



Offentlige myndigheders erstatningsansvar ved retlige fejl

Advokat Ole Hasselgaard

NIELSEN NØRAGER

Retlige fejl og almindelig erstatningsret

- Retsvildfarelse og subsumptionsfejl
- Hvad gælder ud fra almindelig erstatningsret? (ansvarsgrundlag, årsagsforbindelse, adækvans og tab)
- Uden for emnet falder
 - faktiske handlinger, service, tilsyn, sagsbehandlingstid, vejledning mv.
 - ekspropriationserstatning, realudligning og omgørelse med tilbagevirkende kraft

Konkret afsæt

- Sager om forhåndstilsagn til alkoholbevilling og "05-tilladelse"
 - først givet afslag
 - senere påvist fejl bl.a. vedrørende partshøring og begrundelse
 - herefter givet tilladelser
- Efterfølgende rejst krav om erstatning i anledning af "ventetiden"

Hvad skal der til for at ifalde ansvar i 2019?

- Historisk udvikling fra, at "myndigheder ikke begår fejl", til et rettighedsorienteret velfærdssamfund
- Der er sat mange forskellige ord på, hvad der skal til
 - culpa
 - skærpet ansvar
 - lempeligt ansvar
- De særlige forhold
 - lovreguleret virksomhed uden økonomisk formål
 - ansvar kan i givet fald sprede sig vidt
 - det er et vilkår i retssystemet, at en afgørelse nogle gange kan blive op-
hævet eller ændret, herunder ved med genoptagelse, administrativ re-
kurs, ombudsmandsprøvelse eller domstolsprøvelse

Et bud i den juridiske teori

“For så vidt angår retsvildfarelser bliver spørgsmålet, om forvaltningen har fraveget normerne for almindeligt anerkendt fortolkning, udfyldning og anvendelse af retskilderne. Har forvaltningen levet op til de krav og forventninger, som med rimelighed kan stilles, ifalder forvaltningen ikke ansvar, selv om det senere viser sig, at der er handlet på grundlag af en retsvildfarelse.”

Peter Pagh m.fl. (red.) i Offentlige myndigheders erstatningsansvar (2017)

- Der gælder med andre ord som udgangspunkt ikke:
 - objektivt eller objektiveret ansvar
 - præsumptionsansvar

 - heller ikke ved fejl, der medfører ugyldighed

Hvad kan udledes af praksis?

- Har myndigheden levet op til de krav, der med rimelighed kan stilles?
- Eksempler:
 - U 1994.247 H (uberettiget tvangsfjernelse)
 - U 2002.1566 H (uberettiget ikke at optage vognmand på bestillingskontor)
 - U 2003.770 Ø (den ugyldige tilbagekaldelse af næringstilladelse)
- Ved vurderingen kan navnlig indgå
 - om almindelige normer for offentlig forvaltning er tilsidesat
 - om klare og enkle regler er tilsidesat
 - om der er tale om et fortolkningsspørgsmål

Værnet interesse

Det gælder desuden som udgangspunkt et krav om **værnet interesse**:

U 2010.2142 H (Bilka-dommen)

“Den foreliggende sag angår et tilfælde, hvor en myndighed ved en ugyldig forvaltningsakt har meddelt en tilladelse, og andre end adressaten rejser krav om erstatning. I et sådant tilfælde er det en forudsætning for erstatning, at den individuelle interesse, der begrundes kravet, indgår blandt de interesser, som den pågældende lovgivning har til formål at varetage, eller at der foreligger klare fejl, der sammen med sagens øvrige omstændigheder undtagelsesvis kan føre til erstatningsretlig beskyttelse.”

Værnet interesse (fortsat)

U 2019.3894 H (ikke offentliggjort ledige taxabevillinger)

Højesteret udtalte bl.a.:

“Højesteret finder, at disse bestemmelser varetog det nævnte hensyn til offentligheden, men at de også varetog hensynet til, at interesserede og kvalificerede personer havde mulighed for på ensartede og saglige vilkår at udøve næring med taxivirksomhed.

Herefter finder Højesteret, at As interesse i at kunne deltage i udbuddet af de tre ledige bevillinger på lige fod med andre interesserede personer indgik blandt de interesser, som taxilovgivningen havde til formål at varetage.

Hertil kommer, at Højesteret finder, at den fejl, som Holstebro Kommune har anerkendt at have begået, må karakteriseres som en klar fejl.”

Tilbage til det konkrete afsæt

Uddrag af domspræmisser:

“På baggrund af ...finder landsretten ikke, at X-Kommune har begået sådanne klare fejl, som kan føre til, at myndighederne er erstatningsansvarlige.”

“Sammenfattende finder retten det ikke bevist, at X-myndighed [...] har lagt vægt på ulovlige kriterier, herunder politiske og usaglige hensyn, har udøvet magtfordrejning, har truffet afgørelse i strid med lighedsgrundsætninger eller i øvrigt truffet uproportionale afgørelser eller begået klare fejl.”

Eksempler på særlig regulering

- Databeskyttelsesforordningens artikel 82 og databeskyttelseslovens § 40
- Erstatningsansvarslovens § 26 (godtgørelse)
- EU-retten:
 - bl.a. EU-Domstolens dom af 5. marts 1996 (C-46/93 og C-48/93 Brasserie du Pêcheur), om, at ret til erstatning bl.a. er betinget af, at den skete tilsidesættelse af en EU-bestemmelse er "tilstrækkelig kvalificeret"
- EMRK:
 - hvis EMRK er krænket, er der om nødvendig ret til passende erstatning (godtgørelse) efter (princippet i) artikel 41



NIELSEN NØRAGER

Ole Hasselgaard, oha@nnlaw.dk, mobil 4127 1248

Nielsen Nørager LLP, Frederiksberggade 16, 1459 København K

NIELSEN NØRAGER



Nye forvaltningsretlige tendenser og nyheder

Advokat Anders Valentiner-Branth, Nielsen Nørager og Jens Møller, Folketingets Ombudsmand

NIELSEN NØRAGER

Anvendelsesområdet for miljøoplysningsreglerne

- Alt kan nærmest defineres som miljøoplysninger, da der anlægges en meget bred forståelse af dette begreb. Disse regler har potentielt haft et så bredt anvendelsesområde, at de nærmest har gjort reglerne i offentlighedsloven overflødige. Dette er f.eks. i praksis efter det for mig oplyste nærmest tilfældet på Miljøministeriets område.
- I FOB 2018.34 nåede man imidlertid frem til, at en afgørelsessag om eventuel tildeling af en alkoholbevilling ikke var en miljøoplysning. Ombudsmanden lagde vægt på, at sådanne sager i første række angik erhvervs- og næringsmæssige forhold. Selv om en sådan afgørelse indirekte ville kunne få betydning for udledningen af bl.a. støj og tobaksrøg mv., fandt ombudsmanden, at mest talte for, at oplysninger i disse sager ikke er omfattet af begrebet miljøoplysninger. EU-Kommissionen var blevet hørt og var nået til samme konklusion og bemærkede samtidig, "at en modsat konklusion ville udstrække begrebet "miljøoplysninger" til situationer, som EU-lovgiver ikke har haft til hensigt at dække."
- Hvad betyder sagen for praksis i øvrigt?

