

DPO'ens kvalifikationer, uafhængighed og funktioner

The DPO's qualifications, independence and functions

af SUSY DELEURAN

Databeskyttelsesforordningen introducerer en ny aktør i dansk databeskyttelsesret, idet offentlige myndigheder og nogle private virksomheder skal udpege en DPO. Formålet med den obligatoriske udpegelse af en DPO er at understøtte ansvarligheden i forbindelse med behandlingsaktiviteter for derved at forbedre beskyttelsen af de registrerede fysiske personers rettigheder. Der opstår en række spørgsmål i relation til forordningens krav til DPO'ens kvalifikationer, uafhængighed og funktioner. Denne afhandling undersøger disse spørgsmål og analyserer og redegør for, hvad der nærmere ligger i forordningens krav.

Afhandling tager stilling til forordningens krav om den udpegede DPO's faglige kvalifikationer, personlige kompetencer og ekspertiseniveau, hvilket er en nødvendig forudsætning for, at pågældende kan bestride den uafhængige funktion.

Der tages tillige stilling til forordningens krav til DPO'ens uafhængighed. Som en grundlæggende forudsætning for at opfylde formålet med DPO funktionen indeholder forordningen regler, der skal sikre DPO'ens uafhængighed. Der tages stilling til forordningens krav om DPO'ens funktionelle og personlige uafhængighed, som er sikret ved en række betingelser, som skal forstærke DPO funktionen og beskytte funktionen mod interessekonflikter. Der stilles krav om den dataansvarliges og databehandlerens understøttelse af DPO funktionen og funktionens uafhængighed. Uafhængigheden er yderligere understøttet af et forbud mod at afskedige eller straffe en DPO for at udføre sine opgaver, hvilket giver anledning til nogle overvejelser, om hvordan dette forbud kan håndhæves indenfor gældende dansk ret i forhold til såvel ansættelsesret og kontraktret for en tjenesteydelseskontrakt.

Afhandlingen tager også stilling til forordningen fastsatte minimumsregler om DPO'ens opgaver, som består af såvel interne som eksterne opgaver, og indholdet og afgrænsningen af disse opgaver klarlægges med fokus på uafhængighedskravet og baggrunden herfor.

Indholdsfortegnelse

ENGLISH ABSTRACT	3
OVERSIGT OVER ANVENDTE FORKORTELSER	4
1. INTRODUKTION.....	4
1.1 PRÆSENTATION AF EMNET	4
1.2 PROBLEMFORMULERING.....	6
1.3 AFGRÆNSNING	6
1.4 METODE OG RETSKILDER.....	7
1.5 SYSTEMATIK.....	8
2. DPO KONSTRUKTIONEN I DANSK RET OG EUROPÆISK RET	9
2.1 DPO KONSTRUKTIONEN I DANSK RET	9
2.2 DPO KONSTRUKTIONEN I FÆLLESSKABSINSTITUTIONERNE OG -ORGANERNE	9

3. UDPEGNING AF EN DPO I EN PRIVAT VIRKSOMHED	10
3.1 DET RETLIGE GRUNDLAG FOR PLIGTEN TIL AT UDPEGE EN DPO.....	10
3.1.1 <i>Hvornår er der tale om kerneaktiviteter?</i>	11
3.1.2 <i>Hvornår er der tale om "stort omfang"?</i>	11
3.2 INGEN FORPLIGTELSE TIL AT UDPEGE EN DPO.....	13
3.3 FRIVILLIG UDPEGNING AF EN DPO	13
3.4 EN BESKYTTET STILLINGSBETEGNELSE.....	14
4.0 KRAV TIL DPO'ENS KVALIFIKATIONER.....	15
4.1 FORORDNINGENS KRAV.....	15
4.2 EKSPERTISENIVEAU.....	15
4.3 FAGLIGE KVALIFIKATIONER	16
4.4 PERSONLIGE KVALIFIKATIONER	16
4.5 DPO'EN SOM ANSAT ELLER EKSTERN RÅDGIVER	17
4.6 CERTIFICERING AF DPO	18
5. DPO'ENS FUNKTIONELLE UAFHÆNGIGHED	19
5.1 DET RETLIGE GRUNDLAG FOR DPO'ENS FUNKTIONELLE UAFHÆNGIGHED	19
5.2 BEGRÆNSNINGER I INSTRUKTIONER TIL DPO'EN.....	20
5.3 DPO'ENS ORGANISATORISKE POSITION	21
5.4 SIKRING MOD INTERESSEKONFLIKTER	21
5.4.1 <i>Interne opgaver og forpligtelser for en internt ansat DPO</i>	22
5.4.2 <i>Eksterne opgaver eller forpligtelser for en internt ansat DPO</i>	22
5.4.3 <i>Ekstern DPO og interessekonflikter</i>	23
6. DPO'ENS PERSONLIGE UAFHÆNGIGHED	25
6.1 DET RETLIGE GRUNDLAG FOR DPO'ENS PERSONLIGE UAFHÆNGIGHED.....	25
6.2 SAGLIGHEDSBESKYTTELSE I ANSÆTTelsesFORHOLD	26
6.3 SAGLIGHEDSBESKYTTELSE I TJENESTEYDELSSEKONTRAKT.....	28
6.4 INDIREKTE BESKYTTELSE AF DPO'ENS PERSONLIGE UAFHÆNGIGHED	28
6.5 ERSTATNING OG STRAF	30
7. DPO'ENS FUNKTIONER.....	31
7.1 DET RETLIGE GRUNDLAG FOR DPO'ENS FUNKTIONER	31
7.2 UNDERRETNING OG RÅDGIVNING.....	32
7.3 RÅDGIVNING OM KONSEKVENSANALYSEN	34
7.4 DPO'ENS OVERVÅGNINGSOPGAVE	34
7.5 SAMARBEJDE MED TILSYNSMYNDIGHEDEN	35
7.6 REGISTREREDES KONTAKTPERSON.....	36
7.7 DPO'ENS TAVSHEDSPLIGT I RELATION TIL FORMIDLINGSROLLEN	38
7.8 FORTEGNELSER OVER DATABEHANDLINGSAKTIVITETER	38
7.9 VIDEREGIVELSE AF PERSONOPLYSNINGER.....	39
7.10 DPO'ENS TILGANG TIL OPGAVERNE	40
7.11 ANSVAR FOR OVERHOLDELSE AF FORORDNINGEN OG ERSTATNING FOR SKADE	42
8. KONKLUSION	43
9. LITTERATURLISTE	45
DANSK LOVGIVNING OG LOVFORARBEJDER.....	46

English abstract

The GDPR requires the designation of a DPO on the basis of specific qualifications and expertise and implements mandatory provisions regarding the independence of the DPO and provisions regarding the DPO's function. These provisions must be understood in the light of the purpose of the Regulation and the DPO construction. The purpose of the DPO construction is to support the protection of data subjects' fundamental rights and freedoms, while supporting the accountability of the Controller and the Processor.

The requirement of the DPO's qualifications is based on the DPO's obligations to provide the organisation with advice and information about obligations pursuant to the Regulation and other data protection law. In addition, the DPO monitors compliance with the laws and the policies implemented in the organisation. The specific level of expertise in legal matters is determined in particular according to the data processing operations carried out in the organization and the protection required for the personal data processed. The DPO must also demonstrate experience relating to processing operations to enable risks and compliance assessment tasks. The DPO is the contact person for the supervisory authority and the data subject, which requires skills to communicate on different levels depending on the specific tasks.

The Controller or Processor has obligations to ensure sufficient and timely involvement of the DPO and access to necessary information and resources. In addition, the DPO must not be instructed about how to perform his duties, and the DPO reports directly to the highest management level. The autonomy of the functions requires the DPO to possess professional and personal qualifications, such as integrity and professional ethics, and the ability to prioritise the tasks based on a risk assessment.

The DPO has specific mandatory duties according to the Regulation, but other tasks or duties can be performed by the DPO. However, the independence of the DPO is ensured by a provision prohibiting conflicts of interests, which can arise if the DPO has other tasks or duties with conflicting interests, personal or financial and direct or indirect.

The independence is additionally enforced by a provision protecting the DPO against being dismissed or penalized for performing the DPO duties. It is questionable if this protection is sufficiently ensured by Danish employment law and contract law.

Oversigt over anvendte forkortelser

Artikel 29-gruppen	Arbejdsgruppen nedsat i henhold artikel 29 i Direktiv 95/46/EF af 24 . oktober 1995. I forbindelse med Databeskyttelsesforordning-ens ikrafttræden den 25. maj 2018, gælder henvisninger til Artikel 29-gruppen, jf. forordningens art. 94, stk. 2, som henvisninger til Det Europæiske Databeskyttelsesråd som er oprettet ved forordningen art. 68, stk. 1.
Betænkningen	Justitsministeriets betænkning nr. 1565 om Databeskyttelsesforordningen - og de retlige rammer for dansk lovgivning
Databeskyttelsesdirektivet / direktivet	EUROPA-PARLAMENTET OG RÅDETS DIREKTIV 95 /46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger.
Databeskyttelsesforordningen / forordningen	EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger.
Databeskyttelsesloven	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) af 17. maj 2018.
DPO	Forkortelsen DPO for den engelske sprogudgave af databeskyttelsesrådet giver er anvendt, da begrebet allerede har vundet indpas indenfor databeskyttelsesretten i Danmark.

1. Introduktion

1.1 Præsentation af emnet

Beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger er en grundlæggende rettighed, jf. art. 8, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), jf. art. 16, stk. 1. Databeskyttelsesforordningen, som trådte i kraft den 25. maj 2018, er udstedt med hjemmel i traktatens art. 16, stk. 2, og skal sikre effektiv beskyttelse af personoplysninger i Unionen gennem en stærk og mere sammenhængende databeskyttelsesramme understøttet af effektiv håndhævelse. På den ene side styrkes og præciseres de registreredes rettigheder, og på den anden side underlægges dataansvarlige og databehandlere et ansvarlighedsprincip i forhold til deres forpligtelser til at beskytte registreredes rettigheder.

Forordningen introducerer en ny aktør i dansk databeskyttelsesret, idet offentlige myndigheder og nogle private virksomheder skal udpege en DPO. Hvor offentlige myndigheder altid skal udpege en DPO, har private alene pligt til at udpege en DPO, når der i forbindelse med behandlingen af personoplysninger er en høj risiko for krænkelse af de registrerede rettigheder og friheder. Formålet med den obligatoriske udpegelse af en DPO er at understøtte ansvarligheden i forbindelse med behandlingsaktiviteter for derved at forbedre beskyttelsen af de registrerede fysiske personers rettigheder.

Der opstår en række spørgsmål i relation til kravene til DPO'ens kvalifikationer, uafhængighed og funktioner. Denne afhandling undersøger disse spørgsmål og analyserer og redegør for, hvad der nærmere ligger i forordningens krav.

Forordningen fastsætter krav om den udpegede DPO's faglige og personlige kvalifikationer, hvilket er en nødvendig forudsætning for, at pågældende kan bestride den uafhængige funktion. DPO'en skal have faglige kvalifikationer, så forudsætningerne for at kunne udføre opgaverne er opfyldt, og derudover skal DPO'en have personlige kompetencer, som skal sikre, at opgaverne udføres med integritet og høj faglig etik. DPO'en skal have et rimeligt ekspertiseniveau, som fastlægges under hensyn til risikoen for integritetskrænkelser af registreredes rettigheder som følge af den dataansvarlige og databehandlerens behandlingsaktiviteter.

Der er i forordningen fastsat minimumsregler om DPO'ens opgaver, som omfatter rådgivning og underretning om forpligtelser i henhold til såvel EU-ret og national ret om databeskyttelse. DPO'en skal desuden overvåge overholdelsen af såvel retlige forpligtelser som interne politikker om persondatabeskyttelse, og rådgive om konsekvensanalyse ved anmodning herom og overvåge overholdelsen heraf. DPO'en har derudover eksterne opgaver, idet DPO'en fungerer som formidler og kontaktperson i relation til registrerede og tilsynsmyndigheden.

Som en grundlæggende forudsætning for at opfylde formålet med DPO funktionen indeholder forordningen tillige regler, der skal sikre DPO'ens uafhængige udførelse af sine opgaver. Det er samtidig forudset, at kombinationen af DPO'ens interne og eksterne opgaver kan medføre konflikter, da DPO'en på den ene side er ansvarlig for underretning, rådgivning og overvågning i organisationen, og på den anden side skal fungere uvildig i forhold til de registreredes rettigheder og i samarbejdet med tilsynsmyndigheden. Risikoen for loyalitetskonflikter, som kan underminere funktionen og hindre opnåelse af dens formål, er søgt afværget ved at sikre DPO'en funktionel og personlig uafhængighed.

Udover regler om DPO'ens opgaver og forpligtelser, fastsætter forordningen også forpligtelser for den dataansvarlige og databehandlerens til understøttelse af DPO funktionen. De skal inddrage DPO'en tilstrækkeligt og rettidigt i alle spørgsmål vedrørende personoplysninger, og sikre DPO'en rådighed over nødvendige ressourcer og adgang til personoplysninger og behandlingsaktiviteter i organisationen. Herudover stiller forordningen krav om, at DPO'en ikke modtager instrukser fra den dataansvarlige eller databehandleren om udførelsen af sine

opgaver, og krav om at DPO'en rapporterer direkte til det øverste ledelsesniveau. DPO'en opnår dermed en funktionel uafhængighed af den dataansvarlige og databehandleren. Denne uafhængighed af den dataansvarlige og databehandleren implementerer ansvarlighed og dermed forbedret beskyttelse af de registreredes rettigheder.

Uafhængighed er yderligere understøttet af et forbud mod at afskedige eller straffe en DPO for at udføre sine opgaver, hvilket skal sikre DPO'ens personlige uafhængighed i forbindelse med udførelsen af sine funktioner. Det giver dog anledning til nogle overvejelser, om hvordan dette forbud kan håndhæves indenfor gældende dansk ret i forhold til såvel ansættelsesret og kontraktret for en tjenesteydelseskontrakt.

Såvel den funktionelle som den personlige uafhængighed er suppleret af en betingelse om, at den dataansvarlige eller databehandleren skal sikre, at der ikke opstår interessekonflikter i tilfælde, hvor DPO'en har andre opgaver og pligter. Bestemmelsen skal sikre, at den udpegede person kan udføre sine opgaver i DPO rollen uvildigt og uden uvedkommende påvirkninger.

1.2 Problemformulering

Databeskyttelsesforordningen stiller krav til DPO'ens kvalifikationer, uafhængighed og funktioner. Kravene understøttes af regler om organisatorisk placering, forbud mod interessekonflikter, og forbud mod at instruere DPO'en om udførelsen af opgaverne og mod at afskedige eller straffe DPO'en for at udføre sine opgaver.

Denne afhandlings formål er, at konkludere hvilke specifikke krav der stilles til DPO'ens faglige og personlige kvalifikationer, hvori DPO'ens uafhængighed består, og hvilke grænser uafhængigheden sætter for DPO'ens opgaver og pligter, hvordan forbuddet mod at afskedige DPO'en for at udføre sine opgaver får virkning i dansk ret og hvilke opgaver DPO'en skal og kan varetage.

1.3 Afgrænsning

Databeskyttelsesforordningen fastsætter forpligtelse til udpegelse af en DPO for såvel offentlige myndigheder som private virksomheder. Denne afhandling fokuserer på private virksomheder, da det ikke ville være muligt indenfor grænserne af afhandlingen at omfatte forpligtelserne også for offentlige myndigheder.

Det tilstræbes, at redegørelser og analyser er relateret direkte til DPO konstruktionen, hvorfor den dataansvarliges og databehandlerens forpligtelser alene analyseres i det omfang, forpligtelsen har betydning for DPO'ens funktioner. På tilsvarende vis analyseres den registreredes rettigheder alene i det omfang, rettighederne har betydning for DPO'ens opgaver i relation til de registrerede.

DPO'en er beskyttet af et forbud mod afskedigelse eller straf for at udføre sine opgaver. Det vil ikke være muligt indenfor grænserne af denne afhandling at redegøre for de mange mulige situationer, som kan sidestilles med straf, hvorfor der alene fokuseres på afskedigelsessituationer.

1.4 Metode og retskilder

Som det er sædvanligt i juridiske afhandlinger søger også denne afhandling med udgangspunkt i den juridiske metode at analysere gældende ret gennem systematisering, beskrivelse, analyse og fortolkning af relevante retskilder med støtte fra retslitteraturen. Udgangspunktet for analyserne er den retsdogmatiske metode, hvor retten søges udledt på baggrund af retskilder. På grund af databeskyttelsesrettens særlige karakter anvendes tillige kilder, som har en særlig autorisation indenfor området.

Den primære retskilde for emnet er Databeskyttelsesforordningen 2016/679, der trådte i kraft den 25. maj 2018, og i særdeleshed artiklerne 37 til 39, som omhandler databeskyttelsesrådgiveren. Forordningen finder direkte anvendelse i medlemsstaterne og erstattede Databeskyttelsesdirektivet 95/46/EF. Direktivet inddrages i det omfang, det er relevant i fremstillingen af konkrete emner.

Databeskyttelsesloven nr. 52 af 23. maj 2018 med ikrafttræden den 25. maj 2018, supplerer Databeskyttelsesforordningen og inddrages i det omfang, den supplerer bestemmelser af betydning for denne afhandling. Lovens forarbejder inddrages på tilsvarende måde som fortolkningsbidrag.

