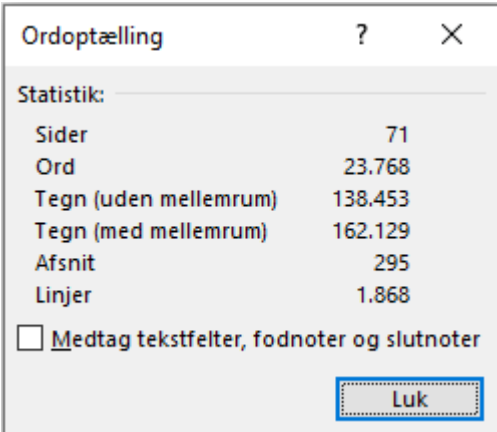


EN FASTLÆGGELSE AF RETS- TILSTANDEN FOR FRIVILLIG- HEDSBETINGELSEN I DATA- BESKYTTELSESRETTEN

A determination of the freely consent in GDPR



The image shows a screenshot of a word count dialog box titled "Ordoptælling". It contains a table with the following data:

Statistik:	
Sider	71
Ord	23.768
Tegn (uden mellemrum)	138.453
Tegn (med mellemrum)	162.129
Afsnit	295
Linjer	1.868

Below the table, there is a checkbox labeled "Medtag tekstfelter, fodnoter og slutnoter" which is currently unchecked. At the bottom right of the dialog box, there is a button labeled "Luk".

Kristina Sønderkær Mortensen
Studienr.: 20173052

Simon Goos Nielsen
Studienr.: 20173036

19. maj 2022

Abstract

The technological development in the modern society including the development of social media has caused an increase in the processing of personal data through collection and sharing. The development has led to a decrease of the individual's private sphere. Companies today are making businesses from the processing of data, but data is also used for practical use within companies as well. The individual is having more trouble navigating the rules and protecting its privacy. The General Data Protection Regulation (GDPR) were effective from 2018.

The GDPR puts focus on the individual's right to make its own choice regarding its personal data. As a result, the consent has become a key part of the valid legal grounds for the processing of data. This master thesis seeks to analyze and describe the legal position regarding requirements of the consent with a focus on the criteria of the free consent.

A part of the answer regards the fundamental criteria of the consent. The first part of the thesis therefore analyzes selected provisions to frame the research question. A consent is defined as a "*Freely given, specific, informed and unambiguous*" indication of the individual's wish.

The analysis also assesses the individual legal concept of freely consent. A part of this is to establish the criteria that practice applies to the concept of freely given consent. Though some criteria are used by courts and controlling authorities, reticence is quite clear. The reason could be the lack of EU Court practice which makes it uncertain to establish a legal standard of the term 'freely'

Finally, the master thesis scrutinizes the freely consent when attempted to be applied in work relations. An imbalanced relation as such is an issue regarding the consent appliance as a valid legal reason. The unlikeliness of a freely given consent in work relations indicates that an employer should apply other valid legal reasons for the processing of personal data if possible.

In conclusion the freely consent contains many criteria. It is the controller's accountability to be compliant to those criteria. If the processing is compliant with the specific requirements in the consent, then the consent can be used as a valid legal ground for the processing.

However, the consent should not be used in an imbalanced relation such as a working relation between an employer and an employee as the requirement of a freely given consent unlikely will be compliant.

Indhold

1. Indledning	4
1.1. Emnevalg	4
1.2. Problemformulering	5
1.3. Afgrænsning	5
1.4. Retskilder.....	6
1.4.1. EU-retlige retskilder	6
1.4.2. Danske retskilder	8
1.4.3. Udenlandsk praksis	10
1.5. Metode.....	11
1.6. Struktur/kapitelforklaring	12
2. Lovgrundlag	12
2.1. Databeskyttelsesforordningens baggrund og formål	13
2.2. Anvendelsesområde.....	14
2.2.1. Materiel afgrænsning	14
2.2.2. Geografisk afgrænsning.....	14
2.2.3. Undtagelser	15
2.3. Begrebsafklaring	15
2.3.1. Personoplysninger.....	15
2.3.2. Behandling	16
2.3.3. Dataansvarlig og registrerede	16
2.4. Grundprincipper	17
2.4.1. God databehandlingsskik.....	17
2.4.2. Sagligt formål	17
2.4.3. Finalité-princippet.....	18
2.4.4. Øvrige principper i art. 5, stk. 1	18
2.4.5. Ansvarlighed.....	19
2.5. Almindelige personoplysninger	19
2.5.1. Samtykke	19
2.5.2. Opfyldelse af en kontrakt.....	20
2.5.3. Øvrige behandlingsgrundlag.....	20
2.6. Følsomme oplysninger	21
2.6.1. Forbud mod behandling af følsomme personoplysninger	21
2.6.2. Udtrykkeligt samtykke.....	22

2.6.3. Øvrige undtagelser	22
2.7. Tilsynsmyndighedernes virksomhed	23
3. Samtykkets gyldighedsbetingelser	24
3.1. Frivillig	25
3.2. Specifik	26
3.3. Informeret	27
3.4. Utvetydig viljestilkendegivelse	30
3.5. Tilbagekaldelse	31
3.6. Formkrav og bevisbyrde	32
3.7. Udtrykkeligt samtykke	33
3.8. Delkonklusion	35
4. Begrebet Frivilligt	36
4.1. 'Frivilligt' samtykke	36
4.2. Momenter i praksis	38
4.2.1. Afvisning af samtykke må ikke være mere besværligt end accept	39
4.2.2. Alternativer	40
4.2.3. Granularitet	44
4.2.4. Særskilt handling	47
4.2.5. Nødvendig behandling for opfyldelse af kontrakt	49
4.2.6. Tilbageholdenhed i praksis	53
4.3. Delkonklusion	57
5. Frivillighedsbetingelsen i ansættelsesforhold	59
5.1. Hjemmel til brug af samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold	59
5.2. Frivilligt samtykke i ansættelsesforhold	60
5.3. Samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold	64
5.4. Delkonklusion	66
6. Konklusion	68
7. Litteraturliste	73

1. Indledning

1.1. Emnevalg

Den teknologiske udvikling i det moderne samfund med internettet sammenholdt med de sociale medier har medført, at dataindsamling og delingen heraf skaber nye problemstillinger for det enkelte individs rettigheder. Individets privatliv er under pres, da det er blevet betragteligt nemmere at indsamle, behandle og videregive informationer om individet til egen og andres brug. I en særlig grad anvender virksomhederne alle de forskellige data i deres daglige virke, hvor de i en stadig større grad ser potentiale i udnyttelsen heraf.

Denne udnyttelse sker både i form af målrettet reklame, salg af individernes data til analyseformål, men også i virksomhedernes daglige arbejde, hvor data også anvendes som praktiske redskaber. Grundet den massive stigning i behandling af personoplysninger har de berørte i form af de registrerede nu sværere ved at manøvrere rundt i de mange muligheder og risici, som behandling af deres data medfører for dem selv og for virksomhederne.

Persondataretten har altså været et omdiskuteret emne, som i 2018 medførte, at EU indførte databeskyttelsesforordningen. Denne forordning ændrede på visse områder i retsområdet, mens andre områder ikke nødvendigvis blev væsentligt berørt. De skærpede sanktioner i form af bødestrafte medførte i særdeleshed, at persondataretten blev et vigtigt retsområde, som virksomhederne og de dataansvarlige derfor har fået større fokus på at være compliant med.

Fokus i forordningen er den registreredes selvbestemmelsesret, som kommer til udtryk gennem blandt andet samtykket og de forskellige muligheder for at tilbagekalde samtykket, at få slettet sine oplysninger eller blive informeret korrekt. Afhandlingen vil søge at få belyst retstilstanden for det frivillige samtykke, herunder hvordan frivillighedsbetingelsen påvirker muligheden for at anvende samtykket i ansættelsesforhold.

1.2. Problemformulering

Denne afhandling søger at belyse retsstillingen på nærmere afgrænsede områder om frivillighed i samtykket. Derved søger afhandlingen at besvare følgende spørgsmål:

- Hvad indebærer et gyldigt samtykke og særligt betingelsen om frivillighed?

Til besvarelse heraf kommer følgende problemstillinger:

1. Hvilke elementer indeholder samtykket efter GDPR?
2. Hvilke momenter indgår i vurderingen af, om et samtykke er afgivet frivilligt?
3. Hvordan påvirkes vurderingen af frivillighedsbetingelsen, når samtykket anvendes som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold?

1.3. Afgrænsning

Denne afhandling sigter på at fastlægge retstilstanden for frivillighedsbetingelsen i samtykke. Dette betyder, at databeskyttelsesforordningen er genstand for fremstillingen, mens databeskyttelsesloven ikke behandles, da den ikke er blevet fundet relevant for problemformuleringen med undtagelse af § 12, stk. 3, der inddrages og analyseres uddybende for at undersøge samtykkets anvendelse i ansættelsesforhold. Dog inddrages enkelte bestemmelser kort.

Afhandlingen søger kun et fokus på den nuværende retsstilling for frivillighedsbetingelsen i samtykke. Den tidligere gældende persondatalov og det foregående EU-direktiv inddrages af den årsag kun, hvor det kan anvendes til at belyse den nuværende retsstilling. Afhandlingen behandler ulige partsforhold i ansættelsesforhold, mens ulige partsforhold mellem offentlige myndigheder og borgere ikke behandles. Desuden behandles frivillighedsbetingelsen ikke angående samtykke hos børn. GDPR art. 10 om behandling af oplysninger om strafbare forhold behandles endvidere ikke af hensyn til afhandlingens omfang.

Den registreredes rettigheder i henhold til eksempelvis retten til sletning, informering eller tilbagekaldelse behandles ikke i afhandlingen.

Afhandlingen tager udelukkende sigte på det direkte forhold mellem den dataansvarlige og den potentielt registrerede. Dette betyder, at afhandlingen ikke inddrager databehandleren som aktør.

Afhandlingen behandler blandt andet det persondatarelige aspekt af ansættelsesforholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager. Det ansættelsesretlige aspekt inddrages ikke.

I afhandlingen inddrages kun det praksis og tilhørende faktum, som findes at besvare problemformuleringen.

Problemformuleringen har fokus på den materielle del af frivillighedsbetingelsen i ansættelsesforhold. Af den årsag indeholder afhandlingen ikke en undersøgelse af sanktionsbestemmelser og konsekvenser ved manglende overholdelse af frivilligheden.

1.4. Retskilder

1.4.1. EU-retlige retskilder

Databeskyttelsesforordningen, herefter GDPR, er afhandlingens primære lovgrundlag. Forordninger er almengyldige, jf. TEUF¹, art. 288, stk. 2. Den er gældende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat. Dette medfører, at forordninger har direkte virkning både horisontalt og vertikalt i national ret hos medlemsstaterne. Borgere og virksomheder kan dermed støtte ret i forordninger over for hinanden og over for staten.²

GDPR indeholder en type af forarbejder. Disse er kaldet præambler. Normalvis tillægges forarbejder ikke nogen retskildemæssig betydning i EU.³ Præambler er specielle, da de bliver vedtaget sammen med artiklerne, hvorfor de anses for at have høj retskildestatus. Dermed inddrages de ofte i fortolkningen og udfyldningen af forordninger og direktiver ved EU-Domstolens praksis.⁴

Da afhandlingen indeholder praksis fra EU-Domstolen, så er det relevant at fastlægge retskildestatus for disse domme. EU-Domstolen henviser ofte til sin egen tidligere praksis, når de begrunder og argumenterer i den konkrete afgørelse.⁵ EU-Domstolen praktiserer dog ikke en stare decisis doktrin⁶. EU-Domstolen anlægger en meget dynamisk fortolkningsstil, der medfører, at der først og fremmest anvendes en ordlydsfortolkning. Ordlyden fremstår ofte forskelligt, når forordninger, direktiver og

¹ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

² Neergaard, Ulla m.fl., (2016) EU-ret, 7. udgave, Karnov Group A/S, s. 241

³ Blume, Peter, (2018) Databeskyttelsesret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 61

⁴ Neergaard, Ulla m.fl., (2016) EU-ret, 7. udgave, Karnov Group A/S, s. 148

⁵ Neergaard, Ulla m.fl., (2016) EU-ret, 7. udgave, Karnov Group A/S, s. 176

⁶ Lære om at domme er bindende præjudikater på institutionen selv

traktater skal læses på hvert medlemslands eget sprog. EU-Domstolen anvender herefter en fortolkning, der inddrager sammenhængen, målsætningen og begrebet 'nuværende udviklingstrin'.⁷ Dette har givet EU-Domstolen mulighed for at ændre i praksis, som den gør eksplicit i eksempelvis Keckdommen⁸.

EU-Domstolens afgørelser er forpligtende for de nationale domstole. De skal dermed følge de fortolkninger og uddybninger, som EU-Domstolens afgørelser indeholder. Dette udspringer af loyaltetspligten som udformet i art. 4, stk. 3 TEU.⁹

Afhandlingen anvender desuden fortolkningsbidrag fra generaladvokaten. Generaladvokatens opgave er at forberede sager til afgørelse hos EU-Domstolen og stille forslag til afgørelse. EU-Domstolen er ikke bundet af dette, men kan vælge om de vil følge forslaget. Generaladvokaten kan ses som fortolkningsbidrag til persondataretten. Den præcise retskildemæssige betydning kan dog være svær at fastlægge.¹⁰ Det kan anføres, at forslagene kun har betydning, når de følges af EU-Domstolen. Det kan på den anden side også tillægges vægt, hvad der i konkrete tilfælde ikke er gældende ret, hvis EU-Domstolen ikke følger forslaget.¹¹ I nogle tilfælde bliver generaladvokatens forslag også tillagt betydning, selvom EU-Domstolen ikke følger dem. Generaladvokatens forslag til dom må dog antages at have en retskildemæssig betydning.¹² Af den grund medtages de i afhandlingen.

Afhandlingen indeholder fortolkningsbidrag fra Det Europæiske Databeskyttelsesråd, herefter EDPB, tidligere Artikel 29-gruppen, der er en institueret arbejdsgruppe i EU. Medlemmerne er repræsentanter fra EU-landenes tilsynsmyndigheder, Kommissionen og den europæiske tilsynsførende for databeskyttelse. Der er også repræsentanter fra 3 af de 4 EFTA-lande, Norge, Island og Liechtenstein.¹³ Artikel 29-gruppen udsprang af det tidligere direktiv¹⁴ og er efter GDPR's indførelse blevet til EDPB. Artikel 29-gruppen og EDPB's udtalelser er soft law, og de binder dermed ikke EU-landene til at følge dem. De er ikke juridisk forpligtende. De har alligevel haft en væsentlig påvirkning på den foreliggende praksis og forventes stadig at have indflydelse på praksis efter GDPR's indførelse, da

⁷ Neergaard, Ulla m.fl., (2016) EU-ret, 7. udgave, Karnov Group A/S, s. 136ff.

⁸ Forenede sager C-267/91 og C-268/91, *Keck*

⁹ C-465/93, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft*

¹⁰ Blume, Peter, (2018) Databeskyttelsesret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 64

¹¹ Blume, Peter, (2018) Databeskyttelsesret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 64

¹² Blume, Peter, (2018) Databeskyttelsesret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 64

¹³ https://edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb/members_en

¹⁴ Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995

GDPR viderefører mange af bestemmelserne og principperne fra det tidligere direktiv.¹⁵ EDPB har overtaget for Artikel 29-gruppen ved GDPR's virkningstidspunkt, men har samtidig valgt formelt at blåstemple mange af den tidligere gruppes udtalelser. EDPB forventes fremover at få større retskildemæssig betydning, da de i en række sager i EU, hvor databeskyttelse er et emne, er blevet tildelt beslutningskompetence.¹⁶ Arbejdsdokumenter fra disse arbejdsgrupper har altså en væsentlig betydning når det omhandler fortolkning og udfyldning af GDPR, men har på trods af dette kun status af soft law.

1.4.2. Danske retskilder

Databeskyttelsesloven, herefter DBL, anses i dansk ret som den primære retskilde, da den supplerer en række af de bestemmelser, som GDPR indeholder, jf. DBL § 1. Loven skal desuden gennemføre reglerne, der er fastlagt i GDPR. DBL indeholder dog også nogle bestemmelser, der mere specifikt fastlægger reglerne, da GDPR giver et sådant nationalt råderum.¹⁷ Dette medvirker blandt andet, at § 12 i loven er blevet indsat, da art. 88 i GDPR giver mulighed for, at dansk lovgiver kan fastsætte nærmere regler for behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold. Denne bestemmelse analyseres, men resten af DBL's bestemmelser inddrages kun, hvor de findes relevant, men er ikke omfattet af en nærmere analyse.

Lovens forarbejder bliver tilsvarende anvendt i afhandlingen, da det kan give en forståelse af, hvad meningen har været med bestemmelsen.¹⁸ Dette giver mulighed for at anvende subjektiv lovfortolkning, som skal være med til at fastslå hensigten bag loven, som lovgiver havde tænkt det.¹⁹ I dansk ret anses denne type af fortolkning som den almindeligt anvendte.²⁰

Afhandlingen anvender også Justitsministeriets betænkning om GDPR.²¹ Da betænkningen ikke har et egentlig lovudkast inddraget, så er der ikke tale om en sagkyndig betænkning.²² Retskildeværdien antages alligevel at være af stor betydning, da betænkningen indeholder de bagvedliggende hensyn

¹⁵ Blume, Peter, (2018) Databeskyttelsesret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 61

¹⁶ Blume, Peter, (2018) Databeskyttelsesret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 62

¹⁷ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 37f.

¹⁸ Munk-Hansen, Carsten, (2018) Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Djøf Forlag, s. 259

¹⁹ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 40

²⁰ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 41.

²¹ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017

²² Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 41f.

for loven og GDPR. På baggrund af dette kan betænkningen bidrage til fortolkningen af GDPR og DBL.²³

Afhandlingen anvender desuden afgørelser fra Datatilsynet, der er den danske version af tilsynsmyndigheden, og Datatilsynet kan både udstede vejledninger og træffe administrative afgørelser.²⁴

Datatilsynets afgørelser tillægges stor retskildemæssig værdi.²⁵ Afgørelserne er forpligtende for Datatilsynet selv, da de skal sørge for, at afgørelser, der er ens, har samme udfald.²⁶ Dette sker ud fra et indretningshensyn for borgeren.²⁷ Administrativ praksis kan indbringes for domstolene, jf. grundlovens § 63. Dette sker dog ikke ofte i praksis. En administrativ afgørelse er som nævnt bindende for tilsynsmyndigheden selv, men er ikke forpligtende for domstolen, selvom den kan få afgørende betydning for domstolens dom.²⁸ Datatilsynets afgørelseskompetence er nøje angivet og placeret i GDPR, hvilket i sig selv er specielt.²⁹ Dette medfører sammen med fåtallet af domstolsprøvelser, at Datatilsynets afgørelser antages at have stor retskildemæssig værdi, der kan anvendes til at fastlægge retstilstanden.³⁰ Mange af afgørelserne indeholder desuden udtalelser om, hvordan GDPR's bestemmelser skal forstås og kan dermed anvendes til at få en forståelse af reglerne.³¹

Vejledningerne udstedes løbende af Datatilsynet. Vejledningerne er generiske og ikke systematiserede, hvilket har den effekt, at Datatilsynet kan indrette vejledningerne løbende efter nye forståelser eller nye situationer i samfundet.³²

Disse vejledninger er formelt ikke bindende for borgere eller virksomhederne.³³ Umiddelbart kan retskildeværdien af vejledningerne være svære at fastlægge.³⁴ Vejledningernes funktion som en rettesnor medfører dog, at Datatilsynet bliver nødt til at følge dem, da de dataansvarlige typisk indretter sig efter vejledningerne. Vejledningerne bør være et udtryk for den retsopfattelse som Datatilsynet har og laver sine afgørelser efter, så de dataansvarlige kan indrette sig efter denne opfattelse i forsøget

²³ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 41.

²⁴ <https://www.datatilsynet.dk/om-datatilsynet/organisation>

²⁵ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 48f.

²⁶ Munk-Hansen, Carsten, (2018) Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Djøf Forlag, s. 331

²⁷ Munk-Hansen, Carsten, (2018) Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Djøf Forlag, s. 331

²⁸ Munk-Hansen, Carsten, (2018) Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Djøf Forlag, s. 332

²⁹ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 48f.

³⁰ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 49

³¹ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 50.

³² Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 44.

³³ Munk-Hansen, Carsten, (2018) Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Djøf Forlag, s. 341

³⁴ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 44.

på at overholde lovgivningen.³⁵ Dette er også den traditionelle danske retsopfattelse.³⁶ Konsekvensen af at opfatte vejledningen som bindende er, at retssikkerheden forstærkes.³⁷ Dermed har vejledningerne på trods af deres formelt lave retlige status en klar og stærk retskildeværdi i dansk persondataret, og det kan lægges til grund, at vejledningerne er et udtryk for den korrekte forståelse af GDPR, sådan som den kan forstås på nuværende tidspunkt.³⁸

1.4.3. Udenlandsk praksis

I afhandlingen analyseres afgørelser fra de andre medlemsstaters tilsynsmyndigheder samt domstole inden for persondataområdet. Det er af den årsag relevant at få redegjort for den retskildemæssige værdi for disse afgørelser.

