

Retningslinjer



Retningslinjer 2/2018 vedrørende undtagelser i artikel 49 i forordning 2016/679

Vedtaget den 25. maj 2018

Indholdsfortegnelse

1. GENERELT	3
2. SPECIFIK FORTOLKNING AF BESTEMMELSERNE I ARTIKEL 49	6
2.1 Den registrerede har udtrykkelig givet samtykke til den foreslåede overførsel efter at være blevet informeret om de mulige risici, som sådanne overførsler kan medføre for den registrerede på grund af den manglende afgørelse om tilstrækkeligheden af beskyttelsesniveauet eller fornødne garantier – (artikel 49, stk. 1, litra a)).....	6
2.1.1 Samtykke skal være udtrykkeligt.....	6
2.1.2 Samtykke skal være specifikt for den pågældende overførsel eller række af overførsler af personoplysninger.....	7
2.1.3 Samtykke skal være informeret, navnlig med hensyn til de mulige risici ved overførslen....	7
2.2 Overførslen er nødvendig af hensyn til opfyldelse af en kontrakt mellem den registrerede og den dataansvarlige eller af hensyn til gennemførelse af foranstaltninger, der træffes på den registreredes anmodning forud for indgåelsen af en sådan kontrakt – (artikel 49, stk. 1, litra b))....	8
2.3 Overførslen er nødvendig af hensyn til indgåelse eller opfyldelse af en kontrakt, der i den registreredes interesse indgås mellem den dataansvarlige og en anden fysisk eller juridisk person – (artikel 49, stk. 1, litra c)).....	10
2.4 Overførslen er nødvendig af hensyn til vigtige samfundsinteresser – (artikel 49, stk. 1, litra d))	10
2.5 Overførslen er nødvendig for, at retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares – (artikel 49, stk. 1, litra e))	12
2.6 Overførslen er nødvendig for at beskytte den registreredes eller andre personers vitale interesser, hvis den registrerede ikke fysisk eller juridisk er i stand til at give samtykke – (artikel 49, stk. 1, litra f))	13
2.7. Overførsel fra et offentligt register – (artikel 49, stk. 1, litra g), og artikel 49, stk. 2)	14
2.8. Vægtige legitime interesser – (artikel 49, stk. 1, andet afsnit)	15

Det Europæiske Databeskyttelsesråd har —

under henvisning til artikel 70, stk. 1, litra e) og j), i 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 og om ophævelse af direktiv 95/46/EF

VEDTAGET FØLGENDE RETNINGSLINJER:

1. GENERELT

Formålet med dette dokument er at yde vejledning om anvendelsen af artikel 49 i den generelle forordning om databeskyttelse (databeskyttelsesforordningen)¹, for så vidt angår undtagelser i forbindelse med overførsler af personoplysninger til tredjelande.

Dokumentet er baseret på det arbejde², der er blevet udført i EU-databeskyttelsesmyndighedernes arbejdsgruppe nedsat ved artikel 29 i databeskyttelsesdirektivet (Artikel 29-Gruppen), som er blevet afløst af Det Europæiske Databeskyttelsesråd (Databeskyttelsesrådet), vedrørende centrale spørgsmål i tilknytning til anvendelsen af undtagelser i forbindelse med overførsler af personoplysninger til tredjelande. Dette dokument vil blive gennemgået og om nødvendigt ajourført på grundlag af de praktiske erfaringer med anvendelsen af databeskyttelsesforordningen.

Ved anvendelsen af artikel 49 skal det tages i betragtning, at dataeksportøren, der overfører personoplysninger til tredjelande eller internationale organisationer, i henhold til artikel 44 ligeledes skal opfylde betingelserne i de øvrige bestemmelser i databeskyttelsesforordningen. Enhver behandlingsaktivitet skal være i overensstemmelse med de relevante databeskyttelsesbestemmelser, navnlig artikel 5 og 6. Der skal således gennemføres en test i to trin. For det første skal retsgrundlaget finde anvendelse på selve databehandlingen sammen med alle relevante bestemmelser i databeskyttelsesforordningen, og derefter skal bestemmelserne i kapitel V overholdes.

Det fastslås i artikel 49, stk. 1, at en overførsel eller flere overførsler af personoplysninger til et tredjeland eller en international organisation i mangel af en afgørelse om tilstrækkeligheden af beskyttelsesniveauet eller fornødne garantier kun må finde sted på visse betingelser. I henhold til artikel 44 skal alle bestemmelserne i kapitel V ligeledes anvendes, således at det sikres, at det beskyttelsesniveau, som fysiske personer garanteres i medfør af databeskyttelsesforordningen, ikke undermineres. Dette indebærer også, at anvendelsen af undtagelserne i artikel 49 aldrig bør føre til en situation, hvor de grundlæggende rettigheder kan blive tilsidesat³.

¹ 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 og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse).

² Artikel 29-Gruppens arbejdsdokument af 25. november 2005 om en ensartet fortolkning af artikel 26, stk. 1, i direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 (WP 114).

³ Artikel 29-Gruppen, WP 114, s. 9, og Artikel 29-Gruppens arbejdsdokument om overvågning af elektronisk kommunikation til efterretnings- og nationale sikkerhedsformål (WP 228), s. 39.

Artikel 29-Gruppen, forgængerer for Databeskyttelsesrådet, har længe anbefalet en lagdelt tilgang⁴ til overførsler, hvor det først vurderes, om det pågældende tredjeland yder et tilstrækkeligt databeskyttelsesniveau, og herefter sikres, at de eksporterede oplysninger beskyttes i det pågældende tredjeland. Hvis beskyttelsesniveauet ikke er tilstrækkeligt i lyset af alle omstændighederne, bør dataeksportøren overveje at tilvejebringe de fornødne garantier. Dataeksportørerne bør således i første omgang overveje mulighederne for at foretage overførslen på grundlag af en af de mekanismer, der er fastlagt i artikel 45 og 46 i databeskyttelsesforordningen, og kun anvende undtagelserne i artikel 49, stk. 1, i mangel heraf.

Undtagelserne i artikel 49 er således undtagelser fra det generelle princip om, at personoplysninger kun kan overføres til tredjelande, hvis der er et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau i tredjelandet, eller hvis der er indført fornødne garantier, og de registrerede har effektive rettigheder, som kan håndhæves, så de fortsat vil nyde godt af deres grundlæggende rettigheder og garantier⁵. På denne baggrund og i overensstemmelse med principperne i EU-retten⁶ skal undtagelserne fortolkes restriktivt, således at undtagelsen ikke bliver reglen⁷. Dette understøttes ligeledes af ordlyden i overskriften til artikel 49, hvor det anføres, at undtagelser skal anvendes i særlige situationer ("Undtagelser i særlige situationer").

I forbindelse med overførsel af personoplysninger til tredjelande eller internationale organisationer bør dataeksportørerne vælge løsninger, der giver de registrerede en garanti for, at de fortsat vil nyde godt af de grundlæggende rettigheder og garantier, som de er berettiget til i forbindelse med behandlingen af deres oplysninger, når disse oplysninger er blevet overført. Da undtagelserne ikke sikrer tilstrækkelig beskyttelse eller de fornødne garantier for de personoplysninger, der overføres, og da der ikke skal indhentes nogen form for forudgående tilladelse fra tilsynsmyndighederne i forbindelse med overførsler baseret på en undtagelse, medfører overførsler af personoplysninger til tredjelande på grundlag af undtagelser en øget risiko for de pågældende registreredes rettigheder og frihedsrettigheder.

