

Anvendelse af korrigerende foranstaltninger efter Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2

The use of corrective measures in GDPR article 58 (2)



AALBORG UNIVERSITET

Peder Thorvald Sørensen:
Frederik Dyrholm:
Jonas Alexander Fris Meng:

Studienummer: 20156195
Studienummer: 20155180
Studienummer: 20154477

Titelblad

Titel:

Anvendelse af korrigerende foranstaltninger efter Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2

Engelsk titel:

The use of corrective measures in GDPR article 58 (2)

Studieretning:

Jura og erhvervsjura

Retsområde:

Persondataret

Universitet:

Aalborg Universitet

Afhandling:

Kandidatafhandling

Vejleder:

Kasper Bjerre Hendrup Andersen

Effektive sider og tegn:

Ordoptælling

Statistik:

Sider	90
Ord	24.017
Tegn (uden mellemrum)	153.604
Tegn (med mellemrum)	177.438
Afsnit	410
Linjer	2.519

☐ Medtag fodnoter og slutnoter

Luk

Abstract

The objective of this thesis is to describe the legal status regarding selected supervisory authorities use of corrective measures, concerning the General Data Protection Regulation's Article 58 (2), in order to determine whether the corrective measures are used homogeneous.

Since the entry into force of the GDPR, all supervisory authorities in EU have made use of the corrective measures. It is implied in the consistency mechanism, that the European supervisory authorities must cooperate with each other in order to have a harmonized data protection system. The key issue is whether there is a difference in how the corrective measures are used and if positive, whether the reason for it can be elucidated.

The thesis involves two Danish issue reprimands and two foreign fine cases in order to examine why the Danish Data Protection Agency chose criticism as a corrective measure, seen in relation to foreign supervisory authority's choice of a fine as a corrective measure for an identical legal violation and factual comparability.

In this connection, the thesis examined what lies in the nature of the Data Protection Regulation Article 83 (1) and 83 (2), about the general conditions for imposing a corrective measure. In this regard, it could be deduced that the use and understanding of these articles differed between supervisory authorities.

Followed by the thesis'-included decisions, there are significant differences in how the supervisory authorities bring forward their decisions. Hereby the supervisory authorities have an entirely diverse approach to the understanding of elements and principles in the GDPR Article 83 (1-2). Here it was seen that the supervisory authority of Denmark apparently does not observe the principles in agreement with EU practice and neither do they pay due consideration to all elements. The Danish verdicts hereby appear as proportionally permissive which can lead to forum shopping.

It can be concluded that due to supervisory authorities understanding and use of GDPR's Article 83 (1-2), there are carried out a diverse use of the corrective measures in GDPR's Article

58 (2). This can lead to forum shopping and Denmark is seen as being an attractive place to establish an enterprise.

Indholdsfortegnelse

TITELBLAD	2
ABSTRACT	3
INDHOLDSFORTEGNELSE	5
KAPITEL 1: INDLEDNING	7
1.1. PROBLEMFORMULERING	9
1.2. AFGRÆNSNING	10
1.3. METODE OG RETSKILDER	11
1.3.1 Retsdogmatik	11
1.3.2 Retsskilder	11
1.3.3 Andre metodiske overvejelser	15
1.4. OPBYGNING	16
KAPITEL 2: DATABESKYTTELSESFORORDNINGEN	18
2.1. DATABESKYTTELSESFORORDNINGENS FORMÅL	18
2.2. DATABESKYTTELSESFORORDNINGENS ANVENDELSESOMRÅDE	19
2.3. AKTØRERNE	20
2.3.1 Den dataansvarlige	20
2.3.2 Databehandleren	21
KAPITEL 3: TILSYNSMYNDIGHEDERNE OG SAMARBEJDE	22
3.1. SAMARBEJDE	22
3.2. TILSYNSMYNDIGHEDERNE	24
KAPITEL 4: BØDER OG KRITIK	26
4.1. INDLEDENDE BEMÆRKNINGER	26
4.2. DEN ADMINISTRATIVE BØDE - DATABESKYTTELSESFORORDNINGENS ART. 58, STK. 2, LITRA I	26
4.2.1 Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2	26
4.2.2 Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1	28
4.2.3 Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 4-6	31
4.3. KRITIK - DATABESKYTTELSESFORORDNINGENS ART. 58, STK. 2, LITRA B	32
4.3.1 Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2	32
4.3.2 Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1	32
KAPITEL 5: EUROPÆISKE VEJLEDNINGER	33
5.1. INDLEDENDE BEMÆRKNINGER	33
5.2. DEN HOLLANDSKE VEJLEDNING	33
5.3. DSK'S VEJLEDNING	35
KAPITEL 6: AFGØRELSE OM DATABESKYTTELSESFORORDNINGENS ART. 6, STK. 1, LITRA A	37
6.1. INDLEDNING OG OPBYGNING	37
6.2. SAMTYKKE	38
6.3. SAGERNES FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER OG TILSYNSMYNDIGHEDERNES AFGØRELSE	39
6.3.1 Burda Nordic, j.nr.: 2019-431-0018	39
6.3.2 HM Hospitales, j.nr.: PS/00187/2019	41
6.4. TILSYNSMYNDIGHEDERNES AFGØRELSE - ANALYSE	42

6.4.1. Indledende bemærkninger.....	42
6.4.2. Momenter og principper i Burda Nordic.....	45
6.4.3 Momenter og principper i HM Hospitales	52
6.5. DELKONKLUSION	59
KAPITEL 7: AFGØRELSE OM DATABESKYTTELSESFORORDNINGENS ART. 32	61
7.1. INDLEDNING OG OPBYGNING	61
7.2. BEHANDLINGSSIKKERHED	62
7.3. SAGERNES FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER OG TILSYNSMYNDIGHEDERNES AFGØRELSE	63
7.3.1. FLIS, j.nr.: 2019-431-0037.....	63
7.3.2. Haga Hospital.....	64
7.4. TILSYNSMYNDIGHEDERNES AFGØRELSE - ANALYSE	65
7.4.1. Indledende bemærkninger.....	65
7.4.2. Momenter og principper i FLIS.....	70
7.4.3 Momenter og principper i Haga Hospital	76
7.5. DELKONKLUSION	82
KAPITEL 8: FORUMSHOPPING.....	84
8.1. ONE-STOP-SHOP	84
8.2. LOKALE DATABEHANDLINGSAKTIVITETER.....	85
KAPITEL 9: REFLEKSIONER.....	87
9.1. INDLEDENDE BEMÆRKNINGER	87
9.2. MOMENTER OG PRINCIPPER	87
9.3. VEJLEDNINGERNE	89
9.4. OPSTILLING	91
KAPITEL 10: KONKLUSION.....	92
LITTERATURLISTE.....	96

Kapitel 1: Indledning

Databeskyttelse er en grundlæggende rettighed efter EU's charter om grundlæggende rettigheder, traktaten om den europæiske unions funktionsmåde samt EU-chartret artikel 8.¹

Den 25. maj 2018 trådte Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 (herefter Databeskyttelsesforordningen) i kraft.² Databeskyttelsesforordningen har to formål. For det første at beskytte fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og for det andet at sikre den fri udveksling af personoplysninger i EU jf. Databeskyttelsesforordningens art. 1, stk. 2 og 3.

Siden ikrafttrædelsestidspunktet er der sket adskillige overtrædelser af Databeskyttelsesforordningen.³ Efter Databeskyttelsesforordningens vedtagelse har alle de europæiske datatilsyn (herefter tilsynsmyndigheder) pålagt administrative bøder i alle EU-lande samt gjort brug af andre korrigerende foranstaltninger med hjemmel i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2.⁴

Beskyttelsen af de registreredes rettigheder kræver en stærk og sammenhængende beskyttelsesramme i EU, hvilket eksemplificeres i Databeskyttelsesforordningens præambel nr. 6:

”Den hastige teknologiske udvikling og globaliseringen har skabt nye udfordringer, hvad angår beskyttelsen af personoplysninger. Omfanget af indsamlingen og delingen af personoplysninger er steget betydeligt som skal understøttes af en effektiv håndhævelse.”

Såfremt der sker en overtrædelse af Databeskyttelsesforordningen, kan tilsynsmyndighederne blandt andet gøre brug af korrigerende foranstaltninger.⁵ Den primære sanktion er administrative bøder, der som udgangspunkt kan udstedes af tilsynsmyndighederne.^{6,7} Dette gengives i

¹ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016, præambel nr. 1 (herefter Databeskyttelsesforordningen)

² Databeskyttelsesforordningens, artikel 99, stk. 2

³ European Data Protection Board (EDPB), Contribution of the EDPB to the evaluation of the GDPR under Article 97, 18. februar 2020, s. 35

⁴ European Data Protection Board (EDPB), Annual report 2019, 18. maj 2020, s. 31 ff.

⁵ Databeskyttelsesforordningens, art. 58, stk. 2

⁶ Databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 21 og art. 58, stk. 2, litra i

⁷ Blume, Peter, Den nye persondataret, 2. udgave, 2. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018, s. 209 f.

Databeskyttelsesforordningens art. 83 samt præambel nr. 150, hvoraf det af sidstnævnte fremgår, at:

”For at styrke og harmonisere de administrative sanktioner for overtrædelse af denne forordning bør hver tilsynsmyndighed have beføjelse til at pålægge administrative bøder. Denne forordning bør angive overtrædelser og maksimumsbeløb og kriterier for fastsættelse af de tilknyttede administrative bøder, der bør bestemmes af den kompetente tilsynsmyndighed i hvert enkelt tilfælde under hensyntagen til alle relevante omstændigheder i den specifikke situation og med behørig hensyntagen til karakteren, alvoren og varigheden af overtrædelsen og dens konsekvenser og de foranstaltninger, der er truffet for at sikre overholdelse af forpligtelserne i henhold til denne forordning og for at forebygge eller begrænse følgerne af overtrædelsen(...).”

Ifølge sammenhængsmekanismen, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 63 skal tilsynsmyndighederne samarbejde med hinanden for at fremme en konsekvent anvendelse af Databeskyttelsesforordningen herunder konsekvent anvendelse af de korrigerende foranstaltninger.⁸ EU består af 27 medlemsstater med forskellige traditioner, hvorfor det kan være tvivlsomt, om den tilstræbte harmonisering og ensartethed i Databeskyttelsesforordningen respekteres.⁹

Professor Peter Blume gør i sin bog ”Den nye persondataret” gældende, at:

“Sanktionsniveauet har hidtil været meget forskelligt i medlemsstaterne, og det må konstateres, at Danmark har været et af de billige lande”.¹⁰

Det rejser spørgsmålet, hvorvidt der findes europæiske medlemsstater, der er mere attraktive at etablere sig i ud fra et persondataretligt perspektiv. Det findes interessant at undersøge, hvorledes der består en diskrepans mellem udvalgte medlemsstaters håndhævelse af bestemmelserne indeholdt i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, og derved om forumshopping er en realitet inden for EU.

⁸ Databeskyttelsesforordningen, præambel nr. 135-138 og Artikel 29-gruppen, Retningslinjer vedrørende anvendelse og fastsættelse af administrative bøder i overensstemmelse med forordning (EU) 2016/679, WP 253/2017, s. 4f

⁹ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 215

¹⁰ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 209

1.1. Problemformulering

Henset til Peter Blumes postulat om disharmonisk håndhævelse af Databeskyttelsesforordningen vil afhandlingen søge at klarlægge følgende problemformulering:

Hvorledes anvender tilsynsmyndighederne de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2? Såfremt anvendelsen ikke vurderes ensartet, vil baggrunden herfor søges belyst. Endvidere vil der søges afklaring af om en uensartet anvendelse af de korrigerende foranstaltninger kan føre til forumshopping, og i bekræftende fald, hvorvidt Danmark er et attraktivt sted for etablering.

1.2. Afgrænsning

Afhandlingen tager afsæt i afgørelser afsagt af den danske tilsynsmyndighed (herefter Datatilsynet) samt afgørelser fra henholdsvis den spanske tilsynsmyndighed, Agencia Española de Protección de Datos (herefter AEPD) og den hollandske tilsynsmyndighed, Autoriteit Persoonsgegevens (herefter AP). Afgørelser fra øvrige medlemsstater inddrages således ikke. Desuden vil afhandlingen ikke berøre sager, der omfatter grænseoverskridende behandlinger af personoplysninger. Afhandlingen inddrager udelukkende sanktioner inden for persondataretten, og dermed afgrænses der fra at undersøge sanktioner inden for den strafferetlige regulering. I den forbindelse vil der udelukkende inddrages afgørelser, hvor tilsynsmyndighederne har sanktioneret ved brug af de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra b og litra i. De resterende litra i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2 inddrages således ikke. Databeskyttelsesforordningens art. 84 om andre sanktioner inddrages desuden ikke.

National lovgivning søges undgået i afhandlingens analyse, hvorfor der afgrænses fra at analysere national lovgivning i henholdsvis Spanien og Holland. Undertiden nævnes national lovgivning hvor det findes naturligt i forbindelse med afhandlingens redegørende afsnit.

Bødeafgørelser afsagt af den danske tilsynsmyndighed inddrages ikke i afhandlingen. Desuden inddrages udtalelse af kritik fra udenlandske tilsynsmyndigheder ikke i afhandlingen. Baggrunden herfor er, at afhandlingen alene har et fokus på danske kritiksager og udenlandske bødesager. For afhandlingens overvejelser vedrørende valget af afgørelser henvises til metodeafsnittet.

Afhandlingen afgrænses derudover til alene at omfatte private aktører. Baggrunden herfor er, at medlemsstaterne selv kan fastsætte regler om, hvorvidt og i hvilket omfang administrative bøder kan pålægges offentlige myndigheder jf. Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 7. Sådanne afgørelser, set i forhold til denne afhandling, er derfor ikke egnet til sammenligning.

Forumshopping er et vidt begreb, og bruges blandt andet inden for skatteretten. I denne afhandling undersøges forumshopping i et persondataretligt perspektiv. Forumshopping inden for andre retsområder vurderes i denne henseende ikke.

1.3. Metode og retskilder

1.3.1 Retsdogmatik

Afhandlingen søger at klarlægge, hvorvidt de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2 anvendes ensartet af tilsynsmyndighederne. Det analyserende afsnit bygger på en retsdogmatisk tilgang, hvilket har til formål at analysere og beskrive gældende ret, *de lege lata*.¹¹ På baggrund heraf vil retskilderne beskrives og analyseres med henblik på at beskrive retstilstanden.

Afhandlingens undersøgelse af retstilstanden benyttes til at tage stilling til, hvordan retten er, og vurdere eventuelle afledte konsekvenser heraf. Afhandlingens empiri beror på afgørelser fra diverse tilsynsmyndigheder. På baggrund af undersøgelsens karakter og afhandlingens begrænsede omfang vil der alene inddrages et begrænset antal europæiske afgørelser. Afhandlingens udvalgte afgørelser antages at danne grundlag for udlægningen af retstilstanden, hvilket er en udpræget induktiv tilgang.¹² Der stræbes efter en objektiv vurdering af retstilstanden uagtet afgørelsernes, til tider, sparsomme indhold. Afhandlingen søger ikke at beskrive, hvordan retstilstanden vil udvikle sig i fremtiden, eller hvad retstilstanden bør være. Afhandlingens kapitel 2-5 beskriver de relevante retsregler, som danner den retlige ramme for argumentationen i analysen i kapitel 6 og 7.

1.3.2 Retskilder

Den primære retskilde i afhandlingen er Databeskyttelsesforordningen. Afhandlingen tager udgangspunkt i den danske oversættelse af Databeskyttelsesforordningen, hvor det bemærkes, at Databeskyttelsesforordningen har samme gyldighed på alle sprog.¹³

EU-retten har forrang for og direkte virkning i national ret.¹⁴ Forordninger er almen gyldige og bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i alle medlemsstater for de enkelte borgere

¹¹ D. Tvarnø, Christina og Nielsen, Ruth, Retskilder og Retsteorier, 5. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, s. 29

¹² Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundet, 2014, s. 55

¹³ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 52

¹⁴ D. Tvarnø m.fl.: Retskilder og retsteorier (2017), s. 234

og virksomheder jf. TEUF art. 288, 1. og 2. pkt.¹⁵ Databeskyttelsesforordningen indeholder 173 præambelbetragtninger. Disse præambelbetragtninger er ikke direkte bindende, men i forbindelse med udformningen af Databeskyttelsesforordningen er der sket en nøje gennemgang af de enkelte betragtninger, hvorfor præambelbetragtningerne anses som værende væsentlige fortolkningsbidrag.¹⁶ Præambelbetragtningerne vil inddrages løbende til yderligere fortolkning.

Databeskyttelsesforordningen er ikke udtømmende, idet den overlader et vist råderum til udfyldning hos de enkelte medlemsstater.¹⁷ Det er ikke inden for rammerne af afhandlingens undersøgelse at beskrive og analysere national lovgivning, men undertiden inddrages national lovgivning. Herunder inddrages den danske *lov nr. 502 af 23. maj 2018 Lov om supplerende bestemmelser til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger* (Herefter Databeskyttelsesloven).

EU-Domstolens praksis anerkendes endvidere som en væsentlig retskilde i EU-retten. I afhandlingen vil praksis fra EU-Domstolen blive anvendt. EU-Domstolen er en retsskabende virksomhed. Når der bliver forelagt en sag for EU-Domstolen, er det EU-Domstolens opgave at fortolke unionsretten, hvor fortolkningsstilen anses for dynamisk, hvilket vil sige, at EU-Domstolen udvikler deres praksis i lyset af samfundsudviklingen.¹⁸ EU-Domstolen afgør deres sager på baggrund af det overordnede formål bag Den Europæiske Union.¹⁹

Der er endvidere tilknyttet en række Generaladvokater til EU-Domstolen. Før EU-Domstolen træffer afgørelse i en sag, vil Generaladvokaten fremkomme med sit forslag til afgørelse. Generaladvokatens forslag er ikke bindende for EU-Domstolen. Disse kan dog være et fortolkningsbidrag til et givent spørgsmål. I afhandlingen vil der anvendes udtalelser fra Generaladvokater.

¹⁵ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

¹⁶ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 53

¹⁷ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 51

¹⁸ Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori (2014), s. 292f

¹⁹ Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul og Hartig Danielsen, Jens, EU-Retten, 6. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014, s. 108

Til brug for afhandlingens juridiske argumentation gøres der brug af retslitteratur, hvor der inddrages videnskabelige artikler og fagbøger. Det skal bemærkes, at retslitteratur ikke er en retskilde, da forfatteren savner legitimitet til at fastlægge ret.²⁰ Desuagtet vil der oftest være en høj kvalitetskontrol af videnskabelig litteratur blandt anerkendte forlag. Afhandlingen anvender retslitteraturen til at understøtte argumenter, der bygger videre på konklusioner, som andre forfattere er nået frem til om retstilstanden på en række retsområder.

Afhandlingens analyse tager afsæt i afgørelser fra Datatilsynet, AEPD og AP. Afgørelserne analyseres med henblik på at afdække tilsynsmyndighedernes brug af korrigerende foranstaltninger, herunder momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2 og principperne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1. Afgørelser truffet af en tilsynsmyndighed kan påklages ved den kompetente nationale domstol jf. Databeskyttelsesforordningens art. 78, stk. 1. Disse administrative afgørelser tillægges traditionelt ikke samme betydning som retsafgørelser, hvilket først og fremmest skyldes, at afgørelserne kan ændres ved dom,²¹ hvorfor disse formelt set ikke er endelige.²² Dette forhold præger afgørelsernes status, selvom det i praksis er sjældent, at afgørelserne bliver underkendt,²³ hvilket skyldes at offentlige myndigheder, såsom tilsynsmyndigheder er bundet af den retsopfattelse, som lægges til grund ved domstolene.²⁴ Uanset disse momenter kan en administrativ afgørelse være en retskilde og finde anvendelse i den juridiske argumentation typisk inden for deres specialfelt.^{25 26}

Afhandlingens udvalgte afgørelser er fremsøgt i Enforcement Tracker.²⁷ Enforcement Tracker er en database indeholdende bødesager afsagt af tilsynsmyndigheder inden for persondataområdet. Databasen er udviklet og opdateret af det internationale advokatfirma CMS²⁸. I databasen indeholder hver bødesag et kort resume af sagens faktum, den pågældende overtrædelse og bødestørrelsen. Databasen linker endvidere til den oprindelige afgørelse, som er skrevet på den

²⁰ Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, (2014), s. 346

²¹ D. Tvarnø m.fl.: Retsskilder og retsteorier (2017), s. 163

²² Riis, Thomas og Trzaskowski (red.), Jan, Skriftlig jura, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing A/S, 2013, s. 39

²³ Riis m.fl., Skriftlig jura (2013), s. 39

²⁴ Riis m.fl., Skriftlig jura, (2013), s. 39

²⁵ Riis m.fl., Skriftlig jura, (2013), s. 39

²⁶ Naundrup Olesen, Karsten og Michael Lilja, Troels, Domsanalyse, 2. udgave, Samfundslitteratur, 2016, s. 33 ff.

²⁷ <https://www.enforcementtracker.com/> (Tjekket d. 15. december 2020)

²⁸ <https://cms.law/en/int/> (Tjekket d. 15. december 2020)

pågældende tilsynsmyndigheds nationale sprog. Databasen indeholder ikke en fuldstændig op-listning af alle bødesager afsagt af tilsynsmyndighederne.²⁹

Det betones at brugen af databaser og de dertilhørende resumeer metodisk ikke kan stå alene, hvilket følger af forfatterne til denne afhandlings sprogkunderskaber. I de tilfælde hvor der ikke findes en maskinoversættelse på opslagsværket *GDPR Hub*³⁰, bruges *Google Translate* til oversættelse fra originalsprog til engelsk og til dansk.³¹ Dette gøres for at afdække enhver tvivl, som måtte opstå i forbindelse med oversættelsen.³²

Endvidere gøres der i afhandlingen brug af Artikel 29-gruppens retningslinjer i form af arbejds-papirer (herefter WP'er). Ved Databeskyttelsesforordningens ikrafttræden blev Databeskyttelsesrådet implementeret som en afløsning til Artikel 29-gruppen.³³ Databeskyttelsesrådet er et uafhængigt EU-organ³⁴, som sikrer en ensartet anvendelse af Databeskyttelsesforordningen.³⁵

WP'er, der er udstedt af Artikel 29-gruppen og herefter endosseret af Databeskyttelsesrådet, anses som fortolkningsbidrag, og må tillægges ganske stor betydning.³⁶ Der er tale om indflydelsesrig soft law.³⁷ Det bør imidlertid bemærkes, at Databeskyttelsesrådet ikke har endosseret alle af Artikel 29-gruppens WP'er. I afhandlingen gøres der brug af WP 244 og 253, som blev endosseret den 25. maj 2018.³⁸ WP 253 anvendes som fortolkningsbidrag til forståelse af de principper og momenter, som lægger til grund for udvælgelsen af korrigerende foranstaltninger og udmålingen af bødestørrelser. WP 244 bruges til at beskrive one-stop-shop mekanismen. I afhandlingen gøres der brug af de danske oversættelser af WP 253 og WP 244.

²⁹ Det fremgår af Enforcement tracker: "Our aim is to keep this list as up-to-date as possible. Since not all fines are made public, this list can of course never be complete (...)" <https://www.enforcementtracker.com> (Tjekket d. 3. december 2020)

³⁰ https://gdprhub.eu/index.php?title=Welcome_to_GDPRhub (Tjekket d. 15. december 2020)

³¹ <https://translate.google.com/> (Tjekket d. 15. december 2020)

³² Blume, Peter, Juridisk metodelære, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009, s. 225

³³ https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=629492 (Tjekket d. 15. december 2020) og Blume, Den nye persondataret (2018), s. 16

³⁴ Databeskyttelsesforordningens art. 69

³⁵ Databeskyttelsesforordningens art. 70, stk. 1

³⁶ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 52f

³⁷ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 23

³⁸ <https://www.datatilsynet.dk/presse-og-nyheder/nyhedsarkiv/2018/maj/edpb-godkender-tidligere-udstedte-vejledninger> (tjekket d. 15. december 2020)

1.3.3. Andre metodiske overvejelser

Det skal bemærkes, at der i afhandlingens analyse vil inddrages principper anført i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1. Disse principper inddrages for at foretage en nærmere vurdering af, hvordan de respektive tilsynsmyndigheder fortolker disse.

Principper efter Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1.

Hertil skal bemærkes, at principperne anført i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1 skal iagttages ved udvælgelsen af den mest passende korrigerende foranstaltning i henholdsvis Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra b og litra i. Det fremgår af WP 253, at "*Tilsynsmyndighederne bør vælge en korrigerende foranstaltning, der er effektiv, står i rimeligt forhold til overtrædelsen og har afskrækkende virkning*"³⁹. Set i lyset af at Databeskyttelsesforordningen er en forordning, skal dette fortolkes i overensstemmelse med det bagvedliggende harmoniseringsprincip, jf. blandt andet Databeskyttelsesforordningens præambel 123 og TEUF art. 288. Det må således lægges til grund, at "bør" skal fortolkes som "skal". Afhandlingen vil under analysen imidlertid alene inddrage de principper, som anses for særligt relevante i forhold til hver enkelt afgørelse.

Momenter efter Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2.

Det skal bemærkes, at der i afhandlingens analyse endvidere vil inddrages momenter anført i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2. Disse momenter inddrages for at foretage en nærmere vurdering af, hvordan de respektive tilsynsmyndigheder fortolker disse. Hertil skal bemærkes, at alle momenter anført i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2 skal iagttages ved udvælgelsen af den passende korrigerende foranstaltning i henholdsvis art. 58, stk. 2, litra b og litra i. Det fremgår af WP 253, at "*Selv om skærpende eller formildende faktorer er særligt egnede til at tilpasse en bødes størrelse til en sags omstændigheder, bør deres betydning for valget af den passende korrigerende foranstaltning ikke undervurderes.*"⁴⁰ På samme måde som anført under principperne skal "bør" fortolkes som "skal", og i ovenstående skal "ikke undervurderes" fortolkes som iagttaget med "behørig hensyntagen" i overensstemmelse med det bagvedliggende harmoniseringsprincip.