Medlemsstaterne har som følge af deres deltagelse i EU-samarbejdet en særlig loyalitetsforpligtelse til at følge EU-retten, jf. TEU art. 4, stk. 3. GDPR virker direkte i alle medlemsstater og skal dermed ikke gennemføres ved lov som et direktiv skal.³⁹ Der er i GDPR kun overladt en smule nationalt råderum til at fastsætte andre regler, men ellers skal GDPR som udgangspunkt forstås på samme måde i alle medlemsstater.⁴⁰ Den største udfordring for forståelsen af GDPR gennem EU-landene er sproget, der kan medføre divergerende udformninger af bestemmelsernes formulering.⁴¹

Den udenlandske retspraksis' retskildeværdi antages som udgangspunkt ikke at være bindende for de danske domstole.⁴² Dermed ikke sagt, at der ikke kan afhentes argumenter og inspiration fra udenlandsk domstolspraksis, særligt grundet den teknologiske udvikling, der gør det nemmere at se udenlandske afgørelser.⁴³ GDPR's formål om en harmonisering betyder, at borgerne i EU principielt skal have den samme retsstilling uanset om de er i Danmark eller i Frankrig.⁴⁴ Det kan potentielt have den virkning, at praksis fra andre EU-lande kan have virkning på de danske afgørelser. Dette må dog antages at være for vidtgående.⁴⁵ Effekten af et sådant synspunkt kunne være, at den første afgørelse

³⁵ Munk-Hansen, Carsten, (2018) Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Djøf Forlag, s. 341

³⁶ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 44f.

³⁷ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 45.

³⁸ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 45

³⁹ Munk-Hansen, Carsten, (2018) Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Djøf Forlag, s. 277

⁴⁰ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 72

⁴¹ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 72f.

⁴² Munk-Hansen, Carsten, (2018) Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Djøf Forlag, s. 273

⁴³ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 73

⁴⁴ Hamer, Carine m.fl., (2020) Juraens verden, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 24

⁴⁵ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 73.

i et EU-land kunne have normativt virkende effekt i resten af EU. Tilfældigheder ville afgøre placeringen og typen af afgørelse, der skulle afsiges. På trods af Domstolens mulighed for at korriger disse afgørelser, så antages betragtningen ikke som hensigtsmæssig.⁴⁶ I stedet kan anlægges den forståelse, at udenlandsk ret primært tjener som juridisk belæg og argumentation, hvilket har en væsentlig retskildemæssig værdi uden dog at skulle tillægges høj retskildemæssig status.⁴⁷

1.5. Metode

I denne afhandling søges det at analysere og beskrive gældende ret, de lege lata.⁴⁸ Dermed anvendes den retsdogmatiske metode til at belyse retstilstanden på det persondatarelige område om frivillighedsbetingelsen i samtykke inden for ansættelsesforholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager. Anvendelsen af retsdogmatikken skal medføre, at afhandlingen gennem en systematisk, metodisk og transparent virksomhed fremstiller ny viden om den gældende retstilstand.⁴⁹ Dette vil skal blandt andet ske gennem udvælgelse af de relevante retskilder for projektet.⁵⁰

Da afhandlingen søger en beskrivelse af retstilstanden frem for at søge en konkret løsning på et konkret problem, så er det ikke relevant for denne afhandling at anvende den juridiske metode besvarelsen.⁵¹

I afhandlingen inddrages relevante retskilder, fortolkningsprincipper og retlig subsumtion i analyse som redskaber til at beskrive den gældende ret.⁵² Analysen vil føre til at der fastlægges begreber, som skal bidrage til en systematisering af de retsregler, som bliver anvendt inden for retsområdet.⁵³ Analysen vil indeholde retspraksis fra EU-Domstolen, administrativ praksis fra Datatilsynet og de andre EU-medlemmers tilsynsmyndigheder samt vejledninger fra det danske datatilsyn og EDPB. Desuden findes en enkelt afgørelse fra de tyske domstole.

I fortolkningen vil afhandlingen inddrage GDPR's præambler, DBL's forarbejder, som skal være med

⁴⁶ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 73.

⁴⁷ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 74

⁴⁸ Munk-Hansen, Carsten, (2018) Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Djøf Forlag, s. 64.

⁴⁹ Evald, Jens, (2020) Juridisk teori, metode og videnskab, 2. udgave, Djøf Forlag, s. 209

⁵⁰ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 81

⁵¹ Munk-Hansen, Carsten, (2018) Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Djøf Forlag, s. 204

⁵² Munk-Hansen, Carsten, (2018) Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Djøf Forlag, s. 204f.

⁵³ Munk-Hansen, Carsten, (2018) Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Djøf Forlag, s. 205

til at give subjektive formålspektiver.⁵⁴ Der anvendes ligeledes retslitteratur, men der tages forbehold for den manglende retskildeværdi, som litteraturen indeholder.⁵⁵ Analysen vil samtidig indeholde en beskrivelse af den usikkerhed, som retstilstanden på området indeholder.

1.6. Struktur/kapitelforklaring

Kapitel 1 indeholder indledningen til afhandlingen. Dette kapitel indeholder emnevalg og problemformuleringen. Der følger herefter afsnit med en afgrænsning, retskildeafsnit og et metodeafsnit.

Kapitel 2 er en gennemgang af GDPR. Kapitlet indeholder redegørende afsnit for formålet, anvendelsesområdet for GDPR samt en begrebsafklaring. Kapitlet afsluttes af en gennemgang af grundprincipperne for behandling samt de konkrete behandlingsgrundlag i art. 6, 9 og 10.

Kapitel 3 er en gennemgang af elementerne i samtykket efter art. 6 og 9 samt den supplerende bestemmelse i art. 7.

Kapitel 4 fokuserer på frivillighedsbetingelsen. Kapitlet undersøger, hvad der kan udledes af praksis i vurderingen af, om et samtykke er afgivet frivilligt.

Kapitel 5 behandler frivillighedsbetingelsen i ansættelsesforhold. Det undersøges, hvordan mulighederne er for at anvende samtykke i ansættelsesforhold.

Kapitel 6 er konklusionen, hvor problemstillingerne bliver samlet op. I opsamlingen konkluderes på det overordnede spørgsmål for nærværende afhandling.

2. Lovgrundlag

Det følgende kapitel redegøres der for GDPR som lovgrundlag i afhandlingen. Først gennemgås baggrunden og formålet med GDPR. Efterfølgende vil der blive redegjort for GDPR's anvendelsesområde, herunder den materielle og geografiske afgrænsning samt undtagelser til dette. Dertil følger et afsnit, hvor de væsentligste begreber fra GDPR redegøres for. Dernæst vil GDPR's grundprincipper som fremsat i art. 5 blive beskrevet. Til sidst afsluttes kapitlet med en redegørelse for GDPR's forskellige behandlingsgrundlag og en redegørelse af tilsynsmyndighederne, herunder Datatilsynet.

⁵⁴ Munk-Hansen, Carsten, (2018) Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Djøf Forlag, s. 205

⁵⁵ Munk-Hansen, Carsten, (2018) Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Djøf Forlag, s. 372

2.1. Databeskyttelsesforordningens baggrund og formål

En persons ret til beskyttelse af sine egne personoplysninger er en grundlæggende ret, som kan findes i Den Europæiske Unions charters art. 8. Der er dermed tale om en menneskerettighed. Beskyttelsen af persondatarettighederne skal ses i lyset af dette. Der er kommet et øget fokus på selvbestemmelseretten i beskyttelsen af persondata. Årsagen er den stigning i dataindsamling- og deling, som er opstået de sidste 15-20 år. Denne stigning skyldes den hastige teknologiske udvikling og indførelsen af blandt andet de sociale medier og internettet som helhed.

GDPR blev indført med virkning fra d. 25. maj 2018. Formålet med GDPR er overordnet set at sikre borgerens retssikkerhed hen over landegrænser. Dette skal blandt ske over for offentlige myndigheder, private virksomheder, selskaber og foreninger, da det er disse, som behandler personoplysningerne. Det skal sikres gennem indsigtsretten, indsigelsesretten samt en oplysningspligt for den dataansvarlige. Sanktionsniveauet bliver også hævet kraftigt i den nye forordning.⁵⁶ Da GDPR er en forordning fra EU, så er formålet at sikre en ens beskyttelse for borgere i hele EU, men samtidig skal den frie handel også sikres på det indre marked, jf. GDPR's præambelbetragtning nr. 2. Dermed skal GDPR sikre en afvejning af disse modsatrettede interesser.

Forordninger virker som nævnt tidligere direkte i alle medlemsstaterne, jf. art. 288 TEUF. Dermed kræver GDPR ikke, at de nationale lovgivningsinstitutioner indfører lovgivning som konsekvens af GDPR, da den skal forstås efter sin ordlyd.⁵⁷ GDPR sikrer blandt andet sin ensartethed ved at blive til en enslydende lov i alle medlemsstaterne i forhold til sproget og strukturen. Dette er også formålet, jf. præambelbetragtning nr. 10. De eneste forskelle kan opstå i forskellige sprognuancer.⁵⁸ Ensartetheden kan alligevel forsvinde, når forordninger i deres bestemmelser giver mulighed for at fastsætte nærmere regler på de nationale lovområder.⁵⁹ Det er tilfældet med GDPR.⁶⁰ I Danmark er DBL blevet indført, som regulerer regler om behandling af personnummeret, begrænsning i nogle af de registre-redes rettigheder samt behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold. Årsagen til at give denne mulighed for yderligere national regulering bunder i den politiske uenighed, der er i de forskellige lande.⁶¹

⁵⁶ Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 12f.

⁵⁷ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 17

⁵⁸ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 58

⁵⁹ Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 58

⁶⁰ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 18

⁶¹ Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 13

2.2. Anvendelsesområde

GDPR's anvendelsesområde kan deles op i en materiel afgrænsning samt en geografisk afgrænsning. Disse afgrænsninger vil der blive redegjort for i det følgende.

2.2.1. Materiel afgrænsning

GDPR finder anvendelse på behandling af personoplysninger, der helt eller delvist sker automatisk, samt anden ikke-automatisk behandling af personoplysninger, der vil blive eller er indeholdt i et register, jf. GDPR art. 2, stk. 1. DBL har samme anvendelsesområde, jf. DBL § 1, stk. 2. Personoplysninger kategoriseres som elektroniske, også selvom de er udskrevne og på den måde er i en type af manuel form. Overordnet set er al elektronisk og ikke-elektronisk behandling altså omfattet af den materielle anvendelse for GDPR, så længe det sker systematisk og man kan finde frem til dokumenterne. De skal være omfattet af et register, men er de ikke det, samt at de er manuelle, så er de ikke omfattet af GDPR.⁶²

2.2.2. Geografisk afgrænsning

Der sondres i GDPR mellem behandling der sker af en dataansvarlig inden for eller uden for EU.

GDPR finder anvendelse, når behandlingen sker inden for EU, jf. GDPR art. 3, stk. 1. Her skal det vurderes, om den dataansvarlige er etableret i EU. Selve behandlingens virkningssted er uden betydning for vurderingen, jf. GDPR art. 3, stk. 1.

Etablering er enhver reel og faktisk aktivitet, der sker via en mere permanent struktur.⁶³ Dette betyder, at en fast repræsentation i EU er nok for at virksomheder anses som etableret i EU og dermed omfattet af GDPR.⁶⁴

Skulle en dataansvarlig være etableret uden for EU, så er behandlingen stadig omfattet af GDPR, hvis behandlingen omhandler udbud af varer eller tjenester til personer, der er i EU, jf. GDPR art. 3, stk. 2, litra a. Det er ikke af betydning, om der er et krav om betaling fra den registrerede, jf. GDPR præambelbetragtning nr. 23. Det kan også være, at der sker overvågning af registrerede borgeres adfærd inden for EU, eksempelvis sporing af personer på internettet, jf. GDPR præambelbetragtning nr. 24.

⁶² Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 15.

⁶³ Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 16

⁶⁴ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 35

2.2.3. Undtagelser

Der er ligeledes undtagelser til anvendelsesområdet for GDPR. GDPR gælder ikke for behandling, der omhandler statens sikkerhed, da det falder uden for EU-retten, jf. art. 2, stk. 2, litra a.

Behandling i forbindelse med aktiviteter af medlemsstaterne under fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik er heller ikke omfattet af GDPR, jf. art. 2, stk. 2, litra b.

Desuden er der en undtagelse i form af behandling af personoplysninger i led af rent personlige eller familiemæssige aktiviteter, jf. art. 2, stk. 2, litra c.

Behandling af personoplysninger inden for det strafferetlige område undtaget, hvis det sker som led i, at myndigheder vil forebygge, efterforske, retsforfølge strafbare handlinger eller fuldbyrdelse, jf. GDPR art. 2, stk. 2, litra d.

2.3. Begrebsafklaring

2.3.1. Personoplysninger

GDPR omhandler behandling af personoplysninger. Det er derfor også vigtigt at få fastlagt, hvad der er omfattet af begrebet 'personoplysninger'. Begrebet er defineret i GDPR art. 4, nr. 1, som værende ”*enhver information om en identificeret eller identificerbar person.*” En information er enhver oplysning der kan henføres til en fysisk person.⁶⁵ En 'identificerbar person' er en person, som direkte eller indirekte kan fastslå identiteten af. Et navn, ID-nummer, GPS-data eller et eller flere elementer, der kan være med til at udpege den pågældende person. Det kan være fysisk, genetisk, psykisk, økonomisk, social eller kulturel identitet, jf. art. 4, nr. 1.⁶⁶ En persons stemme, et billede eller fingeraftryk kan også være personoplysninger. Det kan også være tilfældet, selvom kun en begrænset gruppe af mennesker kan bruge oplysningerne til at fastslå personens identitet.⁶⁷ Det er heller ikke nødvendigt, at oplysningen i sig selv kan identificere personen. Hvis en IP-adresse sammenholdt med et mobil-selskabs informationer omkring, hvem der er tilknyttet denne IP-adresse kan føre til identifikation, så er det også tilstrækkeligt. Man skal derfor tage alle midler i overvejelse, ”*der med rimelighed kan tænkes bragt i anvendelse af den dataansvarlige eller en anden person til direkte eller indirekte at identificere den pågældende*”.⁶⁸

Det samme gælder pseudonymiserede oplysninger, der sammen med andre oplysninger kan henføres

⁶⁵ Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 20

⁶⁶ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 58

⁶⁷ Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 21

⁶⁸ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 58

til den pågældende person, jf. GDPR præambelbetragtning nr. 26. Er der derimod tale om anonymisering, så er oplysningen ikke længere overførbart, hvis man ikke kan finde tilbage til personen.⁶⁹

2.3.2. Behandling

GDPR finder anvendelse på behandling af personoplysninger. Det er derfor relevant at få klarlagt, hvad begrebet 'behandling' indebærer.

Efter legaldefinitionen i art. 4, nr. 2 er en behandling: *“enhver aktivitet eller række af aktiviteter — med eller uden brug af automatisk behandling — som personoplysninger eller en samling af personoplysninger gøres til genstand for, f.eks. indsamling, registrering, organisering, systematisering, opbevaring, tilpasning eller ændring, genfindning, søgning, brug, videregivelse ved transmission, formidling eller enhver anden form for overladelse, sammenstilling eller samkøring, begrænsning, sletning eller tilintetgørelse”*

En behandling omfatter dermed stort set enhver form for handling, hvor personoplysningerne er genstand for behandlingen. Behandling er dermed et samlebegreb for enhver form for håndtering af disse oplysninger. Dette omfatter også almindelig tekstbehandling, som eksempelvis skrivning af referater, breve og notater.⁷⁰

2.3.3. Dataansvarlig og registrerede

Den dataansvarlige og registrerede er de to vigtige retssubjekter i henhold til GDPR. Det er af den årsag vigtigt af fastlægge, hvornår der er tale om henholdsvis dataansvarlig og registreret person.

Den dataansvarlige er i GDPR defineret som *“en fysisk eller juridisk person, en offentlig myndighed, en institution eller et andet organ, der alene eller sammen med andre afgør, til hvilke formål og med hvilke hjælpemidler der må foretages behandling af personoplysninger”*, jf. art. 4, nr. 7.

Den dataansvarlige fastsætter de formål, som behandlingen skal ske til, hvilke midler det gøres med samt hvem personoplysningerne må behandles af.⁷¹ Den dataansvarlige er derfor også den ansvarlige for behandlingen, jf. også art. 5, stk. 2. Som udgangspunkt er det sjældent enkeltpersoner, der er ansvarlige for deres virksomheds behandling af personoplysninger. Dog kan en privatperson alligevel godt være dataansvarlig, som eksempelvis ved deling af billeder på Facebook. Det er desuden også muligt, at der kan være flere dataansvarlige.⁷²

⁶⁹ Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 22f.

⁷⁰ Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 23

⁷¹ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 62

⁷² Datatilsynet, *Vejledning om dataansvarlige og databehandlere, november 2017*, s. 15

Den registrerede er på den anden side den, som de behandlede personoplysninger omhandler.⁷³ I denne afhandling anvendes også ordet 'borger' eller 'individ' om den registrerede, hvor dette giver mening i sammenhængen.

2.4. Grundprincipper

GDPR art. 5 oplister en række principper, som altid skal følges, når personoplysninger behandles. Disse principper skal følges generelt og anses som grundprincipper i GDPR. Principperne skal på den måde anvendes i alle databehandlingens mange omfattede aktiviteter.⁷⁴ Disse principper er lige, og de skal dermed ikke vurderes i en bestemt rækkefølge. Der skal i stedet tages en praktisk, samlet vurdering af, om principperne er overholdt sammenholdt med den konkrete regel, der anvendes.

2.4.1. God databehandlingsskik

Først og fremmest nævnes princippet om god databehandlingsskik i art. 5, stk. 1, litra a. Dette dækker over, at personoplysninger generelt skal behandles lovligt, rimeligt og gennemsigtigt. Princippet skal anses som en generalklausul, der skal fungere som en etisk norm. Tilsynsmyndigheden har her mulighed for at anvende bestemmelsen til at agere over for en behandling, der ellers ville fremstå lovligt. Tilsynsmyndigheden kan på den måde tilpasse sig nye situationer og retlige problemstillinger i henhold til GDPR.⁷⁵

2.4.2. Sagligt formål

Efter art. 5, stk. 1, litra b skal personoplysningerne kun indsamles til "*udtrykkeligt angivne og legitime formål*". Behandlingen skal blandt andet fremstå klart og tydeligt for borgeren. Det betyder, at formålet skal være konkret formuleret ud fra borgerens forståelsesniveau. Dette indebærer blandt andet, at sproget skal være let forståeligt og skrevet i et dagligdags sprog.⁷⁶ Artikel 29-gruppen har udtalt, at de registrerede alle skal kunne forstå, hvad formålet med behandlingen er. Dermed skal

⁷³ Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 26.

⁷⁴ Blume, Peter, (2018) Databeskyttelsesret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 111f.

⁷⁵ Blume, Peter, (2018) Databeskyttelsesret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 113.

⁷⁶ Blume, Peter, (2018) Databeskyttelsesret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 114

informationen om behandlingen tage forbehold for de registreredes kulturelle og sproglige forskelligheder.⁷⁷ Kravet er ikke så strengt, at man skal tage forbehold for den individuelle persons forståelsesniveau, men blot personens tilhørsgruppe generelt. Dermed er det også muligt at lave en standardiseret skrivelse, som sendes ud til gruppen.⁷⁸

Formålet skal desuden være sagligt. Der er i den her henseende forskel på, om det er en privat eller offentlig institution, der skal behandle personoplysningerne, samt til hvilke formål de skal behandles. Personoplysningerne skal dog anvendes til opgaver som hører til myndighedens eller virksomhedens lovlige virksomhedsområde.⁷⁹ Det skal også tages i betragtning, om behandlingen angår følsomme eller almindelige personoplysninger, hvor sagligheden især skal være til stede ved behandling af følsomme oplysninger.⁸⁰

2.4.3. Finalité-princippet

Finalité-princippet udtrykker, at en senere behandling af personoplysningerne ikke være uforenelig med de formål, hvortil disse oplysninger oprindeligt er indsamlet, jf. GDPR art. 5, stk. 1, litra b.⁸¹ Vurderingen heraf indebærer en sammenligning af det originale indsamlingsformål og genbehandlingsformålet samt måden, hvorpå oplysningerne er blevet indsamlet. Derudover skal det tages i betragtning, hvilke typer af personoplysninger der behandles, hvorvidt den registrerede kan forvente en genbehandling samt de sikkerhedsgarantier der er foretaget af den dataansvarlige.⁸²

2.4.4. Øvrige principper i art. 5, stk. 1

Art. 5, stk. 1, litra c indeholder proportionalitetsprincippet. Oplysningerne, der behandles, skal være relevante og tilstrækkelige for at opfylde de formål, som oplysningerne behandles til. Det kan også anses som et dataminimeringsprincip, der skal sikre, at der ikke samles flere oplysninger end højst nødvendigt.⁸³

Princippet om datakvalitet fremgår af art. 5, stk. 1, litra d. Det er vigtigt, at oplysningerne om den registrerede fremstår korrekte. Der kan ske sletning, blokering eller berigtigelse af fejlagtige oplysninger.⁸⁴

⁷⁷ Artikel 29-gruppen, *WP 203 - Udtalelse 03/2013 om formålsbegrænsning*, s. 38.

⁷⁸ Blume, Peter, (2018) *Databeskyttelsesret*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 114

⁷⁹ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 81

⁸⁰ Blume, Peter, (2018) *Databeskyttelsesret*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 114

⁸¹ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 84

⁸² Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 84

⁸³ Højlund, Dorte (2020) *Persondataret*, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 35

⁸⁴ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 89

GDPR indeholder et tidsbegrænsningsprincip, jf. GDPR art. 5, stk. 1, litra e. Princippet skal sikre mod ophobning af data. Det må ikke gemmes længere tid end nødvendigt.⁸⁵

Personoplysninger skal desuden behandles sikkert, så databrud undgås, jf. GDPR art. 5, stk. 1, litra f.