Dataeksportører bør også være opmærksomme på, at hvis der ikke er vedtaget en afgørelse om tilstrækkeligheden af beskyttelsesniveauet, kan EU-retten eller medlemsstaternes nationale ret af hensyn til vigtige samfundsinteresser udtrykkelig fastsætte grænser for overførsel af særlige kategorier af oplysninger til et tredjeland eller en international organisation (artikel 49, stk. 5).

Lejlighedsvis overførsler og overførsler, som ikke gentages

Databeskyttelsesrådet bemærker, at udtrykket "lejlighedsvis" anvendes i betragtning 111 og udtrykket "ikke gentages" anvendes i forbindelse med undtagelsen vedrørende "vægtige legitime interesser" i artikel 49, stk. 1, andet afsnit. Disse udtryk angiver, at sådanne overførsler kan finde sted mere end én gang, men ikke regelmæssigt, og at de ikke er almindelig praksis, men f.eks. foretages under ukendte

⁴ Artikel 29-Gruppen, WP 114, s. 9.

⁵ Betragtning 114.

⁶ Artikel 29-Gruppen, WP 114, s. 7.

⁷ Jf. Artikel 29-Gruppen, WP 114, s. 7. Domstolen har gentagne gange understreget, at beskyttelsen af den grundlæggende ret til respekt for privatlivet på EU-plan kræver, at undtagelserne fra og begrænsningerne af beskyttelsen af personoplysninger holdes inden for det strengt nødvendige (dom af 16. december 2008, Satakunnan Markkinapörssi og Satamedia, C 73/07, præmis 56, dom af 9. november 2010, Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) og Hartmut Eifert (C-93/09), præmis 77, Digital Rights-dommen, præmis 52, og dom af 6. oktober 2015, Schrems, C 362/14, præmis 92, og dom af 21. december 2016, Tele2 Sverige AB, C 203/15, præmis 96). Jf. ligeledes rapport vedrørende tillægsprotokollen til konvention nr. 108 om tilsynsmyndigheder og grænseoverskridende dataudveksling, artikel 2, stk. 2, litra a), s. 6, tilgængelig på: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/181.1>

omstændigheder med vilkårlige tidsintervaller. En regelmæssig overførsel af personoplysninger inden for rammerne af faste forbindelser mellem dataeksportøren og dataimportøren kan f.eks. grundlæggende betragtes som systematisk og gentagen og kan derfor ikke betragtes som en lejlighedsvis overførsel eller en overførsel, der ikke gentages. Endvidere betragtes en overførsel f.eks. generelt som en ikke-lejlighedsvis overførsel eller en overførsel, der gentages, når dataimportøren får direkte og generel adgang til en database (f.eks. via en grænseflade til en IT-applikation).

I betragtning 111 skelnes mellem undtagelserne ved udtrykkeligt at fastslå, at undtagelserne vedrørende "kontrakten" og "retskravene" (artikel 49, stk. 1, litra b), c) og e)) skal være begrænset til "lejlighedsvis" overførsler, hvorimod en sådan begrænsning ikke gælder for "undtagelsen vedrørende udtrykkeligt samtykke", "undtagelsen vedrørende vigtige samfundsinteresser", "undtagelsen vedrørende vitale interesser" og "undtagelsen vedrørende overførsel fra et register" i henhold til artikel 49, stk. 1, første afsnit, litra a), d), f) og g).

Det skal dog fremhæves, at selv de undtagelser, som ikke er udtrykkeligt begrænset til "lejlighedsvis overførsler" eller "overførsler, der ikke gentages", skal fortolkes på en måde, der ikke er i strid med undtagelsernes karakter af undtagelser fra reglen om, at personoplysninger ikke må overføres til et tredjeland, medmindre landet sikrer et tilstrækkeligt databeskyttelsesniveau eller indfører de fornødne garantier⁸.

Nødvendighedstest

En generel betingelse for anvendelsen af en række af undtagelserne er, at overførslen af personoplysninger skal være "nødvendig" af hensyn til opfyldelse af et specifikt formål. Nødvendighedstesten bør anvendes til at vurdere den mulige anvendelse af undtagelserne i artikel 49, stk. 1, litra b), c), d), e) og f). I forbindelse med denne test skal dataeksportøren i EU vurdere, om en overførsel af personoplysninger kan anses for nødvendig af hensyn til opfyldelse af det specifikke formål med den undtagelse, der skal anvendes. For yderligere oplysninger om den specifikke anvendelse af nødvendighedstesten i forbindelse med de enkelte undtagelser henvises til de relevante afsnit nedenfor.

Artikel 48 i relation til undtagelser

I databeskyttelsesforordningen indføres en ny bestemmelse i artikel 48, der skal tages i betragtning i forbindelse med overførsel af personoplysninger. I henhold til artikel 48 og den tilknyttede betragtning 115 er retsafgørelser eller administrative myndigheders afgørelser i tredjelande ikke i sig selv legitime grunde til overførsler af personoplysninger til tredjelande. En overførsel i forbindelse med en afgørelse fra myndigheder i tredjelande er derfor under alle omstændigheder kun lovlig, hvis den er i overensstemmelse med de betingelser, der er fastsat i kapitel V⁹.

I situationer, hvor der er en international aftale, f.eks. en traktat om gensidig retshjælp, bør virksomheder i EU generelt afvise direkte anmodninger og henvise den anmodende myndighed i tredjelandet til en eksisterende traktat om gensidig retshjælp eller aftale.

Denne fortolkning følger ligeledes nøje artikel 44, hvori der fastsættes et overordnet princip, som finder anvendelse på alle bestemmelserne i kapitel V, for at sikre, at det beskyttelsesniveau, som fysiske personer garanteres i medfør af databeskyttelsesforordningen, ikke undermineres.

⁹Jf. betragtning 115, fjerde punktum.

2. SPECIFIK FORTOLKNING AF BESTEMMELSERNE I ARTIKEL 49

2.1 Den registrerede har udtrykkelig givet samtykke til den foreslåede overførsel efter at være blevet informeret om de mulige risici, som sådanne overførsler kan medføre for den registrerede på grund af den manglende afgørelse om tilstrækkeligheden af beskyttelsesniveauet eller fornødne garantier – (artikel 49, stk. 1, litra a))

De generelle betingelser for, at samtykke kan betragtes som gyldigt, er defineret i artikel 4, nr. 11¹⁰, og artikel 7 i databeskyttelsesforordningen¹¹. Artikel 29-Gruppen har opstillet retningslinjer for disse generelle betingelser for samtykke i et særskilt dokument, som er godkendt af Databeskyttelsesrådet¹². Disse betingelser gælder også for samtykke i henhold til artikel 49, stk. 1, litra a). Der er imidlertid en række specifikke, supplerende betingelser, der skal opfyldes, hvis samtykke skal betragtes som et gyldigt retsgrundlag for internationale overførsler af personoplysninger til tredjelande og internationale organisationer som omhandlet i artikel 49, stk. 1, litra a), og der vil være fokus på disse i dette dokument.

Derfor bør dette afsnit 1 i disse retningslinjer læses i sammenhæng med Artikel 29-Gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, der er godkendt af Databeskyttelsesrådet, og som indeholder en mere detaljeret analyse af fortolkningen af de generelle betingelser og kriterier for samtykke i henhold til databeskyttelsesforordningen¹³. Det skal ligeledes bemærkes, at offentlige myndigheder i henhold til artikel 49, stk. 3, ikke kan påberåbe sig denne undtagelse som led i udøvelsen af deres offentligretlige beføjelser.