³⁹ WP 253, s. 6

⁴⁰ WP 253, s. 13

Afgørelses ligheder og fejlkilder

Afhandlingen søger udelukkende at belyse uensartet anvendelse af de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2 i lignede sager. Baggrunden herfor skal ses i lyset af WP 253, som udtaler, at:

”Selv om tilsynsmyndighederne uafhængigt kan vælge blandt de korrigerende foranstaltninger, der fremgår af artikel 58, stk. 2, bør det undgås, at forskellige korrigerende foranstaltninger vælges af tilsynsmyndighederne i lignende sager. Det samme princip gælder, når sådanne korrigerende foranstaltninger pålægges i form af bøder.”⁴¹

Hertil skal det dog bemærkes, at der forefindes visse fejlmargener i de respektive afgørelses lighed. Afhandlingen har imidlertid inddraget de afgørelser med størst sammenligningsgrundlag på centrale punkter, hvorfor disse fortsat anses for at være anvendelige til at belyse afhandlingens problemformulering.

1.4. Opbygning

I begyndelsen af afhandlingen introduceres et redegørende afsnit om Databeskyttelsesforordningens formål og anvendelsesområde, hvor afhandlingen endvidere vil beskrive aktører i persondataretten. Dernæst redegøres for tilsynsmyndighederne og deres forpligtelse til samarbejde gennem sammenhængsmekanismen. Ligeledes redegøres for tilsynsmyndighedernes beføjelser med fokus på Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra b og litra i samt principper og momenter i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1 til stk. 5. Derudover vil den danske ordning samt europæiske bødevejledninger beskrives.

Det redegørende afsnit følges op af en udførlig analyse af udvalgte afgørelser fra Datatilsynet samt udvalgte europæiske tilsynsmyndigheders afgørelser, som primært omhandler overtrædelser af henholdsvis Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a og art. 32. Dette med et fokus på at undersøge om tilsynsmyndighederne gør brug af de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2 på en ensartet måde. Dette ud fra tesen om, at

⁴¹ WP 253, s. 5f

lignende sager burde føre til samme brug af korrigerende foranstaltninger af europæiske tilsynsmyndigheder. Dernæst vil afhandlingen diskutere og afdække forumshopping ud fra analysens resultat samt diskutere mulige løsninger. Diskussionen vil tage udgangspunkt i praksis fra tilsynsmyndigheder samt inddrage bødevejledninger fra Holland og Tyskland.

Afslutningsvist vil der udledes en samlet konklusion, hvori problemformuleringen besvares.

Kapitel 2: Databeskyttelsesforordningen

2.1. Databeskyttelsesforordningens formål

Databeskyttelsesforordningen har to formål. For det første at beskytte fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 1, stk. 2 og for det andet fri udveksling af personoplysninger medlemsstaterne imellem, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 1, stk. 3. Hensynet til både beskyttelsen af personoplysninger og den frie udveksling af personoplysninger skal inddrages i forbindelse med Datatilsynenes tilsynsvirksomhed.⁴²

Personoplysninger bliver til tider behandlet i strid med reglerne, hvorved der vil forekomme datamisbrug.⁴³ I det tidligere persondatadirektiv⁴⁴ var det karakteristisk, at sanktionerne var markant mindre udbygget. Sanktioneringen i den nugældende Databeskyttelsesforordning er omvendt markant udbygget og betragtes som afskrækkende på baggrund af de mulige bøders anseelige størrelse.⁴⁵

I det følgende afsnit vil afhandlingen fremhæve udvalgte bestemmelser i Databeskyttelsesforordningen. Afhandlingen vil i den resterende del af kapitlet redegøre for anvendelsesområdet og aktørerne. Dette med henblik på at definere rammen for de europæiske tilsynsmyndigheders håndhævelse qua afhandlingens problemformulering.

⁴² Databeskyttelsesforordningens art. 57, stk. 1, litra a

⁴³ Blume, Peter, Personen i persondataretten, 1. udgave, 1. oplag, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2019, s. 18

⁴⁴ Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995

⁴⁵ Blume, Personen i persondataretten (2019), s. 18

2.2. Databeskyttelsesforordningens anvendelsesområde

Det er nødvendigt at klargøre, hvornår Databeskyttelsesforordningen finder anvendelse. Der sondres mellem det materielle og territoriale anvendelsesområde.

Det materielle anvendelsesområde er reguleret i Databeskyttelsesforordningens art. 2, stk. 1 og tilsiger, at Databeskyttelsesforordningen *“(...) finder anvendelse på behandling af personoplysninger, der helt eller delvis foretages ved hjælp af automatisk databehandling, og på anden ikkeautomatisk behandling af personoplysninger, der er eller vil blive indeholdt i et register.”*

Databeskyttelsesforordningen bruger betegnelsen ”automatisk”, som her antages at være synonym for digital eller elektronisk.⁴⁶ Såfremt behandlingen af personoplysninger ikke kan karakteriseres som en automatisk behandling, vil behandlingen alene falde ind under Databeskyttelsesforordningen, såfremt oplysningen vil være indeholdt i et register⁴⁷.⁴⁸ De udvalgte afgørelser i denne afhandling omhandler personoplysninger, der bliver behandlet elektronisk. Centrale begreber i forbindelse med forståelsen af det materielle anvendelsesområde er ”behandling”⁴⁹, ”personoplysning”⁵⁰ og ”register”⁵¹, som afhandlingen imidlertid ikke vil uddybe nærmere.

Det territoriale anvendelsesområde er reguleret i Databeskyttelsesforordningens art. 3.

Databeskyttelsesforordningens art. 3, stk. 1 fastsætter, at aktiviteter, udøvet af en dataansvarlig eller databehandler etableret inden for EU, er omfattet af Databeskyttelsesforordningen.

Det afgørende for bestemmelsens anvendelse er, om den pågældende er etableret i EU.⁵² Begrebet ”etablering” defineres i Databeskyttelsesforordningens præambel nr. 22, 2. pkt. og tilsiger, at: *”Etablering indebærer effektiv og faktisk udøvelse af aktivitet gennem en mere permanent struktur”*

⁴⁶ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 59 og Høilund, Dorte, Persondataret, 2. udgave, 1. oplag, forfatteren og Hans Reitzels Forlag, 2018, s. 14

⁴⁷ Databeskyttelsesforordningens artikel 4, nr. 6: »register«: enhver struktureret samling af personoplysninger, der er tilgængelig efter bestemte kriterier, hvad enten denne samling er placeret centralt eller decentralt eller er fordelt på funktionsbestemt eller geografisk grundlag

⁴⁸ Gram Mortensen, Bent Ole, Dansk Persondataret, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing, 2020, s. 39

⁴⁹ Databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 2

⁵⁰ Databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 1

⁵¹ Databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 6

⁵² Blume, Den nye persondataret (2018), s. 66

Det har ikke betydning om behandlingen finder sted inden for EU eller uden for EU. Det er den dataansvarliges eller databehandlerens ”etablering”, som er afgørende. Det er derved uden betydning, hvilken nationalitet som den registrerede har, og hvor den pågældende befinder sig.⁵³ Dataansvarlige og databehandlere med en fast etablering i EU må derfor forvente at blive betragtet som etableret i EU, og er dermed omfattet af Databeskyttelsesforordningen, når der behandles personoplysninger.⁵⁴ Den selskabsretlige form har ikke afgørende betydning i denne henseende.⁵⁵

Denne afhandling tager udgangspunkt i afgørelser, hvor dataansvarlige og databehandlere er etableret i EU jf. art. 3, stk. 1, og aktiviteten er dermed omfattet af Databeskyttelsesforordningens territoriale anvendelsesområde.

2.3. Aktørerne

I de tilfælde der sker overtrædelse af Databeskyttelsesforordningen, kan dataansvarlige og databehandlere blive pålagt en korrigerende foranstaltning herunder kritik og eller bøde jf. Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra b og litra i. I afhandlingens udvalgte afgørelser ses det, at dataansvarlige såvel som en databehandler pålægges en korrigerende foranstaltning.

2.3.1. Den dataansvarlige

Den dataansvarlige er pligtsubjektet i Databeskyttelsesforordningen. Den dataansvarlige defineres, som en aktør der *”(...) alene eller sammen med andre afgør, til hvilke formål og med hvilke hjælpemidler der må foretages behandling af personoplysninger (...)*”⁵⁶

Det er den dataansvarlige, som først og fremmest har ansvaret for, at behandlingen af personoplysninger lever op til kravene i Databeskyttelsesforordningen herunder, at der er hjemmel til behandlingen, at de registreredes rettigheder efterleves, og at behandlingssikkerheden er overholdt jf. bl.a. Databeskyttelsesforordningens art. 5, stk. 2 og art. 24, som fastsætter princippet om ansvarlighed.

⁵³ Korfits Nielsen, Kristian og Lotterup, Anders, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2020, s. 225

⁵⁴ Højlund, Persondataret (2018), s. 15

⁵⁵ Korfits Nielsen, Kristian m.fl., Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer (2020), s. 225

⁵⁶ Databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 7

Dataansvarlige udøver bestemmelsesretten over behandlingens formål, og på hvilken måde behandlingen foregår. Sidstnævnte gælder dog ikke eksklusivt, jf. nedenstående afsnit.

2.3.2. Databehandleren

Databehandleren skal forstås som en aktør, der ”(...) *behandler personoplysninger på den dataansvarliges vegne*”.⁵⁷ En databehandler er en retlig selvstændig enhed i forhold til den dataansvarlige.⁵⁸ Databehandleren behandler personoplysninger på den dataansvarliges vegne.⁵⁹ En databehandler kan ikke selv disponere over oplysningerne til egne formål eller i øvrigt uden den dataansvarliges accept.⁶⁰ Den komplekse teknologi, som medfører valgmuligheder, indebærer, at databehandleren har indflydelse på, hvilke midler der benyttes til behandlingen af personoplysningerne.⁶¹ Databehandlere er typisk virksomheder, som med et kommercielt og erhvervsmæssigt sigte behandler data for tredjemand herunder offentlige myndigheder.⁶²

I praksis har databehandleren næsten tilsvarende betydning som den dataansvarlige, og selvom databehandleren er underordnet den dataansvarlige, har den teknologiske udvikling medført, at databehandleren har fået en mere fremtrædende rolle.⁶³ Dette kommer til udtryk flere steder i Databeskyttelsesforordningen og ses blandt andet ved, at databehandlere skal leve op til kravene om behandlingssikkerhed jf. art. 32. Databehandlere kan i denne forbindelse blive mødt med en korrigerende foranstaltning efter Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2.

⁵⁷ Databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 8

⁵⁸ Korfits Nielsen, Kristian m.fl., Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer (2020), s. 281

⁵⁹ Korfits Nielsen, Kristian m.fl., Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer (2020), s. 281

⁶⁰ Korfits Nielsen, Kristian m.fl., Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer (2020), s. 282

⁶¹ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 74

⁶² Korfits Nielsen, Kristian, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer (2020), s. 282

⁶³ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 142

Kapitel 3: Tilsynsmyndighederne og samarbejde

3.1. Samarbejde

Det er af afgørende betydning for et harmoniseret databeskyttelsessystem, at håndhævelsen af databeskyttelsesreglerne sker på en ensartet måde.⁶⁴ Et harmoniseret databeskyttelsessystem er essentielt for at mindske diskrepans i EU. Dette eksemplificeret af EU-Kommissionens forslag til Databeskyttelsesforordningen hvoraf det følger, at:

”Det forhold, at en forordning er almen gyldig i henhold til artikel 288 i TEUF, vil mindske lovgivningens fragmentering og øge retssikkerheden ved at indføre et harmoniseret sæt hovedregler, forbedre beskyttelsen af fysiske personers grundlæggende rettigheder og bidrage til det indre markeds gennemførelse.”⁶⁵

Databeskyttelsesforordningen finder direkte anvendelse i alle EU-lande, hvorfor harmoniseringen og dermed ensartetheden bør være opretholdt.⁶⁶

Desuden gør Kommissionen gældende, at det er på tide, at:

”(...) der opbygges en stærkere og mere sammenhængende ramme for databeskyttelse i EU, som følges op af en effektiv håndhævelse, der sikrer, at den digitale økonomi kan udvikle sig på tværs af det indre marked, giver fysiske personer kontrol over deres egne oplysninger og styrker retssikkerheden og den praktiske sikkerhed for erhvervsdrivende (...)”⁶⁷

⁶⁴ WP 253, s. 4

⁶⁵ Europa-Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (generel forordning om databeskyttelse) af 25. januar 2012 (KOM (2012) 11, s. 6

⁶⁶ TEUF art. 288

⁶⁷ Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og rådets forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (generel forordning om databeskyttelse) af 25. januar 2012 (KOM (2012) 11 final, s. 2

Af hensyn til harmoniseringen er det væsentligt, at Databeskyttelsesforordningen anvendes effektivt og ensartet i hele EU, hvilket forudsætter samarbejde mellem medlemsstaternes tilsynsmyndigheder, som kan sikre ensartetheden.⁶⁸ Databeskyttelsesforordningens kapitel VII indeholder et sæt regler om samarbejde mellem tilsynsmyndighederne i EU. Sammenhængsmekanismen i Databeskyttelsesforordningens art. 63 skal sikre en ensartet anvendelse af Databeskyttelsesforordningen. Databeskyttelsesforordningens præambel nr. 135 tilsiger, at sammenhængsmekanismen:

”(...) navnlig bør (red.) anvendes, når en tilsynsmyndighed agter at vedtage en foranstaltning, der skal have retsvirkning, i forhold til behandlingsaktiviteter, der i væsentlig grad påvirker et betydeligt antal registrerede i flere medlemsstater.”

Det skal bemærkes, at præambel nr. 135 bruger ordet *navnlig*, hvilket betyder, at sammenhængsmekanismen og tilsynsmyndighedernes påkrævede samarbejde ikke kun gælder, når en tilsynsmyndighed vil gennemføre en bindende foranstaltning, som vil have retsvirkning for mange registrerede i flere medlemsstater. Dette uddybes i WP 253⁶⁹, som tilsiger, at tilsynsmyndigheder i nationale sager skal anvende disse retningslinjer i den samarbejdsånd, som er beskrevet i Databeskyttelsesforordningens art. 57, stk. 1, litra g og art. 63 med henblik på at sikre ensartet anvendelse og håndhævelse af Databeskyttelsesforordningen. Tilsynsmyndighederne kan uafhængigt vælge blandt de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, men det bør undgås, at tilsynsmyndigheder vælger forskellige korrigerende foranstaltninger i lignende sager.⁷⁰

Opsummerende kan det udledes, at sammenhængsmekanismen og kravet om samarbejde i Databeskyttelsesforordningen skal overholdes af tilsynsmyndighederne i EU uagtet, at tilsynsmyndighederne gennemfører bindende foranstaltninger i nationale sager eller bindende foranstaltninger, som har virkning for registrerede i flere medlemsstater. Dette princip om samarbejde gælder derfor også, når tilsynsmyndighederne gør brug af korrigerende foranstaltninger i form af bøder og kritik.⁷¹ Afhandlingens udvalgte afgørelser omhandler nationale sager, hvor

⁶⁸ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 198

⁶⁹ WP 253, s. 5

⁷⁰ WP 253, s. 6

⁷¹ WP 253, s. 5f

tilsynsmyndighederne gennemfører bindende foranstaltninger, som udelukkende har virkning for de registrerede i de pågældende medlemsstater.

3.2. Tilsynsmyndighederne

Databeskyttelsesforordningens regler bliver ikke uden videre overholdt.⁷² Gennem den primære EU-ret er EU's medlemsstater forpligtede til at have en uafhængig national tilsynsmyndighed.⁷³ De persondataretlige reglers succes afhænger i høj grad af, at EU's medlemsstater etablerer velfungerende tilsynsmyndigheder jf. Databeskyttelsesforordningens præambel nr. 117. Det antages at uden en tilsynsmyndighed til at rådgive, håndhæve og informere om reglerne i Databeskyttelsesforordningen, ville der ikke være en de facto databeskyttelse, da dette ville give de dataansvarlige frit spil.⁷⁴ Den populære catchphrase ”ingen datatilsyn ingen databeskyttelse” har i den sammenhæng opnået stor anerkendelse.⁷⁵

De enkelte tilsynsmyndigheder i EU er forpligtede til at fremme harmoniseringen, som er en af Databeskyttelsesforordningens målsætninger.⁷⁶ Tilsynsmyndighederne er i fuld uafhængighed forpligtede til at udføre visse opgaver jf. Databeskyttelsesforordningens art. 52, stk. 1. Disse opgaver er meget omfattende opregnet i Databeskyttelsesforordningens art. 57.⁷⁷ Det bemærkes, at opgaverne imidlertid ikke er udtømmende jf. Databeskyttelsesforordningens art. 57, stk. 1. Uagtet tilsynsmyndighedernes uafhængige karakter har hver tilsynsmyndighed til opgave at samarbejde med andre tilsynsmyndigheder med henblik på at sikre ensartet anvendelse og håndhævelse af Databeskyttelsesforordningen jf. art. 57, stk. 1, litra g. Databeskyttelsesforordningens præambel nr. 10 og præambel nr. 11 fremhæver ligeledes, at sanktioner skal være ensartede i EU.

Hver enkelt tilsynsmyndighed har beføjelse til at sørge for, at Databeskyttelsesforordningens principper, samt de registreredes rettigheder håndhæves i henhold til Databeskyttelsesforordningens ordlyd og ånd.⁷⁸ Beføjelserne er nærmere anført i Databeskyttelsesforordningens art.

⁷² Hertil kan henvises til EPDB rapport fra 2019, https://edpb.europa.eu/about-edpb/board/annual-reports_da, med en oversigt over bødesagerne (Tjekket d. 15. december 2020)

⁷³ Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder, 2010/C 83/02, artikel 8, stk. 3

⁷⁴ Blume, Peter, Den nye persondatarets aktører, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018, s. 87

⁷⁵ Blume, Den nye persondataret (2018), side 188

⁷⁶ Databeskyttelsesforordningen, præambel nr. 123

⁷⁷ Blume, Den nye persondataret (2018), side 195

⁷⁸ WP 253, s. 4

58. I denne sammenhæng udgør de administrative bøder og de øvrige foranstaltninger i art. 58 de mest væsentlige bestanddele af tilsynsmyndighedernes håndhævelsesværktøj.⁷⁹ Efter Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra b, har tilsynsmyndigheden beføjelse til at udtale kritik, hvis behandlingsaktiviteter ikke sker i overensstemmelse med Databeskyttelsesforordningen. Efter art. 58, stk. 2, litra i har tilsynsmyndighederne beføjelse til at pålægge en administrativ bøde i henhold til art. 83 i tillæg til eller i stedet for de resterende foranstaltninger nævnt i art. 58, stk. 2 afhængig af omstændighederne i hvert enkeltstående tilfælde. Såfremt der konstateres en overtrædelse af Databeskyttelsesforordningen, skal den kompetente tilsynsmyndighed udvælge den, eller de, mest hensigtsmæssige korrigerende foranstaltning(er).⁸⁰

I det følgende kapitel vil der redegøres for de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra b og litra i om henholdsvis kritik og administrative bøder. I den sammenhæng vil der desuden redegøres for Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1-5, samt den danske bødeordning.

⁷⁹ WP 253, s. 4

⁸⁰ WP 253, s. 5

Kapitel 4: Bøder og kritik

4.1. Indledende bemærkninger

Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2 vedrører tilsynsmyndighedernes beføjelse til at gøre brug af foranstaltninger med korrigerende attributter, hvorefter tilsynsmyndighederne blandt andet har mulighed for at udtale kritik efter Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra b samt udstede administrative bøder efter Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra i.

4.2. Den administrative bøde - Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra i

Af Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra i fremgår det, at en administrativ bøde pålægges i henhold til Databeskyttelsesforordningens art 83. Herefter regulerer Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1-6 tilsynsmyndighedernes adgang til at pålægge administrative bøder.⁸¹

4.2.1 Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2

Ifølge Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, skal der tages behørigt hensyn til en række opregnede momenter ved både vurderingen af, om en bøde bør pålægges og ved udmålingen af bødens størrelse. Momenterne er nærmere opregnet i bestemmelsens litra a-k.

I bestemmelsen er især Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, 2. pkt. litra k værd at bemærke. Heraf følger det, at der skal tages behørigt hensyn til, om der er *andre skærpende eller formidlende faktorer* ved sagens omstændigheder. Det er således underforstået, at momenterne i litra a-j ligeledes udgør skærpende eller formildende faktorer ved vurderingen af, om en bøde bør pålægges samt ved udmålingen af en bødes størrelse dette til trods for, at det ikke udtrykkeligt fremgår af litra a-j. Det er endvidere underforstået ved ordlyden af litra k, at andre forhold kan tillægges betydning, og at bestemmelsens opregning af momenter derfor ikke er udtømmende.

⁸¹ Korfits Nielsen, Kristian m.fl., Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer (2020), s. 928

Behørigt hensyn

I Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, 2. pkt. er ordene "behørigt hensyn" i særdeleshed værd at betragte. Det er tydeligt, at EU-lovgiver med ordet "behørigt" har tiltænkt, at der skal tages hensyn til momenterne i relativ høj grad. Uanset denne betragtning er det fortsat ukonkret, i hvilket omfang der helt præcist bør tages hensyn til momenterne. Senere i denne afhandling vil det blive relevant at vurdere, om tilsynsmyndighederne har fortolket ordene "behørigt hensyn" i overensstemmelse med EU-lovgivers intentioner, og derfor bør en mere præcis forståelse af omfanget af ordene "behørigt hensyn" frembringes. Der findes imidlertid meget sparsomme retningslinjer vedrørende en nærmere forståelse heraf. Hverken af EU-Domstolens retspraksis, Databeskyttelsesforordningen, vejledninger eller arbejdsrapporter fremgår præcist, hvad der skal forstås ved "behørigt hensyn". Denne afhandling vil derfor søge at belyse den nærmere forståelse af omfanget af ordene "behørigt hensyn" ved brug af en art ordlydsfortolkning:

At der skal tages behørigt hensyn, er ud fra en ordlydsfortolkning sædvanligvis forstået, som noget der skal tages nødvendigt hensyn til.⁸² Ordene "nødvendigt hensyn" og "behørigt hensyn" er nærsynonymer, og har store betydningsmæssige ligheder. "Nødvendigt hensyn" skaber imidlertid nogle sproglige nuancer, hvor der med disse ord forekommer en større præcisering af omfanget af den hensyntagen, der skal udvises af tilsynsmyndighederne.

Det må anses som *nødvendigt* - og dermed behørigt - at momenterne tillægges hensyn i et sådant omfang, at alle relevante momenter inddrages, og at de ikke-relevante momenter søges undgået. Baggrunden herfor er, at tilsynsmyndighederne bør vælge den mest passende korrigerende foranstaltning.⁸³ For at overholde denne forpligtigelse må det - med momenternes indflydelse på udvælgelsen af den mest passende korrigerende foranstaltning in mente⁸⁴ - følgelig være nødvendigt, og dermed behørigt, at alle relevante momenter inddrages, og at de ikke-relevante momenter søges undgået.

⁸² Ordforklaring: <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=beh%C3%B8rig> (Tjekket d. 15. december 2020)

⁸³ Databeskyttelsesforordningen, præambel nr. 129

⁸⁴ WP 253, s. 13

Som fortolkningsbidrag hertil bør afgørelsen "Brown, R" fra England og Wales øverste instans inddrages.⁸⁵ Afgørelsen omhandler loven "Disability Discrimination Act 1995" og dennes "sektion 49A (1)". Bestemmelsen i "sektion 49A (1)" forpligter offentlige myndigheder til at tage behørigt hensyn til flere forskellige momenter, som skal sørge for ligestilling af handicappede, når de offentlige myndigheder udfører deres funktioner. Afgørelsens præmis 82 understøtter ovennævnte ordlydsfortolkning, idet det fremgår, at kravet om "behørigt hensyn" medfører, at der skal tages hensyn til alle målene/momenterne oplistet i the "Disability Discrimination Act 1995" sektion 49A (1). I afgørelsen "Brown, R." er det endvidere foreskrevet, at "behørigt hensyn" skal fortages med et åbent sind, jf. dennes præmis 92.

4.2.2 Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1.

Det følger af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1, at tilsynsmyndigheder skal sikre at pålæggelse af administrative bøder for overtrædelse af Databeskyttelsesforordningen, som omhandlet i stk. 4, 5 og 6, i hver enkelt sag, er effektiv, står i rimeligt forhold til overtrædelsen og har afskrækkende virkning.

En nærmere præcisering af principperne om effektivitet, rimeligt forhold til overtrædelsen og afskrækkende virkning er imidlertid ikke angivet let tilgængeligt i litteraturen. Artikel 29-gruppen fremhæver i WP 253, at: "*En mere præcis fastlæggelse af effektivitet, proportionalitet eller afskrækkende virkning opnås gennem tilsynsmyndighedernes nye praksis (med hensyn til databeskyttelse og erfaringer fra andre reguleringsområder) samt retspraksis for fortolkning af disse principper*".⁸⁶

Det er alene retspraksis, som danner mønster for fremtidige afgørelser af lignende karakter, som har præjudikatsværdi.⁸⁷ Derfor søger afhandlingen primært at klarlægge den nærmere forståelse af principperne ud fra retspraksis med præjudikatsværdi. EU's øverste instans, EU-domstolen, har truffet diverse afgørelser, som fremmer forståelsen af principperne. Disse afgørelser vil være i fokuspunkt for den følgende fremstilling.

