

**Fra:** Hans Mosbæk [<mailto:mosbaek55@outlook.dk>]

**Sendt:** 19. november 2014 00:01

**Emne:** Høring om offentlige myndigheders behandling af personoplysninger den 22. oktober 2014

Hans Mosbæk, retsassessor

Dronning Christines Vej 5

9000 Aalborg

Til Folketingets Retsudvalg.

Jeg følger op på mit spørgsmål under høringen til Datatilsynets repræsentant samt min opfordring til Retsudvalget til at tage de nødvendige initiativer til at sikre, at Danmark opfylder Europa-Parlamentet og Rådets direktiv af 1995-10-24 (95/46) om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger m.v.

Direktivet er gennemført ved L 2000 429 Persondataloven.

For så vidt angår behandling af personoplysninger, der kan krænke de grundlæggende frihedsrettigheder og navnlig privatlivets fred, må direktivet i henhold til præambelens punkt 10 fortolkes under hensyn til grundrettighederne, herunder navnlig EMRK art 8. Domstolen har således flere gange understreget betydningen af privatlivets fred og anlagt fortolkninger, der fremmer dette formål. Direktivet er en præcisering og udvidelse af principperne i Europarådets konvention af 28. januar 1981 om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med databehandling af personoplysninger.

Staten er i henhold til præambelens punkt 62 og artikel 28 forpligtet til at oprette et uafhængigt tilsyn. Tilsynet skal udøves i fuld uafhængighed uden ydre påvirkning. Dette indebærer, at der end ikke må være et statsligt tilsyn, der kun har til formål at sikre, at tilsynsmyndighedens handlinger er forenelige med de gældende nationale og EU-retlige bestemmelser. Den blotte risiko for, at det statslige tilsyn kan øve politisk indflydelse på tilsynsmyndighedens beslutning, er nemlig tilstrækkelig til at hindre, at tilsynsmyndigheden kan udøve dens opgave uafhængigt. For dels kan dette medføre en "forudgående lydighed" fra disse myndigheders side over for det statslige tilsyns beslutningspraksis, dels kræver den rolle som vogter af retten til privatlivets fred, som tilsynsmyndigheden har påtaget sig, at dens beslutninger og således myndigheden selv står uden for enhver mistanke om partiskhed.

Tilsynet skal være effektivt.

Når Datatilsynets repræsentant som svar på mit spørgsmål om Datatilsynets holdning til professor dr.jur. Peter Blumes konklusion i artikel i Ugeskrift for Retsvæsen om, at offentlige myndigheders persondataansvar i dag kun sanktioneres i begrænset omfang - sammenholdt med det, som kom frem under høringen om problemer med offentlige myndigheders overholdelse af persondataloven - henviser til Justitsministeriet, kan det efter efter min opfattelse ikke stå alene. Spørgsmålet må først og fremmest stilles til Datarådet som øverste ansvarlig for det også i forhold til Justitsministeriet uafhængige Datatilsynet, og som den, der udstikker de overordnede retningslinjer for Datatilsynets praksis, herunder praksis for anmeldelser til anklagemyndigheden med henblik på håndhævelse af persondatalovens bestemmelser. Datatilsynet har selvfølgelig ikke ansvar for de enkelte forvaltningsmyndigheders valg af disciplinære sanktioner, så med det forbehold, kan spørgsmålet være relevant for Justitsministeriet.

Hverken Folketinget eller justitsministeren er naturlig afskåret fra at stille spørgsmålet, om tilsynsmyndigheden, og for den sags skyld også domstolene ved dannelsen af retspraksis, lever op til direktivets bestemmelser. Det skal blot ske med henblik på at træffe de nødvendige lovgivningsmæssige initiativer til at rette op på forholdene. Det er i sidste ende en sag for Kommissionen at tage initiativ til at sikre, at Danmark lever op til direktivet, hvis ikke Folketing og regering selv tager initiativet.

Staten skal i henhold til præambelens punkt 63 og artikel 24 tildele tilsynet de fornødne beføjelser til at varetage dens opgave, herunder undersøgelses- og interventionsbeføjelser, samt beføjelse til at indbringe sager for en retsinstans. Staten skal endvidere træffe de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at direktivet gennemføres i fuldt omfang, og staten skal fastsætte sanktioner, der skal finde anvendelse i tilfælde af overtrædelse af de bestemmelser, der vedtages til direktivets gennemførelse, det vil sige bestemmelserne i persondataloven.

