

Kandidatufhandling

Forår 2021



AALBORG UNIVERSITET

Det databeskyttelsesretlige samtykke med fokus på ulige partsforhold

Consent in the GDPR focusing on imbalanced relations between parties

Camilla Lundholm Jensen

Frederik Buskbjerg Flarup

Laura Sand Lyhne

Titelblad

Dansk titel	Det databeskyttelsesretlige samtykke med fokus på ulige partsforhold
Engelsk titel	Consent in the GDPR focusing on imbalanced relations between parties
Fagmodul	Kandidatafhandling
Retsområde	Persondataret
Forfattere	Camilla Lundholm Jensen 20164101 Frederik Buskbjerg Flarup 20164235 Laura Sand Lyhne 20164007
Vejleder	Niels Vase
Anslag	173.909
Normalsider	72,46
Afleveringsdato	19. maj 2021

Ordoptælling

Statistik:

Sider	85
Ord	24.123
Tegn (uden mellemrum)	150.243
Tegn (med mellemrum)	173.909
Afsnit	501
Linjer	2.379

Medtag fodnoter og slutnoter

Luk

Abstract

The rapidly increasing technological development, causing significantly increasing data collection and data sharing, has led to new challenges and consequential pressure on the individual's right to privacy and the protection thereof. As a result, the General Data Protection Regulation (GDPR) became effective in 2018.

The following master thesis concerns the consent in the GDPR, which raises several issues. The recitals in the preamble to the GDPR state that, in order to ensure that consent is freely given, consent should not provide a valid legal ground for the processing of personal data where there is a clear imbalance between the data subject and the data controller.

Accordingly, the purpose of this master thesis is to analyse and describe the legal position in relation to the consent requirements associated with consent as a legal ground for processing, including a specific focus on the criteria of a freely given consent and the applicability of consent in imbalanced relations.

To answer this research question, the thesis first analyses the relevant fundamental and selected provisions in order to provide the framework for answering the research question of this thesis. Subsequently, the definition of consent is analysed as well as the associated conditions, including that consent must be a *freely given, specific, informed* and *unambiguous* indication of the data subject's wishes.

The thesis analyses the applicability of consent in imbalanced relations between parties and is limited to the relation between public authorities and citizens, as well as the employment relationship. To clarify this, the thesis analyses relevant legal rules, preparatory work, decisions, guidelines and opinions.

The thesis concludes that the consent contains several requirements which the data controller must comply with. Consent can be used in certain specific situations, in compliance with the requirements of a valid consent. In addition to this, the thesis concludes that consent can rarely be used between a citizen and a public authority and in an employment relationship.

If consent is used as a legal basis in such contexts, it is particularly important to observe the relation between the parties, requirements of validity, the data subject's free choice and any additional measures to protect the data subject.

Indholdsfortegnelse

1	Indledning	3
1.1	Problemformulering	4
1.2	Struktur for afhandlingen	4
1.3	Metode	5
1.3.1	Retsdogmatisk metode og retskilder	5
1.3.2	EU-retlige retskilder	6
1.3.3	Danske retskilder	7
1.3.4	Fortolkningsbidrag fra andre EU-lande	9
1.4	Afgrænsning	10
2	Databeskyttelsesforordningen	12
2.1	Indledende bemærkninger	12
2.2	Baggrund og formål med reguleringen	12
2.3	Forordningens anvendelsesområde	13
2.4	Kategorisering af personoplysninger	14
2.5	Grundprincipper for behandling af personoplysninger	15
2.6	Den dataansvarlige og den registrerede	15
2.7	Behandlingsgrundlag for behandling af personoplysninger	16
3	Samtykke som behandlingsgrundlag	17
3.1	Indledende bemærkninger	17
3.2	Samtykkets formål og anvendelighed	17
3.3	Gyldighedsbetingelser	18
3.3.1	Definition af samtykke	19
3.3.2	Frivillig	19
3.3.3	Specifik	33
3.3.4	Informeret	34
3.3.5	Utvetydig viljestilkendegivelse	37
3.3.6	Betingelser for samtykke – databeskyttelsesforordningens art. 7	38
3.3.7	Udtrykkeligt samtykke	42
3.3.8	Rette tidspunkt for afgivelse af samtykke	42
3.4	Sammenfatning	43
4	Frivillighed i ulige partsforhold	45
4.1	Indledende bemærkninger	45
4.2	EU-Kommissionens udspil til forordningen	45
4.3	Ulige partsforhold	46

5	Samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold	47
5.1	Indledende bemærkninger	47
5.2	Vejledninger og udtalelser om samtykke i ansættelsesforhold	47
5.3	Databeskyttelsesforordningens artikel 88.....	50
5.4	Databeskyttelseslovens § 12.....	51
5.5	Dansk praksis om anvendelse af samtykke i ansættelsesforhold.....	53
5.5.1	Anvendelsen af fingeraftryk til brug for registrering af ansattes komme-/gå-tider.....	53
5.6	Anden europæisk forståelse til samtykke i ansættelsesforhold	55
5.6.1	Storbritannien - Information Commissioner's Office	55
5.6.2	Græsk afgørelse om samtykke i ansættelsesforhold	57
5.6.3	Cypriotisk afgørelse om anvendelse af samtykke i ansættelsesforhold	58
5.7	Overvejelser om samtykke i ansættelsesforhold	59
5.8	Sammenfatning	62
6	Samtykke som behandlingsgrundlag i det offentlige	64
6.1	Indledende bemærkninger	64
6.2	Brugen af samtykke hos offentlige myndigheder.....	65
6.3	Frivillighed i forholdet mellem offentlig myndighed og borger	66
6.4	Artikel 29-Gruppen om frivillighed og tvang.....	71
6.5	Dansk praksis om samtykke i forholdet mellem offentlig myndighed og borger	72
6.5.1	Hillerød Kommunes behandling af personoplysninger	72
6.5.2	Kerteminde Kommunes behandling af personoplysninger	74
6.6	Anden europæisk forståelse	76
6.6.1	Svensk afgørelse om brug af ansigtsgenkendelse til kontrol af fremmøde på gymnasium 76	
6.6.2	Storbritannien – Information Commissioner's Office	78
6.7	Sammenfatning	79
7	Refleksioner over samtykket.....	81
8	Konklusion	83
9	Litteraturliste	87
10	Bilagsoversigt	92

1 Indledning

Den hastigt stigende teknologiske udvikling, hvor dataindsamling og datadeling er steget markant, har medført nye udfordringer, som sætter pres på det enkelte individs privatliv og beskyttelsen heraf. Ny teknologi har medført store forandringer i måden, vi som individer kommunikerer, interagerer og deler information med omverdenen. Dette har medført en øget mulighed for private virksomheder og offentlige myndigheders udnyttelse af personoplysninger i en hidtil uset grad.¹ Beskyttelsen af personoplysninger, og dermed den enkeltes tillid til onlinemiljøet, er essentiel for den økonomiske udvikling.²

Databeskyttelsesretten er et omtalt retsområde grundet den nylige implementering af databeskyttelsesforordningen³ i 2018 og de dertilhørende skærpede sanktioner ved manglende overholdelse af reglerne. Forordningen har medført et omfangsrigt arbejde, særligt for offentlige instanser og private virksomheder, i forhold til at efterleve reglerne. Herudover har forordningen medført et øget fokus hos individet vedrørende ansvarlig behandling af egne personoplysninger.

Af Datatilsynets årsberetning for 2020 fremgår det, at borgernes databekymringer særligt omhandler behandling af personoplysninger uden samtykke og viderebehandling uden kendskab eller samtykke hertil. Bekymringerne fra borgerne vedrører også samtykkets anvendelse hos offentlige myndigheder.⁴ At individet er i kontrol med sine personoplysninger, er en fundamental tanke i databeskyttelsesretten. Samtykket tillader individet en medbestemmelse og en indsigt i behandlingen af dennes personoplysninger, hvorved individet gøres synligt.⁵ Et vigtigt kriterium for et gyldigt samtykke og dermed individets medbestemmelsesret er, at det skal være afgivet frivilligt. I forbindelse hermed fremgår det af forordningens betragtninger, at samtykket ikke kan udgøre et gyldigt behandlingsgrundlag, hvis der er en klar skævhed mellem den dataansvarlige og den registrerede.

Disse ovenstående bekymringer og betragtninger leder hen til en afdækning af samtykket og dets anvendelighed i ulige partsforhold.

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, præambel 6.

² Kommissionens forslag af 25. januar 2012 (COM(2012)0011 endelig), s. 2.

³ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016.

⁴ Datatilsynets årsberetning, 2020, s. 86.

⁵ Blume, Peter: Personen i persondataretten, 2019, s. 93.

1.1 Problemformulering

Ved anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag for personoplysninger opnår den registrerede en selvstændig råderet. Imidlertid er anvendelse af et samtykke ikke helt uproblematisk, da samtykket er forbundet med en række krav, som den dataansvarlige skal iagttage. Den dataansvarlige skal være bevidst om samtykkets gyldighedsbetingelser, og navnlig betingelsen om et frit afgivet samtykke kan aktualisere en række problemstillinger i specifikke situationer. Af databeskyttelsesforordningens betragtninger fremgår det, at der med henblik på at sikre, at et samtykke er afgivet frivilligt, så bør samtykket ikke udgøre et gyldigt retsgrundlag for behandling af personoplysninger, såfremt der består en klar skævhed mellem den registrerede og den dataansvarlige.

Ovennævnte fører til nedenstående problemformulering, som ønskes besvaret gennem afhandlingen:

Hvilke gyldighedsbetingelser er forbundet med et samtykke som behandlingsgrundlag, med særligt fokus på kravet om frivillighed og samtykkets anvendelighed i ulige partsforhold?

1.2 Struktur for afhandlingen

- | | |
|---------------|---|
| Kapitel 1 | behandler de metoder og kilder, som er anvendt i afhandlingen. |
| Kapitel 2 | belyser en række udvalgte bestemmelser i databeskyttelsesforordningen med henblik på at danne rammerne for afhandlingens problemformulering. |
| Kapitel 3 | undersøger gyldighedsbetingelserne for et samtykke som behandlingsgrundlag. Til belysning heraf inddrages relevant praksis fra EU-Domstolen og Datatilsynet. Formålet hermed er at belyse den nuværende retsstilling for det databeskyttelsesretlige samtykke. |
| Kapitel 4 | indleder problemstillingen om anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag i ulige partsforhold, som analyseres i kapitel 5 og 6. |
| Kapitel 5 & 6 | behandler samtykke som behandlingsgrundlag i henholdsvis ansættelsesforhold og i forholdet mellem offentlige myndigheder og borger. I disse kapitler inddrages relevant praksis og fortolkningsbidrag fra udvalgte EU-lande. Dermed undersøges grænserne for samtykkets anvendelse i ulige partsforhold nationalt såvel som internationalt. |
| Kapitel 7 | vil reflektere over samtykkets position i databeskyttelsesretten. |
| Kapitel 8 | vil slutteligt opsamle og konkludere på afhandlingens problemformulering. |

1.3 Metode

Det følgende afsnit indeholder afhandlingens metodiske overvejelser. Indledningsvist vil den retsdogmatiske metode blive præsenteret, hvorefter de anvendte retskilder belyses nærmere.

1.3.1 Retsdogmatisk metode og retskilder

Det overordnede formål med afhandlingen er en besvarelse af problemformuleringen, som fremgår af ovenstående afsnit 1.1. Retsdogmatisk metode anvendes til besvarelsen heraf, og har til opgave at analysere og beskrive gældende ret, *de lege lata*. Afhandlingen søger at give en fremstilling af *gældende ret* indenfor anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag for personoplysninger med fokus på ulige partsforhold. Undervejs foretages en analyse af relevante retsregler, forarbejder, afgørelser, vejledninger og udtalelser. Hermed udgør disse det empiriske grundlag for afhandlingen. Gennem afhandlingen beskrives, fortolkes og systematiseres gældende ret.⁶

I det følgende vil de enkelte retskilder, som anvendes i afhandlingen, belyses nærmere. Retskilderne er centrale for beskrivelsen af gældende ret.⁷

Professor, dr.jur., Peter Blume anfører, at retskilderne indenfor persondataretten har et polycentrisk træk. Herved forstås, at retskilderne kan have forskellig betydning i forhold til, hvilken situation som ønskes behandlet, samt at der ikke eksisterer en bestemt hierarkisk orden. Alle retskilder bør derfor tages i betragtning for fastlæggelsen af gældende ret, hvorfor en omtale af de enkelte retskilder er nødvendig.⁸

Nedenfor indledes der, af overbliksmæssige hensyn, med en beskrivelse af de anvendte EU-retlige retskilder, hvorefter de anvendte danske retskilder belyses. Slutteligt omtales en række fortolkningsbidrag fra udvalgte EU-medlemsstater.

⁶ Evald, Jens: Juridisk teori, metode og videnskab, 2020, s. 209.

⁷ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 29.

⁸ Blume, Peter: Databeskyttelsesret, 2018, s. 52.

1.3.2 EU-retlige retskilder

Centralt for afhandlingen er databeskyttelsesforordningen (herefter også benævnt forordningen), som udgør den centrale retskilde. Det følger af TEUF⁹ (Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde) art. 288, stk. 2, at en forordning er almen gyldig samt bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat. Dette medfører, at databeskyttelsesforordningen udgør en del af gældende ret i alle unionens medlemsstater, uden at disse behøver at foretage gennemførelsesforanstaltninger.¹⁰ Af særlig relevans findes forordningens art. 4, nr. 11 om definitionen af samtykket og de yderligere betingelser hertil i art. 7.

Forordningens præambelbetragtninger tilhørende ovenstående bestemmelser inddrages undervejs i afhandlingen. Disse udgør en integreret del af den europæiske retsakt og uddyber som regel, hvad der nærmere skal forstås ved den enkelte artikel i forordningen. Derfor udgør præambelbetragtningerne et vigtigt fortolkningsbidrag.¹¹ Forordningens forarbejder inddrages tilmed i forhold til at belyse problemformuleringen.

Afhandlingen inddrager to afgørelser fra EU-Domstolen, navnlig sagerne om Planet49 og Orange România. Afgørelser fra EU-Domstolen har afgørende betydning for retsudviklingen. I sidste ende er det domstolen, der fastlægger fortolkning, rækkevidden og forståelsen af forordningen ud fra de sager, som forelægges. Domstolens afgørelser repræsenterer en stærk retskilde, for så vidt angår fastsættelsen af gældende ret.¹²

Generaladvokatens forslag til afgørelserne ovenfor inddrages som fortolkningsbidrag. Det kan imidlertid diskuteres, i hvilket omfang forslagene besidder retskildeværdi. I praksis beriger disse forslag persondataretten og findes derfor at have retskildemæssig betydning, uden at dette er nærmere defineret.¹³

Undervejs i afhandlingen inddrages vejledninger fra Det Europæiske Databeskyttelsesråd (herefter benævnt EDPB), som er oprettet i medfør af forordningens art. 68. EDPB erstatter den forhenværende Artikel 29-Gruppe. Udgivelser fra disse råd har karakter af soft law, hvorved forstås retskilder, som

⁹ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, (2016/C 202/01).

¹⁰ Engsig Sørensen, Karsten & Runge Nielsen, Poul m.fl.: EU-retten, 2014, s. 96.

¹¹ Blume, Peter: Persondataretten kilder og metode, 2020, s. 62.

¹² Ibid., s. 70f.

¹³ Blume, Peter: Databeskyttelsesret, 2018, s. 64.

ikke er bindende, men dog har stor betydning i forhold til forståelsen af reglerne. Betydningen af soft law varierer mellem de forskellige retsområder, men navnlig i databeskyttelsesretten udgør disse en vigtig kilde, som formentlig bør tillægges betydelig vægt. Dette skyldes rådets organisatoriske sammensætning, som udgøres af repræsentanter fra de enkelte nationale tilsynsmyndigheder.¹⁴

Da der kun foreligger mindre uvæsentlige ændringer mellem opfattelsen af samtykke som behandlingsgrundlag under det forhenværende persondatadirektiv og den nugældende databeskyttelsesforordning, inddrages disse udtalelser fra Artikel 29-Gruppen i afhandlingen. Disse kan bidrage til at beskrive gældende ret. Udtalelserne kan derfor anvendes som retlige orienterede dokumenter og har i forhold til persondataretlige spørgsmål retskildeværdi.¹⁵ Den forhenværende Artikel 29-Gruppens udgivelser er tilmed blevet godkendt af EDPB, hvorfor disse til stadighed kan betragtes som relevante fortolkningsbidrag.¹⁶ I afhandlingen anvendes særligt Artikel 29-Gruppens WP 187 om definitionen af samtykke, WP 259 om retningslinjer vedrørende samtykke og EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke.

1.3.3 Danske retskilder

Det følger af databeskyttelseslovens (DBL)¹⁷ § 1, at loven supplerer og gennemfører reglerne fastsat i databeskyttelsesforordningen. DBL indeholder også en række bestemmelser, hvor der fra forordningens side er efterladt et nationalt råderum, der lader den enkelte medlemsstat fastsætte mere specifikke bestemmelser.¹⁸ Et eksempel herpå, og interessant for afhandlingen, er art. 88 i forordningen om behandling af personoplysninger i forbindelse med ansættelsesforhold. I dansk kontekst er DBL § 12 derfor inddraget.

Forarbejderne tilhørende DBL § 12 inddrages undervejs i afhandlingen, hvilket kan bidrage til fortolkning og forståelse af lovbestemmelsen. Ved inddragelse af forarbejderne vil lovgivers hensigt og mening fremstå.¹⁹

¹⁴ Hamer, Carina & Müller, Sten: Juraens verden, 2020, s. 270.

¹⁵ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 65f.

¹⁶ Hamer, Carina & Müller, Sten: Juraens verden, 2020, s. 270.

¹⁷ Databeskyttelsesloven, lov nr. 502 af 23/05/2018.

¹⁸ Blume, Peter: Databeskyttelsesret, 2018, s. 53.

¹⁹ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 40f.

Afhandlingen belyser undervejs Justitsministeriets betænkning om databeskyttelsesforordningen.²⁰ Betænkningen anvendes som fortolkningsbidrag til forståelse af databeskyttelsesforordningen, da betænkningen indeholder supplerende bemærkninger og overvejelser forbundet med forordningen.²¹ Betænkningen udgør ikke en sagkyndig betænkning, da denne ikke indeholder et egentligt lovudkast. Derved er betænkningen ikke et lovforarbejde, men udgør en vigtig retskilde, da denne kan inddrages ved vurderingen af gældende ret.²²

Afhandlingen inddrager en række afgørelser fra den danske tilsynsmyndighed (herefter benævnt Datatilsynet). Datatilsynet, som uafhængig myndighed, vurderer og træffer afgørelser om databeskyttelsesretlige spørgsmål. Disse afgørelser, fremsøgt gennem tilsynets hjemmeside, udgør et væsentligt og dominerende fortolkningsbidrag inden for databeskyttelsesretten. I denne henseende skal det nævnes, at det er Datatilsynet selv, som beslutter hvilke afgørelser, der offentliggøres på tilsynets hjemmeside.²³ Derfor inddrages der undervejs i afhandlingen to utrykte afgørelser²⁴ fra Datatilsynet, som er fremsendt af tilsynet efter anmodning om aktindsigt i afgørelser, hvor tilsynet har taget nærmere stilling til betingelsen om, at samtykket skal være afgivet frivilligt. Disse afgørelser er vedlagt som bilag til afhandlingen.

Datatilsynet har udarbejdet en række vejledninger, som inddrages i afhandlingen. Vejledningerne er ikke forpligtende for borgere, men kan opfattes som en forudsigtelse af, hvordan Datatilsynet vil træffe afgørelser omkring sager inden for specifikke områder, og hvordan Datatilsynet fortolker retsreglerne. Vejledningerne er ikke udarbejdet i en systematisk sammenhæng og er tilmed generiske, således de kan ændres løbende, hvis der skulle opstå nye forhold af betydning. Vejledningerne ajourføres så vidt muligt løbende, og nyeste vejledning om samtykke fra maj 2021 er inddraget i afhandlingen. Det kan lægges til grund, at vejledningerne udarbejdet af Datatilsynet er i overensstemmelse med databeskyttelsesforordningen.²⁵

²⁰ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017: ”Databeskyttelsesforordningen - og de retlige rammer for dansk lovgivning”.

²¹ Hamer, Carina & Müller, Sten: Juraens verden, 2020, s. 272.

²² Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 41f.

²³ Hamer, Carina & Müller, Sten: Juraens verden, 2020, s. 273.

²⁴ Datatilsynets j.nr. 2018-32-0454 og 2019-32-1065.

²⁵ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 43f.

Afhandlingen inddrager retslitteratur, som er nøje udvalgt med henblik på at sikre, at denne er udarbejdet af specialister på området og foreligger i nyeste versioner. Af relevant retslitteratur anvendes faglitteratur, Karnovs lovkommentarer og artikler. Retlitteratur udgør ikke i sig selv en retskilde, da den enkelte forfatter ikke er i stand til at fastlægge ret, grundet manglende legitimitet hertil.²⁶ Imidlertid tjener retslitteraturen det formål, at denne kan bidrage til forståelsen og fortolkningen af retsregler og afgørelser. Selvom det ikke udgør en egentlig retskilde, er retslitteraturen en vigtig del af den juridiske metode.²⁷

Det bemærkes, at kernen i samtykket efter forordningen stort set svarer til, hvad der gjaldt under persondatadirektivet og persondataloven. Derfor må hidtidige kilder omkring begrebet samtykke antages fortsat at være relevant for væsentligt fortolkningsbidrag.²⁸

1.3.4 Fortolkningsbidrag fra andre EU-lande

Til fortolkning og forståelse af rækkevidden for databeskyttelsesforordningen inddrages øvrige europæiske tilsynsmyndigheders stillingtagen til samtykkets anvendelighed, da lovgivningen grundet dets karakter af en forordning bør medføre en nogenlunde ensartet fortolkning i Europa. De andre landes nationale tilsynsmyndigheder kan bidrage med inspiration, eksempler og argumentation, samt give en idé om, hvad der fremadrettet vil være konsensus på et givent område. Dette skyldes, at hvis flere nationale tilsynsmyndigheder er enige om en forståelse af en problemstilling, så højner dette sandsynligheden for, at EDPB når til en lignende forståelse.²⁹

Den britiske tilsynsmyndighed, Information Commissioner's Office (ICO), har i en årrække været toneangivende, hvorfor det er relevant at undersøge, hvad den britiske tilsynsmyndighed kan bidrage med til forståelsen af, hvordan samtykke kan anvendes som behandlingsgrundlag.³⁰ Udtalelser fra ICO er medtaget på trods af, at Storbritannien er udtrådt af EU. Udtalelserne er dog udgivet før overgangsperioden er slut og dermed før Storbritanniens status som tredjeland.³¹

²⁶ Munk Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori, 2018, s. 372.

²⁷ Hamer, Carina & Müller, Sten: Juraens verden, 2020, s. 24.

²⁸ Nielsen, Kristian og Lotterup, Anders: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 2020, s. 285.

²⁹ Hamer, Carina & Müller, Sten: Juraens verden, 2020, s. 271.

³⁰ Ibid.

³¹ <https://www.datatilsynet.dk/internationalt/brexit>

Afhandlingen inddrager ydermere praksis fra den svenske tilsynsmyndighed. Dette skyldes en række interessante afgørelser og af sproglige årsager. Herudover inddrages en afgørelse fra den græske og den cypriotiske tilsynsmyndighed, da afgørelserne bidrager til belysning af afhandlingens problemformulering og er tilgængelige på engelsk.

I det følgende vil afhandlingens nødvendige afgrænsninger angives.

1.4 Afgrænsning

Afhandlingens formål er at afdække det databeskyttelsesretlige samtykke med særligt fokus på kravet om frivillighed og samtykkets anvendelighed i ulige partsforhold. Nærværende afsnit beskriver, hvilke til- og fravalg der er foretaget til belysning af afhandlingens problemformulering.

Problemformuleringens første led omhandler samtykket og dets gyldighedsbetingelser, med særligt fokus på frivilligheden. På baggrund af det særlige fokus på frivilligheden, er der til belysning af denne betingelse foretaget analyser af praksis fra EU-Domstolen og danske afgørelser. Der er fravalgt en større gennemgang af praksis for så vidt angår betingelserne om et *specifikt, informeret og utvetydigt* samtykke, af hensyn til afhandlingens fokus og især omfang.

I afhandlingen er de øvrige behandlingsgrundlag i forordningens art. 6, stk. 1 og art. 9, stk. 2 præsenteret. Omdrejningspunktet for afhandlingen er samtykket, hvorfor afhandlingens omfang ikke kan rumme en yderligere behandling af disse andre behandlingsgrundlag.

Problemformuleringens andet led søger en undersøgelse af samtykkets anvendelighed i ulige partsforhold. Derfor er samtykkets anvendelighed i ansættelsesforhold og i forholdet mellem en offentlig myndighed og en borger inddraget. I forbindelse med inddragelse af det ansættelses- og offentligretlige område, behandles udelukkende databeskyttelsesretlige problemstillinger omkring samtykket, hvorfor der afgrænses fra behandling af andre retsområder.

Af hensyn til afhandlingens fokus og omfang, behandles problemformuleringen uden behandling af samtykke fra børn. Dermed er der ikke taget stilling til, hvorvidt der er særlige betingelser for behandling af personoplysninger vedrørende et barn, på baggrund af et samtykke i ulige partsforhold.

Der er til besvarelse af problemformuleringen anvendt praksis fra Datatilsynet og EU-Domstolen samt generaladvokatens forslag som fortolkningsbidrag. Herudover er der inddraget nationale afgørelser fra tilsynsmyndigheder i Sverige, Grækenland og Cypern samt udtalelser fra tilsynsmyndigheden i Storbritannien. Øvrige medlemsstaters afgørelser er ikke inddraget. Der afgrænses tilmed fra behandling af national lovgivning og implementering af bestemmelser efter forordningens art. 88 i andre medlemsstater.

Afhandlingens fokus er forholdet mellem den dataansvarlige og den registrerede i relation til afgivelse af samtykke. Derfor afgrænses der fra behandling foretaget af databehandlere. Det forudsættes gennem afhandlingen, at den registrerede er i stand til at afgive et samtykke, hvorfor der afgrænses fra undersøgelse af tilfælde, hvor en registreret ikke vil være i stand til at afgive et samtykke.

Afslutningsvist afgrænses der i afhandlingen fra en behandling af sanktionerne forbundet med et ugyldigt samtykke.

Der vil undervejs i afhandlingen beskrives yderligere relevante afgrænsninger.

2 Databeskyttelsesforordningen

2.1 Indledende bemærkninger

I det følgende kapitel vil der redegøres for udvalgte bestemmelser i databeskyttelsesforordningen, med det formål at danne rammerne for afhandlingens problemformulering. Nærværende kapitel belyser forordningens baggrund og formål, anvendelsesområde, kategorisering af personoplysninger, grundprincipperne for behandling af personoplysninger, mulige behandlingsgrundlag og slutteligt de relevante aktører.