⁸⁵ Brown, R (on the application of) v Secretary of State for Work and Pensions [2008] EWHC (England and Wales High Court)

⁸⁶ WP 253, s. 6

⁸⁷ Evald, Jens, Retskilderne og den juridisk metode, 2. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, s. 39

Afskrækkende virkning

Den nærmere forståelse af princippet om afskrækkende virkning skal betragtes i overensstemmelse med den væsentlige afgørelse afsagt af EU-Domstolen, C-565/12. Sagen vedrørte direktivet om forbrugerkreditaftaler, hvor det blev klarlagt, at "afskrækkende virkning" indebærer, at sanktionen skal medføre, at den part som overtrådte loven stilles ringere, end hvis denne havde overholdt loven.⁸⁸

I et forslag til afgørelse fra Generaladvokat Kokott, i de forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02 er det endvidere bemærket, at straf er afskrækkende, hvor den forhindrer en fra at krænke målene med lovgivningen. Det, der er afgørende i denne henseende, er ikke kun straffens art og niveau, men også sandsynligheden for, at den pålægges. Der er her en overlapning mellem princippet afskrækkende virkning og den i næste afsnit omhandlende effektivitet.⁸⁹

Effektivitet

Forståelsen af princippet om effektivitet skal ses i lyset af EU-Domstolens afgørelse C-45/76. I afgørelsen fremgår det, at princippet om effektivitet medfører, at national lov ikke bør gøre håndhævelsen af EU-lovgivning uholdbar.⁹⁰ I den sammenhæng supplerer Generaladvokat Van Gerven i sit forslag til afgørelse, at der skal være tale om et effektivt sanktionssystem, som ikke skal gøre det uforholdsmæssigt vanskeligt at iværksætte den fastsatte sanktion i praksis og dermed virkeliggøre de med fællesskabsretten tilstræbte mål ved, at national lovgivning ikke følger EU's regler og sammenhæng.⁹¹ Effektivitet skal dermed ses som et værktøj til at afholde persondatarettens aktører i at bryde Databeskyttelsesforordningen.

Proportionalitet (rimeligt forhold til overtrædelsen)

Det skal for det første bemærkes, at princippet om "rimeligt forhold til overtrædelsen" kan henføres til princippet om proportionalitet.⁹² En nærmere forståelse af princippet om proportionalitet skal findes i EU-domstolens afgørelse, C-443/13⁹³ vedrørende Kommissionens Forordning 2073/2005 af 15. november 2015 om mikrobiologiske kriterier for fødevarer. Her er

⁸⁸ C-565/12, af 27. marts 2014, LCL Le Crédit Lyonnais v. Fesih Kalhan, præmis 51

⁸⁹ Generaladvokat Juliane Kokott i forenede sager, C-387/02, C-391/02 OG C-403/02, I - 3598

⁹⁰ C-45/76, af 16. december 1976, Comet BV v Produktschap voor Siergewassen, E.C.R. 1976 -02043, præmis 16

⁹¹ Generaladvokat Van Gerven pkt 8 i C-326/88

⁹² Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder (2010/C 83/02), art. 49

⁹³ C-443/13, af 13. november 2014, Ute Reindle v. Bezirkshauptmannschaft Innsbruck

det blandt andet klarlagt, at princippet om proportionalitet betyder, at sanktioner ikke bør overskride grænserne for det, der er passende og nødvendigt for gennemførelsen af de formål, der lovligt tilsigtes med lovgivningen, hvilket forudsætter, at der, såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal vælges den mindst bebyrdende foranstaltning, og at de byrder, som pålægges, ikke må være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede formål.⁹⁴ I den sammenhæng bør det endvidere bemærkes, at Databeskyttelsesforordningen understøtter denne betragtning, da det i Databeskyttelsesforordningens præambel nr. 170, er angivet, at Databeskyttelsesforordningen ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at nå dennes mål.

Den danske ordning

Det bør bemærkes, at det som udgangspunkt er tilsynsmyndighederne som udsteder administrative bøder.⁹⁵ Tanken bag dette udgangspunkt er, at den myndighed som har størst kompetence inden for databeskyttelse, også har de bedste forudsætninger for at fastsætte bøden.⁹⁶ Af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 9 fremgår det imidlertid, at:

”Såfremt en medlemsstats retssystem ikke giver mulighed for at pålægge administrative bøder, kan denne artikel anvendes på en sådan måde, at den kompetente tilsynsmyndighed tager skridt til bøder, og de kompetente nationale domstole pålægger dem, idet det sikres, at disse retsmidler er effektive, og at deres virkning svarer til virkningen af administrative bøder, som pålægges af tilsynsmyndighederne. Bøder skal under alle omstændigheder være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning.”

Det danske retssystem giver ikke mulighed for pålæggelse af administrative bøder som fastsat efter Databeskyttelsesforordningens artikel 83, stk. 1.⁹⁷ Baggrunden herfor er at finde i Grundlovens § 3, idet det herved skal forstås at fastsættelsen af bøder henhører under domstolene. I Danmark er det således Datatilsynet, som efter Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 9 tager skridt til bøden, mens selve pålæggelse af bøden sker ved anklagemyndigheden og domstolene, som en strafferetlig sanktion.⁹⁸

⁹⁴ C-443/13, af 13. november 2014, Ute Reindle v. Bezirkshauptmannschaft Innsbruck, præmis 39

⁹⁵ Databeskyttelsesforordningens art. 82, stk. 1

⁹⁶ Blume, Peter, Den nye persondataret (2018), s. 210

⁹⁷ Databeskyttelsesforordningens, præambel nr. 151

⁹⁸ Databeskyttelsesforordningens, præambel nr. 151

Kravet om, at Datatilsynet skal tage skridt til bøden, er først og fremmest håndteret ved, at Datatilsynet indledningsvist vurderer, om der ved en overtrædelse skal pålægges en bøde, og i så fald dennes størrelse, hvorefter anklagemyndigheden og domstolene i deres virke bør tage hensyn til denne opfattelse.⁹⁹ Derudover har Datatilsynet mulighed for at udstede bødeforlæg i sager, hvor den, der har begået overtrædelsen, erklærer sig skyldig, er rede til at betale¹⁰⁰ og hvor der i retspraksis forefindes et tilstrækkeligt præcist bødeniveau for den pågældende overtrædelse.¹⁰¹

Det er forudsat, at denne særegne anvendelse af reglerne i Danmark har en virkning, der svarer til virkningen af administrative bøder, som tilsynsmyndighederne pålægger. Domstolene bør således tage hensyn til Datatilsynets anbefaling, og de pålagte bøder bør under alle omstændigheder være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning.¹⁰² Professor Peter Blume gør imidlertid gældende, at dette ikke kan antages at være en given forudsætning.¹⁰³ Det antages endvidere, at ordningen kan medføre et decideret lavt bødeniveau i Danmark og dermed være i strid med ønsket om undgå dannelsen af billige og dyre medlemsstater.¹⁰⁴

4.2.3 Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 4-6

Bestemmelserne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 4-6 angår bødens størrelse. De beløb der fremgår af bestemmelserne er imidlertid ikke udtryk for, hvad bøden konkret skal fastsættes til, men er alene udtryk for bødemaksima.

Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 4 angiver den maksimale bøde for en række overtrædelser, herunder overtrædelse af behandlingssikkerheden.¹⁰⁵ Den maksimale bøde er €

⁹⁹ Databeskyttelsesforordningens, præambel nr. 151

¹⁰⁰ Lov nr. 502 af 23/05/2018, Lov om supplerende bestemmelser til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (databeskyttelsesloven), § 42 (herafter Databeskyttelsesloven)

¹⁰¹ Forslag til Databeskyttelsesloven, fremsat den 25. oktober 2017 af justitsministeren, Søren Pape Poulsen, L 68, afsnit 2.8.3.9., s. 165f og Blume, Peter, Den nye persondataret (2018), s. 211

¹⁰² Databeskyttelsesforordningens, præambel nr. 151

¹⁰³ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 211

¹⁰⁴ Blume, Personen i persondataretten (2019), s. 137

¹⁰⁵ Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 4, litra a

10.000.000, eller hvis det drejer sig om en virksomhed, med op til 2 % af dens samlede globale årlige omsætning i det foregående regnskabsår, såfremt dette beløb er højere.

Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 5 angiver den maksimale bøde for en række andre overtrædelser, herunder overtrædelse af behandlingsgrundlaget.¹⁰⁶ Den maksimale bøde er € 20.000.000, eller hvis det drejer sig om en virksomhed, med op til 4 % af dens samlede globale årlige omsætning i det foregående regnskabsår, såfremt dette beløb er højere.

Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 6 vedrører manglende overholdelse af påbud fra tilsynsmyndighederne, som kan sanktioneres med en bøde af maksimalt € 20.000.000, eller hvis det drejer sig om en virksomhed, med op til 4 % af dens samlede globale årlige omsætning i det foregående regnskabsår, såfremt dette beløb er højere.

4.3 Kritik - Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra b

4.3.1 Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2

Momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2 og deres skærpende/lempelige faktorer er særlig velegnede til at fastlægge bødens størrelse, men uanset dette skal momenterne fortsat iagttages ved udvælgelsen af den mest passende korrigerende foranstaltning.¹⁰⁷ Dette betyder således, at der på samme måde som nævnt under kapitel 4.2.1 skal tages behørigt hensyn til momenterne, når det vurderes, hvorvidt en tilsynsmyndighed bør udtale kritik efter Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra b.

4.3.2 Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1.

Til trods for at bestemmelsens ordlyd udelukkende angår administrative bøder, skal tilsynsmyndighederne i enhver sag udpege den korrigerende foranstaltning, herunder Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra b som er mest, effektiv, rimelig i forhold til overtrædelsen samt har afskrækkende virkning.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 5, litra a

¹⁰⁷ WP 253, s. 13

¹⁰⁸ WP 253, s. 6

Kapitel 5: Europæiske vejledninger

5.1. Indledende bemærkninger

Det er i kapitel 4 klarlagt, at der ved udtalelse af kritik og pålæggelse af bøde skal tages behørigt hensyn til momenter i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2 samt principperne anført i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1, hvorefter det angives, hvad der skal tages hensyn til ved valget af den korrigerende foranstaltning, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2.

Der skal til yderligere forståelse af dette område inddrages Tysklands og Hollands vejledninger. Vejledningerne er bødev vejledninger, men som anført i kapitel 4 skal der tages hensyn til momenter og principper ved anvendelse af de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2. I det følgende findes det derved relevant kort at redegøre for vejledningerne, da den hollandske vejledning vil inddrages i analysen, og begge vejledninger vil inddrages i kapitel 9.

5.2. Den hollandske vejledning¹⁰⁹

Den hollandske vejledning blev publiceret i "Staatscourant", som er et hollandsk tidsskrift publiceret af den hollandske stat den 14. marts 2020. Vejledningen er udfærdiget af AP, men kan ligeledes skabe et overblik for andre tilsynsmyndigheder og dermed bidrage til sammenhængsmekanismen.¹¹⁰

Vejledningen er udarbejdet med henblik på at fastlægge størrelsen af administrative bøder efter Databeskyttelsesforordningens art. 83, og er inddelt i tre kapitler indeholdende fem appendixer med udførlige oversigter over Databeskyttelsesforordningens artikler samt den bødetakst, som en given overtrædelse kan medføre. Overtrædelserne af Databeskyttelsesforordningens artikler i vejledningen er inddelt i henholdsvis tre og fire kategorier med et stigende bødeniveau alt efter sagens alvorlighed. De tre kategorier henviser til bøder pålagt efter Databeskyttelsesfor-

¹⁰⁹ Boetebeleidsregels Autoriteit Persoonsgegevens 2019, publiceret i Staatscourant, nr. 14586 af 14. marts 2019 (herefter den hollandske vejledning)

¹¹⁰ Den hollandske vejledning, s. 13

ordningens art. 83, stk. 4, mens de fire katoriger henviser til bøder pålagt efter Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 5. Ved vurderingen af bødestørrelsen inddrager AP momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2 sammenholdt med vejledningens art. 6, art. 7 og art. 8. Vejledningens art. 6 anfører, at bødetaksterne beregnes ud fra en grundbøde. Grundbøden kan herefter opjusteres eller nedjusteres alt efter overtrædelsens karakter samt eventuelle formildende omstændigheder. Herved lægges vægt på plusser og minusser i sagen, hvorved AP vurderer alvorligheden af den konkrete overtrædelse, proportionalitet, og om overtrædelsen kan tilskrives den dataansvarlige. Vejledningens art. 7 anfører de samme bestemmelser som beskrevet i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, hvorfor der ikke er yderligere kommentarer hertil.

Vejledningens art. 8 omhandler AP's mulighed for at skifte kategori inden for bødestørrelsen, hvor der alt efter sagens omstændigheder enten kan skiftes til en lavere kategori eller højere. Desuden giver vejledningen mulighed for at pålægge den dataansvarlige eller databehandleren en 50 pct. forhøjelse af bøden, såfremt der sker gentagne overtrædelser af Databeskyttelsesforordningen. Hertil skal bemærkes, at vejledningen dog følger de i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 4 og stk. 5 fastsatte bødemaksima.

Umiddelbart kan bødetaksterne anført i vejledningen fremstå som høje, hvilket praksis fra den hollandske tilsynsmyndighed AP illustrerer, idet der siden Databeskyttelsesforordningens ikrafttræden er givet 6 bøder på i gennemsnit € 581.667,¹¹¹ hvorved Holland indtager en ottende plads over de lande i Europa med de største bøder. Det skal dog hertil bemærkes, at det fremgår af vejledningens art. 9 og 10, at der skal tages hensyn til den dataansvarliges finansielle situation, samt hvor mange overtrædelser af Databeskyttelsesforordningen der er tale om.

Ovenstående illustrerer en ganske pragmatisk og systematisk tilgang til vurderingen af sanktionen.

¹¹¹ Enforcement tracker, <https://www.enforcementtracker.com/?insights> (Tjekket d. 15. december 2020), beregning er foretaget på følgende grundlag: € 3.490.000 (samlet værdi af bøder) / 6 (antallet af bøder)

5.3. DSK's vejledning¹¹²

Holland er ikke det eneste land, som har udarbejdet en vejledning. Tyskland indførte ligeledes en bødev vejledning af 14. oktober 2019. Den tyske vejledning adskiller sig dog væsentligt fra den hollandske vejledning, idet den tyske vejledning beregner bøderne ud fra virksomhedens omsætningen.

Den tyske vejledning består grundlæggende af 5 trin, hvor det første, der skal vurderes, er virksomhedens størrelse. Virksomheder følger definitionen i Databeskyttelsesforordningens præambel nr. 150, jf. TEUF art. 101 og art. 102. Hertil nævnes, at virksomheder kan inddeles i fire kategorier fra A-D, som desuden kan specificeres yderligere med underkategorier, hvor der anføres tal AI-AIII, BI-BIII, CI-CVII og endelig DI-DVII. Størrelsen på virksomhederne beregnes ud fra årlig omsætning i det foregående år. Dernæst henføres virksomhedens klassifikation eksempelvis AI til angivne gennemsnitlige årlige omsætninger for angivne undergrupper, hvilket fører videre til næste trin om bestemmelsen af den økonomiske basisværdi. Den angivne omsætning i trin 2 divideres med 360. Dette fører til en grundlæggende økonomisk værdi. Dernæst beregnes en multiplikationsfaktor, alt efter om overtrædelsen af Databeskyttelsesforordningen ses at være meget mildt, mildt, alvorligt eller meget alvorligt. Til denne vurdering inddrages momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2. Hertil bemærkes, at DSK sonderer mellem overtrædelser, som kan sanktioneres efter Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 4 og stk. 5.

Sanktionering efter Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 4 har en multiplikationsfaktor på mellem 1-6, mens sanktionering efter Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 5 har en multiplikationsfaktor på mellem 1-12, alt efter om overtrædelsen ses at være fra meget mild til meget alvorlig. Afslutningsvist bemærker DSK, at hvis virksomheden har en årlig omsætning over € 450 mio. vil der alene tillægges en bøde over de i forordningens fastsatte beløbsgrænser efter en konkret vurdering.

Ifølge DSK fører implementeringen af vejledningen til en gennemsigtig og individuel proces. De tyske tilsynsmyndigheder har siden Databeskyttelsesforordningens ikrafttræden udstedt 27

¹¹² Konzept der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zur Bußgeldzumessung in Verfahren gegen Unternehmen, af 14. oktober 2019 (herefter den tyske vejledning)

bøder af en gennemsnitlig værdi af € 1.962.000 og ses som værende det land med det højeste bødegennemsnit i EU.¹¹³

¹¹³ Enforcement tracker, <https://www.enforcementtracker.com/?insights> (Tjekket den 15. december), beregningen er foretaget på følgende grundlag: € 52.400.000 (samlet værdi af bøder) / 27 (antallet af bøder)

Kapitel 6: Afgørelser om Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a

6.1. Indledning og opbygning

På baggrund af afhandlingens kapitel 2-4 lægges det til grund, at ensartethed prioriteres højt i EU-retten. I dette kapitel søges det belyst, hvorvidt dette sigte faktisk efterleves, når tilsynsmyndighederne anvender de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2. Såfremt der i analysen forekommer en uensartet anvendelse af tilsynsmyndighedernes korrigerende foranstaltninger, vil baggrunden herfor søges belyst.

Ovenstående søges belyst ved, at der i indeværende kapitel foretages en redegørelse og analyse af afgørelser fra to forskellige tilsynsmyndigheder. De respektive afgørelser er udvalgt på baggrund af de ligheder, der relaterer sig til sagernes omstændigheder samt ved den pågældende overtrædelse af Databeskyttelsesforordningen. Ens for afgørelserne er blandt andet, at de begge omhandler Databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 11 og art. 6, stk. 1, litra a. Det forekommer derfor hensigtsmæssigt, at det indledningsvist i afsnit 6.2 kort redegøres for Databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 11 og art. 6, stk. 1, litra a.

Det forekommer således naturligt at der forefindes talrige måder at bryde med Databeskyttelsesforordningens art. 32. Bestemmelsen står derfor i modsætning til Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a, som var i fokus ved afhandlingens analyse af Burda Nordic og HM Hospitales. Det er uklart hvilken betydning bestemmelseernes ulige grad af "elasticitet" har i forhold til tilsynsmyndighedernes forpligtelse om at vælge den samme korrigerende foranstaltning i lignende sager.¹¹⁴ Dog må det umiddelbart antages at tilsynsmyndighederne er overladt en større fejlmargen når de anvender de korrigerende foranstaltninger i lignende sager der omhandler brud på en "elastisk" bestemmelse. Baggrunden for afhandlingens inddragelse af lignende afgørelser vedrørende brud på Databeskyttelsesforordningens art. 32, skal således findes i bestemmelsens udformning.

¹¹⁴ WP 253, s. 5-6

Den mulige uensartede anvendelse af Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, og baggrunden herfor, vurderes bedst undersøgt ved brug af sammenlignelige afgørelser. Dette skal ses i sammenhæng med Artikel 29-gruppen, som i WP 253 fremhæver, at:

”Selv om tilsynsmyndighederne uafhængigt kan vælge blandt de korrigerende foranstaltninger, der fremgår af artikel 58, stk. 2, bør det undgås, at forskellige korrigerende foranstaltninger vælges af tilsynsmyndighederne i lignende sager. Det samme princip gælder, når sådanne korrigerende foranstaltninger pålægges i form af bøder”.¹¹⁵

De anvendte afgørelser i kapitlet er Burda Nordic, j.nr.: 2019-431-0018 afsagt af Datatilsynet og afgørelsen HM Hospitales j.nr. PS/00187/2019 afsagt af den spanske tilsynsmyndighed AEPD.

I afhandlingen vil der efter afsnit 6.2 introduceres et stort kvantum af informationer om de førnævnte afgørelser. For overblikkets skyld er det essentielt, at der skabes en systematik over tilgangen til disse afgørelser, hvilket anføres nedenfor.

For at skabe en større forståelse for ovennævnte sager er der i afsnit 6.3 fremført en beskrivelse af disse. Beskrivelsen af sagerne vil efterfølgende anvendes i afsnit 6.4 for nærmere at belyse de faktuelle ligheder i sagerne, samt for at kunne fortage en vurdering om de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2 anvendes ensartet. Såfremt der ud fra sagerne kan konstateres en uensartet anvendelse af bestemmelserne, vil baggrunden herfor endvidere søges belyst.

6.2. Samtykke

Det følger af Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, at behandlingen kun er lovlig, såfremt der er et behandlingsgrundlag, herunder at: *”Den registrerede har givet samtykke til behandling af sine personoplysninger til et eller flere specifikke formål”*, jf. Databeskyttelsesforordningens, art. 6, stk. 1, litra a.

¹¹⁵ WP 253, s. 5f

Et gyldigt samtykke skal være i overensstemmelse med legaldefinitionen i Databeskyttelsesforordningen art. 4, nr. 11. I denne bestemmelse er et af momenterne for et gyldigt samtykke, at samtykket skal meddeles i form af en utvetydig viljestilkendegivelse. Dette krav er centralt i afhandlingens udvalgte afgørelser. Kravet om den utvetydige viljestilkendegivelse medfører, at samtykket ikke må give anledning til tvivl.¹¹⁶ Den registreredes tilkendegivelse skal således klart tilkendegive en accept af behandlingen af dennes personoplysninger. Accepten kan bestå i en aktiv handling eller en erklæring.¹¹⁷ En utvetydig viljestilkendegivelse kan eksempelvis illustreres ved, at den registrerede sætter kryds i et felt ved besøg på en hjemmeside, hvilket er en aktiv handling.¹¹⁸ Omvendt vil der være tale om tvetydige viljestilkendegivelser ved passivitet gennem eksempelvis tavshed, allerede afkrydsede felter på hjemmesider eller inaktivitet. Dette kan ikke udgøre et gyldigt samtykke.¹¹⁹

6.3. Sagernes faktiske omstændigheder og tilsynsmyndighedernes afgørelse

6.3.1. Burda Nordic, j.nr.: 2019-431-0018

I januar 2019 indledte Datatilsynet, som følge af en række borgerhenvendelser, en undersøgelse af virksomheden Burda Nordic A/S.

I sagen belyses det, at Burda Nordic behandler oplysninger om potentielle kunder ved, at leadbureauer indhenter oplysninger gennem konkurrencer, hvor de registrerede som en del af konkurrencebetingelserne samtykker til, at Burda Nordic må henvende sig til de registrerede. Inden de registrerede accepterer konkurrencebetingelserne, har de imidlertid mulighed for aktivt at fjerne et forudafkrydset felt, hvorved det accepteres, at Burda Nordic må rette konkret henvendelse. Dette betyder derimod, at hvis de registrerede ikke foretager denne aktive fravælgelse, accepterer de ifølge konkurrencebetingelserne at modtage henvendelser fra Burda Nordic.

I sagen fremgår det endvidere, at diverse eksterne salgsbureauer er tilknyttet Burda Nordic. Salgsbureauerne kontakter de potentielle kunder telefonisk ved brug af oplysningerne opkøbt af leadbureauerne. Den telefoniske henvendelse sker på vegne af Burda Nordic med henblik

¹¹⁶ Datatilsynets vejledning om samtykke, september 2019, udgivet af Datatilsynet, s. 12

¹¹⁷ Datatilsynets vejledning om samtykke, september 2019, s. 12

¹¹⁸ Datatilsynets vejledning om samtykke, september 2019, s. 12

¹¹⁹ Databeskyttelsesforordningen, præambel nr. 32

på at sælge abonnementer på deres magasiner. I sagen fremgår det endvidere, at dele af telefonsamtalerne optages og gemmes, såfremt der opstår et salg. Selve optagelsen og den dertilhørende lagring sker på grundlag af det samtykke, som blev afgivet i forbindelse med leadbureauernes konkurrence.

Den 21. november 2019 træffer Datatilsynet afgørelse i sagen. I afgørelsen lægges det til grund, at der ved optagelserne af telefonsamtalerne kun behandles almindelige personoplysninger og at Burda Nordic behandler personoplysningerne efter Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a.

Datatilsynet bemærker herudover, at Burda Nordic behandler personoplysninger efter det samtykke, der er afgivet gennem leadbureauernes konkurrence. Herefter ligger Datatilsynet imidlertid til grund, at samtykket er ugyldigt da inaktivitet, herunder forudafkrysede felter, ikke kan anses som en utvetydig viljeserklæring og kan således ikke være i overensstemmelse med Databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 11, jf. art. 6, stk. 1, litra a og art. 7.

Endvidere konstaterer Datatilsynet, at det (ugyldige) samtykke, der er afgivet igennem leadbureauernes konkurrence, kun angår Burda Nordics behandling af personoplysninger ved telefoniske henvendelser til potentielle kunder for at skabe markedsføring og salg. Ifølge Datatilsynet kan (den ugyldige) samtykkeerklæring, efter dennes ordlyd, ikke udstrækkes til optagelse af telefonsamtaler.

Afslutningsvist bør det bemærkes, at det i afgørelsen endvidere er lagt til grund, at Burda Nordic ikke har iagttaget Databeskyttelsesforordningens art. 5, litra b-c, art. 13 og art. 14.

Datatilsynet finder på baggrund af ovenstående anledning til at udtale alvorlig kritik af Burda Nordic, idet behandlingen af personoplysninger ikke er sket i overensstemmelse med Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a.

6.3.2. HM Hospitales, j.nr.: PS/00187/2019

Den 3. januar 2019 indsendte en patient en klage til AEPD. Klagen angik privathospitalet HM Hospitales. AEPD indledte herefter en undersøgelse af HM Hospitales.

I sagen oplyses det, at patienten blev indbragt på hospitalets akutafdeling, hvorefter patienten blev pålagt at udfylde en formular med personoplysninger. En del af formularen indeholdt afkrydsningsfelter, som relaterede sig til videregivelse af personoplysninger til tredjepart samt til modtagelse af markedsføringsmateriale fra HM Hospitales.

Ved afkrydsningsfelterne fremgik følgende udsagn: "*Si no desea que se facilite esta información a terceros, marque esta casilla*", som frit oversat til dansk betyder, "*hvis ikke du ønsker, at dine informationer videregives, skal dette felt afkrydses*" endvidere fremgår det af afgørelsen, "*Si no desea autorizar el envío de publicidad, marque esta casilla*", som frit oversat til dansk betyder, "*hvis ikke du ønsker at modtage markedsføringsmateriale, skal dette felt afkrydses*".

Såfremt patienten ikke aktivt foretog disse afkrydsninger var det HM Hospitales opfattelse, at patienten havde afgivet gyldigt samtykke til behandlingen, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a.

Den 27. juni 2019 træffer AEPD afgørelse i sagen. Her gør AEPD gældende, at patientens accept til modtagelse af markedsføring, samt videregivelsen af personoplysninger til tredjeparter, ikke var i overensstemmelse med Databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 11, da et samtykke afgivet ved inaktivitet ikke kan anses som udtryk for en utvetydig viljeserklæring.

