

EU-SAD: PROGRES INSTITUCIONALIZACIJE U ERI PODATAKA II

**THE PROGRESS OF EU-US INSTITUTIONALIZATION IN THE
DATA AGE II**

Pregledni znanstveni članak

Mirza Dinarević

BH Telecom d.d.

mdinarevic@gmail.com

Sažetak

Ovaj rad predstavlja kulminaciju i finalizaciju pravne analize započete u radu 'EU-SAD: Progres Institucionalizacije u eri podataka I'. Nastavlja tako što se prevashono bavi ključnim dokumentima koji uveliko determinišu odnose EU i SAD, u prvom redu EU-US Krovni Sporazum, preko e-dokaza do Centralnih Sporazuma, slučaja Schrems i evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti do samih izgleda institucionalizacije u eri podataka. Na kraju ovog rada se daje osvrt u vidu razmatranja o eri podataka u kojoj se danas svijet nalazi sagledanu kroz prizme gore navedenih determinirajućih faktora kao i prethodno analiziranih faktora odnosno: pregleda samog razvoja institucionalizacije, odnosno formiranja i razvoja iste te kroz upoznavanje sa pravnim i upravljačkim aspektima režima protoka podataka, te dalje koristeći analize EU-US PNR i TFTP odnosno Sporazuma o dostavi podataka iz evidencije imena putnika (PNR) Carinskoj i graničnoj kontroli SAD-a i EU - SAD 'SWIFT' ili TFTP sporazuma.

Ključne riječi: podaci, Krovni sporazum, Schrems, Privacy Shield

Abstract

This paper represents the culmination and finalization of the legal analyses from the paper 'The Progress of EU-US Institutionalization in the Data Age I'. It continues by primarily dealing with key documents that largely determine EU-US relations, beginning with the EU-US Umbrella Agreement, e-evidence, Central Agreements, the Schrems case and the Privacy Shield also covering the very prospects of institutionalization in the data age. At the

end of this paper, a contemplation is offered in the form of a consideration of the data age in which the world finds itself today, viewed through the prism of the above-mentioned determining factors as well as previously analysed factors, namely: an overview of the development of institutionalization itself, i.e. it's formation and development, also through an introduction to the legal and managerial aspects of data flow regimes and further by using the analysis of the EU-US PNR and TFTP Agreements.

Keywords: data, Umbrella agreement, Schrems, Privacy Shield.

1. EU-US KROVNI SPORAZUM

Takozvani ‘Krovni sporazum’ EU – SAD za prijenos podataka u svrhe sprovođenja zakona konačno je usvojen 2016. godine (OJ L 336/3, 2025). Sporazum je trebao poboljšati zaštitu ličnih podataka u vezi sa prevencijom, istragom, otkrivanjem i procesuiranjem krivičnih djela iako je njegovo djelovanje u velikoj mjeri od stupanja na snagu obavijeno velom tajne. Ne postoji izjava o kompetentnosti ili pravni osnov za sporazum u objavljenom obliku. U članu 1., navedeno je:

“1. Svrha je ovog Sporazuma osigurati visok nivo zaštite ličnih informacija i ojačati saradnju između Sjedinjenih Američkih Država i Evropske unije i njenih država članica u vezi sa spriječavanjem, istragom, otkrivanjem ili progonom krivičnih djela, uključujući terorizam.”

Stoga predstavlja vrlo značajan oblik saradnje na zaštiti privatnosti. Predsjednik Obama je 2016. godine, potpisao Akt o sudskoj zaštiti. Istim je dato licima, koja nisu građani SAD, prava na privatnost, uključujući privatno pravo na tužbu zbog povrede privatnosti koja se dogodila u SAD-u (Američko ministarstvo pravde, 2020). Na prvi pogled, ovo je izgledao kao značajan razvoj. Akt je potpisan nakon što je Kongres odobrio amandman koji ograničava pravo na tužbu samo na one državljane zemalja koje dozvoljavaju ‘transfer ličnih podataka u komercijalne svrhe’ u SAD, i koje nisu nametnule politike prijenosa ličnih podataka koje su ‘materijalno ometale’ interese američke nacionalne sigurnosti. Ovo je bio značajan korak koji je omogućio napredak Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti, a

bio je važan i u evoluciji Krovnog sporazuma EU – SAD. Kako je Severson izjavio:

“U ovoj fazi, američka Vlada je izabrala politiku koja održava status quo, dok ipak petlja po rubovima. Konačno, možda najveća promjena koja dolazi od PPD-28 je javno priznanje da stranci imaju legitiman interes za privatnost. U Direktivi se navodi da prilikom obavljanja američkog prikupljanja informacija elektronskim izviđanjem, američka Vlada: ‘mora uzeti u obzir da se prema svim osobama treba postupati s dostojanstvom i poštovanjem, bez obzira na njihovu nacionalnost ili gdje god da žive, i da sve osobe imaju legitimni interes za privatnost pri rukovanju njihovim ličnim podacima.’ Iako je ova izjava ograničena, jer se odnosi samo na rukovanje informacijama, ne i na prikupljanje, ipak, otvara vrata za dalji nadzor i reformu (Severson, 2015).” Ovakvi razvoji događaja bili su podložni promjenama u novoj i više neprijateljski prema EU nastrojenom prvom američkom administracijom Trumpa i brzo su obrnuti (Meijers Committee Note, 2016). Sporazum je širok u svom djelokrugu, koji je definisan u članu 3., a odnosi se na:

“Ovaj se Sporazum primjenjuje na lične informacije koje se prenose između nadležnih tijela jedne Strane i nadležnih tijela druge Strane ili koje se na drugi način prenose u skladu sa sporazumom sklopljenim između Sjedinjenih Američkih Država i Evropske unije ili njenih država članica, radi spriječavanja, otkrivanja, istrage i progona krivičnih djela, uključujući terorizam.”

Član 5. opisuje njegove efekte, i možda naglašava široki spektar postojećih sporazuma o prijenosu podataka, navodeći da:

“Ovim se Sporazumom prema potrebi dopunjuju, ali ne zamjenjuju odredbe o zaštiti ličnih informacija iz međunarodnih sporazuma između stranaka ili između Sjedinjenih Američkih Država i država članica koje se odnose na pitanja obuhvaćena ovim Sporazumom.”

Njegova upotreba i ograničenja navedeni su u članu 6. u smislu da: “Prijenos ličnih informacija u posebne svrhe dopušten je na temelju pravne osnove za

prijenos utvrđene u članu 1.” Krovni Sporazum sadrži razne zaštite, npr: ograničenje upotrebe podataka, zahtjeve za daljnji prijenos, javno dostupne periode čuvanja, prava pristupa i ispravljanja, obavještenje o povredi podataka i sudsku zaštitu i izvršnost. Prvog februara 2017. godine, stupio je na snagu Krovni sporazum EU – SAD o zaštiti podataka. Član 14. Sporazuma eksplicitno predviđa odgovornost, navodeći da će Strane imati uspostavljene mjere za promovisanje odgovornosti za obradu ličnih informacija u okviru Sporazuma od strane njihovih nadležnih tijela, i bilo kojih drugih njihovih nadležnih tijela kojima su prenesene lične informacije. Član 23. Sporazuma zahtijeva da Komisija i Vlada SAD izvrše zajedničko početno preispitivanje najkasnije tri godine nakon stupanja na snagu.

Implikacije poništenja Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti i povećani pritisak na cloud providere, koji potpadaju pod odjeljak 702 FISA Akta, kao i prijenos podataka korištenjem standardnih ugovornih klauzula za pravo na sudsku zaštitu, čini se da su i složena kontekstualna pitanja. U tom smislu, premija se stavlja na zajednička preispitivanja zbog labavog institucionalnog uređenja, slično svim režimima protoka podataka EU – SAD (Krovni sporazum EU – SAD, 2025). Stoga je prilično labav u smislu svojih institucionaliziranih komponenti, a ipak predstavlja značajnu metriku bliskosti između dva pravna poretka. Informacije o djelovanju su vrlo ograničene što djeluje potpuno netransparentno i isključivo preko Komisije po svojoj izvršnoj diskreciji. Vjerovatno je jedan od najmanje transparentnih režima EU – SAD, ali je još uvijek u velikoj mjeri u stilu prava u nastajanju i upravljanja odnosima EU – SAD, zasnovanog na slaboj i labavoj institucionalizaciji režima prijenosa podataka i veoma ezoteričnim i nekompletnim strukturama.

2. E-DOKAZI

Najnoviji transatlantski režim podataka o kojem se pregovara odnosi se na e-dokaze i možda je onaj koji je najviše impregniran globalnim posljedicama (Vijeće Evropske unije, 2021). Globalno se odvijaju izuzetno značajni zakonodavni napor za formalno priznavanje mehanizama javno-privatne saradnje u odnosu na prekogranične e-dokaze. Napori EU koji se ovdje pojavljuju da institucionalizira režime su značajni, ali repliciraju druge

globalne sisteme. Razvoj događaja je počeo u SAD, i to u izvanrednom ambijentu i mjestu. U 2018. godini, američki Kongres je donio CLOUD akt, usred Microsoftovog parničenja po žalbi Vrhovnom sudu SAD (Microsoft v United States, 2016). Dozvolio je federalnim tijelima za sprovođenje zakona da primoraju kompanije za obradu podataka sa sjedištem u SAD da dostave podatke bez obzira da li su podaci pohranjeni u SAD ili na stranom tlu.