Det fastslås i artikel 49, stk. 1, litra a), at en overførsel af personoplysninger til et tredjeland eller en international organisation kan finde sted i mangel af en afgørelse om tilstrækkeligheden af beskyttelsesniveauet i henhold til artikel 45, stk. 3, eller fornødne garantier i henhold til artikel 46, herunder bindende virksomhedsregler, på den betingelse, at *"den registrerede udtrykkelig har givet samtykke til den foreslåede overførsel efter at være blevet informeret om de mulige risici, som sådanne overførsler kan medføre for den registrerede på grund af den manglende afgørelse om tilstrækkeligheden af beskyttelsesniveauet eller fornødne garantier"*.

2.1.1 Samtykke skal være udtrykkeligt

I henhold til artikel 4, nr. 11, i databeskyttelsesforordningen skal samtykket være frivilligt, specifikt, informeret og utvetydigt. For så vidt angår denne sidste betingelse er artikel 49, stk. 1, litra a), strengere, da der stilles krav om "udtrykkeligt" samtykke. Dette er ligeledes et nyt krav i forhold til artikel 26, stk. 1, litra a), i direktiv 95/46/EF, hvor der kun blev stillet krav om "utvetydigt" samtykke. I henhold til databeskyttelsesforordningen skal der gives udtrykkeligt samtykke i situationer forbundet med særlige databeskyttelsesrisici, hvor den enkelte således skal have et højt niveau af kontrol over sine personoplysninger, f.eks. i forbindelse med behandlingen af særlige kategorier af personoplysninger (artikel 9, stk. 2, litra a)) og automatiske afgørelser (artikel 22, stk. 2, litra c)). Internationale overførsler af personoplysninger er ligeledes forbundet med sådanne særlige risici.

¹⁰ I artikel 4, nr. 11, i databeskyttelsesforordningen defineres "samtykke" fra den registrerede som enhver frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse fra den registrerede, hvorved den registrerede ved erklæring eller klar bekræftelse indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende, gøres til genstand for behandling.

¹¹ I betragtning 32, 33, 42 og 43 gives endvidere yderligere vejledning om samtykke.

¹² Jf. Artikel 29-Gruppens retningslinjer vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679 – "Article 29 Working Party Guidelines on Consent under Regulation 2016/679" (WP 259).

¹³ Som ovenfor.

For yderligere vejledning om kravet om udtrykkeligt samtykke og de øvrige krav, der skal opfyldes, hvis samtykke skal betragtes som gyldigt, henvises til Artikel 29-Gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, der er godkendt af Databeskyttelsesrådet¹⁴.

2.1.2 Samtykke skal være specifikt for den pågældende overførsel eller række af overførsler af personoplysninger

Et af kravene til gyldigt samtykke, er, at det skal være specifikt. For at kunne udgøre et gyldigt retsgrundlag for en overførsel af personoplysninger i henhold til artikel 49, stk. 1, litra a), skal samtykket således være specifikt for den pågældende overførsel eller række af overførsler af personoplysninger.

Elementet "specifikt" i definitionen af samtykke skal sikre en grad af brugerkontrol og gennemsigtighed for den registrerede. Dette element er også tæt forbundet med kravet om, at samtykke skal være "informeret".

Da samtykke skal være specifikt, er det undertiden umuligt at opnå den registreredes forudgående samtykke til en fremtidig overførsel på tidspunktet for indsamlingen af oplysningerne, f.eks. hvis tidspunktet for og de særlige omstændigheder ved en overførsel ikke er kendt på det tidspunkt, hvor der anmodes om samtykke, og indvirkningen på den registrerede således ikke kan vurderes. Et eksempel kunne være en EU-virksomhed, der indhenter sine kunders oplysninger til et specifikt formål (levering af varer) uden på det pågældende tidspunkt at overveje, om disse oplysninger skal overføres til tredjemand uden for EU. Nogle år senere erhverves det pågældende virksomhed imidlertid af en virksomhed uden for EU, som ønsker at overføre personoplysningerne om sine kunder til en anden virksomhed uden for EU. Hvis denne overførsel skal være gyldig på grundlag af undtagelsen om samtykke, bør den registrerede give sit samtykke til denne specifikke overførsel på tidspunktet for planlægningen af overførslen. Derfor er det samtykke, der indhentes af EU-virksomheden på tidspunktet for indsamling af oplysningerne med henblik på levering, ikke tilstrækkeligt til at begrunde anvendelsen af denne undtagelse for overførsel af personoplysninger til tredjelande uden for EU, som planlægges på et senere tidspunkt.

Dataeksportøren skal således sørge for at indhente specifikt samtykke før overførslen, også efter indsamlingen af oplysningerne. Dette krav er også knyttet til kravet om informeret samtykke. Det er muligt at indhente den registreredes specifikke samtykke forud for overførslen og på tidspunktet for indsamling af personoplysninger, hvis den registrerede underrettes om den specifikke overførsel, og hvis omstændighederne ved overførslen ikke ændres efter den registreredes specifikke samtykke. Derfor skal dataeksportøren ligeledes sikre, at kravene i afsnit 1.3 nedenfor er opfyldt.

2.1.3 Samtykke skal være informeret¹⁵, navnlig med hensyn til de mulige risici ved overførslen

Denne betingelse er særlig vigtig, da den styrker og præciserer det generelle krav om, at ethvert samtykke skal være "informeret", jf. artikel 4, nr. 11¹⁶. Hvis samtykke skal anvendes som retsgrundlag i henhold til artikel 6, stk. 1, litra a), skal den registrerede i forbindelse med en overførsel af oplysninger i henhold til det generelle krav om "informeret" samtykke på forhånd informeres behørigt om de særlige omstændigheder ved overførslen, (dvs. den dataansvarliges identitet, formålet med

¹⁴ Som ovenfor.

¹⁵ De generelle krav om gennemsigtighed i artikel 13 og 14 i databeskyttelsesforordningen bør ligeledes overholdes. For yderligere oplysninger henvises til retningslinjerne vedrørende gennemsigtighed i henhold til forordning 2016/679 – "Guidelines on transparency under Regulation 2016/679" (WP 260).

¹⁶ Jf. Artikel 29-Gruppens retningslinjer vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679 – "Article 29 Working Party Guidelines on Consent under Regulation 2016/679" (WP 259).

overførslen, typen af oplysninger, retten til at trække sit samtykke tilbage, identiteten eller kategorierne af modtagere)¹⁷.

Ud over dette generelle krav om "informeret" samtykke skal de registrerede, hvis personoplysningerne overføres til et tredjeland i henhold til artikel 49, stk. 1, litra a), i henhold til denne bestemmelse endvidere informeres om de specifikke risici forbundet med overførslen af deres oplysninger til et land, der ikke yder tilstrækkelig beskyttelse eller indfører tilstrækkelige garantier til beskyttelse af personoplysninger. Tilvejebringelsen af disse oplysninger er afgørende for, at den registrerede kan give samtykke med fuldt kendskab til disse specifikke forhold vedrørende overførslen, og hvis disse oplysninger ikke tilvejebringes, vil undtagelsen således ikke finde anvendelse.

De oplysninger, der gives til de registrerede med henblik på at indhente samtykke til overførslen af deres personoplysninger til tredjemand etableret i tredjelande, bør også indeholde oplysninger om alle modtagere eller kategorier af modtagere af personoplysningerne og om alle lande, som personoplysningerne overføres til, og oplysninger om, at samtykket er retsgrundlaget for overførslen, og at det tredjeland, som oplysningerne vil blive overført til, ikke sikrer et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau i henhold til Europa-Kommissionens afgørelse¹⁸. Som nævnt ovenfor skal der desuden oplyses om de mulige risici for den registrerede som følge af den manglende tilstrækkelige beskyttelse i tredjelandet og manglende fornødne garantier. En sådan meddelelse, der kan standardiseres, bør f.eks. omfatte oplysninger om, at der i tredjelandet muligvis ikke er en tilsynsmyndighed, og/eller indført principper for databehandling, og/eller om, at de registreredes rettigheder muligvis ikke kan sikres i tredjelandet.