På baggrund heraf blev HM Hospitales pålagt en bøde på € 60.000. Denne bøde blev dog efterfølgende nedsat til € 48.000, idet der via spansk lovgivning er hjemmel til nedsættelse af bøden, såfremt ansvar anerkendes jf. *ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, art. 85, stk. 1.

6.4. Tilsynsmyndighedernes afgørelser - Analyse

6.4.1. Indledende bemærkninger

Ligheder ved faktum

Afhandlingen søger udelukkende at afdække om der er uensartethed ved anvendelsen af de korrigerende foranstaltninger i tilfælde, hvor der er en forudsætning om, at en ensartet anvendelse burde være tilstedeværende. Afhandlingen søger dermed at besvare problemformuleringen ved brug af sammenlignelige afgørelser.

Forinden der søges svar på afhandlingens primære spørgsmål vedrørende en eventuel uensartet anvendelse af Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, er det derfor afgørende, at det underbygges, hvorfor afgørelserne er sammenlignelige. I dette afsnit vil der således kort redegøres for de lighedstræk, der er at finde i afgørelserne.

Manglende hjemmel til behandling af personoplysninger ved passivt samtykke

Både i HM Hospitales og Burda Nordic blev der behandlet personoplysninger uden hjemmel hertil. Ens for begge sager er, at de dataansvarlige havde modtaget et passivt samtykke fra de registrerede, og at de dataansvarlige derfor fejlagtigt var af den overbevisning, at de havde hjemmel til behandlingen. De dataansvarlige understøttede denne overbevisning på hjemmelsgrundlaget "den registreredes samtykke".¹²⁰ Det var desuden ens for begge sager, at de respektive tilsynsmyndigheder vurderede, at et passivt afgivet samtykke ikke kunne anses som en utvetydig viljestilkendegivelse og dermed ikke være i overensstemmelse med legaldefinitionen i Databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 11.

Dette medførte afslutningsvist, at der i begge sager blev truffet afgørelse om, at de respektive behandlinger af personoplysningerne var i strid med Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a.

¹²⁰ Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a

Almindelige personoplysninger

Det skal bemærkes, at begge afgørelser udelukkende omhandler behandling af almindelige personoplysninger jf. Databeskyttelsesforordningens art. 6. Dette fremgår ikke direkte af begge afgørelser, men kan konstateres ud fra følgende betragtninger:

Af sagerne fremgår det, at de dataansvarlige har indhentet ugyldigt samtykke, og af den grund mangler hjemmel til at behandle personoplysningerne. Et ugyldigt samtykke kan enten anses som en overtrædelse af Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a, eller art. 9, stk. 2, litra a. Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a giver hjemmel til at behandle *almindelige personoplysninger* ved den registreredes samtykke, og Databeskyttelsesforordningens art. 9, stk. 2, litra a giver hjemmel til at behandle *følsomme personoplysninger* ved den registreredes samtykke.

Såfremt tilsynsmyndighederne, i de respektive afgørelser, havde angivet en overtrædelse af Databeskyttelsesforordningens art. 9, stk. 2, litra a, ville dette således medføre, at de dataansvarlige havde behandlet følsomme personoplysninger på baggrund af det ugyldige samtykke. Af afgørelserne fremgår der imidlertid ikke en overtrædelse af Databeskyttelsesforordningens art. 9, stk. 2, litra a. Tilsynsmyndighederne har i de respektive afgørelser derimod angivet en overtrædelse af Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a. Som en logisk følgeslutning heraf kan det derfor konstateres, at der udelukkende er blevet behandlet almindelige personoplysninger, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 6.

Databeskyttelsesforordningens art. 10 angår behandlingen af oplysninger vedrørende straffedomme og lovovertrædelser. Det bemærkes, at denne type af personoplysninger hverken fremgår af Burda Nordic eller HM Hospitales.

Afsluttende bemærkninger

Det er væsentligt at bemærke, at overtrædelserne i de ovennævnte sager fremstår som brud på Databeskyttelsesforordningen i en meget specifik situation. Når der sker overtrædelse af Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a, jf. art. 4, nr. 11 må det derfor umiddelbart antages, at der ikke er megen rum for tilsynsmyndighederne til at anvende de korrigerende foranstaltninger forskelligt. Det bør endvidere bemærkes, at Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a umiddelbart fremstår som værende af en "ikke-elastisk" karakter og, at de mulige

situationer, der kan forekomme ved brud på bestemmelsen, må antages at være relativt fastlåste. Det må således antages at den forpligtigelse, som påhviler tilsynsmyndighederne om at anvende de korrigerende foranstaltninger ensartet i lignende sager, er skærpet ved en overtrædelse af Databeskyttelsesforordningens 6, stk. 1, litra a.

Uensartet anvendelse af de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2

Fra ovenstående afsnit fremgår det, at afgørelserne HM Hospitales og Burda Nordic er sammenlignelige, hvorfor der blandt disse umiddelbart ikke burde være en forskel ved anvendelsen af de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2.¹²¹

Som det fremgår under sagens faktiske omstændigheder gør Datatilsynet imidlertid brug af Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra b, og udtaler således (alvorlig) kritik af Burda Nordics overtrædelser af Databeskyttelsesforordningen. AEPD gør derimod brug af Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra i og udsteder således en administrativ bøde. Bøden fastsættes til € 60.000, men nedsættes efterfølgende til € 48.000, som følge af HM Hospitales anerkendelse af overtrædelsen, jf. Administraciones Públicas art. 85, stk. 1.

Baggrunden for uensartet anvendelse af art. 58, stk. 2 - momenter og principper i afgørelserne

Som det ses i førnævnte afsnit, adskiller tilsynsmyndighedernes brug af de korrigerende foranstaltninger sig i afgørelserne således væsentligt fra hinanden.

Idet afgørelserne er truffet af forskellige tilsynsmyndigheder (Datatilsynet og AEPD) er det en interessant overvejelse, om denne uensartethed har oprindelse i tilsynsmyndighedernes anvendelse og fortolkning af Databeskyttelsesforordningen. I den sammenhæng bør baggrunden for den uensartede anvendelse søges belyst ved at undersøge de bestemmelser, som har betydning for udvælgelsen og udmålingen af de korrigerende foranstaltninger. Herefter undersøges det, hvordan tilsynsmyndighederne har anvendt og fortolket disse bestemmelser i de respektive afgørelser.

¹²¹ WP 253, s. 5f

For hver af afgørelserne skal der foretages en grundig gennemgang af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k. Baggrunden herfor er, at momenterne angivet i bestemmelsen har indflydelse på udvælgelsen af den mest passende korrigerende foranstaltning,¹²² samt indflydelse på udmålingen af den administrative bøde.¹²³ Afgørelsernes uensartede anvendelse af de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2 vil derfor umiddelbart kunne forklares, såfremt tilsynsmyndighederne anvender eller fortolker disse momenter forskelligt.

Det er desuden væsentligt at bemærke, at der ved nærmere fastsættelse af en bøde endvidere skal lægges vægt på, at denne er effektiv, står i rimeligt forhold til overtrædelsen og vil virke afskrækkende, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1. Disse grundlæggende principper bør imidlertid ikke udelukkende iagttages ved fastsættelse af en bøde, jf. afhandlingens 4.3.2 samt Artikel 29-gruppen i WP 253 s. 6. Afgørelsernes uensartede anvendelse af de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, vil derfor ligeledes kunne forklares, såfremt tilsynsmyndighederne anvender eller fortolker disse principper forskelligt. De principper, der anses som relevante i afgørelserne, vil belyses nærmere.

6.4.2. Momenter og principper i Burda Nordic

Det bør indledningsvist fremføres, at der i sagen er tale om en overtrædelse af Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a. En sådan overtrædelse kan straffes med det højeste bødeniveau, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 5, litra a. Det er i den sammenhæng væsentligt at bemærke, at Datatilsynet skal overveje alle de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2.¹²⁴

Anvendte momenter i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k

Datatilsynets afgørelse udspecificerer ikke hvilke momenter i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2 der er lagt til grund for afgørelsens resultat. Tilsynsmyndigheder skal imidlertid iagttage momenterne, når de udvælger en given korrigerende foranstaltning.¹²⁵ Derfor må Da-

¹²² WP 253, s. 13

¹²³ WP 253, s. 13

¹²⁴ WP 253, s. 7

¹²⁵ Se nærmere herom i afhandlingens kapitel 4, afsnit 4.2.1

tatilsynet, uanset afgørelsens sparsomme oplysninger herom, have haft momenterne med i deres overvejelser ved udvælgelsen af den korrigerende foranstaltning. Disse overvejelser kommer først og fremmest til udtryk ved Datatilsynets bemærkninger om, at der ved optagelse af de omhandlede telefonsamtaler kun behandles almindelige personoplysninger, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 6. Denne bemærkning indikerer, at Datatilsynet har taget hensyn til momentet vedrørende kategorier af personoplysninger, der er berørt af overtrædelsen, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra g. Idet Datatilsynet bemærker, at der *kun* er tale om almindelige personoplysninger, må betragtningen endvidere have dannet grundlag for en formildende omstændighed ved sagens afgørelse. Baggrunden for momentets formildende karakter skal blandt andet ses i lyset af, at der er mildere krav til sikkerhedsniveauet ved behandling af denne type af personoplysninger kontra Databeskyttelsesforordningens art. 9 og 10 oplysninger.¹²⁶ Visse dele af sagens aspekter giver derudover anledning til at tro, at Datatilsynet har taget hensyn til graden af samarbejdet for at afhjælpe overtrædelsen og begrænse de negative konsekvenser, som overtrædelsen gav anledning til jf. Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra f. Denne formodning er baseret på, at det af afgørelsen fremgår, at Burda Nordic er villig til at sende deres bemærkninger til sagen, samt at disse frembringes blot en måned efter Burda Nordics modtagelse af Datatilsynets spørgsmål. Det må dog pointeres, at dette hviler på et usikkert grundlag, qua at der blot er tale om en formodning. Der er i afhandlingen søgt yderligere belæg for denne formodning, hvorfor Datatilsynet i deres mail af 04-11-2020 bekræfter, at Burda Nordic udviste samarbejdsvillighed, og at der er lagt vægt på dette moment ved valget af korrigerende foranstaltning.¹²⁷ Det kan ikke give anledning til tvivl, at Datatilsynet har anset graden af samarbejdet som værende en formildende omstændighed.

Ud fra ovenstående betragtninger ses det, at der i afgørelsen udelukkende er angivet momenter, som har en formildende indvirkning på udvælgelsen af den korrigerende foranstaltning. Idet det i WP 253 fastslås, at momenterne har indflydelse på valget af den mest passende korrigerende foranstaltning¹²⁸ er en logisk følgeslutning heraf, at en sags indhold af udelukkende formildende faktorer bør tale for brugen af mindre indgribende korrigerende foranstaltninger (som i dette tilfælde alvorlig kritik) kontra mere indgribende foranstaltninger (f.eks. ved udstedelse

¹²⁶ Blume, Den Nye Persondataret (2018), s. 156

¹²⁷ Datatilsynets mail af 4. november 2020, se vedlagte bilag

¹²⁸ WP 253, s. 13

af en administrativ bøde). Datatilsynets brug af momenterne stemmer således umiddelbart overens med deres valg af korrigerende foranstaltning i form af kritik.

Datatilsynets manglende iagttagelse af andre momenter i art 83, stk. 2, litra a-k

Det er imidlertid bemærkelsesværdigt, at Datatilsynet ikke har lagt særlig vægt på andre af de momenter, som opregnes i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k. I afgørelsen fremgår det, at Datatilsynet af egen drift indledte sagen på baggrund af en række borgerhenvendelser. Når det af afgørelsen fremgår, at Datatilsynet har fået en *række* borgerhenvendelser, må det være overvejende sandsynligt, at disse henvendelser først og fremmest har været adresseret til Burda Nordic. Dette udsagn hviler imidlertid på et uholdbart grundlag, qua at der blot er tale om en overvejende sandsynlighed. Datatilsynet har imidlertid, i deres mail af 10-12-2020, afdækket enhver tvivl herom. I mailen oplyses det, at samtlige klager havde været adresseret til Burda Nordic forinden, at disse blev rettet til Datatilsynet.¹²⁹ Det er derfor betænkeligt, at Burda Nordic ikke selv har underrettet Datatilsynet om overtrædelsen af Databeskyttelsesforordningen, da de er forpligtet hertil efter Databeskyttelsesforordningens art. 33, stk. 1. En sådan omstændighed burde umiddelbart lede Datatilsynets opmærksomhed hen på Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra h, som omhandler den måde, hvorpå tilsynsmyndigheden får kendskab til overtrædelsen, og herunder navnlig om den dataansvarlige eller databehandler har underrettet om overtrædelsen. Herefter burde Datatilsynet have lagt til grund, at Burda Nordic ved ikke selv at anmelde forseelsen handlede skødesløst - også selv, hvis Burda Nordic blot bedømte overtrædelsens omfang ukorrekt.¹³⁰ En sådan betragtning vil anses som værende skærpende og dermed tale for brugen af en strengere korrigerende foranstaltning.

Datatilsynets fortolkning af "behørigt hensyn"

Momenternes betydning for udvælgelsen af den mest passende korrigerende foranstaltning må ikke undermineres.¹³¹ I overensstemmelse heraf vil Datatilsynets manglende iagttagelse af momenter i Databeskyttelsesforordningen art 83, stk. 2, litra a-k derved umiddelbart kunne medføre, at en bestemt korrigerende foranstaltning tages i brug i et tilfælde, hvor en anden foranstaltning havde været mere passende. Det er derfor bemærkelsesværdigt, at Datatilsynet ikke tager større hensyn til momenterne, og giver således anledning til spørgsmål om, hvorvidt

¹²⁹ Datatilsynets mail af 10. december 2020, se vedlagte bilag

¹³⁰ WP 253, s. 16

¹³¹ WP 253, s. 13

denne anvendelse af momenterne har baggrund i en fejlagtig forståelse af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2. Denne bestemmelse forpligter tilsynsmyndighederne til at tage behørigt hensyn til momenterne, når der træffes afgørelse om, hvorvidt der skal pålægges en administrativ bøde samt ved den administrative bødes størrelse.

I Datatilsynets afgørelse Burda Nordic er der gjort brug af en korrigerende foranstaltning i form af kritik, og derfor bør det indledningsvist pointeres, at selvom ordlyden af bestemmelsen udelukkende angår bøder, så bør betydningen af bestemmelsen ikke undervurderes ved valget af den passende korrigerende foranstaltning.¹³²

I Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, 2. pkt. er ordene "behørigt hensyn" i særdeleshed værd at betragte. Det er problematisk at vurdere om Datatilsynet har fortolket ordene "behørigt hensyn" i overensstemmelse med EU-lovgiverens intentioner uden en præcis forståelse for ordene. Det er derfor væsentligt at bemærke det tidligere anførte i kapitel 4.2.1 og 4.3.1. Heraf følger det, som fastlagt efter en ordlydsfortolkning samt fortolkningsbidrag af forpligtelsen om "behørigt hensyn", at der skal tages hensyn til alle momenterne opregnet i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2.

Det er bekymringsvækkende, at det ud fra de tidligere angivne omstændigheder fremgår, at der i sagen mod Burda Nordic ikke sker en efterprøvelse af alle momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k. Baggrunden herfor er, at den manglende efterprøvelse af momentet i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra h medfører, at der i afgørelsen Burda Nordic ikke er taget hensyn i behørig grad. Ved Datatilsynets afgørelse foreligger der altså umiddelbart en manglende forståelse for EU-lovgivers intentioner med Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2.

I denne afhandlings afsnit 4.2.1 og 4.3.1 er det endvidere foreskrevet, at "behørigt hensyn" skal foretages med et åbent sind. Det er i den sammenhæng væsentligt at påpege, at det i afgørelsen Burda Nordic er særlig kritisabelt, at Datatilsynet ikke har iagttaget det skærpende moment, men udelukkende betragtet momenter af formildende karakter. Ud fra denne betragtning forekommer en svag indikation af, at Datatilsynet bevidst har haft fokus på de af momenterne, som

¹³² WP 253, s. 13

har en formildende indvirkning på valget af den korrigerende foranstaltning. En sådan omstændighed vil således ikke være i overensstemmelse med et krav om at have ”et åbent sind”¹³³ overfor anvendelsen af momenterne, hvilket i endnu højere grad indikerer, at Datatilsynet ikke tager behørigt hensyn til momenterne.

Det er væsentligt at bemærke, at det ikke entydigt ud fra én enkelt afgørelse kan konstateres hvorvidt dette er en generel holdning hos Datatilsynet. Det mest retvisende billede ville følgelig foreligge ved en indgående analyse af alle Datatilsynets afgørelser. Grundet begrænsninger sat for afhandlingens omfang vil dette imidlertid ikke anses som værende muligt. Derfor bør andet belæg, som enten kan understøtte eller undergrave afgørelsens indikation om, at Datatilsynet generelt har en forudindtaget holdning til den korrigerende foranstaltnings form, søges afdækket. Til støtte for afgørelsens indikation har Ayo Næsborg-Andersen, lektor i persondataret ved SDU, udtalt at:

”Det danske datatilsyn har altid været meget samtalende, og vil hellere bruge dét til at rette op på problemerne i stedet for at fare frem med bål og brand”.¹³⁴

I afgørelsen Burda Nordic er der en indikation om, at Datatilsynet ikke har et ”åbent sind” overfor udvælgelsen af momenterne. Når dette sammenholdes med ovenstående fagkyndige udtalelse, er der større grundlag for at hævde, at en sådan forudindtaget holdning om at anvende de mindre indgribende korrigerende foranstaltninger eksisterer hos Datatilsynet.

Som tidligere angivet i afhandlingen blev det belyst, at Datatilsynets brug af momenter umiddelbart stemte overens med Datatilsynets valg af korrigerende foranstaltning i form af kritik. I den sammenhæng er det væsentligt at understrege, at denne opfattelse kun er meningsgivende set ud fra betragtningerne om de momenter der blev gjort gældende i afgørelsen.

Efter den nærmere analyse af den manglende iagttagelse vedrørende den skærpende omstændighed efter Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra h, og de dertilhørende problematikker, som den manglende iagttagelse af det skærpende moment medfører, er der basis for

¹³³ Afgørelsen Brown, R. præmis 92

¹³⁴ Olifrent, Louise, tirsdag, 20. oktober 2020, Kæmpe GDPR-forskelle i EU: Bødestørrelser afgøres af kultur og ressourcer, s. 2

at anfægte den afsagte afgørelse. Idet der umiddelbart ikke tages behørigt hensyn til alle momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-h, og at det manglende moment er af skærpende karakter, er der grundlag for, at Datatilsynet potentielt ville have endt med at anvende en mere indgribende foranstaltning herunder en administrative bøde, såfremt Datatilsynet havde taget behørigt hensyn i overensstemmelse med Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2.

Dette betyder desuden, at hvis en sag tilsvarende Burda Nordic havde været anmeldt til en anden medlemsstats tilsynsmyndighed, som faktisk overholdt forpligtelsen om at fortage behørigt hensyn til momenterne, kunne det potentielt medføre anvendelsen af en mere indgribende foranstaltning. I lignende sager vil Datatilsynets forståelse af bestemmelsen potentielt føre til uensartet anvendelse, tilsynsmyndighederne imellem, når der gøres brug af de korrigerende foranstaltninger. Det er imidlertid væsentligt at bemærke, at mange faktorer spiller ind på udvælgelsen af den mest passende korrigerende foranstaltning. Det kan derfor ikke entydigt konstateres - ud fra Datatilsynets forståelse af art. 83, stk. 2, at der burde være blevet gjort brug af en anden korrigerende foranstaltning. Ikke desto mindre er der i det ovennævnte væsentlige elementer, som taler imod den afsagte afgørelse og det bør derfor pointeres, at det må anses som yderst kritisabelt, at Datatilsynet ikke inddrager alle relevante momenter i deres afgørelse.

Datatilsynets anvendelse og fortolkning af princippet om afskrækkende virkning

Væsentligt er at bemærke, at det ikke udelukkende er momenterne angivet i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k, som bør danne grundlag for udvælgelsen af den passende korrigerende foranstaltning. Som beskrevet i afhandlingen skal der ved nærmere fastsættelse af en bøde lægges vægt på, at denne er effektiv, står i rimeligt forhold til overtrædelsen og vil have afskrækkende virkning. Dette følger af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1.

På trods af ordlyden i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1 bør udvælgelsen af enhver form for korrigerende foranstaltning, herunder udtalelse af kritik, afspejle en overvejelse af dennes effektivitet, rimelighed i forhold til overtrædelsen og afskrækkende virkning. Ud fra denne betragtning må det antages, at Datatilsynet har gjort sig overvejelser herom, selvom dette ikke tydeligt fremgår af afgørelsen.¹³⁵

¹³⁵ Se nærmere herom i afhandlingens afsnit 4.3.2

Idet flere af de ovennævnte betragtninger indikerer, at udvælgelsen af den korrigerende foranstaltning er for mild i forhold til overtrædelsen, er det i denne afgørelse i særdeleshed væsentligt at belyse det generelle princip omkring *afskrækkende virkning*.

Som nævnt under afsnit 4.2.2 blev det klarlagt at afskrækkende virkning bl.a. indebærer, at sanktionen bør medføre, at den part som overtrådte loven, stilles ringere, end hvis denne havde overholdt loven.¹³⁶

I afgørelsen Burda Nordic fremhæves det gentagne gange, at behandlingen af personoplysningerne sker i forbindelse med salg og markedsføring af abonnementer på deres magasiner. Ud fra en sådan betragtning er det således underforstået, at virksomheden Burda Nordic oppebærer en form for økonomisk gevinst ved at behandle personoplysninger. Det er væsentligt at bemærke, at der ved Burda Nordics indhentning af samtykke ved forudafkrydsede felter opstår tvivl om de registrerede faktisk ønsker at blive kontaktet vedrørende salg og markedsføring af Burda Nordics magasiner, eller om de blot ved en fejl overså, at de aktivt skulle fjerne det allerede afkrydsede felt for at undgå denne kontakt. Til forskel fra et aktivt afgivet samtykke, vil det inaktive samtykke altså "opfange" alle de registrerede, som ikke har læst spørgsmålet grundigt nok. Det kan således ikke give anledning til tvivl, at Burda Nordic ved indhentning af et inaktivt samtykke har modtaget samtykke i større omfang, end hvis samtykket var indhentet aktivt. Den inaktive indhentning af samtykke, og dermed ulovlige databehandling, skaber dermed bedre muligheder for salg og markedsføring, som i sidste ende fører til en større oppebåret økonomisk gevinst. Datatilsynets brug af en korrigerende foranstaltning i form af kritik synes således ikke afskrækkende, da udtalelse herom ikke påvirker den oppebåret økonomiske gevinst negativt. Tværtimod fremstår den økonomiske gevinst intakt, og virksomheden Burda Nordic oppebærer et økonomisk udbytte, som de ellers ikke ville være i besiddelse af, hvis Databeskyttelsesforordningen var blevet overholdt. Den præcise økonomiske vinding ved den ulovlige databehandling er problematisk at estimere, og dermed er det samtidigt problematisk at vurdere, hvilken størrelsesorden bøden burde fastsættes til for at opnå afskrækkende virkning. Til trods for usikkerheden om bødens størrelse kan det imidlertid antages, at denne afgørelse kun ville have haft afskrækkende virkning, såfremt der faktisk var udstedt en administrativ bøde i et vist omfang.

¹³⁶ C-565/12, af 27. marts 2014, LCL Le Crédit Lyonnais v. Fesih Kalhan, præmis 51

Dette betyder ligeledes, at såfremt en sag tilsvarende Burda Nordic havde været anmeldt til en anden medlemsstats tilsynsmyndighed, som overholdt princippet om afskrækkende virkning, ville dette umiddelbart have medført anvendelse af en administrativ bøde.¹³⁷ Datatilsynets fortolkning af princippet om afskrækkende virkning, vil dermed kunne føre til en uensartet anvendelse af de korrigerende foranstaltninger, tilsynsmyndighederne imellem.

6.4.3 Momenter og principper i HM Hospitales

Anvendte momenter i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k:

I AEPD's afgørelse vedrørende HM Hospitales fremgår det specifikt hvilke omstændigheder, som tilsynsmyndigheden har lagt vægt på ved vurderingen af om bøden burde pålægges, samt ved vurderingen af bødens størrelse. Ved opregningen af de omstændigheder, som er gjort til genstand for denne afgørelse, fremgår imidlertid ikke en præcis henvisning til Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k. Det fremgår ej heller om disse omstændigheder anses som skærpende eller formildende faktorer ved valget af den korrigerende foranstaltning og udmålingen af den pålagte bøde.

Af afgørelsen er det imidlertid ikke vanskeligt at konstatere, at AEPD har gjort brug af momentet i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a, omhandlende overtrædelsens karakter, alvor og varighed under hensyntagen til pågældende behandlings karakter, omfang eller formål samt antal registrerede der er berørte, og omfanget af den skade som de har lidt. AEPD's anvendelse af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a fremgår først og fremmest ved deres bemærkninger om, at overtrædelsen af Databeskyttelsesforordningen har været tilstedeværende siden den 25. maj 2018. Det kan herefter konstateres, at AEPD har betragtet det specifikke moment i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a omkring "*overtrædelsens varighed*". I den sammenhæng må det antages, at længerevarende overtrædelser af Databeskyttelsesforordningen anses som et skærpende element, hvorimod kortvarige overtrædelser anses som et formildende element. Hvorvidt varigheden af overtrædelsen i denne sag udgør en skærpende eller formildende omstændighed, skal fortolkes ud fra AEPD's bemærkning om, at overtrædelsen har været tilstedeværende siden Databeskyttelsesforordningens ikrafttræden den 25. maj 2018. På tidspunktet for afgørelsens afsigelse kunne overtrædelsen af

¹³⁷ C-565/12, af 27. marts 2014, LCL Le Crédit Lyonnais v. Fesih Kalhan, præmis 51

Databeskyttelsesforordningen umuligt have haft en længere varighed, hvorfor det uden videre må lægges til grund, at AEPD har anvendt dette moment som en skærpende omstændighed.