Anvendelsesområdet for miljøoplysningsreglerne

Ankestyrelsen har i en artikel af 2. oktober 2019 anført følgende om status:

"Hvis der bliver bedt om aktindsigt i en sag, som befinder sig i kernen af miljøområdet, skal samtlige oplysninger, der vedrører de aktuelle forhold eller aktiviteter, som udgangspunkt betragtes som miljøoplysninger."

"Hvis man omvendt anmoder om aktindsigt i en sag, hvor fokus ligger uden for miljøområdet, og hvor sagen kun indirekte kan påvirke miljøet, er det kun egentlige miljøoplysninger, der skal behandles efter miljøoplysningsloven."

Ankestyrelsen konkluderer herefter:

"Det kan være en svær øvelse at vurdere, i hvilken udstrækning miljøoplysningsloven finder anvendelse i en konkret sag."

Hvornår skal man anvende miljøoplysningsloven fremover?

Ligebehandlingsnævnet kunne ikke hemmeligholde navn på firma

Folketingets Ombudsmand har i FOB 2019-26 anført følgende:

”I sit afslag på aktindsigt henviste nævnet til den såkaldte generalklausul i offentlighedslovens § 33, nr. 5. Nævnet anførte bl.a., at det kunne få vidtrækkende økonomiske konsekvenser for rejsebureauet, hvis dets navn blev videregivet sammen med oplysningen om, at rejsebureauet havde overtrådt lov om etnisk ligebehandling.

Ombudsmanden forstod nævnets afgørelse sådan, at nævnets vurdering byggede på sådanne hensyn til erhvervsmæssige interesser, som efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, kan begrunde undtagelse fra aktindsigt. Ombudsmanden forstod det samtidig sådan, at nævnet havde vurderet, at § 30, nr. 2, ikke i den konkrete sag kunne anvendes til at undtage navnet på rejsebureauet, hvilket ombudsmanden var enig i. Med hensyn til nævnets henvisning til generalklausulen i offentlighedslovens § 33, nr. 5, bemærkede ombudsmanden, at generalklausulen ikke kan anvendes, hvis det hensyn, som myndigheden ønsker at tilgodese, er fuldt identisk med hensyn, der er tilgodeset ved en af lovens øvrige undtagelsesbestemmelser, men betingelserne for at anvende denne undtagelsesbestemmelse ikke er opfyldt.”

Egen drift undersøgelser er et rigtig godt redskab

FOB 2018.10 er eksemplarisk. Se f.eks. dette om pligten til at tage stilling til partsanbringender i begrundelse fra udtalelsen på side 30:

”Helt generelt for begrundelseskravet i forvaltningslovens § 24 gælder, at en begrundelse kan give en øget sikkerhed for, at afgørelsen er rigtig, og at grundlaget for afgørelsen er sagligt og fyldestgørende.

Som en af de omtalte sager illustrerer (pkt. 8.3 ovenfor), kan manglende stillingtagen til et relevant partsanbringende indebære, at myndigheden ikke i tilstrækkeligt omfang er opmærksom på et sagligt relevant hensyn i en skønsmæssig afvejning. Det vil kunne øge risikoen for, at der træffes en materielt forkert afgørelse.

Manglende stillingtagen til partsanbringender vil derudover kunne betyde, parten ikke får en dækkende og fyldestgørende forklaring på, hvorfor afgørelsen har fået det resultat, den har. Dette vil gøre det sværere for parten bl.a. at tage stilling til, om afgørelsen skal påklages eller indbringes for domstolene eller Folketingets Ombudsmand.

Men spørgsmålet om manglende stillingtagen til partsanbringender har også betydning for tilliden til myndighederne.

En begrundelse – herunder en stillingtagen til relevante partsanbringender og andre anbringender, som parten selv udtrykkeligt har tilkendegivet at lægge stor vægt på – kan således hjælpe borgeren til bedre at forstå afgørelsen og kan have stor betydning for borgerens accept af afgørelsen.

Hvis skattemyndighederne ikke i tilstrækkeligt omfang forholder sig til partsanbringender, kan det give skatteyderen en oplevelse af, at det ikke nytter at komme med argumenter og synspunkter, idet myndigheden alligevel ikke er opmærksom på dem eller har afgjort sagen på forhånd. Det kan således give en fornemmelse af, at myndigheden ikke tager skatteyderen alvorligt.”

Det er altså rigtig vigtigt, at vi i begrundelserne får taget højde for de relevante partsanbringender.

Men dette er kun et nedslag, og der er også i øvrigt rigtig megen god viden at hente i FOB 2018-10.

God forvaltningsskik

- Det er god forvaltningsskik at redegøre for og beklage en væsentlig sagsbehandlingsfejl over for borgeren – se FOB 2018-3.
- Dette er i fin overensstemmelse med, at det følger af Kodeks VII, at der skal være "åbenhed om fejl". Databeskyttelsesforordningens artikel 34 indeholder også en pligt til at redegøre for visse sikkerhedsbrud, og det vil i forbindelse hermed ofte være naturligt at undskylde.
- Men hvor meget skal der til?
- Se også FOB 2007.311, hvor et ministerium beklagede et brud på tavshedspligten over for Folketinget, men ikke over for borgeren, hvilket ikke var i overensstemmelse med god forvaltningsskik.
- Se f.eks. også FOB 2018-10, side 9, hvor en klar fejl ikke blev undskyldt, men det spørgsmål kom man ikke ind på i udtalelsen.