I det specifikke tilfælde, hvor en overførsel foretages efter indsamlingen af personoplysninger fra den registrerede, bør dataeksportøren underrette den registrerede om overførslen og om risiciene forbundet hermed inden overførslen henblik på at opnå den registreredes udtrykkelige samtykke til den "påtænkte" overførsel.

Som det fremgår af analysen ovenfor, fastsætter databeskyttelsesforordningen en høj tærskel for anvendelse af undtagelsen om samtykke. Denne høje tærskel kombineret med den omstændighed, at den registreredes samtykke til enhver tid kan trækkes tilbage, indebærer, at samtykke muligvis ikke er en praktisk langsigtet løsning i forbindelse med overførsler til tredjelande.

2.2 Overførslen er nødvendig af hensyn til opfyldelse af en kontrakt mellem den registrerede og den dataansvarlige eller af hensyn til gennemførelse af foranstaltninger, der træffes på den registreredes anmodning forud for indgåelsen af en sådan kontrakt – (artikel 49, stk. 1, litra b))

Det anføres i betragtning 111, at overførsler af personoplysninger på grundlag af denne undtagelse kan finde sted, "hvor overførsel er **lejlighedsvis** og **nødvendig** i forbindelse med en kontrakt (...)"¹⁹.

Selv om undtagelserne vedrørende opfyldelse af en kontrakt potentielt synes at være meget brede, er de begrænset af kriterierne vedrørende "nødvendighed" og "lejlighedsvis overførsler".

Nødvendigheden af overførslen af personoplysninger

¹⁷ Som ovenfor, s. 13.

¹⁸ Sidstnævnte krav er ligeledes knyttet til forpligtelsen til at underrette de registrerede (artikel 13, stk. 1, litra f), og artikel 14, stk. 1, litra e)).

¹⁹ Kriteriet vedrørende "lejlighedsvis" overførsler er anført i betragtning 111 og gælder for undtagelserne i artikel 49, stk. 1, litra b), c) og e).

"Nødvendighedstesten"²⁰ begrænser antallet af tilfælde, hvor artikel 49, stk. 1, litra b), kan anvendes²¹. Der skal være en tæt og betydelig forbindelse mellem overførslen af personoplysninger og kontraktens formål.

Denne undtagelse kan f.eks. ikke anvendes, når en koncern i forretningsøjemed har centraliseret sine betalings- og HR-funktioner for alle sine ansatte i et tredjeland, da der ikke er nogen direkte og objektiv forbindelse mellem opfyldelsen af ansættelseskontrakten og en sådan overførsel²². Andre grunde til overførsel som omhandlet i kapitel V, f.eks. standardkontraktbestemmelser eller bindende virksomhedsregler, kan dog være relevante for den pågældende overførsel.

Rejsebureauers overførsel af personoplysninger om deres kunder til hoteller eller andre forretningspartnere, som benyttes i forbindelse med tilrettelæggelsen af disse kunders ophold i udlandet, kan derimod anses for nødvendig med henblik på opfyldelsen af den kontrakt, som rejsebureauet og kunden har indgået, da der i dette tilfælde er en tilstrækkelig tæt og betydelig forbindelse mellem overførslen af personoplysninger og kontraktens formål (tilrettelæggelse af kunders rejse).

Denne undtagelse kan ikke anvendes på overførsler af supplerende oplysninger, der ikke er nødvendige for opfyldelsen af kontrakten eller for gennemførelsen af foranstaltninger, der træffes på den registreredes anmodning forud for indgåelsen af en sådan kontrakt²³. Andre redskaber vil derfor være påkrævet ved overførsel af supplerende oplysninger.

Lejlighedsvis overførsler

Personoplysninger må kun overføres i henhold til denne undtagelse, når denne overførsel er lejlighedsvis²⁴. Det fastslås fra sag til sag, hvorvidt overførslen eller overførslerne vil blive betragtet som "lejlighedsvis" eller "ikke-lejlighedsvis".

En overførsel kan f.eks. betragtes som lejlighedsvis, hvis personoplysninger om en salgsschef, der som led i opfyldelsen af sin ansættelseskontrakt besøger forskellige kunder i tredjelande, sendes til disse kunder for at tilrettelægge møder. En overførsel kan også betragtes som lejlighedsvis, hvis en bank i EU overfører personoplysninger til en bank i et tredjeland for at opfylde en kundes anmodning om at foretage en betaling, så længe denne overførsel ikke finder sted inden for rammerne af et fast samarbejde mellem de to banker.

Overførsler vil derimod ikke blive betragtet som "lejlighedsvis", hvis et multinationalt selskab tilrettelægger kurser i et uddannelsescenter i et tredjeland og systematisk overfører personoplysninger om de ansatte, der deltager i et kursus (f.eks. oplysninger om navn og stillingsbetegnelse, men potentielt også om kostbehov eller mobilitetsrestriktioner). Regelmæssige overførsler af personoplysninger inden for rammerne af faste forbindelser betragtes derfor som systematiske og gentagne og har således ikke "lejlighedsvis" karakter. Mange overførsler af personoplysninger inden for rammerne af forretningsforbindelser kan derfor ikke baseres på artikel 49, stk. 1, litra b).

²⁰ Jf. ligeledes Artikel 29-Gruppens udtalelse 6/2014 om den registeransvarliges legitime interesser som omhandlet i artikel 7 i direktiv 95/46/EF (WP 217).

²¹ Kravet om "nødvendighed" finder ligeledes anvendelse på de undtagelser, der er fastsat i artikel 49, stk. 1, litra c)-f).

²² Den vil desuden ikke blive betragtet som lejlighedsvis (jf. nedenfor).

²³ Alle undtagelserne i artikel 49, stk. 1, litra b) -f), tillader generelt kun overførsel af personoplysninger, som er nødvendige for formålet med overførslen.

²⁴ For den generelle definition af begrebet "lejlighedsvis", se s. 4.

I henhold til artikel 49, stk. 1 og 3, kan denne undtagelse ikke finde anvendelse på aktiviteter, der gennemføres af offentlige myndigheder som led udøvelsen af deres offentligretlige beføjelser.

2.3 Overførslen er nødvendig af hensyn til indgåelse eller opfyldelse af en kontrakt, der i den registreredes interesse indgås mellem den dataansvarlige og en anden fysisk eller juridisk person – (artikel 49, stk. 1, litra c))

Fortolkningen af denne bestemmelse er nødvendigvis den samme som af artikel 49, stk. 1, litra b), nemlig at en overførsel af personoplysninger til et tredjeland eller en international organisation i mangel af en afgørelse om tilstrækkeligheden af beskyttelsesniveauet i henhold til artikel 45, stk. 3, eller fornødne garantier i henhold til artikel 46, kun kan anses for at falde ind under undtagelsen i artikel 49, stk. 1, litra c), hvis den kan betragtes som "*nødvendig af hensyn til indgåelse eller opfyldelse af en kontrakt, der i den registreredes interesse indgås mellem den dataansvarlige og en anden fysisk eller juridisk person*".

Ud over kravet om nødvendighed anføres det i betragtning 111, at overførsler af personoplysninger kun må finde sted, "*hvor overførsel er **lejlighedsvis og nødvendig** i forbindelse med en kontrakt (...)*" Ud over "nødvendighedstesten" kan personoplysninger også her kun overføres i henhold til denne undtagelse, når overførslen er lejlighedsvis.