2.2 Baggrund og formål med reguleringen

I dansk kontekst blev der, som følge af den teknologiske udvikling og samtidig beskyttelse af privatlivet hos de enkelte individer, for første gang i Danmark nedsat et udvalg i 1970, som havde til formål at overveje behovet for lovgivning omhandlende brug af offentlige og private registre.³² Dette var startskuddet til regulering vedrørende databeskyttelse. Udvalgets arbejde førte til to love vedrørende offentlige³³ og private³⁴ registre, der senere i 2000 blev erstattet af persondataloven³⁵, grundet den nationale implementering af databeskyttelsesdirektivet.³⁶ Persondataloven og persondatadirektivet blev fra maj 2018 erstattet af databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven.

Databeskyttelsesforordningens art. 1 fastslår, at forordningen har to overordnede formål. Først og fremmest har reglerne til formål at beskytte fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og dernæst til formål at sikre fri udveksling af personoplysninger i Unionen, jf. art. 1. De to formål skal ikke ses som modsætninger, men snarere er de enkelte formål afvejet og forenet ved udformningen af bestemmelserne i forordningen. Derfor kan det ikke anføres, at ét af formålene vægter højere end det andet, hvorfor det må afhænge af den konkrete situation.³⁷

³² Udsen, Henrik: Lærebog i informationsret, 2020, s. 330.

³³ Lov nr. 294 af 08/06/1978 - Lov om offentlige myndigheders registre.

³⁴ Lov nr. 293 af 08/06/1978 - Lov om private registre m.v.

³⁵ Lov nr. 429 af 31/05/2000 - Lov om behandling af personoplysninger.

³⁶ Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995.

³⁷ Nielsen, Kristian og Lotterup, Anders: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 2020, s. 203.

Herudover følger det af forordningens præambelbetragtning 2, at forordningen har til formål at medvirke til skabelsen af et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed, samt styrkelse af og konvergens mellem økonomierne inden for det indre marked.

Det er ydermere kendetegnende for databeskyttelsesforordningen, at sanktionsmulighederne er blevet væsentligt udbygget i forhold til det erstattede persondatadirektiv. Dette har gennem de senere år medført megen omtale og en øget opmærksomhed på efterlevelse af databeskyttelsesreglerne, da bødeniveauet har virket afskrækkende.³⁸

2.3 Forordningens anvendelsesområde

I det følgende vil der foretages en gennemgang af henholdsvis det materielle og territoriale anvendelsesområde for databeskyttelsesforordningen. Afsnittet har til formål at afdække grundlaget for, hvornår forordningen finder anvendelse.

Det materielle anvendelsesområde fastlægges i databeskyttelsesforordningens art. 2, stk. 1, hvor det fremgår, at forordningen finder anvendelse på behandling af personoplysninger, som helt eller delvist foretages ved hjælp af automatisk databehandling, og på anden ikkeautomatisk behandling af personoplysninger, der er eller vil blive indeholdt i et register.

Det territoriale anvendelsesområde i forordningens art. 3 regulerer, hvor forordningen finder anvendelse geografisk. Lovgivers hensigt med forordningen var blandt andet en mere vidtgående beskyttelse af de registreredes rettigheder i EU og at etablere ensartede vilkår for virksomheder, der driver aktivitet i EU, som trækker aktivitet rundt i verdensmarkedets datastrømme.³⁹

Afhandlingens konklusioner er derfor kun relevante, såfremt en dataansvarlig er omfattet af forordningens anvendelsesområde.

³⁸ Blume, Peter: Personen i persondataretten, 2019, s. 18.

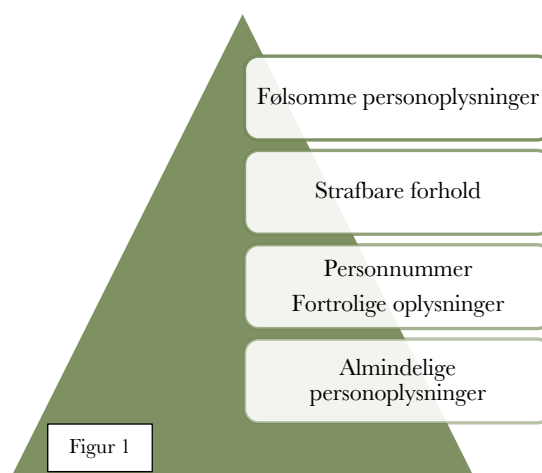
³⁹ EDPB: Retningslinjer 3/2018 om det territoriale anvendelsesområde for databeskyttelsesforordningen, s. 4.

2.4 Kategorisering af personoplysninger

Personoplysninger er opdelt i flere kategorier, som vil blive belyst i nærværende afsnit.

Det er vigtigt at kategorisere, hvilken personoplysning der behandles, idet der gælder forskellige behandlingsgrundlag og dermed krav til behandlingen. Nedenstående figur 1 illustrerer de enkelte kategorier af personoplysninger efter forordningen og DBL. Øverst i trekanten er betingelserne for behandling strengere end nederst i trekanten.⁴⁰

Personoplysninger er defineret i forordningens art. 4, nr. 1 som *enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person*. Personoplysninger er et bredt begreb, hvilket er i tråd med forordningens formål om en vidtrækkende beskyttelse af fysiske personer.⁴¹ De følsomme personoplysninger er udtømmende angivet i art. 9, stk. 1. Kategoriseringen af almindelige personoplysninger bestemmes ud fra en negativ afgrænsning af, hvilke oplysninger, der *ikke* er omfattet af særlige kategorier af personoplysninger.



Som det fremgår af figur 1, kategoriseres personoplysninger tilmed i strafbare forhold, fortrolige oplysninger og personnumre. Disse typer af personoplysninger vil ikke defineres nærmere, grundet afhandlingens omfang.

⁴⁰ Datatilsynets generelle informationspjece om databeskyttelsesforordningen, oktober 2017, s. 7.

⁴¹ Blume, Peter: Personen i persondataretten, 2019, s. 70.

2.5 Grundprincipper for behandling af personoplysninger

Databeskyttelsesforordningen fastlægger i art. 5 en række grundprincipper for behandling af personoplysninger, som skal overholdes ved alle behandlinger, uanset personoplysningernes type, karakter eller behandlingsgrundlag.⁴² Derfor kan det anføres, at bestemmelsen karakteriseres som en ”grundlov”, der indrammer persondatabehandlingen.⁴³

Den dataansvarlige skal altid vurdere, hvorvidt behandlingen er *lovlig, rimelig og gennemsigtig*, samt opfylder de yderligere betingelser i art. 5. Bestemmelsen er relevant for nærværende afhandling, eftersom denne skal iagttages ved anvendelse af samtykket som behandlingsgrundlag. Dermed kan en behandling med et gyldigt samtykke imidlertid ikke anses som lovlig, hvis bestemmelserne i art. 5 ikke overholdes.

Figur 2 visualiserer grundprincipperne, som

fremgår af forordningens art. 5. Grundprincipperne vil ikke blive behandlet yderligere, af hensyn til afhandlingens omfang.



Figur 2

2.6 Den dataansvarlige og den registrerede

I databeskyttelsesforordningen sondres der mellem tre centrale aktører; den dataansvarlige, databehandler(e) og de(n) registrerede. Det er nødvendigt for afhandlingen at være bevidst om, hvilke aktører der er involveret i et samtykke. Samtykket, som behandles i denne afhandling, er afgivet mellem den dataansvarlige og den registrerede, hvorfor der afgrænses til en kort præsentation af disse aktører.

Den dataansvarlige er databeskyttelsesreguleringens pligtsubjekt, og således den, der har ansvaret for, at behandling af personoplysninger sker i overensstemmelse med reglerne.⁴⁴ Definitionen herpå findes i forordningens art. 4, nr. 7. Den dataansvarlige er som følge heraf den fysiske eller juridiske person,

⁴² Udsen, Henrik: Lærebog i informationsret, 2020, s. 350.

⁴³ Blume, Peter: Den nye persondataret, 2018, s. 85.

⁴⁴ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 146.

som har ansvaret for, at behandlingen lever op til kravene i databeskyttelsesreglerne, herunder at der er hjemmel til behandlingen, at de registreredes rettigheder kan efterleves, og at behandlingssikkerheden er overholdt.⁴⁵ Med ansvaret følger også en række forpligtelser for den dataansvarlige, ligesom det er denne aktør, der kan blive pålagt sanktioner, såfremt de ikke overholdes.⁴⁶ I relation til afhandlingen vil den stærke part i et ulige partsforhold udgøre den dataansvarlige, hvorved denne har bevisbyrden for, at der foreligger et gyldigt samtykke.

Den registrerede dækker over den fysiske person, der behandles oplysninger om.⁴⁷ I relation til afhandlingen vil den svage part i et ulige partsforhold udgøre den registrerede. Den registrerede bliver således rettighedssubjekt og får tildelt en række rettigheder, som den dataansvarlige skal iagttage. Den registreredes rettigheder findes i art. 13-22 i forordningen og belyses ikke nærmere i afhandlingen.

2.7 Behandlingsgrundlag for behandling af personoplysninger

Et grundlæggende element i databeskyttelsesretten er, at der ved alle behandlinger af personoplysninger skal være et behandlingsgrundlag.⁴⁸ I figur 3 er behandlingsgrundlagene for almindelige og følsomme personoplysninger indsat i en tabel af overbliksmæssige hensyn. Heraf fremgår, at et samtykke til behandlingen af følsomme personoplysninger skal være ”udtrykkeligt”, hvilket belyses yderligere i afsnit 3.3.7. Karakteriseringen af almindelige og følsomme personoplysninger er belyst i afsnit 2.4.

Forud for en behandling skal det således først karakteriseres, hvilken type personoplysning behandlingen omfatter, for herefter at fastlægge behandlingsgrundlaget. Karakteriseringen fastlægger således, hvorvidt behandlingsgrundlaget skal findes i art. 6, stk. 1 eller art. 9, stk. 2 (og dermed også 6, stk. 1, dobbelt hjemmelskrav ved behandling af følsomme personoplysninger). Gyldighedsbetingelserne til et samtykke vil belyses i næstkommende kapitel.

Almindelige personoplysninger <i>Art. 6, stk. 1</i>	Følsomme personoplysninger <i>Art. 9, stk. 2</i>
a) Samtykke	a) Udtrykkeligt samtykke
b) Opfyldelse af kontrakt	b) Arbejds-, sundheds og socialretlige forpligtelser
c) Retslig forpligtelse	c) Beskytte vitale interesser
d) Beskytte vitale interesser	d) Foreninger
e) Samfundets interesse, offentlig myndighedsudøvelse	e) Selvoffentliggørelse
f) Legitime interesse	f) Retskrav
	g) Samfundsinteresser
	h) Sundhed
	i) Forskning m.v.
	j) Arkivformål i samfundets interesse

Figur 3

⁴⁵ Nielsen, Kristian og Lotterup, Anders: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 2020, s. 271.

⁴⁶ Udsen, Henrik: Lærebog i Informationsret, 2020, s. 348.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Blume, Peter: Den nye persondataret, s. 95.

3 Samtykke som behandlingsgrundlag

3.1 Indledende bemærkninger

Nærværende afsnit omhandler de betingelser, som skal være opfyldt førend et samtykke er gyldigt efter forordningen. I det følgende vil samtykkets anvendelighed indledningsvist blive belyst, hvorefter en definition af samtykket præsenteres. Herefter foretages en nærmere analyse af betingelsen om *frivillighed* med inddragelse af praksis. Ydermere vil betingelserne om et *specifikt, informeret og utvetydigt* samtykke blive behandlet. Herudover belyses forordningens art. 7, hvoraf en række yderligere betingelser til et gyldigt samtykke fremgår. Slutteligt vil det fastslås, hvornår et samtykke skal afgives. Formålet med kapitlet er at belyse og beskrive den gældende retstilstand for samtykkets gyldighedsbetingelser.

Samtykket udgør ét af flere mulige behandlingsgrundlag, som en dataansvarlig kan vælge mellem, hvorfor samtykket hverken udgør en hovedregel eller en obligatorisk betingelse. Som følge af, at samtykket er tilbagekaldeligt, har samtykket en særlig betydning, da det er et tegn på en selvbestemmelseret hos den registrerede. Samtykket besidder i praksis en fremtrædende rolle, da det i situationer, hvor andre behandlingsgrundlag ikke kan finde anvendelse, reelt er den eneste mulighed for en dataansvarlig at behandle personoplysninger. Ved samtykket opnår den registrerede en selvstændig råderet. I forhold til at sikre, hvorvidt et samtykke er gyldigt, aktualiseres en række spørgsmål, hvorved betingelsen om frivillighed er den mest omdiskuterede forudsætning. Peter Blume anfører, at på trods af at der som følge af forordningen er indtrådt en forstærket omsorg om samtykkets gyldighed, så bør databeskyttelsesretten stadig have et personligt præg, og at man i vis udstrækning bør leve med den skepsis, som tit kan være over for anvendelsen af et samtykke. Blume anfører tilmed, at det er vigtigt, at der ikke startes en tendens, der på sigt fører til en udfasning af samtykket.⁴⁹

3.2 Samtykkets formål og anvendelighed

Begrebet *samtykke* er traditionelt set knyttet til formålet om, at den registrerede bør have kontrol over anvendelsen af oplysninger om vedkommende.⁵⁰

Som fastslået i afsnit 2.7, skal der altid være det fornødne behandlingsgrundlag, før der kan ske behandling af personoplysninger. Et samtykke udgør ét af flere ligestillede behandlingsgrundlag, som

⁴⁹ Blume, Peter: Den nye persondatarets aktører, 2018, s. 36ff.

⁵⁰ Artikel 29-Gruppen (WP 187): Udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke, s. 9.

den dataansvarlige kan anvende til behandling af personoplysninger. Dette gælder både, for så vidt angår almindelige og følsomme personoplysninger.

Samtykket skal imidlertid forstås som en behandlingshjemmel, der kun bør anvendes, hvis ikke den fornødne hjemmel kan findes i andre behandlingsgrundlag.⁵¹ Det skyldes blandt andet, at den registrerede, i medfør af art. 7, har en ret til at trække sit samtykke tilbage. Såfremt den registrerede trækker sit samtykke tilbage, og den dataansvarlige behandler personoplysninger, som er baseret på samtykke, vil der ikke længere være hjemmel til at behandle oplysningerne.

Det er derfor op til den dataansvarlige at vurdere, om der er en fordel ved, at den registrerede har selvbestemmelsesret over behandlingen. Findes det ikke at være praktisk, bør der findes et andet behandlingsgrundlag.

Artikel 29-Gruppen anfører i deres vejledning om samtykke, at samtykket undertiden udgør et svagt grundlag for behandling af personoplysninger. Gruppen nævner, at det taber sin værdi, såfremt det udstrækkes eller begrænses for at tilpasse det til at virke i situationer, hvor det aldrig var meningen, at samtykket skulle anvendes. I sammenhæng hermed anfører Artikel 29-Gruppen, at det er af afgørende betydning, at samtykket anvendes i den rette sammenhæng. Såfremt samtykket anvendes i situationer, hvor det ikke er egnet, og gyldighedsbetingelserne er udfordret, vil det medføre sårbarhed og i praksis svække de registreredes retsstilling.⁵²

Det er derudover vigtigt at iagttage betingelserne for et samtykke, førend det kan betragtes som et gyldigt behandlingsgrundlag. Nedenfor behandles disse gyldighedsbetingelser.

3.3 Gyldighedsbetingelser

Databeskyttelsesforordningen fastsætter en række krav, der skal være opfyldt, før et samtykke kan anses for at være gyldigt. Definitionen findes i forordningens art. 4, og suppleres af art. 7, der opstiller yderligere betingelser for, hvornår et samtykke anses for at være gyldigt. Af hensyn til overblikket, behandles de fire krav til samtykket i art. 4, nr. 11 enkeltvist nedenstående. Derefter behandles de yderligere betingelser i art. 7.

⁵¹ Nielsen, Kristian og Lotterup, Anders: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 2020, s. 285.

⁵² Artikel 29-Gruppen (WP 187): Udtalelse 15/2011 om definition af samtykke, s. 11.

3.3.1 Definition af samtykke

Databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 11 fastsætter, at der ved begrebet *samtykke* skal forstås:

”enhver frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse fra den registrerede, hvorved den registrerede ved erklæring eller klar bekræftelse indvilger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende, gøres til genstand for behandling”.

Opfattelsen af et samtykke under forordningen er stort set den samme som under persondatadirektivet. Imidlertid indeholder definitionen af et samtykke i forordningens art. 4, stk. 11 den ændring, at samtykket tilmed skal være *utvetydigt*. Herudover indeholder forordningen yderligere betingelser til samtykket i art. 7, og af væsentlige præambelbetragtninger findes nr. 32, 33, 42 og 43.⁵³

Det følger af bestemmelsen i forordningens art. 4, nr. 11, at viljestilkendegivelsen skal meddeles ”(...) *fra den registrerede*”. Det er derfor som udgangspunkt den registrerede selv, der skal meddele samtykket til den dataansvarlige. Der er dog ikke noget til hinder for, at samtykket kan meddeles af en person, som den registrerede har meddelt fuldmagt til.⁵⁴

Bestemmelsen opstiller derudover fire krav til et samtykke, navnlig *frivillig, specifik, informeret og utvetydig*. Disse krav behandles nedenfor.

3.3.2 Frivillig

Formålet med samtykket er at give den registrerede et reelt valg og kontrol over, hvilke oplysninger der behandles om personen.⁵⁵ En vigtig forudsætning for samtykket er derfor, at det er afgivet frivilligt. Det anføres af EDPB, at såfremt den registrerede ikke er i stand til at foretage et reelt frit valg, føler sig tvunget til at afgive sit samtykke til behandling, eller hvis en nægtelse af at afgive samtykke medfører negative konsekvenser, så vil samtykket være ugyldigt. Der er ifølge EDPB også tale om et ufrivilligt samtykke, såfremt samtykket er knyttet til betingelser og vilkår, og ikke kan forhandles.

⁵³ EDPB: Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, s. 7.

⁵⁴ Nielsen, Kristian og Lotterup, Anders: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 2020, s. 286.

⁵⁵ Artikel 29-Gruppen: (WP 187): Udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke, s. 9.

Herudover nævnes det, at hvis den registrerede ikke kan sige nej til en behandling af personoplysninger, eller ikke er i stand til at trække sit samtykke tilbage, uden skade for den registrerede, så er der ikke tale om et frivilligt samtykke.⁵⁶

Datatilsynet har i sin opdaterede vejledning om samtykke fra maj 2021 angivet følgende eksempel på et frivilligt samtykke:⁵⁷

En privat sportsforening indhenter medlemmers samtykke til at tage billeder af dem og offentliggøre billederne på foreningens hjemmeside. Medlemmerne anses for at have et *reelt* og *frit* valg, forudsat nægtelse af samtykke ikke medfører negative konsekvenser, eksempelvis ekskludering af foreningen. Derudover anfører Datatilsynet, at det bør overvejes, hvorvidt samtykke er det mest passende behandlingsgrundlag, eller om behandlingen vil kunne hjemles i interesseafvejningsreglen.

Forordningens art. 7, stk. 4 spiller tilmed en væsentlig rolle i forhold til vurderingen af, om et samtykke er afgivet frivilligt. Det følger af bestemmelsen, at ved vurdering af, om et samtykke er givet frit, tages der størst muligt hensyn til, bl.a. om opfyldelsen af en kontrakt, herunder om en tjenesteydelse, er gjort betinget af samtykke til behandling af personoplysninger, som *ikke er nødvendig* for opfyldelsen af denne kontrakt.

Yderligere fremgår det af præambelbetragtning 42, at samtykket ikke anses for at være givet frivilligt, hvis den registrerede ikke har et reelt eller frit valg eller ikke kan afvise eller tilbagetrække sit samtykke, uden at det er til skade for den pågældende. Et eksempel herpå kan være, hvor der er et skævt forhold mellem den dataansvarlige og den registrerede, som f.eks. hvor den dataansvarlige er en offentlig myndighed.⁵⁸ Det fremgår derved udtrykkeligt i forordningen, at en offentlig myndighed, der agerer dataansvarlig, som udgangspunkt ikke kan basere sin behandling af personoplysninger på et samtykke fra den registrerede. Dette skyldes, at der mellem en borger og en offentlig myndighed kan anses at være et ulige forhold mellem parterne. Denne problemstilling belyses nærmere i kapitel 6.

⁵⁶ EDPB: Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, s. 8.

⁵⁷ Datatilsynet: Vejledning om samtykke, 2021, s. 5.

⁵⁸ Databeskyttelsesforordningen, præambelbetragtning nr. 43.

Et andet eksempel på et ulige partsforhold er i ansættelsessammenhæng. I ansættelsesforhold udgør arbejdsgiveren den dataansvarlige, og den registrerede er arbejdstager, hvorved der må anses at bestå en ulighed mellem de to parter. Dette skyldes det afhængighedsforhold, som er til stede mellem arbejdsgiver og arbejdstager. Dette kan medføre, at arbejdstageren ikke uden frygt eller risiko for negative konsekvenser kan afvise at afgive samtykke til behandling af personoplysninger. Samtykkets anvendelighed i ansættelsesforhold behandles nærmere i kapitel 5.

Magtubalancer er, ifølge EDPB, ikke kun at finde i forhold til offentlige myndigheder og arbejdsgivere. Magtubalance kan også være til stede i andre situationer. I relation hertil nævnes det, at samtykket alene udgør et gyldigt behandlingsgrundlag, såfremt den registrerede kan foretage et reelt frit valg, uden risiko for vildledning, intimidering, tvang eller negative konsekvenser forbundet med en afvisning. Derfor er samtykket ikke at betragte som frivilligt, såfremt der er elementer af tvang, pres eller begrænset mulighed for udøvelse af egen fri vilje.⁵⁹ En yderligere belysning af disse andre situationer, hvor der består et ulige partsforhold, foretages ikke i afhandlingen.

I visse situationer kan der opstå tvivl om, hvorledes et samtykke er afgivet frivilligt, navnlig hvor den registrerede opnår en modydelse for at afgive samtykke. Det fremgår af betænkningen, at det er antaget i såvel teori og praksis, at såfremt den registrerede opnår en modydelse, herunder en offentlig ydelse, medfører det ikke, at samtykket *ikke* kan anses for afgivet frivilligt.⁶⁰ Det anføres tilmed af Blume, at det er almindeligt antaget, at samtykket kan være frivilligt, uagtet den registrerede afgiver samtykke for at opnå noget. Dermed kan den dataansvarlige afgive en modydelse og opnå den registreredes samtykke, uden det medfører ufrivillighed, hvilket eksempelvis ses i kommercielle sammenhænge.⁶¹

Granularitet

Såfremt en behandling af personoplysninger tjener flere formål, gælder der efter frivillighedskravet også en betingelse om granularitet. Dette betyder, at det skal være muligt for den registrerede at give opdelt samtykke til forskellige behandlingsaktiviteter, førend et samtykke kan anses for at være givet

⁵⁹ EDPB: Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, s. 10.

⁶⁰ Justitsministeriets betænkning om databeskyttelsesforordningen nr. 1565/2017, del I, bind 1, s. 173f.

⁶¹ Blume, Peter: Personen i persondataretten, 2019, s. 89.

frivilligt.⁶² Der må dermed ikke gives ét samtykke til flere forskellige behandlingsformål. Det fremgår af forordningens præambelbetragtning nr. 43, at samtykket ikke formodes at være afgivet frivilligt, såfremt det ikke er muligt at afgive særskilt samtykke til forskellige behandlingsaktiviteter.

EDPB anfører i deres retningslinjer vedrørende samtykke, at hvis den dataansvarlige har flere behandlingsformål og ikke har indhentet et særskilt samtykke til hvert enkelt behandlingsformål, så vil frivilligheden være sat over styr. I forlængelse heraf fremsætter EDPB et eksempel herpå:

En detailhandler anmoder sine kunder om et samlet samtykke til både fremsendelse af markedsføringsmateriale og tilladelse til at dele personoplysningerne med andre virksomheder inden for koncernen.

Et sådant samtykke vil efter EDPB's opfattelse *ikke* være granuleret og dermed være et ugyldigt samtykke, da der ikke foreligger et særskilt samtykke til de to forskellige behandlingsformål.⁶³ Datatilsynet fremsætter tilmed et eksempel på et samtykke, som *er* granuleret.⁶⁴

En cykelhandler giver ved salg af en cykel sin kunde en samtykkeerklæring. I denne har kunden mulighed for at krydse af, hvilke formål der gives samtykke til. Samtykket kunne afgives til 1) at modtage tilbud, 2) at deltage i spørgeskemaundersøgelse, 3) at modtage påmindelse om tider fra værkstedet. Kunderne kunne frit vælge, hvilke formål der ville gives samtykke til, hvorfor samtykket *var* granuleret og dermed frivilligt.

Datatilsynet anfører, at et granuleret samtykke kan opnås ved én samlet erklæring, hvor den registrerede kan markere, hvilke formål der gives samtykke til.⁶⁵

Som fortolkningsbidrag til afdækning og forståelse af begrebet frivillighed findes det relevant at behandle afgørelser, der belyser frivillighedskravet til et samtykke. Afgørelser fra EU-Domstolen og Datatilsynet er inddraget nedenfor, da disse repræsenterer en stærk retskilde for fastlæggelsen af gældende

⁶² Databeskyttelsesforordningen, præambelbetragtning nr. 43.

⁶³ EDPB: Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, s. 13.

⁶⁴ Datatilsynet: Vejledning om samtykke, 2021, s. 9.

⁶⁵ Ibid., s. 8.

ret. Dette blev tilmed fastslået i metodeafsnittet 1.3. Betingelserne til et samtykke er nært forbundet med hinanden, men disse er forsøgt opdelt og medtaget under det kriterium, som afgørelserne findes at være mest relevante for.

De nedenstående afsnit vil dermed behandle to afgørelser afsagt af EU-Domstolen, og dernæst udvalgte afgørelser afsagt af Datatilsynet.

3.3.2.1 Planet49-sagen

Hovedsagen blev indbragt for retten ved den regionale første instans i Frankfurt, Tyskland.⁶⁶ Parterne i sagen var Planet49 GmbH (herefter Planet49) og Verbraucherzentrale Bundesverband (forbunds-sammenslutning af forbrugerforeninger). Der blev forelagt adskillige spørgsmål til retten omhandlende samtykkets gyldighed. I nærværende afsnit fokuseres imidlertid kun på dem, som omhandler frivillighedskravet. Faktum i sagen var følgende:

Planet49 afholdte i 2013 en salgsfremmende konkurrence på en hjemmeside. Såfremt brugerne ønskede at deltage i konkurrencen, skulle de, forud for deltagelse, give samtykke til behandling af personoplysninger til minimum det første ud af to felter.

Den *første* afkrydningsrubrik omhandlede, at sponsorer og samarbejdspartnere kunne sende markedsføringsmateriale til brugeren efterfølgende. Feltet var ikke forudafkrydset.