I det omfang analyser og redegørelser bygger på fællesskabsretlige kilder, lægges der i analyserne vægt på EU-Domstolens fortolkningsmetode. I den sammenhæng får det betydning, at Databeskyttelsesforordningens formål er at sikre beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger, hvilket er en grundlæggende rettighed ifølge artikel 8, stk. 1 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Chartrets artikel 8 om beskyttelse af personoplysninger svarer til artikel 8 i Den Europæiske Menneskerettigheds-konvention og skal efter EU-Domstolens praksis fortolkes i overensstemmelse med denne bestemmelse¹. EU-Domstolen anvender ordlyds- og formålsfortolkning og inddrager de pågældende reglers kontekst. Hvis der fortsat er uklarhed, anvender Domstolen kontekstuel fortolkning, systematisk historisk fortolkning eller en kombination heraf².

Databeskyttelsesloven, der gennemfører og supplerer EU-lovgivning, skal fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens fortolkningsstil på baggrund af princippet om EU-konform fortolkning af danske regler, som implementerer EU-retten. Det betyder, at loven skal

¹ Mortensen, Bent Ole Gram (red.) et al (2016) *Erhvervsforvaltningsret*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 116

² Ibid, s. 48

fortolkes i overensstemmelse med den bagvedliggende forordning og EU-Domstolens praksis på området³.

Der er medtaget retslitteratur i det omfang, retslitteraturen har bidraget med argumenter om emnet. Der er tale om et meget begrænset omfang af retslitteratur, hvilket er en naturlig følge af emnets nyhed. Den tidlige retslitteratur har været meget overordnet, og der er kun fremsat ganske få relevante og selvstændige argumenter af relevans for emnet.

Vejledninger og udtalelser fra Artikel 29-gruppen er anvendt på samme måde som retslitteratur. Artikel 29 gruppen, som er nedsat med hjemmel i art. 29 i databeskyttelsesdirektivet 45/95/EF, er en rådgivende og uafhængig arbejds-gruppe, som udsteder ikke-bindende udtalelser. Da gruppen er sammensat af repræsentanter fra medlemsstaternes tilsynsmyndigheder, er gruppens udtalelser udtryk for tilsynsmyndighedernes fælles holdninger til de konkrete emner, hvilket giver udtalelserne autoritet som følge af tilsynsmyndighedernes beføjelser i medlemsstaterne. Gruppen har en rådgivende funktion overfor Kommissionen, jf. direktivets art. 30, hvorfor gruppens observationer og konklusioner bliver inddraget i Kommissionens arbejde, og gruppens holdninger må derfor antages at påvirke persondatarettens udvikling. Efter forordningens ikrafttræden den 25. maj 2018, gælder henvisninger til Artikel 29-gruppen, jf. art. 94, stk. 2, som henvisninger til Det Europæiske Databeskyttelsesråd, som er oprettet ved forordningen art. 68, stk. 1, hvorved tidligere udtalelser bevarer sit autoritative grundlag. Der henvises i lovforarbejder til artikel 29-gruppens udtalelser, og Datatilsynets vejledninger henviser også til gruppens udtalelser, hvilket også underbygger udtalelsernes særlige værdi i databeskyttelsesretlig sammenhæng.

På tilsvarende måde anvendes Vejledning om Databeskyttelsesrådgiveren som retslitteratur på baggrund af tilsynsmyndighedens funktioner og beføjelser i de i tilfælde, hvor udtalelserne supplerer Artikel 29-gruppen eller understøtter en anden argumentation end Artikel 29-gruppens.

1.5 Systematik

Baggrunden for og formålet med DPO konstruktionen gennemgås i afsnit 2, og de nærmere betingelser for pligten til at udpege en DPO systematiseres og analyseres i afsnit 3. I afsnit 4 systematiseres og analyseres kravene til DPO'ens kvalifikationer, og afsnit 5 omhandler DPO'ens funktionelle uafhængighed, og det analyseres, hvori uafhængigheden består. Det retlige grundlag for DPO'ens personlige uafhængighed gennemgås og analyseres i afsnit 6, og det analyseres i hvilket omfang den personlige uafhængighed får virkning i dansk ret. I afsnit 7 analyseres grænserne mellem de opgaver, som DPO skal og kan udføre, og de konkrete begrænsninger i DPO'ens funktioner. Der tilstræbes belyst en klar afgrænsning for DPO'ens opgaver, som særligt vil være relevante i tilfælde, hvor DPO'en har andre opgaver

³ Ibid, s. 110

og pligter end de minimumsopgaver, som forordningen fastlægger for DPO'en. Afslutningsvis sammenfattes og konkluderes i afsnit 8 indholdet af forordningens krav til DPO'ens kvalifikationer, uafhængighed og funktioner.

2. DPO konstruktionen i dansk ret og europæisk ret

2.1 DPO konstruktionen i dansk ret

Pligten i forordningen til for private virksomheder under nærmere betingelser at udnævne en DPO med obligatoriske krav til kvalifikationer, funktioner og såvel funktionel som personlig uafhængighed, indfører en ny konstruktion i dansk ret.

Allerede i forbindelse med implementeringen af databeskyttelsesdirektivet havde medlemsstaterne, som et alternativ til den omfattende anmeldelsesprocedure til tilsynsmyndigheden, mulighed for at indføre regler om en forenklet anmeldelses-procedure for virksomheder, som udpegede en person med ansvar for beskyttelse af personoplysninger efter regler fastsat af medlemsstaten. Personen skulle ifølge direktivet have til opgave uafhængigt at sikre overholdelse af databeskyttelses-lovgivning og føre registre over databehandlinger, som ellers ville være anmeldelsespligtige. Direktivet angav ingen krav til personens kvalifikationer, og heller ingen krav om, hvordan uafhængigheden skulle sikres, hvorfor dette måtte afklares i national ret. DPO funktionen i direktivet indebærer ansvar for beskyttelse af persondata, hvilket er grundlæggende anderledes end den konstruktion, som blev indført i forordningen, hvor ansvaret for beskyttelsen af persondata er den dataansvarliges eller databehandlerens.

Når alternativet til anmeldelsesproceduren ikke blev implementeret i dansk ret skyldes det anbefaling fra Registerudvalget, som i betænkning 1345/1997 anførte, at indførelsen af ordningen ville medføre en række problemstillinger af ansættelsesretlig og ledelsesmæssig karakter, navnlig som følge af kravet om en uafhængig funktion⁴.

Flere medlemsstater valgte dog at indføre den alternative ordning, hvorfor DPO konstruktionen er velkendt i Tyskland, Frankrig og andre medlemsstater. I forbindelse med udformningen af forordningens bestemmelser om DPO'en har man ladet sig inspirere af de erfaringer, som disse medlemsstater har gjort om den frivillige DPO ordning.

2.2 DPO konstruktionen i fællesskabsinstitutionerne og -organerne

Indenfor fællesskabsinstitutionerne og -organerne er DPO konstruktionen velkendt, idet pligten til at udnævne en DPO i hver fællesskabsinstitution og i hvert fællesskabsorgan blev indført med forordning nr. 45/2001⁵. Forordningen fastsætter krav til DPO'ens kvalifikationer, funktioner og funktionelle og personlige uafhængighed. Der kan i et vis omfang og med forsigtighed hentes fortolknings-bidrag fra denne forordning med forbehold for, at forskellen

⁴ Registerudvalgets betænkning nr. 1345/1997, s. 336-337

⁵ Forordning (EF) Nr. 45/2001, art. 24.

mellem disse offentlige institutioner og private virksomheder vil medføre betydelige forskelle. Derudover består der også en væsentlig forskel i konstruktionen, da DPO'en i fællesskabsinstitutionerne og – organerne har ansvar for beskyttelsen af personoplysninger i modsætning til DPO'en i medlemsstaterne, som ikke har ansvar for den dataansvarliges og databehandlerens overholdelse af forordningen eller instruktionsbeføjelse overfor andre i organisationen.

Der foreligger forslag til revision af forordning 45/2001 af 10. Januar 2017⁶, så denne tilpasses principperne og bestemmelserne i forordning 2016/679, og forordningen skulle ifølge kommissionens forslag anvendes fra den 25. maj 2018. Forordningen er dog endnu ikke vedtaget på tidspunktet for afslutningen af denne afhandling, den 31. maj 2018.

3. Udpegning af en DPO i en privat virksomhed

3.1 Det retlige grundlag for pligten til at udpege en DPO

I persondataforordningen, art. 37, stk. 1, litra b og litra c, fastsættes to typer af behandlingsaktiviteter, hvor dataansvarlige og databehandlere i private virksomheder har pligt til at udpege en DPO, når behandlingsaktiviteten er den dataansvarliges og databehandlerens kerneaktiviteter, og når behandlingen sker i stort omfang. Der er tale om behandlingsaktiviteter omfattende særlige kategorier af personoplysninger, jf. art. 9 og 10, og regelmæssig og systematisk overvågning af registrerede. Det er en fælles betingelse for de to typer behandlingsaktiviteter, at der er tale om den dataansvarliges og databehandlerens kerneaktiviteter, og at behandlingsaktiviteterne sker i stort omfang.

Der er således tale om både objektive og subjektive kriterier for, hvornår en privat virksomhed er forpligtet til at udpege en DPO, og særligt de subjektive kriterier giver anledning til afgrænsningsspørgsmål. Når det skal undersøges, hvad der nærmere ligger i disse regler i forordningen, er det helt centralt at inddrage reglerens baggrund og formål. Baggrunden for at gøre kravet om udnævnelse af en DPO obligatorisk for private virksomheder skal ses i lyset af forordningens formål om at forstærke beskyttelsen af persondata, for at sikre de registreredes rettigheder, herunder ved at indføre princippet om ansvarlighed for dataansvarlige og databehandlere. Erfaringerne fra de medlemsstater, som allerede havde implementeret regler om DPO'ere med hjemmel i Direktiv 95/46/EF havde påvist at konceptet var succesfuldt, hvorfor kommissionen anbefalede at gøre udnævnelsen obligatorisk, og Parlamentet var positive overfor kommissionens konklusion⁷.

Udover forordningens krav om obligatorisk udpegelse af en DPO, er der mulighed for at vedtage nationale regler om pligt til at udpege en DPO i andre tilfælde, jf. art. 37, stk. 4.

⁶ Forslag til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger i Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af forordning (EF) nr. 45/2001 og afgørelse nr.1247/2002/EF.

⁷ Europa Parlamentets Betænkning af 22. Juni 2011 om en global metode til beskyttelse af personoplysninger i Den Europæiske Union (2011/2025(INI), pkt. 29, s. 11

Hjemlen er ikke udnyttet i Danmark, hvorfor forordningen udtømmende opremser, hvornår der skal udpeges en DPO i Danmark.

3.1.1 Hvornår er der tale om kerneaktiviteter?

Forståelsen af begrebet ”kerneaktiviteter” i artikel 37, stk. 1, litra b og litra c, suppleres af præambelbetragtning nr. 97, hvorefter kerneaktivitet vedrører vedkommendes hovedaktivitet og ikke behandling af personoplysninger som biaktivitet. Artikel 29-gruppen supplerer med en fortolkning, hvorefter kerneaktiviteter, er de centrale aktiviteter som er nødvendige for at nå den dataansvarliges eller databehandlerens mål, hvorimod støtteaktiviteter betragtes som biaktiviteter snarere end kerneaktiviteter⁸.

Betænkningen tilføjer yderligere et kriterium til fastlæggelse af begrebet kerneaktiviteter, idet begrebet også omfatter behandling af persondata, når produktet, som vedkommende tilbyder, er baseret på behandlingen af personoplysninger i høj grad, og produktet således er uløseligt forbundet med behandlingen af personoplysninger, foretaget af den dataansvarlige og databehandlere⁹.

Konklusionen må være, at behandling af persondata, som er en forudsætning for den dataansvarliges eller databehandlerens produkt eller serviceydelse, er omfattet af begrebet kerneaktivitet, hvorimod behandling af persondata, som er en konsekvens af den dataansvarliges eller databehandlerens produkt eller serviceydelse, er en støtteaktivitet, som falder udenfor begrebet.

3.1.2 Hvornår er der tale om ”stort omfang”?

Forordningen definerer ikke, hvad hvornår der er tale om ”stort omfang”. I præambelbetragtning nr. 91, beskrives det, hvornår der er tale om ”omfattende behandlingsaktiviteter”, jf. art. 35 som omhandler pligten til at udarbejde en konsekvensanalyse. Beskrivelsen kan formentlig i et vis omfang give vejledning til afklaring af, hvornår der er tale om ”i stort omfang” efter art. 39, stk. 1, litra b og c¹⁰. Præambelbetragtning nr. 91 fastlægger to yderpunkter for, hvornår behandlingsaktiviteter falder indenfor eller udenfor begrebet ”omfattende”. Udenfor begrebet falder en læges, sundhedspersonales eller en advokats behandling af personoplysninger om patienter eller klienter, hvorimod behandling af meget store mængder personoplysninger på regionalt, nationalt eller overnationalt plan, der kan berøre mange registrerede, og som sandsynligvis vil indebære en høj risiko for registreredes rettigheder og frihedsrettigheder, navnlig hvis disse aktiviteter gør det vanskeligere for registrerede at udøve deres rettigheder, falder indenfor begrebet.

⁸ WP 243/2017, s. 21

⁹ Betænkning, s. 563

¹⁰ WP 243/2017, s. 7

Artikel 29-gruppen anbefaler, at analysen af, hvorvidt der er tale om ”stort omfang”, tager fire faktorer i betragtning. Der skal lægges vægt på antallet af registrerede, som der behandles oplysninger om, mængden af data og/eller omfanget af forskellige datatyper, behandlingsaktivitetens varighed og permanens, og behandlingsaktivitetens geografiske udstrækning. Som eksempler på databehandling i stort omfang, anføres bl.a. et hospitals behandling af patient-data, behandling af rejsedata for personer, som benytter en bys offentlige transport-system (overvågning) og forsikringsselskabers og bankers behandling af kundedata. Som eksempler på databehandling, som ikke er omfattet af begrebet, anføres bl.a. en enkelt læges behandling af klientdata og en enkelt advokats behandling af klientdata¹¹.

Eksemplerne anfører således to yderpunkter for, hvornår en behandlingsaktivitet falder indenfor eller udenfor begrebet ”stort omfang”. Indenfor disse to yderpunkter kan der opstå tvivl om, hvornår behandlingsaktiviteter er i stort omfang.

I det oprindelig forslag til forordningen, var pligten til at udpege en DPO baseret på objektive kriterier, idet datasvarlige og databehandlere skulle udpege en DPO, når der var over 250 ansatte. Virksomheder, hvis kerneaktiviteter bestod af behandlingsaktiviteter, der i medfør af deres karakter, omfang eller formål krævede regelmæssig og systematisk overvågning af registrerede, skulle altid udnævne en DPO uanset omfanget af behandlingsaktiviteter eller antallet af ansatte¹².

Disse bestemmelser blev dog kritiseret, fordi det måtte være risikoen for integritetskrænkelser, der måtte være afgørende. Ulempen ved det kvalitative kriterium er, som anført af Peter Blume, at det i nogle tilfælde kan være usikkert, om en virksomhed skal have en rådgiver¹³. Han mener, at et objektive kriterium som oprindeligt foreslået, ville have været bedre, da det ville være klart, hvornår der skal ansættes en rådgiver¹⁴.

Det er korrekt, at et objektive og kvantitative kriterium ville medføre at der ikke var usikkerhed om, hvornår der skal udpeges en DPO. Den kvalitative afgrænsning, som hviler på risikoen for integritetskrænkelser, er gennemgående i forordningen for flere af den dataansvarliges og databehandlers forpligtelser, eksempelvis for udarbejdelse af konsekvensanalyser, jf. art. 35. Afgrænsninger, som baseres på risikoen for krænkelser af den registreredes rettigheder og friheder, underbygger formålet med forordningen, og når udpegelsen af DPO'en baseres på risikovurderingen underbygges tillige formålet med udpegelsen af DPO'en. Konsekvensen af et objektive kriterium ville være, at der ikke skulle ansættes en DPO i en virksomhed med få ansatte, hvor behandlingsaktiviteterne medfører en høj risiko for krænkelser af de registrerede, og omvendt pålægges en virksomhed med mange ansatte at udpege en DPO, selvom der kun er en lille risiko for krænkelser af registrerede.

¹¹ WP 243/2017, s. 22

¹² 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), 25.1.2012, art. 35, litra b og litra c

¹³ Blume, Peter (2016) *Den nye persondataret*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 129

¹⁴ Blume, Peter, *Persondataforordningen*, Juristen nr. 4 2016, s. 173

Uanset den usikkerhed det subjektive kriterium indebærer, er løsningen i forordningen i overensstemmelse med formålet med udpegelse af en DPO. Det må formodes, at der som supplement til forordningen og udstedte vejledninger skabes praksis for afgrænsningen af begrebet ” stort omfang” udover de ovenfor anførte eksempler.