2.4.5. Ansvarlighed

Den dataansvarlige skal sørge for at overholde ovenstående principper. Det er dennes ansvar, og den dataansvarlige skal sikre dette på en ansvarlig måde, jf. art. 5, stk. 2. Ansvarlighedsprincippet medfører, at den dataansvarlige skal tage en proaktiv rolle for at sikre, at principperne overholdes. Den dataansvarlige skal bevise at denne ansvarlighed er overholdt. Dette er på linje med den generelle røde tråd, som GDPR er skrevet efter, altså en 'accountability' for den dataansvarlige.⁸⁶

2.5. Almindelige personoplysninger

Almindelige personoplysninger omfatter alle de personoplysninger, der ikke er omfattet af den udtømmende liste i GDPR art. 9, stk. 1. Som eksempler på almindelige personoplysninger kan nævnes rent private forhold, økonomi, sygedage, familieforhold, bil, eksamen, ansættelsesdato, stilling osv.

Behandling af almindelige personoplysninger kan ske med hjemmel i GDPR art. 6, stk. 1, litra a-f. Det må dog i denne forbindelse fremhæves at det er ikke en prioriteret rækkefølge, da behandlingsgrundlagene er ligestillede. Det står dermed de dataansvarlige frit for, hvilket grundlag de anvender til at foretage behandlingen.⁸⁷ Nedenfor gennemgås de forskellige hjemler til behandling.

2.5.1. Samtykke

Behandling af almindelige personoplysninger kan finde sted med hjemmel i GDPR art. 6, stk. 1, litra a, hvis den registrerede giver sit samtykke til behandlingen.

Samtykket er et behandlingsgrundlag, der kan give anledning til særlige overvejelser hos den dataansvarlige. Den dataansvarlige skal overveje, om selvbestemmelsen skal prioriteres, da det er et udtryk for nogle af de tanker, som GDPR bygger på.⁸⁸ På den anden side kan der være situationer, hvor samtykket kan være besværligt at anvende, jf. kapitel 4 og 5. Samtykket har en legaldefinition i GDPR

⁸⁵ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 90

⁸⁶ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 101f.

⁸⁷ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 113

⁸⁸ Blume, Peter, (2021) Persondatarettens dilemmaer – Fra person til personoplysning, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 100

art. 4, nr. 11, som siger: ”enhver frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse fra den registrerede, hvorved den registrerede ved erklæring eller klar bekræftelse indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende, gøres til genstand for behandling.”

Frivillighedsbetingelsen kan til tider være udfordret, hvorfor de andre behandlingsgrundlag somme-tider vil være mere hensigtsmæssige at anvende. Om frivillighedsbetingelsen se kapitel 4.

2.5.2. Opfyldelse af en kontrakt

Behandlingen af oplysninger kan ske, hvis det er ”nødvendigt for at opfylde en kontrakt, som den registrerede er part i, eller der påtænkes indgåelse af en kontrakt.”, jf. GDPR art. 6, stk. 1, litra b. Bestemmelsen omfatter også ansættelseskontrakter, hvor arbejdsgiveren kan behandle oplysninger om arbejdstagerens navn, uddannelse, adresse, bankoplysninger og lignende.⁸⁹ Anvendelsen af denne hjemmel er begrænset af kontraktens levetid, hvorfor oplysningerne efterfølgende vil skulle slettes, hvis der ikke længere er et ansættelsesforhold mellem parterne.⁹⁰ Da der ikke er tale om et samtykke, men nærmere behandling på baggrund af et afgivet løfte, så kan der ikke tilbagekaldes muligheden for at behandle.⁹¹

2.5.3. Øvrige behandlingsgrundlag

Behandling kan begrundes i den dataansvarliges legitime interesse. Denne bestemmelse er en type opsamlingsbestemmelse. Den dataansvarlige kan foretage behandling, hvis en sådan er nødvendig for at opfylde en saglig interesse, der overstiger hensynet til borgerens interesser eller grundlæggende rettigheder, jf. GDPR art. 6, stk. 1, litra f. Anvendes denne regel som behandlingsgrundlag, skal den registrerede orienteres om, hvilke saglige interesser, der ligger til grund for denne behandling. Dermed skal den dataansvarlige efterleve oplysningspligten.⁹²

Behandling kan også finde sted, hvis den dataansvarlige bliver pålagt en retlig forpligtelse, som oplysningerne er nødvendige for at kunne opfylde, jf. art. 6, stk. 1, litra c. Den retlig forpligtelse skal i denne sammenhæng udspringe af EU-retten eller dansk lov, jf. præambelbetragtning nr. 45.⁹³

⁸⁹ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 128f.

⁹⁰ Blume, Peter, (2021) Persondatarettens dilemmaer – Fra person til personoplysning, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 110

⁹¹ Blume, Peter, (2021) Persondatarettens dilemmaer – Fra person til personoplysning, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 110

⁹² Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 59

⁹³ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 129

Den dataansvarlige kan behandle personoplysninger i tilfælde, hvor en sådan behandling er nødvendig for at beskytte den registreredes eller en anden persons vitale interesser, jf. art. 6, stk. 1, litra d. Dette behandlingsgrundlag kan kun anvendes til at beskytte en anden persons vitale interesser, hvis der ikke er andre hjemmelsgrundlag, jf. GDPR præambelbetragtning nr. 46. Dette vil være tilfældet ved en borger, hvor behandlingen er af fundamental betydning, men hvor der ikke kan gives samtykke, fordi borgeren er syg, bortrejst eller lignende.⁹⁴ Det er ofte livstruende eller livsvigtige situationer, der er årsag til anvendelsen.

Personoplysninger kan behandles, hvis det er nødvendigt som led i myndighedsudøvelse, som den dataansvarlige har fået pålagt, jf. GDPR art. 6, stk. 1, litra e. Dette er ofte anvendt for de offentlige myndigheder, især når det angår videregivelse af oplysninger.⁹⁵

2.6. Følsomme oplysninger

De følsomme oplysninger er i GDPR art. 9, stk. 1 kategoriseret som: *“personoplysninger om race eller etnisk oprindelse, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning eller fagforeningsmæssigt tilhørsforhold samt behandling af genetiske data, biometriske data med det formål entydigt at identificere en fysisk person, helbredsoplysninger eller oplysninger om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering.”*

Som udgangspunkt er der et forbud mod behandling af følsomme oplysninger, jf. art. 9, stk. 1. Behandling af disse oplysninger kan føre til integritetskrænkelser hos den registrerede.⁹⁶ En behandling af følsomme oplysninger er derfor skærpet.

Opregningen af følsomme oplysninger i GDPR art. 1 er udtømmende.⁹⁷ Der findes i art. 9, stk. 2 en række undtagelser til forbuddet om behandling af disse følsomme oplysninger, som gennemgås i følgende afsnit.

2.6.1. Forbud mod behandling af følsomme personoplysninger

Personoplysninger, der kategoriseres som følsomme efter GDPR art. 9, stk. 1, er som tidligere omtalt omfattet af et behandlingsforbud, jf. GDPR art. 9, stk. 1. Derfor skal kravene skærpes til behandling af følsomme personoplysninger.⁹⁸ GDPR art. 9, stk. 2 indeholder en række undtagelser til forbuddet.

⁹⁴ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 131

⁹⁵ Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 57

⁹⁶ Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 59

⁹⁷ Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 60

⁹⁸ Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 59

Behandlingen af følsomme oplysninger skal på samme tid opfylde et hjemmelsgrundlag i GDPR art. 6, stk. 1. Undtagelserne omtales nedenfor.

2.6.2. Udtrykkeligt samtykke

Et udtrykkeligt samtykke fra borgeren er en undtagelse til forbuddet om behandling af følsomme personoplysninger, jf. GDPR art. 9, stk. 2, litra a. Det udtrykkelige samtykke indebærer, at det skal være informeret, specifikt, frivilligt og utvetydigt, jf. art. 4, nr. 11. Det udtrykkelige samtykke kan minde meget om det ‘almindelige’ samtykke, som kan indhentes efter art. 6, stk. 1, litra a. Det udtrykkelige samtykke gennemgås i afsnit 3.7

2.6.3. Øvrige undtagelser

Behandlingen kan yderligere ske, hvis det er for at beskytte den registreredes eller en anden persons vitale interesser, hvor personen ikke er i stand til at afgive sit samtykke, jf. GDPR art. 9, stk. 2, litra c. Der gælder de samme overvejelser som begrebet vitale interesser indeholder i GDPR art. 6, stk. 1, litra d, se afsnit 2.5.3.

Der kan endvidere ske behandling af følsomme personoplysninger, hvis det er nødvendigt for at overholde den dataansvarliges eller den registrerede borgers forpligtelser på det arbejdsretlige, sundhedsretlige eller socialretlige område, jf. art. 9, stk. 2, litra b. Forpligtelsen skal udspringe af EU-retten, national lovgivning eller kollektive overenskomster.

Foreninger kan behandle personoplysninger om medlemmer, nuværende og tidligere. Videregivelse må dog kun ske ved samtykke, jf. GDPR art. 9, stk. 2, litra d. Foreningen skal være ikke-kommerciel. Desuden skal den enten være religiøs, filosofisk, politisk eller fagforeningsmæssig.⁹⁹

Personoplysninger, som den registrerede selv tydeligt har offentliggjort, kan behandles, jf. GDPR art. 9, stk. 2, litra e. Dette indebærer, at oplysningerne er kommet ud til en bredere kreds af personer. Det skal hertil tilføjes at det er vigtigt, at det er den registrerede selv, der har offentliggjort informationerne. Den dataansvarlige skal stadig overholde grundprincipperne for behandling af disse personoplysninger i GDPR art. 5.¹⁰⁰

⁹⁹ Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 72

¹⁰⁰ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 199f.

Behandling er lovlig, hvis det er nødvendigt for at fastlægge et retskrav, der har hjemmel i EU-retten eller den nationale lovgivning, jf. GDPR art. 9, stk. 2, litra f. Bestemmelsen er særlig relevant for offentlige myndigheder.

Såfremt en behandling af personoplysninger er nødvendig med hensyn til væsentlige samfundsinteresser efter EU-retten eller national lovgivning, så er dette undtaget fra forbuddet, jf. GDPR art. 9, stk. 2, litra g. Det er en opsamlingsbestemmelse, som primært skal bruges i forbindelse med sundhedssikkerhed, forebyggelse af overførbare sygdomme og andre alvorlige trusler mod sundheden.¹⁰¹

Nødvendig behandling af følsomme oplysninger med henblik på at finde medicin eller foretage vurdering af arbejdsevne, diagnoser eller lignende, er undtaget fra forbuddet, hvis det er i overensstemmelse med EU-retten, national lovgivning eller sker i forhold til en kontrakt med en tavshedspligtig sundhedsperson, jf. GDPR art. 9, stk. 2, litra h.

Endeligt kan følsomme personoplysninger behandles, hvis det er nødvendigt for at sikre samfundsinteresser inden for folkesundheden, hvor alvorlige sundhedsrisici sker på tværs af statsgrænserne, som eksempelvis ved coronavirus, jf. art. 9, stk. 2, litra i. Der skal være hjemmel i EU-retten eller national lovgivning. Samtidig skal der ske passende og specifikke foranstaltninger for at beskytte den registreredes rettigheder.¹⁰²

2.7. Tilsynsmyndighedernes virksomhed

Hver medlemsstat i EU skal udpege en offentlig myndighed, der skal føre tilsyn med, at GDPR bliver overholdt, jf. GDPR art. 51, stk. 1. Myndigheden skal sikres sin uafhængighed, jf. art. 52. Dette indebærer, at der skal være menneskelige, tekniske og finansielle ressourcer foruden lokaler og infrastruktur til effektivt at udføre opgaverne og beføjelserne, der pålægges, jf. GDPR art. 52, stk. 4. GDPR indeholder specifikke bestemmelser om, hvordan tilsynsmyndigheden skal udvælges og oprettes, jf. art. 53 og 54.

Tilsynsmyndighedernes overordnede opgave er at sikre, at der sker en ensartet anvendelse af GDPR. Dette skal ske ved samarbejde de indbyrdes tilsynsmyndigheder imellem, jf. GDPR art. 63. Bestemmelserne i GDPR art. 60-62 skal herefter være med til at sikre, at samarbejdet fungerer.¹⁰³ Nogle af de forpligtelser for tilsynsmyndighederne er samarbejde på tværs af landegrænser, gensidig bistand

¹⁰¹ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 217

¹⁰² Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag, s. 69

¹⁰³ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 832

ved informationsudveksling omkring høringer, inspektioner og undersøgelser af dataansvarlige samt fælles undersøgelses- og håndhævelsesforanstaltninger.

Tilsynsmyndighederne pålægges en række opgaver, som de skal udføre, jf. GDPR art. 55. Nogle af de opgaver består i, at der skal føres tilsyn med anvendelsen af GDPR, fremme kendskabet og forståelsen af risici og regler ved behandling, fremme kendskabet til forpligtelserne efter GDPR, informere om registreredes rettigheder ved dennes anmodning herom, gennemføre undersøgelser, bidrage til EDPB's aktiviteter og ellers udføre enhver anden opgave angående beskyttelse af personoplysninger, jf. GDPR art. 57. Disse opgaver skal ske uden udgifter for den registrerede efter GDPR art. 57, stk. 3.

Derudover har tilsynsmyndighederne fået tildelt beføjelser efter GDPR art. 58, stk. 1. Nogle af disse omfatter at give påbud til dataansvarlige om udlevering af oplysninger og foretage undersøgelser hos den dataansvarlige. Derudover kan tilsynsmyndigheden udføre korrigerende beføjelser efter GDPR art. 58, stk. 2. Det betyder, at de eksempelvis kan udstede advarsler om en ulovlig behandling, udtalelse af kritik samt udstede påbud om at korrigere ulovlig adfærd med en så præcis beskrivelse af korrekt adfærd som muligt.

I Danmark er det Datatilsynet, der er udpeget som den førende tilsynsmyndighed, jf. DBL § 27, stk. 1. Behandling af personoplysninger hos domstolene uden for deres virksomhed har dog Domstolsstyrelsen som tilsynsmyndighed, jf. DBL § 37. Datatilsynet består af et råd og et sekretariat. Datatilsynet er blevet udpeget til at repræsentere Danmark i EDPB, jf. DBL § 27, stk. 9. Datatilsynets afgørelser kan ikke indbringes for andre administrative myndigheder, jf. DBL § 30, stk. 1. Dette forhindrer dog ikke, at Folketingets Ombudsmand kan få indbragt afgørelserne til bedømmelse.¹⁰⁴ Samtidig kan afgørelserne også bringes for domstolsprøvelse, jf. Grundlovens § 63.

3. Samtykkets gyldighedsbetingelser

Samtykke er som nævnt i afsnit 2.5 og 2.6 et af de behandlingsgrundlag, som kan anvendes til behandling. Samtykket som behandlingsgrundlag fremgår af GDPR art. 6, stk. 1, litra a for de ikke-følsomme personoplysninger samt GDPR art. 9, stk. 2, litra a for følsomme personoplysninger. Samtykket er et behandlingsgrundlag ligestillet med de øvrige hjemler. Samtykket nævnes som det første

¹⁰⁴ Lovforslag nr. L 68 Fremsat den 25. oktober 2017, s. 198

behandlingsgrundlag i bestemmelsen og er bredt anvendt af dataansvarlige som hjemmelsgrundlag. De andre behandlingsgrundlag giver dog den samme udstrækning af 'tilladelse' for den dataansvarlige til at behandle oplysningerne.¹⁰⁵ Dermed er samtykket ikke et mere 'korrekt' hjemmelsgrundlag. Samtykket giver individet en dispositionsbeføjelse i form af en selvbestemmelsesret, som det har været tiltænkt med forordningen.¹⁰⁶

Samtykket har sin legaldefinition i GDPR art. 4, nr. 11 og defineres som: "*enhver frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse fra den registrerede, hvorved den registrerede ved erklæring eller klar bekræftelse indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende, gøres til genstand for behandling*". Det findes for afhandlingen relevant at afdække, hvad en frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse dækker over. Desuden analyseres yderligere krav, der stilles til samtykket, nedenfor. Dette medvirker til en bred forståelse af et gyldigt samtykke.

Indledningsvist i afsnit 3.1 berøres kort, hvad 'frivillighed' indebærer. En nærmere analyse heraf findes i kapitel 4. Derefter vil betingelserne for et 'specifikt' samtykke undersøges i afsnit 3.2. Følgende vil afhandlingen analysere, hvornår et samtykke er 'informeret' i afsnit 3.3. Dernæst følger i afsnit 3.4, hvordan et samtykke kan være udtryk for en utvetydig viljestilkendegivelse'. Kapitlet indeholder herefter en gennemgang af yderligere betingelser for et gyldigt samtykke, som de fremgår af GDPR art. 7, herunder bevisbyrden i afsnit 3.6. Til sidst vil kapitlet fastlægge, hvad et 'udtrykkeligt' samtykke indeholder.

3.1. Frivillig

Et samtykke skal være frivilligt, jf. GDPR art. 4, nr. 11. Formålet med frivilligheden er, at "*skabe gennemsigtighed for den registrerede og give den registrerede et valg og kontrol over sine personoplysninger.*"¹⁰⁷ Frivillighedsbetingelsen er af den årsag en vigtig del af den selvbestemmelsesret, som samtykket er et udslag af. Frivillighed indebærer efter præambelbetragtning nr. 42, at: "*Samtykke bør 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*". Frivillighedsbetingelsen indeholder dermed en vurdering af, om den registrerede påvirkes af mulige nega-

¹⁰⁵ Artikel 29-gruppen, *WP 187 - Udtalelse 15/2011 om definition af samtykke*, s. 7f.

¹⁰⁶ Blume, Peter, (2018) *Den Nye Persondataret*, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 77

¹⁰⁷ Datatilsynet, *Vejledning om behandling personoplysninger ved hjemmesidebesøgende*, februar 2020, s. 12

tive konsekvenser. Frivilligheden analyseres i kapitel 4. Et diskuteret emne i henhold til frivillighedsbetingelsen omhandler frivillighed i relationer med magtubalance. Dette analyseres senere i afhandlingen, hvorfor der henvises til kapitel 5.

3.2. Specifik

Det fremgår af GDPR art. 4, nr. 11, at samtykke skal være specifikt. Betingelsen er et udtryk for, at den registrerede skal have en vis form for brugerkontrol og gennemsigtighed.¹⁰⁸ Den dataansvarlige skal sikre tre elementer for at opfylde betingelsen: Formålet skal være specificeret, anmodningerne skal være granulerede i forhold til samtykke samt der skal være klar adskillelse mellem oplysninger om indhentning af samtykke til behandlingsaktiviteter og oplysninger om andre emner.¹⁰⁹

Det første punkt skal være med til at sikre, at GDPR art. 5, stk. 1, litra b om udtrykkeligt angivent og sagligt formål er opfyldt.¹¹⁰ Den registrerede sikres dermed bedre mod, at personoplysningerne udelukkende anvendes til de formål, som der er blevet samtykket til. Den registrerede kan bedre på den måde bevare kontrollen over egne data. En behandling af oplysningerne til et andet formål skal ske ved et nyt samtykke. Formålet kan også dækkes ved anvendelse af et andet behandlingsgrundlag.¹¹¹ Et udtrykkeligt angivent formål indebærer, at vage formuleringer eller generelle formål som 'forbedring af brugeroplevelsen', 'markedsføringsformål', 'it-sikkerhedsformål' eller 'fremtidig forskning' ikke kan anvendes.¹¹² Af den grund skal der være en konkretiseret formulering, så det klart og tydeligt fremgår, hvad den registrerede samtykker til.¹¹³ Dette udtalte Datatilsynet i en sag¹¹⁴, der omhandlede en virksomheds deling af billeder. To klagere var på billederne. Billede 1 var indhentet ved skriftligt samtykke, mens billede 2-4 var indhentet ved mundtligt samtykke. Datatilsynet fremførte, at: "*Et specifikt samtykke indebærer, at samtykket ikke må være generelt udformet eller uden præcis angivelse af formålene med behandlingen af personoplysninger og hvilke personoplysninger der vil blive behandlet.*" Dermed skal hvert eneste formål klart angives. Dette var ikke tilfældet i sagen, da samtykkeerklæringen udelukkende indeholdt en formulering, der gav den dataansvarlige tilladelse til, at

¹⁰⁸ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 14

¹⁰⁹ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 15

¹¹⁰ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 15

¹¹¹ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 15

¹¹² Artikel 29-gruppen, *WP 203 - Udtalelse 03/2013 om formålsbegrænsning*, s. 16

¹¹³ Datatilsynets j.nr. 2018-41-0012 - *Matas*

¹¹⁴ Datatilsynets j.nr. 2019-31-1950 - *Billeder offentliggjort af virksomheder*

“måtte bruge filmen som hun selv ønsker og på alle platforme.” Dette var ikke tilstrækkeligt specifikt, og den registrerede kunne ikke gennemskue det præcise formål.

Et samtykke til et givent formål forhindrer ikke flere behandlinger af personoplysningerne.¹¹⁵ Foretages behandlinger til det samme formål, som samtykket er givet til, så kræver hver enkelt behandling ikke et samtykke, jf. GDPR præambelbetragtning nr. 32.

Kravet om granularitet hænger tæt sammen med frivillighedsbetingelsen.¹¹⁶ Opdelingen af formålene, der søges samtykke til, er også et krav for at opfylde betingelsen om et specifikt samtykke. Den registrerede kan på den måde faktisk afgive et specifikt samtykke til hvert af de formål, som ønskes behandlet.¹¹⁷ Dette illustreres i en sag¹¹⁸ fra det franske datatilsyn, herefter Google-sagen, hvor det ikke var muligt for den registrerede at vælge, hvilke formål, som denne ville samtykke til, før denne kunne afvise dem alle eller samtykke til dem alle. CNIL slog her fast, at det skulle være muligt for individet at samtykke specifikt til hvert formål, før denne fik mulighed for at acceptere eller afvise alle samtykker, jf. GDPR præambelbetragtning nr. 43.¹¹⁹

Den sidste del af det specifikke krav hænger sammen med betingelsen om et informeret samtykke. Der skal gives specifikke oplysninger om de konkrete data, der søges behandlet, til hvert formål. Den registrerede skal overskue konsekvenserne ved de forskellige behandlingsformål, så denne bedre kan afgive det specifikke samtykke.¹²⁰

Disse tre elementer skal altså overholdes for, at der er et specifikt samtykke. Det specifikke samtykke har en tæt sammenhæng med henholdsvis frivillighedsbetingelsen og betingelsen om et informeret samtykke.