Den *anden* afkrydningsrubrik indeholdt informationstekst vedrørende samtykke til installation af cookies på brugerens browser. Feltet var forudafkrydset.

Det bemærkes, at dommen blev afsagt på baggrund af databeskyttelsesforordningen, da domstolene konkluderede, at denne fandt anvendelse inden for rammerne af tvisten i hovedsagen.⁶⁷

⁶⁶ C-673/17, Planet49.

⁶⁷ Ibid. præmis 38-43.

De relevante spørgsmål for nærværende afhandling lød som følger:

1a) Er der tale om et gyldigt samtykke, når lagringen af oplysninger eller adgang til oplysninger, som allerede er lagret på brugerens terminaludstyr, tillades ved hjælp af et forudafkrydset felt, som brugeren skal vælge fra for at nægte at give sit samtykke?

(...)

1c) Foreligger der under de omstændigheder, der er nævnt i det første spørgsmål, et gyldigt samtykke?

Generaladvokatens forslag til afgørelse

Generaladvokat Szpunar (herefter benævnt generaladvokaten) tog i sit forslag til afgørelse af Planet49-sagen stilling til kravene for et gyldigt samtykke. Generaladvokaten gik i dybden med frivilligheden til et samtykke, i modsætning til EU-Domstolen i den præjudicielle sag. Denne del af generaladvokatens bemærkninger behandles dermed nedenfor. Generaladvokaten fremsatte følgende spørgsmål i relation til frivilligt samtykke:

Hvilke krav stilles der mere præcist til et informeret samtykke, der gives frivilligt?

Den første afkrydningsrubrik (sponsorer og samarbejdspartnere)

Det er beskrevet i sagens faktiske omstændigheder, at det kun var muligt at deltage i konkurrencen, hvis der som minimum blev sat kryds i det første afkrydningsfelt. Dermed var deltagelse i konkurrencen ikke betinget af samtykke til installation af cookies, men derimod betinget af, at sponsorer og samarbejdspartnere måtte rette henvendelse til brugeren efterfølgende.

Generaladvokaten tog i denne forbindelse stilling til, hvorvidt det var nødvendigt for hovedydelsen at give samtykke til, at sponsorer og samarbejdspartnere måtte kontakte den registrerede efterfølgende. I henhold til art. 7, stk. 4 i databeskyttelsesforordningen fastsættes det, at der ved vurdering af frivilligheden tages størst muligt hensyn til, bl.a. om opfyldelsen af en kontrakt eller ydelse er gjort betinget af et samtykke til behandling af personoplysninger, som *ikke er nødvendig* for opfyldelsen af hovedydelsen. Bestemmelsen regulerer, ifølge generaladvokaten, et ”forbud mod bundtning”. Dog er forbuddet ikke af absolut karakter, jf. ordlyden ”tages størst muligt hensyn til”. Generaladvokaten anførte i forlængelse heraf, at den kompetente ret skal vurdere, om samtykket til behandling af personoplysningerne er nødvendige for at deltage i konkurrencen. Det blev konstateret, at det underliggende formål med deltagelse i konkurrencen var ”salg” af personoplysninger (at brugeren bliver kontaktet med

henblik på reklametilbud). Hovedforpligtelsen for brugerne for at deltage i konkurrencen var dermed levering af personoplysninger. På baggrund heraf konstaterede generaladvokaten, at behandlingen af personoplysningerne var nødvendige for at deltage i konkurrencen, og dermed i overensstemmelse med art. 7, stk. 4 i forordningen.⁶⁸

Den anden afkrydsningsrubrik (cookies)

Generaladvokaten anførte, at den aktivitet, som en bruger udøver på internettet og afgivelsen af et samtykke, ikke kan indgå i samme handling. Et samtykke skal dermed være særskilt. I nærværende sag gav brugeren kun ét klik på deltagelsesknappen (idet feltet til cookies er forudafkrydset), hvorved der blev samtykket til to forhold. Der blev således afgivet to hensigtserklæringer, som var 1) deltagelse i konkurrencen, og 2) installation af cookies. Generaladvokaten konstaterede, at disse to aktiviteter ikke kunne udgøre en del af den samme handling. Han angav i forlængelse heraf, at det i denne situation ikke var muligt for brugeren frivilligt at give særskilt samtykke til lagring af oplysninger eller adgang til oplysninger, der allerede var lagret i brugerens terminaludstyr. Der var dermed ikke tale om et gyldigt samtykke.⁶⁹

Generaladvokaten anførte i forlængelse heraf, at deltagelse i en konkurrence kan gøres betinget af et samtykke. Dette skal imidlertid afgives særskilt, og brugeren skal informeres behørigt herom.⁷⁰ Kravet om frivilligheden er således i tråd med forpligtelsen om, at samtykket skal afgives informeret. Dette krav til samtykket behandles i afsnit 3.3.4.

EU-Domstolens afgørelse

EU-Domstolen fandt, at der ikke var tale om et gyldigt samtykke henset til kravet om, at det skal være en utvetydig viljestilkendegivelse, hvor der kræves en aktiv handling fra den registrerede. Domstolen fandt dog ikke anledning til at besvare spørgsmålet om frivillighed, idet spørgsmålet herom ikke var forelagt domstolen.

Det kan udledes af forslag til afgørelse af Planet49-sagen, at det ved vurdering af frivilligheden i art. 7, stk. 4 skal vurderes, hvorvidt afgivelsen af personoplysningerne, er nødvendig for hovedydelsen.

⁶⁸ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Szpunar i C-673/17, Planet49, punkt 96-99.

⁶⁹ Ibid. punkt 90.

⁷⁰ C-673/17, Planet49, note 36.

Det blev tilmed konstateret, at der ikke foreligger et absolut forbud mod, at brugerne kan give samtykke til behandling af deres personoplysninger til gengæld for en (i denne sag gratis) modydelse. Det er dog vanskeligt at afdække rækkevidden af, hvornår en modydelse kan kræves for et samtykke.

Kravet om, at et samtykke skal være *særskilt* (granuleret) er ikke opfyldt, når der gives samtykke til to forskellige formål under ét og samme samtykke. Granularitet blev behandlet i afsnit 3.3.2. Det skal dermed være muligt for den registrerede at give særskilt samtykke til de forskellige behandlingsformål.

Umiddelbart efter Planet49-sagen, blev en yderligere problemstilling vedrørende samtykkets frivillighed forelagt for EU-Domstolen, navnlig i sagen om Orange România. Et udsnit af dommen behandles i nedenstående afsnit.

3.3.2.2 Orange România-sagen

Retten i Bukarest, Rumænien, stillede i 2019 præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen.⁷¹ De præjudicielle spørgsmål omhandlede fortolkning af gyldigheden af et samtykke, som et rumænsk mobiltelekommunikationsselskab havde indhentet. Der fokuseres i det kommende afsnit kun på sagens faktum og afgørelse vedrørende samtykkets frivillighed. Faktum i sagen var følgende:

Sagens parter var Orange România mod den nationale tilsynsmyndighed i Rumænien. Orange România havde på baggrund af telefoniske samtaler indgået skriftlige aftaler med sine kunder om levering af tjenesteydelser. En kopi af kundens identitetsbevis blev vedhæftet aftalen. Kunderne afgav mundtligt samtykke til opbevaring af identitetsbeviser, som blev registreret af salgsgenten. Dermed var det salgsgenten og ikke kunden, som afkrydsede samtykket. Såfremt kunden ikke ønskede at samtykke, krævede selskabet, at kunden underskrev en særlig formular for dette.

Det er denne ekstra foranstaltning til nægtelse af samtykke, som er genstand for tvivl om, hvorvidt samtykket er afgivet frivilligt.

⁷¹ C-61/19, Orange România.

For domstolen blev der fremsat en række præjudicielle spørgsmål, hvor der i det følgende afsnit afgrænses til spørgsmålet relateret til samtykkets frivillighed. Spørgsmålet lød som følger:

Hvilke betingelser skal være opfyldt for, at en viljetilkendegivelse kan opfattes som en frivillig viljetilkendegivelse?

Generaladvokatens forslag til afgørelse

Generaladvokaten fremsatte ét konkret spørgsmål i relation til frivilligheden i relation til den konkrete sag mod Orange România.⁷²

1) Giver en registreret, som har til hensigt at indgå et aftaleforhold om levering af telekommunikationstjenester med en virksomhed, et (...) frivilligt samtykke (...) til denne virksomhed, når den registrerede med håndskrift på, hvad der ellers er en standardaftale, skal anføre, at denne nægter at samtykke til fotokopiering og opbevaring af sine ID-dokumenter?

Generaladvokaten anførte, at et samtykke ikke er givet frivilligt, når det pålægges kunden i håndskreven form at tilkendegive, at der nægtes samtykke. Dette eftersom kunden herved afviger fra den normale procedure for aftaleindgåelse.

EU-Domstolens afgørelse

EU-Domstolen anførte, at Orange România skulle løfte bevisbyrden for, at samtykket var indhentet, samt at samtykket var *specifikt, informeret, utvetydigt og frivilligt*.

EU-Domstolen tog stilling til, at Orange România krævede, at ved nægtelse af samtykke, skulle dette tilføjes på aftaledokumentet i håndskreven form. EU-Domstolen fandt, at dette rejste tvivl om frivilligheden og konkluderede, at hvor der stilles yderligere krav for at nægte samtykket, kan det påvirke det frie valg. EU-Domstolen konstaterede, at den dataansvarlige ikke kan bevise, at den registrerede

⁷² Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Szpunar i C-61/19, Orange România.

har givet et frivilligt samtykke, hvis den dataansvarlige kræver udfyldelse af en supplerende formular ved nægtelse af samtykke.

Afgørelsen illustrerer således, at det ikke må være sværere for den registrerede at nægte samtykket, end det er at give, idet frivilligheden således ikke er opfyldt.

De to ovenstående afgørelser afsagt af EU-Domstolen kan bidrage til, hvordan frivillighedskravet skal fortolkes. Datatilsynets afgørelser kan tilmed bidrage til fortolkning af retsreglerne, da de som national tilsynsmyndighed afsiger afgørelser på databeskyttelsesområdet. Nedenfor er inddraget en række udvalgt praksis, som findes relevante til at afdække frivillighedsbegrebet. I afsnit 3.3.2.6 sammenfattes afgørelserne.

3.3.2.3 Matas A/S' behandling af personoplysninger

Datatilsynet har i april 2021 offentliggjort en afgørelse, hvor de, på baggrund af et tilsyn foretaget i 2018, udtaler alvorlig kritik af Matas A/S' samtykkeløsning i forbindelse med tilmelding til deres kundeklub.⁷³ Af særlig relevans for kravet om frivillighed, tog Datatilsynet stilling til granulariteten i Matas' samtykkeløsning. Faktum i sagen var følgende:

Matas oplyste, at oplysningerne til kundeklubben, Club Matas, blev behandlet på baggrund af et samtykke fra de registrerede. Der var tale om almindelige oplysninger, og dermed skulle samtykket være i overensstemmelse med forordningens art. 6, stk. 1, litra a. Ved afgivelse af samtykke gav den registrerede tilladelse til, at Club Matas måtte kontakte den registrerede via diverse kommunikationstjenester med tilbud, konkurrencer, kampagner og events. Matas oplyste, at formålet med behandlingen af personoplysningerne i kundeklubben alene var at målrette markedsføring overfor medlemmerne, hvorefter medlemmerne modtog fordele som fordelagtige priser og optjening af points ved køb. Matas angav, at pointoptjening, profilering af medlemmerne og brugen af beacons⁷⁴ således alene var midler, som ifølge Matas anvendes for at kunne opnå målrettet markedsføring.

⁷³ Datatilsynets j.nr. 2018-41-0012: Tilsyn med Matas A/S' behandling af personoplysninger.

⁷⁴ Definition i Datatilsynets j.nr. 2018-41-0012: "Beacons" er små sendere, som velksevirkter med bluetooth-enheder, fx smartphones i nærheden. Disse sendere bruges bl.a. i butikker til at spore kundes adfærd i butikken.

Datatilsynets afgørelse

Matas anførte, at deres overordnede formål med Club Matas var markedsføring. Datatilsynet fandt imidlertid, at Matas i databeskyttelsesretlig kontekst behandlede medlemmernes personoplysninger til flere og andre formål end kun til markedsføringsformål. Datatilsynet angav, at det skal være muligt at give samtykke til forskellige behandlingsformål, og dermed granuleres, så den registrerede ikke tvinges til at samtykke til samtlige formål. Matas' samtykkeløsning tillod ikke, at medlemmerne kunne samtykke til disse forskellige formål. Samtykketeksten var efter Datatilsynets opfattelse beskrevet upræcist, idet der kun var angivet markedsføring som det eneste formål. Datatilsynet angav, at Matas' udformning af samtykketekst således ikke gav medlemmet et reelt og frit valg mellem de forskellige behandlingsformål.

Tilsynet fandt på baggrund heraf, at samtykkeløsningen var i strid med kravet om frivillighed. Det fremgik af sagens faktum, at medlemmet efterfølgende kunne gå ind og fravælge en eller flere af kontaktformerne, men dette ændrede ifølge Datatilsynet ikke ved deres afgørelse, at samtykket var utilstrækkeligt granuleret.

Afgørelsen viser, at den registreredes reelle og frie valg i forhold til de forskellige behandlingsformål, er en vigtig del af at afgive et frivilligt samtykke. Den dataansvarlige kan imødekomme dette ved at opdele samtykket, så det bliver muligt for den registrerede at samtykke til de forskellige formål, og ikke tvinges til at samtykke til adskillige formål under det samme samtykke.

3.3.2.4 Epic Bookings behandling af personoplysninger

Datatilsynet undersøgte den 17. januar 2020 offentliggørelsen af en række billeder på virksomheden Epic Bookings Facebookside, hvilket skete på baggrund af en henvendelse.⁷⁵ Sagen vedrører Epic Bookings brug af samtykke som behandlingsgrundlag. Datatilsynet tog i den konkrete sag stilling til samtykkets gyldighedsbetingelser, navnlig kravene til, at det skal være afgivet informeret, specifikt og frivilligt. Faktum i sagen var følgende:

⁷⁵ Datatilsynets j.nr. 2019-431-0052: Epic Bookings behandling af personoplysninger.

Epic Booking, som dataansvarlig, havde siden 2013 offentliggjort billeder, taget til fester og arrangementer, på virksomhedens Facebookside. Billederne, som udgjorde knap 500.000, var taget af børn og unge ved brug af et selfiekamera. En oplysnings-tekst fremstod i A4-format ved og foran selfiekameraet. Heraf fremgik det, at efter et billede blev taget, ville gæsten ved enten at trykke gem eller vente i fem sekunder, give Epic Booking samtykke til at lægge det pågældende billede på virksomhedens offentlige Facebookside. Af informationsteksten fremgik der yderligere information om fremgangsmåden ved brug af selfiekameraet. Det fremgik, at den registrerede alene kunne afgive samtykke, hvis den registrerede ved en aktiv handling, valgte at lade sig fotografere foran selfiekameraet. Herudover oplyste Advodan, at kamera- manden endvidere bad om samtykke, før der blev taget et billede. Advodan oplyste tilmed, at det er væsentligt for Epic Bookings forretningsmodel, at billeder fra di- verse arrangementer offentliggøres på virksomhedens Facebookside.

Datatilsynets afgørelse

Datatilsynet lagde til grund, at behandlingen af billederne skete på baggrund af et samtykke. Herud- over fremhævede Datatilsynet, at Epic Booking foretog behandling til flere forskellige formål, navnlig drifts- og forretningsmæssige formål samt behandling til brug for markedsføring overfor fremtidige kunder. Datatilsynet slår i afgørelsen fast, at Epic Bookings offentliggørelse af billeder på virksomhe- dens Facebookside er i strid med forordningen, da der ikke var indhentet et gyldigt samtykke fra de registrerede. Datatilsynet lagde i denne henseende vægt på, at de registrerede, på tidspunktet for af- givelse af samtykket, ikke har haft mulighed for at til- eller fravælge de forskellige behandlingsformål, hvilket ikke er i overensstemmelse med forordningens krav til et gyldigt samtykke. Herudover fandt Datatilsynet, at de registrerede ikke har haft mulighed for at træffe et informeret valg. Derudover fandt tilsynet, at de ikke havde haft reel kontrol over behandlingen af oplysningerne.

På baggrund heraf fandt Datatilsynet, at de registrerede ikke havde afgivet et reelt og frit samtykke, da det ikke var muligt at afgive særskilt samtykke til hvert formål. Derudover var den anvendte sam- tykketekst ikke tilstrækkelig specifik og informeret. Datatilsynet fandt derfor grundlag for at udtale alvorlig kritik af, at behandlingen af oplysninger på Epic Bookings Facebookside ikke var sket i over- ensstemmelse med forordningens art. 6, stk. 1, jf. art. 4, nr. 11.

Afgørelsen viser, at den dataansvarlige skal opdele samtykket, så det er muligt for de registrerede at kunne afgive og nægte samtykke til de forskellige behandlingsformål.

3.3.2.5 Motivation eller negative konsekvenser

Som anført i afsnit 3.3.2, må der ikke være negative konsekvenser forbundet med, at den registrerede afslår samtykket. Det er imidlertid tilladt, at den dataansvarlige i en vis udstrækning forsøger at motivere de registrerede til at afgive sit samtykke, som f.eks. hvor indmeldelse i kundeklub og modtagelse af reklamemateriale vil medføre en eller flere fordele for den registrerede i form af rabatter eller lignende. Dette er som udgangspunkt ikke til hinder for, at et samtykke ikke kan anses for at være afgivet frivilligt.⁷⁶

Det følger af forordningens præambelbetragtning 42, at det er op til den dataansvarlige at bevise, at den registrerede har mulighed for at afslå eller tilbagetrække samtykket uden negative konsekvenser eller er til skade for den pågældende. EDPB opstiller i deres retningslinjer et eksempel herpå:

En livstilsapp anmoder ved download heraf om samtykke til, at den får adgang til telefonens accelerometer, som registrerer brugerens bevægelser. Det er ikke en nødvendig forudsætning for, at app'en fungerer, men blot en fordel for den dataansvarlige at anvende oplysninger om brugerens aktiviteter. Brugeren trækker sit samtykke tilbage og oplever, at app'en herefter fungerer delvist. Dette er et eksempel på en tilbagetrækning, der anses for at være til skade for den registrerede, og vil således være i strid med frivillighedskravet.⁷⁷

Datatilsynet tog tilmed stilling til Matas' brug af motivation over for de registrerede i forbindelse med samtykke til indmeldelse i deres kundeklub. Faktum i sagen er beskrevet i ovenstående afsnit 3.3.2.3. Datatilsynet angav, at dataansvarlige i et vist omfang kan motivere de registrerede til at give samtykke. Dette forudsætter, at det ikke har negative konsekvenser for den registrerede, såfremt samtykket trækkes tilbage. Datatilsynet anførte i forlængelse heraf, at det faktum, at de registrerede opnår en fordel ved at give samtykke til at melde sig ind i Club Matas, ikke i sig selv vil medføre, at samtykket er i strid med kravet om frivillighed.

⁷⁶ Datatilsynet: Vejledning om samtykke, 2021, s. 8.

⁷⁷ EDPB: Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, s. 14.

Det var således ikke i strid med frivillighedskravet, at der var en fordel i at melde sig ind i Matas' kundeklub, navnlig modtagelse af tilbud, konkurrencer, kampagner og events.

Ovenstående er således i tråd med Datatilsynets vejledning samt EDPB's retningslinjer, der statuerer, at den dataansvarlige i et vist omfang gerne må motivere den registrerede til at afgive samtykke. Det er imidlertid vigtigt, at den dataansvarlige iagttager, at det ikke må have negative virkninger for den registrerede at nægte, som eksempelvis ved, at den pågældende ydelse ikke fungerer optimalt i tilfælde af, at samtykket trækkes tilbage.

3.3.2.6 Sammenfatning af kravet om frivillighed

Nærværende afsnit har til formål at opsummere på frivillighedsbetingelsen på baggrund af inddraget lovgivning, fortolkningsbidrag og praksis. På baggrund af ovenstående afsnit kan det fastslås, at frivilligheden i at samtykke kan være en vanskelig størrelse for den dataansvarlige.

Indledningsvist fastslås det, at frivillighedskravet er vigtigt for samtykket, da samtykkets formål er at give den registrerede et reelt valg og kontrol over, hvilke oplysninger der behandles om vedkommende.

I sagen om Planet49 var deltagelse i konkurrencen betinget af et samtykke til, at en række sponsorer og samarbejdspartnere måtte rette henvendelse til deltageren efterfølgende. Det blev af generaladvokaten konstateret, at det underliggende formål med konkurrencen var "salg" af personoplysninger, hvorfor afgivelse af personoplysninger var nødvendig for at deltage i konkurrencen. Derfor var modydelsen, i form af personoplysninger, for deltagelse i konkurrencen i overensstemmelse med forordningens art. 7, stk. 4. Afgørelsen er i tråd med Peter Blumes synspunkt om, at et samtykke kan være frivilligt, selvom den registrerede skal afgive en modydelse.⁷⁸

I afgørelserne om Planet49, Matas A/S og Epic Booking fremgår det, at kravet om granularitet ikke var opfyldt. Dette medførte, at de enkelte samtykker fandtes at være ugyldige. Afgørelserne illustrerer således, at såfremt en behandling af personoplysninger tjener flere formål, skal samtykket opdeles. Dermed har den registrerede mulighed for at give, og nægte, særskilt samtykke til de forskellige behandlingsformål.

⁷⁸ Blume, Peter: Personen i persondataretten, 2019, s. 91.

Derudover må den dataansvarlige ikke påvirke den registreredes frie valg i forbindelse med afgivelse og/eller nægtelse af et samtykke. Dette blev statueret i sagen om Orange România, hvor det var sværere at undlade at give samtykke, end at give samtykket.

Det må imidlertid konkluderes, at frivillighedskravet udgør en vigtig del af samtykkets gyldighed. Ovenstående afgørelser tager afsæt i frivilligheden generelt. Som tidligere angivet, kan det tilmed være problematisk at opfylde kravet om et frivilligt samtykke i ulige partsforhold, navnlig ansættelsesforhold samt borger over for offentlig myndighed. Denne problematik behandles i kapitel 5 og 6.

Nedenfor behandles det næste kriterium til et gyldigt samtykke, navnlig kravet om, at det skal være specifikt.

3.3.3 Specifik

Kravet om et specifikt samtykke indebærer, at det skal fremgå, hvad den registrerede præcist samtykker til.⁷⁹ Samtykket må derfor ikke være udformet generelt, men skal være konkretiseret på en sådan måde, at det fremgår klart og tydeligt, hvilke personoplysninger der behandles samt formålet med behandlingen.

Den registrerede giver sit samtykke ud fra viden om, at denne har kontrol over sine personoplysninger, og at disse kun vil behandles til de specifikke formål, som er angivet.⁸⁰ Er der tale om flere forskellige behandlingsformål, skal det specificeres, hvilke personoplysninger der behandles til hvert enkelt formål. En dataansvarlig skal, såfremt denne ønsker at behandle til andre formål, indhente et nyt samtykke til disse formål, medmindre en anden behandlingshjemmel er mere hensigtsmæssig.

Kravet har tilknytning til princippet om formålsbegrænsning i art. 5, som fastsætter, at personoplysninger skal indsamles til udtrykkeligt angivne og legitime formål. Et samtykke skal således indhentes i overensstemmelse med princippet, herunder altid til specifikt angivne formål.⁸¹ Datatilsynet har følgende eksempel på et specifikt samtykke:

⁷⁹ Datatilsynets vejledning om samtykke 5/2020, s. 9.

⁸⁰ EDPB: Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, s. 13.

⁸¹ Nielsen, Kristian og Lotterup, Anders: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 2020, s. 295.

En piccoline får taget et billede, som skal på arbejdspladsens hjemmeside. Arbejdsgiveren beder om samtykke til denne offentliggørelse. Af samtykket fremgår det, at billedet vil blive offentliggjort på hjemmesiden under overskriften ”medarbejdere”, for at virksomhedens kunder kan sætte ansigt på medarbejderne. Det er derfor klart for Piccolinen, hvad hun samtykker til.⁸² Frivilligheden i forbindelse med afgivelse af samtykke i ansættelsesforhold er nærmere behandlet i kapitel 5.

Det fremgår af ovenstående eksempel, at det er vigtigt, at den dataansvarlige gør det klart for den registrerede, til hvilke formål og hvordan oplysningerne anvendes.

Det blev tilmed konstateret i afgørelsen om Matas, som behandlet i afsnit 3.3.2.3, at samtykket var i strid med kravet om specifikation. Datatilsynet fandt, at Matas behandlede personoplysninger til andre formål end specificeret overfor den registrerede. Det var i afgørelsen uklart, hvad der blev ment med formuleringen ”kontakt med henblik på opdatering af samtykke til samarbejdspartnere og produkter”. Endvidere fremgik det af samtykketeksten, at oplysningerne ville blive delt med Matas-koncernen. Det fremgik imidlertid ikke, hvilke virksomheder der indgik i Matas-koncernen, hvorfor Datatilsynet fandt, at det ikke var tilstrækkelig specifikt.

Kravet om et specifikt samtykke er nært forbundet med kravet om, at samtykket skal være afgivet informeret, som behandles i afsnittet nedenfor.

3.3.4 Informeret

Kravet om, at et samtykke skal være informeret, skal ses i sammenhæng med, at gennemsigtighed er en forudsætning for den registreredes kontrol og gyldigheden af samtykket. Det skal være muligt for den registrerede at træffe beslutning om afgivelse af samtykke på et informeret grundlag. Der påligger således en form for oplysningspligt hos den dataansvarlige, hvorved de nødvendige informationer skal gives på det tidspunkt, hvor der anmodes om samtykke.⁸³

⁸² Datatilsynet: Vejledning om samtykke, 2021, s. 10.

⁸³ Ibid., 11f.