Nødvendigheden af overførslen af personoplysninger og indgåelse af kontrakten i den registreredes interesse

Hvis en organisation i forretningsøjemed har udliciteret aktiviteter såsom lønforvaltning til tjenesteydere uden for EU, vil denne undtagelse ikke udgøre grundlag for overførsler af personoplysninger til sådanne formål, da det ikke kan fastslås, at der er en tæt og betydelig forbindelse mellem overførslen og en kontrakt indgået i den registreredes interesse, selv om formålet med overførslen er forvaltning af arbejdstagerens løn²⁵. Andre redskaber til overførsel i kapitel V kan udgøre et mere passende grundlag for sådanne overførsler, f.eks. standardkontraktbestemmelser eller bindende virksomhedsregler.

Lejlighedsvis overførsler

Personoplysninger kan desuden kun overføres i henhold til denne undtagelse, når overførslen er lejlighedsvis, jf. undtagelsen i artikel 49, stk. 1, litra b). For at vurdere, om en sådan overførsel er lejlighedsvis, skal den samme test derfor foretages²⁶.

Endelig kan denne undtagelse i henhold til artikel 49, stk. 1 og 3, ikke finde anvendelse på aktiviteter, der gennemføres af offentlige myndigheder som led udøvelsen af deres offentligretlige beføjelser²⁷.

2.4 Overførslen er nødvendig af hensyn til vigtige samfundsinteresser – (artikel 49, stk. 1, litra d))

Denne undtagelse, der normalt betegnes som "undtagelsen vedrørende vigtige samfundsinteresser", er meget lig bestemmelsen i artikel 26, stk. 1, litra d), i direktiv 95/46/EF²⁸, som bestemmer, at videregivelsen kun kan finde sted, hvis den er nødvendig eller følger af lov eller bestemmelser fastsat med hjemmel i lov for at beskytte en vigtig samfundsinteresse.

²⁵ Den vil desuden ikke blive betragtet som lejlighedsvis (jf. nedenfor).

²⁶ For den generelle definition af begrebet "lejlighedsvis", se s. 4

²⁷ For yderligere oplysninger henvises til afsnit 1, s. 5, ovenfor.

²⁸ Europa-Parlamentets 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.

I henhold til artikel 49, stk. 4, er det kun de samfundsinteresser, der er anerkendt i EU-retten eller retten i den medlemsstat, som den dataansvarlige er underlagt, som kan danne grundlag for anvendelse af denne undtagelse.

Med hensyn til anvendelsen af denne undtagelse er det imidlertid ikke tilstrækkeligt, at der anmodes om overførsel af personoplysninger (f.eks. overførsel fra en myndighed i et tredjeland) i forbindelse med en efterforskning, som tjener samfundsinteresser i et tredjeland, der i abstrakt forstand også har hjemmel i EU's eller medlemsstatens lovgivning. Hvis en myndighed i et tredjeland f.eks. anmoder om overførsel af personoplysninger i forbindelse med en efterforskning vedrørende bekæmpelse af terrorisme, er den blotte eksistens af tilsvarende lovgivning i EU eller medlemsstaterne til bekæmpelse af terrorisme ikke i sig selv et tilstrækkeligt grundlag for anvendelsen af artikel 49, stk. 1, litra d), på en sådan overførsel. Som understreget af Artikel 29-Gruppen, forgængeren for Databeskyttelsesrådet, i tidligere udtalelser²⁹ finder undtagelsen kun anvendelse, når det også kan udledes af EU-retten eller retten i den medlemsstat, som den dataansvarlige er underlagt, at sådanne overførsler af personoplysninger er tilladt med henblik på beskyttelse af vigtige samfundsinteresser, herunder i en ånd af gensidighed og internationalt samarbejde. Eksistensen af en international aftale eller konvention, der anerkender et bestemt formål og indeholder bestemmelser om internationalt samarbejde til fremme af dette formål, kan være en indikator ved vurderingen af eksistensen af samfundsinteresser i henhold til artikel 49, stk. 1, litra d), når EU eller medlemsstaterne er part i den pågældende aftale eller konvention.

Selv om artikel 49, stk. 1, litra d), primært er rettet mod offentlige myndigheder, kan private enheder ligeledes anvende artiklen. Dette understøttes af en række eksempler i betragtning 112, hvor der både henvises til offentlige myndigheders og private enheders overførsler³⁰.

En væsentlig forudsætning for anvendelsen af denne undtagelse er konstateringen af vigtige samfundsinteresser og ikke karakteren af den organisation (offentlig, privat eller international organisation), som overfører og/eller modtager oplysningerne.

Det angives i betragtning 111 og 112, at denne undtagelse ikke er begrænset til overførsler af personoplysninger, der er "lejlighedsvis"³¹. Dette betyder imidlertid ikke, at overførsler af personoplysninger i henhold til undtagelsen vedrørende vigtige samfundsinteresser i artikel 49, stk. 1, litra d), kan finde sted i stor skala og på en systematisk måde. Tværtimod skal det generelle princip om, at undtagelserne som fastsat i artikel 49 ikke må blive "reglen" i praksis, overholdes, idet de skal begrænses til særlige situationer, og hver dataeksportør skal sikre, at overførslen opfylder den strenge nødvendighedstest³².

Når overførslerne er et led i den almindelige forretningsgang eller praksis, opfordrer Databeskyttelsesrådet på det kraftigste alle dataeksportører (navnlig offentlige organer³³) til at indføre fornødne garantier som grundlag herfor i overensstemmelse med artikel 46 i stedet for at anvende undtagelsen i artikel 49, stk. 1, litra d).

²⁹ Artikel 29-Gruppens udtalelse 10/2006 om behandling af personoplysninger i Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT) (WP 128), s. 25.

³⁰ "international udveksling af oplysninger mellem konkurrencemyndigheder, skatte- eller toldforvaltninger, finansielle tilsynsmyndigheder eller socialsikringsmyndigheder eller med henblik på folkesundhed, f.eks. i tilfælde af kontaktopsporing i forbindelse med smitsomme sygdomme eller for at nedbringe og/eller afskaffe doping inden for sport."

³¹ For den generelle definition af begrebet "lejlighedsvis", se s. 4

³² Jf. ligeledes s. 3.

³³ F.eks. finansielle tilsynsmyndigheder, der udveksler oplysninger i forbindelse med internationale overførsler af personoplysninger med henblik på administrativt samarbejde.

2.5 Overførslen er nødvendig for, at retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares – (artikel 49, stk. 1, litra e))

Fastlæggelse, fremførelse eller forsvar af retskrav

I henhold til artikel 49, stk. 1, litra e), kan overførsler finde sted, når "*overførslen er nødvendig for, at retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares*". Det anføres i betragtning 111, at overførsel kan ske, "*når den registrerede har givet sit udtrykkelige samtykke, og hvor overførsel er lejlighedsvis og nødvendig i forbindelse med en kontrakt eller et retskrav, uanset om det sker i forbindelse med en retssag eller en administrativ eller udenretslig procedure, herunder procedurer ved reguleringsorganer*". Dette omfatter en række aktiviteter, f.eks. i forbindelse med en strafferetlig eller administrativ undersøgelse i et tredjeland (f.eks. kartelregler, korruption, insiderhandel eller lignende situationer), hvor undtagelsen kan finde anvendelse på en overførsel af personoplysninger med det formål at forsvare sig selv eller opnå en reduktion af eller fritagelse for en retligt fastsat bøde, f.eks. i forbindelse med kartelundersøgelser. Overførsler af personoplysninger med henblik på formelle efterforskningsprocedurer forud for en civil retssag kan ligeledes falde ind under denne undtagelse. Den kan ligeledes omfatte foranstaltninger iværksat af dataeksportøren med henblik på indledning af procedurer i et tredjeland, f.eks. i forbindelse med indledning af en retssag eller anmodning om godkendelse af en fusion. Undtagelsen kan ikke anvendes til at begrunde overførslen af personoplysninger alene på det grundlag, at der muligvis kan indledes en retssag eller formelle procedurer på et senere tidspunkt.