Var det en afgørelse, at faderen blev pålagt at sidde bagerst i kirken adskilt fra familien til datterens konfirmation

- Kirkeministeriet mente, at der utvivlsomt var tale om en afgørelse.
- Folketingets Ombudsmand nåede i FOB 2018-25 til det modsatte resultat.
- Men burde der eventuelt have været en bedre dialog med faderen, hvis man kunne starte forfra?

Børn bør partshøres i børnehøjde

Når børn partshøres, skal det ske på en måde, så barnet forstår, hvad sagen drejer sig om, og fremgangsmåden bør være hensynsfuld i forhold til barnet. Dette er et centralt budskab i en konkret sag om underretning, som ombudsmanden netop har afsluttet. Se nyheden af 9. oktober 2019.

- Dette kan f.eks. betyde, at partshøringen bør gennemføres mundtligt.
- Myndigheden vil efterfølgende skulle kunne dokumentere et sådant forløb typisk ved, at der tages notat herom. Det er ikke nemt, men det skal gøres. Databeskyttelsesforordningens artikel 12, stk. 1, hvorefter oplysninger om behandling skal gives til den registrerede i en kortfattet, gennemsigtig, letforståelig og lettilgængelig form og i et klart og enkelt sprog, **navnlig når oplysningerne specifikt er rettet mod et barn**, kan i øvrigt godt have tjent som inspiration til denne udtalelse. At der skal tages særligt hensyn til børn kommer også til udtryk i forordningens præambelbetragtning 58, der blandt andet fastslår, at: *"Eftersom børn bør nyde særlig beskyttelse, bør alle oplysninger og meddelelser, hvis behandling er rettet mod et barn, være i et så klart og enkelt sprog, at et barn let kan forstå dem."*

Børn bør partshøres i børnehøjde

Sagen kan også ses som et eksempel på, at forvaltningsretten – ud over at indgå i et vist samspil med en række internationale normer som f.eks. FN's Børnekonvention, (jf. herved eksempelvis Folketingets Ombudsmands nyhed af 25. oktober 2019 "Lovgivning skal nu drøftes for at sikre privatskoleelevers ret til at blive hørt") – formentlig er under en vis, mere direkte indflydelse af de databeskyttelsesretlige regler.

Nedslag i nyere praksis fra Højesteret

Fra det erstatningsretlige univers kan vi starte med en sag, hvor vores kollega Michael S. Wiisbye repræsenterede B, og hvor Højesteret i sin dom af 9. september 2019 fandt anledning til mere generelt at fastslå bl.a. følgende:

”Spørgsmålet er herefter, om B er erstatningsansvarlig, fordi han ikke forsøgte at forhindre ildspåsættelsen og heller ikke forsøgte at forhindre, at ilden bredte sig fra containeren til skolebygningen, f.eks. ved at tilkalde brandvæsenet.

Højesteret finder, at en person som udgangspunkt ikke bliver erstatningsansvarlig ved at undlade at foretage en handling, som kunne have forhindret eller begrænset en skade, som er forvoldt af en anden.

Efter Højesterets opfattelse er der ikke i den foreliggende sag sådanne omstændigheder, at det nævnte udgangspunkt undtagelsesvis skal fraviges. Højesteret finder heller ikke, at overtrædelse af den strafsanktionerede pligt, som efter beredskabslovens § 39 påhviler enhver, der opdager en brand, til bl.a. at søge at afværge faren, i sig selv kan begrunde erstatningsansvar.”

Se også nyhedsbrevet om sagen på Nielsen Nøragers hjemmeside med alle de øvrige gode detaljer.

Hvornår er der et tilstrækkeligt hjemmelsgrundlag?

Sagens faktum:

”Om forløbet af visitationerne har A forklaret bl.a., at han skulle tage alt tøjet af og løfte op i pungen, for at personalet kunne se, om han havde gemt noget dér. Derefter skulle han vende sig om og enten bukke sig ned, så ballerne blev spredt, eller sætte sig på hug og hoste. Herefter kiggede personalet hans tøj igennem, mens han stod nøgen. Der er ikke af afdelingens personale afgivet forklaring om forløbet af visitationerne.

Højesteret lægger efter As forklaring til grund, at visitationerne har indebåret fuldstændig afklædning, indtagelse af ydmygende stillinger og undersøgelse af intime steder af kroppen. Visitationerne fandt sted systematisk og mange gange – efter det oplyste ca. 40 gange – gennem 1½ år.”

Vestre Landsret lagde i sin dom af 14. juni 2018 følgende til grund om hjemmelsgrundlaget:

”Landsretten tiltræder, at retspsykiatrisk afdeling af hensyn til sikkerheden for personalet og patienterne samt ressourcerne på afdelingen har været berettiget til at fastsætte regler for besøg i husordenen og besøgsreglerne som sket.”

Hvornår er der et tilstrækkeligt hjemmelsgrundlag?

Højesteret havde i sin dom af 10. september 2019 en noget anderledes tilgang til hjemmelsspørgsmålet:

“Højesteret bemærker indledningsvis, at Retspsykiatrisk Afsnits husorden med tilhørende besøgsregler ikke kan udgøre det retlige grundlag for afdelingens beslutning om at gennemføre kropsvisitation af en patient. Kropsvisitation skal ske på grundlag af et frivilligt, informeret samtykke eller under iagttagelse af psykiatrilovens § 19 a.”

Se også FOB 2017-13:

“Ombudsmanden mente ikke, at der var hjemmel i lov eller bekendtgørelse til den beskrevne ordning med aflevering og vask af tøj. Desuden anførte han, at det må anses for meget tvivlsomt, om et sådant tvangsindgreb kan have hjemmel i den ulovbestemte retsgrundsætning om anstaltsbetragtninger.”

Se f.eks. også FOB 2013-24

"Ombudsmanden tog herefter stilling til, om ordensreglerne også kunne anvendes i forhold til en adfærd, som hf-elever udviste i deres fritid. Det var i den forbindelse ombudsmandens opfattelse, at det – uden en klar hjemmel i lovgivningen – var uberettiget, at hf-eleven var blevet bortvist som følge af sin adfærd i fritiden, og uden at der forelå dokumentation for, at hf-eleven havde været (synligt) påvirket, da han kom tilbage til kostafdelingen, eller at hf-eleven havde røget hashen i en sammenhæng, hvor han blev identificeret med skolen eller kostafdelingen. Under disse omstændigheder var det ombudsmandens opfattelse, at det ikke kunne fastslås, at hf-elevens adfærd i fritiden havde haft en indvirkning på skolens eller kostafdelingens virke, som kunne føre til bortvisning.