Et informeret samtykke indebærer, at den dataansvarlige i tilstrækkelig grad skal informere den registrerede om, hvad der gives samtykke til.⁸⁴ Samtykkeerklæringen skal være udformet i en letforståelig og lettilgængelig form samt i et klart og enkelt sprog, og den bør ikke indeholde urimelige vilkår, jf. præambelbetragtning 42. I betragtningen er der oplyst to minimumskrav, som den registrerede skal oplyses om, herunder den dataansvarliges identitet og formålene med behandlingen. Såfremt der meddeles et skriftligt samtykke, iagttages pligten ved at stille en skriftlig samtykkeerklæring til rådighed.⁸⁵

Artikel 29-Gruppen har opstillet yderligere betingelser til kravet om et *informeret* samtykke i forhold til måden, hvorpå det meddeles. For det første skal informationerne gives i et egnet sprog, så de registrerede forstår, hvad de meddeler samtykke til. De må dermed ikke være meddelt i en alt for kompliceret retlig eller teknisk jargon. For det andet skal informationerne være klare og tilstrækkeligt synlige, og de skal afgives direkte til den pågældende.⁸⁶

EDPB opstiller yderligere en række mindstekrav til, hvad den dataansvarlige skal informere den registrerede om. Udover førnævnte kriterier skal den registrerede også have information om bl.a., hvilke(n) type data, der bliver indsamlet og anvendt samt retten til at trække samtykket tilbage.⁸⁷

Problemstillingen omkring, hvorvidt et samtykke var tilstrækkelig informeret, blev behandlet i sagen om Google⁸⁸, hvorved den franske tilsynsmyndighed (CNIL) pålagde virksomheden en bøde på EUR 50 mio. blandt andet på baggrund af, at deres samtykkeløsning ikke var tilstrækkelig informeret. I den konkrete sag var informationerne spredt i forskellige dokumenter, ligesom det ikke var muligt for den registrerede at overskue rækkevidden af samtykket, som f.eks. samtykke til ”Ads personalization” dækkede over adskillige andre services.

En fortolkning af et informeret samtykke blev tilmed foretaget af Datatilsynet i en afgørelse, som er udvalgt til afhandlingen. Afgørelsen er valgt, idet denne kan bidrage til at afdække betingelsen *informeret* i forbindelse med et samtykke. Denne vil blive behandlet nedenfor.

⁸⁴ Nielsen, Kristian og Lotterup, Anders: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 2020, s. 295.

⁸⁵ Artikel 29-Gruppen: Udtalelse 15/2011 om definition af samtykke, s. 10.

⁸⁶ Ibid., s. 22.

⁸⁷ EDPB: Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, s. 16.

⁸⁸ CNIL, SAN-2019-001: Financial sanction against Google.

3.3.4.1 Afgørelse om ugyldigt samtykke og manglende sletning

Datatilsynet udtalte i en sag i 2019 alvorlig kritik af, at en virksomhed behandlede personoplysninger uden et gyldigt samtykke.⁸⁹ Sagens faktum var følgende:

Sagen omhandlede, at en virksomhed offentliggjorde en række billeder af to registrerede på virksomhedens hjemmeside og YouTube-kanal. Der var uenighed mellem de registrerede og virksomheden om, hvorvidt der var givet et samtykke til offentliggørelse af billederne.

Virksomheden anførte, at billederne var offentliggjort på baggrund af et samtykke fra de registrerede. Billede 1 blev offentliggjort på baggrund af et skriftligt samtykke, imens billede 2, 3 og 4 blev offentliggjort på baggrund af mundtlige samtykker. Den skriftlige samtykkeerklæring angav, at den registrerede gav virksomheden ”*tilladelse til at måtte bruge filmen som hun selv ønsker og på alle platforme.*”

Datatilsynets afgørelse

Datatilsynet fastslog imidlertid, at samtykket ikke var i overensstemmelse med kriterierne til et gyldigt samtykke, herunder kravet om, at et samtykke skal være informeret og indeholde forudgående information om den registreredes mulighed for tilbagetrækning. Samtykkeerklæringen blev anset for at være ”(...) *af en sådan overordnet og generel karakter, at den ikke giver tilstrækkelig information om, hvilke oplysninger der skal behandles, i hvilken form og hvor offentliggørelsen finder sted og til hvilke(t) formål behandlingen finder sted.*” Herudover konstaterede Datatilsynet, at der ikke var givet information om, at samtykket kunne trækkes tilbage i overensstemmelse med forordningens art. 7, stk. 3, 3. pkt. Datatilsynet fandt på baggrund heraf, at det skriftlige samtykke til billede 1 var ugyldigt. Datatilsynet angav, at virksomheden ikke var i stand til at påvise, at der var givet mundtlige samtykker til offentliggørelse af billede 2, 3 og 4. Dette var dermed i strid med art. 7, stk. 1.

Afgørelsen viser, at et samtykke ikke er i overensstemmelse med forordningen, hvis det er af så generel karakter, at den registrerede ikke kan vide, hvilke oplysninger og til hvilket formål, de bliver behandlet. Afgørelsen viser dermed, at kravet om et informeret samtykke er opfyldt, når det er gennemsigtigt for den registrerede. Derudover illustrerer afgørelsen, at det ikke er hensigtsmæssigt at indhente mundtligt

⁸⁹ Datatilsynets j.nr. 2019-31-1950: Ugyldigt samtykke og manglende sletning.

samtykke af hensyn til bevisbyrden, som påhviler den dataansvarlige. En uddybning heraf er behandlet i afsnit 3.3.6.

Der gælder tilmed et krav om, at samtykket skal være en utvetydig viljestilkendegivelse fra den registrerede. Denne betingelse behandles nedenfor.

3.3.5 Utvetydig viljestilkendegivelse

Det fremgår af forordningen, at et samtykke skal være en *utvetydig viljestilkendegivelse* fra den registrerede. Det følger af præambelbetragtning nr. 32, at viljestilkendegivelsen kan ske ved en erklæring eller en handling, som f.eks. ved at sætte kryds i et felt ved besøg på et websted. Den registreredes tavshed, forudafkrydsede felter eller inaktivitet kan *ikke* anses som en utvetydig viljestilkendegivelse, og accepteres således ikke som et gyldigt samtykke

EDPB opstiller i deres vejledning eksempler på, hvad der kan anses for at udgøre en viljestilkendegivelse for den registrerede. Her nævnes eksempelvis, at et vink foran et smartkamera, et swipe af en bjælke til siden eller bevægelse af en smartphone i en bestemt bevægelse, kan være måder at tilkendegive et samtykke på. Dette forudsætter klare informationer om, at det er på denne måde, at der samtykkes til de pågældende specifikke formål.⁹⁰

Afgørende er, at handlingen tydeligt tilkendegiver den registreredes accept af den foreslåede behandling af vedkommendes personoplysninger.⁹¹

Under frivillighedskravet i afsnit 3.3.2 til et samtykke blev afgørelserne om Planet49 og Orange România behandlet.

I Planet49-sagen omhandlede de præjudicielle spørgsmål, hvorvidt det var i overensstemmelse med kravet om utvetydig viljestilkendegivelse, at et felt var forudafkrydset, hvorefter det blev anset som et samtykke. EU-Domstolen fandt, at det forudafkrydsede felt var i strid med forordningens krav om, at den utvetydige tilkendegivelse indebærer en aktiv handling fra den registrerede.

⁹⁰ Artikel 29-Gruppen (WP 259): Retningslinjer vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, s. 18.

⁹¹ Nielsen, Kristian og Lotterup, Anders: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 2020, s. 296.

I Orange România-sagen fandt EU-Domstolen, i tråd med Planet49-sagen, at det forudafkrydsede felt udgjorde et ugyldigt samtykke.

I de ovenstående afsnit er definitionen til et samtykke i forordningens art. 4, nr. 11 gennemgået. Art. 7 supplerer betingelserne til et gyldigt samtykke, og belyses i nedenstående afsnit. Samtykkets betingelser sammenfattes slutteligt i afsnit 3.4.

3.3.6 Betingelser for samtykke – databeskyttelsesforordningens art. 7

Forordningens art. 7 indeholder en præcisering af betingelserne for et samtykke. Bestemmelsens stk. 1 omhandler, at den dataansvarlige skal være i stand til at kunne dokumentere, at den registrerede har afgivet samtykke. Bestemmelsens stk. 2-4 indeholder yderligere betingelser til samtykket, som udover definitionen af samtykket i art. 4, nr. 11, fastsætter et gyldigt samtykke. Med det formål at opnå øget forståelse for rammerne af et gyldigt samtykke, så belyses bestemmelsen nærmere i nærværende afsnit.

Artikel 7, stk. 1 - bevisbyrde for meddelt samtykke

Det fastsættes i forordnings art. 7, stk. 1, at såfremt en given behandling er baseret på et samtykke, skal den dataansvarlige kunne påvise, at den registrerede har afgivet et samtykke til behandling af den registreredes personoplysninger. Der fremgår ikke yderligere fortolkningsbidrag af præambelbetragtningerne, hvorfor ordlyden af bestemmelsen er retningsgivende. Hermed påhviler det den dataansvarlige at løfte bevisbyrden for, at der foreligger et gyldigt samtykke.⁹² Dette blev tilmed statueret i Orange România-sagen, som behandlet i afsnit 3.3.2.2, hvor den dataansvarlige ikke kunne bevise, at der forelå et gyldigt samtykke, bl.a. fordi feltet var forudafkrydset af den dataansvarlige inden underskrivelse af aftalen.

Der gælder intet formkrav til samtykket. Det følger af præambelbetragtning nr. 32, at samtykkeerklæringen kan gives skriftligt, herunder elektronisk eller mundtligt. I Sarbanes Oxley Act-sagen tog Datatilsynet stilling til samtykkets formkrav. I den konkrete sag fandt Datatilsynet, at skriftligheden ikke er et krav til samtykket, men at dette anbefales af hensyn til bevisbyrden.⁹³

⁹² Justitsministeriets betænkning om databeskyttelsesforordningen nr. 1565/2017, del I, bind 1, s. 177.

⁹³ Datatilsynets j.nr. 2003-233-0028: Sarbanes Oxley Act-sagen.

Det kan dermed udledes, at der ikke følger et decideret skriftlighedskrav af databeskyttelsesreglerne, men det i sagens natur er hensigtsmæssigt for den dataansvarlige i forhold til at kunne bevise et gyldigt samtykke.

Artikel 7, stk. 2 – samtykke i skriftlig erklæring

I forordningens art. 7, stk. 2 fastsættes det, at såfremt den registreredes samtykke afgives i en skriftlig erklæring, som også vedrører andre forhold, skal en anmodning om samtykke forelægges på en måde, der klart kan skelnes fra de andre forhold, på en letforståelig og lettilgængelig form og i et klart og enkelt sprog. Det følger af bestemmelsens andet punktum, at enhver del af en skriftlig erklæring, som udgør en overtrædelse af forordningen, ikke er bindende.

Af præambelbetragtning 42 fremgår det, at garantier i forbindelse med skriftlige erklæringer om andre forhold bør sikre, at den registrerede er bekendt med, at og i hvilket omfang der er afgivet samtykke. Dermed fremgår det, at ved indhentelse af samtykke gennem en skriftlig erklæring, som også vedrører andre forhold, skal det være klart for afgiveren af samtykket, at den afgivne erklæring vedrører samtykke.⁹⁴

Artikel 7, stk. 3 – tilbagekaldelse af samtykke

Den registrerede har, i medfør af forordningens art. 7, stk. 3, ret til at trække sit samtykke tilbage. Virkning af tilbagetrækningen er, at den dataansvarlige skal stoppe med behandlingen af de pågældende oplysninger fremover.⁹⁵ Tilbagetrækningen vedrører kun den yderligere behandling og har således ikke tilbagevirkende kraft.⁹⁶ I praksis har samtykke været brugt som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold til billed- og videomateriale, som bruges til markedsføring.

Datatilsynet traf i maj 2020 afgørelse i en sag, hvor en tidligere ansat klagede over, at den tidligere arbejdsplads ikke havde slettet video- og billedmateriale brugt til marketing, på trods af at klageren havde meddelt, at vedkommende ville tilbagetrække sit samtykke.⁹⁷ I den konkrete afgørelse udtalte tilsynet alvorlig kritik af, at virksomheden ikke slettede oplysningerne uden unødigt forsinkelse.

⁹⁴ Justitsministeriets betænkning om databeskyttelsesforordningen nr. 1565/2017, del I, bind 1, s. 178.

⁹⁵ Forslag til lov nr. 429 af 31. maj 2000, lovforslag nr. 147, FT 1999/00, de specielle bemærkninger til § 3.

⁹⁶ Artikel 29-Gruppen: Udtalelse 15/2011 om definition af samtykke, s. 9.

⁹⁷ Datatilsynets j.nr. 2019-31-2316: Klage over manglende sletning.

Afgørelsen viser, at selvom et samtykke gives lovligt, er det vigtigt, at arbejdsgiveren overvejer konsekvensen af, at samtykket tilbagetrækkes.

Kravet om, at den dataansvarlige skal oplyse den registrerede om, at samtykket kan trækkes tilbage, skal ske *inden* den registrerede afgiver sit samtykke til behandlingen. Det skal tilmed være lige så let for den registrerede at trække samtykke tilbage, som det er at give et samtykke, jf. art. 7, stk. 3, 4. pkt.

Artikel 7, stk. 4 – kravet om, at samtykke er givet frit

I forordningens art. 7, stk. 4 fastsættes det, at der ved vurdering af, hvorvidt et samtykke er givet frit, tages størst muligt hensyn til, blandt andet om opfyldelse af en kontrakt, herunder om en tjenesteydelse, er gjort betinget af samtykke til behandling af personoplysninger, der ikke er nødvendige for opfyldelse af denne kontrakt.

Bestemmelsen har således til formål at sikre, at behandling af personoplysninger ikke forsøges skjult under et andet behandlingsgrundlag, som opfyldelsen af en kontrakt, når behandlingen af personoplysningerne ikke er nødvendige for opfyldelsen heraf. Bestemmelsen er kun relevant, når de oplysninger der anmodes om, *ikke* er nødvendige for opfyldelsen af en kontrakt, og opfyldelsen af kontrakten er betinget af, at disse oplysninger gives på baggrund af et samtykke. Hvis behandlingen *er* nødvendig for opfyldelse af kontrakten, finder art. 7, stk. 4 ikke anvendelse. I et sådant tilfælde kan behandlingsgrundlaget være opfyldelse af kontrakten, jf. art. 6, stk. 1, litra b.⁹⁸

Af Datatilsynets nyeste vejledning om samtykke anføres det, at et samtykke ikke er frivilligt, såfremt køb af en vare eller ydelse afhænger af et samtykke, selvom samtykket ikke er nødvendigt for erhvervelse af den pågældende vare eller tjenesteydelse. Som eksempel herpå nævnes følgende situation:

Eksemplet vedrører en situation, hvor kunder som betingelse for erhvervelse af mobiltelefoner skal samtykke til, at forhandleren må dele kundens personoplysninger med diverse teleselskaber. Dette med henblik på selskabernes mulighed for fremsendelse af materiale om teleabonnementer. Dermed er kundens oplysninger ikke

⁹⁸ EDPB: Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, s. 11f.

nødvendige for erhvervelsen af telefonen. Samtykket vil ikke anses for frivilligt, såfremt det er en betingelse for erhvervelse af telefonen.⁹⁹

Eksemplet illustrerer, at den dataansvarlige bør være særligt opmærksom på at definere, hvilke oplysninger der er relevante for opfyldelse af kontrakten.¹⁰⁰

Det fremgår af Justitsministeriets betænkning, at art. 7, stk. 4 må antages som værende en uddybning af, hvad skal overvejes i vurderingen af, hvorvidt et samtykke er afgivet frivilligt og dermed gyldigt efter definitionen af et samtykke i forordningens art. 4, nr. 11. Af betænkningen fremgår det ydermere, at forordningens præambelbetragtning 43 ses af relevans for forståelsen af, hvornår samtykket er afgivet frivilligt.¹⁰¹ Af denne betragtning fremgår det, at der med henblik på at sikre, at et samtykke er afgivet frivilligt, så bør dette ikke udgøre et gyldigt retsgrundlag for behandling af personoplysninger. Dette i specifikke tilfælde, hvor der består en klar skævhed mellem den registrerede og den dataansvarlige, navnlig hvis den dataansvarlige er en offentlig myndighed. Det er derfor usandsynligt, at samtykket er afgivet frivilligt under hensyntagen til alle de omstændigheder, som kendetegner den specifikke situation.

At ordlyden af art. 7, stk. 4 indeholder ordene *blandt andet* medfører efter Justitsministeriets betænkning, at bestemmelsen i praksis vil kunne få betydning i forskellige situationer, hvor der er klar skævhed mellem dataansvarlige og den registrerede. På baggrund heraf anser Justitsministeriet det for vanskeligt at fastlægge rækkevidden af bestemmelsen og tilføjer, at bestemmelsen vil blive udviklet gennem praksis.

Herudover fremhæves det, at det af bestemmelsen fremgår, at der skal *tages størst muligt hensyn*. Ordlyden vidner ifølge Justitsministeriet om, at bestemmelsen ikke er en absolut bestemmelse, der ikke vil kunne fraviges. Herimod må bestemmelsen fastlægge et fortolkningsprincip, hvor der tages størst mulig hensyntagen til det skæve forhold mellem den dataansvarlige og den registrerede.¹⁰²

⁹⁹ Datatilsynet: Vejledning om samtykke, 2021.

¹⁰⁰ Datatilsynet: Vejledning om samtykke, 2021, s. 7f.

¹⁰¹ Justitsministeriets betænkning om databeskyttelsesforordningen nr. 1565/2017, del I, bind 1, s. 180.

¹⁰² *Ibid.*, s. 181.

Med bestemmelsen i art. 7, stk. 4 er det slået fast, at der ved vurderingen af, hvorvidt et samtykke er frivilligt afgivet, skal tages størst muligt hensyn til, hvad der er nødvendigt for opfyldelse af kontrakten. Af betænkningen fremgår det, at et ansættelsesforhold vil udgøre et kontraktforhold, hvilket medfører, at forordningens art. 7, stk. 4 tilmed er relevant i disse sammenhænge.¹⁰³

3.3.7 Udtrykkeligt samtykke

Når der behandles følsomme oplysninger, omfattet af forordningens art. 9, stk. 1, skal samtykket være *udtrykkeligt*, jf. art. 9, stk. 2, litra a. Udtrykkeligheden er tilmed et krav i forbindelse med afgivelsen af samtykke til automatisk behandling¹⁰⁴, overførsel af oplysninger til tredjelande¹⁰⁵, og i forbindelse med behandling af strafbare forhold¹⁰⁶, samt videregivelse til markedsføringsformål.¹⁰⁷

Dog skal samtykket i medfør af art. 9, stk. 2, litra a ikke ses skærpet i forhold til samtykket for almindelige oplysninger i art. 6, stk. 1, litra a. Dette skal ses i sammenhæng med de øvrige krav, der er til samtykkets gyldighed. Dog understreger ordet *udtrykkeligt* vigtigheden af, at der ikke må være tvivl om, at der er givet et samtykke til den pågældende behandling.¹⁰⁸

3.3.8 Rette tidspunkt for afgivelse af samtykke

For at sikre et gyldigt behandlingsgrundlag er det afgørende, hvornår der tidsmæssigt bør anmodes om samtykke. På trods af, at der ikke fremgår noget specifikt tidspunkt herom i forordningen, fremgår det indirekte af ordlyden af de enkelte bestemmelser, at samtykket skal gives, *inden* behandlingen af personoplysningerne indledes. Dermed er indhentning af samtykket tidsmæssigt *inden* behandlingen indledes en væsentlig betingelse for legitimeringen af oplysninger.¹⁰⁹ Ordlyden i art. 6, stk. 1, litra a bekræfter denne fortolkning med formuleringen ”den registrerede har givet samtykke”.

I nærværende kapitel er gyldighedsbetingelserne til et samtykke behandlet. Dette leder til en sammenfatning af kapitlet.

¹⁰³ Justitsministeriets betænkning om databeskyttelsesforordningen nr. 1565/2017, del I, bind 1, s. 182.

¹⁰⁴ Databeskyttelsesforordningen art. 22.

¹⁰⁵ Ibid. art. 49, stk. 1, litra a.

¹⁰⁶ Databeskyttelsesloven § 8.

¹⁰⁷ Ibid. § 13.

¹⁰⁸ Justitsministeriets betænkning om databeskyttelsesforordningen nr. 1565/2017, del I, bind 1, s. 210.

¹⁰⁹ Artikel 29-Gruppen (WP 187): Udtalelse 15/2011 om definition af samtykke, s. 10.

3.4 Sammenfatning

Det blev indledningsvist klarlagt, at definitionen af et samtykke følger af forordningens art. 4, nr. 11 med yderligere betingelser i art. 7. Dermed sættes der krav om, at samtykket skal være en *frivillig, specifik, informeret og utvetydig* viljestilkendegivelse.

Frivillighedskravet blev sammenfattet i afsnit 3.3.2.6, hvorfor der henvises til afsnittet for en opsummering af denne betingelse.

Til kravet om at samtykket skal være *specifikt*, blev det fastlagt, at det skal fremgå, hvad den registrerede præcist samtykker til. Derfor må samtykket ikke være generelt udformet, men skal være konkretiseret på en sådan måde, at det fremgår klart og tydeligt, hvilke personoplysninger der behandles samt formålet med behandlingen. Herudover skal samtykket være granuleret i overensstemmelse med frivillighedskravet. Der blev tilmed inddraget et eksempel fra Datatilsynet om en piccoline, som illustrerede, at det er vigtigt, at den dataansvarlige gør det klart for den registrerede, til hvilke formål og hvordan oplysningerne anvendes. Et uspecificeret samtykke blev tilmed illustreret i afgørelsen om Matas, der behandlede personoplysninger til andre formål end specificeret overfor den registrerede.

I relation til betingelsen om, at samtykket skal være *informeret* følger, at den dataansvarlige i tilstrækkelig grad skal meddele den registrerede om, hvad der gives samtykke til. Derfor pålægges den dataansvarlige en form for oplysningspligt. Ydermere blev en række minimumskrav fastlagt, hvoraf den registrerede skal oplyses om den dataansvarliges identitet, formålene med behandlingen, information om bl.a., hvilke(n) type data, der bliver indsamlet og anvendt samt retten til at trække samtykket tilbage. Dette blev illustreret i en sag om Google, hvor samtykkeløsningen ikke var tilstrækkeligt informeret, da informationen var spredt i forskellige dokumenter, samt det ikke var muligt for den registrerede at overskue rækkevidden af samtykket. Der blev herudover inddraget en afgørelse fra Datatilsynet i afsnit 3.3.4.1, hvor et samtykke fandtes at være af så overordnet og generel karakter, hvorfor det ikke var tilstrækkeligt informeret. Afgørelsen illustrerede tilmed, at det ikke er hensigtsmæssigt at indhente mundtligt samtykke af hensyn til bevisbyrden, som påhviler den dataansvarlige.

Betingelsen om, at et samtykke skal være en *utvetydig viljestilkendegivelse*, indeholder et krav om, at viljestilkendegivelsen kan ske ved en erklæring eller en handling. Det er således afgørende, at handlingen tydeligt tilkendegiver den registreredes accept af den foreslåede behandling af vedkommendes

personoplysninger. Derfor fandtes den registreredes tavshed, forudafkrydsede felter eller inaktivitet ikke at kunne anses som en utvetydig viljestilkendegivelse. I afgørelserne fra EU-Domstolen om Planet⁴⁹ og Orange România var et forudafkrydset felt i strid med forordningens krav om, at den utvetydige tilkendegivelse indebærer en aktiv handling fra den registrerede.

Herudover indeholder forordningens art. 7 en række yderligere betingelser for et gyldigt samtykke. Særligt relevant i relation til frivillighedsbetingelsen er art. 7, stk. 4. Denne bestemmelse har særlig relevans for vurdering af et samtykke, idet der nu skal tages *størst muligt* hensyn til at vurdere, om personoplysningerne er nødvendige for opfyldelse af kontrakten.

Herudover blev det fastslået, at indhentning af samtykket tidsmæssigt skal ske *inden* behandlingen indledes.

I det følgende kapitel belyses samtykket i ulige partsforhold.

4 Frivillighed i ulige partsforhold

4.1 Indledende bemærkninger

Anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag aktualiserer en række problemstillinger, herunder særligt i forhold til anvendelsen heraf, når der foreligger et ulige partsforhold. I tilfælde af, at et ulige partsforhold består mellem parterne, kan der sættes spørgsmål ved, hvorvidt samtykket fra den registrerede er afgivet frivilligt, hvilket er én af de gyldighedsbetingelser, som følger af forordningen. Dette skyldes, at den registrerede er i et afhængighedsforhold til den dataansvarlige.¹¹⁰

Nærværende kapitel har til formål kort at belyse, i hvilke typiske tilfælde der eksisterer ulige partsforhold. I afhandlingens kapitel 5 og 6 vil udvalgte ulige partsforhold belyses nærmere.

4.2 EU-Kommissionens udspil til forordningen

Det følger af definitionen af samtykket, at det skal være afgivet frivilligt. Præambelbetragtning nr. 43 anfører i forlængelse heraf, at et samtykke ikke bør udgøre et gyldigt grundlag for behandling af personoplysninger, ”(...) hvis der er en klar skævhed mellem den registrerede og den dataansvarlige”. I EU-Kommissionens oprindelige forslag til forordningen, vedrørende skævhed mellem den registrerede og den dataansvarlige, følger det af forslaget til præambel nr. 34, at dette navnlig er tilfældet, når den registrerede befinder sig i et afhængighedsforhold til den registeransvarlige ”(...) bl.a. når personoplysninger behandles af arbejdsgiveren som led i behandlingen af ansattes personoplysninger i et ansættelsesforhold.”¹¹¹

Eksemplet er imidlertid ikke medtaget i den endelige forordning. I stedet er der i forordningens præambel 43, som eksempel på et skævt partsforhold, angivet forholdet mellem en offentlig myndighed og en borger. I Europa-Parlamentets førstebehandling vedrørende art. 82, nugældende art. 88, er det anført, at:

*”Samtykke fra en ansat tilvejebringer ikke et retsgrundlag for arbejdsgiverens behandling af oplysninger, hvis dette samtykke ikke er givet utvunget.”*¹¹²

¹¹⁰ Blume, Peter: Personen i persondataretten, 2019, s. 90.

¹¹¹ Kommissionens forslag af 25. januar 2012 (COM(2012)0011 endelig), s. 24.

¹¹² Europa-Parlamentets førstebehandling: (P7_TA(2014)0212): – vedr. art. 82, pkt. 1b.

Ovenstående antyder, at lovgiver på et tidspunkt har set et problem i at afgive et frivilligt og dermed et gyldigt samtykke i et ansættelsesforhold. Omvendt indikerer fjernelsen af eksemplet, at lovgiver ikke udelukker, at der på ansættelsesområdet kan gives et frivilligt samtykke.