3.3. Informeret

Det følger af legaldefinitionen i GDPR art. 4, nr. 11, at samtykket skal være informeret. Dette er sammenhængende med princippet om gennemsigtighed, jf. GDPR art. 5, stk. 1, litra a. Den registrerede skal have så meget information om behandlingen af personoplysningerne, så denne bedre kan træffe valget om, hvorvidt samtykket skal gives samt hvordan det kan tilbagekaldes, jf. GDPR art. 7,

¹¹⁵ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 15

¹¹⁶ Datatilsynet, *Vejledning om samtykke*, maj 2021

¹¹⁷ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 15

¹¹⁸ Frankrig, CNIL: SAN-2019-001 – *Google*

¹¹⁹ Frankrig, CNIL: SAN-2019-001 – *Google*

¹²⁰ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 15f.

stk. 3.¹²¹ Datatilsynet fremførte i sagen omtalt i afsnit 3.2, at “*Et samtykke skal endvidere være informeret, så den registrerede er klar over, hvad der gives samtykke til. Den dataansvarlige skal med andre ord give den registrerede en række informationer, som skal sikre, at den registrerede kan træffe sin beslutning på et oplyst grundlag.*”¹²² Det understreges, at det vigtige er, at den registrerede forstår, hvad denne samtykker til. Der er ikke fastsat præcise krav om, hvor meget information, der skal være til stede. Dog er følgende punkter mindstekrav for, at et samtykke er informeret: Den dataansvarliges identitet, formålet med hver behandlingsaktivitet og typen af data, der behandles, jf. GDPR præambelbetragtning nr. 42. Derudover skal der informeres om retten til at tilbagekalde samtykket, jf. GDPR art. 7, stk. 3 samt oplysninger om anvendelse af data til automatiske afgørelser efter GDPR art. 22, stk. 2, litra c.¹²³ Konkrete omstændigheder kan føre til, at det er nødvendigt at angive flere informationer.¹²⁴ Alle dataansvarlige skal angives uanset, om de er til stede ved indhentningen eller efter indhentningen.

Der er som udgangspunkt ikke noget krav til, hvordan disse informationer skal gives. De kan dermed være både mundtlige og skriftlige, på lydfil eller video.¹²⁵ En anmodning om et skriftligt samtykke skal klart adskilles fra andre forhold samt være i en lettilgængelig og letforståelig form, jf. GDPR art. 7, stk. 2. De dataansvarlige skal anvende et ‘klart og almindeligt’ sprog. Dette indebærer, at lange databeskyttelsesformuleringer eller juridisk sprog, som ikke er til at forstå for den registrerede, ikke må anvendes.¹²⁶ Formuleringer som “jeg ved, at...” opfylder ikke kravene om et klart sprog.¹²⁷ En samtykkeerklæring skal desuden adskilles fra den øvrige del af dokumenter, når samtykket anmodes skriftligt. Dette kan være tilfældet ved en kontrakt, der skal underskrives. Her skal samtykket være i sin egen del af dokumentet, adskilt fra selve kontrakten. Dette kan blandt andet gøres ved at give det som et separat dokument, hvis papirkontrakten indeholder mange, for sagen, ikke relevante oplysninger.¹²⁸

Gives samtykke elektronisk, så skal anmodningen dertil være klar og kortfattet. Elektronisk anmodning om samtykke skal præsenteres særskilt og må ikke indgå under almindelige betingelser og vilkår,

¹²¹ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 16.

¹²² Datatilsynets j.nr. 2019-31-1950 - *Billeder offentliggjort af virksomheder*

¹²³ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 16

¹²⁴ Blume, Peter, (2021) *Persondatarettens dilemmaer – Fra person til personoplysning*, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 103.

¹²⁵ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 17

¹²⁶ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 17

¹²⁷ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 17

¹²⁸ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 18

jf. GDPR præambelbetragtning nr. 32. Opstår der tvivl om, hvorvidt samtykket er særskilt præsenteret, fortolkes der til fordel for den registrerede, da det er den dataansvarliges bevisbyrde, at samtykket er gyldigt, jf. GDPR præambelbetragtning nr. 42. Den dataansvarliges bevisbyrde gennemgås i afsnit 3.5. Mangler der plads på computerskærmen, så kan det være hensigtsmæssigt at lægge oplysningerne i lag.¹²⁹ Desuden er granulære oplysninger optimale til at opfylde betingelsen.¹³⁰ Den dataansvarlige skal i sine formuleringer af informationer og samtykkeanmodninger tage hensyn til den gruppe, der anmodes om samtykke.¹³¹ Et samtykke anses for at være informeret, hvis oplysningerne stemmer overens med oplysningspligten i GDPR art. 13 og 14. Oplysningerne i en anmodning om samtykke kræves dog ikke at opfylde denne oplysningspligt.¹³²

I Google-sagen¹³³ blev det gjort klart, at den registrerede skal være informeret, så denne kan overskue og identificere de forskellige informationer og behandlingsaktiviteter, inden denne samtykker. I sagen havde Google skrevet i sine betingelser, at de behandlede personoplysninger blev delt med andre samarbejdsapps for at forbedre de personificerede reklamer. Det var i den forbindelse ikke muligt for den registrerede at se hvilke apps, som personoplysningerne konkret blev delt med, da informationerne ikke var tilgængelige eller i hvert fald svære at komme frem til. Den registrerede skulle igennem flere links og knapper for at finde information, og noget information ikke muligt at finde frem til. CNIL slog fast, at mængden af information, som den registrerede skulle igennem for at forstå, hvad denne samtykkede til, var for stor. Dermed konkluderede CNIL, at betingelsen om et informeret samtykke ikke var opfyldt. I sagen gjorde CNIL det desuden klart, at nogle konkrete informationer skal være til stede, for at betingelsen om et informeret samtykke kan være opfyldt: Den dataansvarliges identitet, formålet for hvert samtykke skal være til stede, kategorien af personoplysninger, der indsamles, muligheden for at tilbagekalde samtykket, information om brugen af data til automatiserede afgørelser og information om risikoen ved at samtykke samt de forskellige typer af sikkerhed, som behandlingen indeholder.

Et informeret samtykke betyder samlet set, at den registrerede skal kunne overskue konsekvenserne af et samtykke samt de formål, denne giver samtykke til. Dette indebærer, at en række informationer skal være givet for at overholde kravet, mens yderligere oplysninger også kan være nødvendige alt

¹²⁹ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 18

¹³⁰ Datatilsynet, *Vejledning om samtykke, maj 2021*, s. 11f.

¹³¹ Blume, Peter, (2021) *Persondatarettens dilemmaer – Fra person til personoplysning*, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 103

¹³² EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 18

¹³³ Frankrig, CNIL: SAN-2019-001 – *Google*

efter den givne situation. Informationerne skal gives i et lettilgængeligt og letforståeligt sprog, hvilket skal vurderes i forhold til den gruppe, som samtykket anmodes fra. Anmodninger om et skriftligt samtykke skal klart adskilles fra øvrige informationer, der ikke omhandler samtykket. Et sådant adskillelseskraft er der ligeledes angående elektroniske anmodninger. Samlet set bør den dataansvarlige informere på niveau med oplysningspligten i GDPR art. 13 selvom et samtykke kan være informeret uden at oplysningspligten er opfyldt.

3.4. Utvetydig viljestilkendegivelse

GDPR art. 4, stk. 11 indeholder en betingelse om en utvetydig viljestilkendegivelse. Et samtykke kræver dermed en klar bekræftelse fra den registrerede. Der må ikke være tvivl om, hvorvidt den registrerede har afgivet samtykket. Dette indebærer, at der skal have været en aktiv handling fra den registrerede. Dermed kan passivitet eller tavshed samt bare en anvendelse af eksempelvis en tjeneste ikke anses som en aktiv handling, der medfører et gyldigt samtykke, jf. præambelbetragtning nr. 32. Dette fremførte Datatilsynet desuden i sagen¹³⁴ omtalt i afsnit 3.2, at *“Det samtykke, der er givet, må således ikke give anledning til tvivl, og tavshed eller passivitet er derfor ikke tilstrækkeligt til at udgøre en utvetydig tilkendegivelse.”* I sagen var tre billeder blevet behandlet på baggrund af et mundtligt samtykke. Datatilsynet slog fast, at den dataansvarlige ikke var i stand til at bevise, at samtykket faktisk var blevet givet, hvorfor der ikke var tale om et gyldigt samtykke i sagen.

Forhåndsafkrydsede felter er desuden ikke en aktiv handling. En forhåndsafkrydsning af almindelige betingelser og vilkår til fordel for en tjenesteydelse eller kontrakt vil dermed ikke blive opfattet sådan.¹³⁵ Dette understøttes af Google-sagen¹³⁶, der gjorde klart, at samtykket ikke var gyldigt, da der ikke forelå en utvetydig viljestilkendegivelse. I sagen havde den registrerede mulighed for at oprette en google-konto, hvor der var et forhåndsafkrydset felt omkring samtykke. Det var muligt at fjerne dette samtykke, men der blev lagt vægt på, at det var muligt at sige ja til alle dele af samtykket og behandlingen, uden aktivt at klikke på feltet for at fjerne samtykket. CNIL gjorde her klart, at der i overensstemmelse med GDPR præambelbetragtning nr. 32 ikke måtte være en stiltiende eller passiv accept i form af ‘default boxes’. Der skulle altså have været en opt-in knap. Dermed var der ikke givet

¹³⁴ Datatilsynets j.nr. 2019-31-1950 - *Billeder offentliggjort af virksomheder*

¹³⁵ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 19

¹³⁶ Frankrig, CNIL: SAN-2019-001 – *Google*

en utvetydig viljestilkendegivelse i forbindelse med afgivelsen af samtykket, hvorfor dette ikke kunne anses som gyldigt.

Elektroniske samtykkemekanismer kræver, at den registrerede skal foretage en ikke normal fortsat anvendelse af tjenesten. Af GDPR præambelbetragtning nr. 32 kræves en: "*handling, der tydeligt i denne forbindelse tilkendegiver den registreredes accept af den foreslåede behandling af vedkommendes personoplysninger.*" Scrolling eller swiping gennem et websted vil ikke opfylde betingelsen. Årsagen er, at det skal kunne fastslås, at brugeraktiviteten er et udtryk for en vilje til at give samtykke. En fortsat normal brug af et websted er dermed ikke nok til at fastslå dette.¹³⁷ I den forbindelse ville det ikke være nemt for den registrerede at trække sit samtykke tilbage igen, hvilket yderligere er en betingelse for et gyldigt samtykke.¹³⁸ En ikke normal fortsat anvendelse af et website eller en app ville være et swipe på en skærm, vinke foran et kamera eller føre smartphones rundt i cirkler eller ottetaller.

Der er desuden en problemstilling angående "klikke-udmattelse". Mange tjenester anmoder i det digitale samfund om samtykke til behandling af personoplysninger. Dette betyder, at de registrerede kan blive for trætte til at opfatte anmodningerne med den opmærksomhed, som de burde. Der er ikke i EDPB's guidelines angivet en konkret løsning på problemet, da de lægger op til, at de dataansvarlige selv skal opfinde metoder til at kunne løse det problem.¹³⁹

En utvetydig viljestilkendegivelse kræver altså en aktiv handling fra den registrerede. Passivitet eller inaktivitet i form af forhåndsafkrydsede felter på hjemmesider er dermed ikke acceptabelt. Scrolling eller swiping igennem en app er heller ikke en aktiv handling. Desuden skal dataansvarlige være opmærksomme på problemet omkring klikke-udmattelse, der betyder, at den registrerede undlader at give den fornødne opmærksomhed til samtykkeanmodningerne.

3.5. Tilbagekaldelse

Den registrerede kan til enhver tid trække sit samtykke tilbage, jf. GDPR art. 7, stk. 3. Tilbagetrækningen medfører ikke en ulovliggørelse af den hidtidige behandling af personoplysningerne.¹⁴⁰ Det er desuden en gyldighedsbetingelse for samtykket, at den registrerede bliver informeret om, at denne

¹³⁷ Datatilsynet, *Vejledning om samtykke, maj 2021*, s. 12

¹³⁸ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 19

¹³⁹ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 20f.

¹⁴⁰ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 179.

til enhver tid kan trække sit samtykke tilbage, jf. art. 7, stk. 3, 3. pkt.¹⁴¹ Samtykket vil dermed ikke være gyldigt afgivet, hvis ikke den registrerede forinden er blevet informeret om muligheden for at tilbagekalde sit samtykke.¹⁴² Denne tilbagekaldelse skal desuden være lige så let, som det er at afgive samtykkeerklæringen i første omgang.

3.6. Formkrav og bevisbyrde

I GDPR art. 7 fremgår yderligere krav til samtykket udover dem, der allerede er benævnt i legaldefinitionen i art. 4, nr. 11. Der er ikke et formkrav, men det er den dataansvarliges ansvar at bevise samtykket. Dette bliver gennemgået i det følgende afsnit.

GDPR indeholder ikke formkrav til samtykkeerklæringen.¹⁴³ Det manglende formkrav betyder, at samtykket kan gives mundtligt, skriftligt og digitalt, jf. GDPR præambelbetragtning nr. 32 Datatilsynet slog det ligeledes fast i en sag om Sarbanes Oxley Act, hvor tilsynsmyndigheden sagde, at der ikke var noget formkrav til samtykkets indhentelse.¹⁴⁴

Det fremgår af legaldefinitionen, at viljestilkendegivelsen skal komme fra den registrerede. Det antages alligevel at være muligt at give en fuldmagt og lade en anden give samtykke på vegne af den registrerede.¹⁴⁵ Det væsentligste er, at samtykkeerklæringen tydeligt viser den registreredes hensigt. Dette indebærer, at samtykket ikke kan være stiltiende eller på anden måde underforstået, jf. GDPR præambelbetragtning nr. 32.¹⁴⁶

Den dataansvarlige har dog et ansvar for at påvise, at et gyldigt samtykke er blevet givet, jf. art. 7, stk. 1 samt præambelbetragtning nr. 42, hvor det fremgår, at den dataansvarlige bør: “... kunne påvise, at den registrerede har givet samtykke til behandlingen.” Datatilsynet anbefalede i Sarbanes Oxley Act-sagen¹⁴⁷, at skriftlighed var at foretrække grundet de bevismæssige forpligtelser for den dataansvarlige. Det samme kom Datatilsynet frem til i en anden sag¹⁴⁸ om deling af 3 billeder. Der blev i sagen gjort rede for, at der var givet mundtligt samtykke til behandlingen. Datatilsynet udtalte, at den

¹⁴¹ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 179

¹⁴² Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 179

¹⁴³ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 171

¹⁴⁴ Datatilsynets j.nr. 2003-233-0028 - *Sarbanes Oxley Act*

¹⁴⁵ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 55

¹⁴⁶ Datatilsynet, *Vejledning om samtykke, maj 2021*, s. 5

¹⁴⁷ Datatilsynets j.nr. 2003-233-0028 - *Sarbanes Oxley Act*

¹⁴⁸ Datatilsynets j.nr. 2019-31-1950 - *Billeder offentliggjort af virksomheder*

dataansvarlige ikke kunne løfte bevisbyrden i sagen. Det blev her slået fast, at det var den dataansvarliges ansvar at bevise, at samtykket var gyldigt afgivet. Dette var svært, hvis ikke samtykket var givet på skrift.

Den slovenske tilsynsmyndighed blev i en forespørgsel forelagt spørgsmålet om, hvorvidt elektronisk samtykke via e-mail fra studerende kunne anses som gyldigt.¹⁴⁹ Dette var særligt med henblik på pandemien, der fratog muligheden for håndskrevet samtykke. Tilsynsmyndigheden slog fast, at der ikke efter GDPR var krav om et håndskrevet samtykke. De fastslog, at et samtykke godt kunne blive afgivet elektronisk i overensstemmelse med ordlyden i GDPR art. 4, nr. 11.¹⁵⁰

Det fremgår desuden af GDPR art. 7, stk. 2, at anmodningen om den registreredes samtykke skal fremstilles ”på en måde, som klart kan skelnes fra de andre forhold, i en letforståelig og lettilgængelig form og i et klart og enkelt sprog.” Det skal dermed fremstå klart for den registrerede, at anmodningen angår en erklæring om samtykke, hvis der også benævnes andre forhold i de samme informationer, der gives til den registrerede.¹⁵¹

Der er dermed ikke noget formkrav til samtykket eller et forbud mod fuldmagt. Bevisbyrden er dog på den dataansvarlige, der derfor anbefales at anvende skriftlighed, ligesom elektronisk e-mail er anvendeligt.

3.7. Udtrykkeligt samtykke

GDPR artikel 9, stk. 2 om følsomme personoplysninger indeholder ligesom art. 6, stk. 1 om almindelige oplysninger et behandlingsgrundlag som bygger på samtykke. Art. 9, stk. 2, litra a nævner dog, at der her skal være tale om et ‘udtrykkeligt’ samtykke. Det samme begreb anvendes også i bestemmelserne om overførsel af personoplysninger til tredjelande i mangel af fornødne garantier, jf. art. 49 og angående automatiske individuelle afgørelser efter art. 22.¹⁵² GDPR indeholder ikke nogen nærmere forklaring på, hvad et udtrykkeligt samtykke indeholder.

Begrebet ‘udtrykkeligt’ omfatter måden, hvorpå den registrerede giver samtykket. Det mest hensigtsmæssige ville ifølge EDPB være, at samtykkeerklæringen blev udformet skriftligt og herefter underskrevet. Dette er et bevismæssigt spørgsmål for den dataansvarlige, der dermed mindsker risikoen for

¹⁴⁹ Slovenien, IP: 7121-1/2020/369 – *Elektronisk samtykke som E-mail*

¹⁵⁰ Slovenien, IP: 7121-1/2020/369 – *Elektronisk samtykke som E-mail*

¹⁵¹ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 177f.

¹⁵² EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 21

at mangle bevis for samtykket.¹⁵³ Det er dog ikke et krav, at der foreligger et underskrevet skriftligt dokument. Digitalt kan et samtykke også være udtrykkeligt givet, hvis den registrerede udfylder en elektronisk formular, sender en e-mail, uploader et scannet dokument med en underskrift fra den registrerede eller ved at anvende elektroniske underskrifter.¹⁵⁴ Formuleringen: ”jeg giver hermed samtykke til behandling af mine personoplysninger” er at foretrække frem for ”jeg er klar over, at mine personoplysninger vil blive behandlet.”¹⁵⁵

Det er muligt at indhente et udtrykkeligt samtykke mundtligt. EDPB udtaler dog betænkeligheder ved det bevismæssige problem omkring et mundtligt udtrykkeligt samtykke.¹⁵⁶ Et udtrykkeligt samtykke kan opnås gennem en telefonsamtale, hvis de øvrige krav om gyldigt samtykke er opfyldte samtidig med, at den dataansvarlige anmoder om en specifik bekræftelse på samtykket. Dette kan ske som en mundtlig bekræftelse eller ved at trykke på en knap.¹⁵⁷

Det er også muligt at foretage en to-trinsverifikation som sikring af, at et samtykke er gyldigt afgivet. En patient kan eksempelvis modtage en mail med anmodning om samtykke til, at lægen kan tilgå en journal. Den registrerede skal besvare med ”jeg accepterer”. Derefter vil denne modtage et link til yderligere bekræftelse eller en SMS med kontrolkode.¹⁵⁸

Umiddelbart betyder formuleringen ‘udtrykkeligt samtykke’ i art. 9, stk. 2, litra a ikke, at der er nogen forskel på de krav, som samtykket skal opfylde. Dette fremgår også af Datatilsynets vejledning om samtykke.¹⁵⁹ Datatilsynet lægger blot vægt på, at det er ekstra vigtigt, at der er afgivet korrekt samtykke. Dette kom Datatilsynet ligeledes frem til i en afgørelse¹⁶⁰, hvor de udtalte, at GDPR ikke indeholder en præcis forklaring af udtrykkeligt samtykke. Datatilsynet fremhævede dog, at formuleringen ‘udtrykkeligt’ som det fremgår af GDPR art. 9, stk. 2, litra a, ikke skærper kravet. Formuleringen skal udelukkende fremhæve, at der må være endnu mindre tvivl om, hvorvidt der er givet et samtykke. Datatilsynet tilslutter sig dermed, at kravet til samtykket er det samme efter henholdsvis GDPR art. 6, stk. 1, litra a som efter art. 9, stk. 2, litra a. En dataansvarlig bør i denne sammenhæng sikre sig, at

¹⁵³ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 21

¹⁵⁴ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 22

¹⁵⁵ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 22

¹⁵⁶ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 22

¹⁵⁷ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 22

¹⁵⁸ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 23

¹⁵⁹ Datatilsynet, *Vejledning om samtykke, maj 2021*, s. 14

¹⁶⁰ Datatilsynets j.nr. 2018-41-0013 - *Dating.dk*

samtykket er skriftligt afgivet.¹⁶¹ Denne fortolkning understøttes desuden af justitsministeriets betænkning, der angiver, at: ”*der ikke ved anvendelsen af udtrykket ”samtykke” og udtrykket ”udtrykkeligt samtykke” er tilsigtet en realitetsforskel.*”¹⁶²

Det kan dermed udledes, at der ikke er forskel på kravene til samtykket efter GDPR art. 6, stk. 1, litra a og samtykket efter GDPR art. 9, stk. 2, litra a. De følsomme oplysningers karakter betyder dog, at vigtigheden af et korrekt, gyldigt og beviseligt afgivet samtykke er særlig i disse situationer, som udtrykt af EDPB og Datatilsynet.