Endelig var det ombudsmandens opfattelse, at Undervisningsministeriet måtte tilvejebringe en særlig lovhjemmel, såfremt det var ministeriets opfattelse, at også kostafdelingen skulle være omfattet af de skrevne regler om fastsættelse af studie- og ordensregler, eller hvis der, både i forhold til skolen og kostafdelingen, skulle kunne iværksættes sanktioner som følge af hf-elevernes adfærd i fritiden uden for skolens og kostafdelingens område."

NIELSEN NØRAGER

Kunne samtykke udgøre hjemmelsgrundlaget

Højesteret kom herefter ind på, om samtykke kunne udgøre hjemmelsgrundlaget:

"Ved vurderingen af, om det kan anses for godtgjort, at der har været tale om et gyldigt samtykke fra As side til de gennemførte kropsvisitationer, må karakteren af de vilkår, som han blev stillet over for, tages i betragtning. Uden samtykke til kropsvisitation kunne han således kun opnå overvåget besøg og kun af en halv times varighed, og han kunne slet ikke opnå udgang.

Højesteret finder det på denne baggrund ikke godtgjort, at A på noget tidspunkt har givet gyldigt samtykke til kropsvisitationerne."

Også her kan det indhentes inspiration til fortolkningen af samtykkekravet i databeskyttelsesforordningen, hvor der i betragtning 43 er anført, at samtykke ikke bør udgøre et hjemmelsgrundlag, "hvis der er en klar skævhed mellem den registrerede og den dataansvarlige, **navnlig hvis den dataansvarlige er en offentlig myndighed.**"

Myndigheder bør ikke optræde som forhandlingspart

Og en afgørelse fra en offentlig myndighed kan ikke kaldes et tilbud – se også ombudsmandens nyhed af 20. august 2019 og FOB 2019-16.

Betydningen af borgmesterens inhabilitet

Ombudsmanden lagde i FOB 2019-13 til grund, at borgmesteren havde modtaget en gave fra et firma ved at låne et lokale i forbindelse med fejringen af borgmesterens fødselsdag. Den gave burde borgmesteren ikke have taget imod. Spørgsmålet om inhabilitet for borgmesteren som følge af denne gave måtte give anledning til en vis tvivl, men det var samlet set ombudsmandens opfattelse, at borgmesteren blev inhabil efter forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 5, i forhold til enhver sag, som vedrørte firmaet og dets direktør. Der var også tvivl om den tidsmæssige udstrækning af denne inhabilitet. Ombudsmanden udtalte i øvrigt bl.a. følgende:

“Ombudsmanden lagde til grund, at borgmesteren ikke på nogen måde havde medvirket ved behandlingen i Beskæftigelses- og Integrationsforvaltningen af konkrete sager om placering af ledige i firmaet. Allerede af denne grund fandt han ikke, at behandlingen af de pågældende sager i Beskæftigelses- og Integrationsforvaltningen var behæftet med mangler som følge af borgmesterens inhabilitet. Ombudsmanden mente heller ikke, at der forelå en sådan interesse hos borgmesteren, at der kunne blive tale om afledt inhabilitet hos medarbejderne i Beskæftigelses- og Integrationsforvaltningen.

Derimod burde borgmesteren som følge af sin inhabilitet ikke have deltaget i beslutningen om at uddele en erhvervspris til firmaet.”

Betydningen af borgmesterens inhabilitet fortsat

Sagen rejser en række interessante spørgsmål, herunder om hvornår en borgmesters inhabilitet smitter?

Officialprincippet har i praksis meget stor betydning

- Skatteministeriet kunne ikke pålægge vandselskaber at anvende en beregningsmetode, der var uegnet til at opgøre den skattemæssige indgangsværdi af aktiver, som to kommuner havde overdraget. Se Højesterets dom af 8. november 2018 (U 2019.574 H). Se også U 2016.1805 H om vejbidrag, hvor kommunerne samlet slap for modregning af mere end 300 mio. kr.
- Hvem der har bevisbyrden kan i praksis have stor betydning. Se Højesterets dom af 4. januar 2019, hvor Højesteret i en skattesag fandt, "at den part, der gør gældende, at den offentlige ejendomsvurdering ikke giver et retvisende udtryk for handelsværdien, har bevisbyrden for dette." (U 2019.1163 H)
- Se også FOB 2018-31 om kontanthjælpsansøgeren, der skulle bevise, at han havde opholdt sig her i landet, og hvor Ankestyrelsen ikke kunne afvise at tage hensyn til tre vidneerklæringer afgivet af hans bekendte

Særligt om varsling af praksisændringer

Det er endvidere som udgangspunkt et retligt krav, at praksisændringer ikke alene skal dokumenteres, de skal også varsles.

Se Højesterets dom af 4. september 2018 (U 2018.3697 H), hvor Højesteret navnlig lagde vægt på, at:

- At der var tale om en mangeårig fast praksis,
- at praksisændringen havde indgribende betydning,
- at en varsling også ville have gjort det muligt for institutionerne mv. at indrette deres procedurer efter den nye praksis, og
- at der ikke var tungtvejende grunde, som tilsagde, at praksisændringen skete hurtigt.

At have styr på datasikkerheden er et af de grundlæggende principper, og den dataansvarlige har en påvisningsforpligtelse

- Den dataansvarlige skal altså selvstændigt kunne dokumentere, hvilke tiltag og aktiviteter der er gennemført for at sikre, at der er tilstrækkeligt styr på datasikkerheden. Dette følger allerede af art. 5, stk. 1, litra f, og art. 5, stk. 2, i forordningen.
- Det kan udledes af betragtning 83 i forordningens præambel, at der skal anvendes en risikobaseret tilgang til at sikre datasikkerheden.
- De detaljerede krav i sikkerhedsbekendtgørelsen f.eks. om logning er til gengæld ophævet.
- Justitsministeriet har på side 132-133 i lovforslaget til databeskyttelsesloven givet de dataansvarlige en værktøjskasse, der kan søges inspiration i, når der skal tages højde for kravene til datasikkerheden.