4.3 Ulige partsforhold

Først og fremmest vil der i ansættelsesforholdet være tale om en hierarkisk relation, hvor arbejdsgiveren, som følge af ledelsesretten, leder og fordeler arbejdet overfor arbejdstageren. I dette tilfælde er arbejdsgiveren *den dataansvarlige* og arbejdstageren er *den registrerede*. Ansættelsesforholdet er, gennemsnitligt, udtryk for et ulige forhold, hvor arbejdstageren ikke kan handle frit og er underlagt instruktioner fra arbejdsgiveren. Grundet ledelsesretten og den frie antagelsesret er forholdet mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren derfor i udgangspunktet at betragte som ulige. Som følge heraf, kan der udtrykkes skepsis overfor anvendelse af samtykket som grundlag for behandling af personoplysninger.¹¹³

I forholdet mellem en offentlig myndighed og en borger består der ligeledes et hierarkisk forhold. Særligt er ydelsesområdet relevant i denne sammenhæng. Såfremt en borger ansøger om sociale ydelser, vil borgeren skulle udlevere personoplysninger til dokumentation for, at vedkommende er berettiget til den pågældende ydelse. En sådan situation kan betragtes således, at der afgives informationer for derigennem at opnå en ydelse, hvorfor der kan opstå en integritetsrisiko. I sådanne sammenhænge kan der stilles spørgsmål til, hvorvidt et samtykke er afgivet frivilligt.¹¹⁴

EDPB nævner tillige i deres vejledning om samtykke, at situationer med ulige partsforhold ikke blot er begrænset til at omfatte ansættelsesforholdet eller forholdet mellem en offentlig myndighed og en borger, men tilmed kan opstå i andre relationer.¹¹⁵ Dette understreger vigtigheden i, for en dataansvarlig, at være opmærksom på betingelsen om frivillighed, når der skal indhentes samtykke. Derfor bør den dataansvarlige overveje den givne behandlingssituation i forhold til at vurdere, hvorvidt den registrerede er i stand til at træffe et reelt frit valg, og ikke på den vis udsættes for intimidering, tvang eller andre negative konsekvenser ved at nægte afgivelse af samtykke.

Det følgende kapitel 5 vil belyse anvendelsen af et samtykke i ansættelsesforhold. Det efterfølgende kapitel 6 vil behandle anvendelse af samtykke i forholdet mellem en offentlig myndighed og en borger.

¹¹³ Blume, Peter: Personen i persondataretten, 2019, s. 91f.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ EDPB: Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, s. 10.

5 Samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold

5.1 Indledende bemærkninger

Nærværende kapitel har til formål at undersøge retsstillingen for anvendelse af samtykke i ansættelsesforhold. Praksis fra udvalgte EU-medlemsstater er medtaget for at undersøge disses fortolkning og anvendelse af samtykket i ansættelsesforhold. Dette vil udmønte sig i en analyse af ligheder og forskelle mellem Danmark og de udvalgte EU-medlemslandes fortolkning af og afgørelser om brugen af samtykke i denne relation.

Forordningens art. 88 giver medlemslandene mulighed for at fastsætte nationale regler om behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold. I Danmark er der indsat en bestemmelse i DBL § 12, stk. 3, hvor det fastslås, at behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold kan finde sted på baggrund af den registreredes samtykke, så længe samtykket lever op til forordningens krav. Som fastslået i kapitel 4, kan det være problematisk at anvende samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold.

Der behandles i følgende afsnit Justitsministeriets betænkning om databeskyttelsesforordningen samt udtalelser fra den daværende Artikel 29-Gruppe om samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold. Relevante udtalelser fra nyere retningslinjer fra EDPB inddrages ligeledes. Disse udtalelser vil blive præsenteret nedenfor.

5.2 Vejledninger og udtalelser om samtykke i ansættelsesforhold

Til understøttelse af lovgivers hensigter bag forordningens udformning og til anvendelse for fortolkning af anvendelse af samtykke i ansættelsesforhold, har EDPB og den tidligere Artikel 29-Gruppe udgivet flere retningslinjer og udtalelser, som belyser netop problemstillingen ved at afgive frivilligt samtykke i ansættelsesforhold.

Artikel 29-Gruppen udgav i 2011 en udtalelse om definitionen af samtykke. Gruppen udtaler sig heri om det uligevægtige forhold i et ansættelsesforhold. Gruppen anfører, at såfremt konsekvenserne ved at afgive et samtykke undergraver den registreredes valgfrihed, så er samtykket ikke frivilligt. Det anføres tilmed, at der i et ansættelsesforhold, hvor den registrerede er undergivet den dataansvarliges indflydelse, kan være et afhængighedsforhold. Dette er ikke nødvendigvis altid tilfældet. Grundet forholdets beskaffenhed eller særlige omstændigheder, vil den registrerede i sådanne relationer kunne

nære frygt for at blive udsat for anderledes behandling, såfremt vedkommende ikke indvilliger i databehandlingen.¹¹⁶

Det fremgår ydermere af udtalelsen, at gruppen har en konsekvent holdning i forhold til fortolkningen af et frivilligt samtykke i ansættelsessammenhænge. Denne konsekvente holdning medfører, at hvor der anmodes om samtykke fra en arbejdstager, og hvor nægtelse heraf reelt eller potentielt er til skade for vedkommende, anses samtykket for ugyldigt som følge af manglende frivillighed. Såfremt arbejdstageren ikke har mulighed for at sige nej, vil der ligeledes ikke være et gyldigt samtykke.¹¹⁷

I 2020 udgav EDPB retningslinjer vedrørende samtykke i henhold til forordningen. EDPB anfører ligeledes, at der opstår en magtubalance mellem arbejdsgiver og arbejdstager i et ansættelsesforhold. EDPB har i retningslinjerne anført, at det, set i lyset af afhængighedsforholdet, er: *”(...) usandsynligt, at den registrerede kan afvise at give arbejdsgiveren sit samtykke til behandling af personoplysninger uden frygt eller reel risiko for, at afvisningen vil være til skade for ham/hende.”* EDPB fremfører, at et samtykke i de fleste tilfælde ikke kan og bør anvendes som behandlingsgrundlag for databehandling på arbejdspladser.¹¹⁸

EDPBs retningslinjer henviser til et eksempel fra Artikel 29-Gruppens udtalelse fra 2017, hvor der opstilles et eksempel. I eksemplet ønsker arbejdsgiveren at opsætte TV-overvågning på arbejdspladsen. Gruppen anfører, at arbejdstageren i et sådant tilfælde formentlig vil føle et vist pres i forbindelse med afgivelse af et samtykke af frygt for de negative konsekvenser, det måtte have for arbejdsforholdet. Artikel 29-Gruppen finder på baggrund heraf, at ansatte stort set aldrig vil kunne give, afvise eller tilbagetrække et samtykke til sin arbejdsgiver frivilligt.¹¹⁹

EDPB angiver imidlertid, at det ikke vil være udelukket, at en arbejdsgiver *kan* indhente samtykke fra arbejdstagere, såfremt det kan påvises, at samtykket er givet frivilligt. Dette vil være tilfældet, når det ingen negative konsekvenser har, hvorvidt samtykket afgives eller ikke. EDPB fremsætter et eksempel herpå, hvor et filmhold skal filme på et specifikt sted på kontoret. Her er det frivilligt, hvorvidt den ansatte vil afgive samtykke til medvirken eller blive omplaceret på kontoret, mens der filmes.¹²⁰

¹¹⁶ Artikel 29-Gruppen (WP 187): Udtalelse 15/2011 om definition af samtykke, s. 13f.

¹¹⁷ Ibid., s. 14f.

¹¹⁸ EDPB: Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, s. 9.

¹¹⁹ Artikel 29-Gruppen: Udtalelse 2/2017 om databehandling på arbejdspladsen, s. 4.

¹²⁰ EDPB: Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, s. 10.

Afslutningsvist for EDPBs retningslinjer fra 2020 angives det, at et samtykke kun er gyldigt, hvis arbejdstageren er i stand til at foretage et reelt valg, og der ikke er risiko for vildledning, intimidering, tvang eller væsentlige negative konsekvenser ved ikke at samtykke til behandling. EDPB udtaler ydermere, at et samtykke ikke er frivilligt, hvis det er afgivet under tvang, pres eller manglende mulighed for at udøve egen fri vilje.¹²¹

I Justitsministeriets betænkning om databeskyttelsesforordningen anføres det yderligere, at der må kræves en nøje vurdering af samtykkets frivillighed, navnlig hvad angår behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold. Der henvises tilmed i betænkningen til Peter Blume, som i 2003 anførte, at betingelsen om frivillighed ikke er en ideel norm. Blume nævner, at det på arbejdsmarkedet ofte er noget af en illusion, at arbejdstagere kan afgive et reelt frit samtykke til en arbejdsgiver, grundet det bestående afhængighedsforhold.¹²²

Der henvises i betænkningen flere gange til Artikel 29-Gruppens udtalelser, hvor der nærmere belyses et tilfælde, hvor den registrerede er under indflydelse fra den dataansvarlige, herunder eksempelvis en arbejdsgiver. Det fremhæves, at såfremt arbejdstageren ikke har muligheden for at nægte en afgivelse af et samtykke, så er der ikke tale om et gyldigt samtykke. Måtte manglende afgivelse af samtykke resultere i en mistet jobmulighed, så vil der ligeledes ikke være tale om et gyldigt samtykke. På trods heraf anføres det, at samtykke ikke udelukkes som behandlingsgrundlag i indflydelsessituationerne, om end der hersker en stærk formodning for, at samtykket er svagt i disse situationer, men dette er forudsat, at der er tilstrækkelige garantier til stede for, at samtykket også reelt er frivilligt givet.¹²³

I det følgende afsnit vil de relevante retsregler for anvendelsen af samtykke i ansættelsesforhold blive gennemgået nedenfor. Metodisk behandles forordningens art. 88 forud for den dansk implementerede regel i DBL § 12.

¹²¹ Ibid.

¹²² Justitsministeriets betænkning om databeskyttelsesforordningen nr. 1565/2017, del I, bind 1, s. 174.

¹²³ Ibid., s. 175.

5.3 Databeskyttelsesforordningens artikel 88

Beskyttelsen af personoplysninger i ansættelsesforhold aktualiserer en række problemstillinger, særligt henset til de arbejdsretlige traditioner, der varierer fra medlemsstat til medlemsstat.¹²⁴ Et særligt reguleringsbehov er derfor nødvendigt. Forordningen indeholder art. 88, stk. 1, som fastsætter, at medlemsstaterne ved lov eller i medfør af kollektive overenskomster kan fastsætte specifikke bestemmelser til at sikre beskyttelse af rettighederne og frihedsrettighederne i forbindelse med behandling af arbejdstageres personoplysninger i ansættelsesforhold. Bestemmelserne kan, blandt andet, anvendes med henblik på *ansættelse, opfyldelse af ansættelseskontrakten, ophør af ansættelsesforhold og sundhed og sikkerhed på arbejdspladsen*.¹²⁵

Forordningens art. 88 ændrer ikke på, at de grundlæggende principper for behandling af personoplysninger efter forordningens art. 5 stadig skal være opfyldt.¹²⁶ Artikel 88 omfatter både de følsomme personoplysninger efter art. 9 og de almindelige personoplysninger efter art. 6.¹²⁷

Det fremgår yderligere af præambel nr. 155, at medlemsstaternes nationale ret eller kollektive overenskomster kan fastsætte bestemmelser om betingelserne for, hvorledes personoplysninger i ansættelsesforhold kan behandles på baggrund af den ansattes samtykke. Det angives tilmed i betragtningen, at lokalaftaler også omfattes af de kollektive overenskomster.

De nationale bestemmelser, som fastsættes efter art. 88, stk. 1, skal omfatte passende og specifikke foranstaltninger til beskyttelse af den registreredes menneskelige værdighed, legitime interesser og grundlæggende rettigheder, særligt hvad angår gennemsigtighed, overførsel inden for en given koncern eller gruppe af foretagender, hvor der ydes fælles aktivitet og tilmed, hvad angår overvågnings-systemer på arbejdspladsen, jf. art. 88, stk. 2.

Som følge af muligheden for fastsættelsen af nationale regler vedrørende beskyttelsen af personoplysninger i ansættelsesforhold indeholder DBL i § 12 regler om behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold. I det kommende afsnit vil denne nationale bestemmelse blive behandlet.

¹²⁴ Blume, Peter: Databeskyttelsesret, 2018, s. 239.

¹²⁵ Artikel 29-Gruppen (WP 249): Udtalelse 2/2017 om databehandling på arbejdspladsen.

¹²⁶ Angela Gulisano, Cristina: Karnovs noter til Europa-Parlamentets og Rådets forordning 2016/679, note nr. 361.

¹²⁷ Budtz Pedersen, Line og Schaumburg-Müller, Peer: Databeskyttelse i arbejdsretten - fra jura til praksis, 2019, s. 51.

5.4 Databeskyttelseslovens § 12

I det følgende afsnit vil DBL § 12 blive belyst, hvor formålet hermed er at klarlægge de danske rammer for behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold.

Det fremgår af forarbejderne til DBL, at lovens § 12 har til hensigt at bringe sikkerhed for, at der både på det private og offentlige arbejdsmarked lovligt kan behandles personoplysninger både før, under og efter ansættelsesforholdet i samme grad som forinden forordningens ikrafttræden. Bestemmelsen er ment som en supplerende hjemmelsbestemmelse, som fastsætter, at der også i ansættelsesforhold kan behandles personoplysninger.¹²⁸

Der kan derfor således stadig behandles personoplysninger i ansættelsesforhold under rammerne af DBL §§ 6-8 om øvrige behandlingsregler og forordningens art. 6, 9 og 10, hvorfor der i mange situationer vil være dobbelthjemmel til behandling af oplysninger i relation til ansættelsesforhold.¹²⁹ Omfattet af bestemmelsen er almindelige oplysninger efter art. 6 i forordningen og følsomme oplysninger efter art. 9 i forordningen, og behandlingen skal leve op til de grundlæggende principper i forordningens art. 5. Oplysninger om strafbare forhold er ikke omfattet af § 12, hvor der i stedet henvises til DBL § 8.¹³⁰

Det følger af DBL § 12, stk. 1, at oplysninger efter forordningens art. 6, stk. 1 og art. 9, stk. 1 kan behandles i ansættelsesforhold, såfremt behandlingen er nødvendig for overholdelse af den dataansvarliges eller den registreredes arbejdsretlige forpligtelser eller rettigheder som fastsat i anden lovgivning eller kollektiv overenskomst.

Ordlyden af DBL § 12, stk. 1 lægger sig op ad forordningens art. 9, stk. 2, litra b, og bestemmelsen i § 12 slår helt fast, at såvel almindelige oplysninger og følsomme oplysninger kan behandles efter samme bestemmelse, såfremt der foreligger en arbejdsretlig forpligtelse eller rettighed.¹³¹

Hvad der i bestemmelsen forstås ved den registreredes *arbejdsretlige forpligtelser* eller *rettigheder* må forstås som bredt dækkende, navnlig omfattende alle former for forpligtelser og rettigheder, som hviler på et arbejdsretligt grundlag, hvilket må gælde, uagtet om grundlaget er lovgivning eller som følge af aftale.

¹²⁸ LFF 2017-10-25 nr. 68: Forslag til Databeskyttelsesloven, bemærkninger til § 12.

¹²⁹ Nielsen, Kristian og Lotterup, Anders: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 2020, s. 1061.

¹³⁰ LFF 2017-10-25 nr. 68: Forslag til Databeskyttelsesloven, bemærkninger til § 12.

¹³¹ Ibid.

Behandling som følge af overholdelse af forpligtelser eller rettigheder udsprunget af kollektive overenskomster eller af individuelle ansættelseskontrakter er derfor omfattet af bestemmelsen.¹³²

Af DBL § 12, stk. 2 fremgår det, at behandling af oplysninger som nævnt i stk. 1, også må finde sted, såfremt behandlingen er nødvendig for, at enten den dataansvarlige eller en tredjemand kan forfølge en legitim interesse, som udspringer af anden lovgivning eller overenskomster, dog ikke hvis den registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder går forud herfor.

Det fremgår af forarbejderne til loven, at bestemmelsen svarer til den interesseafvejningsregel, som fremgår af forordningens art. 6, stk. 1, litra f. Bestemmelsen sikrer, at interesseafvejningsreglen også kan anvendes i ansættelsesforhold i det offentlige, uagtet at det fremgår af forordningens art. 6, stk. 1, litra f, 2. afsnit, at interesseafvejningsreglen ikke gælder for behandling, som offentlige myndigheder foretager som led i udførelsen af deres opgaver.¹³³

DBL § 12, stk. 3 fastsætter, at behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold kan ske på baggrund af den registreredes samtykke i overensstemmelse med art. 7 i forordningen. Gyldighedsbetingelserne for samtykket blev behandlet i afsnit 3.3, og det er disse betingelser, som samtykket nævnt i DBL § 12, stk. 3 skal være i overensstemmelse med.

Af forarbejderne til DBL fremgår det, at hensigten med bestemmelsen er at slå det helt fast, at samtykke tilmed kan anvendes som behandlingsgrundlag før, under og efter ansættelsen. Det nævnes i forarbejderne, at det fremgår af præambel nr. 155 til forordningen, at medlemsstaternes nationale ret eller kollektive overenskomster, herunder lokalaftaler, kan fastsætte specifikke bestemmelser om behandling af arbejdstageres personoplysninger i ansættelsesforhold, navnlig betingelserne for, hvorledes oplysninger kan behandles i ansættelsesforhold på baggrund af arbejdstagerens samtykke.¹³⁴ Datatilsynet har i sin vejledning fremsat et eksempel på et frivilligt afgivet samtykke i ansættelsesforhold:

¹³² Nielsen, Kristian og Lotterup, Anders: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 2020, s. 1062.

¹³³ LFF 2017-10-25 nr. 68: Forslag til Databeskyttelsesloven, bemærkninger til § 12.

¹³⁴ Ibid.

En arbejdsgiver indhenter en medarbejders samtykke til en telefonbog på intranettet. Formålet med telefonbogen er at lette kommunikationen mellem de ansatte. Ledelsen understreger, at det er fuldstændig frivilligt, om medarbejderen vil samtykke. Nægtelse af samtykke vil ikke medføre negative konsekvenser for medarbejderen. Samtykket er derfor frivilligt.¹³⁵

Det findes tilmed relevant at undersøge praksis omhandlende samtykkets anvendelighed i ansættelsesforhold.

5.5 Dansk praksis om anvendelse af samtykke i ansættelsesforhold

I det følgende vil en udtalelse fra Datatilsynet vedrørende brug af fingeraftryk til registrering af ansattes komme-/gå-tider analyseres. Afgørelsen er interessant for nærværende afhandling, da den viser, at anvendelse af et samtykke mellem en arbejdsgiver og arbejdstager, i den konkrete sag, ikke udgjorde et passende behandlingsgrundlag grundet det ulige forhold mellem parterne.

5.5.1 Anvendelsen af fingeraftryk til brug for registrering af ansattes komme-/gå-tider

Datatilsynet har i en vejledende udtalelse fra 2018 udtalt sig om anvendelsen af fingeraftryk til brug for registrering af ansattes komme- og gåtider. Af særlig relevans for afhandlingen er Datatilsynets stillingtagen til, hvorvidt behandlingen af ansattes fingeraftryk vil kunne ske på baggrund af et samtykke fra den ansatte.¹³⁶ Sagens faktum var følgende:

En advokat henvendte sig på vegne af TimePlan A/S til Datatilsynet om en stillingtagen til anvendelse af fingeraftryksscanning, som skulle bruges til registrering af ansattes komme- og gåtider. TimePlan A/S var udvikler af programmet, der kunne benyttes til en effektiv og omkostningsbesparende løsning til tidsregistrering. Der kunne i forbindelse hermed tilkobles en fingeraftryksscanner, så programmet kunne sikre registrering af den specifikke medarbejder, som enten mødte eller forlod arbejdspladsen. Dette sikrede en præcis identifikation af den enkelte ansatte.

¹³⁵ Datatilsynet: Vejledning om samtykke, 2021, s. 6f.

¹³⁶ Datatilsynets j.nr. 2018-211-0135: Vejledende udtalelse om anvendelsen af fingeraftryk til brug for registrering af ansattes komme-/gå-tider.

Oplysningerne om de enkelte fingeraftryk blev lagret som templates, der efterfølgende blev opbevaret i krypteret form i en central database.

Datatilsynets udtalelse

Datatilsynet fastslog indledningsvist, at der var tale om behandling af oplysninger om fingeraftryk og dermed biometriske data omfattet af forordningens art. 9 om følsomme oplysninger.

Datatilsynet tog stilling til betingelsen *frivillighed* vedrørende samtykke til behandling af de ansattes fingeraftryk. Datatilsynet fremhævede, at det efter deres opfattelse, vil være tvivlsomt, hvorvidt en arbejdstager kan afvise at afgive et samtykke til behandling af arbejdstagerens fingeraftryk uden frygt eller risiko for, at en sådan afvisning vil have negative konsekvenser for arbejdstageren eller uden at føle et vist pres. Dette skyldes, som Datatilsynet angav, det afhængighedsforhold, som består mellem en arbejdsgiver og en arbejdstager.

På baggrund af ovenstående fandt Datatilsynet, at en arbejdstagers samtykke til, at en arbejdsgiver kan behandle oplysninger om fingeraftryk i forbindelse med komme- og gåtider, i det klare udgangspunkt *ikke* kan anses for at være afgivet frivilligt. Når samtykket ikke kan anses for at være afgivet frivilligt, så kan samtykket herefter ikke udgøre et lovligt behandlingsgrundlag.

Slutteligt fastslog Datatilsynet, at det imidlertid ikke kan afvises, at der kan foreligge særlige omstændigheder, hvor et samtykke alligevel kan anses for frivilligt.

I forlængelse af ovenstående afgjorde Datatilsynet i 2020 en sag om anvendelse af fingeraftryk til brug for adgangskontrol.¹³⁷ Sagen vedrørte en fagforenings klage over en fødevarevirksomheds anvendelse af fingeraftryk til adgangskontrol. Det blev i sagens faktum anført, at det var vigtigt for virksomheden, at uvedkommende ikke kunne få adgang, og at det præcist kunne identificeres, hvem der havde deltaget i produktionen den pågældende dag. Denne sikkerhed kunne nøglebrikker ikke give. Virksomheden havde varslet brugen af fingeraftryk for medarbejderne efter reglerne i DA/LO-aftalen om kontrolforanstaltninger. Anvendelsen af fingeraftryk blev i denne sag anset som en kontrolforanstaltning og havde dermed hjemmel i DBL § 12, stk. 1.

¹³⁷ Datatilsynets j.nr. 2019-31-1650: Brug af fingeraftryk ved adgangskontrol.

Sammenholdes den vejledende udtalelse med den afsagte afgørelse, fremstår det, hvor vigtigt det er at iagttage andre behandlingsgrundlag forud for et samtykke.

Som yderligere fortolkningsbidrag til forordningen behandles der i det kommende afsnit praksis og udtalelser fra udvalgte EU-medlemslande vedrørende samtykke.

5.6 Anden europæisk forståelse til samtykke i ansættelsesforhold

I nærværende afsnit behandles praksis og udtalelser fra udvalgte EU-medlemslande. Dette bidrager til en forståelse af, hvordan reglerne fortolkes og anvendes i andre medlemslande. Som beskrevet i metodeafsnit 1.3.4, er Storbritannien medtaget på grund af sit tidligere medlemskab af EU og den etablerede overgangsperiode. Herudover er relevante afgørelser fra Grækenland og Cypern medtaget.

5.6.1 Storbritannien - Information Commissioner's Office

I dette afsnit vil den britiske tilsynsmyndigheds relevante udtalelser om anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold blive behandlet. ICO nævner, at samtykket ikke altid vil være det nemmeste eller mest egnede behandlingsgrundlag, og at samtykket først bør overvejes, når der ikke eksisterer andre åbenbart lovlige behandlingsgrundlag. Det anføres tilmed, at samtykke anses for uhensigtsmæssigt i situationer, hvor den dataansvarlige ikke kan tilbyde den registrerede et reelt frit valg, hvilket navnlig var én af gyldighedsbetingelserne, som skal opfyldes for at statuere et gyldigt samtykke.¹³⁸ Der fremføres i denne sammenhæng en række eksempler herpå.

Det nævnes eksplicit, at en uhensigtsmæssig anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag er, når den dataansvarlige befinder sig i en magtposition overfor den registrerede, hvilket er tilfældet i ansættelsesforhold. ICO anfører, at samtykket som regel er upassende i denne situation. Dette skyldes, at den registrerede enten er afhængig af en ydelse fra den dataansvarlige, eller frygter for negative konsekvenser, hvorfor samtykket ikke anses for afgivet frit, da den registrerede ikke oplever at have noget valg andet end at samtykke til den videre behandling. ICO eksemplificerer en situation, hvor frivillighedskravet ikke kan opfyldes, hvorfor samtykket som behandlingsgrundlag ikke kan anvendes.

¹³⁸ ICO: *When is consent appropriate?* ico.org.uk

Eksemplet omhandler en situation, hvor en virksomhed på baggrund af et samtykke fra arbejdstageren ønsker at opsætte overvågning på arbejdspladsen. Da arbejdstageren er afhængig af virksomheden som indtægtsgrundlag, er der en formodning for, at arbejdstageren kan føle sig tvunget til at afgive samtykket, da arbejdstageren frygter for at miste sit arbejde, som følge af at blive opfattet som enten besværlig eller som havende noget at skjule overfor arbejdsgiveren.

Imidlertid udelukker ICO ikke, at samtykket kan anvendes som behandlingsgrundlag i visse nærmere definerede situationer, selvom der eksisterer et magtforhold. Dette er navnlig tilfældet, hvis det kan vises, at samtykket er frit givet. Nedenstående illustrerer en hensigtsmæssig anvendelse:

Som eksempel herpå nævner ICO en situation, hvor en arbejdsgiver ønsker at udarbejde en rekrutteringsvideo til virksomhedens hjemmeside. Arbejdsgiveren har i den pågældende situation hyret en række professionelle skuespillere, som skal medvirke ved indspilningen, men giver arbejdstagerne muligheden for at deltage frivilligt i videoen. I denne sammenhæng gøres det klart for arbejdstageren, at der ingen forudsætninger er for deltagelse, og at deltagelse ingen indflydelse har på evalueringen af medarbejderens arbejdsindsats. Ydermere er deltagelse frivilligt, og der er ingen negative konsekvenser forbundet med ikke at medvirke. I sådanne tilfælde anser ICO det for foreneligt med databeskyttelsesreglerne at anvende samtykke som behandlingsgrundlag, selvom om der isoleret set består et skævt partsforhold.¹³⁹

Ovenstående udtalelser fra ICO bidrager til forståelsen af, i hvilke nærmere specifikke situationer samtykket kan anvendes, og hvilke opmærksomhedspunkter, som er særligt relevant i sådanne sammenhænge.

Den græske tilsynsmyndighed har tilmed taget stilling til anvendelse af samtykket som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold. Afgørelsen behandles i afsnittet nedenfor.

¹³⁹ Ibid.

5.6.2 Græsk afgørelse om samtykke i ansættelsesforhold

Den græske tilsynsmyndighed, Hellenic DPA, indstillede i august 2019 det internationale revisionshus PwC til en bøde på 150.000 euro for at anvende samtykke som forkert behandlingsgrundlag.¹⁴⁰ Sagens faktum var følgende:

Revisionshuset PwC indsamlede personoplysninger som led i ansættelsesforhold. Virksomheden krævede samtykke fra sine ansatte som behandlingsgrundlag hertil. Personoplysningerne i den konkrete sag var nødvendige at behandle for at varetage ansættelsesforholdet. Tilsynsmyndigheden fandt, at behandlingen dermed burde have været hjemlet i andet behandlingsgrundlag.