3.2 Ingen forpligtelse til at udpege en DPO

I tilfælde, hvor en intern analyse viser, at den dataansvarlige eller databehandleren ikke er forpligtet til at udpege en DPO, og vedkommende vælger ikke at udpege en DPO, tilråder Artikel 29-gruppen, at den interne analyse dokumenteres, medmindre den manglende forpligtelse er indlysende. Dermed kan det demonstreres, at de relevante faktorer er blevet taget korrekt i betragtning i forbindelse med udarbejdelse af analysen. Analysen kan i øvrigt pålægges af tilsynsmyndigheden, og skal opdateres i tilfælde, hvor den dataansvarlige eller databehandleren påtager sig nye behandlingsaktiviteter eller nye tjenesteydelser, hvorefter analysens konklusion bygger på nye oplysninger. Dokumentationen for analysen bør i øvrigt løbende revideres i forbindelse med den løbende revision af øvrige tekniske og organisatoriske foranstaltninger til beskyttelse af personoplysninger¹⁵.

Det er særligt relevant at dokumentere analysen i lyset af risikoen for bødestraf som følge af manglende overholdelse af pligten til at udpege en DPO, jf. art. 83, stk. 4, litra a. Ved afgørelsen af, om der skal pålægges en bøde eller anvendes andre sanktioner tages der hensyn til, om overtrædelsen er sket forsætligt eller uagtsomt, og i øvrigt om der er formildnende omstændigheder, jf. art. 83, stk. 2, hvorfor det vil have betydning, at der kan fremlægges dokumentation for en udført analyse.

3.3 Frivillig udpegning af en DPO

Frivillig udpegning af en DPO, når der ikke er pligt hertil efter forordningen, ville være muligt uden særlig hjemmel hertil. Forordningen indeholder imidlertid en særlig hjemmel til frivillig udpegning, og derfor må enhver frivillig udpegning anses for omfattet af bestemmelsen i art. 37, stk. 4, hvorfor bestemmelserne om DPO'en i art. 37-39 finder anvendelse for frivilligt udpegede DPO'ere. Øvrige bestemmelser som vedrører den dataansvarliges forpligtelser i relation til DPO'en, jf. art. 35, stk. 2, art. 30, stk. 1, litra a, art. 33, stk. 2, litra b og art. 36, stk. 3, må antages også at være gældende for den frivilligt udpegede DPO. Endeligt må bestemmelserne om bødestraf for manglende overholdelse af bestemmelserne, jf. art. 83, stk. 4, litra a, jf. stk. 2, antages at finde anvendelse, når overtrædelsen sker i forhold til en frivilligt udpeget DPO.

Det er flere steder i den tidlige litteratur¹⁶ antaget, at frivillig udpegning af en DPO, hvor der ikke er pligt hertil, ikke medførte, at bestemmelserne i forordningens art. 37-39 var gældende.

¹⁵ WP 243/2017, s. 5

¹⁶ Se Blume, Den nye persondataret, s. 130 og Dall, Nis Peter, Jesper Langemark og Amalie Langebæk (2016), *Persondataforordningen: en håndbog for praktikere*, EX TUTO PUBLISHING A/S, København, s. 125

Artikel 29-gruppen anførte allerede i den første version af retningslinjer om DPO'ere¹⁷, at kravene var gældende for udpegningen, stillingen og opgaverne, som hvis udpegelsen havde været obligatorisk.

Samme opfattelse er gentaget i betænkningen med henvisning til samme udtalelse. Den beskrevne fortolkning af reglerne hviler på, at adgangen til frivilligt at udpege en DPO fremgår af forordningens art. 37, stk. 4¹⁸.

Artikel 29-gruppen påpeger, at det er vigtigt at sikre, at der ikke sker forvirring med hensyn til titel, status, stilling og opgaver, når man udpeger ansatte eller eksterne rådgivere til databeskyttelsesopgaver, når man ikke ønsker at udpege en DPO på frivillig basis. Det bør derfor tydeliggøres i enhver kommunikation, internt og eksternt, når der ikke er tale om en DPO. Det anføres tillige, at dette også er relevant for databeskyttelsesansvarlige og –eksperter, som allerede er på plads i virksomheder uden dog at opfylde kriterierne i forordningen, hvorfor de ikke kan betragtes eller omtales som databeskyttelsesrådgivere¹⁹.

3.4 En beskyttet stillingsbetegnelse

Forordningen fastlægger indholdet af en beskyttet stillingsbetegnelse, som kun må anvendes, når betingelserne for en udpeget DPO er opfyldt, idet overtrædelse af betingelserne for DPO'ens stilling, funktionerne m.v. i modsat fald kan straffes med bøde efter forordningens art. 83, stk. 4, litra a, jf. stk. 2.

Beskyttelsen af stillingsbetegnelsen må endvidere antages at gælde, uanset hvilken sproglig version, der anvendes, hvilket vil have betydning for de mange Data Protection Officers/DPO'ere, som er udpeget i danske virksomheder allerede før forordningens ikrafttræden. Det må herefter være op til virksomhederne, som frivilligt har udpeget en DPO før forordningens ikrafttræden, at sikre sig, at den beskyttede stillingsbetegnelse alene anvendes, når kriterierne herfor er opfyldt. Det kan være nødvendigt at ændre en misvisende stillingsbetegnelse, så der ikke er forvekslingsrisiko, internt eller eksternt, om pågældendes funktion. Der kan formentligt udledes en fortolkningsregel om, at den dataansvarlige og databehandleren har ansvaret for en misvisende stillingsbetegnelse, og betingelserne i forordningen skal opfyldes i de tilfælde, hvor der kan være uklarhed om, hvorvidt en stillingsbetegnelse er en DPO i forordningens forstand.

¹⁷ WP 243/2016, s. 5

¹⁸ Betænkning, s. 573

¹⁹ WP 243/2017, s. 6, note 11

4.0 Krav til DPO'ens kvalifikationer

4.1 Forordningens krav

Forordningen fastsætter krav til DPO'ens kvalifikationer i art. 37, stk. 5. DPO'en skal udpeges på grundlag af sine faglige kvalifikationer, navnlig ekspertise inden for databeskyttelsesret og -praksis samt evnen til at udføre de opgaver, der er omhandlet i art. 39. Disse krav til DPO'ens kvalifikationer og ekspertise, skal ses i lyset af DPO'ens opgaver og uafhængige funktion. DPO'en skal i en uafhængig funktion understøtte den dataansvarlige og databehandlerens ansvarlighed, og rollen som vaghund for beskyttelsen af personoplysninger forudsætter særlige faglige kompetencer, herunder ekspertise indenfor databeskyttelsesretten, som underbygger DPO'ens rådgivning og underretning om gældende databeskyttelsesret og -praksis, overvågning af overholdelsen heraf, og rapportering direkte til organisationens øverste ledelse. Derudover fungerer DPO'en som kontaktpunkt med de registrerede og tilsynsmyndigheden, hvilket kræver en række kompetencer som formidler.

4.2 Ekspertiseniveau

Forordningen stiller krav om, at DPO'en har ekspertise inden for databeskyttelsesret og -praksis, hvilket ifølge præambelbetragtning 97 betyder, at den nødvendige ekspertise bør fastlægges under hensyn til de databehandlingsaktiviteter, den dataansvarlige eller databehandleren foretager, og den påkrævede beskyttelse af personoplysningerne som behandles.

Artikel 29-gruppen anfører, at ekspertiseniveauet skal være rimeligt i forhold til følsomhed, kompleksitet og omfang af behandlingsaktiviteterne i organisationen²⁰. Der er således ikke tale om, at forordningen kræver et generelt ekspertiseniveau for DPO'en. Enhver organisation skal på baggrund af de risici, som organisationens konkrete behandlingsaktiviteter medfører, fastlægge et rimeligt ekspertiseniveau, som er afstemt risikoniveauet. En person, som tidligere har været udpeget som DPO i en organisation, opfylder derfor ikke nødvendigvis kravet om et rimeligt ekspertiseniveau til at bestride DPO funktionen i enhver anden organisation. Derudover kan ændringer i en konkret organisations behandlingsaktiviteter medføre en ændring i det rimelige ekspertiseniveau, hvorfor pligten til at sikre DPO'ens rimelige ekspertiseniveau må antages at gælde både før og under ansættelsen, så det løbende vurderes om DPO'en er tilstrækkeligt kvalificeret.

Den konkrete vurdering af ekspertiseniveauet er i tråd med den risikobaserede tilgang til sikkerhedsforanstaltningerne i forordningen. Jo højere risiko der er forbundet med behandlingsaktiviteterne, jo større krav må der stilles til den dataansvarliges eller databehandlerens beskyttelsesniveau, og DPO'ens ekspertiseniveau skal afspejle risikoniveauet. De risikovurderinger der ligger til grund for vurderingen af DPO'ens ekspertiseniveau kan med fordel anvendes til afklaring af den dataansvarlige eller databehandleres øvrige risikobaserede forpligtelser efter forordningen.

²⁰ WP 243/2017, s. 11

4.3 Faglige kvalifikationer

Forordningen kræver, at DPO'en udpeges på grundlag af sine faglige kvalifikationer, navnlig ekspertise inden for databeskyttelsesret og –praksis.

Artikel 29-gruppen anbefaler, at der ved udpegningen tages hensyn til, at pågældende har ekspertise i national og europæisk databeskyttelseslovgivning og -praksis samt en indgående forståelse af databeskyttelsesforordningen, hvorimod kendskab til erhvervsområdet og den dataansvarliges organisation alene anføres som nyttig og ikke en forudsætning. Derudover bør DPO'en også have en god forståelse for behandlingsaktiviteterne, informationssystemer og datasikkerhed samt den dataansvarliges databeskyttelsesbehov²¹.

I betænkningen anføres det supplerende, at i lyset af formålet med ordningen og opgaverne opregnet i art. 39 må anses for en forudsætning, at der udpeges en person med uddannelse og erfaring, så personen er i stand til at vurdere om konkrete påtænkte eller igangværende behandlingsaktiviteter overholder forordningens regler m.v.. Det anføres som følge heraf, at ekspertisekravet må antages at sigte mod en person med juridiske kompetencer og en vis erfaring indenfor databeskyttelsesret. Det anfører samtidig, at forordningen ikke stiller krav om en bestemt uddannelsesmæssig baggrund²².

Som anført af Peter Blume, er den væsentligste kvalifikation, at DPO'en har ekspertise udi persondataret, for at sikre tilstrækkeligt kendskab til den fastsatte regulering hos den enkelte dataansvarlige²³.

Der stilles krav om interdisciplinære faglige kvalifikationer, idet der forudsættes ekspertise i databeskyttelseslovgivning og –praksis og forståelse for behandlingsaktiviteterne, informationssystemer m.v. En bestemt uddannelsesmæssig baggrund er ikke påkrævet, men DPO'ens ekspertise forudsætter juridiske kompetencer. At DPO'en skal have forståelse for behandlingsaktiviteterne, medfører ikke et krav om indgående tekniske kompetencer. DPO skal have forståelse for de analyser og konklusioner, som udarbejdes af organisationens tekniske medarbejdere, så DPO'en kan vurdere disse i lyset af forpligtelserne i gældende databeskyttelsesret, hvorfor en vis erfaring med informationssystemer og datasikkerhed er påkrævet.

4.4 Personlige kvalifikationer

Efter art. 37, stk. 5 skal DPO'en udover de faglige kvalifikationer have evne til at udføre de opgaver, der er omhandlet i art. 39.

²¹ Ibid, s. 12

²² Betænkning, s. 575

²³ Blume, Peter (2017) *Persondataretlige grundfigurer*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 52.

Artikel 29-gruppen anfører, at kravet om, at DPO'en har evne til at udføre de opgaver, der påhviler DPO'en, bør fortolkes både med henvisning til dennes personlige kvalifikationer og viden, men også med hensyn til deres stilling i organisationen. De personlige kvalifikationer omfatter eksempelvis integritet og høj faglig etik, da DPO'en skal medvirke til overholdelse af forordningen, og i øvrigt spiller en central rolle i fremme af en databeskyttelseskultur inden for organisationen, og bistår med implementeringen af centrale elementer i forordningen²⁴.

Forordningen stiller således krav om, at DPO'en fra en samlet bedømmelse af personlige kvalifikationer og stilling i organisationen er i stand til uafhængigt at løfte opgaven med at understøtte ansvarligheden i behandlingsaktiviteterne og dermed forbedre beskyttelsen af de registreredes rettigheder. Bestemmelsen om, at DPO'en skal have evne til at udføre opgaverne, understreger således, at det ikke alene er afgørende at pågældende rent fagligt og erfaringsmæssigt kan rådgive med kvalificerede råd om databeskyttelsesretten. Kravene til DPO'ens personlige kompetencer skal sikre, at pågældende har både erfaring, integritet, faglig etik og gennemslagskraft i forbindelse med rådgivning og underretning af den øverste ledelse, også i tilfælde hvor DPO'ens holdninger møder modstand eller kritik i organisationens ledelse eller i andre interne medarbejdergrupper.

DPO'ens funktioner indebærer en række opgaver, som kræver kommunikation med ledelse, ansatte, registrerede og tilsynsmyndighed, hvilket stiller høje krav til DPO'ens kommunikative evner og gennemslagskraft, da kommunikationen forekommer både eksternt og internt, og på tværs af organisatoriske niveauer og faggrupper.

Derudover kan en koncern udnævne en fælles DPO under forudsætning af, at alle etableringer har let adgang til DPO'en, jf. art 37, stk. 2. I tilfælde, hvor koncernforbundne selskaber er beliggende i forskellige lande, skal vedkommende, eventuelt med hjælp fra et team, være i stand til effektivt at kunne kommunikere med de registrerede og samarbejde med de kompetente tilsynsmyndigheder. Dette betyder også, at denne kommunikation skal finde sted på det eller de sprog, som anvendes af tilsynsmyndighederne og de registrerede²⁵.

4.5 DPO'en som ansat eller ekstern rådgiver

DPO'en kan være den dataansvarliges eller databehandlerens medarbejder, eller hvervet kan udføres på grundlag af en tjenesteydelseskontrakt, jf. art. 39, stk. 6.

Når DPO'en udpeges på grundlag af en tjenesteydelseskontrakt, er det ifølge Artikel 29-gruppen vigtigt, at hvert enkelt medlem af organisationen, som udøver funktionerne som DPO, opfylder alle gældende krav i art. 37-39 i forordningen, ligesom alle medlemmerne er beskyttet af bestemmelserne. Gruppen anbefaler en klar fordeling af opgaverne i DPO teamet, og udpegelse af en enkelt person som overordnet kontakt og "ansvarlig" for kunden²⁶.

²⁴ WP 243/2017, s. 12

²⁵ Ibid, s. 11

²⁶ Ibid, s. 12

I Datatilsynets vejledning beskrives Rigspolitiets databeskyttelsesenhed, hvor det anføres, at de enkelte medarbejdere besidder stort kendskab til persondatarelige og forretningsmæssige forhold med relevans for enhedens opgavevaretagelse, og på denne baggrund samlet set lever op til sine forpligtelser²⁷. Der lægges her klart vægt på enhedens samlede kompetencer, og ikke den enkelte medarbejders individuelle opfyldelse af kravene.

Det må være afgørende, at teamet eller enheden som helhed opfylder kravene, som i Rigspolitiets databeskyttelsesenhed, og ikke som anført af Artikel 29-gruppen, at hvert enkelt medlem af funktionen opfylder kravene. Det må gælde, uanset om der er tale om en intern eller ekstern DPO enhed.

I mange tilfælde vil en sammensætning af en tværfaglig gruppe af personer styrke funktionen på baggrund af de tværfaglige krav til DPO'ens kvalifikationer, særligt når de enkelte personers opgaver er klart defineret, og der udpeges en enkelt overordnet ansvarlig person.

4.6 Certificering af DPO

Forordningen indeholder ikke krav om certificering af DPO'ere, og der er intet, som tyder på, at det er hensigten, at DPO'en skal udpeges på baggrund af en formel uddannelse eller certificeringsmekanisme.

I forordningens art. 42 tilskyndes til fastlæggelse af certificeringsmekanismer for databeskyttelse samt databeskyttelsesmærkninger og -mærker med henblik på at påvise, at dataansvarliges og databehandlers behandlingsaktiviteter overholder forordningen. Forordningens art. 43 indeholder hjemmel til nationale bestemmelse om bemyndigelse af akkrediteringsorgan.

I bemærkningerne til databeskyttelsesloven fremgår det, at certificering nævnes i flere af forordningens artikler om behandlingssikkerhed og har potentiale til at få stor betydning fremover, hvorfor der bør fastsættes en regel om, at Datatilsynet er bemyndiget til at akkreditere certificeringsmekanismer²⁸. Hjemlen til Datatilsynets akkrediteringsbemyndigelse er fastsat i § 25 i databeskyttelsesloven.

Som nævnt i betænkningen er det behandlingsaktiviteter, der kan opnå certificering eller mærkning. Det er således ikke den enkelte dataansvarlige eller databehandler, eller IT-systemer eller IT-udstyr, som kan opnå certificering med hjemmel i forordningen eller databeskyttelsesloven²⁹. Tilsvarende antages at være gældende for DPO funktionen, da funktionen ikke er en garanti for, at behandlingsaktiviteter overholder forordningen, da DPO'en ikke har beslutningskompetence.

²⁷ Vejledning om databeskyttelsesrådgivere, December 2017, s. 17

²⁸ Bemærkninger til databeskyttelsesloven, s. 215

²⁹ Betænkning, s. 613-614

På grund af manglende formel anerkendelse af udbudte certificeringsforløb er det vanskeligt at bedømme værdien af en certificering. En certificering må dog formodes at kunne indgå som et element ved vurderingen af, om DPO'ens opfylder kravet om faglige kvalifikationer efter en vurdering af indholdet af det konkrete certificeringsforløb.

