konklusioner:

- )] Det pågældende tredjelandslovgivning sikrer ikke de europæiske væsentlige garantiers krav: i dette tilfælde giver tredjelandets lovgivning ikke et beskyttelsesniveau, som i det væsentlige svarer til det niveau, der er sikret i EU.
- )] Tredjelandets lovgivning opfylder de europæiske væsentlige garantier.

---

<sup>66</sup> Jf. præmis 194 i Schrems II.

<sup>67</sup> Jf. præmis 197 i Schrems II, hvor Domstolen specifikt benytter dette ord.

<sup>68</sup> Jf. præmis 195 i Schrems II.

<sup>69</sup> Jf. præmis 197 i Schrems II, hvor Domstolen specifikt benytter dette ord.

<sup>70</sup> Jf. præmis 196 i Schrems II.

<sup>71</sup> EMD, Kennedy, præmis 153.

52. Ved vurdering af om beskyttelsesniveauet er tilstrækkeligt i henhold til artikel 45 i GDPR, skal Kommissionen vurdere, om de europæiske væsentlige garantier er opfyldt som en del af de faktorer, der skal overvejes for at sikre, at tredjelandets lovgivning som helhed giver et beskyttelsesniveau, som i det væsentlige svarer til det niveau, der er sikret i EU.

53. Når dataeksportører og dataimportører henholder sig til fornødne garantier i henhold til artikel 46 i GDPR, i lyset af kravene i tredjelandets lovgivning, der specifikt gælder for overførte data, skal de sikre, at der opnås en beskyttelse, som i det væsentlige svarer til den i EU. Navnlig hvis lovgivningen i tredjelandet ikke opfylder de europæiske væsentlige garantiers krav, vil dette betyde garanti for, at den pågældende lovgivning ikke svækker garantierne og sikkerhedsforanstaltningerne vedrørende overførslen således, at der fortsat kan ydes beskyttelse, som i det væsentlige svarer til den, der er garanteret i EU.

54. Det Europæiske Databeskyttelsesråd har udstedt flere vejledninger og anbefalinger, der skal tages i betragtning for at fortsætte med vurderingen afhængigt af det overførselsværktøj, der anvendes, og af behovet for at yde fornødne garantier, herunder i givet fald supplerende foranstaltninger.<sup>72</sup>

55. Det skal desuden bemærkes, at de europæiske væsentlige garantier er baseret på, hvad der kræves ved lov. Det Europæiske Databeskyttelsesråd understreger, at de europæiske væsentlige garantier er baseret på de grundlæggende rettigheder, der gælder for alle uanset nationalitet.

56. Det Europæiske Databeskyttelsesråd gentager, at de europæiske væsentlige garantier er en referencestandard til vurdering af et indgreb, der er foretaget under et tredjelandets overvågningsforanstaltninger i forbindelse med internationale dataoverførsler. Disse standarder udspringer af EU-retten samt retspraksis fra EU-Domstolen og EMD, som er bindende for medlemsstater.

---

<sup>72</sup> Reference vedrørende et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau, WP 254 rev. 01, revideret og vedtaget den 6. februar 2018; Det Europæiske Databeskyttelsesråds anbefalinger 01/2020 om foranstaltninger, der supplerer overførselsværktøjer for at sikre overensstemmelse med EU's beskyttelsesniveau for personoplysninger, 10. november 2020.