Den græske tilsynsmyndighed anførte i den forbindelse, at et samtykke bruges, hvor ingen andre behandlingsgrundlag kan anvendes. Når valget mellem behandlingsgrundlagene er taget, kan der ikke skiftes til et andet behandlingsgrundlag. Hvis den registrerede efterfølgende trækker sit samtykke tilbage, er det ikke tilladt at behandle personoplysningerne med hjemmel i et andet behandlingsgrundlag, og det vil således svare til et forbud mod behandling af allerede indsamlede personoplysninger. Tilsynsmyndigheden udtalte i forlængelse heraf, at: ”(...) *Consent of data subjects in the context of employment relations cannot be regarded as freely given due to the clear imbalance between the parties.*” Oversat betyder dette, at et samtykke fra den registrerede i ansættelsesforhold ikke kan anses for at være afgivet frivilligt på grund af den klare skævhed mellem parterne. Den græske tilsynsmyndighed kommenterede ikke yderligere på frivilligheden i forbindelse med et samtykke, men de understregede, at et samtykke *ikke* kan anvendes som behandlingsgrundlag i et ansættelsesforhold.

Virksomheden gav de ansatte et falsk indtryk af, at de behandlede personoplysninger med de ansattes samtykke som behandlingsgrundlag, mens de i virkeligheden anvendte et andet retligt grundlag for behandlingen. Oplysninger om medarbejdere kan behandles med hjemmel i nødvendighed for opfyldelse af (ansættelses)kontrakt, retlig forpligtelse eller virksomhedens legitime interesse, jf. forordningens art. 6, stk. 1, litra b, c og f. Medarbejderne er aldrig blevet informeret herom, hvilket medfører,

¹⁴⁰ The Hellenic DPA decision no. 26/2019: Infringements of principles for the processing of personal data of employees by the employer company.

at virksomheden har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og dermed i strid med oplysningspligten i forordningens art. 13 og 14.

Afgørelsen afsagt af den græske tilsynsmyndighed illustrerer således, at et samtykke kun kan anvendes, når ingen af de andre behandlingsgrundlag kan finde anvendelse. Derudover anfører den græske tilsynsmyndighed, at et samtykke ikke kan anses for at være afgivet frivilligt i et ansættelsesforhold.

Den cypriotiske tilsynsmyndighed har ligeledes i en afgørelse forholdt sig til samtykkets anvendelighed i ansættelsesforhold. I det følgende afsnit behandles denne.

5.6.3 Cypriotisk afgørelse om anvendelse af samtykke i ansættelsesforhold

Den cypriotiske tilsynsmyndighed afsagde i 2021 en afgørelse om anvendelse af samtykke i ansættelsesforhold.¹⁴¹ Sagens faktum var følgende:

Tilsynsmyndigheden på Cypern tog stilling til en arbejdsgivers anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag til opbevaring og behandling af sundhedsrelaterede oplysninger om medarbejdere. Den dataansvarliges hovedaktivitet var rekruttering af søfarende og arbejdsformidling på krydstogtskibe. Som følge af disse aktiviteter var arbejdsgiveren forpligtet til at overholde juridiske forpligtelser i forbindelse med maritime lovgivninger, som gjorde det obligatorisk for arbejdsgivere at opbevare og behandle sundhedsrelaterede oplysninger om medarbejdere, f.eks. medicinske journaler.

Forud for en ansættelse indhentede arbejdsgiveren en generel tilladelse til indhentning af en række relevante sundhedsrelaterede dokumenter. Hvis ansøgeren nægtede at underskrive tilladelsen, ville den dataansvarlige ikke kunne tilbyde jobbet, da virksomheden herved ikke ville kunne opfylde sine forpligtelser.

Den cypriotiske tilsynsmyndighed udtalte, at det indikerede, at tilladelsen er indhentet på baggrund af et samtykke. Tilsynsmyndigheden mente ikke, at samtykket opfyldte betingelserne i art. 4, stk. 11

¹⁴¹ Cyprus Office of the Commissioner for Personal Data Protection, ref. 11.17.001.008.042: Authorisation for the release of medical records and processing of health-related data in the context of employment by Sea Chefs Cruises Ltd, 2021.

og art. 7. Samtykket var ikke afgivet frivilligt, eftersom medarbejderne på forhånd skulle afgive samtykket, og at det var en betingelse for ansættelse. Nægtelse af samtykke ville have negative konsekvenser, og en medarbejder ville dermed ikke kunne nægte eller tilbagetrække samtykket uden skade. Arbejdstageren havde dermed ikke et reelt valg om afgivelse eller nægtelse af samtykket.

Tilsynet anførte, at et samtykke *ikke* skal anvendes i ansættelsesforhold på grund af skævheden i forholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager. Skævheden i partsforholdet medvirker, at det er usandsynligt, at arbejdstageren er i stand til at nægte sin arbejdsgiver samtykke til databehandling uden at opleve frygt eller reel risiko for skadelige virkninger som et resultat heraf. Tilsynet opfordrer til at undersøge andre behandlingsgrundlag for følsomme personoplysninger i art. 9, stk. 2, litra b-j for lovlige behandling.

Afgørelsen viser, at et samtykke fra medarbejdere ikke kan være gyldigt, når det har negative konsekvenser for den ansatte, hvis samtykke nægtes. I afgørelsen kunne ansættelsesforholdet ikke indgås uden samtykket. Afgørelsen viser også, at behandlingen burde have været baseret på andet behandlingsgrundlag end samtykke, hvorefter behandlingen kunne have været lovlig.

I det følgende afsnit foretages der, på baggrund af ovenstående afgørelser, en vurdering af grænserne for samtykkets anvendelighed i ansættelsesforholdet.

5.7 Overvejelser om samtykke i ansættelsesforhold

Dette afsnit vil sammenholde praksis, som er behandlet i dette kapitel. Ydermere sammenlignes retstilstanden i Danmark og de udvalgte EU-medlemsstater for at undersøge, hvordan forordningens regler om samtykke i ansættelsesforhold fortolkes. Slutteligt vil dette udmønte sig i en diskussion af harmonisering af forordningens regler om brugen af samtykke i ansættelsesforhold sammenholdt med samtykkets overordnede formål.

Med indførslen af DBL § 12, stk. 3, gøres det af lovgiver klart, at et samtykke skal kunne anvendes som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold. Samtykket skal også være i overensstemmelse med forordningens gyldighedsbetingelser. Dermed slås det udtrykkeligt fast, at et samtykke skal kunne anvendes, men brugen af samtykke begrænses af forordningens bestemmelser.

Det kan umiddelbart virke som en overflødig bestemmelse, da forordningens generelle bestemmelser indeholder denne mulighed. Bestemmelsen er ifølge Blume formentlig ment som værende en modvægt overfor en almindelig skepsis over for samtykket i ansættelsesforholdet, da forordningens art. 88 som belyst i afsnit 5.3 tilmed muliggør fastsættelse af nationale bestemmelser herom. Derfor fjernes der, ifølge Blume, tilmed retsusikkerhed. Reglen i DBL § 12, stk. 3 gør ikke nødvendigvis samtykket synderligt fremtræden, da samtykket også skal være i overensstemmelse med forordningens gyldighedsbetingelser, og herunder navnlig frivilligt. På baggrund heraf kan problemet ikke nødvendigvis ses som løst, da der med indførelsen af DBL § 12, stk. 3 ikke stilles mindre krav til samtykket. Bestemmelsen fastsætter dog, at et gyldigt samtykke i ansættelsesforhold er muligt, men at det ikke på forhånd er udelukket. Peter Blume anfører yderligere, at bestemmelsen svarer til de faktiske forhold, hvorfor konsekvenser af en bortskaffelse af samtykket i disse sammenhænge vil være sværere at overskue. En afskaffelse vil udgøre en intervention i ansættelsesforholdet og ville med en udelukkelse blive opfattet som virkelighedsfjernt i relation til dagligdags praksis. Dermed medfører bestemmelsen, at der accepteres et frivilligt samtykke, men at der alligevel bør være påpasselighed for en dataansvarlig. Dette skyldes, at ansættelsesforholdet oftest kan være ufrivilligt og således ikke et udtryk for den registreredes selvbestemmelsesret.¹⁴²

Denne tilgang med en ikke-udelukket anvendelse af samtykket i ansættelsesforhold kom ligeledes til udtryk i Datatilsynets vejledende udtalelse om anvendelse af fingeraftryk til brug for registrering af ansattes komme-/gå-tider i afsnit 5.5.1. Datatilsynet nævner i forbindelse hermed, at kravet om frivillighed indebærer, at den ansatte har et reelt valg og samtidig kontrol med sine oplysninger. I udtalelsen fandt Datatilsynet, at samtykket *ikke* kunne gives frivilligt i dette tilfælde. Imidlertid afviser Datatilsynet ikke, at et samtykke i ansættelsesforhold kan være gyldigt under særlige omstændigheder.

I afsnit 5.6.1 fremgik et eksempel fra ICO, hvor et samtykke kan anses som gyldigt. Eksemplet omhandlede en virksomhed, der ville optage en rekrutteringsvideo på kontoret med professionelle skuespillere i fokus. Her kan medarbejderne frivilligt vælge at deltage i videoen. Det gøres klart, at det ingen indflydelse har på medarbejdernes arbejdsforhold og dermed ikke har negative konsekvenser, hvis samtykke nægtes. Dette eksempel er i tråd med Datatilsynets eksempel i sin nye vejledning

¹⁴² Blume, Peter: Personen i persondataretten, 2019, s. 91.

omhandlende optagelse af en reklamefilm på et rådhus, hvor medarbejderne kan samtykke til medvirken eller nægte samtykke uden negative konsekvenser.¹⁴³

Danmark og Storbritannien synes på baggrund heraf at have en harmoniseret opfattelse af anvendelse af samtykke i ansættelsesforhold. Samtykket kan anvendes, hvor det er åbenbart, at det er frivilligt og uden konsekvenser. Samtykke kan dermed ikke anvendes, hvor en medarbejder på grund af det ulige partsforhold vil frygte negative konsekvenser.

Omvendt sås en mere restriktiv tilgang til anvendelsen af samtykket i ansættelsesforhold i de to afgørelser fra Grækenland og Cypern. Begge afgørelser afviser samtykkets gyldighed i ansættelsesforhold. Det græske tilsyn udtalte endvidere i afgørelsen, at et samtykke ikke kan anvendes som behandlingsgrundlag for databehandling i ansættelsesforhold på grund af den klare ubalance mellem parterne, da frivillighedskravet ikke vil kunne løftes. Tilsynsmyndighederne kommenterer i afgørelserne ikke yderligere på frivilligheden, men understreger blot, at et samtykke *ikke* kan anvendes i ansættelsesforhold. Af afgørelserne fremgår det ikke, at samtykket under særlige omstændigheder alligevel kan anvendes, hvilket var tilfældet i Datatilsynets vejledende udtalelse om anvendelse af fingeraftryk til brug for registrering af ansattes komme-/gå-tider i afsnit 5.5.1.

Dette indikerer, at tilsynsmyndighederne i Grækenland og på Cypern besidder en mere restriktiv tilgang til anvendelse af samtykke i ansættelsesforhold. Dette indikerer, at der i Grækenland og på Cypern er en retstilstand, hvor man ikke vil anse samtykke som et gyldigt behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold. Det kan ikke udelukkes, at disse lande besidder samme opfattelse som den danske og britiske tilsynsmyndighed, men det fremgår imidlertid ikke af de to afgørelser.

Der ses dermed en tilstand fra Danmark og Storbritannien, hvor et samtykke kan anses som gyldigt, såfremt det ikke vil have åbenbare negative konsekvenser for den ansatte. Derimod kan samtykke ikke anvendes i situationer, hvor arbejdstager vil have en frygt eller reel risiko for negative konsekvenser. Dette ses i kontrast til praksis fra Cypern og Grækenland, hvor det afvises, at et samtykke kan anses som gyldigt som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold. Der ses dermed, som udgangspunkt, ikke en harmoniseret retstilstand i de udvalgte EU-medlemsstater.

¹⁴³ Datatilsynet: Vejledning om samtykke, 2021, s. 9.

Forordningen har til formål at harmonisere og ensarte databeskyttelsen i alle medlemsstater. Peter Blume anfører, at harmoniseringen af forordningen dog ikke er fuldt ud realiseret, grundet medlemsstaterne ikke er modne hertil.¹⁴⁴ Dette skyldes formentlig, at forordningen stadig er relativ ny, hvorfor bestemmelserne heri, i de kommende år, vil blive fortolket og udfyldt i praksis. Derfor kan det i en vis forstand anføres, at forordningen er ”work in progress”.¹⁴⁵

Forordningens udformning viser, at et højt og fælles beskyttelsesniveau er et ambitiøst mål, grundet forskel i retskulturer og nationale traditioner.¹⁴⁶ Forordningens art. 88 som omtalt i afsnit 5.3 er et eksempel på, at de enkelte medlemsstater kan fastsætte nærmere specifikke bestemmelser til at sikre beskyttelse af rettighederne og frihedsrettighederne i forbindelse med behandling af arbejdstageres personoplysninger i ansættelsesforhold. Hermed er der åbnet op for en lettere divergerende anvendelse af samtykke i ansættelsesforhold.

Disse divergerende regler på tværs af EU-medlemsstaterne vil medføre udfordringer for de dataansvarlige arbejdsgivere, som opererer på tværs af landegrænser. Dette skyldes, at disse skal være opmærksomme på at iagttage de krav, som gælder i de respektive medlemsstater, hvor de ansatte er udstationeret.¹⁴⁷

5.8 Sammenfatning

Som beskrevet øverst i dette kapitel, har Danmark fastsat en særregel for behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold. Reglerne har hjemmel i forordningens art. 88, som fastsætter, at medlemsstater kan fastsætte specifikke bestemmelser i forbindelse med behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold. Forarbejderne til DBL § 12, stk. 3 fastsætter, at hensigten med bestemmelsen er at fastslå, at samtykket skal kunne anvendes som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold. Samtykket skal derudover være i overensstemmelse med forordningen.

Det blev fastslået, at Artikel 29-Gruppen nævner, at der i et ansættelsesforhold, hvor den registrerede er undergivet den dataansvarliges indflydelse, kan bestå et afhængighedsforhold, hvilket ikke

¹⁴⁴ Blume, Peter: Databeskyttelsesret, 2018, s. 103.

¹⁴⁵ Ibid., s. 61.

¹⁴⁶ Blume, Peter: Den nye persondatarets aktører, 2018, s. 100.

¹⁴⁷ Kuner, Christopher og Bygrave, Lee m.fl.: GDPR a commentary, s. 1237.

nødvendigvis altid er tilfældet. EDBP tilslutter sig tilmed denne opfattelse i sine nyeste retningslinjer. Herudover blev det belyst, at et samtykke ifølge EDPB kun er gyldigt, hvis arbejdstageren er i stand til at foretage et reelt frit valg, og der ikke er risiko for vildledning, intimidering, pres, tvang eller væsentlige negative konsekvenser ved ikke at afgive samtykke til behandling.

Det blev i Datatilsynets vejledende udtalelse i afsnit 5.5.1 udledt, at det efter tilsynets opfattelse vil være tvivlsomt, at en arbejdstager kan afvise at afgive et samtykke til behandling af arbejdstagerens fingraftryk uden frygt eller risiko for, at en sådan afvisning vil have negative konsekvenser for arbejdstageren eller uden at føle et vist pres. Datatilsynet angiver dog, at de ikke kan afvise, at et samtykke under særlige omstændigheder vil kunne anses som frivilligt.

I afsnit 5.6.1 blev det fastlagt, at den britiske tilsynsmyndighed anser det for en uhensigtsmæssig anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag, når den dataansvarlige befinder sig i en magtposition overfor den registrerede, hvilket er tilfældet i et ansættelsesforhold. Det blev i afsnittet fastlagt, at den britiske tilsynsmyndighed imidlertid ikke udelukker, at samtykket kan anvendes som behandlingsgrundlag i visse nærmere definerede situationer, uanset at der eksisterer et magtforhold.

Der blev undervejs i kapitlet belyst to afgørelser fra henholdsvis Grækenland og Cypern, hvor en mere restriktiv tilgang til anvendelsen af samtykket i ansættelsesforhold fremgik. Begge afgørelser afviser samtykkets gyldighed i ansættelsesforhold, grundet det ulige partsforhold. Afgørelserne henviser til, at den dataansvarlige burde overveje, om andet behandlingsgrundlag kunne være passende for den konkrete behandling.

Der ses dermed en tilstand fra Danmark og Storbritannien, hvor et samtykke kan anses som gyldigt, hvis det ikke vil have åbenbare negative konsekvenser for arbejdstageren. En total udelukkelse af samtykket i ansættelssammenhæng vil være uhensigtsmæssig i relation til dagligdagspraksis sammenholdt med samtykkets selvbestemmelsesret.

Det følgende kapitel 6 vil behandle anvendelse af samtykke i forholdet mellem en offentlig myndighed og en borger.

6 Samtykke som behandlingsgrundlag i det offentlige

6.1 Indledende bemærkninger

En borger kan være afhængig af en offentlig myndighed i relation til at opnå en bestemt retlig position, hvorfor vedkommende kan opleve det som en nødvendighed at afgive sit samtykke til behandling af personoplysninger.¹⁴⁸ Følgende kapitel vil se nærmere på samtykkets anvendelighed i forholdet mellem en offentlig myndighed som *den dataansvarlige* og en borger som *den registrerede*.

Af forordningens præambelbetragtning 43 fremgår det, at med henblik på at sikre et frivilligt samtykke, bør samtykke ikke udgøre et behandlingsgrundlag i et specifikt tilfælde, såfremt der består en klar skævhed mellem den registrerede og den dataansvarlige, navnlig hvis den dataansvarlige er en offentlig myndighed. Det fremgik desuden direkte af det oprindelige forslag til forordningens art. 7, stk. 4, at samtykke ikke tilvejebringer et retsgrundlag for behandling, såfremt der er en klar skævhed mellem den registrerede og den dataansvarlige.¹⁴⁹

Nærværende kapitel vil, på baggrund af ovenstående præambelbetragtning 43 og det oprindelige forslag til forordningen, belyse grænserne for anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag i forholdet mellem en offentlig myndighed og en borger. Først og fremmest vil brugen af samtykke hos offentlige myndigheder blive belyst, hvorefter der vil blive inddraget to afgørelser fra henholdsvis Danmark og Sverige, samt et eksempel fra den engelske tilsynsmyndighed, ICO. Dette har til formål at klarlægge, hvorvidt og i hvilke situationer et gyldigt samtykke kan anvendes i forholdet mellem en offentlig myndighed og en borger.

¹⁴⁸ Blume, Peter: Personen i persondataretten, 2019, s. 91.

¹⁴⁹ Kommissionens forslag af 25. januar 2012 (COM(2012)0011 endelig), s. 47.

6.2 Brugen af samtykke hos offentlige myndigheder

Nærværende kapitel tager udgangspunkt i de situationer, hvor den offentlige myndighed baserer sin behandling på et samtykke.

Offentlige myndigheder skal imidlertid, foruden overholdelse af databeskyttelsesreglerne, tilmed overholde de forvaltningsretlige regler, der kan indeholde krav, som tilmed skal overholdes ved siden af databeskyttelsesforordningen undervejs i sagsbehandlingen. Dette kan være krav om, at den offentlige myndighed skal indhente et samtykke. Spørgsmålet i denne sammenhæng er, hvorvidt dette samtykke efter nærmere bestemte regelsæt *også* udgør behandlingsgrundlaget efter databeskyttelsesforordningen. Det forvaltnings- og databeskyttelsesretlige regelsæt gælder imidlertid ved siden af hinanden, hvilket kan komme til udtryk i to situationer.¹⁵⁰

Den *første* situation er, hvor forvaltningsretten stiller krav om samtykke, og samtykket *også* udgør grundlaget for behandling efter forordningen, således samtykket skal overholde kravene til et gyldigt samtykke efter forordningen. Dette er eksempelvis tilfældet for så vidt angår § 11a i lov om retssikkerhed og administration på det sociale område.¹⁵¹ Det følger af bestemmelsen, at den offentlige myndighed efter forudgående samtykke fra den, der søger om eller får hjælp, kan forlange, at andre offentlige myndigheder mv. giver oplysninger om den pågældende, som er nødvendige for behandling af sagen. I denne situation udgør samtykket *også* behandlingsgrundlaget efter databeskyttelsesforordningen, hvorfor kravene til samtykkets gyldighed skal være opfyldt.¹⁵²

For så vidt angår den *anden* situation, skal der indhentes samtykke efter forvaltningsretten, men ikke samtykke efter databeskyttelsesforordningen. Der skal derimod efter forordningen være et andet behandlingsgrundlag, hvorfor forordningen gælder ved siden af det forvaltningsretlige samtykke. Som eksempel herpå findes § 37 i arbejdsskadesikringsloven, hvor der skal indhentes stiltiende samtykke samtidig med, at der skal findes et retlig grundlag for behandling efter databeskyttelsesforordningen.¹⁵³ Et samtykke som dette vil oftest udgøre en garantiforskrift for den enkelte borger, men ikke hjemmelsgrundlaget for behandlingen af vedkommendes personoplysninger. Derfor vil

¹⁵⁰ Horten: Ret & Indsigt 01/21, Samtykket: Den evige ballademager inden for GDPR, s. 14.

¹⁵¹ LBKG 2020-11-02 nr. 1555, Retssikkerhed og administration på det sociale område.

¹⁵² Horten: Ret & Indsigt 01/21, Samtykket: Den evige ballademager inden for GDPR, s. 14.

¹⁵³ Ibid.

hjemmelsgrundlaget i disse tilfælde oftest være henset til samfundsmæssig interesse eller myndighedsudøvelse efter forordningens art. 6, stk. 1, litra e.¹⁵⁴

Ovenstående sondring er vigtig for den offentlige myndighed at iagttage, da samtykket i forskellige retsområder ikke skal forveksles. Dermed skal offentlige myndigheder være opmærksomme på det databeskyttelsesretlige behandlingsgrundlag, og herunder gyldighedsbetingelserne for samtykket. Særligt er betingelsen om et frivilligt samtykke udfordret i denne kontekst, hvilket belyses nedenfor.

6.3 Frivillighed i forholdet mellem offentlig myndighed og borger

Tages der udgangspunkt i en behandling, hvor den offentlige myndighed anvender samtykke som behandlingsgrundlag efter forordningen, giver frivillighedsbetingelsen anledning til nærmere belysning. Det er særligt på ydelsesområdet, at frivillighedsbetingelsen er udfordret, selvom borgere generelt kan opleve, at forholdet til en offentlig myndighed undertiden kan fremstå skræmmende.¹⁵⁵

Når offentlige myndigheder behandler personoplysninger med hjemmel i forordningens art. 6, stk. 1, litra a og art. 9, stk. 2, litra a, bør der på baggrund af præambelbetragtning 43 sammenholdt med art. 7, stk. 4, ikke være tale om et gyldigt behandlingsgrundlag, såfremt der består en klar skævhed mellem den registrerede og den dataansvarlige.¹⁵⁶

Artikel 29-Gruppen fremhæver i sammenhæng hermed, at den registrerede i de fleste tilfælde ikke besidder noget reelt alternativ end at acceptere den dataansvarliges behandling, hvorfor gruppen mener, at der eksisterer andre retsgrundlag, som er bedre egnet til de offentlige myndigheders behandlinger af personoplysninger. Imidlertid anser gruppen det ikke for fuldstændig udelukket, at offentlige myndigheder kan anvende samtykke som behandlingsgrundlag, og at samtykket kan være hensigtsmæssigt i visse situationer.¹⁵⁷ Dette fremsætter gruppen to eksempler på, som belyses nedenfor:

¹⁵⁴ Datatilsynet: Vejledning om samtykke, 2019, s. 6.

¹⁵⁵ Blume, Peter: Personen i persondataretten, 2019, s. 92.

¹⁵⁶ Justitsministeriets betænkning om databeskyttelsesforordningen nr. 1565/2017, del I, bind 1, s. 182.

¹⁵⁷ EDPB: Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, s. 8f.

Først og fremmest nævnes et eksempel, hvor en kommune står foran et vejarbejde, som risikerer at forstyrre trafikken. På baggrund heraf tilbyder kommunen sine borgere at tilmelde sig en e-mail-liste, således borgeren kan opnå informationer om status og forsinkelser. Kommunen tydeliggør, at det ikke er et krav at tilmelde sig, og fremhæver at samtykket alene anvendes til dette formål. Eventuelle borgere, som ikke ønsker at tilmelde sig listen, vil ikke miste udøvelsen af eventuelle rettigheder eller nogen af kommunens kerneydelser. Derfor kan borgerne frit afgive eller afvise deres samtykke til behandling. Herudover vil alle relevante oplysninger om vejarbejdet være tilgængeligt på kommunens hjemmeside.¹⁵⁸

Herefter nævnes et eksempel på en situation, hvor en offentlig skole beder de studerende om at afgive samtykke til at anvende deres billeder til brug for et trykt studentblad. I en sådan situation vil samtykket være et reelt frit valg, såfremt de studerende ikke nægtes adgang til undervisning eller andre relevante tjenester. Desuden kan de studerende afvise at give samtykke uden konsekvenser.¹⁵⁹

De enkelte eksempler viser, hvordan Artikel 29-Gruppen anser samtykket for at være hensigtsmæssigt i visse situationer. Herudover er det fælles for de to eksempler, at borgeren kan nægte at give samtykke uden negative konsekvenser for vedkommende. Dette betyder også, at den registrerede, som nægter at afgive samtykke, ikke stilles ringere end den registrerede, som afgiver et samtykke.

At Artikel 29-Gruppen ikke anser samtykket for fuldstændigt udelukket som behandlingsgrundlag, må imidlertid efterlades et snævert anvendelsesområde, hvor gyldig anvendelse er ganske usædvanligt.¹⁶⁰

I forlængelse heraf henviser Datatilsynet i deres vejledning om samtykke til, at behandling vil kunne ske på baggrund af et samtykke i de situationer, hvor den registreredes nægtelse af at afgive samtykke er uden betydning for den offentlige myndigheds sagsbehandling af en ydelse eller tilladelse. I forbindelse hermed henviser Datatilsynet til situationer, hvor en borger ønsker at modtage oplysninger via

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Kuner, Christopher og Bygrave, Lee m.fl.: GDPR a commentary, s. 353.

e-mail om forsinkede anlægsarbejder i lokalområdet. Dette er i tråd med ovenstående eksempel fremsat af Artikel 29-Gruppen ovenfor.¹⁶¹

Det fremhæves dog i Justitsministeriets betænkning, at forordningens art. 7, stk. 4, ud fra en ordlydsfortolkning, dog ikke fører til, at samtykket ikke kan benyttes i tilfælde, hvor offentlige myndigheder behandler personoplysninger. Bestemmelsen forudsætter blot, at behandlingen skal være nødvendig for opfyldelsen af kontrakten. I forbindelse hermed forudsættes det, at dette nødvendighedskrav er opfyldt, såfremt den offentlige myndighed *har brug for personoplysningerne* til behandling af den pågældende borgers sag.