U ovom dugotrajnom parničanju, američki organi za sprovođenje zakona tražili su podatke o korisniku Microsoftovih usluga u vezi sa slučajem trgovine drogom, Microsoft se oglasio da se dotični podaci nalaze isključivo u data centru u Irskoj, te da bi se pristup morao riješiti sa Irskim vlastima. Vrhovni sud je 2018. godine, saslušao argumente u ovom slučaju, nevladine organizacije za zaštitu privatnosti su pozivale Vrhovni sud da poštuje međunarodne standarde privatnosti, citirajući ključne slučajeve Evropskog suda za ljudska prava i CJEU-a (EPIC Amicus US v Microsoft, 2018). Akt ovlašćuje američke vlasti za sprovođenje zakona da jednostrano zahtijevaju pristup podacima pohranjenim izvan SAD, što je izazvalo široku kritiku međunarodne zajednice. Tako usvaja davno uspostavljena načela SAD o ekstrateritorijalnosti učinka da bi se od kompanije koja je pod jurisdikcijom SAD moglo zahtijevati da preda podatke koje kompanija kontroliše, bez obzira na to gdje su pohranjeni u bilo kojem trenutku u vremenu. Postoje navodi da su agencije za sprovođenje zakona širom svijeta bile ohrabrene da će inovativni međunarodni sporazumi predviđeni propisima ponuditi rješenje za rastuće poteškoće u dobijanju pristupa e-dokazima koji se nalaze u SAD (Daskal i Swire, 2019).

Međutim, najvažnije je da nije imao ugrađene posebne garancije za podatke koji se odnose na neameričke građane. U istom vremenskom periodu, slično je predložila i EU, tačnije ‘široke’ promjene koje omogućavaju agencijama za sprovedbu EU da čuvaju i prikupe dokaze zasnovane na Cloud-u izvan sistema ugovora o uzajamnoj pravnoj pomoći, takozvani paket e-dokaza (Aguinaldo i De Hert, 2020). Komisija je 2018. godine, uvela propise o e-dokazima za olakšavanje razmjene e-dokaza među državama članicama EU, uključujući Uredbu o evropskim nalogima za proizvodnju i čuvanje kao i predloženu dopunsku Direktivu kojom bi se naložilo da bi pravni zastupnici

pružaoca usluga, koje se pružaju unutar EU, mogli biti usluženi nalogima (Evropska komisija, 2018).

Zatim je početkom 2019. godine, Evropska komisija započela pregovore sa SAD-om o sveobuhvatnom sporazumu između EU i SAD-a o pristupu e-dokazima, odnosno o međunarodnom sporazumu koji bi se upravo bavio zahtjevima za prekogranični pristup e-dokazima sa pregovaračkim direktivama koje je usvojilo Vijeće u 2019. godini (Evropska komisija, 2019). Tijela EU kao što su Evropski odbor za zaštitu podataka (EDPB) i Evropski parlament su naglasili da međunarodni sporazum mora sadržavati dovoljno adekvatnih zaštita podataka, tj. imati ‘jaka proceduralna i čvrsta osnovna prava’.

Da li će nadopuniti postojeće kompleksne sporazume o međusobnoj pravnoj pomoći između EU i SAD-a, ostaje da se vidi (Fahey, 2018).

Sporazum o e-dokazima bi uključivao i potencijalno proširio postojeće mjere zaštite podataka sadržane u EU – SAD Krovnom sporazumu. Da su institucionalne karakteristike dovoljno robusne, ove dodatne mjere zaštite bi pomogle ublažiti zabrinutost izraženu u zajednici za privatnost i građanske slobode o manjem stepenu uključenosti pravosuđa u odgovaranje na zahtjeve za e-dokaze (Daskal, 2019). Sve se više postavlja pitanje da li je pristup na nivou EU neophodan kako bi se izbjegle potencijalne negativne posljedice fragmentiranog spleta neusklađenih bilateralnih izvršnih sporazuma između SAD-a i država članica EU koji bi bili zaključeni u skladu sa američkim Cloud Aktom (Christakis i Terpan, 2021). Identificiranje kakva bi bila pravna osnova takvog sporazuma predstavlja složen zadatak, posebno u pogledu institucionalnog dizajna i upravljanja koji bi bio ‘otporan na sud’ i vjerovatno prošao provjere Evropskog parlamenta, slično, stvari na američkoj strani također izgledaju složeno (Christakis i Terpan, 2021). EU također ima značajnih poteškoća u Savjetu Evrope u vezi sa Budimpeštanskom konvencijom i njenim amandmanima (Vijeće Evropske unije, 2021). Ostaje da se vidi kako će ova nova era međunarodnog prava uticati na zakonodavstvo EU i da li će Bidenova administracija razvijati transatlantske zakonodavne napore u eri autonomije pravnog poretka EU.

3. CENTRALNI SPORAZUMI

Sporazum ‘Sigurna luka’ predstavlja značajan oblik transatlantskih odnosa, u svom tipičnom stilu rasutog hibridnog upravljanja, raspršenog među odlukama, aneksima i pismima. Ipak, njegov obim i širina sa komercijalnim i sigurnosnim implikacijama doveli su do toga da predstavlja važan korak za transatlantske odnose sa takozvanim ‘hibridnim’ stilom upravljanja (Shaffer, 2002). U julu 2000. godine, Ministarstvo za trgovinu i Evropska komisija formalizirali su sporazum o stvaranju skupa takozvanih Principa ‘Sigurna luka’ (Principi) o zaštiti privatnosti podataka, principa koji su postali poznati kao Sporazum ‘Sigurna luka’. Prema istom, američke firme mogle bi samopotvrditi da će se pridržavati principa ‘Sigurne luke’ i na taj način izbjeći ograničenja prijenosa podataka u Sjedinjene Države nametnuta evropskim pravom. Program ‘Sigurne luke’ pokrenuo je sedam ključnih principa privatnosti podataka koje industrija treba slijediti. Tako je funkcionisalo pod pretpostavkom da je EU formalno priznala principe kao ‘adekvatne’, te da Principi američkim firmama predstavljaju ‘sigurnu luku’.

Uprkos svojoj neobičnoj formuli, Principi se shvataju kao sporazum. Kao što je Shaffer izjavio (prije mnogo godina), za neke, Principi predstavljaju jedinstven razvoj događaja u upravljanju ekonomskim odnosima EU i SAD, dodajući prisilni eksteritorijalni doseg standardima privatnosti EU. Ipak, za druge, oni su predstavljali kapitulaciju trgovinskih birokrata pred američkim trgovinskim koncernima kroz slabašan Sporazum ispunjen rupama ili možda jednostavno kompromis kroz novi institucionalni razvoj koji balansira zabrinutosti EU (Shaffer, 2002).

Ono što je bilo principijelno inovativno u vezi s ovim oblikom upravljanja jeste to što je predstavljao labav oblik de facto harmonizacije socijalnih standarda, koji prevazilaze prethodne međusobne EU – SAD sporazume o priznavanju, a ipak na neki način prevazilazi regulatorne zahtjeve u SAD. Ovo je dovelo do tvrdnje da EU ‘podiže’ američke standarde privatnosti, kroz oblik njihovog intuitivnog razvoja, kroz ‘prelijevanje’ i ‘konvergenciju’ ugrađen u sistem za prekogranični prijenos podataka. Stepenn institucionalne forme je uvijek bilo otvoreno pitanje, ističući klasičnu kritiku EU kao zasnovane na institucijama za razliku od američkog tržišnog pristupa, iako je

teško ovo posmatrati kao bilo šta drugo, osim kao oblik fuzije to dvoje (Reidenberg, 2001).

Isto je bilo simptomatično za eru u kojoj je EU sve više pregovarala sa SAD kao sa entitetom sličnom državi, a njegova tržišna moć i uticaj na regulatorne standarde postajali su očigledni, vođeni kroz institucionalne okvire. Principe sporazuma ‘Sigurna luka’ je značajno ‘podržala’ Evropska komisija Odlukom, ključnim obavezujućim pravnim elementom. 2015. godine, u predmetu Schrems protiv Komisije za zaštitu podataka (Komisija za zaštitu podataka, 2000) (Schrems I) CJEU poništio je EU – SAD Sporazum ‘Sigurna luka’. Međutim, prethodno je izbila afera Snowden, koja je rasplamsala masovni evropski skepticizam prema praksama nadzora SAD (Evropska komisija, 2013). Početni ishod Schrems I bio je podrivanje tvrdnje da internet može biti slobodan od propisa. Da li je Odluka promovisala opštu decentralizaciju vlasti na nacionalne vlasti kao oblik institucionalizacije je diskutabilno. Činilo se da teoretski osnažuje novi program nadzora u pogledu prava o podacima i pravu EU (Barlow, 2022).