Som det allerede er påpeget af nogle af retsudvalgets medlemmer, forekommer det oplagt, at der er behov for initiativer. Foruden den sag, som er anledning til Retsudvalgets initiativ kan der opregnes en række tilfælde, hvor Rigsrevisionen påpeger alvorlige svigt i datasikkerhed, både hos offentlige myndigheder selv, men også i forhold til myndighedens kontrol med leverandører. Behovet for initiativ bestyrkes endvidere af professor, dr.jur. Peter Blumes konklusion i ovenfor omtalte artikel samt indkomne høringssvar.

Med de redskaber, som tilsynsmyndighederne i Danmark er tildelt, burde den nuværende situation ikke foreligge. Tilsynsmyndighederne kan indgive anmeldelse til politiet samt at rette henvendelse til Kommissionen, såfremt myndighederne ikke i tilstrækkelig grad anvender disciplinære sanktioner ved tilsidesættelse af loven. Er domstolenes retspraksis ikke i overensstemmelse med direktivet, kan der rettes henvendelse til Kommissionen med henblik på at stille krav til Regeringen til at tage initiativ til lovændring vedrørende strafskærpelse eller eventuel præcisering af loven.

Som det blev anført fra panelet under høringen, kan vejledning og understøttelse af myndighederne med gode råd ikke stå alene. Sådan er det også i andre samfundsforhold. Hvis ikke

der er en håndhævelse, der er afstemt efter behovet, skrider det. Derfor skal man nu engang følge op med håndhævelse for at sikre, at de ovenfor anførte intentioner føres ud i livet. Det må være relevant at rejse det spørgsmål, om man fra tilsynsmyndighederne har været for tilbageholdende med at anvende de redskaber, som man råder over.

Det er et ledelsesansvar at sikre en kultur hos myndigheden, der understøtter persondatalovens overholdelse. Høringen gav et klart indtryk af en brist i den retning. Det er bestyrket af en udtalelse fra en kontorchef i Rigsrevisionen, hvorefter den dårlige IT-sikkerhed i de statslige institutioner primært skyldes "forskellige grader af ledelsesmæssig opmærksomhed" omkring IT-sikkerhed (Politiken, 8. november 2014). Der udspandt sig en interessant diskussion mellem en spørger og Henrik Brix fra Faurskov Kommune omkring et ganske dagligdags og jordnært problem, som også Datatilsynets repræsentant kunne nikke genkendende til. Henrik Brix gav klart udtryk for, at det var en ledelsesopgave at sikre overholdelse af den omtalte sikkerhedsprocedure, og at det ikke var så svært. Det var faktisk meget enkelt. Det kan jeg kun give ham ret i. Det handler om viljen til at udvise ledelsesansvar. Er den der ikke, skrider det.

Jeg er også af den opfattelse, at de problemer, der er omkring overholdelse af persondataloven, i vidt omfang kan henføres til utilstrækkelig ledelse hos den enkelte myndighed. Det må nødvendigvis føre til spørgsmålet om, hvordan det kan forekomme, når man har tilsynsmyndighed, der har redskaberne til sikre, at myndighederne retter ind. Det må være relevant at rejse spørgsmålet, om der er etableret en kultur hos det samlede datatilsyn, hvorefter man i vidt omfang er tilbageholdende i forhold til offentlige myndigheder, når det kommer til at gøre ondt - det vil sige i håndhævelsesfasen og måske tillige undersøgelsesfasen, hvis noget viser sig at være helt galt. Har man været for flink? Det efter min opfattelse et nødvendigt spørgsmål at forholde sig til i betragtning af, at der blandt de øverste chefer i offentlig forvaltning i bred forstand i vidt omfang er en samhørighed i form af ofte tætte samarbejdsrelationer på kryds og tværs i mange relationer.

Tilsynsmyndigheden i Danmark består som bekendt udover Datatilsynet også af Domstolsstyrelsen, som fører tilsyn med retterne. De to tilsyn er i henhold til persondataloven forpligtet til at tale sammen med henblik på at sikre et samlet effektivt datatilsyn.