Kan nye tekniske minimumskrav i staten få betydning for alle?

- Se dette link: <https://digst.dk/nyheder/nyhedsarkiv/2019/oktober/tekniske-minimumskrav/>

- Lidt om "følg eller forklar"

- Fra den 1. januar 2020 gælder f.eks. følgende om logning i staten:

"Krav om logning, log på alle systemer og tjenester på netværksservere"

- Der fremgår i øvrigt følgende om logning:

"Udgør en forudsætning for opdagelse og efterforskning af forskellige sikkerhedshændelser. Logningen skal ikke anvendes til overvågning af brugeradfærd."

Datatilsynets afgørelse af 1. juli 2019 om pligt til at anvende loggen til at kontrollere enkeltpersoner

En medarbejder i kommunen havde lejet sin lejlighed ud, og det gik ikke godt. Medarbejderen havde i det efterfølgende forløb haft nogle oplysninger om lejerens, som lejerens mente måtte stamme fra uberettigede opslag i kommunens systemer. Ledelsen holdt et møde med den pågældende medarbejder herom, og medarbejderen oplyste i den forbindelse, at medarbejderen havde de pågældende oplysninger fra søgninger på internettet og ikke fra kommunens systemer. Kommunens ledelse foretog på den baggrund ikke yderligere undersøgelser.

Datatilsynet fandt derimod, at ledelsen havde haft pligt til at foretage kontrolopslag i loggen med henblik på at kunne dokumentere, om der havde været uberettiget adgang til oplysninger om lejerens.

Denne pligt til aktivt at anvende loggen som et selvstændigt ledelsesværktøj er også interessant i lyset af Datatilsynets afgørelse af 19. december 2018, hvorefter der ikke skal gives indsigt i sikkerhedsloggen. Baggrunden herfor er, at logningsoplysningerne var en "systemmæssig facilitet, hvor der ikke sker en selvstændig behandling af dine personoplysninger, og at logningen er afledt af den egentlige behandling." Gælder det også for kontrolopslaget i loggen i klagesagen om det mislykkede lejeforhold?

NIELSEN NØRAGER

Er der rum for nationale retsgrundsætninger f.eks. på området for datasikkerhed?

- Staten indfører altså nu bindende minimumsstandarder, der skal supplere den konkrete risikovurdering, og det gælder som udgangspunkt uanset størrelsen af den statslige myndighed.
- Kan man forestille sig, at disse standarder udvikler sig til retsgrundsætninger og dermed også bliver til bindende minimumsstandarder f.eks. for private?
- Vi er på et område, hvor der på et tidspunkt vil blive rejst en række straffesager, og hvor der vil ske en domstolsprøvelse heraf, ligesom der vil kunne blive rejst sager for EU-Domstolen herom.

Undtagelserne fra de registreredes rettigheder gælder også i forhold til underretningspligten efter artikel 34

Særligt for så vidt angår forordningens artikel 34 bemærkes, at forpligtelsen til at underrette den registrerede i forbindelse med brud på persondata-sikkerheden alene gælder, når bruddet sandsynligvis vil indebære en høj risiko for fysiske personers rettigheder og frihedsrettigheder. Der indføres imidlertid med databeskyttelseslovens § 22, stk. 1, en mulighed for i helt konkrete tilfælde at begrænse underretningspligten efter forordningens art. 34 selv i en sådan situation.

Hvornår kan der f.eks. være tale om, at den registreredes interesse i oplysningerne findes at burde vige for afgørende hensyn til private interesser?

Husk også undtagelsesmulighederne i databeskyttelseslovens § 22, stk. 2.

Kan den generelle påvisningsforpligtelse for den enkelte dataansvarlige få betydning i denne sammenhæng?

Om at kaste med computermus og at optage samtaler

Højesteret har i U 2019.3878 H taget stilling hertil og kom i den forbindelse med følgende interessante præmisser:

”Efter databeskyttelseslovgivningen er det en generel betingelse for behandling af personoplysninger, herunder ved optagelse af en samtale, at behandlingen varetager et sagligt formål. Ved vurderingen af, om en lydoptagelse af en samtale uden de øvrige deltageres viden er forenelig med databeskyttelseslovgivningen, skal der bl.a. foretages en proportionalitetsvurdering, hvor hensynet til den, der optager samtalen, skal afvejes over for hensynet til de øvrige deltagere og andre berørte.

Højesteret finder, at vurderingen af, om en ansats lydoptagelse af en samtale med sin arbejdsgiver uden dennes viden udgør en misligholdelse af ansættelsesforholdet, må bero på en konkret afvejning af hensynet til den ansatte over for hensynet til arbejdsgiveren og andre berørte. Det er ikke muligt udtømmende at angive kriterierne for denne vurdering, men der må bl.a. lægges vægt på formålet med og baggrunden for optagelsen, herunder om den ansatte havde særlig anledning til at sikre sig bevis for en tilsidesættelse af sine rettigheder.

Om at kaste med computermus og at optage samtaler, fortsat

Det må endvidere indgå, hvilke oplysninger den ansatte forventede eller havde til hensigt at optage, herunder om der er tale om oplysninger om rent private forhold eller oplysninger, som bør være fortrolige af hensyn til virksomheden eller andre.

Selv om en lydoptagelse ikke i sig selv udgør en misligholdelse af ansættelsesforholdet, vil den efterfølgende opbevaring og anvendelse af optagelsen efter omstændighederne kunne udgøre en misligholdelse. Højesteret bemærker, at ikke enhver overtrædelse af databeskyttelseslovgivningen i forbindelse med en lydoptagelse vil udgøre en misligholdelse af ansættelsesforholdet, der kan begrunde opsigelse eller bortvisning.

Efter oplysningerne om formålet med og baggrunden for lydoptagelsen, indholdet af denne og As efterfølgende anvendelse af den finder Højesteret, at optagelsen af samtalen uden de øvrige deltageres viden havde et sagligt formål, og at hensynet til B og de øvrige kundekonsulenter ikke oversteg As interesse i at optage samtalen uden de øvriges viden.

Under disse omstændigheder finder Højesteret, at hverken lydoptagelsen eller den efterfølgende anvendelse af den udgør en misligholdelse af As ansættelsesforhold. Optagelsen kan derfor ikke begrunde bortvisning og heller ikke opsigelse.”