5. DPO'ens funktionelle uafhængighed

5.1 Det retlige grundlag for DPO'ens funktionelle uafhængighed

For at sikre formålet med DPO funktionen om understøttelse af den dataansvarlige og databehandlerens ansvarlighed er der i forordningen fastsat bestemmelser, som skal sikre DPO'en uafhængighed af den dataansvarlige eller databehandleren i forbindelse med udførelsen af opgaverne. Ifølge præambelbetragtning nr. 97, bør DPO'ere udpeget af dataansvarlige eller databehandlere, uanset om de er ansat hos den dataansvarlige eller ej, være i stand til at udøve deres hverv på uafhængig vis. EU-domstolen har i flere sager taget stilling til fortolkning af uafhængighedskriteriet i relation til uafhængighedskravet til tilsynsmyndigheder³⁰.

I sagen C-518/07 (Kommissionen mod Tyskland) tog Domstolen stilling til fortolkning af begrebet "fuld uafhængighed" i art. 28, stk. 1 i direktiv nr. 95/46/EF, som omhandler kravet om, at nationale tilsynsmyndigheder skal kunne udøve deres funktioner i fuld uafhængighed. Ifølge domstolen indebærer kravet om fuld uafhængighed en beslutningsbeføjelse for tilsynsmyndigheden, der er unddraget enhver ydre påvirkning, hvad enten denne er direkte eller indirekte (præmis 30). Domstolen anvender formålsfortolkning, og anfører, at formålet med direktivet er at sikre et højt beskyttelsesniveau for frihedsrettigheder og grundlæggende rettigheder i Fællesskabet med hensyn til behandlingen af personoplysninger, og anfører, at oprettelse af tilsynsmyndigheden har afgørende betydning for beskyttelse af personoplysninger (præmis 23). Tilsynsmyndighedernes uafhængighed skal fortolkes i lyset af formålet, som er at sikre et effektivt og pålideligt tilsyn med overholdelsen af reglerne om beskyttelsen af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger (præmis 25). Domstolen anvender supplerende fortolkningsbidrag fra forordning 45/2001 om Fællesskabsinstitutionernes og -organernes behandling af persondata. Ifølge denne forordning har tilsynsmyndigheden til opgave at påse overholdelsen af reglerne om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger, og i henhold til art. 44, stk. 1, udøver dette organ sine funktioner i fuld uafhængighed. Af art. 44, stk. 2, fremgår det, at tilsynsmyndigheden, EDPS, ved udøvelsen af sine pligter hverken må søge eller modtage instrukser fra andre. Domstolen anfører, at i betragtning af at art. 44 i forordning nr. 45/2001 og artikel 28 i direktiv 95/46 er baseret på det samme generelle koncept, skal de to bestemmelser fortolkes ensartet, således at ikke alene EDPS' uafhængighed, men også de nationale tilsynsmyndigheders uafhængighed forudsætter, at udøvelsen af deres funktioner ikke er underlagt nogen instrukser (præmis 28).

EU-Domstolens fortolkning af uafhængighedskriteriet for tilsynsmyndighederne kan ikke overføres direkte til fortolkning af DPO'ens uafhængighed, idet DPO funktionen ikke har samme afgørende betydning for beskyttelsen af fysiske personer. Formålet med DPO funktionen er at understøtte den dataansvarliges og databehandlerens ansvarlighed, for derved at styrke beskyttelsen af de registreredes rettigheder og frihedsrettigheder. For at opnå formålet

³⁰ Betænkning, s. 749

med DPO'ens uafhængighed er det afgørende, at DPO'en er unddraget påvirkninger fra den dataansvarlige eller databehandleren. DPO'ens funktionelle uafhængighed er sikret ved bestemmelsen i art. 38, stk. 3, 1. pkt., hvorefter den dataansvarlige og databehandleren sikrer, at DPO'en ikke modtager instrukser vedrørende udførelsen af sine opgaver, jf. art. 39, og ved bestemmelsen i art. 38, stk. 3, 3. pkt. om, at DPO'en rapporterer direkte til det øverste ledelsesniveau hos den dataansvarlige eller databehandleren.

Derudover er DPO'ens uafhængighed sikret ved bestemmelsen om, at den dataansvarlige og databehandleren skal sikre, at DPO'ens andre opgaver og pligter ikke medfører en interessekonflikt, jf. art. 38, stk. 6. Kravet til DPO'ens uafhængighed gælder således også ydre påvirkninger.

5.2 Begrænsninger i instruktioner til DPO'en

Bestemmelsen om, at DPO'en ikke må modtage instrukser vedrørende udførelsen af sine opgaver, jf. art. 38, stk. 3, 1. pkt, skal sikre, at DPO'en kan udføre sine opgaver i en uafhængig position, hvor databehandlingens lovlighed og beskyttelsen af registreredes rettigheder prioriteres uden hensyn til organisationens øvrige interesser.

Ifølge bestemmelsens ordlyd gælder forbuddet mod at instruere DPO'en alene, når DPO'en udfører sine opgaver i henhold til art. 39. Det må dog være således, at uafhængigheden er gældende for alle opgaver, som pågældende udfører som led i DPO funktionen, uanset om disse opgaver er omfattet af minimumsopgaverne opremset i art. 39, eller om der er tale om andre opgaver, som pågældende udfører i sin rolle som DPO. Omvendt gælder kravet om uafhængighed ikke for opgaver, som pågældende ikke udfører i rollen som DPO. Det er derfor særligt vigtigt, at der foreligger en kontrakt, som beskriver de opgaver, som pågældende udfører i sin rolle som DPO, særligt i tilfælde hvor pågældende udfører andre opgaver for organisationen.

Uafhængighedskravet medfører, at DPO'en ikke må modtage instrukser, som bestemmer, hvordan DPO'en skal udføre sine opgaver eller hvilken opfattelse, DPO'en skal have om en bestemt problemstilling³¹. Der er tale om en indskrænkning i arbejdsgiverens ledelsesret, og det kan i praksis give anledning til spørgsmål om, hvor langt indskrænkningen rækker. Det må antages, at den dataansvarlige eller databehandleren i rollen som DPO'ens arbejdsgiver, kan fastsætte de overordnede ansættelsesvilkår og afgøre ressourcspørgsmål i relation til tid og økonomi³², når disse ikke står i misforhold til DPO'ens mulighed for at udføre sine opgaver indenfor disse grænser. Disse overordnede vilkår og beslutninger bør fastlægges i DPO'ens kontrakt i forbindelse med udpegningen af DPO'en. De overordnede beslutningerne bør løbende revideres på baggrund af DPO'ens vurderinger heraf og rådgivning af organisationens øverste ledelse om, hvorvidt der er afsat tilstrækkelige ressourcer i forhold til omfanget af opgaver og behovet for opretholdelse af DPO'ens kvalifikationer.

³¹ WP 243/2017, s. 16

³² Betænkning, s. 579

5.3 DPO'ens organisatoriske position

DPO'ens uafhængighed underbygges tillige af dennes organisatoriske position, idet DPO'en rapporterer direkte til det øverste ledelsesniveau hos den dataansvarlige eller databehandleren, jf. art. 38, stk. 3, 3. pkt. Der er således tale om en organisatorisk position, som bryder med almindelige ledelsesmæssige principper, når DPO'ens rådgivning om forpligtelser og henstillinger kan rettes direkte til organisationens øverste ledelsesniveau. Det øverste ledelsesniveau i en privat virksomhed må forstås som den øverste daglige ledelse, hvor de overordnede beslutninger træffes, hvilket i selskabsretlig henseende og i praksis er direktionen af virksomheden³³.

I praksis er det muligheden for at kunne rapportere direkte til øverste ledelsesniveau, der er DPO'ens interne virkemiddel overfor konstaterede brud på forordningen, idet DPO'en ikke har instruktionsbeføjelser over for andre dele af den dataansvarliges eller databehandlerens organisation³⁴.

Det er i forbindelse med DPO'ens direkte rapportering til organisationens øverste ledelsesniveau, at DPO'ens personlige kompetencer har afgørende betydning for funktionens virkning. Samtidig sender den organisatoriske positionen et signal internt i organisationen om DPO'ens indflydelse på den øverste ledelse, hvilket styrker DPO'ens rolle og dermed databeskyttelseskulturen i organisationen.

5.4 Sikring mod interessekonflikter

DPO'ens uafhængighed er yderligere understøttet af bestemmelsen om, at DPO'en ikke må udføre andre opgaver og have andre pligter, som medfører en interessekonflikt, jf. art. 38, stk. 6, 2. pkt. Det er herved sikret, at DPO'en, uanset udførelse af andre opgaver eller opfyldelse af andre pligter, kan bevare sin uvildighed og integritet i forhold til sine forpligtelser som DPO.

Bestemmelsen skal sikre, at DPO'en ikke befinder sig i en situation, hvor de interesser, som skal varetages i DPO funktionen, bliver tilsidesat som følge af modstridende interesser, som følger pågældendes andre opgaver eller pligter. Bestemmelsen er ikke begrænset til en ansat DPO eller andre opgaver eller andre pligter indenfor organisationen, og må ud fra en ordlydsfortolkning antages at omfatte en intern og ekstern DPO og opgaver og pligter både indenfor og udenfor organisationen. Derudover må det antages, at såvel direkte som indirekte interessekonflikter af såvel personlig som økonomisk karakter er omfattet af bestemmelsen.

Den dataansvarlige eller databehandleren er ansvarlige for, at der ikke opstår interessekonflikter. Når der er tale om en ansat DPO, kan den dataansvarlige eller databehandleren ved

³³ Betænkning, s. 581

³⁴ Vejledning om databeskyttelsesrådgivere, s. 28

afgrænsningen af DPO'ens opgaver og pligter sikre, at der ikke opstår en interessekonflikt internt. Artikel 29-gruppen anbefaler, at dataansvarlige og databehandlere identificerer stillinger, som er uforenelige med DPO'ens funktioner, udarbejder interne regler for at undgå interessekonflikter, og erklærer, at DPO'en ikke befinder sig i en interessekonflikt, for at øge bevidstheden om dette krav. Derudover anbefales det at inkludere sikkerhedsforanstaltninger i organisationens interne regler, og sikre at opslaget af stillingen som DPO eller tjenesteydelseskontrakten er tilstrækkeligt præcist og detaljeret til at undgå en interessekonflikt³⁵. Anbefalingerne omfatter forholdsregler for tiden før og efter udpegelsen af DPO'en, uanset om DPO'en er ansat internt eller på en tjenesteydelseskontrakt.

5.4.1 Interne opgaver og forpligtelser for en internt ansat DPO

I forhold til interne opgaver og pligter indebærer bestemmelsen ifølge Artikel 29-gruppen især, at DPO'en ikke kan have en stilling, hvor denne fastlægger databehandlingens formål og bestemmer hjælpemidlerne hertil. Dette omfatter stillinger i seniorledelsen, eksempelvis administrerende direktør, teknisk direktør, økonomidirektør, marketingchef, personalechef eller leder af It-afdelinger, men også stillinger længere nede i organisationens struktur, hvis sådanne stillinger eller roller indebærer beslutninger om databehandlingens formål og hjælpemidler³⁶. Der er generelt tale om stillinger, hvor der i kraft af stillingsindholdet træffes beslutninger, der relaterer sig til databehandlingens formål og hjælpemidler, hvorved beslutningstageren opfylder definitionen af en dataansvarlig, jf. art. 4, stk. 7. Da DPO'ens opgave er at overvåge overholdelsen af forordningen og anden databeskyttelsesret, jf. art. 39, stk. 1, litra b, er det oplagt, at pågældende ikke kan træffe en beslutning i rollen som dataansvarlig og efterfølgende forholde sig uvildigt til beslutningen i rollen som DPO.

DPO skal friholdes for opgaver og pligter i organisationen, som kan indebære beslutningstagen, som medfører ansvar for behandlingsaktiviteter, så DPO'en identificeres med den dataansvarliges eller databehandleren. Det skal derfor sikres, at DPO'ens opgaver alene har rådgivende karakter i forbindelse med udarbejdelse af politikker, indkøb af nyt IT-systemer og programmer og øvrige tilsvarende opgaver. DPO'en bør dog inddrages, så beslutninger kan finde sted efter DPO'ens rådgivning om den påtænkte beslutning, men DPO'ens rådgivning må ikke fremstå som en de facto beslutning³⁷.

5.4.2 Eksterne opgaver eller forpligtelser for en internt ansat DPO

Der kan også forekomme tilfælde, hvor pågældende, som er udpeget som intern DPO i en organisation, har andre opgaver eller andre pligter i en anden virksomhed, som kan medføre interessekonflikter.

³⁵ WP 243/2017, s. 17

³⁶ Ibid

³⁷ Konklusionen er i overensstemmelse med bemærkninger i betænkningens om muligheden for DPO'ens rådgivning i forbindelse med tilsvarende opgaver, s. 584.

I disse tilfælde må det afgøres ved almindelige habilitetsbetragtninger, om pågældende har økonomiske eller personlige interesser udenfor organisationen, som medfører en interessekonflikt, der indebærer at DPO'en ikke kan varetage sine opgaver uvildigt. Interessekonflikter, som potentielt kan være skadelige for DPO'ens uvildige varetagelse af sine opgaver, kan være direkte og indirekte. Pågældende kan have økonomiske interesser, som medfører inhabilitet, hvis DPO'ens rådgivning af den dataansvarlige eller databehandleren vedrører beslutninger, som påvirker pågældendes økonomiske interesser i en anden organisation på baggrund af eksempelvis personlige investeringer. Situationen kan opstå, når DPO'en rådgiver om indkøb af nyt IT-system, og pågældende har økonomiske interesser i den virksomhed, som er potentiel kontraktpart og leverandør af det nye IT-system. Det samme gør sig naturligvis gældende, når der er tale om indkøb af nyt software eller indgåelse af en tjenesteydelseskontrakt i forbindelse med udarbejdelse af konsekvensanalyse og lignende tjenesteydelser. Indirekte økonomiske interesser omfatter eksempelvis tilfælde, hvor det er ægtefællen, som har økonomiske interesser i organisationen, som er leverandør af varer eller tjenesteydelser, som DPO'en skal rådgive om indkøb af.

Ved fortolkning af udstrækningen af habilitetssynspunkter kan der med forsigtighed anvendes fortolkningsbidrag fra Forvaltningslovens kapitel 2 om inhabilitet og de særlige habilitetsbetragtninger i Kommunalstyrelseslovens § 29 med forbehold for de særlige forhold, som gør sig gældende for offentlige myndigheder og hverv.

Den dataansvarlige eller databehandleren må sikre sig imod denne type af interessekonflikter i forbindelse med ansættelsen, hvor vilkårene i ansættelseskontrakten skal sikre mod interessekonflikter, som følge af eksterne opgaver eller forpligtelser.

5.4.3 Ekstern DPO og interessekonflikter

Interessekonflikter kan også opstå, når DPO funktionen opfyldes gennem en tjenesteydelseskontrakt. I disse tilfælde må den dataansvarlige eller databehandleren opfylde sin forpligtelse til at sikre DPO'ens uvildighed ved at etablere en kontraktmæssig forpligtelse for den udpegede DPO om, at pågældende fysiske eller juridiske person, ikke har eller vil påtage sig andre opgaver eller forpligtelser, som medfører eller kan medføre en interessekonflikt.

Ifølge Artikel 29-gruppen kan en interessekonflikt eksempelvis opstå, hvis en ekstern DPO anmodes om at repræsentere den dataansvarlige eller databehandleren ved domstolene i sager, som involverer databeskyttelsesspørgsmål³⁸. Tilsvarende gør sig gældende for andre typer af tjenesteydelser eller salg af varer, som har forbindelse til databeskyttelsesspørgsmål, som DPO'en som led i sine opgaver er forpligtet til at forholde sig uvildigt til.

³⁸ WP 243/2017, s. 17

I den danske betænkning påpeges det, at spørgsmålet om, hvorvidt en ekstern rådgiver kan fungere som DPO for flere dataansvarlige og databehandlere må afgøres efter de habilitetsregler, der er gældende for den pågældende branche³⁹. Det må antages, at disse habilitetsregler også lægges til grund i spørgsmål om DPO'ens uafhængighed og uvildighed.

I tilfælde, hvor DPO funktionen opfyldes af et team af interne medarbejdere eller et team af eksterne medarbejdere udpeget i forbindelse med en tjenesteydelseskontrakt, er det nødvendigt at hvert enkelt medlem af teamet sikres mod interessekonflikter⁴⁰.

Når den udpegede DPO er en juridisk person opstår spørgsmålet om afsmitning af inhabilitet, og det må antages, at vurderingen heraf skal ske konkret i de fleste tilfælde. Der må være en formodning for, at inhabilitet i forhold til DPO funktionen er gældende for hele den juridiske enhed eller samarbejdsfællesskabet.

I tilfælde, hvor en advokat er udpeget som DPO, kan DPO'en ikke repræsentere den dataansvarlige eller databehandleren ved domstolene i sager, som involverer databeskyttelses-spørgsmål, jf. ovenfor nævnte udtalelse fra Artikel 29-gruppen. Det giver anledning til en nærmere vurdering af, hvilken betydning DPO'ens inhabilitet har for advokater, som udøver advokatvirksomhed i advokatselskaber, advokatfællesskaber og kontorfæller.