Denne undtagelse kan finde anvendelse på aktiviteter, der gennemføres af offentlige myndigheder som led udøvelsen af deres offentligretlige beføjelser (artikel 49, stk. 3).

Kombinationen af udtrykkene "retskrav" og "procedure" indebærer, at den pågældende procedure skal have lovhjemmel, herunder være baseret på en formel, juridisk defineret proces, men den er ikke nødvendigvis begrænset til retslige eller administrative procedurer ("eller en udenretslig procedure"). Da en overførsel skal ske **i henhold til** en procedure, skal der være en tæt forbindelse mellem en overførsel af personoplysninger og en specifik procedure for den pågældende situation. Den abstrakte anvendelighed af en bestemt type procedure er ikke tilstrækkelig.

Dataansvarlige og databehandlere skal være opmærksom på, at national lovgivning også kan indeholde såkaldte "blokadelove", der forbyder eller begrænser deres overførsel af personoplysninger til udenlandske domstole eller eventuelt andre udenlandske officielle organer.

Nødvendigheden af overførslen af personoplysninger

Den pågældende overførsel af personoplysninger kan kun finde sted, når den er nødvendig for, at det pågældende retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares. Denne "nødvendighedstest" kræver en tæt og betydelig forbindelse mellem de pågældende oplysninger og fastlæggelsen, fremførelsen eller forsvaret af det specifikke retskrav³⁴. Tredjelandsmyndigheders interesse eller deres eventuelle tilsagn om "god vilje" vil ikke i sig selv være tilstrækkeligt.

Selv om det kan være fristende for en eksportør at overføre alle eventuelt relevante personoplysninger som svar på en anmodning eller i forbindelse med indledning af retlige procedurer, vil dette ikke være i overensstemmelse med denne undtagelse eller mere generelt med databeskyttelsesforordningen, da dette (princippet om dataminimering) understreger kravet om, at personoplysninger skal være

³⁴ Betragtning 111: "nødvendig i forbindelse med en kontrakt eller et retskrav".

tilstrækkelige, relevante og begrænset til, hvad der er nødvendigt i forhold til de formål, hvortil de behandles.

For så vidt angår retssager, har Artikel 29-Gruppen, forgængeren for Databeskyttelsesrådet, allerede fastlagt en lagdelt tilgang til spørgsmålet om, hvorvidt personoplysningerne bør overføres, herunder anvendelsen af dette princip. Som et første skridt bør der foretages en nøje vurdering af, hvorvidt anonymiserede oplysninger vil være tilstrækkeligt i den specifikke situation. Hvis dette ikke er tilfældet, kan det herefter overvejes at overføre pseudonymiserede oplysninger. Hvis det er nødvendigt at sende personoplysninger til et tredjeland, bør deres relevans i den specifikke situation vurderes forud for overførslen, således at det kun er de personoplysninger, der rent faktisk er nødvendige, som overføres og videregives.

Lejlighedsvis overførsel

Sådanne overførsler bør kun finde sted, hvis de er lejlighedsvis. For oplysninger om definitionen af lejlighedsvis overførsler henvises til de relevante afsnit om "lejlighedsvis overførsler" og "overførsler, der ikke gæntages"³⁵. Dataeksportører skal vurdere det enkelte specifikke tilfælde nøje.

2.6 Overførslen er nødvendig for at beskytte den registreredes eller andre personers vitale interesser, hvis den registrerede ikke fysisk eller juridisk er i stand til at give samtykke – (artikel 49, stk. 1, litra f))

Undtagelsen i artikel 49, stk. 1, litra f), finder naturligvis anvendelse i tilfælde af akut behov for lægebehandling, og når det vurderes, at en sådan overførsel er direkte nødvendig for at give den påkrævede lægebehandling.

Det skal således være juridisk muligt at overføre oplysninger (herunder visse personoplysninger), hvis en registreret, der befinder sig uden for EU, bliver bevidstløs og har brug for akut lægehjælp, og disse oplysninger kun kan tilvejebringes af en eksportør (f.eks. den registreredes sædvanlige læge), der er etableret i en EU-medlemsstat. I sådanne tilfælde antages det i lovgivningen, at den overhængende risiko for alvorlig skade på den registrerede vejer tungere end databeskyttelseshensyn.

Overførslen skal vedrøre den registreredes eller en anden persons individuelle interesser, og når der er tale om sundhedsoplysninger, skal den være nødvendig for en vigtig diagnose. Denne undtagelse kan således ikke anvendes til at begrunde overførsel af personlige helbredsoplysninger til tredjelande, hvis formålet med overførslen ikke er at behandle den registrerede eller en anden person, men f.eks. at udføre almen medicinsk forskning, der først vil give resultater på et senere tidspunkt.

Databeskyttelsesforordningen begrænser rent faktisk ikke anvendelsen af denne undtagelse til en persons fysiske integritet, men gør det f.eks. også muligt at tage hensyn til de tilfælde, hvor en persons mentale integritet bør beskyttes. I dette tilfælde vil den pågældende heller ikke – fysisk eller retligt – være i stand til at give sit samtykke til overførslen af personoplysninger. Desuden er det et udtrykkeligt krav, at den pågældende, hvis personoplysninger er omfattet af overførslen, ikke – fysisk eller retligt – er i stand til at give sit samtykke til denne overførsel.

Når den registrerede er i stand til at træffe en gyldig afgørelse, og der kan anmodes om vedkommendes samtykke, kan denne undtagelse imidlertid ikke anvendes.

³⁵ S. 4.

Hvis personoplysningerne f.eks. er nødvendige for at forhindre udsættelse, vil dette ikke falde ind under denne undtagelse, da den pågældende – om end boligen betragtes som en vital interesse – kan give sit samtykke til overførslen af personoplysningerne.

Denne evne til at træffe en gyldig afgørelse kan afhænge af manglende fysisk og psykisk evne, men også af manglende retsevne. Der kan f.eks. med forbehold af nationale repræsentationsordninger være tale om manglende retsevne i forbindelse med en mindreårig. Denne manglende retsevne skal bevises, afhængigt af omstændighederne, enten ved en lægeattest, der dokumenterer den pågældendes manglende mentale evne, eller et dokument fra myndighederne, som bekræfter den pågældendes retlige situation.

Overførsler af personoplysninger til en international humanitær organisation, der er nødvendige for at udføre en opgave i henhold til Genèvekonventionerne eller for at overholde international humanitær ret, som finder anvendelse i væbnede konflikter, kan ligeledes falde ind under artikel 49, stk. 1, litra f), jf. betragtning 112. Også i disse tilfælde skal den registrerede være fysisk eller juridisk ude af stand til at give samtykke.