Nova zamjena za sporazum ‘Sigurna luka’ brzo je usvojena 2016. godine, nominalno preimenovana i rebrendirana logotipima u marketinškom stilu Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti (Provedbena Odluka Komisije EU, 2016). Razvijena je dosta hitro, kako nas podsjeća Anthony Gardner u svojoj knjizi u kojoj je predstavljeno vrijeme koje je proveo kao ambasador u EU iz SAD, kao uveliko požurena diplomatska intervencija kako bi se ‘počistile’ posljedice Schrems I (Gardner, 2020). Schrems I je stoga imala upečatljive paralele sa PNR CJEU Odlukom Suda od nekoliko godina ranije, a Evropsko-američki sistem zaštite privatnosti je po svemu sudeći pod ovim okolnostima jedino mogao imati sličnosti sa Sporazumom ‘Sigurna luka’. Evropsko-američki sistem zaštite privatnosti je imao velike ambicije: namjeravao je evoluirati dimenzije nadzora i odgovornosti sporazuma ‘Sigurna luka’ (Jourová i O’Reilly, 2022)

Evropsko-američki sistem zaštite privatnosti je uspostavio skup zajednički dogovorenih principa, koji podliježu ‘istražnim i izvršnim ovlastima’ Federalne trgovinske komisije SAD, Ministarstva transporta i drugih

statutarnih tijela koja bi mogla osigurati usklađenost (US Department Of Commerce, 2020).

Odluka o Evropsko-američkom sistemu zaštite privatnosti usvojena je sredinom 2016. godine, a okvir Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti postao je operativan ubrzo nakon toga, 01. avgusta 2016. godine. Njegova izričita funkcija bila je zaštita osnovnih prava bilo koga u EU čiji su lični podaci preneseni certificiranim kompanijama u SAD u komercijalne svrhe. Razvijen je s ciljem unošenja pravne jasnoće preduzećima koja se oslanjaju na transatlantske prijenose podataka. Stoga, Evropsko-američki sistem zaštite privatnosti je bio ključni sveobuhvatni okvir, odobren od strane EU i vlade SAD kako bi se osigurala usklađenost sa zahtjevima zaštite podataka EU kada se podaci prenose između SAD, EU i EEA.

Nije eksplicitno spomenut u Opštoj uredbi o zaštiti podataka. Smatra se da organizacije pružaju ‘adekvatnu’ zaštitu ličnih informacija u skladu sa Opštom uredbom o zaštiti podataka ako se pridržavaju sedam ključnih principa: (1) obavještanja, (2) izbora, (3) odgovornosti za daljnji transfer, (4) sigurnosti, (5) integriteta podataka i ograničenja svrhe, (6) pristupa i (7) kompenzacije, izvršenja i odgovornosti. Dakle, isti principi, primjenjivi na sporazum ‘Sigurna luka’. Provedba EU zavisila je od DPA-ova (Vlasti za zaštitu podataka) dok je provedba u SAD-u bila u rukama Federalne trgovinske komisije (FTC). Ipak, kako Brkan navodi u Odluci adekvatnosti Komisije o Evropsko-američkom sistemu zaštite privatnosti, usvojenoj nakon posljedica slučaja Schrems I, Komisija je implicitno navela da se američko zakonodavstvo više ne miješa u suštinu osnovnog prava na privatnost prema pravu EU, jer ne dozvoljava skladištenje ličnih podataka na generalizovanoj osnovi (Brkan, 2019).

Tačnije, obavještajne aktivnosti SAD su bile isključene (Provedbena Odluka Komisije EU, 2016). Također se tvrdilo da odjeljak 702 US FISA opisan u Evropsko-američkom sistemu zaštite privatnosti dozvoljava pristup sadržaju ‘koji cilja određene osobe koje nisu iz SAD izvan Sjedinjenih Država...’ uprkos brojnim protivljenjima pred sudovima SAD protiv ovog odjeljka FISA-e i mogućnosti da bude osporavan bio generalizovan ili ne. Jedna

ključna razlika u odnosu na Evropsko-američki sistem zaštite privatnosti je trebala biti širina upravljanja i akteri režima upravljanja.

Što se tiče aktera, Aneksom III Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti, predviđeno je da bi ombudsman trebao biti visoki zvaničnik unutar američkog State Departmenta koji je nezavisan od američkih obavještajnih agencija. No, izvršna vlast EU počela je gubiti strpljenje sa nedostatkom usklađenosti SAD po ovom pitanju. Ombudsman Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti, bio je novi mehanizam postavljen u okviru Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti kako bi se olakšala obrada i odgovaranje na zahtjeve američkih obavještajnih organa koji se odnose na mogući pristup ličnim podacima koji se prenose iz EU u SAD u svrhe nacionalne sigurnosti (Evropska komisija, 2022).

Ombudsman je trebao da se bavi zahtjevima koji se odnose na prenijete podatke ne samo u skladu sa Evropsko-američkim sistemom zaštite privatnosti, ali i na osnovu drugih okvira kao što su Standardne ugovorne klauzule (SCC), Obavezujuća korporativna pravila (BCR) ili derogacije. Uprkos tome, SAD su imale privremenog ombudsmana, Manishu Singh, unatoč kontinuiranom pritisku EU za stalno imenovanje. Američki Senat potvrdio je da će, 20. juna 2019. godine, Keith Krach postati prvi stalni ombudsman Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti u State Departmentu u prvoj Trumpovoj administraciji. Uloga ombudsmana Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti trebala je biti u vidu dodatnog puta za pravnu zaštitu za sve subjekte podataka EU čiji se podaci prenose iz EU ili Švicarske u SAD pod EU – SAD Privacy Shieldom ili Švicarsko-američkim Privacy Shieldom, s tim da je švicarska verzija replika paralelnog EU – SAD Sporazuma.

Uz pomoć određenog broja osoblja, ombudsman je bio u obavezi osigurati da se zahtjevi propisno istraže i upute na vrijeme i da je potvrda bila primljena da su relevantni propisi SAD-a ispoštovani ili, što je ključno, da pruži adekvatne pravne lijekove. Komisija se zatim dalje obavezala da će preispitivati aranžman na godišnjoj osnovi, da ocijeni da li nastavlja osiguravati adekvatan nivo zaštite ličnih podataka. Tokom 2017, 2018. i 2019. godine, EU i SAD su poduzele zajednička godišnja preispitivanja

funkcionisanja Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti, koja su uključivala nezanemarljiv broj aktera iz javnog i privatnog sektora, te vlada i agencija iz EU i SAD.¹ Prvo preispitivanje dalo je niz preporuka glede komercijalnih aspekata Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti kao i pitanja nacionalne sigurnosti. Rečeno je da je američki State Department poduzeo mjere da osigura funkcionalnost mehanizama ombudsmana i spremnost da primi i uputi žalbe.

EU je tražila da Kongres SAD-a pozitivno razmotri upisivanje u FISA zaštite neamerikanaca koje nudi Predsjednička politička Direktiva 28 (PPD-28) i da američka administracija brzo imenuje stalnog ombudsmana Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti, kao i preostale članove Odbora za nadzor privatnosti i građanskih sloboda (PCLOB). Sve u svemu, izvještaj je bio uglavnom pozitivan. U drugom godišnjem preispitivanju konstatovano je da je učinjen značajan napredak u komercijalnim aspektima Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti. Predloženo je više nadzornih i izvršnih radnji SAD-a, u pogledu usklađenosti certificiranih organizacija sa Evropsko-američkim sistemom zaštite privatnosti. Jedna od glavnih izraženih zabrinutosti je i dalje bio nedostatak nadzora u SAD-u nad tri nova člana PCLOB-a uključujući predsjednika.

Federalna trgovinska komisija je potvrdila da je njena istraga o slučaju Facebook/Cambridge Analytica u toku i izrazila pozitivna mišljenja o

^{*} Godišnje preispitivanje za EU su proveli predstavnici Generalnog direktorata za pravosuđe i potrošače Evropske komisije. Delegacija EU je također uključivala osam predstavnika koje je odredila Radna grupa iz člana 29., savjetodavno tijelo koje okuplja nacionalna tijela za zaštitu podataka (DPA-ove) država članica kao i evropskog supervizora za zaštitu podataka. Sa američke strane, predstavnici Ministarstva trgovine (DoC), Federalne trgovinske komisije (FTC), Ministarstva saobraćaja, State Departmenta, Ureda direktora nacionalne obavještajne službe i Ministarstva pravde su učestvovali u preispitivanju, kao i vršilac dužnosti ombudsmana, član Odbora za nadzor privatnosti i građanskih sloboda (PCLOB) i Ureda glavnog inspektora Obavještajne zajednice. Štaviše, predstavnici organizacija koje nude nezavisno rješavanje sporova u okviru Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti, Američka arbitražna asocijacija kao administrator Arbitražnog vijeća Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti i određene kompanije certificirane Evropsko-američkim sistemom zaštite privatnosti dale su svoj doprinos tokom godišnjeg preispitivanja. Za treće godišnje preispitivanje, Komisija je prikupila informacije od kompanija certificiranih Evropsko-američkim sistemom zaštite privatnosti kroz odgovarajuća trgovačka udruženja i nevladine organizacije aktivne u oblasti osnovnih prava.

razvoju Federalnog Zakona o privatnosti (Federal Trade Commission, 2019). Također je pohvaljen Akt o reautorizaciji američkih amandmana iz 2017. godine, kojim je izmijenjen Akt o nadzoru stranih obavještajnih službi iz 1978. godine, i koji je uveo određene ograničene dodatne mjere zaštite privatnosti, na primjer u oblasti transparentnosti.