Domstolsstyrelsens øverste ledelse er en bestyrelse på 11 medlemmer, 8 repræsentanter fra forskellige medarbejdergrupper fra retterne samt 3 offentlighedsrepræsentanter. Bestyrelsen vælger formanden, som siden Domstolsstyrelsens etablering i 1999 har været en højesteretsdommer. Det har siden 2011 været Jens Peter Christensen. Jeg kommer tilbage til spørgsmålet, om Domstolsstyrelsen er et uafhængigt tilsyn i betragtning af, at det er bestyrelsen, der ansætter og afskediger direktøren, som er den daglige øverste ansvarlig for, at tilsynet udøves i henhold til persondataloven. Domstolsstyrelsen er som bekendt uafhængig af justitsministeriets relation til instruktionsbeføjelse.

Datarådets formand er dommer. For tiden er det højesteretsdommer Henrik Wåben, tidligere direktør for Datatilsynet.

Højesteretsdommer Henrik Wåben og højesteretsdommer Jens Peter Christensen er i kraft af formandsskabet i realiteten øverste chef for den undersøgelsesmyndighed, der skal bringe sager til anklagemyndigheden afstemt efter behovet til sikring af persondatalovens opfyldelse. De to skal sammen med de respektive rådsmedlemmer og bestyrelsesmedlemmer lægge linjen for i hvilken omfang, der for eksempel skal ske anmeldelse til politiet. Samtidig er de en del af et dommerkollegium i højesteret, som i sidste instans skal lægge linjen i relation til sanktioner. De indtager en position som en slags anklager i kraft af deres hverv i tilsynsmyndigheden. Det rejser efter min opfattelse spørgsmål om habilitet både for de to højesteretsdommere i kraft af formandsskabet i tilsynsmyndigheden, men også for kollegaerne i Højesteret. Henrik Wåben og Jens Peter Christensen dømmer nok ikke i de sager, som er indbragt fra eget datatilsyn. Problemet er efter min opfattelse, at skellet mellem anklagefunktionen i tilsynet og dommerhvervet i Højesteret risikerer at blive udvisket i offentlighedens øjne i kraft af det kollegiale fællesskab, der mellem dommerne i Højesteret. Man kan heller ikke se bort fra, at kendte psykologiske mekanismer kan spille selv højesteretsdommerne et puds på den måde, at der ubevidst sker en form for udviskning af grænserne. Højesteretsdommerne har et særligt fasttømret kollegialt fællesskab i kraft af, at de som bekendt er flere til at dømme i samme sag. I et dommerkollegium taler man som på andre arbejdspladser om løst og fast i frokostpauser, og der er formentlig også sociale fællesskaber på kryds og tværs. Der er tale om årelange relationer, idet man typisk bliver udnævnt som højesteretsdommer i en alder omkring 50 år og fortsætter indtil man fylder 70 år. Det er positivt og værdifuldt i enhver sammenhæng med et sådant fællesskab, men det forekommer ikke hensigtsmæssigt, at der er så tæt et dagligt fællesskab mellem myndigheds personer, der i relation til persondataloven så at sige repræsenterer hver sin side. Det må efter min opfattelse aldrig være sådan, at der hen ad vejen i frokoststuen i Højesteret i kraft af generelle uformelle drøftelser opstår en form for samhørighed i opfattelsen af, hvad der skal gælde i forhold til håndhævelse af og fortolkning af persondataloven, når både den efterforskende og anklagende myndigheds person er en del af dommerkollegiet. Nu ved man jo ikke, hvad der i den relation drøftes i frokoststuen i Højesteret, men den blotte mulighed for, at det sker, betyder efter min opfattelse, at der må rejses spørgsmålet om holdbarheden af, at det strengt uafhængige datatilsyn på den måde i personel henseende er en del af Højesteret. Både datatilsynet og Højesteret risikerer at blive anfægtet på uafhængigheden og i sidste ende autoriteten.

Lignende problemstilling har været fremme i forbindelse med vedtagelse af loven om undersøgelseskommissioner. Det forudsættes, at man ikke udpeger højesteretsdommere som formand for en undersøgelseskommission, hvilket i følge lovens forarbejder har baggrund i et ønske fra Dommerforeningen, idet man var betænkelig ved, at en undersøgelseskommission vil kunne opfattes som en del af domstolene, hvis en højesteretsdommer indtager pladsen som formand - man anvender begrebet "domsvirkning". Man frygtede, at der ville ske en svækkelse af domstolenes autoritet.