3.8. Delkonklusion

Et samtykke er gyldigt, hvis det er afgivet frivilligt, specifikt, informeret og utvetydigt. Formålet med denne betingelse er, at den registrerede opnår en gennemsigtighed i forbindelse med afgivelsen af sit samtykke. Dertil opnår den registrerede en kontrol med sine personoplysninger som et udtryk for selvbestemmelsesretten.

Frivilligheden er kun til stede, hvis der er tale om et reelt og frit valg fra den registrerede. Betingelsen om et specifikt samtykke indeholder tre elementer: Formålene skal være specificeret med klare og tydelige formuleringer. Der skal være muligt for at samtykke specifikt til hvert formål, hvis der er flere. Dertil skal formålene granuleres, så det faktisk er muligt at give et specifikt formål. Samtykket skal desuden gives på et informeret grundlag. Dette hænger sammen med kravet om et informeret samtykke, som kræver, at den registrerede skal forstå konsekvenserne ved et samtykke samt formålene bag behandlingen. Nogle informationer skal altid gives. Andre skal gives, hvis situationen kræver det. Det anses for fornuftigt at give oplysningerne i overensstemmelse med oplysningspligten i GDPR art. 13 og 14. Dette er dog ikke et krav for, at samtykket er informeret. Et informeret samtykke kræver, at oplysningerne om formål og anmodningen er lettilgængelige og letforståelige. Dette indebærer et klart og enkelt sprog. Dette skal vurderes med udgangspunkt i den gruppe, der anmodes om samtykke fra. Skriftlige anmodninger skal adskilles fra øvrige informationer og erklæringer, eksempelvis fra papirkontrakter. På samme måde skal der være adskillelse i forbindelse med en elektronisk anmodning fra de generelle vilkår og betingelser.

En aktiv handling kan opfylde betingelsen om en utvetydig viljestilkendegivelse fra den registrerede. Der må ikke være passivitet eller inaktivitet som grundlag. Et forhåndsafkrydset felt kan ikke være

¹⁶¹ Datatilsynet, *Vejledning om samtykke, maj 2021*, s. 14

¹⁶² Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 114

udtryk for en aktiv handling. Hertil kan klikke-udmattelse betyde, at et samtykke ikke kan anses for at være utvetydigt, da det kan være udtryk for manglende opmærksomhed på samtykkeafgivelsen fra den registreredes side.

Det skal være muligt for den registrerede at trække sit samtykke tilbage. Denne tilbagekaldelse er en betingelse for, at samtykket er gyldigt. Samtykket skal kunne kaldes tilbage lige så let, som det var at afgive samtykket i første omgang. Er den registrerede ikke blevet informeret om tilbagekaldelsen, vil samtykket ikke anses som værende gyldigt.

Der foreligger ikke formkrav, som samtykket skal opfylde, ligesom det er muligt at give fuldmagt til afgivelse af et samtykke. Bevisbyrden for et gyldigt samtykke er dog den dataansvarliges, hvorfor skriftlighed er at foretrække. Elektroniske samtykker i form af e-mails er også mulige til afgivelse af samtykke.

Et udtrykkeligt samtykke efter art. 9, stk. 2, litra a har ikke yderligere krav i forhold til samtykket i art. 6, stk. 1, litra a. Formuleringen 'udtrykkeligt' er blot en understregning af, at det er ekstra vigtigt, den dataansvarlige kan bevise et gyldigt samtykke ved behandling af følsomme oplysninger, hvis dette anvendes som behandlingsgrundlag. Der er altså ikke nogen indholdsmæssigt skærpede krav i forhold til det 'almindelige' samtykke.

4. Begrebet Frivilligt

I nærværende kapitel vil begrebet frivilligt blive analyseret. I afsnit 4.1 undersøges, hvordan begrebet skal fortolkes. I afsnit 4.2 gennemgås praksis for at fastslå de elementer, der hidtil er blevet tillagt vægt af EU-Domstolen samt andre domstole og tilsynsmyndigheder i EU.

4.1. 'Frivilligt' samtykke

Et samtykke skal være frivilligt, jf. GDPR art. 4, nr. 11. Det er her vigtigt at fastslå, hvornår et samtykke er afgivet frivilligt eller ufrivilligt. Det fremgår af GDPR præambelbetragtning nr. 42, at samtykke ikke skal anses for: *"... at være afgivet 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."* Der skal dermed være et reelt eller frit valg, som ikke betyder, at en afvisning eller tilbagetrækkelse af samtykke vil være til skade for den registrerede.

Datatilsynets vejledning om samtykke fastslår, at formålet med samtykket er at give den registrerede et valg og på den måde en kontrol over egne personoplysninger.¹⁶³ Samtykket må ikke være tvunget frem af hverken den dataansvarlige eller nogle andre. Dette giver dog ikke anledning til diskussion, da det må fremstå som umiddelbart, at decideret tvang og pres ikke vil være frivilligt. Samtykket skal af den grund være afgivet frit af den registrerede og ikke være presset frem af ydre omstændigheder.¹⁶⁴

Det er enkelt at fastsætte yderpunkterne for frivilligheden, som indebærer, at der ikke må foreligge fysisk eller psykisk tvang i forbindelse med afgivelsen af samtykket. Det er dog mere kompliceret at fastsætte den nederste grænse samt hvor strengt eller lempeligt frivillighedsbegrebet skal fortolkes. Fortolkes det strengt, så begrænses muligheden også yderligere for at afgive samtykket gyldigt. De registreredes selvbestemmelse og kontrol over egne oplysninger risikerer at blive begrænset, hvilket vil kollidere med det grundlæggende formål om samtykke. Datatilsynet fremfører i sin vejledning et eksempel på, hvornår der kan være tale om et reelt og frit valg for den registrerede. Det omhandler en privat sportsforening, der anmoder sine medlemmer om at samtykke til at tage billeder af dem for at offentliggøre dem på foreningens hjemmeside.¹⁶⁵ Har en afvisning af at give samtykke ikke negative konsekvenser for medlemmerne, så er der tale om et reelt og frit valg. Det kan heraf udledes, at et ufrivilligt samtykke ikke udelukkende omfatter direkte tvang og pres. Negative konsekvenser forbundet med en afvisning af samtykket vil ligeledes medføre et ufrivilligt samtykke.

Der kan benyttes forskellige indfaldsvinkler til, hvor strengt betingelsen om frivillighed bør fortolkes. Den givne situation kan være omfattet af specifikke omstændigheder, der har betydning for vurderingen af frivilligheden.

Relationen mellem den dataansvarlige og den registrerede kan inddrages i vurderingen af frivillighedsbetingelsen. Foreligger der en form for hierarki eller et lignende afhængighedsforhold mellem den dataansvarlige og den registrerede, vil det medføre, at frivilligheden skal fortolkes strengt.¹⁶⁶ Dette skyldes, at sådan en relation kan antyde, at der direkte eller indirekte kan forekomme et pres på den registrerede. Dette er dog ikke altid gældende, hvor behandlingen af den registrerede sker i en

¹⁶³ Datatilsynet, *Vejledning om samtykke, maj 2021*, s. 5

¹⁶⁴ Blume, Peter, (2021) *Persondatarettens dilemmaer – Fra person til personoplysning*, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 104

¹⁶⁵ Datatilsynet, *Vejledning om samtykke, maj 2021*, s. 5

¹⁶⁶ Blume, Peter, (2021) *Persondatarettens dilemmaer – Fra person til personoplysning*, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 104

sådan relation.¹⁶⁷ Problematikken om frivillighed i sådanne relationer belyses i kapitel 5 med fokus på ansættelsesforhold, hvorfor det ikke bliver nærmere behandlet i nærværende afsnit.

Det er yderligere tvivlsomt, om et samtykke er frivilligt, når den registrerede er i en meget svækket tilstand. Denne svækkede tilstand kan skyldes alkohol, rusmidler eller sygdom. Giver et samtykke på et tidspunkt, hvor den registrerede er i en svækket tilstand, vil det indebære, at der skal udvises forsigtighed med at tillægge samtykket gyldighed.¹⁶⁸ Den registrerede antages ikke i sådanne tilfælde at befinde sig i en tilstand, hvor konsekvenserne af samtykket er overskuelige for denne. I sådan et tilfælde af eksempelvis sygdom vil det være mere passende at søge samtykket til behandlingen gennem den registreredes pårørende eller begrunde behandlingen med hjemmel i bestemmelsen om vitale interesser, jf. art. 6, stk. 1, litra d.¹⁶⁹

Artikel 29-gruppen anfører hertil, at flere elementer kan have betydning for den registreredes beslutning om afgivelse af samtykke, herunder “... *en finansiel, en emotionel eller en praktisk dimension. (...) Det kan dog være vanskeligt at trække grænsen mellem et simpelt incitament og noget, der har en reel indflydelse på den registreredes frihed til at foretage et valg.*”¹⁷⁰ Hermed slår Artikel 29-gruppen fast, at frivillighedsvurderingen skal vurderes konkret fra sag til sag, da vurderingen skal tages ud fra flere relevante momenter i situationen. Det kan være relevant at undersøge, hvad der i praksis er medtaget i vurderingen af, hvorvidt et samtykke er afgivet frivilligt, hvilket er genstand for afsnit 4.2.

4.2. Momenter i praksis

Frivillighedsbetingelsen er den vanskeligste og oftest mest diskuterede gyldighedsbetingelse for et samtykke.¹⁷¹ Det er af den årsag relevant at undersøge, hvad EU-Domstolen og de forskellige tilsynsmyndigheder i EU tillægger vægt i deres afgørelser. De følgende afsnit vil indeholde analyse af domme og afgørelser med henblik på at udlede en række momenter, som i praksis indgår i frivillighedsvurderingen.

¹⁶⁷ Blume, Peter, (2021) Persondatarettens dilemmaer – Fra person til personoplysning, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 104

¹⁶⁸ Korfits, Kristian m.fl., (2020) Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 293

¹⁶⁹ Korfits, Kristian m.fl., (2020) Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 293

¹⁷⁰ Artikel 29-gruppen, WP 187 - Udtalelse 15/2011 om definition af samtykke, s. 16

¹⁷¹ Blume, Peter, (2021) Persondatarettens dilemmaer – Fra person til personoplysning, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 104

4.2.1. Afvisning af samtykke må ikke være mere besværligt end accept

EU-Domstolen blev i en sag¹⁷² forelagt et spørgsmål om fortolkningen af gyldighed i et samtykke, som mobilselskabet Orange Romania fra Rumænien havde indhentet.

Orange Romania havde i sagen lavet skriftlige aftaler med sine kunder om levering af tjenesteydelser via telefoniske samtaler. I disse skriftlige aftaler blev kundernes identifikationsbeviser vedhæftet. Behandlingsgrundlaget for det vedhæftede identifikationsbevis var et mundtligt telefonisk samtykke til medarbejderen fra Orange Romania, som herefter selv afkrydsede samtykket elektronisk på vegne af kunden. Hvis kunden ikke ville samtykke, skulle denne levere en særlig, skriftlig formular til afvisningen. Formularen betød, at der skulle laves en håndskreven tilføjelse til aftaledokumentet. I sagen blev denne ekstra 'forhindring' genstand for sagen. Det blev hertil forespurgt, hvilke betingelser, der skulle være opfyldt for, at en viljestilkendegivelse kunne opfattes som en frivillig viljestilkendegivelse.

Domstolen fremhævede, at det var Orange Romanias ansvar at løfte bevisbyrden for, at samtykket var indhentet frivilligt, specifikt, informeret og utvetydigt efter GDPR art. 4, nr. 11.

Det faktum, at Orange Romania stillede yderligere krav til afvisning af samtykke, var kritisabelt i henhold til frivillighedsbetingelsen, udtalte EU-Domstolen. Det var i denne sag ikke muligt for Orange Romania at bevise, at den registrerede rent faktisk havde haft et frit valg, når denne skulle lave en håndskreven underskrift for at nægte at give samtykket.

Generaladvokaten kom med sit forslag til afgørelse i sagen¹⁷³, hvor det først blev fremhævet, at bevisbyrden for, om et samtykke var afgivet gyldigt, lå hos den institution, der behandlede personoplysningerne. I den konkrete sag var det dermed Orange Romania, der havde bevisbyrden for det gyldige samtykke. Det blev her lagt til grund, at der ikke måtte herske nogen tvivl om, at samtykket var afgivet frivilligt. Det blev i udtalelsen anført, at der ikke forelå den grad af frivillighed, der måtte kræves, når kunden kun i håndskreven form kunne nægte at samtykke til behandlingen. Generaladvokaten udtalte, at der ikke var tale om frivillighed, når proceduren for at nægte et samtykke afveg fra den almindelige procedure for at give samtykket.

¹⁷² C-61/19, *Orange Romania*

¹⁷³ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Szpunar, C-61/19, *Orange Romania*

På baggrund af dommen og det supplerende forslag til afgørelse kan det udledes, at proceduren for at afvise et samtykke ikke må være mere besværligt end at afgive det. Et krav om en håndskreven underskrift for at afvise samtykket, når der var tale om en elektronisk accept af samtykket, stemte dermed ikke overens med hinanden. Det kan ud fra denne praksis konkluderes, at det tillægges vægt, om proceduren ved afvisning af et samtykke afviger sammenlignet med nemheden i at acceptere samtykket. Det kan ligeledes antages, at frivillighedsbetingelsens omfang ikke kun kan begrænses til at omfatte tvang pres og negative konsekvenser ved afvisning. Det antages, at frivillighed er et elastisk begreb, som reelt kan indeholde andre situationer, som indfortolkes gennem praksis.

4.2.2. Alternativer

Datatilsynet har udtalt, at et samtykke ikke opfylder frivillighedsbetingelsen, hvis det ikke er muligt at afslå at give samtykke.¹⁷⁴ Dette blev endvidere bekræftet i afgørelse fra Datatilsynet.¹⁷⁵ Datatilsynet tog på baggrund af en klage stilling til Golf.dk's online samtykkeløsning. Ved besøg af hjemmesiden kom der et "pop-up vindue" frem, hvorefter brugeren enten havde mulighed for at trykke på en 'tillad alle cookies'-knap eller en 'vis detaljer'-knap. Klikkede brugeren på sidstnævnte knap, så kom en nærmere gennemgang af de typer af cookies, der ville blive anvendt. Golf.dk behandlede personoplysningerne med det formål at kunne registrere adfærden hos de besøgende på hjemmesiden. Denne behandling skete på baggrund af et samtykke, som blev indhentet ved, at brugeren trykkede på 'tillad alle cookies' eller ved, at brugeren fortsatte med at bruge hjemmesiden. Formålet og måden, hvorpå samtykket kunne tilbagetrækkes, fremgik af privatlivspolitikken på hjemmesiden. Datatilsynet konkluderede, at oplysningerne ikke kun blev indsamlet med det formål at registrere den registreredes adfærd på hjemmesiden, men også til statistik- og markedsføringsformål. Datatilsynet fastslog desuden, at samtykket var indhentet ugyldigt. I denne forbindelse fremhævede Datatilsynet at samtykke forudsatte frivillighed, hvilket ikke var opfyldt, da Golf.dk ikke gav brugeren mulighed for at undlade at afgive sit samtykke. Ydermere var der ikke sket granulering, hvorfor der ikke var tale om et frivilligt samtykke. Datatilsynet bemærkede desuden, at et gyldigt krævede en aktiv handling, hvorfor der ikke forelå en utvetydig viljestilkendegivelse, da brugeren alene ved sin fortsatte brug af hjemmesiden samtykkede uden at vælge at trykke på 'Tillad alle cookies'. Datatilsynet lagde samlet set vægt på, at

¹⁷⁴ Datatilsynet, *Vejledning om behandling personoplysninger ved hjemmesidebesøgende, februar 2020, s. 12*

¹⁷⁵ Datatilsynets j.nr. 2020-31-3354 - *Golf.dk*

frivillighedsbetingelsen skulle vurderes ud fra det faktum, at det ikke var muligt for brugeren at afvise at give sit samtykke, hvorfor samtykket ikke blev anset for afgivet frivilligt. Datatilsynet gav en forklaring herfor. Det kan dog udledes, at manglende alternative valg til at give samtykket vil medføre, at samtykke ikke anses for at være frivilligt. Endvidere er granularitet en vigtig del af et gyldigt samtykke, da den registrerede herved har den frie mulighed for selv at vælge og kontrollere, hvilke behandlingsformål, der skal samtykkes til.

I en anden afgørelse¹⁷⁶ afsagt af Datatilsynet, blev samtykket ikke anset som frivilligt. Årsagen var, at den eneste mulighed, som klageren havde for at komme i kontakt med databeskyttelsesrådgiveren hos Arbejdsmarkedets feriefond, var at samtykke til behandlingen af dennes personoplysninger. Klageren havde reelt ikke andre muligheder for at komme i kontakt med databeskyttelsesrådgiveren, hvorfor et alternativ til at afgive samtykket ikke var til stede. Dette vil medføre, at den registrerede pålægges et egentligt pres til at afgive sit samtykke for at kunne foretage handlingen. Samtykket havde af den grund ikke den fornødne frivillighed, der krævedes, når samtykket skulle være gyldigt. Dermed var samtykket ikke frivilligt ifølge Datatilsynet.

Det spanske datatilsyn, AEPD, har ligeledes truffet afgørelse i en sag¹⁷⁷, hvor de kom frem til, at virksomheden ikke havde behandlet personoplysninger på baggrund af et gyldigt samtykke. Dette skyldtes, at virksomheden foretog kommerciel kommunikation uden at have indhentet et samtykke, der levede op til betingelserne i GDPR, herunder betingelsen om frivilligt samtykke. Den registrerede ønskede at komme i kontakt med virksomheden angående et databeskyttelsesproblem. Kontaktformularen, der skulle udfyldes af kunden for at komme i kontakt med virksomheden, var udformet således, at kunden skulle afgive samtykke til behandling af dennes personlige data til både dette formål og reklameformål. Dette medførte, at samtykket blev erklæret for ugyldigt.

AEPD's afgørelse¹⁷⁸ understreger, at samtykket kun anses som frivilligt, hvis der er alternativer for den registrerede. I afgørelsen havde den registrerede reelt brug for at komme i kontakt med virksomheden for at få afklaret et problem, hvorefter virksomheden udnyttede dette til samtidig at få et sam-

¹⁷⁶ Datatilsynets j.nr. 2019-32-0639 - *Arbejdsmarkedets Feriefond*

¹⁷⁷ Spanien, AEPD: PS/00070/2019 – *Design på privatlivspolitikken*

¹⁷⁸ Spanien, AEPD: PS/00070/2019 – *Design på privatlivspolitikken*

tykke til kommercielle formål. Samtykket til reklameformålet var dermed ikke udtryk for den registreredes frie vilje, da den registrerede havde mistet kontrollen over, hvilke formål denne tillod behandling til.

Datatilsynet afsagde en afgørelse i en sag¹⁷⁹, herefter kaldet FysioDanmark-sagen, hvor frivillighedsbetingelsen var opfyldt i modsætning til ovenstående afgørelser. Denne sag havde Datatilsynet af egen drift startet op mod FysioDanmark Hillerød ApS. Sagen omhandlede FysioDanmarks tiltænkte brug af ansigtsgodkendelse som adgangskontrol for kunder og de ansatte. I sagen blev der behandlet flere problemstillinger, men kun udvalgte dele af afgørelsen inddrage af hensyn til afhandlingens fokus.

Formålet med behandlingen i FysioDanmark-sagen var at give kunderne og de ansatte mulighed for at tilgå centrets faciliteter med ansigtsgenkendelse i stedet for nøglekort eller chip. Ansigtsgenkendelse er biometriske data efter GDPR art. 9, stk. 1, hvorfor FysioDanmark havde tiltænkt at anvende samtykke som behandlingsgrundlag efter GDPR art. 9, stk. 2, litra a. Samtykket skulle være muligt at afgive for kunden og den ansatte ved oprettelsen i onlinesystemet. Systemet skulle fungere, så kunden eller den ansattes ansigt ville blive scannet, hvorefter systemet ville holde scanningsresultatet op mod de indeholdte billeder i databasen. FysioDanmark oplyste til Datatilsynet, at de kunder eller ansatte, som ikke havde lyst til at benytte systemet, havde mulighed for at få adgang til centeret med et adgangskort og kode.

Datatilsynet udtalte angående behandlingen af oplysningerne, at samtykke var den mest passende undtagelse til forbuddet i sagen. Ingen af de andre undtagelser i GDPR art. 9, stk. 2 ville i sagen kunne fungere som lovlige behandlingsgrundlag. Datatilsynet fandt, at samtykket levede op til reglerne i GDPR art. 7 samt frivillighedsbetingelsen. Datatilsynet nåede frem til resultatet på baggrund af samtykkeerklæringens indhold samt det alternativ, som kunden kunne anvende ved en afvisning af samtykket. Afgørelsen viser, at et samtykke anses at være afgivet frivilligt, når den registrerede har andre muligheder end at afgive samtykke. De registrerede skal kunne vælge et lige så godt alternativ til samtykket. I det tilfælde vil det ikke have negative konsekvenser at nægte samtykke. Samlet set kunne samtykket være udtryk for frivillighed.

¹⁷⁹ Datatilsynets j.nr. 2021-431-0145 – *FysioDanmark*

I Tyskland er en sag¹⁸⁰ om forhåndsafkrydsning blevet behandlet. En forbrugerorganisation anlagde en retssag mod en virksomhed, som drev en virksomhedsplatform, hvor advokater kunne tilbyde deres tjenester. Virksomheden anvendte et cookiebanner på sin hjemmeside. Banneret havde forhåndsafkrydsede felter om samtykke til anvendelse af cookies til marketing og analyse, inklusive brugen af Google Analytics, som indebærer en overførsel af data til tredjelande. Forbrugerorganisationen anførte, at samtykket ikke var gyldigt, da boksene i banneret var forhåndsafkrydset. Spørgsmålet var herefter, om samtykket om cookies var gyldigt efter GDPR art. 6, stk. 1, litra a og art. 4, nr. 11.