U trećem godišnjem preispitivanju iz 2019. godine, Komisija je pozdravila činjenicu da Ministarstvo trgovine redovno i na sistematski način provodi proaktivne ‘provjere usklađenosti na licu mjesta’. Međutim, primijećeno je da su ove ‘provjere usklađenosti na licu mjesta’ obično ograničene na formalne zahtjeve, a Komisija je očekivala energičniji pristup u pogledu izvršenja mjera u vezi sa suštinskim kršenjima Principa Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti. Preispitivanja su uključivala širok spektar službenika javnog i privatnog sektora, pravnika, poslovnih subjekata, korisnika i drugih uključenih u implementaciju Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti. Rezultati su stoga od velikog značaja za veoma šaroliku sliku koju predstavljaju u pogledu operativne prirode Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti i njegove neujednačene sprovedbe, osnove i funkcionalnosti.

Kašnjenja prve Trumpove administracije prilikom imenovanja ombudsmana dovela su do nesumnjivo jedine tačke pravog političkog sukoba sa Evropskim parlamentom koji vrši pritisak unutar institucija EU da se izvrši imenovanje. Ograničeno sprovođenje glede kršenja Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti u SAD-u je dobilo uglavnom blage kritike, sa ukupnim rezultatom da su tri preispitivanja u velikoj mjeri generisali pozitivne rezultate iz širokog spektra izvora i proizveli uglavnom kratke izvještaje koji ohrabruju implementaciju i sprovođenje (Evropska komisija, 2019).

Evropsko-američki sistem zaštite privatnosti doživio je svoju sudbinu u julu 2020. godine, kada ga je CJEU oborio zbog ‘slabe’ institucionalizacije i mjesta američkih zakona o nacionalnoj sigurnosti. Ovo je nesumnjivo pokazalo razočaravajuću prirodu provedenih preispitivanja (Fahey i Terpan, 2021). Ovakav narativ nije sam po sebi konvencionalan i većina stručnjaka sugerise da je američko pravo nadzora, a ne problem institucionalizacije, bilo

primarno pitanje. Ipak, postoje tvrdnje da su pitanja uobličavanja ombudsmana i institucionalizacije tješnje povezana nego što se sugerije, i zaista važnija za razumijevanje dinamike pitanja nadzora. Prije razmatranja njegove budućnosti, uputno je razmotriti druge značajne sporove u vezi sa Evropsko-američkim sistemom zaštite privatnosti od trenutka njegovog usvajanja do poništenja u julu 2020. godine.

4. SLUČAJ SCHREMS I EVROPSKO-AMERIČKI SISTEM ZAŠTITE PRIVATNOSTI

Evropsko-američki sistem zaštite privatnosti bio je predmet nekoliko skupova postupaka sudskog preispitivanja, kao i njegov prethodnik, sporazum ‘Sigurna luka’. Kao što smo već istakli, u Schrems I, 2015. godine, CJEU je značajnom Odlukom oborio sporazum ‘Sigurna luka’, poništivši sporazum o prijenosu podataka (Schrems et al., 2016). Bivši američki ambasador u EU Anthony Gardner je detaljno opisao u svom izvještaju o eri Obamine transatlantske diplomatije, kako je postojao nezamislivo kratak vremenski period za pregovaranje o novom režimu (Gardner, 2020).

Ekonomске posljedice pravne praznine bile su značajne. Evropsko-američki sistem zaštite privatnosti stupio je na snagu ubrzo nakon toga da bi zamijenio američki Safe Harbour sporazum, a posebno da se pozabavi zabrinutostima o prikupljanju podataka i privatnosti do kojih se došlo u slučaju Schrems, no otkrića o NSA-u, Snowdenu i PRISM-u su također bila relevantna (Provedbena Odluka Komisije EU, 2016). Podstakao je razvoj drugih instrumenata i režima sprovođenja. Ipak, sam Evropsko-američki sistem zaštite privatnosti ukinut je 2020. godine, samo pet godina nakon njegovog uvođenja. Ovo dovodi do značajnih pitanja u vezi sa značenjem inovacija u odnosu na aktere i institucionalizaciju i neinstitucionalizaciju u ovom kontekstu. Da li je Evropsko-američki sistem zaštite privatnosti postao znatno više institucionalizovan i djelotvorniji način upravljanja, čini se diskutabilnim.

Na kraju se pojavljuje kao proučavanje skromnih institucionalnih inovacija koje se odvijaju na transnacionalnom nivou, uprkos većim ambicijama. Tako formira zrelu studiju slučaja za razmatranje. Schremsovo parničenje počelo

je tako što je jedan austrijski student prava djelovao sam, a na kraju će postati sinonim za najključniji transatlantski spor o prijenosu podataka u pravu EU. Ovaj status Schremsa opstaje i u parnici Maximilian Schrems protiv Facebook Ireland Limited (Schrems I). Malo je stranaka koje mogu tvrditi da su toliko doprinijele razvoju sekundarnog prava EU kao Maximilian Schrems (Lutzi, 2018).

Schrems je podnio prvu seriju pritužbi 2011. i 2013. godine, protiv Facebooka i načina na koji je kompanija koristila lične podatke svojih korisnika, što je u konačnici dovelo do poništenja okvira sporazuma ‘Sigurna luka’ između EU i SAD. U međuvremenu, Schrems je okupio podršku za zajedničku tužbu protiv Facebooka, u kojoj je pozvao druge korisnike da mu ustupe svoja potraživanja u vezi s navodnim kršenjem prava o privatnosti i zaštiti podataka. Preko 20.000 korisnika ustupilo je svoja potraživanja Schremsu, on je pokrenuo postupak protiv Facebooka na sudovima u svojoj zemlji prebivališta, Austriji, na osnovu svojih prava i prava sedam drugih korisnika. CJEU u predmetu Schrems protiv Facebooka je razmatrao prethodnu Odluku u vezi s tumačenjem članova 15. i 16. Uredbe vijeća (EC) br. 44/2001 od 22. decembra 2000. godine, o nadležnosti i priznavanju i izvršenju presuda u građanskim i komercijalnim pitanjima.

Zahtjev je postavljen u postupku između Schremsa i Facebook Ireland Limited, u vezi s aplikacijama koje traže deklaracije i zabranu, otkrivanje, produkciju naloga i plaćanje u iznosu od 4.000 eura u vezi s privatnim Facebook naložima gospodina Schremsa i sedmorice drugih lica koja su mu ustupila svoja potraživanja koja se odnose na te naloge. Schrems je bio aktivista za privatnost, čije su objave, govori, predavanja i neprofitna organizacija koristili ‘ciljane i strateške parnice’ za sprovođenje zakona o zaštiti podataka i privatnosti širom Evrope. CJEU je morao razmotriti da li se Schrems i dalje može osloniti na posebna pravila za potrošače koja su data u (sadašnjim) članovima 17-19 Uredbe, broj: 1215/2012 o nadležnosti i priznavanju i izvršenju presuda u građanskim i komercijalnim stvarima (Brussell Ia) u pogledu nadležnosti sudova njegovog sopstvenog prebivališta.

U malom vijeću, CJEU je smatrao da, iako se Schrems još uvijek može smatrati potrošačem, rezultirajuća jurisdikcija sudova njegovog prebivališta

bila bi ograničena na njegove vlastite zahtjeve. Utvrdio je da se član 15. Uredbe, broj: 44/2001 morao tumačiti u smislu da aktivnosti izdavanja knjiga, predavanja, upravljanja web stranicama, prikupljanja sredstava i dodjeljivanja potraživanja brojnih potrošača u svrhu njihovog izvršenja, ne obuhvataju gubitak statusa ‘potrošača’ korisnika privatnog Facebook naloga unutar značenja ovog člana (de Miguel Asensio, 2020).

Ovo je uvećanje Schremsovog statusa značajno. Manje nego uspješan pokušaj da se poveća broj aktera sposobnih da parniče Evropsko-američki sistem zaštite privatnosti se odigrao u slučaju Digital Rights Ireland. Opšti sud je presudio nedopustivim sporenje Digital Rights Ireland, irske nevladine organizacije za digitalna prava, koja je već uspješno dobila parnicu protiv Direktive o zadržavanju podataka iz 2014. godine, gdje je tražila poništenje Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti, tvrdeći da nije osigurao adekvatan nivo zaštite podataka (Digital Rights Ireland v European Commission, 2017).

S jedne strane, ovaj strožiji pogled je primjetan s obzirom na široko tumačenje ‘potrošača’ od strane Suda jer ograničava raspon aktera, entiteta i subjekata koji mogu pokrenuti parnicu u vezi sa Evropsko-američkim sistemom zaštite privatnosti. Na ljeto 2020. godine, CJEU je svojom Odlukom poništio Evropsko-američki sistem zaštite privatnosti u Facebook, Irska protiv Schrems (Schrems II). Dakle, ovo je bio drugi put da je CJEU poništio mehanizam prijenosa podataka: principi sporazuma ‘Sigurna luka’ su također poništeni od strane CJEU u predmetu C-362/14 (Schrems I), pod relativno sličnim okolnostima, uslovima i formi. Nakon poništenja sporazuma ‘Sigurna luka’, Facebook je koristio SCC-ove, zajedno sa Evropsko-američkim sistemom zaštite privatnosti, za prijenos podataka izvan EU. Nakon toga, na osnovu izmijenjene žalbe iz 2015. godine, Schrems je osporio valjanost Facebookove upotrebe SCC-ova za prijenos podataka građana EU u SAD-u, tvrdeći da je pristup takvim podacima radi masovnog nadzora od strane američkih obavještajnih agencija kršenje članova 7., 8. i 47. Povelje EU o temeljnim Pravima (CFR).