AEPD's anvendelse af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a fremgår endvidere ved deres bemærkning om, at databehandlingen blot sker lokalt i Spanien. Det kan herefter udledes, at AEPD har betragtet det specifikke moment i bestemmelsen omkring "*overtrædelsens omfang*". Det må antages, at des større omfang den stridige databehandling har, desto grovere og mere skærpende vil bedømmelsen af denne omstændighed være. Når AEPD bemærker, at behandlingen *blot* sker i Spanien, antydes det imidlertid, at omfanget af behandlingen kunne have været langt større, hvorfor AEPD må have anset denne omstændighed som værende af formildende karakter.

AEPD har endvidere anført, at der kun er én person, som har været påvirket af det ugyldige samtykke, hvilket også er et moment i Databeskyttelsesforordningen, art. 83, stk. 2, litra a. Dette ses ud fra det specifikke moment om "*antal registrerede*". Mængden af berørte registrerede vurderes for at undersøge, hvorvidt der er tale om en enkeltstående hændelse, eller om der er tale om en mere systemisk overtrædelse.¹³⁸ Enkeltstående hændelser vil give anledning til et lempeligere syn på overtrædelsen, end hvis der var tale om en overtrædelse af mere systemisk karakter. I denne afgørelse kan der således ikke være tvivl om, at AEPD har anvendt dette moment som en formildende omstændighed.

AEPD har desuden betragtet den skade som den registrerede er blevet påført ved først at skulle indgive klage til andre spanske myndigheder end AEPD. Det specifikke moment i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a omkring "*overtrædelsens alvor*" har således været med i AEPDs betragtninger. Det må være en logisk følgeslutning, at der er større besvær forbundet med at skulle indgive klage til flere forskellige myndigheder end blot én enkelt. AEPD må således have betragtet denne omstændighed som værende af skærpende karakter.

Af afgørelsen kan det endvidere konstateres, at AEPD har gjort brug af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra b, hvorefter der tages hensyn til, hvorvidt overtrædelsen blev begået forsætligt eller uagtsomt. Af afgørelsen fremgår det direkte, at AEPD ikke finder noget

¹³⁸ WP 253, s. 10

bevis for, at HM Hospitales har handlet forsætligt. Omvendt må det således konstateres, at AEPD anser HM Hospitales overtrædelse som værende uagtsom. Det bør i den sammenhæng bemærkes, at der overordnet set er enighed om, at forsætlige overtrædelser anses som værende alvorligere end uagtsomme overtrædelser.¹³⁹ Baggrunden herfor er at forsætlige overtrædelser viser foragt for lovgivningen.¹⁴⁰ Ved HM Hospitales uagtsomme overtrædelse er der således tale om en formildende omstændighed.

AEPD har endvidere anført en bemærkning om, at HM Hospitales ved hjælp af implementering af diverse foranstaltninger har sørget for, at lignende hændelser ikke opstår igen. En sådan bemærkning giver en klar indikation af, at AEPD har gjort brug af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra f ved udvælgelsen og udmålingen af bøden. Efter denne bestemmelse tages der hensyn til graden af samarbejde med tilsynsmyndigheden for at afhjælpe overtrædelser og begrænse de negative konsekvenser, som overtrædelserne måtte have givet anledning til. Det må derfor lægges til grund, at AEPD i denne afgørelse har anvendt bestemmelsen som en formildende omstændighed.

AEPD har herudover bemærket at HM Hospitales anses som en stor virksomhed. Det fremstår imidlertid uklart om AEPD henfører denne betragtning til et af momenterne i litra a-j, eller om betragtningen blot skal ses i lyset af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra k, som foreskriver at bestemmelsens opregning af momenter ikke er udtømmende. Til trods for uvisheden herom må det umiddelbart kunne konstateres, at AEPD har anset virksomhedens størrelse som en kritisabel omstændighed, da en stor virksomhed med flere ressourcer som udgangspunkt må have bedre mulighed for at forstå og overholde forordningen.

Ud fra ovennævnte betragtninger kan det konstateres, at der i afgørelsen, henholdsvis inddrages formildende og skærpende omstændigheder. Når det i WP 253 blot fastslås, at momenterne har indflydelse på valget af den mest passende korrigerende foranstaltning¹⁴¹, forekommer det problematisk at vurdere hvorvidt AEPD's brug af momenterne er i overensstemmelse med deres valg af korrigerende foranstaltning i form af bøde.

¹³⁹ WP 253, s. 12

¹⁴⁰ WP 253, s. 12

¹⁴¹ WP 253, s. 13

Det findes ydermere interessant at se på selve størrelsen af bøden. Idet gennemsnitsbøden i Spanien udgør € 27.026¹⁴² må bødens niveau i afgørelsen HM Hospitales på € 60.000 anses som værende af en anseelig størrelse. Bødens størrelse, set i forhold til de anvendte momenter, er derfor opsigtsvækkende. Som nævnt er der både gjort brug af skærpende og formidlende momenter i afgørelsen, men størstedelen heraf er imidlertid momenter af formildende karakter. En overvejende grad af formildende faktorer bør umiddelbart tale for et afdæmpet bødeniveau¹⁴³, hvorfor det findes bemærkelsesværdigt, at bøden har et relativt højt niveau.

AEPD's manglende iagttagelse af momenterne i art. 83, stk. 2, litra a-k

AEPD har umiddelbart ikke lagt vægt på andre momenter i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k. Dette giver imidlertid anledning til betænkeligheder, da sagens omstændigheder leder op til brugen af et andet moment. Dette moment omhandler kategorier af personoplysninger, der er berørt af overtrædelsen, hvilket er anført i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra g. Baggrunden herfor kan, som tidligere nævnt under afsnit 5.4.1., konstateres ved, at HM Hospitales behandler almindelige personoplysninger, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 6. En sådan overvejelse ville have udgjort en formildende omstændighed.

AEPD's fortolkning af "behørigt hensyn"

Som tidligere nævnt er momenterne velegnede både ved udvælgelsen af den mest passende korrigerende foranstaltning¹⁴⁴, samt ved tilpasning af en bødes størrelse.¹⁴⁵ Manglende iagttagelse af momenter i Databeskyttelsesforordningen art 83, stk. 2, litra a-k vil efter denne betragtning kunne føre til, at en bestemt korrigerende foranstaltning tages i brug i et tilfælde, hvor en anden foranstaltning havde været mere passende. Derudover kan det også føre til, at en bøde udmåles til en forkert størrelse. Det er derfor bemærkelsesværdigt, at AEPD ikke tager større hensyn til momenterne, hvilket giver anledning til spørgsmål om, hvorvidt denne anvendelse af momenterne har baggrund i en fejlagtig forståelse af ordene "behørigt hensyn", som fremgår af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, 2. pkt. Ud fra en ordlydsfortolkning og fortolkningsbidrag, jf. afhandlingens kapitel 4.2.1 medfører forpligtelsen om "behørigt hensyn", at der skal tages hensyn til alle momenterne oplistet i Databeskyttelsesforordningens art. 83,

¹⁴² Enforcement tracker, <https://www.enforcementtracker.com/?insights> (Tjekket d. 15. december 2020), beregning er foretaget på følgende grundlag: € 4.351.210 (samlet værdi af bøder) / 161 (antallet af bøder)

¹⁴³ Retningslinjer for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a) i forordning nr. 1/2003, Den Europæiske Unions Tidende, (2006/C 210/02), s. 3

¹⁴⁴ Se nærmere herom i afhandlingens kapitel 4.3.1

¹⁴⁵ Se nærmere herom i afhandlingens kapitel 4.2.1

stk. 2, litra a-k. Det er således bekymringsvækkende, at det ud fra de tidligere angivne omstændigheder tydeligt ses, at der i sagen mod HM Hospitales ikke sker en efterprøvelse af alle momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k. Baggrunden herfor er, at den manglende efterprøvelse af momentet i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra g medfører, at der i afgørelsen HM Hospitales ikke er taget hensyn i behørig grad. Ved AEPD's afgørelse foreligger der umiddelbart en manglende forståelse for EU-lovgivers intentioner med Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2.

Det er herefter i særdeleshed bemærkelsesværdigt, at den manglende iagttagelse sker af netop et lempeligt moment. I den sammenhæng er der basis for at anfægte den afsagte afgørelse. Idet det manglende moment er af lempelig karakter er der i teorien grundlag for, at AEPD, hvis de havde fortaget behørigt hensyn i overensstemmelse med art. 83, stk. 2, havde endt med at anvende en mindre indgribende foranstaltning, herunder udtalelse af kritik.

Dette betyder ligeledes, at såfremt en sag tilsvarende HM Hospitales havde været anmeldt til en anden medlemsstats tilsynsmyndighed, som faktisk overholdte forpligtelsen om at foretage behørigt hensyn til momenterne, kunne dette potentielt medføre anvendelsen af en mindre indgribende foranstaltning. Det er endvidere væsentligt at bemærke, at i en afgørelse som HM Hospitales, hvori der udstedes en bøde vil mangel på behørig hensyntagen til et lempeligt moment endvidere kunne medføre, at AEPD's udmåling af bøden fastsættes for højt. Baggrunden herfor er, at lempelige momenter indikerer et mere afdæmpet niveau af bødens størrelse.¹⁴⁶ Dette betyder, på samme måde som ved udvælgelsen af foranstaltningen, at såfremt en sag tilsvarende HM Hospitales havde været anmeldt til en anden medlemsstats tilsynsmyndighed, som faktisk overholdt forpligtelsen om at foretage behørigt hensyn til momenterne, kunne det potentielt medføre udmåling af en mindre bøde.

I lignende sager vil AEPD's forståelse af bestemmelsen principielt kunne føre til uensartet anvendelse ved henholdsvis udvælgelsen og udmålingen af de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, tilsynsmyndighederne imellem.

¹⁴⁶ Retningslinjer for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a) i forordning nr. 1/2003, Den Europæiske Unions Tidende, (2006/C 210/02), s. 3

Det bør afslutningsvist bemærkes, at flere faktorer har indvirkning på udvælgelsen af den mest passende korregerende foranstaltning samt på udmålingen af en bødes størrelse. Det kan derfor ikke entydigt konstateres, at der burde være blevet pålagt en mindre bøde eller at denne burde være helt udeladt, blot ud fra AEPD's forståelse af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2. Der er dog elementer, som taler imod den afsagte afgørelse, og det bør derfor pointeres, at det må anses som yderst kritisabelt, at AEPD ikke inddrager alle relevante momenter i deres afgørelse.

AEPD's anvendelse og fortolkning af proportionalitetsprincippet

Det følger direkte af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1, at der ved nærmere fastsættelse af en bøde lægges vægt på, at denne skal være effektiv, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning.

Da betragtningerne anført i ovenstående afsnit blandt andet kan give en indikation af, at bødens størrelse er højere end nødvendigt, er det i særdeleshed væsentligt at se nærmere på det generelle princip omkring *proportionalitet*. I AEPD's afgørelse udspecificeres det ikke tydeligt, at der er foretaget en proportionalitetsafvejning. Som angivet i denne afhandlings kapitel 4.2.2, skal tilsynsmyndighederne imidlertid foretage en sådan vurdering, blandt andet når de udmåler en administrativ bødes størrelse. Til trods for afgørelsens sparsomme oplysninger herom bør AEPD således have haft princippet med i deres overvejelser.

Som angivet i kapitel 4.2.2 er det klarlagt ved EU-Domstolens retspraksis, at princippet om proportionalitet skal forstås således, at sanktioner ikke bør overstige det, der er passende og nødvendigt for at opretholde formålene med lovgivningen.¹⁴⁷

I afgørelsen HM Hospitales findes det særligt interessant at vurdere om bøden på € 60.000 overstiger, hvad der er passende og nødvendigt for at opretholde Databeskyttelsesforordningens formål om at beskytte fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger.¹⁴⁸ I den sammenhæng er det nemlig væsentligt at påpege, at HM Hospitales repræsentation tilkendegiver, at overtrædelsen ikke kan anses som værende meget alvorlig. HM Hospitales begrundet dette i, at de har implementeret sikkerhedsforanstaltninger for at rette op på de eventuelle fejl som overtrædelsen måtte have frembragt. Som anført i dette kapitel har AEPD selv

¹⁴⁷ C-443/13, af 13. november 2014, Ute Reindle v. Bezirkshauptmannschaft Innsbruck, præmis 39

¹⁴⁸ Databeskyttelsesforordningens art. 1, stk. 2

været opmærksomme denne omstændighed, og betragtet dette som havende en formildende indflydelse på den korrigerende foranstaltning. Når en overtrædelse af Databeskyttelsesforordningen er ophørt med at eksistere, vil der som udgangspunkt ikke længere være en konflikt med Databeskyttelsens formål om at beskytte fysiske personer i forbindelse med behandling af deres personoplysninger. I den sammenhæng forekommer en relativ høj bøde på € 60.000 umiddelbart ikke passende og nærmest unødvendig set i forhold til det nævnte formål i Databeskyttelsesforordningens art. 1, stk. 2.

Det er desuden væsentligt at bemærke, at kun én person har været påvirket af HM Hospitales overtrædelse af Databeskyttelsesforordningen. Dette er et forhold som AEPD selv har været opmærksomme på, og anset som værende en omstændighed af formildende karakter. Man kan i den henseende argumentere for at overtrædelsen således er mindre alvorlig end hvis en behandling var foretaget overfor en større mængde patienter. I den sammenhæng forekommer det umiddelbart ikke passende, og nærmest unødvendigt, at der udstedes en relativ høj bøde blot med henblik på at beskytte denne ene fysiske person.

Ud fra ovennævnte betragtninger kan det altså virke som om, at bøden på € 60.000 overstiger hvad der er passende og nødvendigt for at opretholde Databeskyttelsesforordningens formål i art. 1, stk. 2. Dette til trods for, at AEPD selv har observeret flere af de omstændigheder som netop taler for, at et afdæmpet bødeniveau er mere proportionalt. I den sammenhæng er der grund til at stille spørgsmålstejn ved om AEPD har samme forståelse, som der i denne afhandling er gjort gældende, af EU-Domstolens praksis. AEPD's afgørelse indeholder, som nævnt, meget sparsomme oplysninger om proportionalitetsafvejningen og det forekommer derfor problematisk at fortage en mere dybdegående analyse af AEPD's anvendelse og fortolkning af proportionalitetsprincippet. Endvidere bør det også bemærkes, at tilsynsmyndighederne er overladt et vidt skøn ved udmålingen af bødestørrelsen idet, at: *"(...) hver enkelt sag vurderes særskilt"*¹⁴⁹, og kun hvis en foranstaltning er *åbenbart uhensigtsmæssig* i forhold til det mål, som tilsynsmyndigheden forfølger, vil proportionalitetsprincippet kunne føre til ugyldighed.¹⁵⁰ AEPD har således relativ vidde rammer til at fortage denne proportionalitetsafvejning, hvilket

¹⁴⁹ WP 253, s. 7

¹⁵⁰ C-310/04, af 7. september 2006, Kingdom of Spain v Council of the European Union, præmis 99

gør analysen af AEPD's anvendelse og fortolkning af proportionalitetsprincippet yderligere usikker.

Opsummerende kan det således konstateres, at visse omstændigheder indikerer, at bødens størrelse må anses som værende uproportional, og at AEPD muligvis fortolker EU-Domstolens retspraksis i uoverensstemmelse med deres intentioner. På baggrund af proportionalitetsprincippets vidde rammer, samt de sparsomme oplysninger der fremgår af AEPD's afgørelse, findes en nærmere analyse heraf imidlertid ikke gørlig. Det er således væsentligt at understrege, at den nævnte indikation, hviler på et usikkert grundlag, og derfor ikke bør tillægges for megen vægt.

6.5. Delkonklusion

Af ovenstående fremgår to faktuelte sammenlignelige afgørelser Burda Nordic og HM Hospitalet udstedt af det danske Datatilsyn og den spanske tilsynsmyndighed AEPD. Til trods for afgørelserne faktuelle ligheder, anvender AEPD og Datatilsynet forskellige korrigerende foranstaltninger. Datatilsynet udtaler kritik efter Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra b, og AEPD udsteder en administrativ bøde efter Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra i.

Tilsynsmyndighedernes fortolkning af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1-2 fandtes at kunne bidrage til forståelsen af, hvorfor de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, anvendes forskelligt i lignende sager.

Efter en nærmere gennemgang af afgørelserne, hvor tilsynsmyndighedernes fortolkning af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2 blev analyseret, fandtes det, at hverken Datatilsynet eller AEPD foretager behørigt hensyn af momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k. Datatilsynet tager ikke behørigt hensyn til skærpende momenter, hvilket i teorien kan indikere, at der i sagen Burda Nordic potentielt kunne være gjort brug af en mere indgribende foranstaltning. AEPD foretager ikke behørigt hensyn overfor et lempeligt moment, hvilket i teorien kan indikere, at der i HM Hospitalet potentielt kunne være gjort brug af en mindre indgribende foranstaltning eller være blevet udmålt en bøde af mindre størrelse. Ved tilsynsmyndighedernes fortolkning af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1 fandtes en

svag formodning om, at AEPD's fortolkning af proportionalitetsprincippet umiddelbart ikke var i overensstemmelse med EU-domstolens retspraksis. Derudover fandtes Datatilsynets fortolkning af princippet om afskrækkende virkning ikke at være i overensstemmelse med EU-domstolens retspraksis. I den sammenhæng blev det pointeret, at Datatilsynet, som udgangspunkt, burde have udstedt en administrativ bøde i et vist omfang for at leve op til princippet.

På baggrund heraf må det konkluderes, at AEPD's og Datatilsynets forståelse og anvendelse af bestemmelserne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1-2 umiddelbart er med til at skabe uensartet anvendelse af de korrigerende foranstaltninger tilsynsmyndighederne imellem.

Kapitel 7: Afgørelser om Databeskyttelsesforordningens art. 32

7.1. Indledning og opbygning

I indeværende kapitel søges det klarlagt, hvorvidt Databeskyttelsesforordningens sigte mod ensartethed efterleves, når europæiske tilsynsmyndigheder anvender de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, ved overtrædelse af Databeskyttelsesforordningens art. 32. Kapitlet vil inddrage to afgørelser, hvoraf den ene afgørelse, ved navn "Sikkerhedsbrud i systemet FLIS" (herefter FLIS), er afsagt af Datatilsynet og den anden afgørelse, ved navn HagaZiekenhuis¹⁵¹ (herefter Haga Hospital) er afsagt af AP. Det blev under kapitel 6 fastlagt, at der i afhandlingens udvalgte afgørelser vedrørende overtrædelse af Databeskyttelsesforordningen art. 6, stk. 1, litra a ikke sker en ensartet anvendelse af de korrigerende foranstaltninger.

Det findes derfor væsentligt at klarlægge baggrunden for hvorfor afhandlingen nu søger at belyse det samme spørgsmål - hvorvidt Databeskyttelsesforordningens sigte mod ensartethed efterleves - blot ud fra en overtrædelse af Databeskyttelsesforordningens art. 32. I den sammenhæng er det essentielt at bemærke, at Databeskyttelsesforordningens art. 32 i det væsentlige lever op til den teknologineutralitet, som afspejles i Databeskyttelsesforordningen.¹⁵² Bestemmelsens udformning skyldes i denne henseende, at teknologien er i konstant udvikling, og specifikke regler bliver derfor let forældede.¹⁵³

Det forekommer således naturligt at der forefindes talrige måder at bryde med Databeskyttelsesforordningens art. 32. Bestemmelsen står derfor i modsætning til Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a, som var i fokus ved afhandlingens analyse af Burda Nordic og HM Hospitales. Det er uklart hvilken betydning bestemmelsernes ulige grad af "elasticitet" har i forhold til tilsynsmyndighedernes forpligtelse om at vælge den samme korrigerende foranstaltning i lignende sager.¹⁵⁴ Dog må det umiddelbart antages at tilsynsmyndighederne er overladt

¹⁵¹ Haga hospital afgørelse afsagt 18. juni -2019 af AP: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/haga-beboet-voor-onvoldoende-interne-beveiliging-pati%C3%ABntendossiers> (Tjekket d. 15. december 2020)

¹⁵² Blume, Den nye persondatarets aktører (2018), s. 154

¹⁵³ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 154

¹⁵⁴ WP 253, s. 5-6

en større fejlmargen når de anvender de korrigerende foranstaltninger i lignende sager der omhandler brud på en ”elastisk” bestemmelse. Baggrunden for afhandlingens inddragelse af lignende afgørelser vedrørende brud på Databeskyttelsesforordningens art. 32, skal således findes i bestemmelsens udformning.

I det tilfælde anvendelsen af de korrigerende foranstaltninger ikke vurderes ensartet, vil baggrunden herfor desuden søges belyst. Det bør i den sammenhæng bemærkes at de respektive afgørelser er udvalgt på baggrund af de ligheder, der er at finde ved overtrædelsen af Databeskyttelsesforordningen. Ens for afgørelserne er at de begge omhandler overtrædelse af Databeskyttelsesforordningens art. 32.

Qua kapitlets fokus vedrørende overtrædelse af Databeskyttelsesforordningens art. 32 vil kapitlet i afsnit 7.2. kort redegøre for art. 32. Dernæst vil de to tilsynsmyndigheders faktuelle omstændigheder kort redegøres for i afsnit 7.3., for dernæst at analyseres i afsnit 7.4. Afslutningsvist vil kapitlet indeholde en delkonklusion.

7.2. Behandlingssikkerhed

Databeskyttelsesforordningens art. 32 stiller kravene til behandlingssikkerhed og omhandler i kortfattede træk, at den ansvarlige for databehandlingen (den dataansvarlige eller databehandleren) tilvejebringer et tilstrækkeligt sikkerhedsniveau.¹⁵⁵ Det tilstrækkelige sikkerhedsniveau for behandlingen af personoplysninger foretages ud fra en samlet risikovurdering. Kravet til sikkerhedsniveauet skal modsvare de risici, der er ved en given behandling af personoplysninger.¹⁵⁶ Dette betyder i praksis, at dataansvarlige skal have et passende sikkerhedsniveau for at forhindre, at personoplysninger behandles i strid med Databeskyttelsesforordningen, herunder at de personoplysninger, der behandles enten hændeligt eller bevidst tilintetgøres, misbruges eller lignende.¹⁵⁷ Databeskyttelsesforordningens art. 32 pålægger en selvstændig pligt for databehandleren til at sørge for, at kravene i bestemmelsen er overholdt i forbindelse med persondatabehandlingen. Databehandlerens forpligtelser er altså ikke begrænset til databehandleraftalen, som er reguleret i Databeskyttelsesforordningens art. 28, stk. 3.

¹⁵⁵ Korfits Nielsen, Kristian m.fl., Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer (2020), s. 634

¹⁵⁶ Korfits Nielsen, Kristian m.fl., Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer (2020), s. 634 og Blume, Den nye persondataret (2018), s. 155

¹⁵⁷ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 154

Databeskyttelsesforordningens art. 32, stk. 1 nævner for det første tekniske foranstaltninger, som er orienteret mod de risici, der udløses ved brug af informationsteknologi jf. præambel 83. Desuden nævnes organisatoriske foranstaltninger, der er rettet imod de personer, som foretager en given behandling jf. art. 32, stk. 4 om instrukser til ansatte m.fl.

7.3. Sagerne faktiske omstændigheder og tilsynsmyndighedernes afgørelse

7.3.1. FLIS, j.nr.: 2019-431-0037

Datatilsynet indledte, som følge af en række anmeldelser fra landets kommuner i tidsperioden mellem den 14. december 2018 til 11. februar 2019, en undersøgelse af virksomheden Kombit A/S. Undersøgelsen vedrørte overtrædelse af Databeskyttelsesforordningens art. 28, stk. 3, litra f, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 32.

Kombit A/S driver systemet FLIS (Fælleskommunalt Ledelsesinformationssystem), som er udviklet af Netcompany A/S, der er Kombit A/S' underdatabehandler. Formålet med systemet FLIS er at levere ledelsesinformation til kommunerne, der på baggrund af oplysningerne kan træffe beslutninger, som vedrører kommunens drift på et databaseret grundlag. I sagen anføres, at der er tale om 74 kommuner, som havde en aftale med Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering, og derfor var disse kommuner dataansvarlige i relation til sikkerhedsbruddet.

På baggrund af en fejl fra en medarbejder i Netcompany A/S blev der udeladt et filter i forbindelse med levering af data fra FLIS til kommunerne. Filteret har til formål at begrænse de enkelte kommuners adgang til primært at se personoplysninger om kommunens egne borgere. Udeladelsen af filteret gjorde det muligt for udvalgte medarbejdere i 84 kommuner at tilgå personoplysninger på op imod 4,2 mio. borgere. Derudover anvender nogle kommuner tredjepartsleverandører af Business Intelligence¹⁵⁸, og disse havde også adgang til personoplysningerne. Personoplysningerne omfattede blandt andet personnumre, beskæftigelsesrelaterede oplysninger, herkomst og integrationsprogrammer. Opsætningsfejlen havde været til stede siden primo august 2018 og blev opdaget den 12. december 2018. Det følger endvidere af sagen, at

¹⁵⁸ Tredjepartsleverandører: KMD A/S, Fujitsu A/S, LIFA A/S og INSPARI A/S

der i to kommuner er en person, der har tilgået tabellen med de uretmæssige data samt én underleverandør.

Datatilsynet har blandt andet lagt vægt på, at Kombit A/S ikke har udført de fornødne tests med dataudtræk fra systemet FLIS til at kunne opdage opsætningsfejlen, som medførte den uretmæssige videregivelse. Derudover fandt Datatilsynet, at Kombit A/S, i sin funktion som data-behandler, ikke havde levet op til sine forpligtelser i medfør af art. 28, stk. 3, litra f. Datatilsynet fandt grundlag for at udtale alvorlig kritik af Kombit A/S i forbindelse med, at behandlingen af personoplysninger ikke er sket i overensstemmelse med Databeskyttelsesforordningens art. 28, stk. 3, litra f, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 32.