Cookie-banneret var designet, så det indeholdt forhåndsafkrydsede felter og en stor, grøn 'OK'-knap. Detaljerne om fravælgelsen af individuelle cookies kunne læses ved at foretage endnu en handling. Den tyske ret kommenterede, at mange brugere ofte ikke ville udføre denne yderligere handling, hvorfor de blot vil trykke 'OK' uden forudgående information om detaljerne. Brugere ville dermed acceptere uden egentlig at kende konsekvenserne af deres samtykke. På banneret var en mulighed kaldet 'brug kun nødvendige cookies'. Denne mulighed var designet, så det ikke lignede en knap, der var mulig at trykke på, men snarere et link. Hertil fremhævede retten, at der var stor forskel på knapperne, når 'OK'-knappen blev fremhævet på en måde, der kunne give indtryk af, at det var den eneste mulighed. Den omstændighed, at der var en anden knap, hvor det var muligt kun at tillade 'nødvendige cookies', ændrede ikke dette resultat. Rettens argument for det ugyldige samtykke blev dog, at kravet om en utvetydig viljestilkendegivelse ikke var opfyldt, da bannerets design indeholdt forhåndsafkrydsede felter.

Afgørelsen nævner ikke, at samtykket ikke var afgivet frivilligt. Afgørelsen henviser dog til frivillighed. Afgørelsen indeholder elementer, der kan antages at betyde, at frivillighedsbetingelsen ikke ansås for opfyldt. I sagen fremhævede retten blandt andet at 'brug kun nødvendige cookies'-muligheden ikke fremstod som et faktisk alternativ til den grønne 'OK'-knap. Ovenstående praksis, der forbinder alternativer til frivillighedsbetingelsen, kan anvendes som argumentation for, at samtykke i sagen ikke var indhentet frivilligt. Det kan udledes af sagen, at et alternativ skal være designet på en måde, som de fleste brugere vil opfatte som et alternativ. I sagen fremstod alternativet som et link og ikke en valgmulighed. Desuden var 'OK'-knappen fremhævet i en betydelig grad i forhold til alternativet. Dette betød, at alternativet blev næsten usynligt sammenholdt med 'OK'-knappen. Dommen er anket, hvorfor den endnu ikke har retsvirkning. Dette kan have betydning for retskildens anvendelse.

¹⁸⁰ Tyskland, LG Rostock: 3 O 762/19 – *Cookie-banner*

På baggrund af ovenstående analyse, kan det udledes, at praksis tillægger det stor vægt, at den registrerede kan vælge et lige så godt alternativ til samtykket. Det antages, at sådanne situationer ikke indeholder mulige negative konsekvenser. Dette medfører, at samtykket kan være udtryk for frivillighed. Disse alternativer antages at bidrage den registrerede opnåelse af en reel selvbestemmelsesret og kontrol over. Den registrerede vil ikke blive påført et pres i disse situationer.

4.2.3. Granularitet

Der kan opstå situationer, hvor de dataansvarlige ønsker at foretage behandling af personoplysninger til flere forskellige formål. Det fremgår af GDPR præambelbetragtning nr. 32, at “... *Når behandling tjener flere formål, bør der gives samtykke til dem alle.*” Den registrerede skal i disse tilfælde have et frit valg om hvilke formål, denne ønsker at give samtykke til.¹⁸¹ Dette understøttes af GDPR præambelbetragtning nr. 43, hvor det fremgår: “*Samtykke formodes ikke at være givet frivilligt, hvis det ikke er muligt at give særskilt samtykke til forskellige behandlingsaktiviteter vedrørende personoplysninger, selv om det er hensigtsmæssigt i det enkelte tilfælde.*”

Granularitet kan sikres ved, at den dataansvarlige giver den registrerede mulighed for at sige ja til de enkelte formål, som personoplysningerne indsamles til, mens andre kan afvises uden nogen negativ konsekvens for den registrerede. Datatilsynet nævner som eksempel på, hvad der ikke opfylder kravet om granularitet, at en online tøjforhandler ved salg af en vare samtidig opkræver samtykke for flere formål i en og samme anmodning. Her vil kunderne eller de registrerede på én og samme tid give samtykke til behandling i forbindelse med levering, anvendelse til at sende markedsføringsmateriale via e-mail samt deling til andre virksomheder. Her er det ikke muligt for kunderne at sige ja til det ene eller det andet. Dette samtykke opfylder ikke kravet om granularitet og er dermed ikke et frivilligt samtykke.¹⁸²

Der kan i stedet anvendes en model, hvor kunden får én samtykkeerklæring, men hvor hvert formål er afkrydseligt for den registrerede. Dermed kan kunden selv vælge, til hvilke formål personoplysningerne skal behandles.¹⁸³

¹⁸¹ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 13

¹⁸² Datatilsynet, *Vejledning om samtykke, maj 2021*, s. 8

¹⁸³ Datatilsynet, *Vejledning om samtykke, maj 2021*, s. 8

Praksis bakker ligeledes op om, at granulering skal være opfyldt for, at der er tale om et frivilligt samtykke. Dette skete eksempelvis i Datatilsynets afgørelse¹⁸⁴, som blev afsagt på baggrund af, at Datatilsynet i 2018 valgte at føre tilsyn med en række virksomheder, herunder Matas. Fokus for tilsynet var Matas' behandling af de personoplysninger, Matas indsamlede i forbindelse med deres kundeklub. I den forbindelse blev Datatilsynet bekendt med den samtykkeerklæring, Matas benyttede sig af, når de indhentede kundeklub-brugernes data. Det fremgik af samtykkeerklæringen, at formålet med behandlingen var at målrette markedsføring.

Et samtykke skal være frivilligt, hvilket indebærer, at den registrerede skal have kontrol over og frit valg med personoplysningerne, der vedrører dem. Såfremt den registrerede er underlagt en form for pres eller andet, der kan påvirke dennes frie vilje, vil et samtykke ikke kunne leve op til frivillighedsbetingelsen, hvormed et samtykke i den forbindelse vil anses for ugyldigt. Datatilsynet bemærkede hertil, at det stadig er muligt at opnå et frivilligt samtykke til trods for, at den registrerede i forbindelse med afgivelsen af samtykket opnår en fordel. En eventuel tilbagekaldelse må dog ikke være forbundet med negative konsekvenser.

Desuden fremhævede Datatilsynet i afgørelsen, at det er vigtigt, at den registrerede afgiver særskilt samtykke til de forskellige behandlingsformål, der måtte være. Matas' udformning af samtykkeerklæringen nævnte blot markedsføring som formålet med behandlingen. Datatilsynet var ikke enig i, at dette var det eneste formål. Det var således i samtykkeerklæringen ikke klart og præcist, hvad behandlingsformålet med oplysningerne var udover markedsføring. Dermed var det efter Datatilsynets opfattelse en nødvendighed at opdele, såkaldt granulere, samtykket til samtlige behandlingsformål, der måtte være, for at samtykket kunne anses for at opfylde betingelsen om frivillighed. Denne granulering ville medføre, at den registrerede opnår en kontrol og frivillighed over sit samtykke til hvert enkelt formål der fandt sted for behandlingen. I denne forbindelse fandt Datatilsynet desuden, at det ikke var tilstrækkeligt, at der kunne gives ét samtykke for alle formål, hvorefter den registrerede efterfølgende selv ville kunne gå ind fravælge mere specificeret, hvilket formål der ikke skulle behandles.

I afgørelsen¹⁸⁵ bliver det således slået fast, at det er vigtigt at foretage en granulering af samtykket og samtykkeerklæringen i forhold til formålene med behandlingen. Dermed er det ikke tilstrækkeligt blot at have en lang blandet tekst, hvor alle de forskellige behandlingsformål bliver beskrevet. Disse

¹⁸⁴ Datatilsynets j.nr. 2018-41-0012 - *Matas*

¹⁸⁵ Datatilsynets j.nr. 2018-41-0012 - *Matas*

formål skal deles op, ligesom der skal gives separat samtykke til hvert enkelt formål og ikke blot ét samlet.

Spørgsmålet om granulering blev endvidere behandlet i FysioDanmark-sagen¹⁸⁶, som tidligere er omtalt i afsnit 4.2.2. Her blev Datatilsynet oplyst om, at FysioDanmark også ville anvende kundernes data til statistik og ikke kun adgangskontrol. Disse oplysninger skulle bidrage til, at FysioDanmark kunne forretningsoptimere ved at se, hvornår kunderne befandt sig i centret. Dette særskilte formål havde FysioDanmark ikke indhentet samtykke til, da de kun havde fremhævet formålet om adgangskontrol i forbindelse med indhentelse af samtykket. I den forbindelse orienterede Datatilsynet om, at et samtykke ikke anses som værende givet frivilligt, hvis der ikke sker granulering. På baggrund af dette understreger praksis fra Datatilsynet endnu engang, at granulering skal være opfyldt for, at der kan foreligge et frivilligt samtykke.

Datatilsynet afgjorde desuden i en anden sag¹⁸⁷, at DMI ikke havde indhentet gyldigt samtykke fra dets brugere på hjemmesiden. Datatilsynet vurderede, at samtykket ikke var frivilligt, da de besøgende til hjemmesiden ikke kunne vælge imellem de formål, som de ville give samtykke til. Det var én samlet pakke, der kunne samtykkes til. Dette var ikke i overensstemmelse med kravet om frivillighed, da det jo netop heller ikke her var muligt for brugeren selv at kontrollere nøjagtigt, hvilke formål ud af flere, denne ville give samtykke til.

I den tidligere omtalte sag fra afsnit 4.2.2¹⁸⁸ blev det ligeledes slået fast, at designet på virksomhedens privatlivspolitik ikke indeholdt den grad af granularitet, der skulle til, for at samtykket blev givet frivilligt. Præambelbetragtning nr. 43 siger, at *“Samtykke formodes ikke at være givet frivilligt, hvis det ikke er muligt at give særskilt samtykke til forskellige behandlingsaktiviteter vedrørende personoplysninger, selv om det er hensigtsmæssigt i det enkelte tilfælde...”*

Designet på privatlivspolitikken var lavet sådan, at det var nødvendigt at underskrive for at melde sig ind i banken. Der stod i dokumentet: *“We remind you that when you enter the password that is requested in the signing process, you will be agreeing to this Declaration og Economic Activity and Personal Data Protection Policy.”*¹⁸⁹

Den registrerede skulle inden underskrivelsen afkrydse de forskellige felter, der hvert indikerede et samtykke til at behandle personoplysninger til et bestemt formål, for at afvise at give samtykke til

¹⁸⁶ Datatilsynets j.nr. 2021-431-0145 – *FysioDanmark*

¹⁸⁷ Datatilsynets j.nr. 2018-32-0357 - *DMI*

¹⁸⁸ Spanien, AEPD: PS/00070/2019 – *Design på privatlivspolitikken*

¹⁸⁹ Spanien, AEPD: PS/00070/2019 – *Design på privatlivspolitikken*

behandling. Dette var ikke udtryk for granularitet og dermed heller ikke udtryk for et frivilligt samtykke.

Ovenstående analyse af praksis viser at det i vurderingen af frivillighed i praksis tillægges vægt om, hvorvidt der er sket granulering af behandlingsformålene. Dette bidrager til at den registrerede opnår mulighed for at acceptere nogle behandlingsformål, samtidig med denne kan afvise andre. Hermed opnår den registrerede kontrol og selvbestemmelse over, hvilke behandlinger af personoplysninger denne vil tillade. Granuleringen bidrager således til frivillighed i forbindelse med afgivning af samtykke.

4.2.4. Særskilt handling

EU-domstolen behandlede en sag¹⁹⁰, herefter Planet49-sagen, som blandt andet omhandlede afkrydsning af felter for afgivelse af samtykke til cookies samt behandling med henblik på markedsføring. Sagen blev første gang indbragt ved domstolen i Frankfurt, Tyskland som 1. instans. De involverede parter var Planet49 GmbH og Verbraucherzentrale Bundesverband. Generaladvokaten kom i sagen med et forslag til afgørelse.¹⁹¹

I 2013 var det muligt at deltage i en konkurrence på en hjemmeside, som Planet49 afholdte. Kunderne kunne deltage i konkurrencen, hvis de accepterede at afgive samtykkeerklæring til det første af to afkrydsningsfelter.

Det første afkrydsningsfelt omhandlede samtykke til, at sponsorer og samarbejdspartnere af Planet49 kunne kontakte brugeren med henblik på markedsføringsmateriale. Dette felt var ikke afkrydset på forhånd. Hertil udtalte Generaladvokaten, at der var tvivl om, hvorvidt der var tale om et særskilt samtykke. Dette skyldes at der var en kasse med et tomt afkrydsningsfelt til at give samtykke til behandling af oplysninger for markedsføringsformål. Endvidere var der i samme kasse en "deltager"-knap, som blev aktiv og derfor klikbar efter afkrydsningsfeltet var vinget af. Dermed var det først muligt at trykke "deltager" til konkurrencen, hvis samtykket ligeledes blev givet samtidigt. Generaladvokaten argumenterede for, at det særskilte samtykke også rent "optisk" skulle være adskilt og ikke bare en del af den samme "kasse", som der blev trykket på for at deltage i konkurrencen.¹⁹² Dette skal

¹⁹⁰ C-673/17, *Planet49*

¹⁹¹ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Szpunar, C-673/17, *Planet49*

¹⁹² Forslag til afgørelse fra generaladvokat Szpunar, C-673/17, *Planet49*, punkt 94-99

have den effekt, at samtykket til behandling af personoplysninger ikke fremstår som underordnet til den hensigtserklæring der skal afgives, for at deltage i konkurrencen.¹⁹³

Desuden var der et andet afkrydsningsfelt, omhandlende samtykke til installation af cookies på browseren, som kunden anvendte. Dette felt var forhåndsafkrydset på trods af, at en deltagelse i konkurrencen ikke var gjort betinget af, at der blev afgivet samtykke hertil. Generaladvokaten slog i sit forslag til afgørelse fast, at to forskellige hensigtserklæringer, den ene om samtykke til behandling via cookies og den anden om deltagelse i konkurrencen, ikke måtte være omfattet af den samme knap.¹⁹⁴ I Generaladvokatens forslag, blev det dermed konkluderet, at frivillighedsbetingelsen ikke var opfyldt, da det ikke var muligt at give et særskilt samtykke til behandlingen.¹⁹⁵

EU-Domstolen tog i sin afgørelse af sagen ikke stilling til spørgsmålet om særskilt handling. EU-Domstolen udtalte om samtykket til cookies, at det andet felt ikke opfyldte kravet om et gyldigt samtykke, da der ikke var en utvetydig viljestilkendegivelse. Et forhåndsafkrydset felt kunne ikke anses som udtryk for dette.

Generaladvokaten lagde derimod vægt på, at et frivilligt samtykke indebærer, at samtykket skal kunne gives ved en særskilt handling. To forskellige hensigtserklæringer skal dermed ikke kunne gives ved tryk af én "funktion" i form af ét tryk på en knap, der tilsigter deltagelse i konkurrencen. Desuden kom Generaladvokaten frem til, at det rent "optisk" også skulle være udtryk for et særskilt samtykke. Dermed skulle knappen, hvor brugeren giver samtykke, ikke være en del af den samme "kasse", som knappen, hvor brugeren tilmeldte sig konkurrencen.

Det kan dermed udledes, at det skal være muligt for den registrerede at afgive samtykket med en særskilt handling. Dette indebærer, at en handling, der medfører en afgivelse af samtykke til behandling af personoplysninger, ikke må medføre i samme handling, at der gives et samtykke af en anden type hensigtserklæring til eksempelvis en deltagelse i en konkurrence. Denne mulighed for at afgive en særskilt handling skal samtidig også være en mulighed rent "optisk". Dermed skal disse to typer af samtykkeerklæringer ikke være en del af den samme "kasse".

Særskilt handling er ikke at forveksle med kravet om granulering, der handler om, at den registrerede skal kunne give et specifikt samtykke til hvert behandlingsformål, der bliver anmodet om at behandle til. Den særskilte handling henvender sig til forskel herfra om adskillelse af erklæringer, der handler

¹⁹³ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Szpunar, C-673/17, *Planet49*, punkt 66

¹⁹⁴ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Szpunar, C-673/17, *Planet49*, punkt 89

¹⁹⁵ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Szpunar, C-673/17, *Planet49*, punkt 94-99

om behandling af persondata, fra erklæringer, der handler om noget andet end persondata, eksempelvis deltagelse i konkurrencer eller køb af en vare.

4.2.5. Nødvendig behandling for opfyldelse af kontrakt

Det kan læses af GDPR art. 7, stk. 4 samt præambelbetragtning nr. 43, at et samtykke ikke skal forstås som “frivilligt” efter art. 4, nr. 11 hvis: ”... *opfyldelsen af en kontrakt, herunder ydelsen af en tjenesteydelse, gøres afhængig af samtykke, selvom et sådant samtykke ikke er nødvendigt for kontraktens opfyldelse.*”

Af art. 7, stk. 4 benyttes ordlyden ‘størst muligt hensyn’. Dette kan ikke anses som værende en absolut bestemmelse, da ordlyden giver mulighed for en fravigelse herfra.¹⁹⁶ Bestemmelsen fastlægger dog et fortolkningsprincip, hvorefter der ved vurderingen af samtykkets gyldighed skal tages et stort hensyn til de skævheder, der kunne påvirke samtykkets gyldighed.¹⁹⁷

Der kan af den grund opstå flere tilfælde, hvor der kan stilles spørgsmålstegn til frivilligheden i samtykket. Dette kan eksempelvis være tilfælde, hvor den registrerede ved at afgive sit samtykke opnår en modydelse. Såfremt det er en direkte forudsætning, at den registrerede afgiver sit samtykke, for at få en vare eller en offentlig ydelse, kan det have den betydning, at samtykket ikke anses for at være afgivet frivilligt.¹⁹⁸ Som nævnt kan et sådant samtykke alligevel være frivilligt, hvis det er nødvendigt for at opfylde kontrakten. Et sådan krav om nødvendighed kan anses for at være opfyldt, hvis eksempelvis en myndighed eller arbejdsgiver har brug for personoplysningerne til at behandle en sag eller opfylde en kontrakt. Dette vil være tilfældet, hvis det ikke er muligt på andre måder at indhente disse personoplysninger.¹⁹⁹ Et eksempel på dette kan være et luftfartsselskab, der tilbyder rejseassistance til passagerer. Disse passagerer har muligvis et handicap og kan derfor tilkøbe ekstra service. Det er derfor muligt for selskabet at anmode om samtykke til at modtage helbredsoplysninger passagererne og gøre tilkøbet betinget af denne samtykkeerklæring. Disse personoplysninger er nødvendigt for, at selskabet kan opfylde denne ekstra service eller denne købekontrakt, og art. 7, stk. 4 er af den grund ikke overtrådt i dette tilfælde.²⁰⁰

¹⁹⁶ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 181

¹⁹⁷ Korfits, Kristian m.fl., (2020) Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 291

¹⁹⁸ Korfits, Kristian m.fl., (2020) Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 291

¹⁹⁹ Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017, s. 182

²⁰⁰ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 23

Ligeledes kan sagen fra EU-Domstolen²⁰¹ nævnes i denne sammenhæng. Sagen drejede sig om forordning nr. 2252/2004, som omhandler standarder for biometriske indikationer og sikkerhedselementer i rejsedokumenter. Omdrejningspunktet var, hvorledes denne forordning var i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder i EU-retten. I sagen blev det i præmis 31 fremhævet, at der kun kan ske behandling af personoplysninger, hvis der foreligger et samtykke eller et andet gyldigt behandlingsgrundlag. Hertil udtalte Domstolen, at:

”Hvad for det første angår betingelsen om pasansøgeres samtykke til optagelse af deres fingeraftryk bemærkes, at det generelt er nødvendigt for EU-borgere at besidde et pas, bl.a. for at kunne rejse til tredjelande, og at dette dokument skal indeholde fingeraftryk, jf. artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 2252/2004. EU-borgere, der ønsker at foretage sådanne rejser, kan derfor ikke frit modsætte sig behandlingen af deres fingeraftryk. Under disse omstændigheder kan pasansøgere ikke anses for at have samtykket til en sådan behandling.”

Dermed kom EU-Domstolen frem til, at nødvendighedskravet var opfyldt, da en EU-borger ikke blot kunne modsætte sig denne behandling i tilfælde, hvor denne ønskede at rejse til et tredjeland. Der kunne derfor kræves et samtykke af behandling af fingeraftryk for at foretage sådan en rejse. Den registrerede har således valget mellem at afgive et samtykke eller undlade at rejse. Således er samtykket ikke direkte frivilligt, men nødvendigt. Det må dog fremhæves, at dommen omhandler EU-chartrets art. 8, stk. 2. Det antages dog at være samme nødvendighedsvurdering, der foretages i forbindelse med GDPR art. 4, nr. 11, jf. art. 7, stk. 4. Det skal også tages med i betragtningen, at art. 7, stk. 4 ikke en absolut bestemmelse, som beskrevet tidligere i afsnittet. Det må derfor antages, at EU-Domstolens betragtninger i sagen vil gå igen på samme måde i en sag omhandlende art. 7, stk. 4.

