

Bruxelles, den 28. maj 2018
(OR. en)

9418/18

Interinstitutionel sag:
2018/0107 (COD)
2018/0108 (COD)

JAI 516
COPEN 166
CYBER 117
DROIPEN 76
JAIEX 56
ENFOPOL 284
DAPIX 158
EJUSTICE 62
MI 399
CODEC 873

NOTE

fra:	formandskabet
til:	Rådet
Vedr.:	Elektronisk bevismateriale a) Forordning om europæiske editionskendelser og kendelser til sikring af elektronisk bevismateriale b) Direktivet om retlige repræsentanter for indsamling af bevismateriale = Orienterende debat

I. Indledning

1. Den 17. april 2018 vedtog Kommissionen to lovgivningsforslag: et *forslag til en forordning om europæiske editions- og sikringskendelser med henblik på elektronisk bevismateriale i straffesager*¹ og et *forslag til et direktiv om harmoniserede regler for udpegelse af retlige repræsentanter med henblik på indsamling af bevismateriale i straffesager*². De har til formål at forbedre den grænseoverskridende adgang til elektronisk bevismateriale ved at skabe en retlig ramme for retskendelser rettet direkte mod retlige repræsentanter for tjenesteudbydere i en anden medlemsstat, uden mellemkomst ved en myndighed i den anden medlemsstat.

¹ 8110/18.

² 8115/18.

De første ekspertdrøftelser og en drøftelse i CATS viste en række politisk vigtige spørgsmål, som formandskabet ønsker at forelægge for Rådet (RIA) den 4. juni for at få politisk vejledning, ikke kun om, hvilken retning der skal følges i de kommende drøftelser om forslagene, men også med hensyn til EU's forbindelser udadtil om dette spørgsmål med vigtige partnere som f.eks. USA.

II. Anvendelsesområdet for Kommissionens lovgivningsmæssige forslag

2. En række delegationer hilste forslagene velkommen, men beklagede det begrænsede anvendelsesområde for forordningen, idet den ikke vedrører *direkte adgang til elektronisk bevismateriale* (direkte adgang til data uden bistand fra en tredjepart (tjenesteudbyder) som formidler) eller *datainterception i realtid*. Mange delegationer mente, at disse to elementer burde tages op, da de er udtryk for et operationelt behov og dermed skal undersøges yderligere og meget mere i detaljer. Meningerne er imidlertid delte med hensyn til, hvorvidt dette bør ske med henblik på at inddrage dem i de nuværende forslag eller snarere parallelt med de nuværende forslag for ikke at forsinke eller forlænge de aktuelle forhandlinger.
3. For så vidt angår *datainterception i realtid* er der indtil videre fremsat følgende betragtninger:
 - det er en følsom og indgribende foranstaltning
 - denne mulighed foreligger i de fleste nationale love med henblik på nationale omstændigheder, i direktivet om den europæiske efterforskningskendelse og i den amerikanske CLOUD Act. ethvert EU-grundlag for datainterception i realtid bør ses i denne bredere ramme og tage hensyn til behovet for at udstyre medlemsstaternes myndigheder med hele rækken af værktøjer til at bekæmpe kriminalitet i den digitale tidsalder (som står til rådighed for deres amerikanske kolleger). Endvidere anførte nogle medlemsstater, at muligheden for at dække interception i realtid i en gennemførelsesaftale som led i den amerikanske CLOUD Act på et gensidigt grundlag også bør ses som en del af overvejelserne om denne foranstaltning.

4. For så vidt angår *direkte adgang til elektronisk bevismateriale* er der indtil videre fremsat følgende betragtninger:
- det er et magtfuldt værktøj i situationer, hvor det er umuligt at lokalisere tjenesteudbyderen, eller hvor tjenesteudbydere ikke er samarbejdsvillige, da det sætter medlemsstaternes myndigheder i stand til at få fjernadgang til oplysninger, som bliver tilgængelige efter ransagning og beslaglæggelse af udstyr eller ved brug af lovligt indhentede brugeroplysninger for adgang til en konto
 - der er store forskelle mellem de nationale love, der i øjeblikket regulerer en sådan direkte adgang i medlemsstaterne, navnlig med hensyn til den sikkerhed og de beføjelser de giver
 - den eventuelle oprettelse af en fælles EU-ramme vil være en fordel, men en sådan EU-tilgang skal overvejes nøje i lyset af disse forskellige nationale retlige rammer og en række juridiske spørgsmål, herunder det passende retsgrundlag, bør undersøges grundigt.
5. *Ministrene opfordres til at udveksle synspunkter om, hvor meget sagen haster, og de nærmere bestemmelser for at fortsætte drøftelserne om oprettelsen af en EU-ramme for direkte adgang til elektronisk bevismateriale og datainterception i realtid i den nærmeste fremtid.*