U nacrtu Odluke iz 2016. godine, Irski povjerenik za zaštitu podataka je smatrao da SCC-ovi ne mogu prevazići izazove američkih zakona o nadzoru,

te je pokrenut postupak na Irskom Visokom sudu, gdje se tražilo preliminarno upućivanje na CJEU o valjanosti SCC-ova i njihove usklađenosti s EU CFR. Irski sud je 2017. godine, zaključio da američki zakoni o nadzoru dozvoljavaju ‘masovnu obradu’ ličnih podataka i da je upućivanje na CJEU neophodno kako bi se utvrdila validnost SCC-ova (Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited, 2017). Shodno tome, prethodnom Odlukom 2018. godine, Irski sud je uputio 11 pitanja² CJEU-u kojima se generalno postavljao pitanje zakonitost SCC-ova i Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti kao adekvatnih sredstava za osiguranje usaglašenih transfera podataka u treće zemlje. Generalni pravobranilac Saugmandsgaard Øe je u Mišljenju iz kraja 2019. godine, naveo da je ombudsmana odredio Državni Sekretar i da je sastavni dio američkog State Departmenta.

Nije postojalo ništa u tom određivanju što je ukazivalo na to da bi opoziv ombudsmana ili otkazivanje njegovog imenovanja bilo praćeno bilo kojom partikularnom garancijom. Iako je ombudsman predstavljen kao nezavisan od ‘obavještajne zajednice’, izvještavao je Državnog sekretara i stoga nije bio nezavisan od izvršne vlasti. Kao rezultat toga, generalni pravobranilac Øe je izjavio: “Shodno tome, ustanova ombudsmana, prema mom mišljenju, ne obezbjeđuje pravni lijek pred nezavisnim tijelom nudeći licima čiji se podaci prenose mogućnost da se oslone na svoje pravo na pristup podacima ili da ospore bilo koje kršenje važećih pravila od strane obavještajnih službi.”

Nekoliko mjeseci kasnije, u ljeto 2020. godine i pred kraj prve Trumpove administracije, CJEU je smatrao da je Odluka Evropske komisije o adekvatnosti za Evropsko-američki sistem zaštite privatnosti nevažeća, na osnovu toga što američki programi nadzora, koje je Komisija ocijenila u svojoj Odluci o Evropsko-američkom sistemu zaštite privatnosti, nisu ograničeni na ono što je bilo striktno neophodno i proporcionalno kako to zahtijeva pravo EU, te stoga nisu ispunili zahtjeve iz člana 52. EU CFR.

** Tj. koje su obaveze DPC-a? Da li je Evropsko-američki sistem zaštite privatnosti odluka o adekvatnosti? Čiji propisi koga moraju zadovoljiti? Kako se pravo SAD tačno treba razumjeti i tumačiti u Evropi? Može se razmotriti: kada postoji povreda prava putem prijenosa, šta je tačno komparator? Adekvatnost ombudsmana pod Evropsko-američkim sistemom zaštite privatnosti je također pomenuta.*

Drugo, smatrao je da, u pogledu nadzora SAD-a, subjekti podataka iz EU nisu imali djelotvoran vid sudske zaštite i nedostajalo im je pravo na djelotvoran pravni lijek u SAD, prema članu 47. Povelje EU. CJEU je smatrao da je predviđena institucionalna dimenzija za pravnu zaštitu bila manjkava, navodeći da:

“[...] U toj Odluci ništa ne ukazuje da ombudsman ima moć da usvaja odluke koje su obavezujuće za te obavještajne službe i ne spominje ikakve pravne garancije koje bi pratile tu političku obavezu na koju bi se subjekti podataka mogli osloniti [...] Stoga, mehanizam ombudsmana na koji se Odluka o Evropsko-američkom sistemu zaštite privatnosti odnosi ne pruža nikakav osnov za tužbu pred tijelom koje nudi licima čiji se podaci prenose u Sjedinjene Države garancije u suštini ekvivalentne onim iz član 47. Povelje [...]. Stoga, pri odlučivanju, u članu 1(1) Odluke o Evropsko-američkom sistemu zaštite privatnosti, da Sjedinjene Države osiguravaju adekvatan nivo zaštite ličnih podataka koji se prenose iz Unije u organizacije u trećim zemljama pod Evropsko-američkim sistemom zaštite privatnosti, Komisija je zanemarila zahtjeve člana 45(1) Opšte uredbe o zaštiti podataka, u svjetlu članova 7., 8. i 47. Povelje.”

Mnogo analiza Odluke se fokusiralo na mjesto pravnih lijekova, a ne strukturalnih izazova slabe i ograničene institucionalizacije, kao da je jedno odvojeno od drugog (Joel i Oliveira, 2021). Konačno, može se tvrditi da je neautonomni akter, ključna ‘inovacija’ Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti, jasno ishodila slabom institucionalizacijom (npr. ombudsman) koja nije mogla obezbijediti adekvatnu kontrolu nad takvim nadzorom. Drugim riječima, Odluka nije isključivo bila o nadzoru SAD-a, već i o krhkoj konstrukciji institucionalizacije od koje je na kraju zavisila cjelokupna arhitektura (Fahey i Terpan, 2021).

5. IZGLEDI INSTITUCIONALIZACIJE PODATAKA

Tvrdilo se da je razvoj arhitekture zajedničkih tužbi ključni lijek za uspješnu razmjenu podataka nakon Schrems II (Korff, 2022). Veliki dio posljedica Schremsa II ogledale su se u fokusiranju na specifičnosti režima transfera, umjesto možda na ispitivanju šireg djelovanja mnogih transatlantskih režima

koji su podjednako skloni navodima o manjkavosti. Na primjer, Evropski parlament je usvojio široku rezoluciju o Schrems II, kako bi ohrabrio Komisiju da proaktivno prati upotrebu tehnologija masovnog nadzora u SAD kao i u drugim trećim zemljama, koja bi mogla biti predmet nalaza adekvatnosti. Napominje se da, dok je nedavno stupanje na snagu u SAD-u Kalifornijskog akta o privatnosti potrošača (CCPA) bilo značajno i da su bili u toku koraci na federalnom nivou na zakonodavnim promjenama, ni CCPA ni bilo koji od federalnih prijedloga do sada nisu ispunjavali zahtjeve Opšte uredbe o zaštiti podataka za nalaz adekvatnosti.

Evropski parlament je i dalje ohrabrivao zakonodavstvo SAD-a da donese propise koji bi ispunjavali te zahtjeve, iako čak ni takav potez ne bi riješio fundamentalna pitanja masovnog nadzora američkih obavještajnih službi i nedovoljnog pristupa pravnim lijekovima. To bi zahtijevalo izmjene i dopune odredbe 702. FISA i da Predsjednik SAD-a izmijeni EO 12333 i PPD-28. Ovo, zajedno s pravno utvrđenim mehanizmom koji osigurava da građani, koji nisu državljani SAD-a, imaju izvršna prava mimo Akta o sudskoj zaštiti, su i dalje bili potrebni. Također, stepen u kojem je CJEU ponovo stjerao pregovarače EU u ćošak, posebno nakon PNR mišljenja EU – Kanada, veoma je otežao dalji tok događaja. Zaista, moglo bi se tvrditi da su, kao rezultat Schremsa II i u PNR mišljenju EU – Kanada, svi sporazumi o prijenosu podataka između EU i SAD-a bili jasno ugroženi.

Još akutnije, Odluka Schrems II skrenula je nepoželjnu pažnju na redovnu razmjenu ličnih podataka EU sa SAD-om u okviru EU-US TFTP i EU-US PNR kao i nekoliko drugih programa, mehanizama i procedura razmjene (Evropski parlament, 2020). Evropski parlament je službeno zatražio od Komisije da analizira uticaj presuda Schrems I i II na ove razmjene podataka. Tada se postavlja pitanje o budućnosti Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti nakon nove američke administracije (Chander, 2020). Odmah nakon Schrems II, u Irskoj je otpočelo parničenje irskog tijela za zaštitu podataka da zaustavi prijenos podataka Facebooka u SAD-u. Pod prvom Trumpovom administracijom, koja je tada vladala, SAD su inicijalno objavile da će Ministarstvo trgovine ‘nastaviti primjenjivati Evropsko-američki sistem zaštite privatnosti’, kako presuda Schrems II ‘ne oslobađa participirajuće organizacije svojih obaveza iz Evropsko-američkog sistema

zaštite privatnosti’ (US Department of Commerce, 2020). Krajem septembra 2020. godine, tri značajna američka entiteta, odnosno Ministarstvo trgovine SAD, Ministarstvo pravde SAD i američki Ured direktora nacionalne obavještajne službe, objavila su ‘Bijeli papir’, na 22 stranice o Schrems II odluci CJEU.