Om at kaste med computermus og at optage samtaler, fortsat

Datatilsynet har også i en interessant afgørelse af 22. december 2017, der er medtaget i noten til U 2019.3878 H, i en klagesag fundet, at en offentlig ansats optagelse af to samtaler mellem ham og hans chef som følge af de konkrete omstændigheder var hjemlet i den daværende interesseafvejningsregel. Sagen havde også været behandlet i faglig voldgift, hvor båndoptagelserne var blevet tillagt stor vægt. Jens Kristiansen beskriver i Forvaltningsretten på side 241 sagen på følgende måde:

"I tilkendegivelse af 27. oktober 2015 i FV 2015.0046 i en sag mellem ingeniørforeningen og Bandedanmark (Thomas Rørdam) var en medarbejder blevet sygemeldt den 24. marts som følge af en arbejdsrelateret stressreaktion og opsagt den 11. juni. Opmanden fandt opsigelsen urimelig og fremhævede, at ansættelsesmyndigheden havde et medansvar for medarbejderens sygefravær, at myndigheden ikke havde levet op til sin egen tilkendegivelse om at tilbyde medarbejderen en langsom opstart, og at myndigheden havde undladt at indgå i en konstruktiv dialog med medarbejderen, men i stedet havde indledt en afskedigelsessag. Medarbejderen blev tilkendt en godtgørelse på 100.000 kr."

Medarbejderen var imidlertid dataansvarlig og havde i den forbindelse bl.a. overtrådt sin pligt til dataminimering og sin oplysningspligt.

NIELSEN NØRAGER

Den politiske forståelse mellem S, R, SF og Ø

Retfærdig retning for Danmark, juni 2019

“En ny regering vil også arbejde for at fremme ytringsfriheden for offentligt ansatte, så ytringsfriheden kan bruges inden for gældende begrænsninger uden frygt for direkte eller indirekte negative reaktioner fra ledelsen. Dette forhold skal indskærpes overfor offentlige ledere, og de ansatte skal informeres om mulighederne for at bruge deres ytringsfrihed.”

✓ Men hvordan det?

Retningslinjer er godt, men de skal også kunne bruges i praksis!



“Facebook-sagerne” står nærmest i kø

- **FOB 2019-18** (Facebook-opslaget om direktørens tale og børnedødeligheden)
- **FOB 2019-2** (Aabenraasagerne)
- **FOB 2018-12** (hjemmeplejens Facebook-gruppe):
Leder “overfusede mig...har oplevet det selv flere gange...også hørt flere andre blive talt grimt til og overfuset på samme facon.”
- **FOB 2018-8** (den hånlige DR-medarbejder):
“den mest nosseløse, uprofessionelle kiksede omgang lortejournalistik... Ever!”
- **FOB 2017-31** (sygeplejersken, Facebook og mødet med 13 minutters varsel)
- **FOB 2017-1** (den utilfredse seniorjobber):
En person “...der måske ikke havde sandhed som sin største spidskompetence”

Og så var der den kritiske lærer

Ombudsmandens sag 2019-27, udtalelse fra **den 23. oktober 2019**
(lærers kommentar på Facebook var ikke urimeligt grov)

Kommentarer til ny lokalaftale som kommentar til fagforenings opslag:

*"Tag et kig på Y Skole. Den er helt gal. **Ledelsen overvåger og forfølger folk**, og kredsen bakker selvfølgelig ubetinget op. Men det er jo klart, når [antal personer] fra den skoles ledelse er blevet oplært af kredsen!!!"*

Skoleledelse

- Skriftlig advarsel **med skiftende begrundelser** (først illoyalitet mv., derefter henvist til åbenbart urigtigt og urimeligt grov)

Ombudsmanden

- Hverken urimeligt grov eller åbenbart urigtig (generel karakteristik af ledelse, reaktion på ledelsesmæssige dispositioner, vidt spillerum)

NIELSEN NØRAGER

Hvordan er det nu med ytringer på SoMe?

I vurderingen indgår bl.a.:

- Hvad indeholder ytringen? (beskyldninger/ringeagtsytringer)
- I hvilket forum (lukket møde/åben Facebook-profil)
- Hvad er konteksten (ophidset debat, svar på tiltale/"surt opstød")
- *Ikke* om den ansatte siden har fortrudt!

Tommelfingerregler:

- Ja til satire, sarkasme og polemiske vendinger
- Nej til hån, latterliggørelse og skældud
- Gå efter bolden, ikke manden!



NIELSEN NØRAGER

Et ekstra pejlemærke

Ombudsmanden uddyber i Aabenraasagerne (FOB 2019-2) og i FOB 2019-18:

”Efter min opfattelse må det således anses for klart, at der – som led i offentlig debat – må være **rum for en vis brug af** skarpe og polemiske vendinger, herunder **overdrevne udtryk**, fra de ansattes side, når blot ytringerne ikke derved bliver åbenbart urigtige eller urimeligt grove.

- Jo stadig ikke klare grænser, men dog et signal om, at der skal en del til! (parallel til praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol)

Moralen er...

Vejledninger, guidelines, retningslinjer, kommunikationspolitikker, administrationsgrundlag osv. om offentligt ansattes ytringsfrihed om færden på SoMe er godt og ofte nødvendigt,

MEN

- De skal være vejledende og ikke vildledende
- De skal afspejle virkeligheden i den myndighed, der skal bruge dem, og
- De skal indeholde relevante eksempler

Særligt om retsvirkningerne af at anvende digital post

Businesscasen med digital post bygger på, at offentlige myndigheder som udgangspunkt kan sende digital post med frigørende virkning, da de offentlige myndigheder så kunne lægge til grund, at den var kommet frem til borgeren.

Det er vanskeligt at finde fortolkningsbidrag, der begrænser anvendelsesområdet for digital post til afgørelsessager, men det har Østre Landsret slået fast i U 2019.2398 Ø. Landsrettens begrundelse herfor er følgende:

”Da de omhandlede meddelelser ikke er sendt som led i kommunens myndighedsudøvelse (det funktionelle anvendelsesområde), finder landsretten herefter, at hverken påkravsskrivelsen eller ophævelsesskrivelsen er omfattet af lov om Digital Post fra offentlige afsendere.”