Advokaten er forpligtet til at respektere god advokatskik, jf. RPL § 126, stk. 1. Efter lovens § 124 c, stk. 1, nr. 2 identificeres partnere, fuldmægtige og andre medarbejdere i advokatvirksomheden med den enkelte advokat. Retsplejelovens regler om god advokatskik, herunder om interessekonflikter, suppleres af De Advokatetiske Regler⁴¹ udstedt af Advokatrådet. De Advokatetiske Regler er udstedt med hjemmel i RPL § 127.

Ifølge De Advokatetiske Regler gælder advokatens pligt til at sikre mod interessekonflikter, jf. pkt. 12.1, når advokater udøver advokatvirksomhed i et advokatselskab, jf. RPL § 124, eller i kontorfællesskab, jf. pkt. 12.4, stk. 1. Andre samarbejder, samvirker og fællesskaber, som i forhold til tredjemand fremtræder som et fællesskab eller en advokatvirksomhed er omfattet af afsmitning, jf. pkt. 12.4, stk. 2, efter det såkaldte "appearance"-synspunkt, som er fastslået i dommen U 1998.1105/2 H og i kendelsen U 2005.1403 V.

På den baggrund konkluderes, at når en advokat udpeges som DPO for en dataansvarlig eller databehandler, medfører dette også inhabilitet for det advokatselskab, kontorfællesskab eller andet samarbejde, som i forhold til tredjemand fremstår som et fællesskab, som advokaten er tilknyttet. Advokater, som udøver advokatvirksomhed i fællesskaber, må derfor træffe en kollektiv beslutning om, hvorvidt fællesskabet vil indgå tjenesteydelseskontrakt som DPO'ere eller om de vil repræsentere den dataansvarlige og databehandleren ved domstolene

³⁹ Betænkning, s. 576

⁴⁰ WP 243/2017, s. 12

⁴¹ De Advokatetiske Regler, Advokatrådet, 1. November 2016

i sager om databeskyttelsesspørgsmål. Hvor længe inhabilitet består efter udløbet af en tjenesteydelseskontrakt om advokatens udpegelse som DPO, må bero på konkrete vurderinger og overvejelser om en ”cool down” periode, så advokaten ikke repræsenterer klienter i sager, som vedrører advokatens egen rådgivning i perioden, hvor advokaten var udpeget som DPO.

6. DPO’ens personlige uafhængighed

6.1 Det retlige grundlag for DPO’ens personlige uafhængighed

Udover den funktionelle uafhængighed sikres DPO’ens personlige uafhængighed ved et forbud mod at afskedige eller straffe DPO’en for at udføre sine opgaver, jf. art. 38, stk. 3, 2. pkt..

Det var i lovforslaget til forordningen hensigten at sikre DPO’ens personlige uafhængighed ved en udpegningsperiode på mindst to år, hvori pågældende kun kunne afskediges, hvis vedkommende ikke længere opfyldte betingelserne for at varetage hvervet, jf. art. 35, stk. 7⁴². Konstruktionen i lovforslaget tilsvarende bestemmelsen, som fastsætter betingelserne for udpegelse af DPO’en i fællesskabsinstitutioner og –organer⁴³, hvor DPO’en udpeges for en periode på to til fem år, og DPO’en kan genudnævnes og varetage hvervet i højst ti år i alt. Afskedigelse af DPO’en kan kun finde sted, hvis pågældende ikke længere opfylder de krav, der stilles for udførelsen af hans opgaver, og afskedigelsen kræver desuden samtykke fra den europæiske tilsynsførende for databeskyttelse, jf. art. 24, stk. 4. Stillingsbetegnelsen i den engelske version er Data Protection Officer, men i den danske sprogudgave er stillingsbetegnelsen oversat til ”databeskyttelsesansvarlig”. At stillingsbetegnelsen afviger fra betegnelsen ”databeskyttelsesrådgiver” i Databeskyttelsesforordningen skyldes, at DPO’en i fællesskabsinstitutionerne og –organer er ansvarlig for databeskyttelsen i modsætning til DPO’en i medlemsstaterne, som ikke har ansvar for databeskyttelsen men alene en rådgivende funktion.

Konstruktionen, som blev vedtaget i databeskyttelsesforordningen til beskyttelse af DPO’ens personlige uafhængighed, hvorefter DPO’en ikke kan opsiges eller straffes for at udføre sine opgaver, ligner den model man har anvendt i den nationale tyske databeskyttelseslov⁴⁴. Den tyske bestemmelse, som blev indført med hjemmel i direktiv 95/46 EF⁴⁵, omhandler dog udelukkende afskedigelse, og omfatter ikke efter sin ordlyd anden straf af DPO’en. Ifølge direktivet skulle personen, som blev udpeget som ansvarlig for beskyttelse af personoplysninger, uafhængigt sikre overholdelse af databeskyttelseslovgivning. Direktivet angav ingen krav om, hvordan uafhængigheden skulle sikres, hvorfor dette var overladt til national ret.

⁴² Forslag til forordning, 25.1.2012

⁴³ Forordning 45/2001 af 18. december 2000

⁴⁴ Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung af 14. januar 2003, jf. § 4 f, stk. 3, 3. pkt.

⁴⁵ Direktiv 95 /46/EF af 24 . oktober 1995, art. 18, stk. 2.

Forbuddet mod afskedigelse og straf i databeskyttelsesforordningens art. 38, stk. 3, 2. pkt., giver anledning til spørgsmål om, hvor langt beskyttelsen af DPO'en rækker i såvel ansættelsesretlig og kontraktretlig henseende. Nedenfor behandles alene afskedigelsessituationer, og andre ændringer i ansættelsesforholdet, som kan sidestilles med afskedigelse.

6.2 Saglighedsbeskyttelse i ansættelsesforhold

I betænkningen anføres det om forbuddet mod afskedigelse og straf: "Normalt kan man i Danmark ikke afskediges for at udføre sine arbejdsopgaver, og beskyttelsen i artikel 38, stk. 3, 2. pkt., peger således i retning af en almindelig saglighedsbeskyttelse, som den kommer til udtryk i funktionærloven."⁴⁶

I forbindelse med implementering af direktiv 95/46/EF blev muligheden for en frivillig DPO ordning som ovenfor anført ikke indført i Danmark. Baggrunden var en anbefaling fra Registerudvalget, som i betænkning 1345/1997 anførte, at indførelsen af ordningen ville medføre en række problemstillinger af ansættelsesretlig og ledelsesmæssig karakter, navnlig som følge af kravet om en uafhængig funktion⁴⁷.

Det er bemærkelsesværdigt, at de problemstillinger, som var årsagen til, at Registerudvalget anbefalede, at DPO ordningen ikke blev indført i dansk ret, ikke er nævnt i betænkningen til databeskyttelsesforordningen. Kommentaren i betænkningen i relation til forbuddet mod afskedigelse og straf i forordningen, gør det imidlertid relevant at se nærmere på saglighedsbeskyttelsen i dansk ret.

I tilfælde hvor DPO'en ikke er omfattet af funktionærlovens saglighedsbeskyttelse, er det væsentligt for DPO'ens personlige uafhængighed, at der i dansk ret ikke gælder en almindelig saglighedsbeskyttelse. Saglighedskravet i ansættelsesretten er en begrænsning i arbejdsgiverens ledelsesret, og trods udbredelse af regler om værn mod usaglig afskedigelse kan der ikke opstilles en udfyldende regel om, at der gælder en sådan begrænsning⁴⁸.

Det er derfor relevant at vurdere, om DPO'en i et ansættelsesforhold er omfattet af funktionærlovens regler. Betingelserne i lovens § 1, stk. 1, om lovens anvendelsesområde på baggrund af arbejdets karakter er opfyldt. Efter lovens § 1, stk. 2, er det yderligere en betingelse for lovens anvendelse, at pågældende er beskæftiget af vedkommende arbejdsgiver gennemsnitlig mere end 8 timer ugentligt, og at han indtager en tjenestestilling, således at han er undergivet arbejdsgiverens instruktioner.

Funktionærloven er således ikke gældende i tilfælde, hvor den ugentlige arbejdstid hos den konkrete arbejdsgiver udgør 8 timer eller derunder. I praksis må det antages, at arbejdets omfang for en ansat DPO udgør mere end 8 timer ugentligt, hvorfor DPO'en formentligt altid vil opfylde denne betingelse.

⁴⁶ Betænkningen, s. 582

⁴⁷ Registerudvalgets betænkning nr. 1345/1997, s. 336-337

⁴⁸ Hasselbalch, Ole (2016) *Ansættelsesret & Personale jura*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 285

Det er derimod i alle tilfælde relevant, om en ansat DPO opfylder kravet om at være i et tjenesteforhold undergivet arbejdsgiverens instruktioner. Kravet herom i funktionærlovens § 1, stk. 2, står umiddelbart i modsætning til databeskyttelsesforordningens krav om, at den dataansvarlige eller databehandleren sikrer, at DPO'en ikke modtager instrukser vedrørende udførelsen af sine opgaver, jf. art. 38, stk. 3, 1. pkt..

Det er derfor nødvendigt at vurdere, om der er tale om en lønmodtager, som anses for at være i et tjenesteforhold. I forhold, som drejer sig om en meget selvstændig kontrakt, er arbejdsgiverens instruktionsbeføjelse det alt afgørende kriterium for, hvorvidt mellemværendet er et ansættelsesforhold ifølge Hasselbalch⁴⁹. Han anfører i øvrigt, at der ikke nogetsteds i de ansættelsesretlige love gives detaljeret og udtømmende oplysning om, hvad der karakteriserer et sådan lønmodtagerforhold til forskel fra andre kontrakter om arbejde⁵⁰.

På baggrund af retspraksis vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt et kontraktforhold om arbejde medfører lønmodtagerstatus, opstiller Hasselbalch fem kriterier, som kan vejlede ved vurderingen af, om der er tale om et lønmodtagerforhold. Det første moment omhandler arbejdsgiverens principielle ret til at disponere over arbejdsindsatsen og til at give instrukser i denne sammenhæng. Det andet moment omfatter det økonomiske mellemværende, hvor en lønmodtager er karakteriseret ved ikke at have driftsherrevinst eller bære risiko for mislykket arbejde. Det tredje moment omhandler lønmodtagerens forpligtelse til at udføre arbejdet personligt. Det fjerde moment omhandler graden af tilknytning mellem arbejdsgiver og arbejdstager, og det femte moment omhandler hvorvidt arbejdstageren i henseende til sin sociale og erhvervsmæssige stilling naturligt kan sammenlignes med en lønmodtager⁵¹.

På baggrund af disse vejledende momenter, kan det konkluderes, at en DPO, som er udpeget i et ansættelsesforhold, stort set altid kan anses som lønmodtager, uanset den begrænsning i arbejdsgiverens instruktionsret, som følger af databeskyttelsesforordningens art. 38, stk. 3, 1. pkt. Dette skyldes, at alle øvrige momenter peger i retning af en lønmodtagerstilling. Ansættelsesforholdet er som følge heraf omfattet af funktionærlovens regler, når betingelsen om arbejdets omfang er opfyldt.

Saglighedsbeskyttelsen i funktionærloven, som betænkningen henviser til, er bestemmelsen om godtgørelse for afskedigelse uden rimelig begrundelse i FUL § 2 b. Denne bestemmelse omfatter imidlertid kun funktionærer, som har været uafbrudt beskæftiget i den pågældende virksomhed i mindst 1 år før opsigelsen. Højesteret har i U 2003.1570 H statueret, at der ikke er anledning til at tage stilling til om en opsigelse er rimeligt begrundet, når der ikke er hjemmel til at tilkende godtgørelse. Der er således ikke fra et ansættelsesretligt perspektiv saglighedsbeskyttelse, før DPO'en har krav på godtgørelse for usaglig afskedigelse efter et års ansættelse hos arbejdsgiveren.

⁴⁹ Ibid, s. 29

⁵⁰ Ibid, s. 30

⁵¹ Ibid, s. 33

Da bevisbyrden for en usaglig opsigelse i ansættelsesretlig henseende påhviler den ansatte, vil DPO'en yderligere skulle bevise, at opsigelsen er begrundet i, at han har udført sine opgaver, hvilket kan være en tung byrde for den afskedigede DPO.

Det konkluderes, at en DPO ikke i alle tilfælde er ansættelsesretligt beskyttet mod usaglig afskedigelse i dansk ret. Den ansættelsesretlige beskyttelse, som først indtræder efter et års ansættelse, er DPO'ens eneste direkte personlige beskyttelse mod afskedigelse.

6.3 Saglighedsbeskyttelse i tjenesteydelseskontrakt

Der er i betænkningen ikke anført bemærkninger om, hvordan forbuddet mod afskedigelse og straf har virkning i tilfælde, hvor DPO'en er udpeget i en tjenesteydelseskontrakt.

I et kontraktforhold kan en kontraktpart som udgangspunkt opsiges en tjenesteydelseskontrakt i overensstemmelse med kontraktens vilkår om opsigelsesvarsler uden begrundelse. Konsekvenserne af at opsiges en DPO på tjenesteydelseskontrakt er i kontraktretlig henseende derfor uden konsekvenser, hvorfor årsagen til opsigelse af kontrakten ikke har betydning for kontraktparterne.

DPO'en kan ikke på baggrund af opsigelsen af kontrakten påberåbe sig godtgørelse for usaglig afskedigelse, hvorfor der ikke er saglighedsbeskyttelse i en tjenesteydelseskontrakt. En DPO, som er udpeget i en tjenesteydelseskontrakt, er således ikke personligt og direkte beskyttet mod afskedigelse i strid med forordningens bestemmelse.

6.4 Indirekte beskyttelse af DPO'ens personlige uafhængighed

Det må antages, at bestemmelserne om bødestraf for overtrædelse af forordningens bestemmelser om DPO'en, herunder forbuddet mod at afskedige eller straffe DPO'en for at udføre sine opgaver, jf. art. 83, stk. 4, litra a, jf. stk. 2, i praksis kan beskytte DPO'en indirekte og sikre den personlige uafhængighed.

Det fremgår af art. 83, stk. 1 at tilsynsmyndigheden skal sikre, at bøden er effektiv, står i rimeligt forhold til overtrædelsen og har afskrækkende virkning. I Danmark kan en administrativ myndighed ikke pålægge administrative bøder, som har karakter af straf, og bødestraf kan alene pålægges af domstolene. Forordningens art. 83, stk. 9 sikrer, at Danmark kan opfylde betingelserne ved at de nationale domstole pålægger bøder, som under alle omstændigheder skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning.

Ved afgørelse af bødens størrelse skal der, jf. art. 83, stk. 2, lægges vægt på en række momenter om overtrædelsens karakter, den dataansvarliges eller databehandlerens ansvar, hvorvidt overtrædelsen er begået forsætligt eller uagtsomt m.v.. Bestemmelsen er ikke udtømmende.

mende, hvorfor andre momenter end de opremsede kan tillægges betydning. Af databeskyttelseslovens § 41, stk. 1, fremgår det, at forordningens art. 83, stk. 2, skal følges ved pålæggelse af straf, og at overtrædelse straffes med bøde eller fængsel indtil 6 måneder. Den dataansvarlige eller databehandleren kan i hver enkelt sag pålægges bøder på op til 10 millioner EUR, eller for virksomheder op til 2 % af dens samlede globale årlige omsætning, jf. art. 83, stk. 4.

På baggrund af forpligtelsen til at meddele tilsynsmyndigheden om DPO'ens kontaktoplysninger, jf. art. 37, stk. 7, som antages at omfatte DPO'ens navn på grund af DPO'ens opgave som tilsynsmyndighedens kontaktperson, jf. art. 38, stk. 1, litra e, skal den dataansvarlige eller databehandleren meddele tilsynsmyndigheden, når en ny DPO udpeges. Som anført af Peter Blume, vil en meget hurtig afskedigelse af en rådgiver forventeligt vække opmærksomhed⁵².

Spørgsmålet er, om tilsynsmyndigheden er forpligtet til at føre tilsyn med, hvorvidt afskedigelsen af en DPO er sket i strid med forordningen. Ifølge forordningens art. 51 "... skal hver medlemsstat sikre, at en eller flere uafhængige offentlige myndigheder er ansvarlige for at føre tilsyn med anvendelsen af forordningen, for at beskytte fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder i forbindelse med behandling og for at lette fri udveksling af personoplysninger i Unionen...". Ifølge art. 57, stk. 1, litra a, som omhandler tilsynsmyndighedernes opgaver, skal hver tilsynsmyndighed på sit område "føre tilsyn med og håndhæve anvendelsen af denne forordning". Bestemmelsen om tilsynsmyndighedens beføjelser er affattet i § 27 i databeskyttelsesloven, hvorefter Datatilsynet "... fører i overensstemmelse med databeskyttelsesforordningens kapitel VI tilsyn med enhver behandling, der omfattes af denne lov, databeskyttelsesforordningen og anden lovgivning, som ligger inden for databeskyttelsesforordningens rammer for særregler om behandling af personoplysninger, jf. dog lovens kapitel 11." Databeskyttelsesloven § 27 er begrænset til at omfatte behandlinger, hvilket er en indskrænkning af tilsynsmyndighedens tilsynsbeføjelse i forhold til forordningens art. 51 og art. 57, som omfatter anvendelse af forordningen og ikke alene behandlinger. Den tilsvarende ordning efter persondatadirektivet, var affattet i persondatalovens § 55, stk. 1, som også var begrænset til at omfatte tilsyn med enhver behandling. Ifølge persondatadirektivet art. 28, stk. 1, skulle tilsynsmyndigheden have til opgave "... at påse overholdelsen af de bestemmelser, medlemsstaten vedtager til gennemførelse af dette direktiv." Det kan konstateres, at Persondataloven på tilsvarende vis indskrænkede direktivets bestemmelse om tilsynsmyndighedens beføjelser, og på grund af videreførelse af den indskrænkende formulering, opfylder Databeskyttelsesloven ikke kravet i forordningen om omfanget af tilsynsmyndighedernes beføjelser.