Ovaj vanredni papir je optužio CJEU da je pogrešno informisan u svojoj odluci i da je izostavio ključne informacije o američkom zakonu o privatnosti. Papir je označen kao ‘informativni’ dokument, možda i zajedljivo, pod naslovom ‘Informacija o američkim mjerama zaštite privatnosti relevantnim za SCC-ove i druge pravne osnove EU za prijenos podataka EU – SAD nakon Schrems II’ (Ministarstvo trgovine SAD, 2020). Na jednom nivou, neobično je i kontroverzno vidjeti da se strana vlada suprotstavlja i kritikuje međunarodni sud na ovaj način, i to veoma detaljno. To je utoliko nevjerovatnije s obzirom na opštu konvergenciju EU i SAD prema višim zajedničkim standardima privatnosti i zaštite podataka. Saslušanje u Senatu o odluci Schrems II se odvijalo krajem 2020. godine i nova administracija SAD je brzo imenovala pregovarače (Komitet američkog Senata za trgovinu, nauku i tehnologiju, 2020).

U međuvremenu, Evropska komisija, zajedno sa Ministarstvom za trgovinu, je izdala saopštenje u kojem je iznijela svoja nastojanja da se pronađe rješenje za očuvanje transatlantskih tokova podataka. EDPB je pozdravio presudu CJEU u predmetu Schrems II, navodeći da je ‘spreman da pruži Evropskoj komisiji pomoć i usmjerenje da joj pomogne da izgradi, zajedno sa SAD-om, novi okvir koji je u potpunosti usklađen sa pravom EU o zaštiti podataka’, ali bez grace perioda (Daskal, 2020). Mnogi su priželjkivali brzo ponovno usvajanje Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti i uključivanje više aktera umjesto uokviravanja kao pitanja institucionalizacije (Gewirtz et al., 2021). U januaru 2021. godine, EDPB i Evropski supervizor za zaštitu podataka (EDPS) su usvojili zajednička mišljenja o dva seta SCC-ova (EDPB-EDPS, 2021), jedno mišljenje o SCC-ovima za ugovore između voditelja obrade i obrađivača i jedno o SCC-ovima za prijenos ličnih podataka u treće zemlje. Njihova složenost i obradivost ne mogu biti podcijenjene.

EDPB je pružio mapu puta za podršku primjeni principa odgovornosti u prijenosu podataka,³ gdje se već neko vrijeme odražava višestrana odgovornost. Ipak, dojmilo se da je irski DPA angažovan u ratu riječi sa Evropskim parlamentom o sprovođenju Evropsko-američkog sistema zaštite privatnosti. Uloga DPA je i dalje ključna za transatlantske tokove podataka. Komisija za zaštitu podataka (DPC) je nakon Schremsa počela sa aktivnostima na nacrtima odluka da se prepolovi protok podataka, ali nekoliko mjeseci nakon Schremsa II, prema mišljenju DPC-a, Facebook je jednostavno mogao odlučiti da uključi sporazum o obradi podataka u ‘ugovor’, zbog čega se zahtjevi Opšte uredbe o zaštiti podataka za ‘pristanak’ više ne bi primjenjivali, ovo je izazvalo mnogo međunarodnog bijesa (Manancourt, 2021).

Konačno, međutim, potrebna su prava pojedinaca na djelovanje i reforma američkih zakona o nadzoru, kao i novi, robusni EU – SAD režim samocertifikacije, možda skupa sa zajedničkim tužbama. Važno je napomenuti da je u Digital rights Ireland, CJEU oborio opšte zadržavanje metapodataka prema Direktivi o zadržavanju podataka, poništivši njene odredbe. CJEU je naknadno donio mnoge odluke o zadržavanju metapodataka i praksama nacionalne sigurnosti, npr. Privacy International i La Quadrature du Net, gdje je složena pozicija EU vis-à-vis njenih država članica sve više postavljena, shvatajući zaštitu podataka ozbiljnije, ali i dalje dozvoljavajući mnogo regionalnog nadzora.

Ovo izgleda čudno na međunarodnom planu, a svakako i iz perspektive SAD. Ova složena pozicija EU slabi u širem kontekstu stav zauzet u Schremsu u vezi s međunarodnim prijenosom podataka. Zaista, to je značajna pritužba protiv EU. Kako Cameron argumentuje, teško da CJEU može predavati SAD o tome kako bi trebale biti bolje u pomirenju nacionalne sigurnosti s privatnošću i zaštitom podataka, ukoliko nije voljan reći isto i državama članicama EU. Zaista, određeni stručnjaci sugerišu da sudska praksa u Schrems I i II odražava ‘misionarski’ žar Komisije da preobrti svijet na globalne standarde EU (Cameron, 2021). Kao što smo ranije spomenuli, EU se sve više bori sa svojom etiketom aktera ‘meke lokalizacije podataka’, koja je rezultat odluke Schrems II. Može se

argumentovati da ova etiketa slabo odražava stvarno konfliktno hrvanje EU o ‘trećem putu’ o podacima u kontekstu digitalne trgovine i protoka podataka.

Koliko će EU biti spretan ‘sparing partner’ za dalje postavljanje standarda, ostaje da se vidi. Postoje sugestije da Schrems II predstavlja robusniji unutrašnji i vanjski pristup eksteritorijalnosti, iako je malo vjerovatno da bi se ove tvrdnje podržale, s obzirom na širinu sporazuma između EU i SAD o prijenosu podataka i rasponu hibridnog upravljanja koje oni obuhvataju (Fabbrini et al., 2021).

Ovo je možda pojačano ranijim, eksplicitnim promicanjem konvergencije o standardima zaštite podataka na međunarodnim nivoima od strane Evropske komisije (Tzanou, 2021). Ipak, uprkos izgledu, smjer regulatornog putovanja EU se sve više usklađuje sa međunarodnim konsenzusom o privatnosti. Možda uvjerljivije, postoje tvrdnje da se EU bori sa svojim duplim standardima o sigurnosti i nadzoru, te da SAD ne cijene složenost uloge nacionalne sigurnosti, barem ne u okviru prava EU (Propp i Swire, 2020). Također, EU je interno u velikoj mjeri institucionalizovana naspram značajnog režima privatnog sektora koji preovladava u SAD.

Prema bilo kojem gledištu, globalni izazovi s kojima se suočava EU su zastrašujući, gdje ona mora da izvozi ove kompleksne standarde trećim zemljama. Dobar primjer za isto jeste trgovinski sporazum o Brexitu postignut sa UK. Evropska komisija se značajno pomjerila od svojih modela klauzula o horizontalnim tokovima podataka u EU-UK TCA (Digitalna trgovina, 2021). Ostaje da se vidi da li je Schrems II ovdje zaobiden ili bi se trebale Odredbe o horizontalnom protoku podataka sve više i pažljivije ugrađivati u trgovinske sporazume? Još uvijek je neizvjesno da li se o Evropsko-američkom sistemu zaštite privatnosti može ponovo pregovarati na politički i pravno djelotvoran način (Christakis, 2020). U formulaciji Odluke CJEU, ishod je nemogući Bermudski trougao blanketnog EU – SAD nadzora podataka: za mnoge je očuvanje prava EU i prijenos podataka nemoguće uskladiti s američkim nadzorom i nesmetanim tokovima podataka.

Argumentovano se može percipirati da transatlantske razlike ne drže korak s pravcem razvoja politike, budući da CJEU i američke agencije nelagodno

govore jedno preko drugog. Spomenuti američki akteri, su u svom Izvještaju o Odluci CJEU Schrems II, nastojali naglasiti korist razmjene informacija prema odjeljku 702 US FISA, navodeći da, iako je bilo nemoguće otkriti slučajeve u kojim je program iz odjeljka 702 US FISA štiti sigurnost građana i stanovnika EU, ipak je to činio. Ovo će predstavljati neprijatno čitanje za uključene da bi razumijeli posljedice afere Snowden/NSA i razmjer do kojeg su SAD ostale vezane za svoje naslijeđe potpunog nadzora nakon 11. septembra 2001. godine. Da li je daljnja tehnička i politička konvergencija i istinski institucionalizirana zajednička saradnja vjerovatna, kada se posmatra u ovom svjetlu i pod manje neprijateljskom administracijom SAD, pitanje je na koje se tek treba odgovoriti.

Mjesto američki inspirisane Opšte uredbe o zaštiti podataka trenutno se raspravlja u SAD na način koji se ranije nije smatrao mogućim (Kerry et al., 2020). I demokratski i republikanski Senatori su tokom prve Trumpove administracije unaprijedili propise u tom smislu (Akt o pravima privatnosti potrošača na internetu, 2020). Slično tome, američki regulator ili agencija za privatnost su predmet rasprave na način koji ranije nije bio predviđen (Electronic Privacy Information Center: Campaigns, 2021).

Saslušanja u Senatu 2020. godine o Odluci Schrems II ukazuju na živu nacionalnu debatu koja ide u pravcu evropskih vrijednosti više nego ikada prije (Komitet američkog Senata za trgovinu, nauku i tehnologiju, 2020). Nedavne kazne FTC-a za Facebook u iznosu od 5 milijardi dolara ukazuju da se sprovođenje Big Tech-a u EU-stilu pojavljuje u SAD-u, te možda ukazuje na dramatičan pomak u vrijednostima (Wu, 2018).