Det er således muligt for den registrerede at opnå en modydelse for sine personoplysninger uden, at dette skal opfattes som et ugyldigt samtykke angående frivilligheden. Datatilsynet udtalte ligeledes i en sag, at en modydelse for behandling af personoplysninger ikke kunne opfattes som ufrivilligt uden videre.²⁰² Det betyder, at persondata til en vis udstrækning kan ”købes” gennem særlige tilbud. Så længe der er tale om en ekstra ydelse, som kan opnås, så er dette et frivilligt valg fra den registrerede. Det er eksempelvis muligt at lade kunden melde sig ind i et fordelsprogram, som giver forskellige

²⁰¹ C-291/12, *Michael Schwarz*

²⁰² Datatilsynets j.nr. 2003-233-0028 - *Sarbanes Oxley Act*

rabatter til kunden. Ideen er herefter, at kunden kan give samtykke til at modtage reklamemateriale fra den pågældende forretning. Dette er ikke uden videre ufrivilligt.²⁰³

Det belgiske datatilsyn behandlede i en sag²⁰⁴, om betinget samtykke var nødvendigt for opfyldelse af en kontrakt. I sagen havde en kvinde afgivet et samtykke til databehandling for at få leveret en pink box samt fået leveret yderligere fordele fra tredjeparter. Hele ydelsen var betinget af, at der blev givet et samtykke, da det ikke var muligt at lave registreringen til at få leveret boxen uden at vinge feltet af. Dermed skulle kvinden i sagen samtykke til, at oplysningerne blev behandlet ved at blive videregivet til tredjeparter, som efterfølgende kontaktede kvinden. Dette var kvinden ikke blevet gjort klar over, hvorfor hun dermed ikke var informeret om behandlingen og formålet. Samtykket var heller ikke afgivet ved en særskilt handling, da kvinden samtykkede til både at købe varen og få behandlet sine personoplysninger ved den samme handling.

Det faktum, at ydelsen var gjort betinget af et samtykke, kunne muligvis være et udtryk for et ikke frit valg, da det kunne have negative konsekvenser for kvinden at afvise at give sit samtykke, jf. præambelbetragtning nr. 42. Uden et samtykke kunne kvinden ikke få leveret den 'pinke box', da hun ikke kunne fuldføre registreringen. Det var dog tilladt at betinge ydelsen af samtykket, hvis personoplysningerne var nødvendige for at opfylde den kontraktlige forpligtelse, jf. art. 7, stk. 4.²⁰⁵

Det belgiske datatilsyn konkluderede, at en manglende afgivelse af samtykke ville have haft negative konsekvenser for kvinden. Leveringen af den 'pinke box' var gjort nødvendig af registreringen. Tilsynsmyndigheden mente, at leveringen af pink box var essensen af kontrakten og dermed ville det have haft negative konsekvenser for kvinden at undlade samtykkeafgivelsen.

Det konkluderes i sagen, at var negative konsekvenser for kunden, når kunden trak sit samtykke tilbage. Det belgiske datatilsyn kom frem til, at der var tale om negative konsekvenser, når kunden mistede den essentielle del af ydelsen, som i denne sag var leveringen af pink boxes. Modsat ville tabet af potentielt ekstra ydelser, som kunden mistede grundet sit tilbagekald af samtykke, ikke blive anset for at have negative konsekvenser i denne forstand for den registrerede. Dette bakkes ligeledes op af EDPB's vejledning, der slår fast, at disse "incitament" ikke kan udelukkes som følge af frivillighed.²⁰⁶ Dette betyder ikke, at et incitament opfylder frivillighedsbetingelsen. Meromkostninger

²⁰³ Datatilsynet, *Vejledning om samtykke, maj 2021*, s. 8

²⁰⁴ Belgien APD/GBA: 04/2021 - *Pink box*

²⁰⁵ Belgien APD/GBA: 04/2021 - *Pink box*

²⁰⁶ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 13f.

ved afvisning kan føre til, at incitamentet ikke opfylder betingelsen om frivillighed.²⁰⁷

I Generaladvokatens forslag til afgørelse i Planet49-sagen²⁰⁸, som tidligere er nævnt i afsnit 4.2.4 om særskilt handling, tog Generaladvokaten også stilling til spørgsmålet om frivillighed efter GDPR art. 7, stk. 4. Deltagelsen i konkurrencen var som nævnt blevet gjort betinget af, at den registrerede accepterede et samtykke til behandling af personoplysninger med henblik på, at sponsorer og samarbejdspartnere til Planet49 kunne kontakte deltagerne for at udsende markedsføringsmateriale. Dette samtykke var en del af den første afkrydsningsrubrik, som ikke var forhåndsafkrydset.

Det fremgår af GDPR art. 7, stk. 4, at kravet om frivillighed skal vurderes ud fra, hvorvidt ”*opfyldelsen af en kontrakt eller ydelse er gjort betinget af et samtykke til behandling af personoplysninger, som ikke er nødvendig for opfyldelsen af hovedydelsen.*” Hertil bemærkede Generaladvokaten, at det var et forbud mod ‘bundtning’. Dette betyder, at et samtykke ikke må være bundet op af opfyldelsen af kontrakten som udgangspunkt. Der blev her gjort opmærksom på, at der ikke i bestemmelsen var tale om et absolut forbud, men at der skulle tages ‘det størst mulige hensyn’. I den pågældende sag mente Generaladvokaten ikke, at der var tale om en overtrædelse af art. 7, stk. 4. Der blev argumenteret for, at kundernes forpligtelse primært bestod i at levere oplysninger som en modydelse for at være med i konkurrencen, da de dermed skulle kontaktes af sponsorerne og samarbejdspartnere til Planet49. Ud fra dette konkluderede Generaladvokaten, at det var nødvendigt at behandle kundernes personoplysninger for at lade dem deltage i konkurrencen. GDPR art. 7, stk. 4 var dermed ikke overtrådt i den konkrete sag ifølge Generaladvokaten.²⁰⁹ EU-Domstolen tog ikke stilling til dette spørgsmål i sagen, da spørgsmålet ikke blev rejst for EU-Domstolen.

Den ovenstående analyse leder til en forståelse af, at et samtykke, der gives for at opfylde en kontrakt, skal være nødvendigt for kontraktens opfyldelse. Frivillighedsbetingelsen betyder, at det ikke må have negative konsekvenser for den registrerede at afvise samtykket. Det vil altid have negative konsekvenser for den registrerede, når der er tale om en essentiel del af ydelsen. Er ydelsen i stedet nærmere et incitament, så kan der alligevel godt være tale om, at frivillighedsbetingelsen er opfyldt. Bestemmelsen er ikke et absolut forbud mod at betinge kontrakten af et samtykke, da der blot skal tages det størst mulige hensyn til frivilligheden. Nødvendigheden bag at kræve samtykket skal vejes

²⁰⁷ Datatilsynet, *Vejledning om samtykke, maj 2021*, s. 7ff.

²⁰⁸ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Szpunar, C-673/17, *Planet49*

²⁰⁹ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Szpunar, C-673/17, *Planet49*, punkt 96-99

op hertil og kan føre til, at samtykket kan være gyldigt, selvom frivillighedsbetingelsen ikke er opfyldt.

Dette stemmer stadig overens med forståelsen om, at den registrerede skal have kontrol over sine egne oplysninger som en del af selvbestemmelsesretten, hvilket harmonerer med formålet med frivillighedsbetingelsen. Den registrerede kan selv vælge at "sælge" sine oplysninger for en modydelse, som denne gerne vil have uden at dette vil anses som et ikke frit afgivet samtykke.

4.2.6. Tilbageholdenhed i praksis

Efter en grundig gennemgang af praksis på området, kan det endvidere konstateres at der generelt foreligger en tilbageholdenhed i praksis omkring frivillighedsbetingelsen.

Et eksempel herpå er Datatilsynets afgørelse i sagen²¹⁰ om Epic-Booking. Datatilsynet besluttede at føre tilsyn med Epic-Bookings offentliggørelse af cirka 500.000 billeder af børn og unge på det sociale medie Facebook. Billederne var primært blevet taget med et selfiekamera til fester, som Epic-Bookings leverede som en del af deres produktportefølje. Epic-Bookings behandlingsgrundlag var samtykke, som de indhentede ved at opsætte en samtykketekst ved siden af selfiekameraet. Oplysningsteksten indeholdt information om at billederne ville komme på Facebook, hvis der blev trykket gem eller brugeren ikke slettede billedet inden for fem sekunder, hvorefter det ville gemmes automatisk. Desuden indeholdt oplysningsteksten information om at den registrerede kunne få det slettet efterfølgende og at dette skete ved at kontakte Epic-Booking på deres Facebookside.

Yderligere oplyste Epic-Booking at der også ofte er en kameramand til stede og at han kun tager billeder, hvis han først får et mundtligt samtykke og folk selv stiller sig op til billederne. Derudover bliver det ved arrangementets start oplyst at der er en selfieboks og en sådan kameramand til stede. Endvidere oplyses det ved arrangementets afslutning, hvordan og til hvem man skal henvende sig, hvis man ønsker billederne slettet. På baggrund af dette mente Epic-Booking at den registrerede gav et aktivt samtykke, hvilket måtte anses som frivilligt. Desuden mente Epic-Booking at samtykket ved selfiekameraet også skete på baggrund af en aktiv handling. Dog gemte selfiekameraet automatisk billederne efter fem sekunder, hvis der ikke blev trykket gem inden. Dette skyldtes at tidligere var der mange gæster der glemte at trykke gem, hvilket medførte at gæsterne klagede til Epic-booking efter arrangementet.

²¹⁰ Datatilsynets j.nr. 2019-431-0052 - *Epic-Booking*

Datatilsynet nåede frem til at samtykket var i strid med GDPR art. 6, stk. 1, litra a, da samtykket fra de registrerede var ugyldigt, jf. GDPR art. 4, nr. 11. Samtykket var efter Datatilsynets opfattelse ugyldigt, da der ved afgivelsen af samtykket, ikke var mulighed for at til- og fravælge de forskellige behandlingsformål. Dermed var den registrerede ved afgivelsen af sit samtykke ikke i stand til at kunne foretage et informeret valg om afgivelsen. Ligeledes medførte dette også at den registrerede ikke havde den fornødne kontrol over, hvilke behandlingsformål denne samtykkede til. Det blev desuden tillagt vægt at ikke alle behandlingsformålene fremgik af samtykketeksten. Det fremgik blandt andet ikke at billederne også blev brugt i markedsføringsøjemed. Herudover lagde Datatilsynet vægt på at der ikke af samtykketeksten fremgik nogen information om hvor længe oplysningerne ville blive opbevaret.

Datatilsynets endelige konklusion lyder: *“Det er på den baggrund Datatilsynets vurdering, at den anvendte samtykketekst ikke er tilstrækkelig specifik og informeret, ligesom de pågældende ikke har givet et reelt frit samtykke.”* Datatilsynet udtalte hertil at samtykket ikke var gyldigt fordi det blandt andet ikke var informeret og specificeret. De uddyber dette med at de registrerede ikke har haft mulighed for at til- eller fravælge de specifikke behandlingsformål, hvorfor den registrerede ikke haft den fornødne kontrol over behandlingen af oplysningerne om denne. Desuden fremgik det ikke af informationsteksten, hvilke formål oplysningerne blev behandlet til, eller hvor længe oplysningerne ville blive opbevaret. Som det fremgår af ovenstående citat, blev det endvidere konkluderet af Datatilsynet at samtykket desuden ikke var reelt frit. Det er dog undrende at tilsynet ikke kommer med en begrundelse om, hvorfor det netop ikke var frit i denne sag. Dermed står det frit hen, hvad der var det udslagsgivende i sagen, som medførte at samtykke ligeledes ikke blev anset som værende givet frit.

Det kan endvidere virke undrende at Datatilsynet i forbindelse med sagen og samtykke ikke berører at billederne er taget til fester, hvor det kan være tilfældet at de deltagende var alkoholpåvirket. Hermed kan der henvises tilbage til kapitel 4.1, hvor det blev konstateret at der skal udvises forsigtighed med at antage at et samtykke er givet frivilligt, når den registrerede er meget svækket grundet alkoholindtag, da en sådan registreret har svært ved at overskue konsekvenserne på tidspunktet for afgivelsen af samtykket. Dette vil dog nok ikke gælde alle de registrerede på en aften, men reelt set er det Epic-Booking som dataansvarlig der skal kunne bevise at hvert enkelt samtykke er givet frit. Dette vil i sådan en situation være svært at bevise, ligesom det yderligere vil være svært at bevise at alle registrerede er blevet bekendt med skiltet ved siden af selfiekameraret.

En anden sag fra praksis der kan fremhæves som eksempel på denne tilbageholdenhed er en sag²¹¹ afsagt af det spanske datatilsyn. Sagen omhandlede en person der henvendte sig til det spanske datatilsyn AEPD, da han sammen med nogle andre var blevet filmet til et offentligt arrangement uden at have givet sit samtykke. Efter arrangementet var optagelserne blevet delt på de sociale medier. Den registrerede anførte at optagelserne kom ham til stor skade, da man på dem kunne se vedkommende kysse med en anden end sin kæreste. Arrangøren oplyste hertil at der var indgangen var placeret et stort skilt, hvoraf det fremgik at der til arrangementet ville blive lavet optagelser, som efterfølgende ville blive delt på de sociale medier.

AEPD fremhævede i afgørelsen at arrangøren skulle indhente den registreredes samtykke for at kunne dele optagelserne på sine sociale medier. AEPD konkluderede yderligere at der ikke forelå et sådan gyldigt samtykke. Det forhold at arrangøren havde ophængt en informativ plakat ved indgangen kunne ikke medføre at der var tale om en utvetydig viljestilkendegivelse til samtykke. Dette skyldtes at den dataansvarlige i en sådan forbindelse ikke kunne bevise at alle deltagerne til arrangementet havde læst og accepteret indholdet af plakaten. Desuden blev det fremhævet at billeder og optagelser af personer som ikke ser og poserer foran kameraet utvivlsomt ikke har afgivet deres samtykke til at sådanne billeder kunne tages. Hertil blev det tilføjet at det er muligt at fortolke et samtykke ind, i en situation, hvor en part direkte kigger ind og poserer ind i kameraet og hvor denne beviseligt har kendskab til behandlingsformålet.

Det fremstår betænkeligt at afgørelsen falder på at der ikke har været en utvetydig viljestilkendegivelse. AEPD fremhæver selv at dette skyldes at ikke kunne bevises at de registrerede vil være blevet gjort bekendt med plakaten. I afgørelsen nævnes det ikke, hvorvidt det var et frivilligt samtykke eller ej. Hertil kan der stilles spørgsmålstegn til, om et samtykke i sådan et tilfælde overhovedet kan overholde kravet om frivillighed, hvis den registrerede overhovedet ikke er bekendt med der afgives et samtykke. Der kan argumenteres for at den registrerede som ikke har opdaget skiltet ved indgangen og som ikke har bemærket at kameramanden har taget et billede af ham, reelt ikke har haft et frit valg om hvorvidt han har ønsket at afgive et samtykke eller ej. Denne antagelse må dog stå hen i det uvisse, hvorfor det kan savnes i afgørelsen, at der bliver taget stilling hertil. Dette er blot et ud af flere ek-

²¹¹ Spanien, AEPD: PS/00172/2020 – *Offentligt arrangement*

sempler på afgørelser, hvor forskellige EU-landes datatilsyn ikke forholder sig til frivillighedsbetingelsen. Dermed ses der en tendens til at lade samtykket blive erklæret ugyldigt ud fra en af de andre gyldighedsbetingelser, trods frivillighedsbetingelsen potentielt heller ikke er opfyldt.

Herefter kan der argumenteres for at der er en tendens i datatilsynsafgørelser til ikke at ville komme for meget ind på frivillighedsbetingelsen. Det må dog understreges at som de ses i kapitel 4 og 5 findes der afgørelser som gør det, men ligeledes findes der en lang række afgørelser der ikke gør. Dermed kan det med forsigtighed antages at foreligge en lille grad af berøringsangst for frivillighedsbetingelsen. Dette kan have en sammenhæng med at denne gyldighedsbetingelse er den vanskeligste.²¹² Dette kan antages at skyldes flere ting.

For det første er der ikke kommet uddybende praksis fra Domstolen, hvor de forelægges et specifikt spørgsmål om frivillighedsbetingelsen. Dermed kan de forskellige tilsyn have tilbageholdenhed med at konkludere for meget på denne betingelse, da den endnu ikke er defineret af den højeste retsinstans i EU. En konsekvens af at de skulle komme til at være for konkluderende i et grænsetilfælde er, at de skaber en, ud af Domstolens perspektiv, forkert praksis.

For det andet kan tilbageholdenheden skyldes at betingelserne kan være svære at skelne fra hinanden. Det kan argumenteres for at betingelserne har en naturlig sammenhæng. Et samtykke vil ofte ikke kunne anses for at være informeret, hvis ikke det har været specifikt og omvendt. Ligeledes kan det være svært at forestille sig et samtykke har været frit, hvis ikke der har været en utvetydig viljestilkendegivelse eller det har været informeret. Hertil kan det endvidere anføres, at Datatilsynet fremhæver at betingelsen om specifik hænger tæt sammen med kravet om granularitet i forbindelse med det frivillighedsbetingelsen.²¹³

I den ovenfor omtalte sag om Epic-booking²¹⁴ fremhævede Datatilsynet at fordi samtykket, grundet samtykketekstens opbygning, ikke var specifik og informeret, medførte dette at den registrerede ikke

²¹² Blume, Peter, (2021) Persondatarettens dilemmaer – Fra person til personoplysning, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 104

²¹³ Datatilsynet, *Vejledning om samtykke, maj 2021*, s. 9.

²¹⁴ Datatilsynets j.nr. 2019-431-0052 - *Epic-Booking*

havde reel kontrol over behandlingen. Formålet med frivillighedsbetingelsen er at give den registrerede et valg og kontrol over sine personoplysninger.²¹⁵ Som omtalt tidligere begrundede Datatilsynet ikke direkte, hvad der præcist af sagens faktum medfører at samtykke ikke blev anset for frit. Dog kan det overvejes om Datatilsynet med deres formulering af afgørelsen antyder at betingelserne ikke simpelt kan adskilles. I sagen var betingelserne om specifikt og informeret ikke opfyldt, hvilket blev begrundet med faktuelle omstændigheder, hvorefter det blot blev konstateret at frivillighedskravet ligeledes ikke var opfyldt, uden videre begrundelse. Det kan indfortolkes heri at når en betingelse ikke er opfyldt, kan dette automatisk medføre at en anden betingelse ligeledes ikke vil anses for opfyldt. På den måde kan betingelserne anses for at være tæt forbundne og ofte afhængige af hinanden. Grundet dette kan det være vanskeligt for tilsynene at præcisere hvilken betingelse der ikke er opfyldt. Således kan dette medføre at det er manglende opfyldelse af de andre betingelser, som bliver udslagsgivende da disse er mere håndgribelige og ikke så vanskelige at definere som betingelsen om frivillighed.²¹⁶

4.3. Delkonklusion

Det blev indledningsvist klarlagt, at definitionen af et samtykke følger af GDPR art. 4, nr. 11. Desuden følger det af præambelbetragtning nr. 42 at for at samtykke ikke kan anses for at være afgivet frivilligt, hvis den registrerede af en årsag ikke reelt set har haft et frit valg. Desuden vil et samtykke ikke være frivilligt, hvis den registrerede ikke kan tilbagetrække eller afvise at afgive samtykke, uden negative konsekvenser til følge. På baggrund af dette er det simpelt nok at trække grænser for yderpunkterne i frivillighedsbetingelsen, som ikke må være præget af direkte pres og tvang. som nævnt ovenfor er det dog mere kompliceret at vurdere situationerne derimellem.

For at kunne vurdere disse grænsetilfælde er der flere momenter der bør indgå i en konkret vurdering af frivilligheden. Relationen mellem den registrerede og den dataansvarlige, herunder om der er en form for hierarki eller afhængighedsforhold, bør tillægges vægt. Dette skyldes at sådanne forhold naturligt vil kunne påvirke den registreredes følelse af reel frihed ved afgivelsen af samtykket. For en uddybende analyse om denne diskussion i ansættelsesforhold henvises der til kapitel 5. Ydermere bør det, hvis det er relevant, indgå i vurderingen, om hvorvidt den registrerede er i en meget svækket tilstand ved afgivelsen af sit samtykke. Dette vil da påvirke frivilligheden, da det kan have indflydelse

²¹⁵ Datatilsynet, *Vejledning om behandling personoplysninger ved hjemmesidebesøgende*, februar 2020, s. 12

²¹⁶ Blume, Peter, (2021) *Persondatarettens dilemmaer – Fra person til personoplysning*, 1. udgave, Djøf Forlag, s. 104

på om den registrerede rent faktisk er indforstået med konsekvenserne af et sådant samtykke i sådan en situation. Desuden kan andre momenter også få betydning for om et samtykke kan ses for frivilligt. Momenter som finansielle, emotionelle og praktiske forhold kan ligeledes bidrage til at foretage vurderingen.

Ud fra en analyse af praksis er der ligeledes udledt en række momenter, som EU-Domstolen, Data-tilsynet samt en andre datatilsyn og domstole i EU har lagt vægt på i deres vurdering af frivillighedsbetingelsen. Det er blevet tillagt vægt det ikke må være sværere at afgive et samtykke end at afvise det. Dermed må den dataansvarlige ikke forsøge at få den registrerede til at samtykke, blot fordi en afvisning vil være mere kompliceret eller kræve en større indsats. Desuden bliver det i praksis tillagt vægt at et samtykke ikke vil anses for frivilligt, såfremt der ikke foreligger et lige så godt alternativ til samtykket. Et sådant alternativ vil give den registrerede et klart indtryk af, at der ikke vil være negative konsekvenser forbundet med at vælge dette alternativ frem for at samtykke. Dermed vil det også være ufrivilligt, såfremt det slet ikke er muligt at afvise at afgive sit samtykke. Endvidere skal der ske granulering af behandlingsformålene, for at et samtykke hertil er frivilligt. Dette medfører at den registrerede har mulighed for selv at kontrollere præcist hvilke behandlingsformål denne ønsker at samtykke til. Et samtykke der dækker flere behandlingsformål på en gang, vil derfor være ugyldigt. Et andet moment der er udledt af praksis, er at den handling der medfører at samtykket afgives, ikke samtidig må medføre at der samtykkes til en anden type hensigtserklæring. Således må det at man accepterer et samtykke til behandling af personoplysninger og eksempelvis deltagelse i en konkurrence ikke ske ved at foretage én og samme handling. I en sådan situation, skal samtykket og deltagelsen i konkurrencen dermed kræve to separate handlinger fra den registrerede. Sidst anføres det i praksis at for at et samtykke, der gives for at opfylde en kontrakt skal være nødvendigt for at være frit givet. En afvisning af samtykket må i den forbindelse ikke have negative konsekvenser for den registrerede. Dette vil være tilfældet, hvis den registrerede ved en afvisning mister den essentielle del af ydelsen. Dette kan være selve varen. Mister den registrerede en mindre væsentlig del af ydelsen i form af eksempelvis et incitament ved at afvise samtykket, så behøver dette ikke betyde, at der er negative konsekvenser forbundet med afvisningen. GDPR art. 7, stk. 4 medfører ikke således ikke et forbud mod at betinge opfyldelse af en kontrakt af samtidig afgivelse af et samtykke. Dog fremføres det at samtykke i en sådan forbindelse skal være nødvendigt for kontraktens opfyldelse.