Mon ikke dette spørgsmål bliver udsat for en yderligere regulering, når lov om digital post skal ændres næste gang. Indtil da anbefaler vi imidlertid, at I er opmærksomme på de begrænsninger, der følger af landsrettens dom.

NIELSEN NØRAGER



NIELSEN NØRAGER

Anders Valentiner-Branth, AVB@NNLAW.dk, mobil 5388 4148

Nielsen Nørager LLP, Frederiksberggade 16, 1459 København K

NIELSEN NØRAGER



Samspillet mellem GDPR og forvaltningsretten

Advokat Rasmus Blaabjerg

NIELSEN NØRAGER

De grundlæggende principper

Databeskyttelsesforordningens artikel 5

Principperne for behandling af personoplysninger

(stk. 1)

- Lovlighed, rimelighed og gennemsigtighed (litra a)
- Formålsbegrænsning (litra b)
- Dataminimering (litra c)
- Rigtighed (litra d)
- Opbevaringsbegrænsning (litra e)
- Integritet og fortrolighed (litra f)

(stk. 2)

- Påvisningsforpligtelsen (ansvarlighed)



Behandlingen af personoplysninger skal (naturligvis) være lovlig.

Myndighedernes **sagsbehandlende IT-løsninger** skal overholde de forvaltningsretlige krav. ("Forvaltningsret by design").

FO's myndighedsguide om digital forvaltning:

"Det er et grundlæggende krav, at offentlige IT-systemer kan understøtte en korrekt anvendelse af den relevante lovgivning – herunder forvaltningsretlige regler og principper".

Vejledningen om digitaliseringsklar lovgivning (pkt. 4.2.):

"Når det offentlige behandler en sag, bør it-løsningen udformes således, at de formelle sagsbehandlingsregler, som forvaltningsretlige krav om partshøring, begrundelse, databeskyttelse mv. iagttages".

Legalitetsprincippet

FOB 2004.569: Ombudsmandens undersøgelse af politiets håndtering af bødesager. Det viste sig ikke at være muligt at søge efter bestemte sagstyper i bødesystemet. Udtalt, at det "selvsagt" gav anledning til "principielle betænkeligheder", at det ikke ud fra relativt overordnede, objektive og relevante kriterier var muligt at finde frem til de pågældende sager. Mangel på sådanne søgemuligheder "svækker ombudsmandens mulighed for at udføre sine opgaver".

FOB 2014-24: Overholdelse af forvaltningsretlige krav i forbindelse med udviklingen af SKATs IT-system, EFI.

FOB 2018-29: Visse af IT-systemet minSU's pop up-beskeder var reelt afgørelser. De forvaltningsretlige krav fandt anvendelse, og beskederne var omfattet af journaliseringspligten.

Legalitetsprincippet

FOB 2019-11: Kommunes digitale selvbetjeningsløsning havde forvaltningsretlige mangler.

FOB 2019-17: IT-fejl betød, at SKAT ikke kunne opkræve renter i mere end to år.

FOB 2019-22: Koordinering af og ansvar for vejledning om digitale selvbetjeningsløsninger på borger.dk. (Opfølgning på FOB 2019-11).

Legalitetsprincippet

Konklusion:

Legalitetsprincippet gennemsyrrer også databeskyttelsesretten på det offentligretlige område og kravene til udvikling og administration af offentlige myndigheders borgervendte IT-løsninger.

Særligt om dataminimering ctr. undersøgelsesprincippet mv.

Undersøgelsesprincippet (officialmaksimen)

Myndighedernes pligt til at sikre en forsvarlig sagsoplysning.

Indebærer princippet om dataminimering en indskrænkning af dette forvaltningsretlige princip?

U 2017.1294 H: Kommune var berettiget til som led i partshøring af arbejdsgiver at videregive en statusattest, der indeholdt helbredsoplysninger om en ansat.

U 2019.3209 Ø: Vedr. tidspunktet for forrentning af erstatning for tabt arbejdsfortjeneste (EAL § 16). Afgørende herfor var, hvornår Ankenævnet for Patienterstatningen kunne indhente de oplysninger, der var nødvendige for at bedømme erstatningens størrelse. Under landsretssagen gjorde Kammeradvokaten gældende, at det ville have været i strid med dataminimeringsprincippet og almindelige forvaltningsretlige principper, hvis nævnet på et tidligere tidspunkt selv havde indhentet de nødvendige oplysninger. Landsretten var ikke enig heri. (Sagen er anket til Højesteret).

NIELSEN NØRAGER

Særligt om dataminimering ctr. undersøgelsesprincippet mv.

Konklusion:

Hvor undersøgelsesprincippet indebærer, at myndigheden skal indhente personoplysninger eller foretage sagsoplysning i øvrigt, består der både en ret og en pligt hertil. Dataminimeringsprincippet ændrer ikke på dette. Men naturligvis krav om saglighed, proportionalitet mv.

Kravet om proportionalitet

De grundlæggende principper i artikel 5 indebærer også et proportionalitetsprincip. Og for offentlige myndigheder følger dette allerede af de almindelige forvaltningsretlige principper.

Illustrativt eksempel fra Sverige (afgørelse af 20. august 2019 (j.nr. DI-2019-2221)): Forsøgsordning med ansigtsgenkendelse via kameraovervågning i gymnasium til brug for registrering af elevernes fremmøde. Den svenske Datainspektion: I strid med artikel 5 og ikke gyldigt behandlingsgrundlag i artikel 9 (biometriske data). Endvidere utilstrækkelig konsekvensanalyse (artikel 35) og manglende høring (artikel 36). Inspektionen meddelte påbud om at stoppe overvågningen samt en bøde på 200.000 kr.

Kravet om proportionalitet

Datainspektionens begrundelse:

*”Gymnasienämnden har uppgett att syftet med dessa behandlingar har varit närvarokontroll. **Närvarokontroll kan ske på andra sätt som är mindre integritetskränkande för eleverna.** Datainspektionen anser därför att **metoden**, att använda ansiktsigenkänning via kamera för närvarokontroll, **har varit för omfattande och genomförts för ett för den personliga integriteten för ingripande sätt och därigenom varit oproportionerlig i förhållande till ändamålet.** Gymnasienämndens behandlingar har således genomförts i strid med artikel 5 i dataskyddsförordningen.”*

Se også Datatilsynets vejledende udtalelse af 29. maj 2019 om en virksomheds påtænkte anvendelse af fingeraftryk til brug for registrering af ansattes ”komme-/gå-tider”.