Ogromni finansijski opseg obaveza sprovođenja ukazuje na transatlantski jaz, za sada. Pravo EU na zaborav, razvijeno od strane CJEU u predmetu Google protiv Španije, u početku ismijavano od mnogih u SAD-u, sada je ključni dio korporativnih društvenih principa i operativnih pravila mnogih američkih kompanija (Zuboff, 2018). Umjesto prisiljavanja mnogih američkih kompanija da napuste EU, dokazi pokazuju da su mnoge kompanije i odbori značajno podigli nivo svoje usklađenosti s privatnošću, uzimajući u obzir Opštu uredbu o zaštiti podataka i politiku privatnosti (Davis i Marotta-Wurgler, 2019).

Regulatori EU pažljivije prate korake američkih regulatora u razmišljanju o agresivnijim odgovorima i preventivnijim sredstvima regulacije Big Tech-a, pri čemu SAD goni Google zbog ilegalnog monopola, a EU goni Amazon zbog kršenja zakona o konkurenciji (Ministarstvo pravde SAD-a, 2020). DSA i DMA prijedlozi nesumnjivo svjedoče transatlantskom slaganju o potrebi da se pozabavi ‘čuvarima vrata’ Big Tech-a.

Budućnost Big Tech-a mora uzeti u obzir transatlantske standarde koji često postaju ili čine globalne standarde. Kao što smo naveli, Facebook je već ‘tiho’ premjestio 1,5 milijardi korisničkih fajlova iz Irske u SAD u aprilu 2018. godine, na koje će se moći primjenjivati američko pravo o privatnosti, a ne Opšta uredba o zaštiti podataka, a Google je brzo premjestio milione korisnika Google-a Ujedinjenog Kraljevstva pod američku ‘kontrolu’ nakon Brexita 2020. godine, kako bi se smanjio uticaj Opšte uredbe o zaštiti podataka i eliminisala mogućnost bilo kojeg od tih korisnika da podnese tužbu irskim sudovima (Ingram, 2018).

Međutim, Facebook je donedavno bio ‘snažan’ zagovornik prava EU, sve više zagovarajući da Opšta uredba o zaštiti podataka bude globalni standard, u nedostatku bilo kakvog istinski globalnog ekvivalenta (Petkova, 2019). Iako je Googleov savjetnik za globalnu politiku historijski tražio da međunarodni standardi privatnosti budu bazirani na onim iz azijsko-pacifičke ekonomske saradnje (APEC), Microsoftov generalni direktor je ukazao na Opštu uredbu o zaštiti podataka EU kao globalni okvir na koji se treba osloniti (Hurst, 2019). Facebook i Google su se možda u početku ‘protivili’ GDPR-u, ali su se na kraju pretplatili na njega i nastojali zagovarati svojevrsnu Opštu uredbu o zaštiti podataka u američkom stilu.

Pomogli su da nastane transatlantska nagodba. Umjesto ukazivanja na moguće razloge za neslaganja od prava EU i njegovog prihvatanja prema suštinskim principima ekvivalencije, moglo bi se reći da se SAD i EU približavaju, više nego ikad, u pogledu regulacije privatnosti i podataka. Ono što je za svaku pohvalu jeste koliko se američki entiteti angažuju sa pravom EU, te kako je angažman konstruktivan i redovan, kao što Opšta uredba o zaštiti podataka dostatno demonstrira.

Dubina angažmana američkih kompanija s pravom EU pokazuje koliko je konstruktivno nastaviti sa angažmanom preko Atlantika, jer se oblici transatlantske konvergencije već pojavljuju na terenu. Osim toga, značajno je da se može zamisliti da bi se mogla pojaviti konvergencija između regulatora EU i SAD o potrebi da se oslabi Big Tech. Transatlantska konvergencija regulatornih standarda od prava konkurencije do prava o privatnosti i govoru ukazuje na sličnost regulatornog prikupljanja podataka (Espinoza, 2020).

Ipak, EU se pojavljuje kao snažno institucionaliziran regulator u svim takvim kontekstima, s mnoštvom subjekata i objekata. Nakon EU-US TTC, predlaganje labave institucionalizacije ključnih globalnih izazova, koji trenutno nisu dobro pokriveni ili se njima ne bave na primjer, Svjetska trgovinska organizacija, čini se korisnim načinom generisanja transatlantske konvergencije (Evropska komisija, 2021).

Također, vrijedno je navesti da se drugi važni transatlantski razvoji događaja mogu sve više posmatrati u sjeni tijela koja nalikuju sudu koja proizilaze iz privatnog sektora, npr. Facebookov novi Odbor za nadzor, s razmjerom i opsegom za institucionaliziranje upravljanja podacima kao nikada do sada i sa kapacitetom za primjenu međunarodnih standarda (Klonick, 2020). Mnogo toga ostaje da se vidi što se tiče budućnosti meke institucionalizacije i njene održivosti pred mnogim drugim izazovima, ne samo globalnim, generisanim unutar i izvan EU.

6. ZAKLJUČCI I RAZMATRANJA

Transatlantsko upravljanje podacima prošlo je mnogo iteracija. Njegove vrijednosti i institucije izgledaju izuzetno porozno i fluidno. Paradoksalno, razvoji događaja u odnosima između EU i Kine nesumnjivo pomračuju ove strukture i razvoje događaja EU – SAD. Često se navodi da je EU bliža SAD-u nego što je Kini. Međutim, iz perspektive institucionalizacije, ovo nije nužno slučaj. Bez obzira na administraciju, transatlantski odnos formira ključnu dugoročnu studiju slučaja ograničene institucionalizacije i neujednačenih aspiracija. Mjesto američke Opšte uredbe o zaštiti podataka ili američkog regulatora ili agencije za privatnost se pojavljuje kao centralno za buduću transatlantsku konvergenciju o privatnosti.

Pravna pitanja nadzora i sigurnosti, međutim, imaju tendenciju da pomrače takvu konvergenciju. Većina trgovinskih sporova između EU i SAD-a su se u posljednje vrijeme odvijali pred WTO DSB. No, nakon njegovog kraja, njegova budućnost zauzima neizvjesno mjesto u priči o odnosima EU i SAD. Sporovi, koji su se odnosili na podatke, uglavnom, su bili usredsređeni na sud u Luksemburgu. Transatlantska konvergencija regulatornih standarda od prava o konkurenciji do prava privatnosti i govora može promijeniti dinamiku ovog foruma u malom broju aspekata. Zajednička agenda EU – SAD za globalne promjene uključuje transatlantski TTC, koji predlaže oblik konvergencije o mnogim ključnim globalnim izazovima koji se trenutno odnose na podatke, a koji nisu dobro pokriveni ili riješeni.

Ipak, ezoterična institucionalizacija tokova i privatnost podataka EU – SAD, koja se dešava u posljednje vrijeme, izgleda da se udaljava od labavije decentralizacije koja je preovladavala donedavno. Razvoj transatlantske privatnosti koja uključuje dvostepeni sistem pravne zaštite, uključujući Sud za preispitivanje zaštite podataka mogao bi najaviti značajnu eru promjena. No, mjesto zamišljene samocertifikacije sugerise predstojeći put s mnogo hibridnog upravljanja i složen kolosijek ka dubljoj i široj institucionalizaciji.

LITERATURA

1. Aguinaldo, A. De Hert, P., 2020. *European Law Enforcement and US Data Companies: A Decade of Cooperation Free from Law*. Brussels Privacy Hub Working Paper, 6(26).
2. Američko ministarstvo pravde, 2020. *Judicial Redress Act of 2015 & US-Eu Data Protection And Privacy Agreement*, USDJ, 9. Dostupno na: www.justice.gov/opcl/judicial-redress-act-2015 (pristupljeno u junu 2025. godine).
3. Barlow, J.P. (1996). *A Declaration of the Independence of Cyberspace*. Dostupno na: www.eff.org/cyberspace-independence (pristupljeno u junu 2025. godine).
4. Brkan, M., 2019. *The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJEU's Constitutional Reasoning*. *German Law Journal*, 20.
5. Cameron, I., 2021. *A Court of Justice Metadata retention and national security: Privacy International and La Quadrature du Net*. *Common Market Law Review*, 58.
6. Chander, A., 2020. *Is Data Localization a Solution for Schrems II?* *Journal of International Economic Law*, 23.
7. Christakis, T. (2020). *E-Evidence in the EU Parliament: Basic Features of Birgit Sippel's Draft Report* (EU Law Blog, 21 January 2020). Dostupno na: <https://europeanlawblog.eu/2020/01/21/e-evidence-in-the-eu-parliament-basic-features-of-birgit-sippels-draft-report> (pristupljeno u junu 2025. godine).
8. Christakis, T. Terpan, F., 2021. *EU – US Negotiations on Law Enforcement Access to Data: Divergences, Challenges and EU Law Procedures and Options*. *International Data Privacy Law*.
9. Cutler, M., 2002. *Information Technology: Lawyers Say US, EU on Collision Course over E-commerce as Competitiveness Issues.* *International Trade Review (BNA)*, 18, str. 1868.
10. Daskal, J. Swire, P., 2019. *The U.K.-US CLOUD Act Agreement Is Finally Here, Containing New Safeguards*, *Lawfare Blog*. Dostupno na: www.lawfareblog.com/uk-us-cloud-act-agreement-finally-here-containing-new-safeguards (pristupljeno u junu 2025. godine).