7.3.2. Haga Hospital

Det hollandske privathospital Haga Hospital anmeldte den 4. april 2018 en overtrædelse af Databeskyttelsesforordningens art. 32 til AP.

Overtrædelsen af Databeskyttelsesforordningens art. 32 var relateret til, at en kreds af medarbejdere havde tilgået en kendt hollandsk persons patientjournal, hvorefter der fremgik helbredsoplysninger. Haga Hospital indledte som konsekvens af overtrædelsen på behandlingssikkerheden i Databeskyttelsesforordningen art. 32 en intern undersøgelse, som blev sendt til AP. I den interne undersøgelse fremgik det, at ud af 197 undersøgte medarbejdere havde 100¹⁵⁹ af disse medarbejdere uberettiget tilgået den omhandlede patientjournal.

AP's undersøgelse af Haga Hospital vedrørte om hospitalet havde gennemført passende tekniske og organisatoriske sikkerhedsforanstaltninger, som det kræves af Databeskyttelsesforordningens art. 32, og mere specifikt om nationale sikkerhedsstandarder (NEN 7510 og NEN 7513) inden for sundhedssektoren ligeledes var overholdt. AP konkluderede, at Haga Hospital ikke havde gennemført passende tekniske og organisatoriske sikkerhedsforanstaltninger i relation til personalets tilgang til patientjournaler i IT-systemet og manglende undersøgelse af logningsfiler. Ved tilgangen til IT-systemet havde personalet valgt om, hvorvidt de ville opsætte

¹⁵⁹ I svar på undersøgelsen af 4. februar 2019 gjorde Haga Hospital gældende, at der retteligt var tale om 85 medarbejdere jf. Toegang tot digitale patiëntdossiers door medewerkers van het HagaZiekenhuis, s. 5

to-faktor godkendelse eller alene gøre brug af et-faktor godkendelse. Dette var ikke i overensstemmelse med Databeskyttelsesforordnings art. 32, og sikkerhedsstandarderne, at personalet havde valget mellem et-faktor godkendelse og to-faktor godkendelse, idet det var essentielt for overholdelsen af behandlingssikkerheden, at kun autoriseret personale kunne tilgå patientjournaler. Derudover gjorde AP gældende, at Haga Hospital ikke kontrollerede logningsfilerne, som IT-systemet generede i forbindelse med at personalet tilgik patientjournalerne, i tilstrækkelig grad. Haga Hospital undersøgte 6 tilfældige patientjournaler om året, hvilket ifølge AP ikke var nok til at iagttage behandlingssikkerheden set i lyset af hospitalets omfattende persondatabehandling. AP udstedte på denne baggrund en bøde til Haga Hospital på i alt € 460.000.

7.4. Tilsynsmyndighedernes afgørelser - Analyse

7.4.1. Indledende bemærkninger

Ligheder ved faktum

Sagerne FLIS og Haga Hospital er udvalgt på baggrund af et faktuel og juridisk sammenlignelighedsgrundlag. I det følgende redegøres for afgørelsernes sammenlignelighed.

Dataansvarlig ctr. Databehandler

Tilsynsmyndigheder kan udtale kritik eller udstede bøder til henholdsvis dataansvarlige og databehandlere jf. Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra b og litra i.

I afgørelsen Haga Hospital er det en dataansvarlig, Haga Hospital, som overtræder bestemmelsen om behandlingssikkerhed i Databeskyttelsesforordningens art. 32. I afgørelsen FLIS er det omvendt en databehandler, Kombit A/S, som overtræder bestemmelsen om behandlingssikkerhed. En databehandlerkonstruktion, som i afgørelsen FLIS, kræver, at der er udarbejdet en databehandleraftale, hvoraf aftalen skal omfatte de punkter, som er angivet i Databeskyttelsesforordningens art. 28, stk. 3. Kombit A/S er allerede selv forpligtet til at efterleve Databeskyttelsesforordningens art. 32 som følge af kravet til databehandleraftalen i art. 28, stk. 3, litra c, og som følge af selve ordlyden i art. 32, stk. 1. I henhold til databehandleraftalen mellem Kombit A/S og de 74 kommuner fremgår det blandt andet at: "(...) *Kombit A/S - når behandlingen af personoplysninger, som kommunerne er dataansvarlig for, overlades til underdatabehandlere – over for kommunerne har ansvaret for underdatabehandlerens overholdelse af disse*

forpligtelser”¹⁶⁰. Kombit A/S har således ansvaret for at underdatabehandleren, Netcompany A/S, opfylder sine databeskyttelsesforpligtelser jf. ligeledes Databeskyttelsesforordningens art. 28, stk. 4. På baggrund af ovenstående findes det, at både Haga Hospital og Kombit A/S, som henholdsvis dataansvarlig og databehandler, har en selvstændig forpligtelse til at overholde Databeskyttelsesforordningens art. 32. Begge er ligeledes ansvarlige for overtrædelsen af behandlingssikkerheden. Det kan således lægges til grund, at det ikke har betydning for udvælgelsen, herunder udmålingen, af en korrigerende foranstaltning, hvorvidt det er en dataansvarlig eller databehandler, som har overtrådt Databeskyttelsesforordningens art. 32.

Private aktører

Kombit A/S er 100 % ejet af Kommunernes Landsforening (KL)¹⁶¹. KL er en privat interesseorganisation for Danmarks 98 kommuner og er ikke omfattet af forvaltningslovens § 1, stk. 1 og stk. 2.¹⁶²

Kombit A/S er ej heller omfattet af forvaltningslovens § 1, stk. 1 og stk. 2, idet Kombit A/S er et aktieselskab. Aktieselskaber er pr. definition en privat enhed¹⁶³, og dermed ikke omfattet af de særlige bøderegler for offentlige myndigheder jf. Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 7, jf. Databeskyttelseslovens § 41, stk. 6.

Ligeledes pointerer Peter Blume¹⁶⁴, at det må betones, at databehandlere, som varetager opgaver for det offentlige, ikke er omfattet af bestemmelsen i Databeskyttelseslovens § 41, stk. 6, men derimod de regler, som gælder for den private sektor.

Haga Hospital er en privat aktør idet enheden er et privathospital. Det må således fastslås, at både Haga Hospital og Kombit A/S er sammenlignelige på dette grundlag.

¹⁶⁰ Datatilsynet, Sikkerhedsbrud i systemet FLIS, Publiceret 22-09-2020, J.nr.: 2019-431-0037, punkt. 2.5

¹⁶¹ <https://www.proff.dk/roller/kombit-as/k%C3%B8benhavn-s/konsulenter/GPIMQOI00NR/> (Tjekket d. 15. december 2020)

¹⁶² Korfits Nielsen, Kristian m.fl., Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer (2020), s. 1232

¹⁶³ Vinther og Werlauff i U 2004 B, s. 298 ff, jf. Lovbekendtgørelse 2019-07-23 nr. 763 om aktie- og anpartsselskaber § 1, stk. 1.

¹⁶⁴ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 212f

Personoplysninger

I Haga Hospital kan personoplysningerne karakteriseres som værende omfattet af Databeskyttelsesforordningens art. 9, stk. 1 om følsomme personoplysninger, idet de ansatte havde utilsigtet adgang til helbredsoplysninger på patienter. Helbredsoplysninger er defineret som: *“personoplysninger, der vedrører en fysisk persons fysiske eller mentale helbred, herunder levering af sundhedsydelse, og som giver information om vedkommendes helbredstilstand”*, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 15.

I afgørelsen FLIS er der tale om beskæftigelsesrelaterede oplysninger, personnummer, køn, civilstand, herkomst, statsborgerskab og oplysninger om integrationsprogrammer. Datatilsynet lægger i afgørelsen imidlertid ikke vægt på personoplysningernes karakter. Det kan dog uledes, at der til dels er tale om fortrolige oplysninger idet det fremgår af sagen, at oplysningerne om kommunernes borgere blandt andet indeholder informationer om personnumre jf. Databeskyttelseslovens § 11, samt oplysninger om beskæftigelsesrelaterede forhold. Datatilsynet har imidlertid klarlagt, hvorledes en fortrolig oplysning skal forstås:

“(…) Det afgørende for, om en oplysning skal anses for fortrolig, vil være en vurdering af, om oplysningen efter den almindelige opfattelse i samfundet bør kunne forlanges unddraget offentlighedens kendskab. (...) Følsomme personoplysninger vil utvivlsomt være fortrolige oplysninger. Omvendt er en fortrolig oplysning ikke altid følsom”.¹⁶⁵

Endvidere følger det af Datatilsynet, at:

“Ikke-følsomme personoplysninger kan i visse situationer være fortrolige. Det gælder efter omstændighederne oplysninger om indtægts- og formueforhold, arbejds-, uddannelses- og ansættelsesmæssige forhold”.¹⁶⁶

Ved behandling af følsomme personoplysninger og fortrolige personoplysninger kræves et højere sikkerhedsniveau, end behandling af almindelige ikke-fortrolige oplysninger.¹⁶⁷ Det er dog først og fremmest en risikovurdering, som er afgørende for, hvor højt sikkerhedsniveauet skal

¹⁶⁵ Datatilsynet, Hvad er personoplysninger? <https://www.datatilsynet.dk/generelt-om-databeskyttelse/hvad-er-personoplysninger> (Tjekket d. 15. december 2020)

¹⁶⁶ Datatilsynet, Hvad er personoplysninger? <https://www.datatilsynet.dk/generelt-om-databeskyttelse/hvad-er-personoplysninger> (Tjekket d. 15. december 2020)

¹⁶⁷ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 155f

være jf. art. 32, stk. 2. Desuagtet de i sagernes forskelligartede personoplysninger og databehandlingens karakter, må det dog lægges til grund, at følsomme personoplysninger og fortrolige personoplysninger begge kræver et højt sikkerhedsniveau. Fortrolige personoplysninger, såsom personnumre, kan ligeledes være særlige integritetsrisikable.¹⁶⁸ På denne baggrund vurderes det, at det ikke er afgørende, hvorvidt der er tale om fortrolige eller følsomme personoplysninger i tilsynsmyndighedernes vurdering af udvælgelsen af den mest passende korigerende foranstaltning, samt udmålingen af en bøde, hvorfor FLIS og Haga Hospital kan sammenlignes på dette parameter.

Overtrædelse af Databeskyttelsesforordningens art. 32

Dataansvarlige og databehandleren skal gennemføre passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger for at sikre et passende sikkerhedsniveau, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 32, stk. 1.

I afgørelserne kan det udledes, at der er tale om overtrædelser af Databeskyttelsesforordningens, art. 32, stk. 1, litra b og d, hvilket ses ud fra nedenstående betragtninger.

Det følger af Databeskyttelsesforordningens art. 32, stk. 1, litra b, at dataansvarlige og databehandlere til sikring af et passende sikkerhedsniveau skal sikre: “(...) *vedvarende fortrolighed, integritet, tilgængelighed og robusthed af behandlingssystemer og –tjenester*”. I denne forbindelse er det relevant, at “fortrolighed” tages i betragtning. Det følger af afgørelsen FLIS, at 84 kommuner havde uretmæssig adgang til fortrolige oplysninger omhandlende 4,2 mio. borgere. Personoplysningerne var således til rådighed for ansatte, som uretmæssigt var tildelt adgang til disse personoplysninger, hvorfor princippet om fortrolighed i Databeskyttelsesforordningens art. 32, stk. 1, litra b ikke var overholdt. Ligeledes ses det i Haga Hospital, at uautoriseret personale havde adgang til følsomme personoplysninger, hvorfor dette ligeledes bryder med princippet om fortrolighed i Databeskyttelsesforordningens art. 32, stk. 1, litra b.

Det følger endvidere af Databeskyttelsesforordningens art. 32, stk. 1, litra d, at der til gennemførelse af et passende sikkerhedsniveau skal sikres: “(...) *regelmæssig afprøvning, vurdering og evaluering af effektiviteten af de tekniske og organisatoriske foranstaltninger til sikring af behandlingssikkerhed*”. Der sigtes hertil til tests af eksempelvis firewalls, adgangskontrol og

¹⁶⁸ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 156

brugeradministrationsprocessen.¹⁶⁹ I FLIS fremgår det af sagen, at Kombit A/S ikke har udført de fornødne tests for at kunne opdage den fejl, som førte til den uretmæssige videregivelse af personoplysningerne. I Haga Hospital var der blandt andet tale om mangelfuld adgangskontrol som følge af manglende to-faktor godkendelse. Fælles for sagerne er, at behandling af personoplysninger derved ikke er sket i overensstemmelse med Databeskyttelsesforordningens art. 32, stk. 1, litra d.

Opsummering

Ovenstående punkter illustrerer sagernes ensartethed på centrale punkter, hvorfor dette burde føre til en ensartet anvendelse af de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, i henholdsvis Haga Hospital og FLIS.¹⁷⁰

Uensartet anvendelse af de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2

I afgørelsen FLIS finder Datatilsynet grundlag for at udtale alvorlig kritik af Kombit A/S, idet behandlingen af personoplysningerne ikke er sket i overensstemmelse med Databeskyttelsesforordningens art. 28, stk. 3, litra f, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 32. I Haga Hospital gør AP ligeledes gældende, at behandlingen af personoplysninger ikke er i overensstemmelse med Databeskyttelsesforordningens art. 32 og pålægger en bøde. Grundbøden blev fastsat til € 310.000. AP gør gældende, at der dog på baggrund af flere skærpende momenter skal ske en yderligere forhøjelse af grundbøden til i alt € 460.000.

Ud fra disse betragtninger er der således væsentlige forskelle at spore ved anvendelsen af de korrigerende foranstaltninger ved Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2. Baggrunden for den uensartede anvendelse af de korrigerende foranstaltninger skal nærmere analyseres ved en undersøgelse af de respektive tilsynsmyndigheders anvendelse og fortolkning af principperne, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1 og momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2. Nærmere herom i det følgende.

¹⁶⁹ Korfits Nielsen, Kristian m.fl., Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer (2020), s. 650

¹⁷⁰ WP 253, s. 5f

7.4.2. Momenter og principper i FLIS

Anvendte momenter i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k

I Datatilsynets afgørelse i sagen FLIS fremgår det specifikt, hvilke omstændigheder Datatilsynet har lagt vægt på ved vurderingen af hvilken korrigerende foranstaltning, som er passende. Der fremgår imidlertid ikke en præcis henvisning til momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k. Uanset dette har Datatilsynet opregnet, hvilke omstændigheder, som må anses som formildende og hvilke der bør anses som skærpende.

Først og fremmest kan det udledes, at Datatilsynet har lagt vægt på Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra b om hvorvidt overtrædelsen blev begået forsætligt eller uagtsomt. Dette ses, idet Datatilsynet vurderer, at Kombit A/S ikke har indført basale tests, således at udeladelsen af filteret kunne opdages. Kombit A/S står for digitale løsninger til kommunerne og beskæftiger ca. 225 medarbejdere¹⁷¹, hvorfor Kombit A/S bør være ansvarlig for at vedtage strukturer, vedtage politikker og afsætte ressourcer, som er passende set i lyset af Kombit A/S' karakter og kompleksitet.¹⁷² Idet Kombit A/S ikke indfører de i sagen omhandlende basale tests taler dette for, at Datatilsynet har vurderet dette som uagtsomt. Uagtsomheden ses vurderet som et skærpende moment af Datatilsynet.

Det bør bemærkes, at en uagtsom overtrædelse af Databeskyttelsesforordningen typisk vil blive anset som værende en formildende omstændighed.¹⁷³ Det må derfor lægges til grund, at Datatilsynet har anset de ovennævnte omstændigheder som værende af groft uagtsom karakter, hvilket umiddelbart taler for at anse dette som et skærpende moment.

Såfremt de basale tests var indført, havde det sandsynligvis været muligt at opdage fejlen i opsætningen af et filter i systemet FLIS, idet der som følge af opsætningsfejlen skete videregivelse af ca. 4,2 millioner borgers oplysninger, og dermed er persondatabehandlingen ikke i overensstemmelse med Databeskyttelsesforordningens art. 32. Datatilsynet har lagt vægt på hændelsens omfang, idet der uretmæssigt er videregivet personoplysninger om op mod 4,2 mio. borgere, hvor i alt 84 danske kommuner uretmæssigt havde mulighed for at tilgå personoplys-

¹⁷¹ Kombit A/S's hjemmeside: <https://www.kombit.dk/indhold/voreskombit> (Tjekket d. 15. december 2020)

¹⁷² WP 253, s. 12

¹⁷³ WP 253, s. 12

ningerne. Denne omstændighed indikerer, at der er lagt vægt på momentet i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a og herunder de specifikke momenter om "*antal registrerede*" og "*omfanget*". Datatilsynet tillægger disse skærpende vægt.

Af formildende omstændigheder lægger Datatilsynet vægt på, at Kombit A/S har implementeret fornøden logning til at kunne fastlægge, at tilgangen til personoplysningerne har været begrænset og, at Kombit A/S' håndtering af sagen samt bistand til de dataansvarlige, efter Datatilsynets opfattelse har været tilstrækkelig og hurtig. Disse omstændigheder indikerer, at Datatilsynet har lagt vægt på Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra c om foranstaltninger truffet for at begrænse skaden, som den registrerede har lidt. Dette kan udledes, idet Kombit A/S har anført, at de relevante sikkerhedsprocedurer blev iværksat efter hændelsen med instruks om sletning af data og indsamling af oplysninger om hændelsen, samt at Kombit A/S har gjort gældende for underdatabehandleren Netcompany A/S, at omfanget af tests skal udvides for så vidt angår hver kommunes adgang til data i FLIS.

Formålet med behandlingen er at indsamle ledelsesinformation med henblik på at evaluere kommunens drift. Personoplysninger behandles dermed ikke til brug for eksempelvis konkret sagsbehandling, og derved ses behandlingen af personoplysninger ikke at have direkte indvirkning på den enkelte borgers liv. De potentielle konsekvenser, for de registrerede ved behandlingen, ses herved at være lave. Derudover gør Datatilsynet gældende, at videregivelsen af personoplysningerne sker til fagpersonale. Datatilsynet tager dermed art. 83, stk. 2, litra a i betragtning og vurderer i denne forbindelse behandlingens formål og omfanget af skaden som værende af formildende omstændighed.

Datatilsynets manglende iagttagelse af andre momenter i art 83, stk. 2, litra a-k

Omstændigheder i sagen rejser spørgsmålet om, hvorvidt Datatilsynet burde have iagttaget andre momenter. Datatilsynet lægger som skærpende omstændighed vægt på omfanget af hændelsen, og henviser dernæst til videregivelse af op mod 4,2 mio. borgers personoplysninger, som indikerer, at Datatilsynet har anvendt Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a. Datatilsynet vælger dog alene at lægge vægt på omfanget og antallet af registrerede, og dermed ikke varigheden. Det fremgår af sagen, at overtrædelsen af Databeskyttelsesforordningens art.

32 foregik over en periode på 4 måneder. Det følger af WP 253¹⁷⁴, at overtrædelsens *varighed* kan have sammenhæng med manglende iværksættelse af passende forebyggende foranstaltninger, hvilket må være et specifikt moment i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a, som tilsynsmyndigheden bør inddrage. Denne afvejning foretager Datatilsynet imidlertid ikke. Som nævnt er Kombit A/S en større virksomhed, hvorfor der kan argumenteres for, at fejlen burde have været opdaget tidligere, og dermed burde varigheden ligeledes være et moment i Datatilsynets vurdering.¹⁷⁵

Datatilsynet har i tidligere afgørelser lagt vægt på, at kommunerne har en særlig rolle som myndighed, idet disse behandler store mængder af personoplysninger om borgere.¹⁷⁶ Det kan ligeledes argumenteres for, at dette er tilfældet ved Kombit A/S, idet der som led i systemet FLIS behandles personoplysninger, hvor borgere ikke har mulighed for at fravælge behandlingen. Det er derved interessant, at Datatilsynet ikke iagttager Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra k. Såfremt dette moment havde været iagttaget, kan det antages, at dette ville have udgjort en skærpende omstændighed.

Datatilsynet inddrager ej heller typen af personoplysninger i vurderingen af overtrædelsens alvorlighed. Det vil være nærliggende, at Datatilsynet tager behandlingens karakter i betragtning, idet der til dels er tale om fortrolige personoplysninger, hvilket kan henregnes til Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra g. Datatilsynet vurderer ikke nærmere personoplysningernes karakter, hvilket burde inddrages i vurderingen, idet mere sensitive personoplysninger må tale for en skærpet vurdering - henset til, at behandlingssikkerheden skal være højere.¹⁷⁷ Ovenstående vurdering ses Datatilsynet dog ikke at tage.

Afslutningsvist skal nævnes, at Datatilsynet ej heller iagttager momentet i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra h om den måde, hvorpå tilsynsmyndigheden fik kendskab til

¹⁷⁴ WP 253, s. 11

¹⁷⁵ Balancen i 2019 er på mere end DKK 1,2 mia.: <http://regnskaber.virk.dk/57053491/amNsb3VkczoVzA-zLzc1LzUwLzIyLzQ1L2M4OTYtNDdiYS05NzkWLVJmY2Q2MjFiZTg2ZQ.pdf> (Tjekket d. 15. december)

Kombit A/S er en større virksomhed i henhold til definition fastlagt af EU-kommission idet Kombit A/S har en balance på mere end € 43 mio.: https://ec.europa.eu/growth/smes/sme-definition_en (Tjekket d. 15. december 2020)

¹⁷⁶ Utrykt afgørelse afsagt af Datatilsynet vedrørende Gladsaxe Kommune: Sagen er ikke angivet med journalnummer, da afgørelsen alene er gengivet i et nyhedsopslag på Datatilsynets hjemmeside uden offentliggørelse af selve afgørelsen.

¹⁷⁷ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 156

overtrædelsen. Det følger af wp 253, s. 16, at: *“Hvis en dataansvarlig/databehandler har handlet skødesløst uden at anmelde dette eller uden at anmelde alle detaljer om overtrædelsen, fordi vedkommende ikke har bedømt overtrædelsens omfang korrekt, kan tilsynsmyndigheden også vurdere, at en strengere sanktion er påkrævet”*. Det vil således være et skærpende moment, såfremt den dataansvarlige/databehandleren har handlet skødesløst eller forsøgt at skjule alle detaljer om overtrædelsen i forbindelse med anmeldelsen. Set i lyset af Kombit A/S’ størrelse og kompleksitet kan dette tale for en vis uagtsomhed, idet Kombit A/S som led i netop virksomhedens størrelse burde have opdaget fejlen. Det følger dog omvendt af wp 253, s. 16, at såfremt tilsynsmyndigheden får kendskab til overtrædelsen som resultat af en klage, kan dette ikke fortolkes som en formildende/ skærpende omstændighed. Det må derved udledes, at dette hverken har haft en formildende eller skærpende virkning for valget af den korrigerende foranstaltning.

Datatilsynets fortolkning af “behørigt hensyn”

Det er fra ovenstående udledt, at der er momenter i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k, som Datatilsynet ikke har iagttaget ved vurderingen af den mest passende korrigerende foranstaltning. Manglende iagttagelse af momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k kan foranledige spørgsmålet om, hvorvidt dette bundes i en mangelfuld forståelse af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, 2. pkt. om “behørigt hensyn” jf. afhandlingens kapitel 4. Henset til denne tidligere gennemgang burde Datatilsynet iagttage alle momenter ved udvælgelsen af den mest passende korrigerende foranstaltning og følgelig indtage alle relevante momenter. Det fremgår imidlertid, at Datatilsynet ikke har iagttaget alle momenter.

Idet Datatilsynet ikke tager behørigt hensyn til alle momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k, og at det i ovenstående afgørelse kan udledes, at de manglende momenter er af skærpende karakter, er der grundlag for, at Datatilsynet potentielt kunne have endt med at anvende en mere indgribende foranstaltning, herunder en administrativ bøde, såfremt Datatilsynet havde fortaget behørigt hensyn i overensstemmelse med art. 83, stk. 2. Dette kan derved indikere, at hvis en sag tilsvarende FLIS havde været anmeldt til en anden medlemsstats tilsynsmyndighed, som overholdt forpligtelsen om at foretage behørigt hensyn til momenterne, kunne det potentielt medføre anvendelsen af en mere indgribende foranstaltning.

I lignende sager vil Datatilsynets forståelse af bestemmelsen således føre til en uensartet anvendelse af de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, tilsynsmyndighederne imellem.

Datatilsynets anvendelse og fortolkning af princippet om afskrækkende virkning

Det skal bemærkes, at det ikke alene er momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k, som danner grundlag for udvælgelsen og udmålingen af den korrigerende foranstaltning. Tilsynsmyndighederne skal ligeledes sikre, at den valgte sanktion er effektiv, står i rimelig i forhold til overtrædelsen og har afskrækkende virkning.¹⁷⁸ Det er derfor bemærkelsesværdigt, at sådanne betragtninger ikke tydeligt fremgår af sagen.

Ovenstående betragtninger viser, at der er flere skærpende momenter som Datatilsynet ikke har iagttaget i medfør af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2. Dette kan indikere, at udvælgelsen af den korrigerende foranstaltning er for mild, hvorfor det findes interessant i denne afgørelse at betragte princippet om *afskrækkende virkning*. Som anført i afsnit 4.2.2 indebærer princippet om afskrækkende virkning blandt andet, at straf er afskrækkende, hvor den forhindrer en fra at krænke målene med lovgivningen.¹⁷⁹ Det der er afgørende i denne henseende er blandt andet straffens art og niveau.¹⁸⁰

Et af de generelle formål med Databeskyttelsesforordningen er at finde i dennes art. 1, stk. 2, hvoraf det fremgår, at fysiske personer skal beskyttes i forbindelse med behandling af deres personoplysninger. I afgørelsen FLIS bør den anvendte korrigerende foranstaltning altså forhindre databehandleren Kombit A/S i at krænke formålet om at beskytte de fysiske personer, der i sagen får behandlet deres personoplysninger i uoverensstemmelse med Databeskyttelsesforordningens art. 32.