Overførslen af personoplysninger efter naturkatastrofer og i forbindelse med udveksling af personoplysninger med enheder og personer med henblik på redning og eftersøgning (f.eks. eftersøgning af slægtninge til ofre for katastrofer og udveksling af oplysninger med regerings- og beredskabstjenester), kan være begrundet i henhold til denne undtagelse. Sådanne uventede hændelser (oversvømmelser, jordskælv, orkaner osv.) kan begrunde en hurtig overførsel af visse personoplysninger, f.eks. for at få klarhed over, hvor ofrene befinder sig, og over deres tilstand. I sådanne situationer antages det, at den registrerede ikke er i stand til at give sit samtykke til overførslen af personoplysninger.

2.7. Overførsel fra et offentligt register – (artikel 49, stk. 1, litra g), og artikel 49, stk. 2)

I henhold til artikel 49, stk. 1, litra g), og artikel 49, stk. 2, kan personoplysninger overføres fra registre på visse betingelser. Et register defineres generelt som en "*skriftlig optegnelse med systematiske registreringer af elementer eller nærmere oplysninger*" eller som en "*officiel liste eller optegnelse med navne eller elementer*"³⁶, og i henhold til artikel 49 kan et register være tilgængeligt i skriftlig eller elektronisk form.

Det pågældende register er ifølge EU-ret eller medlemsstaternes nationale ret beregnet til at informere offentligheden. Private registre (registre, som private organer har ansvaret for) er derfor ikke omfattet af denne undtagelse (f.eks. private kreditvurderingsregistre).

Registeret skal være tilgængeligt for:

- a) offentligheden eller
- b) personer, der kan godtgøre at have en legitim interesse heri.

Disse kunne f.eks. være selskabsregistre, foreningsregistre, strafferegistre, ejendomsregistre eller offentlige køretøjsregistre.

Ud over de generelle krav vedrørende oprettelsen af registre må overførsler fra disse registre kun finde sted, hvis og i det omfang de ved EU-ret eller medlemsstaternes nationale ret fastsatte

³⁶ Merriam-Webster Dictionary: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/register> (22.1.2018), Oxford Dictionary: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/register> (22.1.2018).

betingelser for offentlig tilgængelighed er opfyldt i det enkelte specifikke tilfælde (disse generelle betingelser er anført i artikel 49, stk. 1, litra g).

Dataansvarlige og databehandlere, der ønsker at overføre personoplysninger i medfør af denne undtagelse, skal være opmærksom på, at en overførsel ikke kan omfatte alle personoplysninger eller hele kategorier af personoplysninger i et register (artikel 49, stk. 2). Når overførsel sker fra et register, der er oprettet ved lov, og når det skal konsulteres af personer, der har en legitim interesse heri, må overførsel kun ske på anmodning af disse personer, eller hvis de er modtagerne, under hensyntagen til den registreredes interesser og grundlæggende rettigheder³⁷. Dataeksportører skal altid ved vurderingen af, om overførslen er passende, tage hensyn til den registreredes interesser og rettigheder.

Yderligere anvendelse af personoplysninger fra ovennævnte registre kan kun finde sted i overensstemmelse med gældende databeskyttelseslovgivning.

Denne undtagelse kan også finde anvendelse på aktiviteter, der gennemføres af offentlige myndigheder som led i udøvelsen af deres offentligretlige beføjelser (artikel 49, stk. 3).

2.8. Vægtige legitime interesser – (artikel 49, stk. 1, andet afsnit)

I artikel 49, stk. 1, andet afsnit, indføres en ny undtagelse, som ikke tidligere var omfattet af direktivet. På en række specifikke, udtrykkeligt angivne betingelser kan personoplysninger overføres, hvis det er nødvendigt af hensyn til vægtige legitime interesser, som forfølges af dataeksportøren.

Denne undtagelse er fastsat i lovgivningen som en sidste udvej og finder kun anvendelse, *"hvis overførsel ikke kan have hjemmel i en bestemmelse i artikel 45 eller 46, herunder bestemmelserne om bindende virksomhedsregler, og ingen af undtagelserne i særlige situationer (...) finder anvendelse"*³⁸.

Som led i denne lagdelte tilgang til anvendelsen af undtagelser som grundlag for overførsler skal det overvejes, om det er muligt at anvende et redskab til overførsel i henhold til artikel 45 eller 46 eller en af de specifikke undtagelser, der er fastsat i artikel 49, stk. 1, første afsnit, før undtagelsen i artikel 49, stk. 1, andet afsnit, anvendes. Denne kan kun anvendes i enkelttilfælde som anført i betragtning 113 og afhænger af opfyldelsen af en lang række betingelser, der er udtrykkeligt fastsat ved lov. I overensstemmelse med princippet om ansvarlighed, der er fastsat i databeskyttelsesforordningen³⁹, skal dataeksportøren derfor kunne påvise, at det hverken var muligt at sikre de fornødne garantier forud for overførslen af personoplysninger i henhold til artikel 46 eller at anvende en af de undtagelser, der er fastsat i artikel 49, stk. 1, første afsnit.

Dataeksportøren skal således kunne påvise, at vedkommende har gjort et alvorligt forsøg herpå under hensyntagen til omstændighederne i forbindelse med overførslen. Dette kan f.eks., afhængigt af omstændighederne, omfatte påvisning af, at det er blevet undersøgt, om overførslen af personoplysninger kan foretages på grundlag af den registreredes udtrykkelige samtykke til overførslen i henhold til artikel 49, stk. 1, litra a). I nogle tilfælde er det muligvis ikke praktisk muligt at anvende andre redskaber. Visse typer fornødne garantier i henhold til artikel 46 er muligvis ikke en realistisk mulighed for en eksportør, der er en lille eller mellemstor virksomhed⁴⁰. Dette kan ligeledes være tilfældet, f.eks. når dataimportøren udtrykkeligt har afvist at indgå en kontrakt om overførsel af personoplysninger på grundlag af standardbestemmelser om databeskyttelse (artikel 46, stk. 2, litra

³⁷ Betragtning 111 i databeskyttelsesforordningen.

³⁸ Artikel 49, stk. 1, andet afsnit, i databeskyttelsesforordningen.

³⁹ Artikel 5, stk. 2, og artikel 24, stk. 1.

⁴⁰ Bindende virksomhedsregler er f.eks. ofte ikke en realistisk mulighed for små og mellemstore virksomheder på grund af de betydelige administrative investeringer forbundet hermed.

c)), og der ikke er andre muligheder (herunder, afhængigt af omstændighederne, valg af en anden "dataimportør") – jf. ligeledes afsnittet nedenfor om "vægtige" legitime interesser.

Den dataansvarliges vægtige legitime interesser

Ifølge undtagelsens ordlyd må overførslen kun finde sted, hvis den er nødvendig af hensyn til vægtige legitime interesser, som forfølges af den dataansvarlige, og hvis den registreredes interesser eller rettigheder og frihedsrettigheder ikke går forud for den dataansvarliges interesser. Der skal ikke tages hensyn til en dataeksportørs interesser i dennes egenskab af databehandler eller til dataimportørens interesser.

Det er desuden kun interesser, der kan anerkendes som "vægtige", som er relevante, og dette begrænser i væsentlig grad omfanget af anvendelsen af undtagelsen, da det ikke er alle tænkelige "legitime interesser" i henhold til artikel 6, stk. 1, litra f), som finder anvendelse her. Tærsklen er højere her, idet den vægtige legitime interesse skal være af afgørende betydning for den dataansvarlige. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvis en dataansvarlig er nødsaget til at overføre personoplysningerne for at beskytte sin organisation eller sine systemer mod alvorlig umiddelbar skade eller mod en hård sanktion, som i alvorlig grad vil påvirke vedkommendes virksomhed.

Overførsel, der ikke gentages

Ifølge artiklens udtrykkelige ordlyd finder artikel 49, stk. 1, andet afsnit, kun anvendelse på en overførsel, som ikke gentages⁴¹.