Som følge af indretningen af lovgivningen, så kan myndigheden have brug for visse oplysninger gennem anvendelse af samtykke, da myndigheden ikke kan indhente oplysningerne på anden vis. I forbindelse hermed henvises der i Justitsministeriets betænkning til vejledning om forvaltningsloven¹⁶², hvor det fremgår, at det er et grundlæggende princip i dansk forvaltningsret, at det påhviler den enkelte forvaltningsmyndighed at fremskaffe fornødne oplysninger om de foreliggende sager, og endog foranlediger, at parterne yder medvirken hertil.¹⁶³

I tvivlstilfælde vil den offentlige myndighed kunne overveje et andet passende behandlingsgrundlag, herunder forordningens art. 6, stk. 1, litra e (offentlig myndighedsudøvelse), eller art. 9, stk. 2, litra g (væsentlige samfundsinteresser).¹⁶⁴ Derfor bør offentlige myndigheder altid begynde med andre behandlingshjemler, og dermed kun anvende samtykke fra borgeren, såfremt det måtte være påkrævet.¹⁶⁵ Dette udgangspunkt fra Justitsministeriet er dermed i overensstemmende med Artikel 29-Gruppens tilgang til offentlige myndigheders anvendelse af samtykke.

I en række tilfælde inden for den faktiske forvaltning er sådanne alternative behandlingsgrundlag ikke anvendelige. I praksis slækkes der herved for så vidt angår kravet til frivillighed, da dette begrundes ved, at behandlingen er begrundet i almene samfunds- og velfærdydelse, som ikke bør afskæres som følge af databeskyttelsesretten. Det kan tilmed opfattes sådan, at borgeren har brug for det offentlige

¹⁶¹ Datatilsynet: Vejledning om samtykke, 2019, s. 6.

¹⁶² Justitsministeriets vejledning 11740 af 4. december 1986: Vejledning om forvaltningsloven.

¹⁶³ Justitsministeriets betænkning om databeskyttelsesforordningen nr. 1565/2017, del I, bind 1, s. 182f.

¹⁶⁴ *Ibid.*, s. 183.

¹⁶⁵ Nielsen, Kristian og Lotterup, Anders: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 2020, s. 414.

i mange henseender, hvorfor det, når påkrævet, er acceptabelt at anvende samtykke, uagtet det måske ikke anses for helt i orden.¹⁶⁶

Som illustrerende eksempel herpå, kan nævnes den situation, at en borger har ret til en offentlig ydelse. Som følge af præambelbetragtning 43 sammenholdt med forordningens art. 7, stk 4 bør samtykket ikke udgøre et gyldigt hjemmelsgrundlag, såfremt der består en klar skævhed mellem den offentlige myndighed og den registrerede. Imidlertid anføres det, som fremhævet ovenfor af Justitsministeriets betænkning, at bestemmelsen i art 7, stk. 4 ud fra en ordlydsfortolkning *ikke* fører til, at samtykke ikke kan anvendes som behandlingshjemmel i sådanne tilfælde. Bestemmelsen forudsætter blot, at behandlingen fra den offentlige myndigheds side er *nødvendig* for opfyldelsen. Dette kan også fremstilles således, at myndigheden grundet indretningen af lovgivningen ikke kan indhente de nødvendige oplysninger på anden vis. Herudover vil der, efter officialmaksimen, påhvile den offentlige myndighed at fremskaffe de nødvendige oplysninger til brug for en sag, eller at foranledige at parter yder medvirken til sagen. Det skal imidlertid fremhæves, at det i praksis ofte ikke er nødvendigt at indhente samtykke til nødvendige oplysninger, da andre behandlingsgrundlag såsom art. 6, stk. 1, litra e eller art. 9 stk. 2, litra f og g vil kunne anvendes. Derfor, som anført ovenfor, bør den offentlige myndighed da starte med disse andre behandlingsgrundlag, hvorfor anvendelse af samtykke kun bør benyttes, såfremt det er påkrævet.¹⁶⁷

I sådanne tilfælde, hvor der søges en ydelse af det offentlige, anses partsforholdet tit så ulige, at der ikke garanteres en rimelig proportionalitet mellem de krævede personoplysninger og de ønskede ydelser, hvorfor der kan foreligge en integritetsrisiko. Samtykket vil da oftest ikke ses som frivilligt afgivet, men Peter Blume anser det imidlertid som vanskeligt, hvorvidt der i den konkrete situation foreligger en sådan grad af ufrivillighed, at samtykket bliver ugyldigt. I sådanne situationer viser databeskyttelsesretten sin pragmatiske side, da samtykket, som anført ovenfor, overordnet set ikke udelukkes for så vidt angår offentlige myndigheder. Peter Blume anfører tilmed, at en total udelukkelse af samtykket

¹⁶⁶ Blume, Peter: Personen i persondataretten, 2019, s. 93.

¹⁶⁷ Nielsen, Kristian og Lotterup, Anders: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 2020, s. 414.

som behandlingsgrundlag i forholdet mellem offentlige myndigheder og borgere vil medføre et for vidtgående standpunkt, som i visse situationer vil vanskeliggøre forvaltningsudøvelsen.¹⁶⁸

Datatilsynet har den 5. maj 2021 opdateret sin vejledning om samtykke¹⁶⁹, som erstatter vejledningen fra 2019.¹⁷⁰ Tilsynet har i den nye vejledning foretaget en række sproglige tilpasninger af vejledningens afsnit om samtykke i ulige forhold, herunder offentlige myndigheder. Det fremgår således nu, at offentlige myndigheder *sædvanligvis* ikke vil kunne behandle personoplysninger på baggrund af et samtykke, grundet samtykkets manglende frivillighed, da borgerne ikke vil besidde et reelt frit valg. Af tilsynets, nu forældede, vejledning fra 2019 fremgik det, at en offentlig myndighed *ofte* ikke vil kunne behandle personoplysninger på baggrund af et samtykke.

Det fremgår både af vejledningen fra 2021 og 2019, at offentlige myndigheder derfor nøje bør overveje anvendelsen af samtykke som behandlingsgrundlag. Imidlertid er det tilføjet i den opdaterede vejledning, at myndigheden *også* bør overveje, om samtykket overhovedet kan bruges.

Disse sproglige tilpasninger kan indikere, at tilsynet ønsker at tydeliggøre, at offentlige myndigheder som udgangspunkt ikke kan anvende samtykke som behandlingsgrundlag.

Imidlertid efterlader denne ændring i vejledningen en lettere uafklaret retstilstand, hvor det formentlig vil bero på en konkret vurdering af den enkelte behandlingssituation, hvorvidt samtykket kan anvendes som behandlingsgrundlag. Samtidig skal det dog nævnes, at det, som anført ovenfor, i praksis ofte ikke er nødvendigt at indhente samtykke til nødvendige oplysninger, da andre behandlingsgrundlag vil kunne anvendes. Derfor er anvendelsesområdet for samtykket i disse relationer formentlig relativt snævert, hvilket tilmed fremhæves af Kuner og Bygrave, som anser anvendelsesområdet for ganske usædvanligt.¹⁷¹

Artikel 29-Gruppen har tidligere udtalt sig om frivillighedsbetingelsen i en konkret stillingtagen til et system til brug for elektroniske patientjournaler. Af udtalelsen fremgår en række interessante betragtninger om frivillighedsbetingelsen.

¹⁶⁸ Blume, Peter: Personen i persondataretten, 2019, s. 92.

¹⁶⁹ Datatilsynet: Vejledning om samtykke, 2021.

¹⁷⁰ Datatilsynet: Vejledning om samtykke, 2019.

¹⁷¹ Kuner, Christopher og Bygrave, Lee m.fl.: GDPR a commentary, s. 353.

6.4 Artikel 29-Gruppen om frivillighed og tvang

Gruppen forholder sig i udtalelsen til dagældende definition af et samtykke efter persondatadirektivet, hvor den registreredes samtykke er enhver *frivillig*, specifik og informeret viljestilkendegivelse.¹⁷² Relevant for nærværende afhandling er særligt gruppens stillingtagen til frivillighedsbetingelsen, som er underlagt den samme forståelse efter forordningen som beskrevet i afsnit 1.3.3.

Det skal nævnes, at de elektroniske patientjournaler (EPJ-system) i denne sammenhæng skal forstås som en journal eller et lignende dokument om en persons tidligere samt nuværende helbredstilstand, som giver umiddelbar adgang til disse oplysninger med henblik på videre lægelig behandling og andre relaterede formål.

Gruppen anfører, i generelle vendinger, til betingelsen om et frit afgivet samtykke, at ved et frivilligt samtykke menes ”... *en viljesbeslutning, som en person, der ved sine evners fulde brug, har truffet uden nogen form for tvang af social, økonomisk, psykologisk eller anden art*”.¹⁷³ Hermed understreges det, at såfremt der under indhentelse af samtykket foreligger et element af tvang, uanset om det er socialt, økonomisk, psykologisk eller lignende, vil der være en formodning for, at samtykket vil være ugyldigt. Dermed anses begrebet tvang som bredt dækkende, da det tilmed nævnes, at tvangen ligeledes kan være af *anden art*.

Gruppen tilføjer i udtalelsen, at ethvert samtykke, som er afgivet under trussel fra den dataansvarlige om, at den registrerede ikke vil blive behandlet, eller være genstand for en dårligere behandling, ikke kan anses som et frivilligt samtykke. I sammenhæng hermed tilføjer Artikel 29-Gruppen, at såfremt den registrerede ikke har haft mulighed for at træffe et reelt valg eller er genstand for et ”fait accompli”¹⁷⁴, vil det afgivne samtykke betragtes som ugyldigt.¹⁷⁵ Dermed er det, efter gruppens opfattelse, ikke overensstemmende med databeskyttelsesreglerne at anvende samtykke i situationer, hvor andre behandlingsgrundlag ikke kan begrunde behandlingen, og hvor den registrerede ingen indflydelse har og reelt præsenteres for en behandling af personoplysninger, som allerede er truffet forinden indhentelse af samtykket.

¹⁷² Artikel 29-Gruppen (WP 131): Arbejdsdokument vedrørende behandling af personlige sundhedsoplysninger i elektroniske patientjournaler (EPJ).

¹⁷³ Ibid., s. 9.

¹⁷⁴ ”Fait accompli, kendsgerning; fuldbyrdet handling; handling, der ikke står til at ændre.” (Den Store Danske, 2021).

¹⁷⁵ Artikel 29-Gruppen (WP 131): Arbejdsdokument vedrørende behandling af personlige sundhedsoplysninger i elektroniske patientjournaler (EPJ), s. 9.

I udtalelsen anfører Artikel 29-Gruppen konkret i forhold til EPJ-systemerne, at det anses for vildledende, såfremt en erhvervsdrivende i sundhedssektoren, som er nødsaget til at foretage en behandling af personoplysninger i et EPJ-system grundet patientens helbreds-situation, forsøger at begrunde behandlingen med henvisning til patientens samtykke. Det tilføjes, at samtykket bør begrænses til de nærmere bestemte tilfælde, hvor patienten besidder et reelt valg og kan tilbagetrække sit samtykke uden at lide skade.¹⁷⁶

Hermed understreges det, som også Artikel 29-Gruppen har anført i deres vejledning om samtykke, at samtykket mister sin værdi, hvis det udstrækkes eller begrænses for at tilpasse dets virke i situationer, hvor det aldrig var hensigten, at samtykket skulle anvendes.¹⁷⁷ Denne pointe er tilmed omtalt i afsnit 3.2 om samtykkets anvendelighed.

Afgørelser fra de enkelte medlemsstaters tilsynsmyndigheder udgør et væsentligt element, der bør tages i betragtning for fastlæggelsen af gældende ret. Som følge heraf vil de kommende afsnit først belyse to afgørelser fra den danske tilsynsmyndighed, hvorefter to afgørelser fra den svenske tilsynsmyndighed vil blive belyst. Slutteligt inddrages der et eksempel fra den engelske tilsynsmyndighed.

6.5 Dansk praksis om samtykke i forholdet mellem offentlig myndighed og borger

I det følgende vil to afgørelser afsagt af Datatilsynet belyses. Disse er interessante for nærværende afhandling, da de viser, at anvendelse af et samtykke mellem en borger og offentlig myndighed, i de konkrete sager, ikke udgjorde et passende behandlingsgrundlag grundet det ulige forhold mellem borgeren (klager) og kommunen.

6.5.1 Hillerød Kommunes behandling af personoplysninger

Datatilsynet traf den 6. november 2018 afgørelse i en sag vedrørende videregivelse af personoplysninger om klager til Hillerød Kommunes samarbejdspartner Integro.¹⁷⁸ Afgørelsen er utrykt og fremgår af bilag 1. Sagens faktum var følgende:

¹⁷⁶ Ibid., s. 9.

¹⁷⁷ Artikel 29-Gruppen (WP 187): Udtalelse 15/2011 om definition af samtykke, s. 11.

¹⁷⁸ Datatilsynets j.nr. 2018-32-0454 (utrykt afgørelse): Klage over Hillerød Kommunes behandling af personoplysninger om (...).

Klager havde som led i et aktiveringsforløb været tilknyttet Jobcenter Hillerød, underlagt Hillerød Kommune. I den forbindelse skulle klager deltage i et CV-kursus, afholdt af Integro, for at modtage dagpengeydelse. Der blev indgået aftale mellem klager og Hillerød Kommune om, at klager skulle deltage i kurset. Kommunen videregav i den forbindelse almindelige personoplysninger til Integro. Kommunen anførte, at aftalen mellem klager og kommunen kunne anses for at udgøre et samtykke til, at de måtte behandle almindelige personoplysninger om ham til brug for indmeldelse i kurset.

Datatilsynets afgørelse

Datatilsynet lagde til grund, at Integro agerede som selvstændig dataansvarlig, og at Hillerød Kommune videregav almindelige oplysninger omfattet af forordningens art. 6.

Datatilsynet fastslog i forlængelse heraf, at behandlingen ikke kunne foretages med hjemmel i forordningens art. 6, stk. 1, litra a. Datatilsynet anførte, at klagers samtykke ikke kunne anses for at opfylde betingelserne i forordningens art. 4, nr. 11 og art. 7. Derudover fremhævede Datatilsynet, at frivillighedsbetingelsen ikke kunne anses for opfyldt: ”(...) idet samtykket er anvendt til brug for kommunens behandling af en ydelse til klager, og at der derfor er et klart ulige forhold mellem klager og kommunen.”

Datatilsynet fandt derudover, at betingelsen om, at et samtykke skal være en utvetydig viljestilkendegivelse, ej heller var opfyldt. Der blev i sagen udtalt kritik af, at kommunens behandling af personoplysningerne ikke var i overensstemmelse med databeskyttelsesforordningen art. 5, stk. 1, litra a.

Afgørelsen er interessant, fordi den illustrerer, at et samtykke i dette tilfælde mellem en borger og en offentlig myndighed ikke udgør et passende behandlingsgrundlag grundet det ulige forhold mellem klager og kommunen. Dette skal ses i sammenhæng med, at klager modtager en ydelse fra kommunen, som gør, at han anses for være afhængig af kommunen, da de kan træffe afgørelse om, hvorvidt han er berettiget til ydelsen eller ej.

Følgende er i overensstemmelse med Justitsministeriets betænkning om databeskyttelsesforordningen. Som nævnt i afsnit 6.3 skal der, ved en vurdering af, hvorvidt samtykket er frivilligt, tages størst muligt hensyn til, hvorvidt samtykket er afgivet af en registreret overfor en offentlig myndighed som

dataansvarlig, hvor der eksisterer en klar skævhed mellem parterne. Dette er navnlig tilfældet, når en registreret ansøger om en ydelse fra en offentlig myndighed.¹⁷⁹

Datatilsynet nævner i deres begrundelse for afgørelsen, at de på baggrund af sagens oplysninger ikke kunne afvise, at behandlingen af personoplysninger kunne være sket på baggrund af forordningens art. 6, stk. 1, litra e (offentlig myndighedsudøvelse).

En anden afgørelse af relevans for belysning af brugen af samtykke mellem en offentlig myndighed og en borger er Kerteminde Kommunes behandling af personoplysninger. Det kommende afsnit vil behandle denne.

6.5.2 Kerteminde Kommunes behandling af personoplysninger

Datatilsynet foretog i 2019 afgørelse om videregivelse af en speciallægeerklæring til et opholdssted.¹⁸⁰ Afgørelsen er utrykt og vedlagt i bilag 2. Sagens faktum var følgende:

Sagen omhandlede, at klager i forbindelse med, at Kerteminde Kommune skulle afdække klagers datters situation i hjemmet, blev tilbudt at deltage i en VISO-udredning (Den nationale videns- og specialrådgivningsorganisation). I den forbindelse blev der udarbejdet en børnefaglig undersøgelse.

Kerteminde Kommune anmodede klager om samtykke til behandling af klagers jobcentersag, indeholdende en speciallægeerklæring. Dette havde til formål at tegne et retvisende billede af familiens situation.

Klager tilbagekaldte efterfølgende sit samtykke til, at de måtte bruge speciallægeerklæring nr. 1 og fremsender speciallægeerklæring nr. 2. Kommunen anvendte speciallægeerklæring nr. 2, og oplyste i relation hertil, at den blev videregivet på baggrund af klagers samtykke. Dette samtykke var genstand for Datatilsynets afgørelse.

Datatilsynets afgørelse

Datatilsynet vurderede på baggrund af ovenstående, at Kerteminde Kommune ikke havde godtgjort et lovligt grundlag for behandling af klagers personoplysninger. Til trods for, at kommunen angav, at

¹⁷⁹ Justitsministeriets betænkning om databeskyttelsesforordningen nr. 1565/2017, del I, bind 1, s. 182.

¹⁸⁰ Datatilsynets j.nr. 2019-32-1065 (utrykt afgørelse): Klage over behandling af personoplysninger.

behandlingen ikke alene kunne ske på baggrund af en borgers samtykke, så angav de ikke et andet behandlingsgrundlag. Datatilsynet tog derfor stilling til, hvorvidt samtykket var i overensstemmelse med betingelserne i databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 11 og art. 7. Datatilsynet lægger vægt på at betingelsen om et frivilligt samtykke ikke kan anses for at være opfyldt, ”(...) idet samtykket er anvendt til brug for kommunens udfærdigelse af en børnefaglig undersøgelse om klagers datter, og at der derfor er et klart ulige forhold mellem klager og kommunen.”

Derudover fandt Datatilsynet, at samtykket ikke opfyldte betingelsen om at være en utvetydig viljestilkendegivelse, hverken til behandlingen af oplysningerne i den børnefaglige undersøgelse eller til den videregivelse, som fandt sted. Datatilsynet afviser imidlertid ikke, at behandlingen ikke kunne finde sted under et andet behandlingsgrundlag.

Sagen viser, at offentlige myndigheder skal være særligt påpasselige med at anvende borgeres samtykke som behandlingsgrundlag, fordi der i mange tilfælde vil være et klart ulige forhold mellem borger og den offentlige myndighed.

I afsnit 6.3 blev det anført, at offentlige myndigheder altid bør begynde med andre behandlingsgrundlag. Behandlingsgrundlag, som bør iagttages, er eksempelvis art. 6, stk. 1, litra e (offentlig myndighedsudøvelse) eller art. 9, stk. 2, litra f (retskrav) og g (væsentlige samfundsinteresser). Dermed bør den offentlige myndighed kun anvende samtykke fra borgeren, såfremt det måtte være nødvendigt. I et sådan tilfælde vil der, efter Peter Blumes opfattelse, som anført i afsnit 6.3, slækkes ved frivillighedskravet, da behandlingen begrundes i almene samfunds- og velfærdydelse, der ikke bør afskæres af databeskyttelsesretten. Derfor kan anvendelse af et samtykke anvendes som sidste udvej, uagtet det ikke fuldt ud lever op til kravene om et gyldigt samtykke.

Til fortolkning og forståelse af brugen af samtykke i forholdet mellem offentlig myndighed og borger vil der i følgende afsnit ses nærmere på to relevante afgørelser fra den svenske tilsynsmyndighed.

6.6 Anden europæisk forståelse

I nærværende afsnit behandles praksis og udtalelser fra udvalgte EU-medlemslande. Dette bidrager til en forståelse af, hvordan reglerne fortolkes og anvendes i andre medlemslande. Som beskrevet i metodeafsnit 1.3.4, er relevante afgørelser fra Sverige og eksempler fra Storbritannien medtaget.

6.6.1 Svensk afgørelse om brug af ansigtsgenkendelse til kontrol af fremmøde på gymnasium

I februar 2019 indledte den svenske tilsynsmyndighed Integritetsskyddsmyndighetens (herefter IMY) et tilsyn med Anderstorps gymnasium.¹⁸¹ Sagens faktum var følgende:

Gymnasiet havde en forsøgsordning, hvor de anvendte videoovervågning med ansigtsgenkendelse til at kontrollere fremmøde af elever på gymnasiet. Forsøget forløb i tre uger. Formålet med anvendelsen af ansigtsgenkendelse var at kontrollere fremmøde for 22 elever i en gymnasieklasse samt at teste, hvorvidt gymnasiet fremtidigt skulle anvende denne metode til kontrol af fremmøde. Herved ville gymnasiet kunne lette og effektivisere fremmødekontrollen. Det fremgår af afgørelsen, at det tog gymnasiet 10 minutter per lektion at udføre kontrollen. Dermed ville ansigtskontrollen spare 17.280 timer per skoleår. Ansigtsgenkendelsen blev udført ved, at eleverne blev filmet, når de gik ind i et klasserum. Videoovervågningen var koblet sammen med billeder af de deltagende elever. Der blev både registreret biometriske data i form af billeder af ansigt og oplysninger om for- og efternavn. Der blev, ifølge gymnasiet, indhentet udtrykkelig godkendelse fra værger, og det var muligt at afstå fra at være deltagende i forsøget. Elevernes værger fik information om forsøgets formål og hvilke personoplysninger, der ville ske behandling af, for at de kunne give sit udtrykkelige og frie samtykke til behandlingen. Såfremt der var elever, som ikke ville deltage, ville de blive fremmødekontrolleret på vanlig vis. Informationen indeholdt også muligheden for at tilbagetrække sit samtykke når som helst.

¹⁸¹ Integritetsskyddsmyndigheten, DI-2019-2221: Ansiktsgenkänning för närvarokontroll av elever.

IMY's afgørelse

IMY konstaterede indledningsvist, at det faktum, at der i denne sag var tale om en forsøgsordning, ikke ændrer på, om behandlingens skulle efterleve databeskyttelsesforordningens regler, eftersom forordningen ikke indeholder specielle regler for forsøgsordninger.

Tilsynsmyndigheden behandlede herefter spørgsmålet om, hvorvidt samtykket var givet lovligt. IMY anvendte ordlyden i præambelbetragtning 43 til at konkludere, at et samtykkes frivillighed ikke blot skal vurderes ud fra valgfriheden, men også efter det forhold, der eksisterer mellem den registrerede og den dataansvarlige, i dette tilfælde mellem eleven og gymnasiet. IMY anførte, at muligheden for at anvende samtykke på det offentlige område er begrænset. IMY anførte tilmed, at det indenfor skoleområdet er tydeligt, at eleven er i et afhængighedsforhold til skolen med hensyn til karakterer, stipendier, uddannelse og muligheden for fremtidigt arbejde og videreuddannelse.

Fremmødekontrollen i nærværende sag ansås af IMY at være foretaget i et afhængighedsforhold, som skabte ulighed. Dermed mente tilsynsmyndigheden ikke, at et samtykke kunne udgøre et lovligt behandlingsgrundlag i nærværende sag.

IMY konkluderede ydermere, at der kan være et retligt grundlag for fremmødekontrol af elever, men det menes ikke at kunne rumme følsomme personoplysninger til denne kontrol. På baggrund heraf skal behandlingen kunne ske på baggrund af et samtykke.

Tilsynsmyndigheden fandt, at denne sags behandling af følsomme personoplysninger udgør en utilbørlig indtrængning i elevens integritet, da overvågningen skete i elevernes daglige miljø, og eleverne var i et afhængighedsforhold til gymnasiet.

Derfor fandt tilsynsmyndigheden, at gymnasiet ikke kunne udføre fremmødekontrollen ved brug af ansigtskontrol. Samtykke kunne ikke anses for afgivet frivilligt, eftersom der er et ulige afhængighedsforhold mellem eleven og gymnasiet. Dermed havde behandlingen intet lovligt behandlingsgrundlag.

Afgørelsen viser, at der grundet det ulige afhængighedsforhold kan foreligge et ufrivilligt samtykke. IMY anførte en interessant betragtning, som lægger sig tæt op ad præambelbetragtning 43, navnlig at et samtykkes frivillighed ikke kun skal vurderes ud fra valgfriheden, men også efter forholdet, som består mellem den registrerede og den dataansvarlige. Herudover viser afgørelsen, at den svenske tilsynsmyndighed fastlægger en restriktiv tilgang til muligheden for at anvende samtykke indenfor det offentlige område.

En lignende restriktiv tilgang til anvendelse af samtykke på skoleområdet blev anført af IMY under et tilsyn med E-Hälsomyndigheten, hvor det blandt andet blev anført, at en skole sjældent kan støtte sig på et samtykke i forhold til en elev.¹⁸²

I kommende afsnit ses der nærmere på, hvorledes den britiske tilsynsmyndighed anser samtykke som et gyldigt behandlingsgrundlag i forholdet mellem offentlig myndighed og borger.

6.6.2 Storbritannien – Information Commissioner’s Office

Den britiske tilsynsmyndighed ICO anfører, at samtykket sædvanligvis ikke vil være egnet som behandlingsgrundlag, hvis der er en klar skævhed mellem parterne, hvilket især er tilfældet for så vidt angår offentlige myndigheder. Det anføres tilmed, at en dataansvarlig kan være nødsaget til tage yderligere aktive skridt for at sikre, at den registrerede ikke føler noget pres i forhold til at afgive samtykket, og at der i så fald er tale om et reelt frit valg.¹⁸³ Ovenstående eksemplificeres af ICO, hvilket fremgår nedenfor:

Eksemplet omhandler en situation, hvor en patient modtager en kræftdiagnose af sin læge, hvor lægen i samme ombæring forklarer, at der er mulighed for hjælp og støtte gennem en kræftfond. Lægen tilbyder at videreformidle patientens informationer til fonden, såfremt patienten måtte ønske det. I et sådant tilfælde vil der eksistere et ulige partsforhold, hvor den registrerede ikke er rask og agerer overfor en professionel med omfattende medicinsk viden, som er ansvarlig for behandling af patienten. Såfremt lægen anbefaler en kontakt til fonden, eller at det er standard-procedure at blive sat i kontakt med fonden, så vil det ulige partsforhold træde frem, da den registrerede givetvis vil føle, at vedkommende bør samtykke. Den registrerede kan tilmed frygte ikke at blive tilbudt de samme behandlingsmuligheder, eller at behandlingen på anden vis kan blive påvirket. Måtte lægen derimod, for at sikre frivillighedskravets opfyldelse, sikre sig, at tilbuddet om hjælp fra fonden er neutralt og en fuldt ud valgfri ydelse helt uden indflydelse på behandlingsforløbet, så kan den dataansvarlige måske løfte bevisbyrden for, at samtykket er afgivet frivilligt.