De fysiske personer vil umiddelbart opleve den størst mulige sikkerhed, såfremt de dataansvarlige blot efterlever Databeskyttelsesforordningen. Det er naturligt, at desto mere afskrækkende en korrigerende foranstaltning er, forhold til dens art og niveau, desto mere villig vil den data-

¹⁷⁸ WP 253, s. 6

¹⁷⁹ Generaladvokat Juliane Kokott i forenede sager, C-387/02, C-391/02 OG C-403/02, I - 3598

¹⁸⁰ Generaladvokat Juliane Kokott i forenede sager, C-387/02, C-391/02 OG C-403/02, I - 3598

ansvarlige og eller databehandleren være til at efterleve Databeskyttelsesforordningen, og dermed opfylde deres forpligtelser.¹⁸¹ Det er klart, at forskellige dataansvarlige og databehandlere har forskellig opfattelse af, hvilken art og hvilket niveau en given korrigerende foranstaltning skal have for, at den i deres optik har en afskrækkende virkning. Den primære årsag til en sådan forskelligartet opfattelse er at finde i de dataansvarliges og eller databehandleres finansielle situation. De dataansvarlige og eller databehandlere som er mere velstillet, vil umiddelbart have en opfattelse af, at arten og niveauet af en given korrigerende foranstaltning skal være af mere indgribende/større omfang for at have afskrækkende virkning, end hvis den korrigerende foranstaltning havde været rettet mod en mindre velstillet dataansvarlig og eller databehandler.

Som tidligere anført må Kombit A/S anses som værende en relativ stor virksomhed¹⁸², og det er derfor betænkeligt, at Datatilsynet blot gør brug af en korrigerende foranstaltning i form af kritik efter Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra b. Baggrunden herfor er, at en udtalelse af kritik syner mild og dermed ikke afskrækkende i forhold til Kombit A/S størrelse. Når princippet om afskrækkende virkning umiddelbart ikke er overholdt giver det anledning til at anfægte Datatilsynets afgørelse. Såfremt princippet om afskrækkende virkning faktisk var blevet overholdt ville det umiddelbart kunne medføre, at en anden og mere indgribende foranstaltning havde været anset som værende mere passende.

Dette betyder ligeledes, at såfremt en sag tilsvarende FLIS havde været anmeldt til en anden medlemsstats tilsynsmyndighed, som overholdt princippet om afskrækkende virkning, ville dette umiddelbart have medført anvendelse af en administrativ bøde.¹⁸³ I lignende sager vil Datatilsynets fortolkning af princippet om afskrækkende virkning, efter alt overvejende sandsynlighed, fører til en uensartet anvendelse af de korrigerende foranstaltninger tilsynsmyndighederne imellem.

¹⁸¹ Blume, Den nye persondataret (2018), s. 210

¹⁸² Balancen i 2019 er på mere end DKK 1,2 mia.: <http://regnskaber.virk.dk/57053491/amNsb3VkczoVLzA-zLzc1LzUwLzIyLzQ1L2M4OTYtNDdiYS05NzkwLWJmY2Q2MjFiZTg2ZQ.pdf> (Tjekket d. 15. december)

Kombit A/S er en større virksomhed i henhold til definition fastlagt af EU-kommission idet Kombit A/S har en balance på mere end € 43 mio.: https://ec.europa.eu/growth/smes/sme-definition_en (Tjekket d. 15. december 2020)

¹⁸³ C-565/12, af 27. marts 2014, LCL Le Crédit Lyonnais v. Fesih Kalhan, præmis 51

7.4.3 Momenter og principper i Haga Hospital

I AP's afgørelse vedrørende Haga Hospital fremgår det specifikt, hvilke momenter AP lægger vægt på ved vurderingen af om bøde skal pålægges, samt hvilke momenter AP inddrager ved vurderingen af bødens størrelse. Det bemærkes, at AP ved vurderingen af bødestørrelsen betragter alle momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k, men inddrager alene de momenter, som AP finder relevante. AP henviser dog til den hollandske vejlednings art. 7 i forbindelse med vurderingen af momenterne. Momenterne angivet i den hollandske vejledning er de samme momenter, som indeholdt i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k. Indeværende afsnit vil dog på baggrund af læsevenligheden alene henvise til Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2.

Anvendte momenter i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k

AP vurderer først Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a, hvoraf det i afgørelsen alene fremgår, at der lægges vægt på overtrædelsens karakter, varighed, antal registrerede og behandlingens karakter. WP 253 tilsiger, at overtrædelsens karakter, men også; *"pågældende behandlings karakter, omfang eller formål samt antal registrerede, der er berørt, og omfanget af den skade, som de har lidt"* afgør alvorligheden af overtrædelsen.¹⁸⁴

For det første vurderer AP det specifikke moment *"overtrædelsens karakter"* i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a. Overtrædelsens karakter kan ledes hen på, at persondatabehandlingen ikke er i overensstemmelse med Databeskyttelsesforordningens art. 32, og i denne forbindelse vurderer AP, at dette har en skadende effekt på hele sundhedssektorens ry, herunder patienternes tillid til sundhedssektoren. Dette moment anser AP som skærpende.

Dernæst inddrager AP det specifikke moment *"overtrædelsens varighed"*, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a. AP lægger vægt på overtrædelsens varighed, som strakte sig over 4 måneder og stadig foregik på tidspunktet for AP's afgørelse. Det kan i denne henseende udledes, at AP har vurderet, at Haga Hospital ikke har iværksat passende forebyggende foranstaltninger¹⁸⁵, idet Haga Hospital *kun* undersøger logningsfiler på 6 tilfældige patienter om året, hvorfor AP anser dette som et skærpende moment.

¹⁸⁴ WP 253, s. 10

¹⁸⁵ WP 253, s. 11

Dernæst vurderer AP det specifikke moment "*antal registrerede*", jf. Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a. I denne forbindelse lægges der vægt på, at overtrædelsen potentielt omfatter alle registrerede i hospitalets IT-system. Det kan heraf udledes, at AP har vurderet, at der er tale om en systemisk overtrædelse.¹⁸⁶ Henset til at der i hovedsagen kun er tilgået helbredsoplysninger på en patient, vurderer AP, at alle patienter i hospitalets IT-system er omfattet. Dermed vurderes dette moment ligeledes skærpende.

Endvidere kan det udledes, at AP har betragtet det specifikke moment "*behandlings karakter*", jf. Databeskyttelsesforordningen, art. 83, stk. 2, litra a, idet der i bedømmelsen af alvorligheden lægges vægt på, at der er tale om helbredsoplysninger jf. Databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 15. Helbredsoplysninger er følsomme personoplysninger jf. Databeskyttelsesforordningens art. 9, stk. 1 og uautoriseret adgang til sådanne oplysninger kan have store konsekvenser for de registrerede.¹⁸⁷ Dette anser AP som skærpende moment.

AP har samlet vurderet, at bruddet på Databeskyttelsesforordningens art. 32, som følge af overtrædelsens karakter, varighed, antal registrerede og behandlingens karakter udgør en alvorlig forseelse. Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a vurderes dermed i sit hele som værende et skærpende moment ved udmålingen af bødens niveau, og som følge heraf forøger AP bøden med € 75.000 jf. den hollandske vejlednings art. 6, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a.

AP inddrager dernæst Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra b. AP, som gør gældende, at Haga Hospital er ansvarlige for at vedtage strukturer og afsætte ressourcer, som skal være passende i lyset af virksomhedens karakter og kompleksitet. Haga Hospital forsøger at legitimere overtrædelsen af Databeskyttelsesforordningens art. 32 med påstand om manglende ressourcer, men dette kan ikke anses som værende en formildende omstændighed, hvilket er i overensstemmelse med WP 253.¹⁸⁸ Henset til personoplysningernes karakter forventes det, at Haga Hospital sikrer passende tekniske foranstaltninger med udgangspunkt i en risikovurdering og tilfører fornødne ressourcer for at kunne overholde sikkerhedsstandarderne NEN-7510-2, NEN-7513 og Databeskyttelsesforordningens art. 32. AP har ligeledes betragtet Haga Hospitals politik om undersøgelse af logningsfiler på 6 tilfældige patienter om året, hvilket AP ikke

¹⁸⁶ WP 253, s. 10

¹⁸⁷ WP 253, s. 15

¹⁸⁸ WP 253, s. 12

anser som værende fyldestgørende til opfyldelse af passende tekniske sikkerhedsforanstaltninger. I denne forbindelse er politikken for kontrol af logningsfiler på 6 tilfældige patienter om året ikke tilstrækkeligt til at opfylde kravet om "(...) *systematische, risicogerichte c.q. intelligente controle van de logging*"¹⁸⁹, som frit oversat til dansk betyder "systematisk, risikoorienteret og/eller intelligent kontrol af logningsfilerne". AP vurderer den utilstrækkelige politik om kontrol af logningsfiler som værende uagtksom, hvilket er på linje med WP 253.¹⁹⁰ AP8 vurderer på baggrund af ovenstående, at Haga Hospitals manglende iagttagelse af standarderne NEN-7510-2, NEN-7513 og Databeskyttelsesforordningens art. 32 er særlig uagtsomt jf. Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra b. I denne henseende forhøjes bøden med yderligere € 75.000, og deraf kan det udledes, at Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra b udgør et skærpende moment.

Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra c er ligeledes inddraget i vurderingen af bøddestørrelsen. Hertil bemærkes, at Haga Hospital på eget initiativ implementerede bestemte foranstaltninger, som resulterede i, at Haga Hospital overholdt standarden i NEN-7510-2 således, at der blev opsat og påkrævet to-faktor godkendelse ved personaletilgangen til patientjournaler. Ifølge WP 253 kan dette i vurderingen af sanktioneringsniveauet være en lempelig faktor.¹⁹¹ Haga Hospital havde dog ikke implementeret passende sikkerhedsforanstaltninger i forbindelse med undersøgelse af logningsfilerne, idet Haga Hospital fremadrettet *kun* ville undersøge logningsfilerne på 6 patienter årligt. Dette drager omvendt momentet i en skærpende retning.¹⁹² AP hverken forhøjer eller nedsætter bødens størrelse på baggrund af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra c. Det kan derfor udledes, at idet Haga Hospital implementerer to-faktor godkendelse, men ikke sikrer tilstrækkelige foranstaltninger i forbindelse med undersøgelse af logningsfilerne fører til at momentet, hverken vurderes lempelig eller skærpende.

AP vurderer ligeledes Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra g om kategorier af personoplysninger, der er berørt af overtrædelsen. AP vurderer ikke dette moment som væ-

¹⁸⁹ Toegang tot digitale patiëntdossiers door medewerkers van het HagaZiekenhuis, s. 14 ff.https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/haga_rapport_def.pdf

¹⁹⁰ WP 253, s. 12

¹⁹¹ WP 253, s. 13

¹⁹² WP 253, s. 13

rende hverken skærpende eller lempelig, da kategorien af personoplysninger er taget i betragtning ved vurderingen af momentet "behandlings karakter" i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a.

Afslutningsvist vurderer AP, at ingen af de andre momenter i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2 ses at have relevans for udmåling af størrelsen på bøden. AP konkluderer, at den samlede bøde fastsættes til € 460.000.

Afgørelsens momenter sammenholdt med den valgte korrigerende foranstaltning

Udvælgelsen af den korrigerende foranstaltning i form af bøde, er umiddelbart overensstemmende med AP's inddragelse af relevante momenter, som hovedsageligt er af skærpende karakter. Afgørelsen, Haga Hospital, illustrerer en pragmatisk tilgang til udmålingen af en præcis bødestørrelse efter den hollandske vejledning. Det ses, at AP i udgangspunktet tager behørigt hensyn til alle momenter i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2 med afsæt i den hollandske vejlednings art. 7. AP udvælger de momenter, som findes relevante at knytte til den pågældende sag i vurderingen af bødestørrelsen. Ud fra den hollandske vejledning er brud på Databeskyttelsesforordningens art. 32 en kategori II-overtrædelse. Her er basisgrundlaget for bøden € 310.000, som kan nedsættes til € 120.000 eller forhøjes til € 500.000 jf. den hollandske vejlednings art. 2 (2.3). AP kan efter art. 6 nedsætte eller forhøje bøden, hvis det lægges til grund, at nogle momenter er særligt lempelige eller særligt skærpende. Når der ses isoleret på afgørelsen, hvor bødestørrelsen er vurderet ud fra den hollandske vejlednings satser, så er bødeniveauet på € 460.000 i overensstemmelse med den hollandske vejledning inden for de grænser, som denne sætter i Kategori II.

AP's fortolkning af "behørigt hensyn"

Det fremgår af afgørelsen, at AP ved brug af den hollandske vejledning iagttager samtlige momenter i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a-k. AP vurderer herefter, hvilke momenter der findes relevante og betragter disse momenter i vurderingen af den mest passende korrigerende foranstaltning herunder udmålingen af bødens niveau. Som beskrevet i kapitel 4 forekommer denne fremgangsmåde umiddelbart overensstemmende med det at tage behørigt hensyn, hvorefter alle relevante momenter bør inddrages og alle ikke-relevante momenter søges undgået. Af AP's udførlige gennemgang og betragtning af alle relevante momenter kan det

derved lægges til grund, at AP har taget behørigt hensyn til alle momenter i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2.

AP's anvendelse og fortolkning af proportionalitetsprincippet

Som det ses i udledningen af momenterne, har AP på baggrund af en skærpende vurdering af momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, litra a og litra b forhøjet basisgrundlaget for bøden på € 310.000 med € 150.000 (2 x € 75.000). Dermed pålægges Haga Hospital en samlet bøde på € 460.000 for overtrædelse af Databeskyttelsesforordningens art. 32. Det kan argumenteres, at AP ved brug af den hollandske vejledning har en aggressiv tilgang til vurdering af bødestørrelsen, hvorfor dette kan give anledning til spørgsmål af om denne er *proportional*. Som angivet i afsnit 4.2.2 er det klarlagt ved EU-Domstolens retspraksis, at princippet om proportionalitet blandt andet skal forstås således, at sanktioner ikke bør overstige det, der er passende og nødvendigt for gennemførelsen af de formål, der lovligt tilsigtes med lovgivningen.¹⁹³ Proportionalitet skal i denne forbindelse vurderes ud fra Databeskyttelsesforordningens formål, som beskrevet i afhandlingens kapitel 2.1. Databeskyttelsesforordningen har to overordnede formål. Det må lægges til grund, at navnlig formålet om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger er oplagt at betragte ved vurderingen af om bødens niveau er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Dette ses ved, at afgørelsen hovedsageligt omhandler utilsigtet adgang til en patients helbredsoplysninger som følge af et utilstrækkeligt sikkerhedsniveau. Derved har Haga Hospital ikke beskyttet fysiske personer i forbindelse med behandlingen af personoplysninger, idet persondatabasehandlingen ikke er sket i overensstemmelse med Databeskyttelsesforordningens art. 32. AP bør således vurdere bødens niveau ud fra det som er passende og nødvendigt for gennemførelsen af dette formål. Det fremgår imidlertid ikke klart af afgørelsen, at AP har vurderet hvilket bødeniveau, der er passende og nødvendigt for at gennemføre formålet om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandlingen af personoplysninger.

Henset til, at AP hovedsageligt inddrager momenter af skærpende vægt, vil dette foranledige en skærpet vurdering ved udmålingen af bødens niveau. Særligt den utilsigtede adgang til helbredsoplysninger på en patient taler for en skærpet vurdering ved udmålingen af bødens niveau,

¹⁹³ C-443/13, af 13. november 2014, Ute Reindle v. Bezirkshauptmannschaft Innsbruck, præmis 39

idet helbredsoplysninger kræver et højere sikkerhedsniveau.¹⁹⁴ Måden hvorpå personalet havde tilgang til helbredsoplysningerne kan ligeledes kritiseres, da det kan forventes, at Haga Hospital på baggrund af virksomhedens karakter og kompleksitet, burde have iværksat nødvendige tekniske foranstaltninger, således at en sådan hændelse ikke ville indtræde. Dette taler ligeledes for en skærpet vurdering ved udmålingen af bødens niveau.

Haga Hospital har ikke implementeret passende forebyggende foranstaltninger således, at der er lav risiko for at hændelsen gentages. Dette ses ved, at Haga Hospitals politik om undersøgelse af logningsfilerne er utilstrækkelig, hvorfor bruddet på Databeskyttelsesforordningens art. 32 ikke er ophørt. I og med at overtrædelsen ikke er ophørt har Haga Hospital ikke gennemført formålet om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandlingen af personoplysninger.

Ud fra ovenstående betragtninger kan det umiddelbart konstateres, at AP har overholdt proportionalitetsprincippet i overensstemmelse med EU-domstolens retspraksis. AP vurderer overtrædelsen som værende alvorlig og henset til sagens omstændigheder og inddragelsen af de relevante momenter, fremgår AP's betragtninger vedrørende alvorligheden umiddelbart som værende velovervejet. Således syner en bøde på € 460.000 som et passende og nødvendigt niveau for gennemførelsen af formålet om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandlingen af personoplysninger. Det skal imidlertid bemærkes, at AP har overvejet proportionaliteten af bødens niveau. Dette er vurderet ud fra Haga Hospitals finansielle situation jf. Afsnit 4.4.6 i afgørelsen. Det antages, at der med "finansielle situation" menes, at proportionaliteten vurderes ud fra virksomhedens omsætning. Haga Hospitals omsætning var i 2018 på € 533 mio¹⁹⁵. Ud fra dette økonomiske parameter hverken forhøjes eller nedsættes bøden, hvorfor AP mener at bødens niveau er proportional. Det findes imidlertid vanskeligt at kommentere på hvorvidt denne vurdering af proportionaliteten er overensstemmende med EU-Domstolens retspraksis, og dermed om AP overholder proportionalitetsprincippet.

¹⁹⁴ Blume, Den Nye Persondataret (2018), s. 156

¹⁹⁵ Zorgnetwerk Reinier Haga Groep, Bestuursverslag 2018, Versie: 27 mei 2019 (Årsregnskab, 2018), s. 7

Henset til afsnit 6.4.3 bør det bemærkes, at tilsynsmyndighederne er overladt et vidt skøn ved udmålingen af bødens niveau. Kun hvis en foranstaltning er *åbenbart uhensigtsmæssig* i forhold til det mål, som tilsynsmyndigheden forfølger, vil proportionalitetsprincippet kunne føre til ugyldighed.¹⁹⁶

Opsummerende kan det konstateres, at der er omstændigheder, såsom sagens alvorlighed, som indikerer, at AP har overholdt proportionalitetsprincippet i overensstemmelse med EU-Domstolens retspraksis. Blandt andet på baggrund af proportionalitetsprincippet vidde rammer, hviler denne indikation dog på et usikkert grundlag.

7.5. Delkonklusion

I dette kapitel blev der inddraget to afgørelser fra henholdsvis AP (Haga Hospital) og Datatilsynet (FLIS). Henholdsvis Haga Hospital og FLIS blev inddraget på baggrund af deres faktuelle ligheder. I den sammenhæng blev sagerne undersøgt for at vurdere, hvorvidt de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2 anvendes ensartet.

Det blev fastlagt i ovennævnte afgørelser, at de respektive tilsynsmyndigheder anvender de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2 uensartet idet der i Haga Hospital udstedes en bøde på € 460.000 og i FLIS alene udtales alvorlig kritik. Baggrunden herfor er umiddelbart at finde i tilsynsmyndighedernes fortolkning af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1-2.

Af de i afsnittet belyste afgørelser fremgår det, at Datatilsynet ikke fortager behørigt hensyn til momenterne angivet i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2. De momenter, som Datatilsynet ikke tager behørigt hensyn til er af skærpende karakter. Dette kan potentielt foranledige en anvendelse af mere indgribende korrigerende foranstaltninger, såfremt behørigt hensyn var iagttaget korrekt af Datatilsynet. I afgørelsen Haga Hospital ses AP omvendt at tage behørigt hensyn i overensstemmelse med Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, hvilket indikerer, at AP isoleret set ud fra momenterne, har valgt den mest passende korrigerende foranstaltning.

¹⁹⁶ C-310/04, af 7. september 2006, Kingdom of Spain v Council of the European Union, præmis 99

Baggrunden for den uensartede anvendelse af de korrigerende foranstaltninger fandtes endvidere begrundet i de respektive tilsynsmyndigheders fortolkning af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1. I afgørelsen FLIS er der flere betragtninger, som indikerer, at brugen af den korrigerende foranstaltning, i form af kritik, var for mild.

Det fandtes derfor relevant at vurdere om Datatilsynet havde iagttaget princippet om afskrækkende virkning i overensstemmelse med Generaladvokat Kokott's udtalelse herom. I den sammenhæng bemærkes det, at Datatilsynet umiddelbart ikke fortolkede princippet i overensstemmelse med den nævnte udtalelse, hvilket i teorien, kunne have ført til anvendelsen af en mere indgribende foranstaltning, såfremt Datatilsynet havde fortolket princippet i overensstemmelse hermed. I afgørelsen Haga Hospital er der omvendt flere betragtninger, som indikerer, at brugen af den korrigerende foranstaltning i form af bøde samt udmålingen heraf må anses som værende for streng. Princippet om proportionalitet fandtes derved væsentligt at undersøge. Der fandtes omstændigheder vedrørende sagens alvorlighed, som indikerede at AP havde overholdt proportionalitetsprincippet i overensstemmelse med EU-Domstolens retspraksis, men indikationen forelå dog på et usikkert grundlag idet tilsynsmyndighederne overlades et vidt skøn ved udmålingen af bødens niveau.

I afgørelsen fremgår det, at AP iagttager proportionalitet ved bedømmelsen af bøden. Denne proportionalitetsafvejning ses imidlertid vurderet ud fra virksomhedens omsætning, hvorfor det fandtes vanskeligt at kommentere på hvorvidt denne vurdering af proportionaliteten var i overensstemmelse med EU-Domstolens retspraksis.

På baggrund af ovenstående må det konstateres at Datatilsynets forståelse og anvendelse af bestemmelserne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1-2 umiddelbart er med til at skabe uensartet anvendelse af de korrigerende foranstaltninger tilsynsmyndighederne imellem. Omvendt fortolker og anvender AP umiddelbart bestemmelsen i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2 i overensstemmelse EU-lovgivers intentioner. En sådan brug af bestemmelsen må omvendt antages at bidrage til en ensartet anvendelse af de korrigerende foranstaltninger.

Kapitel 8: Forumshopping

Analysen i kapitel 6-7 illustrer, at retstilstanden for så vidt angår fortolkning af principperne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1 og brugen af momenterne i art. 83, stk. 2, kan føre til dannelsen af ”dyre” og ”billige” medlemsstater. Forumshopping i et persondataretligt perspektiv kan således blive en realitet. Virksomheder vil som følge heraf etablere sig i medlemsstater, hvor tendensen er, at der primært anvendes lempelige korrigerende foranstaltninger, såsom udtalelse af kritik.

8.1. One-stop-shop

En væsentlig nyskabelse med Databeskyttelsesforordningen er one-stop-shop-mekanismen.¹⁹⁷ Databeskyttelsesforordningen indeholder regler om one-stop-shop-mekanismen¹⁹⁸, hvorefter flere nationale tilsynsmyndigheder involveres i sager omhandlende grænseoverskridende behandling af personoplysninger jf. art. 4, nr. 23, og hvor én af tilsynsmyndighederne fungerer som ledende tilsynsmyndighed, mens andre tilsynsmyndigheder er berørte tilsynsmyndigheder jf. art. 4, nr. 22. Efter Databeskyttelsesforordningens art. 56, stk. 1 er tilsynsmyndigheden for den dataansvarliges eller databehandlerens hovedvirksomhed¹⁹⁹, eller eneste etablering kompetent til at fungere som ledende tilsynsmyndighed for den grænseoverskridende behandling, som foretages af den dataansvarlige eller databehandleren efter proceduren i Databeskyttelsesforordningens art. 60.

Anvendelsen af Databeskyttelsesforordningens art. 56 og one-stop-shop-mekanismen kræver, at den dataansvarlige eller databehandleren er etableret i mere end én medlemsstat *eller* når den dataansvarlige eller databehandleren alene er etableret i én medlemsstat og behandlingen af personoplysninger, i væsentlig grad påvirker eller sandsynligvis i væsentlig grad vil kunne påvirke registrerede i mere end én medlemsstat.²⁰⁰ Om begrebet ”etableret” henvises til afhandlingens afsnit 2.2 om Databeskyttelsesforordningens art. 3, stk. 1. Rollen for den ledende tilsynsmyndighed er nærmere reguleret i Databeskyttelsesforordningens art. 60, særligt stk. 1 og

¹⁹⁷ Betænkning nr. 1565, Betænkning om Databeskyttelsesforordningen (2016/679), Del I, bind 2, s. 815

¹⁹⁸ Databeskyttelsesforordningens art. 56, stk. 1 og art. 60

¹⁹⁹ Databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 16

²⁰⁰ Korfits Nielsen, Kristian m.fl., Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer (2020), s. 836

stk. 4.²⁰¹ Det følger heraf, at det pågældende tilsyn skal lede og koordinere håndhævelsen af Databeskyttelsesforordningen på vegne af berørte tilsynsmyndigheder. Den ledende tilsynsmyndighed kan omvendt ikke agere på egen hånd uden at tage hensyn til bemærkninger fra berørte tilsynsmyndigheder. Udkastet til afgørelse, fra den ledende tilsynsmyndighed, har således ikke mere vægt end andre medlemslandes tilsynsmyndigheders syn på sagen.²⁰² Målet er at nå til enighed jf. Databeskyttelsesforordningens art. 60, stk. 1. Denne fremgangsmåde antages at have en effekt i forhold til at kunne reducere incitamentet til forumshopping idet, at enhver berørt tilsynsmyndighed har mulighed for at påvirke resultatet af afgørelsen. Det fremgår desuden af WP 244, at Databeskyttelsesforordningen ikke tillader forumshopping, og hvis en virksomhed hævder at have hovedvirksomhed i en medlemsstat, men ikke udøver reel ledelse eller træffer beslutninger om behandling af personoplysninger, skal der på grundlag af objektive kriterier og gennemgang af dokumentation besluttet hvilken tilsynsmyndighed, der er den ledende tilsynsmyndighed.²⁰³ Det er væsentligt at bemærke, at one-stop-shop-mekanismen udelukkende finder anvendelse ved grænseoverskridende behandling af personoplysninger.