Det har måske også baggrund i Tamilsagen, idet Erik Ninn-Hansen påstod rigsretssagen afvist med henvisning til, at habilitetskravene ikke var opfyldt. Det skete blandt andet med henvisning til, at højesteretsdommer Hornslet havde behandlet sagen i undersøgelsesretten på en måde, så han havde impliceret Højesteret i sagen. Det blev gjort gældende, at rigsretten ikke opfyldte kravet om upartiskhed i artikel 6 i Menneskerettighedskonventionen. Et flertal i rigsretten afviste Erik Ninn-Hansens krav om at få afhørt Hornslet som vidne. Erik Ninn-Hansen ønskede at få klargjort, i hvilket omfang Hornslet havde drøftet sagen med de dommere, der skulle dømme i rigsretssagen. Man skal efter min opfattelse have en vis sympati for ønsket, hvilket også et mindretal havde.

Man kan jo forestille sig lignende problemstilling for en person, der er tiltalt for overtrædelse af persondataloven, der skal have sin sag behandlet i Højesteret. Det kunne måske være Se og Hør sagen, hvis det kommer så langt. Spørgsmålet kan også rejses af en krænket part. Der vil fra parternes side kunne rejses en række spørgsmål om sanktion, eventuelt svigt fra tilsynsmyndighed med videre, hvor Højesterets uafhængighed og dermed autoritet efter min opfattelse med rette risikerer at blive anfægtet. Man kan også forestille sig en situation, hvor det samlede datatilsyn finder, at Højesterets praksis i relation til sanktion eller fortolkning af persondataloven er for slap i forhold til direktivet. Vil to højesteretsdommere i givet fald være klar til at rette henvendelse til regering, Folketinget eller Kommissionen med henblik på at få rettet op på forholdene ?

Højesteretspræsident Børge Dahl anførte i sin embedsperiode, at " befolkningens tillid til domstolene er afgørende for retssystemet, og derfor skal Højesteret følge med tiden og sikre en vis åbenhed"....." Det er ikke nok, at Højesteret afsiger domme i principielle sager og dermed udstikker retningslinjer for fremtidige sager - det er også helt afgørende, at dommene bliver formidlet godt ud til offentligheden. På den måde kan borgerne få en større indsigt i domstolenes arbejde, en bedre forståelse for bevæggrundene bag afgørelserne og dermed opbygge den tillid til domstolene, der er helt afgørende " (Berlingske, 2. oktober 2010). Det vil efter min opfattelse være tråd med den holdning, at Folketinget tager skridt til at sikre, at ingen højesteretsdommer udgør en del af et uafhængigt datatilsyn. Frigør Højesteret fra datatilsynet og frigør datatilsynet fra Højesteret.

Højesteretspraksis omkring persondataloven er sparsom. Højesteret har dog i Sag 236/2013 haft lejlighed til at forholde sig til problematikken. Domstolsstyrelsens tilsynspraksis er også belyst i sagen.

Er Domstolsstyrelsen et uafhængigt datatilsyn?

Professor, dr.jur Peter Blume afgav i Betænkning 1997 1345 , der ligger til grund for persondataloven, en mindretalsudtalelse om, at datatilsynet med retterne ikke kan ligge hos domstolene ud fra betragtningen, at man ikke kan føre tilsyn med sig selv. På det tidspunkt var Domstolsstyrelsen ikke etableret. Indtil da førte landsretspræsidenterne som overordnet myndighed tilsyn med byretternes databehandling.

Spørgsmålet er, om Domstolsstyrelsen kan udøve uafhængigt tilsyn med de retter, som gennem medarbejderrepræsentanter ansætter og afskediger den direktør, som er den daglige øverste ansvarlige for domstolenes datatilsyn. Domstolsstyrelsen og retterne er forenet i Danmarks Domstole. Man arbejder på kryds og tværs i forskellige sammenhænge. Man er én stor familie. Retterne har en grundlovssikret uafhængighed i forhold til de juridiske afgørelser, som træffes i retssagsbehandlingen i bred forstand. Men hvorledes er Domstolsstyrelsens uafhængighed sikret i relation til direktivets krav om fuldstændig uafhængighed. Hvorledes sikres uafhængigheden, hvis det ikke blot skal dreje sig om en tillidssag ? Giver det overhovedet mening at tale om uafhængighed, når man udøver tilsyn med sig selv ?

Med venlig hilsen

Hans Mosbæk