III. Den seneste internationale udvikling og virkningen af den amerikanske CLOUD Act

6. Den amerikanske CLOUD Act³, som den amerikanske kongres vedtog den 23. marts 2018, præciserer ved en ændring af Stored Communications Act (lov om lagret kommunikation) fra 1986, at amerikanske tjenesteudbydere er forpligtede til at efterleve amerikanske kendelser om at fremlægge indholdsdata, uanset hvor sådanne data er lagret⁴. Desuden tillader den amerikanske CLOUD Act på visse betingelser indgåelse af gennemførelsesaftaler med udenlandske regeringer, på grundlag af hvilke amerikanske tjenesteudbydere vil kunne levere indholdsdata direkte til de pågældende udenlandske regeringer (og opfange kabelkommunikation) på vilkår, der skal fastlægges i gennemførelsesaftalerne.

³ Clarifying Lawful Overseas Use of Data

⁴ hvorved retssagen mellem USA og Microsoft Corporation fra 1986 om samme spørgsmål blev formålsløs, nemlig om hvorvidt de amerikanske retshåndhævende myndigheder i henhold til Stored Communications Act fra 1986 på grundlag af en retskendelse kan kræve, at en tjenesteudbyder, som er hjemmehørende i USA, fremlægger indholdet af en e-mailkonto, der er lagret på en server, som er beliggende i udlandet

7. Under drøftelserne om dette spørgsmål på samlingen i Rådet (RIA) i marts slog ministrene til lyd for en fælles EU-tilgang over for USA og understregede, at dette ikke blot vil bidrage væsentligt til at skabe juridisk klarhed for både tjenesteudbydere og de kompetente myndigheder i medlemsstaterne, men også til at forhindre et væld af divergerende ordninger og fragmentering i EU og ulige behandling i medlemsstaterne.
8. På mødet i CATS den 18. maj præciserede Kommissionen og Rådets Juridiske Tjeneste, at EU har kompetence til at indgå i sådanne forhandlinger med USA, og at medlemsstaterne ikke skal indlede bilaterale forhandlinger. Kommissionen understregede også nogle af ovennævnte fordele. Kommissionen og formandskabet præciserede desuden EU's kompetence i spørgsmålet på ministermødet mellem EU og USA den 22.-23. maj 2018 i Sofia.
9. Indgåelsen af en gennemførelsesaftale mellem EU og USA bør også ses i lyset af bestemmelserne i artikel 48 i databeskyttelsesforordningen, der netop er trådt i kraft. I den artikel hedder det, at "*enhver dom [...], der kræver, at en dataansvarlig eller en databehandler overfører eller videregiver personoplysninger, kan kun anerkendes eller håndhæves på nogen måde, hvis den bygger på en international aftale [...] mellem det anmodende tredjeland og Unionen [...], uden at det berører andre grunde til overførsel i henhold til [...] kapitel [V]*".
10. Når de fremtidige forbindelser defineres, skal der lægges særlig vægt på reglerne i de respektive lovtekster vedrørende tilfælde, hvor tjenesteydere er fanget mellem indbyrdes modstridende nationale lovgivninger. Den amerikanske CLOUD Act indeholder en "høflighedsklausul"⁵, mens udkastet til EU-forordning i sin artikel 15⁶ fastsætter en revisionsprocedure i tilfælde af modstridende forpligtelser. En omhyggelig og detaljeret gennemgang af disse bestemmelser vil være påkrævet for at sikre gensidighed og operationel effektivitet.

⁵ Høflighedsklausulen gør det muligt for tjenesteydere at anmode en amerikansk ret om at omstøde eller ændre en kendelse udstedt for sikring eller videregivelse af oplysninger, hvis oplysningerne vedrører en ikkeamerikansk person, og hvis efterlevelse af kendelsen ville medføre, at de overtræder lovgivningen i et land, som USA har indgået en gennemførelsesaftale med, som giver lignende muligheder for tjenesteudbydere i henhold til deres lovgivning.

⁶ Artikel 15 foreskriver en dialog med den berørte tredjestats centrale myndighed. Kun hvis denne myndighed ikke modsætter sig, vil den europæiske editionskendelse blive opretholdt, og oplysningerne vil blive leveret.

- 11. Ministrene opfordres til at bekræfte deres ønske om, at der hurtigt indledes forhandlinger med USA om indgåelse af en gennemførelsesaftale mellem EU og USA og opfordres desuden til at anmode Kommissionen om hurtigst muligt at fremsætte en henstilling om et forhandlingsmandat med henblik herpå for Rådet. Ministrene opfordres til at anmode Kommissionen om at tage lignende skridt med hensyn til anden tillægsprotokol til Budapestkonventionen, der i øjeblikket er ved at blive udarbejdet under Europarådets auspicier.***
-