8.2. Lokale databehandlingsaktiviteter

Til trods for, at der i afhandlingens kapitel 6-7 udelukkende fortages analyse af afgørelser, hvori der ikke fremgår elementer af grænseoverskridende behandling af personoplysninger, findes one-stop-shop-mekanismen alligevel interessant at inddrage. Baggrunden herfor er, at analysen illustrerer, at forumshopping ikke kun er aktuel hvad angår grænseoverskridende behandling af personoplysninger. Afhandlingens analyse i kapitel 6-7 illustrerer således, at tilsynsmyndighedernes uensartede fortolkning af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1-2 skaber grundlag for forskellig anvendelse af de korrigerende foranstaltninger, og derved gør forumshopping højaktuel – også ved lokale databehandlingsaktiviteter. Tilstanden fører således til, at nogle medlemsstater vil være mere fordelagtige for dataansvarlige og databehandlere at etablere sig i end andre medlemsstater. Det vil sige, at virksomheder, som udfører lokal databehandling ligeledes, kan spekulere i etablering i medlemsstater, som anvender lempelige korrigerende foranstaltninger fordi momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2

²⁰¹ Korfits Nielsen, Kristian m.fl., Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer (2020), s. 836

²⁰² Korfits Nielsen, Kristian m.fl., Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer (2020), s. 836

²⁰³ WP 244, s. 8

ikke anvendes ensartet og principperne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1 fortolkes forskelligt. På denne baggrund kan forumshopping blive en konsekvens af et ikke harmoniseret sanktioneringssystem.

På baggrund af afhandlingens kapitel 6-7 er det udledt, at Datatilsynets anvendelse og fortolkning af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1-2, umiddelbart ikke sker i overensstemmelse med EU-lovgivers intentioner. Desuden sker anvendelsen og fortolkningen af bestemmelserne antageligvis på en sådan måde, at Datatilsynet gør brug af mindre indgribende foranstaltninger efter Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2. På denne baggrund vil Danmark umiddelbart anses som værende et attraktivt sted for etablering ud fra et persondataretligt perspektiv. Peter Blumes postulat om at: *“Sanktionsniveauet hidtil har (red.) været meget forskelligt i medlemsstaterne, og det må konstateres, at Danmark har været et af de billige lande”*²⁰⁴ er altså umiddelbart rammende.

²⁰⁴ Blume, Den Nye Persondataret (2018), s. 209

Kapitel 9: Refleksioner

9.1. Indledende bemærkninger

I afhandlingens kapitel 6-7 er det belyst, at tilsynsmyndighederne i Danmark, Spanien og Holland har individuelle måder at tage ”behørigt hensyn” på, jf. Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, samt forskellige tilgange til iagttagelse af principperne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1.

Ovenstående tilgange kan umiddelbart forklares ud fra de sparsomme retningslinjer omkring, hvad der er tilsigtet med påbuddet om ”behørigt hensyn” og om anvendelse af principperne. Det fremgår hverken af Databeskyttelsesforordningen, vejledninger eller arbejds papirer, herunder WP 253, hvordan dette præcist skal forstås.²⁰⁵

9.2. Momenter og principper

Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1 og stk. 2 bør gennemgås i et sådant omfang, at alle relevante momenter og principper iagttages. En tilsynsmyndighed, som slavisk gennemgår hvert enkelt moment, samt begrunder hvorfor/hvorfor ikke momentet finder anvendelse, vil utvivlsomt have de bedste forudsætninger for at udvælge den mest ”passende” korrigerende foranstaltning, samt udmåle en administrativ bødes størrelse til et ”passende” niveau. En tilsvarende tilgang til principperne vil skabe bedre forudsætninger for at anvende disse i overensstemmelse med EU-lovgivers intentioner. Som det, i denne afhandling, er fremført er der imidlertid større forståelsesmæssige barrierer forbundet med principperne, og derfor vil ovennævnte tilgang kun være fyldestgørende, hvis en tilstrækkelig forståelse for principperne er tilvejebragt.

For at skabe de bedste forudsætninger for udvælgelsen af den mest ”passende” korrigerende foranstaltning, samt de bedste forudsætninger for at udmåle en administrativ bøde til et ”passende” niveau, bør henholdsvis momenter og principper anført i Databeskyttelsesforordningens

²⁰⁵ Se nærmere herom i afhandlingens kapitel 4

art 83, stk. 1-2 inddrages. Som konstateret i afhandlingens kapitel 6 og kapitel 7 er dette hverken den danske eller spanske tilsynsmyndigheds fremgangsmåde. I afhandlingens kapitel 7 er det belyst, at den Hollandske tilsynsmyndighed ligeledes har en særegen fremgangsmåde ved anvendelsen af momenterne og principperne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1-2.

Ud fra en logisk følgeslutning kan der ved forskellige tilgange/opstillinger af principper og momenter føre til, at essentielle dele af bestemmelsernes indhold og ordlyd kan gå tabt. Dette er følgelig uholdbart, da det kan føre til, at tilsynsmyndighederne, i sammenlignelige afgørelser, benytter forskellige korrigerende foranstaltninger. Dette kan derved, som illustreret i afhandlingens kapitel 8, føre til forumshopping, hvor særligt Danmark kan være et attraktivt sted at etablere sig som dataansvarlig eller databehandler på baggrund af Datatilsynets fortolkning og brug af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1 og 2.

Det kan anses som værende problematisk at fortolke principperne og momenterne i overensstemmelse med EU-lovgivers intentioner, og tilsynsmyndighederne har som nævnt i kapitel 6 og 7 vanskeligheder ved at bedømme, hvordan de bedst muligt fortager en tilgang/opstilling, som gør denne fortolkning mindre problemfyldt. Der foreligger på nuværende tidspunkt ikke en unionsgældende-vejledning²⁰⁶, men både Holland og Tyskland har deres egne vejledninger på området, hvilket i det følgende findes interessant at inddrage.

Danmark, Spanien og Hollands forskellige fortolkninger af “behørigt hensyn” resulterer i sidste ende til, at tilsynsmyndighederne, i de sammenlignelige afgørelser, benytter forskellige korrigerende foranstaltninger. Dette kan derved, som illustreret i afhandlingens kapitel 8, føre til forumshopping, hvor særligt Danmark kan være et attraktivt sted at etablere sig som dataansvarlig/databehandler på baggrund af Datatilsynets fortolkning og brug af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1 og 2.

Afhandlingens problemformulering relaterede sig til en juridisk undersøgelse af ensartethed og forumshopping, hvor der i afhandlingens kapitler er fremført flere problematikker. Dette rejser dernæst spørgsmålet, hvad der kan gøres anderledes og derved hvordan problemerne kan løses.

²⁰⁶ WP 253, s. 13

9.3. Vejledningerne

Tyskland og Holland har indført hver deres bødevejledning.²⁰⁷ Det ville efter alt overvejende formodning føre til en langt mere ensartet fortolkning af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1 og stk. 2 såfremt der var fastsat en vejledning om hvordan behørigt hensyn skal forstås og om hvordan tilsynsmyndighederne skal iagttage principperne i stk. 1, når en tilsynsmyndighed skal vurdere, hvilken korrigerende foranstaltning, som skal pålægges/udtales.

De to vejledninger har væsentlige forskelle, idet den tyske vejledning anlægger et syn på, at bøden skal pålægges efter virksomhedens størrelse, hvorimod den hollandske myndighed har søgt at beskrive alle tilfælde af overtrædelser af Databeskyttelsesforordningen, og dernæst en basisbøde ud fra dette. Fællestrækkene er dog, at momenterne i Databeskyttelsesforordningen art. 83, stk. 2 indtager en central rolle og tillægges stor vægt i begge vejledninger.²⁰⁸

I afhandlingens kapitel 7 blev den hollandske vejledning inddraget i forbindelse med analysen af afgørelsen Haga Hospital. Analysen illustrerede en ganske pragmatisk tilgang til det at tage ”behørigt hensyn”, idet AP gennemgik alle momenter i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2. Endvidere inddrog AP direkte proportionalitetsprincippet i afgørelsen. Det skal dog bemærkes, at principperne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1 ikke direkte er angivet som et kriterie i den hollandske vejledning, hvilket ikke antages at bidrage til yderligere forståelse vedrørende dette. Principperne og momenterne er imidlertid inkorporeret i den tyske vejledning.

Om den hollandske eller tyske vejledning er den mest ”rigtige” er udfordrende at give et svar på. Den hollandske vejledning har dog sine svagheder ved høje grundbøder. Den mest optimale løsning ses dog at være en vejledning, som endegyldigt fastlægger hvordan der skal tages behørigt hensyn til momenterne, samt hvorledes principperne skal fortolkes i overensstemmelse med Databeskyttelsesforordningen. Ud fra dette parameter ses den tyske vejledning at være tættest på at have den rigtige løsning. Vejledningen har dog visse fejkilder - eksempelvis vil en mild overtrædelse af Databeskyttelsesforordningen foretaget af en større virksomhed med

²⁰⁷ For yderligere gennemgang henvises til afhandlingens kapitel 5

²⁰⁸ For yderligere gennemgang henvises til afhandlingens kapitel 5.

en høj omsætning føre til en høj bøde, mens omvendt et særligt groft brud på Databeskyttelsesforordningen af en mindre virksomhed ville føre til en mindre bøde.

Ovenstående kan indikere, at der er en proportionalitetsproblematik i vejledningen. Denne problematik tog Landgericht Bonn i Tyskland (herefter retten i Bonn) op til vurdering i sagen ”1&1 Telecom GmbH v. BfDI”²⁰⁹²¹⁰, afsagt den 11. november 2020. Det skal bemærkes, at afgørelsen på nuværende tidspunkt ikke er offentligt tilgængelig, hvorfor der i afhandlingen er taget udgangspunkt i advokat Jan Spittkas artikel af 24. november 2020 om sagen. Advokat Jan Spittka var en del af DLA Piper-teamet, der afgav en ekspertudtalelse på vegne af 1 & 1 Telecom GmbH i retssagen.²¹¹ Retten i Bonn nedsatte en tidligere pålagt bøde til 1&1 Telecom GmbH fra € 9.55 mio. til € 900.000 for overtrædelse af Databeskyttelsesforordningens art. 32.²¹² Retten i Bonn gjorde navnlig gældende, at omsætning som anført i DSK’s vejledning ikke er anført blandt momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2 for så vidt angår om der skal pålægges bøde og udmålingen af denne.²¹³ Retten i Bonn fandt, at en tilsynsmyndighed, som det første skridt, har brug for at bestemme bødens størrelse uafhængigt af omsætningen og kun baseret på Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2.²¹⁴ Kun hvis bøden ville være for lav (og derfor ikke effektiv og ikke afskrækkende) eller for høj (og derfor ikke proportional) i forhold til omsætningen, kan bøden forhøjes eller nedsættes.²¹⁵ Tilsynsmyndighederne skal derfor først fokusere på momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2.

Transparensen i en vejledning må dog alt andet lige ses at være et velkomment bud for dataansvarlige/ databehandlere i EU, men idet EDPB endnu ikke fremkommet med en udførlig vejledning på nuværende tidspunkt, vil tilsynsmyndighederne fortsat være nødsaget til, med ud-

²⁰⁹ Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (frit oversat til dansk: Forbundskommissæren for databeskyttelse og informationsfrihed)

²¹⁰ J.nr.: 29 OWi-430 Js-OWi 366/20- 1/20 LG.

²¹¹ <https://blogs.dlapiper.com/privacymatters/germany-bonn-regional-court-overrules-gdpr-fining-guidelines-by-german-data-protection-authorities/> (tjekket 15. december 2020)

²¹² <https://blogs.dlapiper.com/privacymatters/germany-bonn-regional-court-overrules-gdpr-fining-guidelines-by-german-data-protection-authorities/> (tjekket 15. december 2020)

²¹³ <https://blogs.dlapiper.com/privacymatters/germany-bonn-regional-court-overrules-gdpr-fining-guidelines-by-german-data-protection-authorities/> (tjekket 15. december 2020)

²¹⁴ <https://blogs.dlapiper.com/privacymatters/germany-bonn-regional-court-overrules-gdpr-fining-guidelines-by-german-data-protection-authorities/> (tjekket 15. december 2020)

²¹⁵ <https://blogs.dlapiper.com/privacymatters/germany-bonn-regional-court-overrules-gdpr-fining-guidelines-by-german-data-protection-authorities/> (tjekket 15. december 2020)

gangspunkt i WP'er og Databeskyttelsesforordningen, selv at indføre praksis på området, hvilket giver mulighed for at skabe yderligere usikkerhed i et allerede problemfyldt område. I den tyske vejledning nu de facto ses ikke at være i overensstemmelse med EU-retten kan dette skabe yderligere usikkerhed.

9.4. Opstilling

Som det er belyst i ovenstående, er der væsentlige forskelle at spore for så vidt angår Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1 og 2, hvoraf en løsning kan være en omsiggribende vejledning. Et andet problemfelt, som skal belyses, relaterer sig til sammenhængsmekanismen og tilsynsmyndighedernes samarbejde imellem.

Datatilsynet anfører ikke bestemmelser eller principper i afsagte afgørelser, hvilket står i modsætning til Haga Hospital, hvor AP ses at tage behørigt hensyn til alle momenter. Desuden skal det nævnes, at Holland ikke står alene med denne pragmatiske tilgang. Det norske Datatilsyn ses ligeledes at have en pragmatisk tilgang i dennes afgørelse, hvilket kortfattet kan illustreres i sagen Rælingen,²¹⁶ hvor der ses en klar tilkendegivelse af inddragelse af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1 og dernæst en slavisk gennemgang af alle momenterne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2, som fremstår nærmest som en skabelon, som kan inddrages når det norske Datatilsyn træffer afgørelser. En sådan "skabelon" ville derved potentielt skabe mere transparens for dataansvarlige/databehandlere i EU hvis dette skete ensartet.

Det findes endvidere problematisk for sammenhængsmekanismen, at tilsynsmyndighederne alene publicerer deres afgørelser på originalsprog, hvilket automatisk kan føre til en større uensartethed inden for persondataretten. Tilsynsmyndighedernes opbygning og hvad der konkret lægges vægt på, fremstår grundlæggende uensartet, hvilket ikke ses at være i tråd med Databeskyttelsesforordningens ånd og formål om ensartethed og sammenhæng.

²¹⁶ Rælingen kommune, j.nr.: 19/01478-6/KBK af 26. februar 2020

Kapitel 10: Konklusion

Opsummerende og baggrunden for resultatet

Et af de overordnede formål med Databeskyttelsesforordningen er at bidrage til en ensartet anvendelse af dennes bestemmelser i EU. Formålet realiseres primært gennem tilsynsmyndighederne som blandt andet skal sørge for konsekvent håndhævelse af Databeskyttelsesforordningen, herunder ved brugen af de korrigerende foranstaltninger i Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2.

For at belyse om tilsynsmyndighederne efterlever forpligtelsen om at anvende de korrigerende foranstaltninger ensartet blev der i afhandlingen inddraget afgørelser fra tilsynsmyndighederne i Danmark (Datatilsynet), Spanien (AEPD) og Holland (AP). Disse afgørelser blev udvalgt på baggrund af, at flere af afgørelsernes centrale aspekter fandtes at være ligeartet, hvorved de respektive tilsynsmyndigheder burde anvende de korrigerende foranstaltninger ens. Sammenstilling af ligeartede afgørelser fandtes således at være en ukompliceret, men valid tilgang til at belyse om Databeskyttelsesforordningens sigte mod ensartethed efterleves. I afhandlingen blev i alt inddraget fire afgørelser, hvor to afgørelser (afsagt af Datatilsynet og AEPD) blev sammenholdt, primært på baggrund af overtrædelser af behandlingsgrundlaget i Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a og de resterende to afgørelserne (Afsagt af Datatilsynet og AP) blev sammenholdt, primært på baggrund af overtrædelser af behandlingssikkerheden i Databeskyttelsesforordningens art. 32. I den sammenhæng blev afgørelserne ligeledes udvalgt på baggrund af overtrædelsernes karakter, da det i afhandlingen antages, at den forskellige udformning af Databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra a og art. 32 kunne have indvirkning på den forpligtigelse, som påhviler tilsynsmyndighederne, om at anvende de korrigerende foranstaltninger ensartet i lignende sager.

I begge af Datatilsynets afgørelser udtales der blot kritik efter Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra b, hvorimod der både i AEPD's og AP's afgørelse udstedes en administrativ bøde efter Databeskyttelsesforordningens art. 58, stk. 2, litra i. Udvælgelsen af de korrigerende foranstaltninger fremgår dermed som værende forskellig, hvorved det tydeligt ses, at de respektive tilsynsmyndigheder ikke efterlever forpligtelsen om at anvende de korrigerende for-

anstaltninger ensartet i lignende sager. Den uensartede anvendelse af de korrigerende foranstaltninger blev i endnu højere grad gjort synlig idet AEPD og AP udmåler de administrative bøder til et relativt højt niveau. AEPD udmåler bøden til € 60.000 og AP udmåler bøden til € 460.000.

Afhandlingen søgte dernæst at belyse baggrunden for den uensartede anvendelse af de korrigerende foranstaltninger i lignende sager. Her fandtes det at tilsynsmyndighedernes anvendelse og fortolkning af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1-2 kunne bidrage til forståelsen af, hvorfor de korrigerende foranstaltninger anvendes forskelligt.

Ved en analyse af de udvalgte afgørelser fandtes det, at de respektive tilsynsmyndigheders fortolkning og anvendelse af Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2 var forskellig. I begge af Datatilsynets afgørelser (FLIS og Burda Nordic) blev det udledt, at der ikke var foretaget behørigt hensyn, og at de momenter som ikke blev iagttaget, var af skærpende karakter. Ud fra denne betragtning blev det konstateret at Datatilsynets anvendelse og fortolkning af art. 83, stk. 2 umiddelbart kunne føre til at en mere indgribende korrigerende foranstaltning havde været passende i afgørelserne. Det blev ligeledes udledt af AEPD's afgørelse (HM Hospitales), at der ikke var foretaget behørigt hensyn til momenterne. I den sammenhæng blev det konstateret at AEPD ikke foretog iagttagelse af et moment af lempelig karakter, hvilket potentielt kunne medføre at udvælgelse og udmåling af den korrigerende foranstaltning i form af en administrativ bøde ikke var passende. På denne måde kunne AEPD's anvendelse og fortolkning af art. 83, stk. 2 umiddelbart føre til, at et mere afdæmpet bødeniveau, og eller en udvælgelse af en mildere foranstaltning, havde været mere passende. I AP's afgørelse blev det imidlertid udledt at der var foretaget behørigt hensyn i overensstemmelse med Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2.

I analysen af de udvalgte afgørelser fandtes det endvidere, at de respektive tilsynsmyndigheders fortolkning og anvendelse af principperne anført i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1 var forskellig. I begge af Datatilsynets afgørelser (FLIS og Burda Nordic) blev det udledt, at princippet om afskrækkende virkning ikke var overholdt i overensstemmelse med EU-Domstolens retspraksis. Det blev i den sammenhæng konstateret at dette umiddelbart kunne medføre at udvælgelsen af en mere indgribende korrigerende foranstaltning - herunder en administrativ bøde - havde været mere passende.

I afgørelsen fra AEPD blev det imidlertid antaget, at proportionalitetsprincippet ikke var overholdt i overensstemmelse med EU-lovgivers retspraksis. På baggrund af proportionalitetsprincippets vidde rammer samt de sparsomme oplysninger, der fremgik af afgørelsen fandtes en sådan antagelse imidlertid ikke at kunne tillægges for megen vægt.

I AP's afgørelse blev det antaget, at proportionalitetsprincippet, i overensstemmelse med EU-Domstolens retspraksis, umiddelbart var overholdt. På baggrund af de særegne omstændigheder i sagen, samt proportionalitetsprincippets vidde rammer bør denne betragtning ej heller tillægges for megen vægt.

På baggrund heraf må det konkluderes, at Datatilsynets og AEPD's forståelse og anvendelse af bestemmelserne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1-2 er med til at skabe uensartet anvendelse af de korrigerende foranstaltninger tilsynsmyndighederne imellem. AP fortolker og anvender umiddelbart bestemmelsen i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 2 i overensstemmelse med EU-lovgivers intentioner. En sådan brug af bestemmelsen må omvendt antages at bidrage til en ensartet anvendelse af de korrigerende foranstaltninger.

Datatilsynet og AEPD bidrager hver især til dannelsen af en uensartet anvendelse af de korrigerende foranstaltninger, hvilket kan føre til at af billige og dyre medlemsstater. Som anført fortolker og anvender Datatilsynet Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1-2 på en sådan måde at der, i de respektive afgørelser, udvælges korrigerende foranstaltninger af mindre indgribende karakter. Derved må Danmark umiddelbart anses som værende en billig medlemsstat og dermed et attraktivt sted at etablere virksomhed.

Vurdering af om problemformulering er besvaret

Problemformuleringen kan qua ovenstående anses som besvaret ud fra afhandlingens udvalgte afgørelser, empiri og praksis. Resultatet hviler dog på et usikkert grundlag idet flere faktorer har indvirkning på den mest passende korrigerende foranstaltning. I forbindelse med afhandlingens validitet skal det desuden bemærkes, at afhandlingen alene inddrager fire afgørelser, hvorfor en større empirisk undersøgelse ville have tillagt afhandlingens problemformulering yderligere vægt og sikkerhed.

Refleksioner

I afhandlingen er der illustreret en uensartet forståelse og anvendelse af bestemmelserne i Databeskyttelsesforordningens art. 83, stk. 1-2 tilsynsmyndighederne imellem. En løsning kan være en udførlig vejledning, som afhandlingen reflekterer over i kapitel 9. Transparensen i en vejledning ses at være et velkomment bud for dataansvarlige og eller databehandlere i EU, men idet EDPB endnu ikke fremkommet med en udførlig vejledning vil tilsynsmyndighederne fortsat være nødsaget til selv at indføre praksis på området, hvilket giver mulighed for at skabe yderligere usikkerhed i et allerede problemfyldt område.

Litteraturliste

Bøger

- Blume, Peter (2019): Personen i persondataretten, 1.udgave, 1. oplag, Djøf Forlag
- Blume, Peter (2018): Den nye persondataret, 2. udgave, 1. oplag, Djøf Forlag
- Blume, Peter (2009): Juridisk metodelære, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Blume, Peter (2018): Den nye persondatarets aktører, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Evald, Jens (2000): Retskilderne og den juridiske metode, 2. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Ole Gram, Bent (Red.)(2020): Dansk Persondataret, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing.
- Høilund, Dorte (2018): Persondataret, 2. udgave, 1. oplag, forfatteren og Hans Reitzels Forlag
- Munk-Hansen, Carsten (2014): Retsvidenskabsteori, Jurist- og Økonomforbundet, 1. udgave
- Korfits Nielsen, Kristian og Lotterup, Anders (2020): Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 1. udgave, 1. oplag, Jurist og Økonomforbundets Forlag.
- Naundrup Olesen, Karsten og Lilja, Troels (2016): Domsanalyse, 2. udgave, Samfundslitteratur
- Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul mf. (2014): EU-retten, DJØF Forlag, 6. udgave
- D. Tvarnø, Christina og Nielsen, Ruth (2017): Retskilder og Retsteorier, 5. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets forlag

Artikler

- Nymo, Kirsti (2015), Hvorfor straffer vi – egentlig?, Tidsskrift for strafferett, Volum 15, idunn.no.
- Olifrent, Louise, tirsdag, 20. oktober 2020, ”Kæmpe GDPR-forskelle i EU: Bødestørrelser afgøres af kultur og ressourcer”
- Spittka, Jan, 24. November 2020, “Germany: Bonn Regional Court overrules GDPR Fining Guidelines by German Data Protection Authorities”

Rapporter

- European Data Protection Board (EDPB), *Annual report 2019*, 18. maj 2020
- European Data Protection Board (EDPB), Contribution of the EDPB to the evaluation of the GDPR under Article 97, 18. February 2020

Vejledninger

- Artikel 29-gruppen, Retningslinjer vedrørende anvendelse og fastsættelse af administrative bøder i overensstemmelse med forordning (EU) 2016/679, WP 253/2017
- Artikel 29-gruppen, Retningslinjer for udpegelse af en ledende tilsynsmyndighed for en dataansvarlig eller databehandler, WP 244/2017
- Boetebeleidsregels Autoriteit Persoonsgegevens 2019, publiceret i Staatscourant, nr. 14586 af 14. marts 2019
- Konzept der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zur Bußgeldzumessung in Verfahren gegen Unternehmen af 14.oktober 2019
- Datatilsynets vejledning om samtykke, september 2019, udgivet af Datatilsynet Danmark
- C-210/1: Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003

Afgørelser

- C-68/88, Kommissionen mod Grækenland
- C-565/12, LCL Le Crédit Lyonnais
- C-443/13, Ute Reindle v. Bezirkshauptmannschaft

- C-45/76, Comes BV
- C-310/04, Spanien mod EU-Kommissionen
- Brown, R (on the application of) v Secretary of State for Work and Pensions [2008] EWHC (England and Wales High Court)
- Rælingen kommune, j.nr.: 19/01478-6/KBK af 26. februar 2020
- Haga Hospital afgørelse afsagt 18/06-2019 af AP.
- Sikkerhedsbrud i systemet FLIS, j.nr.: 2019-431-0037
- Burda Nordics optagelse af telefonsamtaler, j.nr.: 2019-431-0018
- HM Hospitales, j.nr.: PS/00187/2019
- 1&1 Telecom GmbH v. BfDI, j.nr. OWi-430 Js-OWi 366/20- 1/20 LG

Generaladvokatens forslag til afgørelser

- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Juliane Kokott, fremsat den 14. oktober 2004 i de forenede sager, C-387/02, C-391/02 og C-403/02
- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Walter Van Gerven, fremsat den 5. december 1989 i c-326/88

Hjemmesider

- <https://www.enforcementtracker.com/>
- <https://translate.google.com/>
- <https://ordnet.dk>
- https://edpb.europa.eu/edpb_da
- <https://datacvr.virk.dk/data/>
- <https://www.proff.dk/>