Efter ordlyden af forordningen omfatter tilsynsmyndighedens beføjelser tilsyn med og håndhævelse af anvendelsen af forordningen, hvilket ikke begrænser tilsyn til alene at vedrøre behandlinger, selvom formålet med tilsynet er at beskytte fysiske personers grundlæggende

⁵² Blume, Den Nye Persondataret, s. 130

rettigheder og friheder i forbindelse med behandling. Bestemmelserne omfatter efter ordlyden også tilsyn med bestemmelserne om DPO'en, herunder bestemmelsen om forbud mod afskedigelse af DPO for at udføre sine opgaver og håndhævelse af bestemmelsen om straf ved overtrædelse heraf. Da forordningen er umiddelbart anvendelig, jf. TEUF⁵³ art. 288, har Danmark pligt til at sikre, at tilsynsmyndigheden har beføjelser i overensstemmelse med forordningens ordlyd. Det konkluderes på den baggrund, at Datatilsynet skal føre tilsyn med overholdelse af forordningen og håndhæve anvendelse heraf, jf. art. 57, stk. 1, litra a, hvilket omfatter tilsynsbeføjelse og håndhævelse af bestemmelserne om straf i relation til reglerne om afskedigelse af DPO'en.

Muligheden for at tilsynsmyndigheden bliver inddraget i en afskedigelseskonflikt må antages at være et effektivt afskrækkende virkemiddel, som kan sikre DPO'en mod afskedigelse i strid med forordningen. Risikoen for bødestraf kan også være et incitament for den dataansvarlige eller databehandleren til at være imødekommende overfor en forligsmæssig løsning i forbindelse med en fratrædelseskonflikt.

Det kan konkluderes, at dansk ret ikke beskytter DPO'en i overensstemmelse med forordningens forbud. Databeskyttelsesloven burde have sikret et retsgrundlag for bestemmelsen på samme måde, som DPO'ens tavshedspligt er sikret i loven i de tilfælde, hvor tavshedspligten ikke følger af anden ret.

6.5 Erstatning og straf

Efter forordningens art. 82, stk. 1 har enhver, som har lidt materiel eller immateriel skade som følge af en overtrædelse af forordningen, ret til erstatning for den forvoldte skade fra den dataansvarlige eller databehandleren. I databeskyttelseslovens § 40 udvides retten til erstatning til forhold, som omfatter overtrædelse af databeskyttelsesloven. Ansvarsgrundlaget for erstatning er fastsat i art. 82, stk. 2, hvoraf det fremgår, at den dataansvarlige, der er involveret i behandling, hæfter for den skade, der er forvoldt af behandling, der overtræder forordningen. En databehandler hæfter kun for den skade, der er forvoldt af behandling, hvis pågældende ikke har opfyldt de forpligtelser i forordningen, der er rettet specifikt mod databehandlere, eller hvis pågældende har undladt at følge eller handlet i strid med den dataansvarliges lovlige instrukser.

Bestemmelsen i stk. 1 om retten til erstatning er ikke efter sin ordlyd begrænset til skade forvoldt under behandlingsaktiviteter, hvorfor bestemmelsen har et bredere anvendelsesområde. Da ansvarsgrundlaget efter stk. 2 imidlertid alene omhandler skade, der er forvoldt under behandling, findes der ikke i forordningen et ansvarsgrundlag for dataansvarlige eller databehandlere for skade, der er forvoldt på anden måde.

Det kan på denne baggrund konkluderes, at der ikke i forordningen er ansvarsgrundlag for

⁵³ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)

dataansvarlige og databehandlere for overtrædelse af forordningen i andre tilfælde, end når skade er forvoldt ved behandling, hvorfor DPO'en ikke med hjemmel i forordningen har ret til erstatning for skade forvoldt ved overtrædelse af bestemmelserne, som skal sikre DPO'ens personlige uafhængighed.

7. DPO'ens funktioner

7.1 Det retlige grundlag for DPO'ens funktioner

I artikel 39 i forordningen er minimumsindholdet af DPO'ens stilling anført i en ikke udtømmende opremsning af DPO'ens opgaver. Opgaverne omfatter underretning og rådgivning om forpligtelser i henhold til forordningen og anden databeskyttelsesret. Opgaverne omfatter tillige overvågning af overholdelsen af forordningen og anden databeskyttelsesret og af interne politikker om beskyttelse af personoplysninger, og rådgivning ved anmodning herom i forbindelse med udarbejdelse af konsekvensanalyser. Derudover skal DPO'en samarbejde med tilsynsmyndigheden, og fungere som tilsynsmyndighedens kontaktpunkt i spørgsmål vedrørende behandling og høring af tilsynsmyndigheden om andre spørgsmål, når det er hensigtsmæssigt. I art. 38, stk. 4, er det anført, at registrerede kan kontakte DPO'en angående alle spørgsmål om behandling af deres oplysninger og om udøvelse af deres rettigheder i henhold til forordningen, hvilket betyder, at det også er DPO'ens opgave at stå til rådighed for registreredes henvendelser og oplyse og rådgive ved henvendelser fra registrerede. DPO'ens rolle fremmer databeskyttelseskulturen i organisationen, og dermed forbedres beskyttelsen af de registreredes rettigheder og frihedsrettigheder.

For at understøtte DPO'ens udførelse af sine opgaver er den dataansvarlige eller databehandleren forpligtet til at støtte DPO'en med nødvendige ressourcer for at udføre opgaverne og opretholde DPO'ens ekspertise, og derudover sikre DPO'en adgang til personoplysninger og behandlingsaktiviteter, jf. art. 38, stk. 2. Derudover forudsætter forordningen, at DPO'en inddrages tilstrækkeligt og rettidigt i spørgsmål om beskyttelse af personoplysninger, jf. art. 38, stk. 1.

Forordningen fastlægger samtidig, at DPO'en skal udføre sine opgaver med en risikobaseret tilgang til opgaverne, idet han skal tage hensyn til den risiko, der er forbundet med behandlingsaktiviteterne, jf. art. 39, stk. 2.

Grænserne for DPO'ens opgaver fremgår af artikel 38, stk. 6, som anfører, at DPO'en ikke kan have andre opgaver og pligter, som medfører en interessekonflikt.

Art. 29-gruppen anbefaler, at den dataansvarlige i for eksempel databeskyttelsesrådgiverens kontrakt, men også i oplysningerne til medarbejdere, ledelse (og andre interessenter, hvor det er relevant) oplyser nøjagtigt, hvad databeskyttelsesrådgiverens opgaver er og deres formål, navnlig hvad angår udførelsen af konsekvensanalysen vedrørende databeskyttelse⁵⁴.

⁵⁴ WP243/2017, s. 18

7.2 Underretning og rådgivning

En af DPO'ens primære opgaver består i underretning og rådgivning af den dataansvarlige eller databehandleren og de ansatte, der behandler personoplysninger, om deres forpligtelser i henhold til forordningen og anden databeskyttelsesret, jf. art. 39, stk. 1, litra a. DPO'ens opfyldelse af underretnings- og rådgivningspligten forudsætter DPO'ens indgående kendskab til forpligtelser efter forordningen og anden databeskyttelsesret. For at sikre DPO'en tilstrækkelig indsigt i forordningen og anden EU-retlig eller national databeskyttelsesret, skal DPO'en, udover opfyldelse af forordningens krav til faglige kompetencer, løbende holde sig orienteret om udviklingen i databeskyttelseslovgivning og -praksis. Det må særligt forudsætte, at DPO'en i de kommende år efter forordningens ikrafttræden nøje følger vejledende udtalelser fra Datatilsynet og Databeskyttelsesrådet, og praksis fra såvel EU-domstolen, nationale domstole og Datatilsynet.

Bestemmelsen i art. 38, stk. 2, om den dataansvarlige eller databehandleren forpligtelse til at støtte DPO'en med nødvendige ressourcer for at udføre opgaverne og opretholde DPO'ens ekspertise skal sikre, at DPO'en får stillet tilstrækkelige ressourcer af såvel tidsmæssig som økonomisk karakter til rådighed, så DPO'ens behov for ressourcer til at udføre opgaven og opretholde sin ekspertise bliver opfyldt.

DPO'ens rådgivningsopgave skal ses i sammenhæng med bestemmelsen i art. 38, stk. 1, om, at DPO'en skal inddrages tilstrækkeligt og rettidigt i spørgsmål om beskyttelse af personoplysninger, som er en forudsætning for, at DPO'en kan udføre sine rådgivningsopgaver. DPO'ens opgaver vil bestå i en vurdering af de risici, som er forbundet med de konkrete behandlingsaktiviteter og en vurdering af, om den planlagte beskyttelse af personoplysninger opfylder kravene i forordningen og i anden databeskyttelsesret.

At DPO'en skal inddrages tilstrækkeligt indebærer, at DPO'en skal sikres den nødvendige indsigt i planlagte behandlingsaktiviteter til at foretage den nødvendige analyse. Kravet om at inddragelsen skal ske rettidigt, skal sikre at DPO'en har tilstrækkelig tid til rådighed til at foretage de nødvendige analyser og vurderinger, før behandlingsaktiviteten påbegyndes. Hvis DPO ikke har tilstrækkelig indsigt, vil det mangelfulde analysegrundlag medføre en værdiløs analyse, og hvis DPO'en ikke har tilstrækkelig tid til rådighed til at gennemføre analysen, vil der ikke tale om inddragelse af DPO'en, men snarere om en underretning om planlagte behandlingsaktiviteter. Hvis den dataansvarlige eller databehandleren ikke overholder betingelserne om tilstrækkelig og rettidig inddragelse, kan DPO'en ikke udføre sine opgaver i overensstemmelse med forordningens krav.

Kravet om tilstrækkelig og rettidig inddragelse skal også ses i sammenhæng med den dataansvarliges og databehandlerens forpligtelse til at sikre, at beskyttelsen af personoplysninger er inddraget i enhver planlægning af behandlingsaktivitet og systemopbygning i relation hertil allerede fra starten efter princippet om beskyttelse gennem standardindstillinger gennem design, jf. art. 25. Det betyder, at DPO skal inddrages allerede i planlægningsfasen, så

DPO'ens rådgivning kan inddrages i forbindelse med overholdelsen af forpligtelsen i art. 25. I betænkningen anføres det, at et vigtigt element i DPO'ens rådgivningsopgave vil være rådgivning om databeskyttelse gennem design og databeskyttelse gennem standardindstillinger, jf. art. 25, og i forbindelse med førelse af fortegnelser over behandlingsaktiviteter, jf. art. 30⁵⁵.

Som anført i betænkningen skal DPO'en generelt kunne rådgive om beskyttelse af personoplysninger, også på områder, hvor eventuelle forpligtelser ikke følger af forordningen⁵⁶. Kravene til DPO'ens faglige kvalifikationer i forbindelse med udpegelsen og kravene om, at den dataansvarlige eller databehandleren stiller tilstrækkelige ressourcer til rådighed for DPO'ens sikrer, at DPO'en har til enhver tid har tilstrækkelig faglig viden og indsigt i praksis.

DPO'en har ikke beslutningskompetence, og derfor fremstår DPO'ens konklusioner alene som rådgivning til den dataansvarlige eller databehandleren.

Artikel 29-gruppen anbefaler, at DPO'en regelmæssigt inviteres til at deltage i møder på senior- og mellemliderniveau, og at DPO'ens tilstedeværelse er ønskværdig, når der skal tages beslutninger, som har en databeskyttelses-dimension. Desuden skal alle relevante oplysninger videregives rettidigt til databeskyttelsesrådgiveren, så denne kan give passende rådgivning. Derudover skal DPO'ens udtalelser altid tillægges behørig vægt. I tilfælde af uenighed anbefaler Artikel 29-gruppen som god praksis at dokumentere årsagerne til, at DPO'ens henstillinger ikke følges. DPO'ens skal omgående høres i tilfælde af, at et brud på datasikkerheden eller en anden hændelse har fundet sted. Gruppen anbefaler, at den dataansvarlige eller databehandleren udvikler retningslinjer eller programmer for databeskyttelse som fastlægger, hvornår databeskyttelsesrådgiveren skal høres, når det er relevant⁵⁷.

DPO'ens rådgivningsopgaver omfatter også de ansatte, der behandler personoplysninger. Rådgivningen bør ske generelt og konkret, idet der skal orienteres om organisationens databeskyttelsespolitik og den ansattes generelle og konkrete forpligtelser, som følger af den ansattes arbejdsopgaver i organisationen. DPO'en skal tillige sikre, at der udarbejdes politikker for uddannelse af personalet i organisationens databeskyttelsespolitik. Det er DPO'ens opgave at sikre, at de ansatte bliver rådgivet og underrettet, men det må bero på den dataansvarliges og databehandlerens beslutning, om DPO'en skal udføre den faktiske undervisning eller orientering, eller om DPO'en blot skal rådgive om indholdet heraf.

Som anført i betænkningen består DPO'ens rådgivningsopgave også i at stå til rådighed, så eksempelvis ansatte kan henvende sig og anmode om rådgivning⁵⁸. Der kan eventuelt etab-

⁵⁵ Betænkning, s. 586

⁵⁶ Ibid

⁵⁷ WP 243/2017, s. 14

⁵⁸ Betænkning, s. 586

leres en ”whistle-blower” ordning, så de ansatte kan henvende sig med viden om eller mistanke om overtrædelse af de interne retningslinjer. Det er afgørende, at henvendelser fra de ansatte til enhver tid kan ske i fortrolighed.

7.3 Rådgivning om konsekvensanalysen

Ifølge art. 39, stk. 1, litra c, skal DPO'en rådgive, når der anmodes herom med hensyn til konsekvensanalysen vedrørende databeskyttelse og overvåge dens opfyldelse i henhold til art. 35. Bestemmelsen er en konsekvens af den dataansvarlige forpligtelse til at rådføre sig med DPO'en, jf. art. 35, stk. 2, når der udføres en konsekvensanalyse. Det er ifølge art. 35, stk. 1, den dataansvarliges opgave, at udføre en konsekvensanalyse vedrørende databeskyttelsen i tilfælde, hvor en databehandlingsaktivitet sandsynligvis vil indebære en høj risiko for fysiske personers rettigheder og frihedsrettigheder, og DPO'ens opgave er alene rådgivning i forbindelse hermed.

Artikel 29-gruppen anbefaler, at den dataansvarlige søger rådgivning hos DPO'en om, hvorvidt der skal gennemføres en konsekvensanalyse vedrørende databeskyttelse, hvilken metode, der skal følges, om konsekvensanalysen skal udføres internt eller udliciteres og hvilke garantier (herunder tekniske og organisatoriske foranstaltninger), der skal anvendes for at afbøde eventuelle risici for de registreredes rettigheder og interesser⁵⁹.

For at sikre DPO'ens uafhængighed skal det sikres, at DPO'ens konkrete indsats i forbindelse med gennemførelse af konsekvensanalyser alene består i rådgivning og ikke får karakter af beslutningstagen. DPO'en skal være uvildig i forbindelse med en efterfølgende overvågning af konsekvensanalysens opfyldelse, jf. art. 39, stk. 1, litra c, og i forbindelse med sine overvågningsopgaver, jf. art. 39, stk. 1, litra b. DPO'en kan dog udarbejde modeller eller redskaber til brug for standardiseret udarbejdelse af konsekvensanalyser. Ved en standardiseret tilgang til konsekvensanalyser, som bygger på modeller og redskaber udarbejdet af DPO'en, vil DPO'ens vurdering af, om konsekvensanalysen er foretaget korrekt og om konklusionerne er rigtige, være væsentligt mere effektiv, da DPO'en alene skal fokusere på oplysningerne om den specifikke behandlingsaktivitet, da modeller og redskaber på forhånd er DPO'en bekendt.

7.4 DPO'ens overvågningsopgave

Udover underretnings- og rådgivningsopgaverne, har DPO'en tillige til opgave at overvåge overholdelsen af forordningen og anden databeskyttelsesret, og af den dataansvarliges eller databehandlerens politikker om beskyttelse af personoplysninger, herunder fordeling af ansvar, oplysningskampagner og uddannelse af det personale, der medvirker ved behandlingsaktiviteter, og de tilhørende revisioner, jf. artikel 39, stk. 1, litra b. I præambelbetragtning 97

⁵⁹ WP 243/2017, s. 18

anføres det som supplement til art. 39, at DPO'en skal bistå den dataansvarlige eller databehandleren med at overvåge den interne overholdelse af forordningen.