11. Daskal, J., 2019. *Privacy and Security across Borders*. *Yale Law Journal Forum* 1029. Dostupno na: www.yalelawjournal.org/pdf/Daskal_v3q35qwf.pdf (pristupljeno u junu 2025. godine).
12. Daskal, J., 2020. *What Comes Next: The Aftermath of European Court's Blow to Transatlantic Data Transfers*. *Just Security*, 17. Dostupno na: www.justsecurity.org/71485/what-comes-next-the-aftermath-of-european-courts-blow-to-transatlantic-data-transfers (pristupljeno u junu 2025. godine).
13. *Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited*, 2017. IEHC 545.
14. Davis, K.E. Marotta-Wurgler, F., 2019. *Contracting for Personal Data*. *New York University Law Review*, 94.
15. de Miguel Asensio, P., 2020. *Conflict of Laws and the Internet*. Edward Elgar.
16. *Digital Rights Ireland v European Commission*, 2017. T-670/16. ECLI:EU:T:2017:838.
17. EDPB & EDPS adopt joint opinions on new sets of SCCs, 2021. Dostupno na: https://edpb.europa.eu/news/news/2021/edpb-edps-adopt-joint-opinions-new-sets-sccs_en (pristupljeno u junu 2025. godine).
18. *Electronic Privacy Information Center*, 2021. *Campaigns*. Dostupno na: <https://epic.org/> (pristupljeno u junu 2025. godine).
19. *EPIC Amicus US v Microsoft*, 2018. No 17-2 SCUS. Dostupno na: www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/28360/20180118172113162172%20bsac%20Electronic%20Privacy%20Information%20Center.pdf (pristupljeno u junu 2025. godine).
20. Evropska komisija, 2013. *Rebuilding Trust in EU-US Data Flows*. COM (2013) 846 final.
21. Evropska komisija, 2018. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters*. COM (2018) 225 final.
22. Evropska komisija, 2019. *Annex to the Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations in view of*

- an agreement between the European Union and the United States of America on cross-border access to electronic evidence for judicial cooperation in criminal matters. COM (2019) 70 final.*
23. Evropska komisija, 2021. *Report of the Commission services on the second round of negotiations in view of an agreement between the European Union and the United States of America on cross-border access to electronic evidence for judicial cooperation in criminal matters* (6 November 2019) 13713/19.
24. Evropska komisija, 2022. *Privacy Shield request form under Ombudsman mechanism.* Dostupno na: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/610144> (pristupljeno u junu 2025. godine).
25. Evropski parlament, 2020. *Resolution of 20 May 2021 on the ruling of the CJEU of 16 July 2020 – Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited and Maximillian Schrems ('Schrems II'). Slučaj: C-311/18' (2020) 2020/2789 (RSP).*
26. Fabbrini, F. et al., 2021. *Data Protection Beyond Borders: Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty* (eds). Hart Publishing
27. Fahey, E. Terpan, F., 2021. *Torn between Institutionalisation and Judicialisation: the Demise of the EU-US Privacy Shield.* *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 28.
28. Fahey, E., 2018. *Transatlantic Cooperation in Criminal Law'* in V. Mitsilegas et al (eds), *Research Handbook on EU Criminal Law.* Edward Elgar, 2018.
29. Federal Trade Commission, 2019. *In the Matter of Cambridge Analytica LLC' (2019).* Dostupno na: www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/182-3107/cambridge-analytica-llc-matter (pristupljeno u junu 2025. godine).
30. Gardner, A., 2020. *Stars with Stripes: The Essential Partnership between the European Union and the United States.* Palgrave, 2020.
31. Gewirtz, P. et al, 2021. *A Roadmap for US-Europe Cooperation on China.* Yale Law School Paul Tsai China Center Paper. Dostupno na: https://law.yale.edu/sites/default/files/area/center/china/document/roadmap_for_us/eu_cooperation_on_china.pdf (pristupljeno u junu 2025. godine).

32. Hurst, D., 2019. *Japan Calls for Global Consensus on Data Governance.* *The Diplomat* Dostupno na: <https://thediplomat.com/2019/02/japan-calls-for-global-consensus-on-data-governance> (pristupljeno u junu 2025. godine).
33. Ingram, D., 2018. *Exclusive: Facebook to Put 1.5 Billion Users out of Reach of New EU Privacy Law.* Dostupno na: www.reuters.com/article/us-facebook-privacy-eu-exclusive-idUSKBN1HQ00P (pristupljeno u junu 2025. godine).
34. Irion, K. (2020). *Schrems II and Surveillance: Third Countries' National Security Powers in the Purview of EU Law.* *European Law Blog*, 24. Dostupno na: <https://europeanlawblog.eu/2020/07/24/schrems-ii-and-surveillance-third-countries-national-security-powers-in-the-purview-of-eu-law> (pristupljeno u junu 2025. godine).
35. Joel, A. Oliveira, F., 2021. *Redress: What is the problem?* *European Law Blog*, 28.
36. Kerry, C. et al., 2020. *Bridging the Gaps a Path forward to Federal Privacy Legislation.* Dostupno na: www.brookings.edu/wp-content/uploads/2020/06/Bridging-the-gaps_a-path-forward-to-federal-privacy-legislation.pdf (pristupljeno u junu 2025. godine).
37. *Komitet američkog Senata za trgovinu, nauku i tehnologiju*, 2020. *The Invalidation of the EU-US Privacy Shield and the Future of Transatlantic Data Flows.* Dostupno na: www.commerce.senate.gov/2020/12/the-invalidation-of-the-eu-us-privacy-shield-and-the-future-of-transatlantic-data-flows (pristupljeno u junu 2025. godine).
38. Korff, D., 2021. *Transfers of personal data from the EU to non-EU countries under the EU General Data Protection Regulation after 'Schrems II': not a 'Mission Impossible' (Ian Brown, April 2021).* Dostupno na: www.ianbrown.tech/wp-content/uploads/2021/04/KORFF-The-EU-regime-on-data-transfers-after-Schrems-II-210422.pdf (pristupljeno u junu 2025. godine).
39. Kuner, C., 2020. *The Schrems II judgment of the Court of Justice and the future of data transfer regulation.* *European Law Blog*, 17. Dostupno na: <https://europeanlawblog.eu/2020/07/17/the-schrems-ii>

- judgment-of-the-court-of-justice-and-the-future-of-data-transfer-regulation* (pristupljeno u junu 2025. godine).
40. Kyriakides, E., 2019. *The CLOUD Act, E-Evidence, and Individual Rights*. *European Data Protection Law Review*, 99.
 41. Lutzi, T., 2018. *What's a consumer? (Some) clarification on consumer jurisdiction, social-media accounts, and collective redress under the Brussels Ia Regulation: Case C-498/16 Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited, EU:C:2018:37' (2018) 25 Maastricht Journal of European and Comparative Law*.
 42. Meijers Committee Note on the EU-US Umbrella Agreement, 2016. CM 1613.
 43. *Microsoft v United States*, 2016. 829 F3d 197 (2d Cir 2016).
 44. Ministarstvo pravde SAD, 2020. *Justice Department Sues Monopolist Google For Violating Antitrust Laws*. *Justice News*, 20. Dostupno na: www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws (pristupljeno u junu 2025. godine).
 45. Petkova, B., 2019. *Privacy as Europe's first Amendment*. *European Law Journal*, 25.
 46. Propp, K. Swire, P., 2020. *After Schrems II: A Proposal to Meet the Individual Redress Challenge*. *Lawfare Blog*, 13. Dostupno na: www.lawfareblog.com/after-schrems-ii-proposal-meet-individual-redress-challenge (pristupljeno u junu 2025 .godine).
 47. Reidenberg, J.R. (2001). *E-Commerce and Trans-Atlantic Privacy*. *Houston Law Review*, 38.
 48. Schrems, I. Azoulai, L., Van der Sluis M., 2016. *Institutionalizing Personal Data Protection in Times of Global Institutional Distrust: Schrems*. *Common Market Law Review*, 53.
 49. Severson, D., 2015. *American Surveillance of Non-US Persons: Why New Privacy Protections Offer Only Cosmetic Change*. *Harvard International Law Journal*, 56.
 50. Shaffer, G., 2002. *Reconciling Trade and Regulatory Goals: The Prospects and Limits of New Approaches to Transatlantic Governance through Mutual Recognition and Safe Harbour Agreements*. *Columbia Journal of European Law*, 9.
 51. Tzanou, M., 2021. *Schrems I and Schrems II: Assessing the Case for the Extraterritoriality of EU Fundamental Rights u F. Fabbri et al*

- (eds), *Data Protection Beyond Borders: Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty* (Hart Publishing, 2021).
52. US Department of Commerce, 2020. *US Secretary of Commerce Wilbur Ross Statement on Schrems II Ruling and the Importance of EU-US Data Flows*.
53. Wu, T., 2018. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. Columbia Global Reports.
54. Zuboff, S., 2020. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. Profile Books.