Begrænset antal registrerede

Overførslen må desuden kun vedrøre et begrænset antal registrerede. Der er ikke fastlagt en absolut tærskel, da den vil afhænge af sammenhængen, men antallet skal være tilstrækkelig begrænset under hensyntagen til den pågældende overførsel.

I praksis afhænger begrebet "begrænset antal registrerede" af den konkrete sag. Hvis en dataansvarlig f.eks. skal overføre personoplysninger for at påvise en enkeltstående og alvorlig sikkerhedshændelse med henblik på at beskytte sin organisation, afhænger det af, hvor mange ansattes personoplysninger, den dataansvarlige skal overføre for at tilgodese denne vægtige legitime interesse.

Hvis undtagelsen skal finde anvendelse, må denne overførsel således ikke vedrøre alle den dataansvarliges ansatte, men et begrænset antal.

Afvejning af "den dataansvarliges vægtige legitime interesser" og "den registreredes interesser eller rettigheder og frihedsrettigheder" på grundlag af en vurdering af alle omstændighederne i forbindelse med overførslen og sikring af passende garantier

Der stilles endvidere krav om, at der skal foretages en afvejningstest mellem de (vægtige) legitime interesser, der forfølges af dataeksportøren, og den registreredes interesser eller rettigheder og frihedsrettigheder. I denne forbindelse pålægger forordningen udtrykkeligt dataeksportøren at vurdere alle omstændighederne i forbindelse med overførslen og på grundlag af denne vurdering give "passende garantier" for beskyttelse af de overførte personoplysninger. Dette krav understreger den særlige betydning, som garantier kan have med hensyn til at reducere den u hensigtsmæssige

⁴¹ For yderligere oplysninger om begrebet "der ikke gentages" henvises til s. 4.

indvirkning af overførslen af personoplysninger på de registrerede og derved påvirke balancen mellem rettigheder og interesser, således at den dataansvarliges interesser ikke tilsidesættes⁴².

Med hensyn til den registreredes interesser, rettigheder og frihedsrettigheder, der skal tages i betragtning, skal de mulige negative virkninger, dvs. risiciene forbundet med overførslen af personoplysninger for den registreredes (legitime) interesser af enhver art, overvejes og vurderes nøje under hensyntagen til deres sandsynlighed og alvor⁴³. I denne forbindelse skal enhver risiko for skade (fysisk og materiel, men også immateriel, f.eks. i forbindelse med tab af omdømme) tages i betragtning⁴⁴. Ved vurderingen af disse risici og af, hvad der under de givne omstændigheder eventuelt kunne betragtes som "passende garantier" for den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder, skal dataeksportøren navnlig tage hensyn til personoplysningernes karakter, formålet med og varigheden af behandlingen samt situationen i oprindelseslandet, tredjelandet og det endelige bestemmelsesland for overførslen⁴⁵.

Loven pålægger endvidere dataeksportøren at træffe yderligere foranstaltninger som garantier for at minimere de identificerede risici for den registrerede i forbindelse med overførslen af personoplysninger⁴⁶. Dette er et lovbestemt obligatorisk krav, og den registreredes interesser eller rettigheder og frihedsrettigheder går således under alle omstændigheder forud for den dataansvarliges interesser i overførsler, hvis der ikke er givet yderligere garantier⁴⁷. Med hensyn til karakteren af disse garantier er det ikke muligt at fastlægge generelle krav, der gælder under alle omstændigheder, idet disse krav i høj grad vil afhænge af den konkrete overførsel af personoplysninger. Garantierne kan, afhængigt af omstændighederne, f.eks. omfatte foranstaltninger, der skal sikre, at oplysningerne slettes så hurtigt som muligt efter overførslen, eller at de formål, som oplysningerne kan anvendes til efter overførslen, begrænses. Der bør lægges særlig vægt på, om det kan være tilstrækkeligt at overføre pseudonymiserede eller krypterede oplysninger⁴⁸. Det bør desuden undersøges, om der kan træffes tekniske og organisatoriske foranstaltninger med henblik på at sikre, at de overførte oplysninger udelukkende kan anvendes til de begrænsede formål, der er tiltænkt af dataeksportøren.

⁴² Betydningen af garantier i forbindelse med afvejningen af den dataansvarliges og de registreredes rettigheder er allerede blevet fremhævet af Artikel 29-Gruppen i WP 217, s. 31.

⁴³ Jf. betragtning 75: "*Risiciene for fysiske personers rettigheder og frihedsrettigheder, af varierende sandsynlighed og alvor (...).*"

⁴⁴ Jf. betragtning 75: "*Risiciene for fysiske personers rettigheder og frihedsrettigheder, af varierende sandsynlighed og alvor, kan opstå som følge af behandling af personoplysninger, der kan føre til fysisk, materiel eller immateriel skade.*"

⁴⁵ Betragtning 113.

⁴⁶ Selv om sådanne (yderligere) foranstaltninger muligvis ikke altid er nødvendige i forbindelse med en "almindelig" afvejningstest som fastsat i lovgivningen (jf. Artikel 29-Gruppens arbejdsdokument om udkast til ad hoc-kontraktbestemmelser vedrørende overførsel af oplysninger fra en databehandler i EU til en underdatabehandler i et tredjeland – Draft Ad hoc contractual clauses "EU data processor to non-EU sub-processor" (WP 214), s. 41, skal der i henhold til artikel 49, stk. 1, andet afsnit, træffes yderligere foranstaltninger, hvis overførslen af personoplysninger skal opfylde "afvejningstesten" og således omfattes af denne undtagelse.

⁴⁷ Selv om sådanne (yderligere) foranstaltninger muligvis ikke altid er nødvendige i forbindelse med en "almindelig" afvejningstest som fastsat i lovgivningen (jf. Artikel 29-Gruppens udtalelse 6/2014 om den registeransvarliges legitime interesser som omhandlet i artikel 7 i direktiv 95/46/EF (WP 217, s. 41), skal der i henhold til artikel 49, stk. 1, andet afsnit, træffes yderligere foranstaltninger, hvis overførslen af personoplysninger skal overopfylde "afvejningstesten" og således omfattes af denne undtagelse.

⁴⁸ For andre eksempler på mulige garantier henvises til Artikel 29-Gruppens arbejdsdokument om udkast til ad hoc-kontraktbestemmelser vedrørende overførsel af oplysninger fra en databehandler i EU til en underdatabehandler i et tredjeland (WP 214), s. 41-43.

Underretning af tilsynsmyndigheden

Pligten til at underrette tilsynsmyndigheden betyder ikke, at overførslen skal godkendes af tilsynsmyndigheden, men er derimod en yderligere garanti, der giver tilsynsmyndigheden mulighed for at vurdere overførslen af personoplysninger (om den finder den hensigtsmæssig) med hensyn til dens mulige indvirkning på de pågældende registreredes rettigheder og frihedsrettigheder. Som led i overholdelsen af princippet om ansvarlighed anbefales det, at dataeksportøren registrerer alle relevante aspekter af overførslen, f.eks. de vægtige legitime interesser, der forfølges, de "konkurrerende" interesser, karakteren af de overførte oplysninger og formålet med overførslen.

Underretning til den registrerede om overførslen og om de vægtige legitime interesser, der forfølges

Den dataansvarlige skal underrette den registrerede om overførslen og om de vægtige legitime interesser, der forfølges. Disse oplysninger skal gives ud over de oplysninger, der kræves i henhold til artikel 13 og 14 i databeskyttelsesforordningen.

For Det Europæiske Databeskyttelsesråd

Formanden

(Andrea Jelinek)