Artikel 29-gruppen anfører, at DPO'en som en del af overvågningsopgaverne navnlig skal indsamle oplysninger, der identificerer databehandlingsaktiviteter, analysere og kontrollere databehandlingsaktiviteternes overholdelse af bestemmelserne og informere, rådgive og rette henstillinger til den dataansvarlige eller databehandleren⁶⁰.

DPO'en har tillige til opgave at overvåge organisationens overholdelse af implementerede interne politikker. De interne databeskyttelsespolitikker udgør et væsentligt element i de organisatoriske foranstaltninger, som sammen med de tekniske foranstaltninger udgør sikkerhedsniveauet for beskyttelsen af personoplysninger, jf. art. 32, stk. 1. Det er naturligvis af stor vigtighed, at de implementerede politikker revideres og overholdes i praksis, både med hensyn til uddannelse af medarbejderne og medarbejdernes overholdelse af politikkerne.

DPO'ens overvågningsopgaver omfatter tillige den dataansvarliges udarbejdede konsekvensanalyse, jf. art. 37, stk. 1, litra c. Ifølge Artikel 29-gruppen omfatter denne opgave, hvorvidt konsekvensanalysen er blevet korrekt udført, og hvorvidt dens konklusioner (om databehandlingen skal fortsætte, og hvilke garantier der skal anvendes) er i overensstemmelse med forordningen⁶¹. Det anføres i øvrigt, at i tilfælde, hvor den dataansvarlige er uenig i DPO'ens rådgivning, skal dokumentationen for konsekvensanalysen indeholde en skriftlig begrundelse for, hvorfor rådgivningen ikke er blevet fulgt. Det skal ses i sammenhæng med dokumentationskravet i art. 24, stk. 1, om den dataansvarliges forpligtelse til at påvise, at behandlingen er i overensstemmelse med forordningen. Det er påfaldende, at der i modsætning til Artikel 29-gruppens opfattelse heraf, af betænkningen fremgår, at det kan anføres, hvorfor DPO'ens indstilling ikke er blevet fulgt, men dette er ikke et krav til konsekvensanalysen⁶². Når henses til, at den dataansvarlige er forpligtet til at rådføre sig med DPO'en, og DPO'en er forpligtet til at rådgive den dataansvarlige på anmodning, taler dokumentationskravet i art. 24, stk. 1, for, at der skal foreligge en skriftlig begrundelse i dokumentationen for konsekvensanalysen, når DPO'ens rådgivning ikke blev fulgt.

7.5 Samarbejde med tilsynsmyndigheden

DPO'ens eksterne funktioner, som kontaktpunkt og formidler i samarbejdet med tilsynsmyndigheden er fastsat i art. 39, stk. 1, litra d og e. DPO'en skal fungere som tilsynsmyndighedens kontaktpunkt, herunder i forbindelse med forudgående høring, jf. art. 36, og derudover kan DPO'en høre tilsynsmyndigheden om andre spørgsmål, når det er hensigtsmæssigt.

⁶⁰ Ibid

⁶¹ Ibid, s. 19

⁶² Betænkning, s. 587

DPO'en fungerer som tilsynsmyndighedens kontaktperson for at lette myndigheden i udførelsen af tilsynsmyndighedens undersøgende, korrigerende, godkendende og rådgivende beføjelser⁶³.

For at lette samarbejdet mellem DPO'en og tilsynsmyndigheden, er der i art. 39, stk. 7, krav om, at den dataansvarlige eller databehandleren meddeler DPO'ens kontaktoplysninger til tilsynsmyndigheden. Det er ikke efter ordlyden en betingelse, at tilsynsmyndigheden meddeles navnet på DPO'en. Som anført af Artikel 29-gruppen er meddelelse om DPO'ens navn til tilsynsmyndigheden afgørende for at DPO'en kan fungere som kontaktpunkt mellem organisationen og tilsynsmyndigheden⁶⁴. Det antages, at der kan udledes et indirekte krav af art. 39, stk. 1, litra e, om at tilsynsmyndigheden meddeles navnet på DPO'en.

DPO'en kan høre tilsynsmyndigheden om ethvert spørgsmål, når det er hensigtsmæssigt, jf. art. 39, stk. 1, litra e. Den tavshedspligt eller fortrolighed, som DPO'en er underlagt efter art. 38, stk. 5⁶⁵, forbyder ikke DPO'en at kontakte og søge rådgivning hos tilsynsmyndigheden⁶⁶. Det er DPO'en som afgør, hvornår det er hensigtsmæssigt at kontakte tilsynsmyndigheden som følge af bestemmelsen om, at DPO'en ikke må modtage instrukser om udførelsen af sine opgaver, jf. art. 38, stk. 3, 1. pkt.

Den dataansvarlige eller databehandleren er forpligtet til at samarbejde med tilsynsmyndigheden, jf. art. 31, og denne forpligtelse varetages af DPO'en i formidlingsrollen. Når henses til formålet med DPO'ens rolle, må det antages, at DPO'ens samarbejde med tilsynsmyndigheden i formidlingsrollen underbygger den dataansvarliges eller databehandlerens ansvarlighed, da DPO'en på baggrund af sin uafhængige stilling optræder uvildigt i samarbejdet.

7.6 Registreredes kontaktperson

DPO indtager også en rolle som formidler i forhold til registrerede, som kan kontakte DPO'en angående alle spørgsmål om behandling af deres oplysninger og om udøvelse af deres rettigheder i henhold til forordningen, jf. art. 38, stk. 4.

DPO'en skal udføre formidlingsrollen uafhængigt af den dataansvarliges eller databehandlerens interesser, hvorfor han ikke er bundet af den sædvanlige loyalitetspligt eller tavshedspligt, når han udfører sin formidlingsrolle.

Den registrerede kan efter art. 15-22 udøve sine rettigheder overfor den dataansvarlige. DPO overtager forpligtelsen overfor den registrerede, og det må antages, at den registrerede alene kan udøve sine rettigheder overfor DPO'en i tilfælde, hvor DPO'ens rolle som formidler sker

⁶³ WP 243/2017, s. 19

⁶⁴ Ibid, s. 13

⁶⁵ Tavshedspligten er omfattet af § 24 i databeskyttelsesloven, som anvendes i tilfælde, hvor DPO'en ikke er omfattet af tavshedspligt i anden national lovgivning.

⁶⁶ WP 243/2017, s. 19

på baggrund af en behandlingsaktivitet foretaget af en dataansvarlig og ikke når behandlingsaktiviteten foretages af en databehandler. Bestemmelsen letter den registreredes udøvelse af sine rettigheder overfor den dataansvarlige, men den kan ikke antages at udvide den registreredes rettigheder, så DPO'en for en databehandler har flere pligter overfor den registrerede end databehandleren har.

Når DPO'en står til rådighed for de registreredes spørgsmål om behandling af deres personoplysninger, varetager DPO'en den dataansvarliges forpligtelser, jf. art. 16, i relation til den registreredes indsigtsret. DPO'ens forpligtelserne overfor den registrerede er derfor afgrænset af den konkrete behandlingsaktivitet og den dataansvarlige forpligtelser i den konkrete anledning, jf. art. 12. DPO'en skal udføre denne opgave i overensstemmelse med de procesuelle regler i art. 12, herunder bl.a. om krav til information, krav på udlevering af kopi af de personoplysninger, der behandles, og om frister for besvarelse af den registreredes anmodning.

Ved den registreredes spørgsmål om udøvelse af deres rettigheder i henhold til forordningen art. 15-22, består DPO'ens opgave i at rådgive den registrerede om rettighederne i relation til de konkrete behandlingsaktiviteter, og om hvordan de konkrete rettigheder kan udøves af den registrerede.

Den dataansvarlige eller databehandleren er forpligtet til at offentliggøre DPO'ens kontaktoplysninger, jf. art. 37, stk. 7, hvilket letter den registreredes mulighed for at rette henvendelse direkte til DPO'en. Det er imidlertid ikke et krav, at DPO'ens navn offentliggøres. Den dataansvarlige er dog forpligtet til at lette udøvelsen af den registreredes rettigheder i henhold til art. 15-22, jf. art. 12, stk. 2, hvorfor det konkret bør overvejes om det er hensigtsmæssigt også at offentliggøre DPO'ens navn. Artikel 29-gruppen anfører, at det kan være god praksis at offentliggøre DPO'ens navn, men det er op til den dataansvarlige og databehandleren samt databeskyttelsesrådgiveren at beslutte, om dette er nødvendigt eller nyttigt under de særlige omstændigheder⁶⁷. Da DPO'en ikke har kompetence til at træffe denne beslutning, må det være korrekt at konkludere, at den dataansvarlige eller databehandleren eventuelt efter DPO'ens rådgivning beslutter, om det er nødvendigt eller nyttigt at oplyse DPO'ens navn.

I rollen som formidler i forhold til de registrerede vil DPO'en få indsigt i organisationens persondatasikkerhed set fra den registreredes perspektiv, og denne indsigt understøtter DPO'ens rolle, herunder formålet med overvågning af overholdelsen af forordningen og nationale regler, og overholdelsen af interne politikker, jf. art. 39, stk. 1, litra b. DPO'en kan blive gjort opmærksom på behandlingsaktiviteter, der ikke overholder reglerne og interne politikker, der ikke overholdes eller fungerer efter hensigten⁶⁸. DPO'ens erfaringer fra formidlingsrollen kan derfor bidrage til en forbedring af databeskyttelsespolitikken og -kulturen i organisationen, og dermed forbedre beskyttelsen af de registreredes rettigheder og frihedsrettigheder.

⁶⁷ WP 243/2017, s. 13

⁶⁸ Betænkning s. 585

7.7 DPO'ens tavshedspligt i relation til formidlingsrollen

DPO'en er underlagt tavshedspligt eller fortrolighed vedrørende udførelsen af sine opgaver i overensstemmelse med EU-retten eller medlemsstaternes nationale ret, jf. art. 38, stk. 5 i forordningen. I databeskyttelsesloven § 24, implementeres en tavshedspligt for DPO'ere, og i § 41, stk. 4 implementeres en bestemmelse om, at overtrædelse af tavshedspligten straffes med bøde, medmindre strengere straf er forskyldt efter den øvrige lovgivning.

Af bemærkningerne til lovforslaget, fremgår det, at bestemmelsen alene pålægger tavshedspligt for DPO'ere ansat i det private, da DPO'ere i det offentlige allerede er omfattet af de almindelige regler om tavshedspligt efter forvaltningslovens § 27 og straffelovens § 152 og §§ 152 c- 152 f. Bestemmelsen sikrer opfyldelse af kravet i forordningen i det omfang DPO'en ikke er omfattet af tavshedspligt i anden lovgivning⁶⁹.

DPO'en skal udføre sin formidlingsrolle i forhold til registrerede og tilsynsmyndigheden uafhængigt, hvilket betyder, at DPO'en i formidlingsrollen skal tilsidesætte den sædvanlige loyalitetsforpligtelse overfor sin arbejdsgiver eller kontraktpart, og udføre sine eksterne formidlingsroller uvildigt. DPO'en kan således ikke være begrænset af tavshedspligten, når DPO'en udfører sine opgaver i formidlingsrollen, da formålet med DPO'ens eksterne opgaver derved ikke bliver opfyldt. DPO'en er forpligtet til at være uvildig overfor den registrerede, som udøver sine rettigheder efter forordningen, og DPO'en skal besvare spørgsmål og rådgive den registrerede uvildigt. I samarbejdet med tilsynsmyndigheden skal DPO'en også optræde uvildigt, for at sikre formålet med DPO'en som uvildig formidler og kontaktpunkt. Denne opfattelse er i overensstemmelse med Artikel 29-gruppens holdning om tavshedspligten i forbindelse med DPO'ens høring af tilsynsmyndigheden, når det er hensigtsmæssigt⁷⁰.

7.8 Fortegnelser over databehandlingsaktiviteter

Den dataansvarlige og databehandleren har pligt til at føre fortegnelser over databehandlingsaktiviteter, jf. art. 30. Forordningen forudsætter ikke efter sin ordlyd, at DPO'ens rådgiver i forbindelse hermed.

Ifølge direktivet fra 1995 skulle en frivilligt udnævnt databeskyttelsesansvarlig, som i fuld uafhængighed skal sikre den interne overholdelse af databeskyttelsesloven, føre et register over de behandlinger, der gennemføres af den registeransvarlige, for at beskytte de registrerede mod krænkelse af frihedsrettigheder, jf. art. 18, stk. 2, 2. pkt. DPO'en, som var ansvarlig for beskyttelsen af personoplysninger, fremstod i den sammenhæng som en garanti for den korrekte registerførelse og beskyttelsen af de registreredes rettigheder.

⁶⁹ Bemærkninger til databeskyttelsesloven § 24

⁷⁰ WP 243/2017, s. 19

Som anført af artikel 29-gruppen er fortegnelsen et værktøj, som giver den dataansvarlige og på anmodning tilsynsmyndigheden en oversigt over organisationens behandlingsaktiviteter, hvorfor fortegnelsen er en forudsætning for overholdelse af forordningen og som sådan en effektiv ansvarlighedsmåler. Det anføres tillige, at DPO'ere i praksis opretter oversigter og fører fortegnelser over databehandlingsaktiviteter, og der er intet til hinder for, at DPO'en tildeles opgaven med at føre fortegnelser under den dataansvarliges eller databehandlerens ansvar, da DPO'en kan tildeles opgaver udover de i art. 39, stk. 1, anførte minimumsopgaver⁷¹.

Opgaven medfører ikke beslutninger, som relaterer sig til behandlingsaktiviteternes formål og hjælpemidler, hvorfor DPO'en kan opretholde sin uafhængige overvågning af behandlingsaktiviteterne, art. 39, stk. 1, litra b, selvom pågældende har udarbejdet den efterfølgende dokumentation herfor. På baggrund af de indholdsmæssige krav til fortegnelserne, jf. art. 30, stk. 1 for dataansvarlig og art. 30, stk. 2 for databehandlere, sikres DPO'en et indgående kendskab til og overblik over alle behandlingsaktiviteter i forbindelse med udarbejdelse af fortegnelserne, hvilket styrker grundlaget for DPO'ens overvågningsopgave, jf. art. 39, stk. 1, litra b.

7.9 Videregivelse af personoplysninger

Både dataansvarlige og databehandlere kan have behov for at benytte andre databehandlere til behandling af persondata som et led i deres behandlingsaktiviteter. Det er en betingelse for den dataansvarliges benyttelse af en databehandler, at databehandleren kan stille de fornødne garantier for, at de vil gennemføre de passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger på en sådan måde, at behandlingen sker i overensstemmelse med forordningen og sikrer beskyttelse af den registreredes rettigheder, jf. art. 28, stk. 1. Beskyttelsen af de registreredes rettigheder må altså ikke forringes, når den dataansvarliges benytter databehandlere.

Databehandleren må ikke benytte en anden databehandler i forbindelse med behandling på vegne af den dataansvarlige uden forudgående specifik eller skriftlig godkendelse fra den dataansvarlige, og eventuelle planlagte ændringer af benyttede databehandlere skal først godkendes af den dataansvarlige, jf. art. 28, stk. 2. Databehandleren kan med andre ord ikke videregive sin opgave eller en del heraf til en anden databehandler uden den dataansvarliges specifikke eller skriftlige samtykke. Derudover kan databehandleren ikke overdrage sit ansvar overfor den dataansvarlige til en anden databehandler. I tilfælde, hvor en underdatabehandler ikke overholder sine forpligtelser, forbliver den oprindelige databehandler ansvarlig overfor den dataansvarlige, jf. art. 28, stk. 4, 2. pkt.

Databehandlerens behandling af personoplysninger på den dataansvarliges vegne skal være reguleret af en kontrakt eller et andet retligt dokument i henhold til EU-retten eller medlems-

⁷¹ WP 243/2017, s. 20

staternes nationale ret, der er bindende for databehandleren med hensyn til den dataansvarlige. Databehandleraftalen skal fastsætte genstanden for og varigheden af behandlingen, behandlingens karakter og formål, typen af personoplysninger og kategorierne af registrerede samt den dataansvarliges forpligtelser og rettigheder, jf. art. 28, stk. 3, som tillige fastsætter krav til indholdet af databehandleraftalen i litra a til h. På tilsvarende måde skal en databehandler sikre sig en databehandleraftale med en anden databehandler, så den anden databehandler har samme forpligtelser overfor den oprindelige databehandler, som databehandleren har overfor den dataansvarlige, jf. art. 28, stk. 4, 1. pkt.

I praksis benyttes databehandlere og underdatabehandlere i stort omfang i forbindelse med eksempelvis forsendelse og opbevaring af persondata, eller i forbindelse med overdragelse af konkrete behandlingsopgaver eller dele heraf. Opfyldelse af kravet om, at der skal foreligge en databehandleraftale forudsætter overblik over enhver behandlingsaktivitet, som organisationen overgiver til tredjemand.

Som følge af de formelle krav til en databehandleraftales indhold, kan der med fordel udarbejdes en standardaftale, som konkret kan tilføjes de nødvendige og specifikke oplysninger vedrørende de specifikke personoplysninger og den konkrete behandlingsaktivitet, som overgivelse til databehandleren.

Den dataansvarlige skal dokumentere enhver overgivelse af personoplysninger i fortegnelser over behandlingsaktiviteter, jf. art. 30, stk. 1, litra d, og der forudsættes overblik og kontrol med enhver videregivelse af personoplysninger. Udarbejdelse af fortegnelser kan med fordel ske i sammenhæng med udarbejdelse og dokumentstyring af databehandleraftaler.