¹⁸² Integritetsskyddsmyndigheten, DI-2016-2276: E-Hälsomyndighetens tjänst Hälsa För Mig, s. 17.

¹⁸³ ICO: *When is consent appropriate?* ico.org.uk

Herudover skal lægen sikre sig, at de resterende gyldighedsbetingelser for samtykket er opfyldt.¹⁸⁴

Eksemplet illustrerer, at en dataansvarlig kan være nødsaget til tage yderligere aktive foranstaltninger for at sikre, at den registrerede ikke føler noget pres i forhold til at afgive samtykket, og at der i så fald er tale om et reelt frit valg.

6.7 Sammenfatning

Det blev indledningsvist fastslået, at forordningens præambelbetragtning 43 fastsætter, at der består en klar skævhed mellem den registrerede og den dataansvarlige, navnlig hvis dataansvarlige er en offentlig myndighed.

En offentlige myndighed skal være opmærksom på, at denne, foruden overholdelse af forvaltningsretten, tilmed skal overholde de databeskyttelsesretlige regler. Når det databeskyttelsesretlige behandlingsgrundlag er samtykke, skal gyldighedsbetingelserne til samtykke iagttages. Her giver særligt frivillighedsbetingelsen anledning til nærmere opmærksomhed.

Det blev i afsnit 6.3 belyst, at Artikel 29-Gruppen fremhæver, at den registrerede i de fleste tilfælde ikke besidder noget reelt alternativ end at acceptere den dataansvarliges behandling, hvorfor gruppen mener, at der eksisterer andre retsgrundlag, som er bedre egnet til de offentlige myndigheders handlinger af personoplysninger. Imidlertid anser gruppen det ikke for fuldstændig udelukket, at offentlige myndigheder *kan* anvende samtykke som behandlingsgrundlag, og at samtykket kan være hensigtsmæssigt i visse situationer. Herefter blev der belyst en række eksempler, der illustrerede, hvordan et samtykke kan være hensigtsmæssigt i denne sammenhæng. Dette er i situationer, hvor borgeren kan nægte at give samtykke uden konsekvenser for vedkommende. Dette betyder også, at den registrerede, som nægter at afgive samtykke, ikke stilles ringere end den registrerede, som afgiver samtykke.

Anvendelsesområdet for, hvornår den offentlige myndighed kan anvende samtykke, fandtes imidlertid at være snævert, hvorfor gyldig anvendelse er ganske usædvanligt. Dette fandtes at være i overensstemmelse med Datatilsynets opdaterede vejledning fra 2021, der indeholder en række sproglige

¹⁸⁴ Ibid.

tilpasninger, som kan indikere, at tilsynet ønsker at tydeliggøre, at offentlige myndigheder som *udgangspunkt ikke* kan anvende samtykke som behandlingsgrundlag.

I afsnit 6.5 er der inddraget to utrykte afgørelser fra Datatilsynet. Disse viser, at et samtykke i de pågældende tilfælde mellem en borger og en offentlig myndighed ikke udgør et passende behandlingsgrundlag grundet det ulige forhold mellem borger og kommunen.

Herudover blev der inddraget to svenske afgørelser, hvor det fælles for dem begge blev statueret, at den svenske tilsynsmyndighed fastlægger en restriktiv tilgang til muligheden for at anvende samtykke i forholdet mellem en skole og en elev.

ICOs vejledning på området blev efterfølgende inddraget. ICO anfører, at en dataansvarlig kan være nødsaget til tage yderligere aktive skridt for at sikre, at den registrerede ikke føler noget pres i forhold til at afgive samtykket, og at der i så fald er tale om et reelt frit valg.

Dermed ses en tilstand, hvor samtykket sjældent kan anvendes mellem en borger og det offentlige. Såfremt samtykket anvendes, er det særlig vigtigt at iagttage gyldighedsbetingelserne, borgerens frie valg og eventuelle ekstra foranstaltninger til beskyttelse af borgeren.

7 Refleksioner over samtykket

I det følgende kapitel foretages der en række refleksioner over samtykkets position i databeskyttelsesretten. Der søges i afsnittet ikke at fastlægge et endegyldigt svar på samtykkets berettigelse i databeskyttelsesretten, men har til formål at italesætte samtykkets udfordringer og positive facetter.

I 2019 lancerede Datatilsynet en databekymringspostkasse sammen med Dataetisk råd, hvortil borgere kan henvende sig med databeskyttelsesretlige bekymringer. Af tilsynets årsrapport fra 2020 fremgår der en generel tendens i de bekymringer, som tilsynet har modtaget. Bekymringerne vedrører, at der behandles personoplysninger, uden at den enkelte borger har samtykket hertil, og at der foretages viderebehandling, som vedkommende ikke kender til eller har samtykket til. Herudover har bekymringerne i høj grad også vedrørt behandling af personoplysninger i den offentlige sektor. Det anføres tilmed i årsrapporten, at flere borgere frygter, at personoplysninger bliver benyttet til formål, som de hverken er bekendte med, eller har givet tilladelse til.¹⁸⁵ Der tegnes hermed et billede af, at den enkelte borger ønsker en øget inddragelse og gennemsigtighed i behandling af oplysninger om vedkommende.

Da databeskyttelsesretten tager sigte på det enkelte individ og beskyttelsen heraf, forekommer det naturligt, at individet inddrages i behandlingen og udstyres med en række muligheder for at bidrage til beskyttelsen. Derfor kan samtykket ses som et værktøj til øget selvbestemmelsesret over, hvorvidt en behandling af oplysninger om vedkommende kan foretages. Samtykket som behandlingsgrundlag for almindelige og følsomme personoplysninger er tilmed det mest åbenlyse tegn på indflydelse og kompetence til individet. Samtykket udtrykker på den ene side en anerkendelse af individets selvbestemmelsesret og på den anden side en vis tilbageholdenhed, da forordningens gyldighedsbetingelser udtrykker en restriktiv tendens.¹⁸⁶ Spørgsmålet i denne henseende er, hvilke konsekvenser en mere stringent opfattelse af samtykket kan medføre.

Øgede og restriktive betingelser kan reelt medføre, at samtykket i realiteten udelukkes eller besværliggøres i en sådan grad, at anvendelsesområdet efterlades meget snævert. Hermed udelukkes den registreredes medbestemmelse til, hvorvidt den enkelte ønsker at medvirke til behandling eller ej. Peter

¹⁸⁵ Datatilsynets årsberetning, 2020, s. 86.

¹⁸⁶ Blume, Peter: Personen i persondataretten, 2019, s. 75f.

Blume anser det for uheldigt, såfremt samtykkeadgangen gøres meget besværlig.¹⁸⁷ Det fandtes i afsnit 5.7, at en bortskaffelse af samtykket i ansættelsesforhold vil udgøre en intervention i ansættelsesforholdet og blive opfattet som virkelighedsfjernt i relation til dagligdags praksis. Peter Blume anser det tilmed for vigtigt, at der ikke ”(...) startes en tendens, som fører til en udfasning af samtykket. Der må findes et balancepunkt, og der bør derfor ikke stilles overdrevne krav til sikringen af den registreredes vilje.”¹⁸⁸

Dermed skal anvendelsen af samtykket nå et balancepunkt, hvor samtykket ikke anvendes, hvor den registrerede, *ikke* har et reelt frit valg. Modsat skal samtykket anvendes, hvor den registrerede *har* et frit valg. Herved opnår samtykket sin berettigelse, og der sker ikke en udvanding af samtykket som behandlingsgrundlag i databeskyttelsesretten. Dette er i tråd med Artikel 29-Gruppens udtalelse om, at samtykket mister sin værdi, hvis det udstrækkes eller begrænses for at tilpasse dets virke i situationer, hvor det aldrig var hensigten, at samtykket skulle anvendes, som anført i afsnit 3.2.

Omvendt findes også en række positive facetter ved gyldighedsbetingelserne, navnlig at der skabes sikkerhed for, at den registrerede reelt råder over egen kontrol over sine personoplysninger. Betingelserne for samtykket kan anses som værende beskyttende for den registrerede og dennes kontrol over personoplysninger, da den registrerede kun skal tage stilling til et samtykke, hvor det faktisk er selvbestemmende.

Det er ikke nødvendigvis sikkert, at den rette balance mellem samtykkets positive facetter og restriktive betingelser er fundet, men såfremt samtykkets gyldighedsbetingelser ikke gøres for stringente, så udvandes samtykkets anvendelsesområde ikke. Fremtidig praksis herom vil imidlertid bidrage til fortolkning af og grænserne for samtykkets anvendelsesområde.

¹⁸⁷ Ibid., s. 81f.

¹⁸⁸ Blume, Peter: Den nye persondatarets aktører, 2018, s. 37f.

8 Konklusion

Formålet med nærværende afhandling er at klarlægge retstilstanden for samtykkets gyldighedsbetingelser med fokus på kravet om frivillighed og samtykkets anvendelighed i ulige partsforhold.

Afhandlingen belyser indledningsvist de relevante grundlæggende og udvalgte bestemmelser i databeskyttelsesforordningen med det formål at danne rammerne for besvarelse af afhandlingens problemformulering. Det blev i dette kapitel fastlagt, at forordningen har til formål at beskytte fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger samt at sikre fri udveksling af personoplysninger i Unionen. Herudover blev det konstateret, at det er vigtigt at kategorisere de konkrete personoplysninger forud for behandling af disse, da det er afgørende for valg af behandlingsgrundlag. Det blev tilmed statueret, at forordningen indeholder en række grundprincipper for behandling af personoplysninger, som den dataansvarlige altid skal efterleve. I relation til afhandlingens emne, skal en behandling på baggrund af et samtykke dermed både efterleve betingelserne for et gyldigt samtykke og grundprincipperne for behandling.

Definitionen af et samtykke i forordningens art. 4, nr. 11, som en *frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse*, blev belyst. Herudover blev de yderligere betingelser i forordningens art. 7 behandlet. Særligt relevant for afhandlingens problemformulering er kravet om frivillighed, hvor det i afhandlingen udledes, at der findes en række opmærksomhedspunkter, som den dataansvarlige altid skal iagttage.

Først og fremmest skal samtykket være granuleret (opdelt), såfremt der er flere behandlingsformål, hvilket blev fastslået gennem inddragede eksempler fra henholdsvis EDBP og Datatilsynet. Herudover blev generaladvokatens forslag til afgørelse i Planet49 analyseret. Denne fastslog, at kravet om, at et samtykke skal være granuleret ikke er opfyldt, når der gives samtykke til to forskellige formål under ét og samme samtykke. Dermed skal det være muligt for den registrerede at give særskilt samtykke til de forskellige behandlingsformål.

Herudover må den dataansvarlige ikke påvirke den registreredes frie valg ved at gøre det mere besværligt at nægte samtykket, end det er at afgive, da frivilligheden således ikke er opfyldt. Afgørelsen om Orange România illustrerede dette. Det fandtes tilmed, at et samtykke ikke er frivilligt, hvis der er negative konsekvenser forbundet med nægtelse heraf.

Imidlertid har afhandlingen vist, at der under visse omstændigheder kan afgives et frivilligt samtykke, selvom den registrerede skal afgive sine personoplysninger som en modydelse. Dette indebærer bl.a. en vurdering af, om personoplysningerne er *nødvendige* for opfyldelse af den pågældende kontrakt, hvilket illustreres af generaladvokatens forslag til afgørelse i Planet49 og Justitsministeriets betænkning. Ovenstående er en række momenter, som den dataansvarlige særligt skal iagttage i forbindelse med frivillighedskravet til et samtykke, for at sikre et gyldigt behandlingsgrundlag. De øvrige betingelser om, at samtykket skal være *specifikt, informeret* og en *utvetydig viljestilkendegivelse*, skal følgelig tilmed efterleves.

Ad kravet *specifik* følger, at samtykket skal indeholde en præcis beskrivelse af, hvad den registrerede samtykker til. Det må dermed ikke være generelt udformet. Et eksempel på et samtykke, som ikke var specifikt, blev belyst i sagen om Matas, hvor det ikke var gennemsigtigt, hvad behandlingen af personoplysningerne indebar.

Et *informeret* samtykke stiller krav om, at den konkrete behandling af personoplysninger skal være gennemsigtig og oplyst for den registrerede. I denne sammenhæng blev en række minimumskrav fastlagt, hvoraf den registrerede skal oplyses om den dataansvarliges identitet, formålene med behandlingen, information om bl.a., hvilke(n) type data, som bliver indsamlet og anvendt samt retten til at trække samtykket tilbage.

Ad *utvetydig viljestilkendegivelse* følger en betingelse om, at den registrerede skal foretage en aktiv handling for at afgive samtykket. Et samtykke kan dermed ikke afgives ved en passiv handling, eksempelvis ved, at den dataansvarlige afkrydser erklæringen på den registreredes vegne. Afhandlingen belyser afgørelserne om Planet49 og Orange România, hvor et forudafkrydset felt fandtes at være i strid med forordningens krav om, at den utvetydige tilkendegivelse indebærer en aktiv handling fra den registrerede.

Som yderligere betingelser til samtykkets gyldighed er forordningens art. 7.

Bestemmelsens stk. 1 fandtes at fastsætte, at det påhviler den dataansvarlige at løfte bevisbyrden for, at der foreligger et gyldigt samtykke. Dette kom tilmed til udtryk i sagen om Orange România. Herudover skal samtykkeerklæring, såfremt denne afgives skriftligt, være i en letforståelig og lettilgængelig

form, samt i et klart og enkelt sprog, hvilket fastsættes i bestemmelsens stk. 2. Den registrerede har tilmed ret til at trække sit samtykke tilbage, hvilket følger af bestemmelsens stk. 3.

Herudover skal der ved vurderingen af, hvorvidt samtykket er givet frit, tages størst muligt hensyn til, hvorvidt samtykket er gjort betinget af behandling af personoplysninger, som ikke er nødvendige for opfyldelse af denne kontrakt, hvilket følger af bestemmelsens stk. 4. Dette blev tilmed statueret i afgørelsen om Planet49, hvor behandling af personoplysningerne fandtes at være nødvendige. Herudover blev det fastlagt, at samtykket skal gives *inden* behandlingen af personoplysningerne indledes.

Afhandlingen har særligt fokus på samtykkets anvendelighed i ulige partsforhold.

Ansættelsesforholdet fandtes at udgøre et ulige partsforhold. Dette grundet arbejdstagerens frygt for negative konsekvenser eller at blive udsat for anderledes behandling, såfremt vedkommende ikke samtykker til databehandlingen. Forordningens art. 88 giver medlemsstaterne mulighed for at fastsætte specifikke bestemmelser om behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold. I dansk kontekst er der på baggrund heraf fastsat DBL § 12. Formålet hermed er, ifølge forarbejderne hertil, at bringe sikkerhed for, at samtykket skal kunne anvendes som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold i samme grad som før forordningens ikrafttræden.

Afhandlingen belyser en udtalelse, hvori Datatilsynet, i det konkrete tilfælde, finder det tvivlsomt at opfylde kravet om et frivilligt samtykke i et ansættelsesforhold. Datatilsynet afviser imidlertid ikke, at et samtykke i ansættelsesforhold *kan* være frivilligt under særlige omstændigheder, hvilket tilmed fremgår af tilsynets vejledninger.

Der blev undervejs i afhandlingen behandlet eksempler og praksis fra øvrige EU-medlemsstater. Her fandtes den britiske tilsynsmyndighed at have en tilsvarende opfattelse af samtykkets anvendelighed i ansættelsesforhold. Dette står i kontrast til den behandlede praksis fra henholdsvis Grækenland og Cypern. Det fremgår ikke af disse afgørelser, at der kan være situationer, hvor samtykket alligevel kan anvendes i ansættelsesforhold. Dette indikerer en lettere restriktiv tilgang til anvendelsen af samtykket i ansættelsesforhold.

Der ses dermed at være en retstilstand, hvor en arbejdsgiver skal være påpasselig med at anvende samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold grundet det ulige partsforhold. Samtykket kan anvendes, hvor det er åbenbart, at det er frivilligt for den registrerede. Samtykket kan dermed ikke anvendes, hvor behandlingen af personoplysninger har negative konsekvenser for arbejdstageren.

Et ulige partsforhold fandtes tilmed at bestå i forholdet mellem en offentlig myndighed og en borger. Dette udledes af forordningens præambelbetragtning 43, hvoraf det fremgår, at der består en klar skævhed mellem den registrerede og den dataansvarlige, særligt hvis den dataansvarlige er en offentlig myndighed. Artikel 29-Gruppen har tilmed fremhævet, at den registrerede sjældent vil besidde et andet reelt alternativ end at acceptere den dataansvarliges samtykke. Derfor eksisterer der andre behandlingsgrundlag, som er bedre egnet til offentlige myndigheders behandling af personoplysninger. Det fandtes tilmed, at Datatilsynet i sin opdaterede vejledning for samtykke har anført, at samtykke *sædvanligvis ikke* bør anvendes som behandlingsgrundlag i forholdet mellem en offentlig myndighed og en borger, grundet den manglende frivillighed.

Afhandlingen har belyst en række afgørelser fra Datatilsynet og to afgørelser fra det svenske tilsyn, hvor samtykket var ufrivilligt i forholdet mellem en offentlig myndighed og en borger. Herudover blev der inddraget udtalelser med eksempler fra EDPB, hvor samtykket var hensigtsmæssigt i denne relation.

På baggrund af ovenstående ses en retstilstand, hvor samtykket *sædvanligvis ikke* bør anvendes som behandlingsgrundlag i den offentlige myndighedsudøvelse. Dette er imidlertid ikke en absolut udelukkelse af, at samtykket kan anvendes som behandlingsgrundlag i offentlige myndigheder. Såfremt samtykket vurderes at være grundlag for behandling af personoplysninger, er det vigtigt at vurdere, hvorvidt gyldighedsbetingelserne kan opfyldes. Særligt kravet om frivillighed, borgerens frie valg, og hvorvidt nægtelse af samtykket vil have negative konsekvenser for kerneydelsen fra det offentlige, skal iagttages. Anvendelsesområdet fandtes derfor at være snævert, hvorfor gyldig anvendelse af samtykket er ganske usædvanligt i disse relationer. Imidlertid kan samtykket anvendes, såfremt borgeren kan nægte at give samtykke uden konsekvenser for vedkommende, og ikke stilles ringere end den borger, som afgiver et samtykke.

Afhandlingens samlede konklusion er, at forordningen opstiller en række gyldighedsbetingelser, som den dataansvarlige skal efterleve. Disse gyldighedsbetingelser er særligt udfordret i ulige partsforhold. I disse situationer findes samtykket at have et snævert anvendelsesområde, hvor der er særligt fokus på iagttagelse af gyldighedsbetingelserne, relationen mellem parterne, den registreredes reelle frie valg og konsekvenserne ved en nægtelse heraf samt eventuelle ekstra foranstaltninger til beskyttelse af den registrerede. Disse opmærksomhedspunkter er overladt den dataansvarlige at påvise.

9 Litteraturliste

Lovgivning

Konsoliderede udgaver af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, 2016/C 202/01.

(Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde)

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)

(Databeskyttelsesforordningen)

Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger

(Persondatadirektivet)

Lov nr. 502 af 23/05/2018	Databeskyttelsesloven
Lov nr. 429 af 31/05/2000	Lov om behandling af personoplysninger
Lov nr. 294 af 08/06/1978	Lov om offentlige myndigheders registre
Lov nr. 293 af 08/06/1978	Lov om private registre m.v.
LBKG 2020-11-02 nr. 1555	Lov om retssikkerhed og administration på det sociale område

Forarbejder og betænkninger

P7_TA(2014)0212 (DA)	Europa-Parlamentets lovgivningsmæssige beslutning af 12. marts 2014 om forslag til Europa Parlamentets og Rådets forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (generel forordning om databeskyttelse).
COM(2012)0011 final (DA)	Europa-Kommissionen, Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (generel forordning om databeskyttelse).

Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017	”Databeskyttelsesforordningen - og de retlige rammer for dansk lovgivning”.
LFF 2017-10-25 nr. 68	Forslag til databeskyttelsesloven, bemærkninger til § 12.
Forslaget til lov nr. 429 af 31. maj 2000, lovforslag nr. 147, FT 1999/00	De specielle bemærkninger til § 3.

Praksis

EU-afgørelser

C-61/19 Orange România

C-673/17 Planet49

Forslag til EU-afgørelser

Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Szpunar C-61/19, Orange Romania, fremsat den 4. marts 2020.

Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Szpunar C-673/17, Planet49, fremsat den 21. marts 2019.

Afgørelser fra Danmark

Datatilsynets j.nr. 2019-431-0052 Epic Bookings behandling af personoplysninger.

Datatilsynets j.nr. 2019-32-1065 (Utrykt afgørelse): Klage over behandling af personoplysninger.

Datatilsynets j.nr. 2019-31-2316 Klage over manglende sletning.

Datatilsynets j.nr. 2019-31-1650: Brug af fingeraftryk ved adgangskontrol.

Datatilsynets j.nr. 2018-211-0135: Vejledende udtalelse om anvendelsen af fingeraftryk til brug for registrering af komme/gå-tider.

Datatilsynets j.nr. 2018-41-0012 Tilsyn med Matas A/S’ behandling af personoplysninger.

Datatilsynets j.nr. 2018-32-0454 (Utrykt afgørelse): Klage over Hillerød Kommunes behandling af personoplysninger om (...).

Datatilsynets j.nr. 2003-233-0028 Sarbanes Oxley Act-sagen.

Afgørelser fra andre medlemsstater

Frankrig, CNIL: SAN-2019-001 Financial sanction against GOOGLE LLC.

Sverige, IMY: DI-2019-2221 Ansiktsigenkänning för närvarokontroll av elever.

Sverige, IMY: DI-2016-2276 Afgørelse om E-Hälsomyndighetens tjänst Hälsa För Mig.

Grækenland, The Hellenic DPA: 26/2019 Infringements of principles for the processing of personal data of employees by the employer company.

Cypern, Office of the Commissioner for Personal Data Protection: Ref. 11.17.001.008.042 Authorization for the release of medical records and processing of health-related data in the context of employment by Sea Chefs Cruises Ltd.

Vejledninger og retningslinjer

EDPB Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, version 1.1, maj 2020.

EDPB Retningslinjer 2/2019 for behandling af personoplysninger i henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), i GDPR i forbindelse med leveringen af onlinetjenester til registrerede, version 2, oktober 2019.

EDPB Retningslinjer 3/2018 om det territoriale anvendelsesområde for databeskyttelsesforordningen (artikel 3), version 2.1, november 2019.

Artikel 29-Gruppen (WP 259)
Retningslinjer vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679 april 2018.

Artikel 29-Gruppen (WP 249)
Udtalelse 2/2017 om databehandling på arbejdspladsen, juni 2017.

Artikel 29-Gruppen (WP 131)

	Arbejdsdokument vedrørende behandling af personlige sundhedsoplysninger i elektroniske patientjournaler (EPJ), februar 2007.
Artikel 29-Gruppen	(WP 187) Udtalelse 15/2011 om definition af samtykke, juli 2011.
Datatilsynet	Årsberetning for 2020, publiceret 7. maj 2021.
Datatilsynet	Vejledning om samtykke, maj 2021.
Datatilsynet	Vejledning om databeskyttelse i forbindelse med ansættelsesforhold, december 2020.
	Generel informationspjece om databeskyttelsesforordningen, oktober 2017.
Datatilsynet	Vejledning om samtykke, september 2019.
Justitsministeriet	Vejledning om forvaltningsloven, nr. 11740 af d. 4. december 1986

Litteratur

- Blume, Peter: *Persondatarettens kilder og metode*, 1. udgave, Djøf forlag, 2020.
- Blume, Peter: *Personen i persondataretten*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019.
- Blume, Peter: *Den nye persondatarets aktører*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018.
- Blume, Peter: *Den nye persondataret*, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018.
- Blume, Peter: *Databeskyttelsesret*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018.
- Blume, Peter og Kristiansen, Jens, *Persondataret i ansættelsesforhold*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.
- Bygrave, Christopher Kuner, Lee A. og Docksey, Christopher: *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) - a commentary*, 1. udgave, Oxford University Press, 2020.
- Evald, Jens: *Juridisk teori, metode og videnskab*, 2. udgave, Djøf Forlag, 2020.

Gulisano, Cristina Angela, *Karnovs noter til Europa-Parlamentets og Rådets forordning 2016/679*.

Hamer, Carina Risvig og Schaumburg-Müller, Sten: *Juraens verden – Metoder, retskilder og discipliner*, 1. udgave, Djøf Forlag, 2020.

Hansen, Carsten Munk: *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave, Djøf Forlag, 2018.

Nielsen, Kristian Korfits og Lotterup, Anders, *Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2020.

Pedersen, Line Budtz og Schaumburg-Müller, Peer: *Databeskyttelse i arbejdsretten - fra jura til praksis*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019.

Sørensen, Karsten Engsig, Nielsen, Poul Runge & Danielsen, Jens Hartig: *EU-retten*, 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014.

Udsen, Henrik m.fl., *Lærebog i informationsret*, 2. udgave, Djøf Forlag, 2020, s. 329ff.

Artikler

Horten: Ret & indsigt, Samtykket: *Den evige ballademager inden for GDPR* 1. udgave, marts 2021. Tilgængelig på <https://www.horten.dk/viden/artikel2021/samtykket-den-evige-ballademager-inden-for-gdpr>, d. 9/5-2021.

Hjemmesider

Ico.org.uk: *When is consent appropriate?*

Tilgængelig på <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/consent/when-is-consent-appropriate/> (Link tilgået d. 9. maj 2021).

Den Store Danske, 2021, ”*Fait accompli, kendsgerning; fuldbyrdet handling; handling, der ikke står til at ændre.*”

Tilgængelig på https://denstoredanske.lex.dk/fait_accomplis (link tilgået d. 3. maj 2021).

Datatilsynet om Brexit.

Tilgængelig på <https://www.datatilsynet.dk/internationalt/brexit>. (Link tilgået 9. maj 2021).

10 Bilagsoversigt

Bilag 1	Datatilsynets utrykte afgørelse, j.nr. 2018-32-0454: Klage over Hillerød Kommunes behandling af personoplysninger om (...) (Omtalt som: Hillerød Kommunes behandling af personoplysninger)
Bilag 2	Datatilsynets utrykte afgørelse, j.nr. 2019-32-1065: Klage over behandling af personoplysninger (Omtalt som: Kerteminde Kommunes behandling af personoplysninger)
Bilag 3	Samarbejdsaftale
Bilag 4	Procesafsnit