Mere om dataminimering, sletningskravet og betydningen heraf for offentlige myndigheder

Fastsættelse af slettefrister

Forordningens artikel 5, stk. 1, litra c og e om hhv. principperne om dataminimering og opbevaringsbegrænsning samt præambelbetragtning nr. 39 (Personoplysningerne bør være tilstrækkelige, relevante og begrænset til, hvad der er nødvendigt i forhold til formålene med deres behandling. Dette kræver navnlig, at det sikres, at perioden for opbevaring af personoplysningerne ikke er længere end strengt nødvendigt.)

Som udgangspunkt nødvendigt at indføre generelle slettefrister (ellers krav om løbende manuel gennemgang. Se hertil bet. 1565/2017, s. 91m). Og slettefristerne skal overholdes. Det kan være alvorligt (for private) ikke at slette, jf. sagerne 3x35 (1,2 mio) og IDdesign (1,5 mio).

Mere om dataminimering, sletningskravet og betydningen heraf for offentlige myndigheder

Registreredes anmodning om sletning

Artikel 17, stk. 1 (Ret til sletning (Retten til at blive glemt))

Undtagelserne i stk. 3 – bl.a. ikke pligt til at slette, hvis behandlingen er nødvendig for at overholde en retlig forpligtelse eller er nødvendig for at udføre en opgave i samfundets interesse eller en opgave, som henhører under offentlig myndighedsudøvelse.

Mere om dataminimering, sletningskravet og betydningen heraf for offentlige myndigheder

Offentlige myndigheder er (naturligvis) i vidt omfang retligt forpligtet til at behandle personoplysninger bl.a. som følge af:

- Notat- og journaliseringspligten (OFL § 15).
- Arkivreglerne (DBL § 14 - Personoplysninger kan overføres til opbevaring i arkiv efter reglerne i arkivlovgivningen).

Mere om dataminimering, sletningskravet og betydningen heraf for offentlige myndigheder

Hvordan håndteres de registreredes sletteanmodninger (artikel 17)?

Husk artikel 12 om udøvelsen af den registreredes rettigheder – også selvom sletteanmodningen ikke kan imødekommes. Dvs. svar uden unødigt forsinkelse og (som udgangspunkt) senest en måned efter modtagelsen af anmodningen.

Ex. Datatilsynets afgørelse af 5. juli 2019 (j.nr. 2018-32-0286):

Kritik af, at en kommune først besvarede en borgers anmodning om sletning fem måneder og 21 dage efter anmodningen. Det var derimod ikke i strid med reglerne, at kommunen med henvisning til notat- og journaliseringspligten afviste at slette oplysningerne.

Mere om dataminimering, sletningskravet og betydningen heraf for offentlige myndigheder

Datatilsynets begrundelse for ikke at kritisere kommunens afvisning af sletteanmodningen:

*“Datatilsynet har herved lagt vægt på, **at** en offentlig myndighed i almindelighed ikke er berettiget til at slette bestemte dokumenter, der indgår i en sag, [...], og **at** sletning normalt kun kan ske, hvis der er lovhjemmel dertil. Begrundelsen herfor er bl.a., at myndigheden senere – f.eks. i forbindelse med klager eller genoptagelse – skal kunne dokumentere, hvad der er passeret i en sag.*

Datatilsynet finder på baggrund af ovenstående ligeledes, at behandlingen af oplysningerne ikke er gået ud over, hvad der kan ske i henhold til princippet om opbevaringsbegrænsning, jf. databeskyttelsesforordningens artikel 5, stk. 1, litra e.”

Baggrunden herfor er, at en offentlig myndighed bl.a. som følge af offentlighedslovens regler om notat- og journaliseringspligt og arkivlovens regler i almindelighed ikke må slette personoplysninger, der indgår eller har indgået i administrativ sagsbehandling.

Mere om dataminimering, sletningskravet og betydningen heraf for offentlige myndigheder

Husk også bestemmelsen i artikel 12, stk. 4

- hvis en anmodning om udøvelse af den registreredes rettigheder ikke imødekommes *"underretter den dataansvarlige straks og senest en måned efter modtagelsen af anmodningen den registrerede om årsagen hertil og om muligheden for at indgive klage til en tilsynsmyndighed og indbringe sagen for en retsinstans"*.

Og at en afgørelse i anledning af en anmodning om udøvelse af den registreredes rettigheder er omfattet af forvaltningslovens regler om begrundelse og klagevejledning. Det er nyt, at alle offentlige dataansvarlige også vil skulle oplyse om muligheden for at indbringe en sag for domstolene.

Mere om dataminimering, sletningskravet og betydningen heraf for offentlige myndigheder

En offentlig myndighed kan fx slette oplysninger, hvis der er lovhjemmel til det, eller hvis et dokument ved en fejl er journaliseret på en forkert sag, og hvor dokumentet derefter journaliseres på den korrekte sag (Se hertil Datatilsynets vejledning om de registreredes rettigheder).

Hvis anmodningen om sletning skyldes, at de registrerede personoplysninger rent faktisk er urigtige:

Efter omstændighederne notere de korrekte oplysninger på sagen uden at fjerne de oplysninger, der i forvejen fremgik. Det kan eventuelt ske i form af et notat, der lægges på sagen. En egentlig sletning vil oftere kunne kræves, hvis der er tale om oplysninger, som indgår i et register eller andet informationssystem, hvorfra oplysningerne tilgås andre dataansvarlige, eventuelt via et online-system. Men også her må det efter omstændighederne accepteres, at det gennem en fortsat opbevaring af en kopi af registret i dets tidligere version eller på anden måde kan dokumenteres, hvilke faktuelle oplysninger der tidligere måtte være blevet videregivet.

Mere om dataminimering, sletningskravet og betydningen heraf for offentlige myndigheder

Konklusion:

Dataminimeringsprincippet og slettereglerne har altså kun begrænset betydning inden for den offentlige forvaltning.



NIELSEN NØRAGER

Rasmus Blaabjerg, RBL@NNLAW.DK; mobil 26197747

Nielsen Nørager LLP, Frederiksberggade 16, 1459 København K

NIELSEN NØRAGER