DPO'en kan udarbejde standardiserede databehandleraftaler, men DPO'en må ikke tage stilling til de specifikke krav i forbindelse med en konkret overgivelse, eller fremstå som aftalepart i forhold til databehandleren eller underdatabehandleren, da DPO'ens som led i sine overvågningsopgaver, jf. art. 39, stk. 1, litra b, uvildigt skal overvåge, at forordningens krav til overgivelser overholdes.

I forbindelse med overgivelse af personoplysninger til en databehandler eller underdatabehandler udstrækkes DPO'ens forpligtelser til at omfatte databehandlerens eller underdatabehandlerens overholdelse af forordningens krav. I tilfælde, hvor der er udnævnt en DPO i den organisation, som personoplysningerne er overgivet til, må DPO'erne i hver af organisationerne forudsættes at samarbejde om overvågningsopgaven⁷².

7.10 DPO'ens tilgang til opgaverne

Forordningen er præget af risikobaserede afgrænsninger i forhold til den dataansvarlige eller databehandlerens forpligtelser. De risikobaserede afgrænsninger bygger på en vurdering af

⁷² WP 243/2017, s. 9

risikoniveauet på baggrund af de integritetskrænkelser behandlingsaktiviteten kan påføre de registrerede. Den risikobaserede tilgang er grundlaget for, hvorvidt en DPO skal udpeges og for DPO'ens tilgang til sine opgaver. DPO'en skal under udførelsen af sine opgaver tage behørigt hensyn til den risiko, der er forbundet med behandlingsaktiviteter, under hensyntagen til den pågældende behandlings karakter, omfang, sammenhæng og formål, jf. art. 39, stk. 2.

Som udgangspunkt skal DPO'en prioritere de behandlingsaktiviteter, som kræver udarbejdelse af en konsekvensanalyse, jf. art. 35, da disse altid er behandlingsaktiviteter med høj risiko. DPO'en skal på baggrund af den risikobaserede tilgang tilrettelægge sine arbejdsopgaver, så disse afstemmes med konkrete risici for den enkelte behandlingsaktivitet under hensyn til karakter, omfang, sammenhæng og formål med behandlingen.

Som anført af Artikel 29-gruppen betyder denne risikotilgang ikke, at andre opgaver, som indebærer et forholdsvist lavere risikoniveau, bør forsømmes. Risikotilgangen betyder, at DPO'en kan rådgive om, hvilken metode, der skal anvendes til udførelsen af konsekvensanalysen, hvilke områder, der skal gøre til genstand for intern og ekstern revision, og hvilke interne uddannelsesaktiviteter, der kan gives til personale eller ledelse, og hvilke databehandlingsaktiviteter DPO'en skal afsætte mere eller mindre tid til⁷³.

Den risikobaserede tilgang og afgrænsning benyttes i forhold til flere vurderinger vedrørende den dataansvarlige eller databehandlerens forpligtelser, såsom vurderingen af et passende sikkerhedsniveau i forhold til risici, jf. art. 24 og art. 32, hvornår der er pligt til at udarbejde fortegnelser for mindre virksomheder, jf. art. 30, stk. 5, hvornår der skal ske anmeldelse til tilsynsmyndigheden, jf. art. 33, hvornår der skal ske underretning af registrerede, jf. art. 34 og hvornår der er pligt til at udarbejde konsekvensanalyse, jf. art. 35, stk. 1. Derudover bygger pligten til at udpege en DPO også på en risikovurdering, jf. art. 37, stk. 1, litra b og c. De vurderinger, der foretages vedrørende andre pligter efter forordningen, kan være vejledende for DPO'ens prioritering af sine arbejdsopgaver. De behandlingsaktiviteter, der er grundlaget for den dataansvarliges eller databehandlerens pligt til at udpege en DPO, har højere prioritet end behandlingsaktiviteter, som ikke medfører en pligt til at udpege en DPO, da afgrænsningen er risikobetinget.

Når DPO'ens pligt til en risikobaseret tilgang til opgaverne ses i sammenhæng med bestemmelsen om, at DPO'en ikke må modtage instrukser fra den dataansvarlige eller databehandleren om udførelsen af sine opgaver, jf. art. 38, stk. 3, 1. pkt., kan det konkluderes, at DPO'en selvstændigt skal prioritere sine arbejdsopgaver på baggrund af sin egen vurdering af de konkrete risici i de enkelte behandlingsaktiviteter. I den forbindelse har kravene til DPO'ens ekspertiseniveau og faglige og personlige kompetencer stor betydning, da DPO'en har auto-

⁷³ WP 243/2017, s. 19

nomi i forhold til planlægningen af sine opgaver, som skal foregå uden ledelsesmæssige instrukser. DPO'en må dog formodes at skulle tilrettelægge sin indsats, så indsatsen tidsmæssigt er afpasset organisationens politikker for kontroller og revisioner.

7.11 Ansvar for overholdelse af forordningen og erstatning for skade

Det er den dataansvarlige eller databehandleren, som skal sikre og være i stand til at dokumentere, at databehandlingen gennemføres med passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger, så behandlingen er i overensstemmelse med forordningen, jf. art. 24, stk. 1. DPO'ens opgaver medfører pligt til at underrette, rådgive og overvåge overholdelsen af disse pligter, men DPO'en har ikke ansvar for overholdelsen⁷⁴. Tilsvarende gør sig gældende for den udarbejdede konsekvensanalyse, som den dataansvarlige har ansvaret for, jf. art. 35, stk. 1, selvom udarbejdelsen er foretaget på grundlag af DPO'ens rådgivning og efterfølgende kontrol og overvågning.

Som en naturlig konsekvens heraf er det alene den dataansvarlige eller databehandleren, som kan pålægges bøder efter forordningens art. 83 for overtrædelse af forordningen. Det gælder også, selvom overtrædelsen skyldes DPO'ens mangelfulde, skødesløse eller fejlagtige underretning eller rådgivning af den dataansvarlige eller databehandleren.

I tilfælde, hvor den dataansvarlige eller databehandleren lider tab som følge af DPO'ens mangelfulde, skødesløse eller fejlagtige opfyldelse af sine pligter, er dansk rets almindelige erstatningsregler dog gældende, og supplerer således forordningens regler. Det er således på baggrund af disse regler, at det skal vurderes, om den dataansvarliges eller databehandlerens har krav på erstatning (eller regres) fra DPO'en. Det kan være relevant i situationer, hvor den dataansvarlige eller databehandleren er ifaldet erstatningsansvar overfor en registreret, jf. art. 82, eller er pålagt bødestraf, jf. art. 83.

Af de almindelige erstatningsretlige regler følger, at en ansat DPO kan ifalde erstatningsansvar for arbejdsgiverens tab som følge af DPO'ens uforsvarlige adfærd, jf. erstatningsansvarslovens § 23, stk. 3, jf. stk. 1. Der tages hensyn til den udviste skyld, arbejdstagerens stilling og omstændighederne i øvrigt. Der er således tale om en helhedsvurdering, og ved simpel uagtsomhed vil erstatning kun ganske undtagelsesvis komme på tale⁷⁵. En ansat DPO vil derfor formentligt alene kunne ifalde ansvar for arbejdsgiverens tab, såfremt denne har forsømt sine forpligtelser eller forsætligt har påført den dataansvarlige eller databehandleren skade.

I forhold til en DPO udpeget i en tjenesteydelseskontrakt kan erstatningsansvar foreligge på grundlag af et professionsansvar, som i nyere tid på det nærmeste er blevet identificeret med

⁷⁴ WP 243/2017, s. 18

⁷⁵ Von Eyben, Bo og Isager, Helle (2011), *Lærebog i erstatningsret*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 157-159

rådgivningsansvar, fordi et stigende antal domme vedrører ansvar for rådgivning i videste forstand⁷⁶. Professionsansvaret er kendetegnet ved, at være baseret på den adfærdsstandard, som kan kræves af en professionsudøver, og sammenligningsgrundlaget for adfærdsstandard vil som udgangspunkt være fagets dygtige, veluddannede udøvere. Standarden gælder også for ukyndige og uerfarne, som overfor omverden fremtræder som særligt sagkyndige, jf. U 2005.1044 V. Derudover kan bestemmelserne i den konkrete kontrakt få betydning for de krav, der stilles til rådgivningen⁷⁷.

Der foreligger således som udgangspunkt erstatningsansvar for en DPO på tjenesteydelseskontrakt, som på baggrund af mangelfuld, skødesløs eller fejlagtig vejledning påfører den dataansvarlige eller databehandleren skade, uanset at DPO'en ikke efter forordningen er ansvarlig for den dataansvarliges eller databehandlerens behandlingsaktiviteter.

8. Konklusion

Forordningens bestemmelser om DPO funktionen skal ses i lyset af formålet med funktionen, som er understøttelse af den dataansvarlige og databehandlerens ansvarlighed i forbindelse med behandlingsaktiviteter, hvorved sikkerheden øges for fysiske personers rettigheder og frihedsrettigheder. Kravene til DPO'ens kvalifikationer og ekspertiseniveau skal ses i sammenhæng med bestemmelserne om DPO'ens funktioner, funktionens uafhængighed og organisatoriske position. Kravene til kvalifikationer er således et spejlbillede af funktionens indhold og uafhængige karakter. Både obligatorisk og frivillige udpegede DPO'ere er omfattet af art. 37-39, og tilsynsmyndigheden skal føre tilsyn med overholdelsen af disse bestemmelser og håndhæve strafbestemmelserne i art. 83.

DPO'ens faglige kompetencer skal sikre, at opgaverne kan udføres fagligt kompetent og i uafhængighed, hvilket betyder, at juridiske kompetencer og ekspertise indenfor databeskyttelsesretten er væsentlige forudsætninger for udpegningen. En vis forståelse for behandlingsaktiviteterne, informationssystemer, datasikkerhed og beskyttelsesbehov er også nødvendig. Ekspertiseniveauet skal fastsættes efter, hvad der er rimeligt for organisationen på baggrund af de konkrete risici for krænkelse af fysiske personers rettigheder og frihedsrettigheder. DPO'en skal også have personlige kompetencer, som kan sikre erfaringsgrundlag og gennemslagskraft til opfyldelse af den selvstændige funktion med integritet og høj faglig etik. Kravene kan opfyldes af flere personer i et DPO team, som tilsammen har de nødvendige kvalifikationer, så længe hver enkel persons opgaver er specificerede, og en enkelt person er udnævnt som ansvarlig for DPO funktionen. Den dataansvarlige og databehandleren er desuden forpligtet til at understøtte DPO'ens vedligeholdelse af kvalifikationer med efteruddannelse.

⁷⁶ Ibid, s.114

⁷⁷ Ibid, s.115

For at opfylde formålet med DPO funktionen sikrer forordningen funktionel uafhængighed, herunder ved et forbud mod at DPO'en udfører sine opgaver efter instruks fra den dataansvarlige eller databehandleren, og en forpligtelse til at sikre DPO'en adgang til personoplysninger, og rettidige og tilstrækkelige inddragelse før beslutninger træffes af betydning for behandlingsaktiviteter. DPO'en skal udføre sine opgaver uafhængigt og med en risikobaseret tilgang. DPO'ens organisatoriske placering, hvorefter DPO'en rapporterer direkte til den øverste administrative ledelse, underbygger funktionens uafhængighed yderligere. Der er tale om et brud på almindelige ledelsesmæssige principper, som er nødvendig for at sikre funktionens uafhængighed, og da DPO'en ikke har instruktionsbeføjelser, er det DPO'ens eneste interne virkemiddel i tilfælde af brud på forpligtelser. DPO'ens skal desuden sikres mod interessekonflikter, så DPO'en ikke har andre opgaver eller pligter, som er uforenelige med DPO funktionen. Bestemmelsen har betydning for både interne eller eksterne DPO'ere, for interne og eksterne opgaver, og for direkte eller indirekte interessekonflikter af personlig eller økonomisk karakter. I forhold til interne opgaver må DPO'en ikke træffe beslutninger, som indebærer at han skal kontrollere sine egne beslutninger. Eksterne opgaver og hverv kan også medføre interessekonflikter for en intern DPO. For den eksterne DPO afgøres spørgsmål om interessekonflikter efter branchens habilitetsregler, herunder de Advokatetiske Regler om interessekonflikter.

Forbuddet mod at afskedige eller straffe DPO'en for at udføre sine opgaver skal understøtte DPO'ens personlige uafhængighed. Efter funktionærlovens regler indtræder den ansættelsesretlige beskyttelse mod usaglig afskedigelse først efter et års ansættelse hos samme arbejdsgiver. I tilfælde, hvor DPO'en er udpeget i en tjenesteydelseskontrakt, er DPO'en ikke efter dansk kontraktret beskyttet mod afskedigelse og straf. DPO'en er således ikke i alle tilfælde direkte beskyttet i dansk ret. Da den dataansvarlige eller databehandleren kan idømmes bødestraf for overtrædelse af bestemmelsen, antages DPO'en at være indirekte beskyttet mod afskedigelse og straf. Dansk ret beskytter ikke i tilstrækkeligt omfang DPO'ens personlige uafhængighed direkte i overensstemmelse med forordningens bestemmelse herom, og en bestemmelse herom i databeskyttelsesloven ville sikre DPO'ens personlige uafhængighed.

Forordningen fastsætter en række minimumsopgaver for DPO'en. DPO'en har en central rolle i fremme af databeskyttelseskulturen i forbindelse med rådgivning og underretning af den dataansvarlige og databehandleren og de ansatte om forpligtelser efter databeskyttelsesretten, uvildig overvågning af overholdelsen af databeskyttelsesretten og interne politikker, og underretning af den øverste ledelse om sine observationer. DPO skal udover den proaktive rådgivning og underretning også stå til rådighed som uvildig kontaktperson for de ansatte og registrerede. DPO'en skal desuden fungere som uvildig kontaktperson mellem organisationen og tilsynsmyndigheden, og endvidere samarbejde uvildigt med tilsynsmyndigheden. Derudover kan DPO'en påtage sig andre opgaver, så længe disse ikke medfører interessekonflikter, så DPO'en kan opretholde sin uafhængighed.

9. Litteraturliste

Retslitteratur

Blume, Peter (2016) *Den nye persondataret*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Blume, Peter (2017) *Persondataretlige grundfigurer*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Dall, Nis Peter, Jesper Langemark og Amalie Langebæk (2016), *Persondataforordningen: en håndbog for praktikere*, EX TUTO PUBLISHING A/S, København

Hasselbalch, Ole (2016) *Ansættelsesret & Personale jura*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Von Eyben, Bo og Isager, Helle (2011), *Lærebog i erstatningsret*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Mortensen, Bent Ole Gram (red.), Gottrup, Rikke, Hamer, Carina Risvig, Khalaf, Bassah & Motzfeldt, Hanne Marie (2016) *Erhvervsforvaltningsret*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Artikler

Blume, Peter, *Persondataforordningen*, Juristen nr. 4 2016

EU-retlige forskrifter

EUROPA-PARLAMENTET OG RÅDETS DIREKTIV 95 /46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger.

EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EF) Nr. 45/2001 af 18. december 2000 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger i fællesskabsinstitutionerne og -organerne og om fri udveksling af sådanne oplysninger.

EUROPA-PARLAMENTETS BETÆNKNING af 22. juni 2011 om en global metode til beskyttelse af personoplysninger i Den Europæiske Union (2011/2025(INI)).

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), 25.1.2012.

EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger.

Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger i Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af forordning (EF) nr. 45/2001 og afgørelse nr. 1247/2002/EF af 10. januar 2017.

Dansk lovgivning og lovforarbejder

Registerudvalgets betænkning nr. 1345/1997 om Behandling af personoplysninger.

Lov om behandling af personoplysninger af 31. maj 2000.

Justitsministeriet, Betænkning nr. 1565, Databeskyttelsesforordningen – og de retlige rammer for dansk lovgivning.

Lov nr. 52 om supplerende bestemmelser til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (databeskyttelsesloven) af 23. maj 2018 og bemærkninger til loven.

Udenlandsk ret

Bundesrepublik Deutschland, Bundesdatenschutzgesetz af 14. januar 2003

Dansk retspraksis

U 1998.1105/2 H afsagt den 5. maj 1998

U 2003.1570 H afsagt den 29. april 2003

U 2005.1044 V afsagt den 17. december 2004

U 2005.1403 V afsagt den 24. januar 2005

Domme fra EU-domstolen

C-518/07 (Kommissionen mod Tyskland) afsagt den 9. marts 2010

Bindende forskrifter

De Advokatetiske Regler, Advokatrådet, 1. november 2016

Andre kilder

Artikel 29-gruppens Retningslinjer for databeskyttelsesrådgivere, WP 243, vedtaget den 13. december 2016. (Forkortelse: WP 243/2016).

Artikel 29-gruppens Retningslinjer for databeskyttelsesrådgivere, WP 243, rev. 01, revideret og vedtaget den 5. april 2017. (Forkortelse: WP 243/2017).

Justitsministeriet, Datatilsynet, Erhvervsstyrelsen og Digitaliseringsstyrelsens Vejledning om databeskyttelsesrådgivere af 20. december 2017 (Forkortelse: Vejledning om databeskyttelsesrådgivere)