5. Frivillighedsbetingelsen i ansættelsesforhold

Kapitel 5 analyserer på frivillighedsbetingelsen, når anvendes i forholdet mellem arbejdstager og arbejdsgiver. Afsnit 5.1 omhandler den nationalt fastsatte bestemmelse i DBL § 12, stk. 3 i henhold til GDPR's art. 88, stk. 1 og præambelbetragtning nr. 155. Dernæst undersøges frivillighedsbetingelsen i ansættelsesforhold i afsnit 5.2. Til sidst belyses problemstillingen om at anvende samtykket i ansættelsesforhold i afsnit 5.3.

5.1. Hjemmel til brug af samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold

GDPR indeholder en række bestemmelser, der giver mulighed for, at medlemslandene kan præcisere eller supplere GDPR. I GDPR art. 88, stk. 1 er der indskrevet en mulighed for at medlemsstaterne selv kan fastsætte nærmere regler om rettigheder og pligter i forbindelse med behandling af personoplysninger fra arbejdstagere i ansættelsesforhold. Ligeledes fremgår det af præambelbetragtning nr. 155 at der nationalt er mulighed for at fastsætte regler for hvorledes personoplysninger i ansættelsesforhold kan behandles efter den ansattes samtykke. Præambelen giver hjemmel for medlemsstaterne til at *“fastsætte specifikke bestemmelser om behandling af arbejdstageres personoplysninger i ansættelsesforhold, navnlig betingelserne for, hvorledes personoplysninger i ansættelsesforhold kan behandles på grundlag af arbejdstagerens samtykke”*²¹⁷ Dette betyder, at det reelt set er muligt nationalt at regulere betingelser for sådan et samtykke. Disse regler må ikke lempe GDPR's regler, men må gerne fastsætte betingelser, der supplerer. Dette skal ses i lyset af, at GDPR fremstår som en forordning, der skal sikre en minimumsharmonisering i EU. Der må altså ikke ske en dårlige beskyttelse af de registrerede, med mindre GDPR direkte giver hjemmel til dette, hvilket ikke er tilfældet her angående art. 88, stk. 1.

Muligheden for nationalt at fastsætte nærmere regler om rettigheder og pligter i forbindelse med behandling af arbejdstagerens personoplysninger i ansættelsesforhold har Danmark gjort brug af. I DBL er der i § 12, stk. 3 indsat en direkte hjemmel til at anvende samtykke i ansættelsesforhold. Dette bekræfter at samtykke i ansættelsesforhold stadig kan afgives gyldigt.²¹⁸ Dog skal samtykket stadig leve op til kravene i GDPR art. 7.²¹⁹

²¹⁷ GDPR præambelbetragtning nr. 155

²¹⁸ Pedersen, Line Budtz m.fl., (2019) Databeskyttelse i arbejdsretten – Fra jura til praksis, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 320f.

²¹⁹ Datatilsynet, *Vejledning om databeskyttelse i forbindelse med ansættelsesforhold*, december 2020, s. 8.

Lovgivers indsættelse af § 12, stk. 3, kan virke undrende. Ordlyden af DBL § 12, stk. 3 er: *“Behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold kan finde sted på baggrund af den registreredes samtykke i overensstemmelse med artikel 7 i databeskyttelsesforordningen.”*. Præambel 155 hjemler som omtalt ovenfor til at medlemsstaterne kan fastsætte betingelser for brugen af samtykke i ansættelsesforhold. Af lovforarbejderne til DBL § 12, stk. 3 fremgår det at formålet med denne bestemmelse er at tydeliggøre, at det er muligt at anvende samtykke i ansættelsesforhold.²²⁰ Der fastsættes ikke i bestemmelsen nærmere betingelser for anvendelse af samtykke. Bestemmelsen kan dermed fremstå som irrelevant, da formålet netop burde være en præcisering ud fra forståelsen af præambelbetragtning nr. 155. Hvorfor netop lovgiver mente at der var behov for at tydeliggøre, at samtykke kan bruges i ansættelsesforhold, fremgår således ikke af DBL’s forarbejder.

Datatilsynet har dog udtalt, at DBL § 12, stk. 3 giver grundlag for, at samtykke godt kan anvendes i ansættelsesforhold, hvis ikke det har negative konsekvenser for den ansatte.²²¹ Dette understreger, at samtykke er muligt at anvende som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold efter GDPR blev vedtaget, men arbejdsgiverens mulighed for at anvende samtykket i henhold til frivillighedsbetingelsen indskrænkes.²²²

5.2. Frivilligt samtykke i ansættelsesforhold

Selvbestemmelsesretten kan blive udfordret, når frivillighedsbetingelsen ikke er opfyldt. Ansættelsesforhold er ikke et lige forhold mellem arbejdsgiver og arbejdstager. Peter Blume anfører også, at reelt frivilligt samtykke i ansættelsesforhold ofte vil være en illusion.²²³ Det undersøges derfor i nærværende afsnit, om samtykket kan være frivilligt givet, og hvad det indebærer.

EDPB slår i sin vejledning om samtykke fast, at: *“I lyset af det afhængighedsforhold, der er mellem arbejdsgiver og arbejdstager, er det 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.”*²²⁴

²²⁰ Lovforslag nr. L 68 Fremsat den 25. oktober 2017, s. 183

²²¹ Datatilsynet, *Vejledning om samtykke*, maj 2021, s. 9

²²² Pedersen, Line Budtz m.fl., (2019) Databeskyttelse i arbejdsretten – Fra jura til praksis, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 321

²²³ Blume, Peter, (2003) *Behandling af persondata - en kritisk kommentar*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 73

²²⁴ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 9

Herefter fremgår det endvidere af EDPB's vejledning at det eksempelvis vil være usandsynligt at et samtykke afgivet fra en arbejdstager til en arbejdsgiver, om at arbejdsgiveren kan sætte overvågning op på arbejdspladsen, ikke kan gives uden at den ansatte vil føle en form for pres.²²⁵ Dermed fremstår det klart at det udslagsgivende ikke er en direkte form for pres eller fysisk tvang, men blot at risikoen for at den enkelte medarbejder har følt, at et pres er til stede. EDPB mener, at det er problematisk, hvis arbejdsgiveren behandler ansattes personoplysninger på baggrund af et samtykke.²²⁶ Dog anføres det i vejledningen at et samtykke undtagelsesvist alligevel kan bruges i en sådan relation med magt-ubalance, såfremt at der ingen negative konsekvenser er ved, hvorvidt den ansatte ønsker at give sit samtykke eller ej.²²⁷ Giver den ansatte sit samtykke for at opnå en modydelse som eksempelvis ikke at blive afskediget eller en ansættelse, så er det ikke uden videre ensbetydende med, at samtykket er ufrivilligt givet og dermed ugyldigt.²²⁸

Det kan yderligere tilføjes, at præambelbetragtning nr. 43, at et samtykke ikke antages at være givet frivilligt, hvis: ”... *der er en klar skævhed mellem den registrerede og den dataansvarlige, navnlig hvis den dataansvarlige er en offentlig myndighed, og det derfor er usandsynligt, at samtykket er givet frivilligt under hensyntagen til alle de omstændigheder, der kendetegner den specifikke situation.*” Et samtykke er dermed sjældent anset for at være frivilligt i ansættelsesforhold, selvom betragtningen ikke udelukker samtykket helt i henhold til GDPR. Endvidere bakkes denne skepsis af samtykket i ansættelsesforhold op af Artikel 29-gruppen, som anfører at: “*Det er vigtigt at bemærke, at de ansatte sjældent er i stand til frit at give, afvise at give eller trække et samtykke tilbage som følge af det afhængighedsforhold, der består mellem arbejdsgiver og arbejdstager.*”²²⁹ Artikel 29-gruppen udtalelser kan dermed forstås sådan, at samtykke kun kan anses som værende frit i ansættelsesforhold, når det ikke er forbundet med negative konsekvenser, såfremt det afvises.

Datatilsynet udtrykker samme skepsis om frivilligheden i et samtykke afgivet i ansættelsesforhold. Dette er altså især tilfældet, hvor der er negative konsekvenser for den ansatte. Der er eksempelvis ikke tale om negative konsekvenser for den ansatte, hvis denne ikke får dårligere arbejdsforhold af at

²²⁵ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 9

²²⁶ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 9

²²⁷ EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, s. 10

²²⁸ Kristiansen, Jens m.fl., (2011) *Persondataret i ansættelsesforhold*, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 67

²²⁹ Artikel 29-gruppen, *WP 249 - Udtalelse 2/2017 om databehandling på arbejdspladsen*, s. 4

sige nej til at få personlige fotos med i en telefonbog om en virksomheds ansatte.²³⁰ Det samme gælder, hvis den ansatte i forbindelse med videooptagelser af arbejdsmiljøet bliver lovet, at et nej ikke vil have negative konsekvenser samt at denne vil få opsat kontor med samme muligheder et andet sted, mens denne filmning står på.²³¹

Datatilsynets skepsis blev endvidere fremført i en vejledende udtalelse²³², som blandt andet omhandlede frivillighedsbetingelsen i ansættelsesforhold. Tilsynet havde modtaget en forespørgsel fra en advokat, som på vegne af en klient ønskede, at tilsynet tog stilling til, hvorvidt det var muligt at bruge fingeraftryk som led i kontrol af ansattes komme og gå-tider.

Datatilsynet fandt, at det behandlingsgrundlag virksomheden ønskede at bruge, ikke kunne finde anvendelse. Datatilsynet vurderede herefter i deres udtalelse, hvorvidt et samtykke med hjemmel i GDPR art. 9, stk. 2, litra a, kunne anvendes i stedet. I den forbindelse fremhævede Datatilsynet frivillighedsbetingelsen. Hertil fremhævede tilsynet at det kræves at samtykket blandt andet er frivilligt *”hvilket f.eks. indebærer, at den ansatte har et reelt og frit valg og kontrol med behandling af sine personoplysninger”*²³³. Desuden nåede Datatilsynet frem til at det er *”tvivlsomt, om en ansat kan afvise at give en arbejdsgiver sit samtykke til behandlingen af oplysninger om vedkommendes fingeraftryk med henblik på at kontrollere den ansattes komme/gå tider uden frygt eller reel risiko for, at afvisningen vil være til skade for den pågældende eller uden at føle et vist pres”*²³⁴.

Dermed konkluderer Datatilsynet at den ansatte ofte ikke ville have mulighed for reelt set at give et frivilligt samtykke. Dette skyldtes at den ansatte kan have frygt eller være under en reel risiko for, at sådan en nægtelse af at afgive samtykke kan komme denne til skade i ansættelsesforholdet.

²³⁰ Datatilsynet, *Vejledning om samtykke, maj 2021*, s. 6

²³¹ Datatilsynet, *Vejledning om samtykke, maj 2021*, s. 7

²³² Datatilsynets j.nr. 2018-211-0135 - *Vejledende udtalelse om anvendelsen af fingeraftryk til brug for registrering af komme-/gå-tider.*

²³³ Datatilsynets j.nr. 2018-211-0135 - *Vejledende udtalelse om anvendelsen af fingeraftryk til brug for registrering af komme-/gå-tider.*

²³⁴ Datatilsynets j.nr. 2018-211-0135 - *Vejledende udtalelse om anvendelsen af fingeraftryk til brug for registrering af komme-/gå-tider.*

I udtalelsen²³⁵ kom Datatilsynet med en generel udmelding om at en arbejdsgiver som det klare udgangspunkt ikke kan opnå et frivilligt samtykke fra en ansat når situationen omhandler brug af fingeraftryk til at kontrollere komme- og gåtider. Dermed må det tolkes således, at et gyldigt samtykke i alle sager vedrørende netop dette som udgangspunkt ikke kan opnås, hvormed denne praksis derfor også vil være gældende i lignende sager. At Datatilsynet bruger formuleringen ‘tvivlsomt’ i forbindelse med om et sådant samtykke kan være frivilligt, fastslår at det ikke er en absolut konklusion, hvorfor der altså godt kan ske en fravigelse heraf. Dermed åbnes der for en mulighed for at der i en sag kan foreligge så særlige omstændigheder, at et samtykke alligevel vil kunne anses for være afgivet frivilligt. Hermed understreger Datatilsynet at der ikke uden undtagelse kan laves fast praksis på området, da det altid vil være op til en konkret vurdering, hvorvidt et samtykke er frivilligt, også selvom der er tale om et skævt styrkeforhold. Det udslagsgivende i denne sag er presset, som den ansatte bliver sat under, således at et samtykke fra denne ikke lever op til frivillighedsbetingelsen.

Det er derfor muligt at afgive frit samtykke i ansættelsesforhold, hvis der på ingen måde er pres eller tvang. Et eksempel fra praksis, hvor det fandtes at være tilfældet, var i FysioDanmark-sagen²³⁶, som tidligere er omtalt i blandt andet kapitel 4.2.2. Her blev det af Datatilsynet understreget at et samtykke godt kan være udtryk for reel frivillighed, trods det gives fra en arbejdstager til en arbejdsgiver. En særlig problematik i sagen var den behandling der skulle foretages af ansatte, som ønskede at gøre brug af ansigtsgenkendelsessystemet. I GDPR art. 9, stk. 1, findes et forbud mod at behandle følsomme personoplysninger, såsom biometrisk data, som der i sagen var tale om. Dog kan denne behandling alligevel lovligt finde sted, såfremt at der kan findes et passende behandlingsgrundlag i GDPR art. 9, stk. 2 litra a-f. I sagen ville FysioDanmark anvende samtykke, jf. GDPR Art. 9, stk. 2, litra a. Når der foretages en vurdering af om et samtykke er frivilligt vil det i denne vurdering skulle indgå, hvorvidt det er tale om et ulige forhold mellem den registrerede og den dataansvarlige. Datatilsynet fremhævede i denne forbindelse, at et samtykke sædvanligvis ikke vil anses for at opfylde frivillighedsbetingelsen i art. 7 i de tilfælde, hvor der er en klar skævhed i relationen mellem den registrerede og den dataansvarlige. Dog pointerede Datatilsynet at det altid må være op til en konkret vurdering om frivillighedsbetingelsen kan anses for opfyldt i de ulige partsforhold, da dette kan være muligt ved særlige omstændigheder. Ved vurderingen lagde Datatilsynet vægt på, at de ansatte selv

²³⁵ Datatilsynets j.nr. 2018-211-0135 - *Vejledende udtalelse om anvendelsen af fingeraftryk til brug for registrering af komme-/gå-tider.*

²³⁶ Datatilsynets j.nr. 2021-431-0145 – *FysioDanmark*

kunne vælge om de ville gøre brug af ansigtsgenkendelsessystemet eller adgangskort og kode. Endvidere tillagde Datatilsynet vægt, at systemet kun benyttes med henblik på at give adgang til centeret og således ikke behandler den ansattes yderligere færden. I denne forbindelse fremhævede Datatilsynet særligt at oplysningerne ikke blev brugt til tidsregistrering. På baggrund af dette fandtes samtykket at kunne gives frivilligt, trods det ulige partsforhold, hvorfor FysioDanmark kunne anvende den ansattes samtykke til at foretage ansigtsgenkendelsen, jf. GDPR art. 9, stk. 2, litra a, jf. DBL § 12, stk. 3.

Med afgørelsen statuerer Datatilsynet et eksempel på en situation, hvor der foreligger særlige omstændigheder, som gør det muligt at afvige fra udgangspunktet om, at et samtykke ikke kan gives frivilligt i partsforhold. Af sagens faktum fremgår det klart, at der ingen negative konsekvenser er for den ansatte ved at nægte samtykket. Desuden er der en alternativ mulighed for den ansatte, som blot kan vælge at bruge adgangskort frem for ansigtsgenkendelse. Det er ligeledes ligegyldigt for arbejdsgiveren, hvilken mulighed den ansatte vælger, da den ene mulighed ikke påfører denne mere besvær end den anden, hvormed der ikke er at finde et indirekte pres til samtykke i sagen. Sagen viser, at samtykket ikke altid er ufrivilligt i et ansættelsesforhold. Det antages imidlertid at være det første tilfælde, hvor frivillighedsbetingelsen har været opfyldt.

5.3. Samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold

Datatilsynet har i FysioDanmark-sagen²³⁷ taget stilling til anvendelsen af samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold. Datatilsynet udtalte i sagen, at: “... *den ansattes udtrykkelige samtykke, jf. databeskyttelsesforordningens artikel 9, stk. 2, litra a, er den mest passende undtagelse til forbuddet, idet ingen af de øvrige undtagelser i databeskyttelsesforordningens artikel 9, stk. 2, ses at finde anvendelse.*” Hermed anfører Datatilsynet at der med fordel kan ske en gennemgang af muligheden for at anvende et af de andre behandlingsgrundlag først, hvorefter samtykke bør være den mulighed der søges anvendt sidst.

Det kan herefter undersøges, om en arbejdsgiver efter at et ufrivilligt samtykke er blevet givet, blot kan skifte behandlingsgrundlag. Dette er relevant at undersøge i denne sammenhæng, da der som omtalt ovenfor ofte foreligger berettiget tvivl om, hvorvidt et samtykke i ansættelsesforhold er frit.

²³⁷ Datatilsynets j.nr. 2021-431-0145 – *FysioDanmark*

Problemstillingen er blevet behandlet af det græske datatilsyn. Datatilsynet i Grækenland tog ex officio en sag²³⁸ op om Pricewaterhouscoopers Business Solutions SA. Medarbejderne havde indsendt en klage angående virksomhedens behandling af deres personlige oplysninger og deres samtykke dertil.

Det græske datatilsyn kom i sagen frem til, at det efter princippet om god sagsbehandlingsskik og princippet om saglighed efter henholdsvis art. 5, stk. 1, litra a og litra b ikke er muligt at skifte behandlingsgrundlag, når samtykke er blevet anvendt, men hvor samtykket efterfølgende tilbagekaldes af den registrerede. I dette tilfælde kan den dataansvarlige dermed ikke vælge at anvende behandlingsgrundlaget om legitim interesse, jf. art. 6, stk. 1, litra f. På samme måde blev det af det græske datatilsyn slået fast, at en afvisning af at give samtykke på samme måde udelukker muligheden for at behandle personoplysninger på andre grundlag.

Det græske datatilsyn kom desuden i sin afgørelse frem til, at samtykke ikke er det relevante behandlingsgrundlag at anvende. De kommer frem til, at der er tre andre mulige behandlingsgrundlag i form af, at behandlingen er nødvendig for at udføre en kontraktlig forpligtelse over for den registrerede, jf. art. 6, stk. 1, litra b, behandlingen er nødvendig for at overholde en retlig forpligtelse pålagt den dataansvarlige, jf. art. 6, stk. 1, litra c samt en legitim interesse for at gøre virksomheden effektiv, jf. art. 6, stk. 1, litra f.

Virksomheden vælger samtidig at give medarbejderne eller de registrerede en falsk forståelse af, at deres behandlinger sker efter behandlingsgrundlaget samtykke, selvom de egentlig anvender de andre. Dette er medarbejderne ikke informeret om. Dette var samtidig et brud på underretnings- og informationspligten efter art. 13, stk. 1, litra c og art. 14, stk. 1, litra c.

Dermed er sagen også et udtryk for at man som arbejdsgiver først bør overveje de andre behandlingsgrundlag, hvorefter samtykke bør være den sidste mulighed, hvor ingen andre behandlingsgrundlag kan anvendes. Dette stemmer således overens med Datatilsynets udtalelse i sagen om FysioDanmark.²³⁹ Dermed er det ikke muligt for en arbejdsgiver blot 'for nemhedens skyld' at benytte samtykket, hvorefter denne kan "cherry-pick" andre behandlingsgrundlag, hvis samtykkets gyldighed skulle anfægtes eller samtykket tilbagetrækkes. Ovenstående gælder naturligvis ikke kun i ansættelsesforhold,

²³⁸ Grækenland, The Hellenic DPA: 26/2019 – *Skift i behandlingsgrundlag*

²³⁹ Datatilsynets j.nr. 2021-431-0145 – *FysioDanmark*

men det findes relevant især i denne sammenhæng, hvor der i forvejen er en særlig usikkerhed om frivillighedsbetingelsen i samtykket.

Artikel 29-gruppen anbefaler grundet den tvivlsomme frivillighed i samtykket i ansættelsesforhold bør der bruges et andet grundlag, medmindre der foreligger helt særlige grunde.²⁴⁰ Det betyder, at den dataansvarlige blandt andet i de nævnte situationer skal være meget påpasselig med at anvende samtykket, da det ofte ikke vil være frivilligt og dermed ugyldigt. Datatilsynet og EDPB anbefaler her, at den dataansvarlige søger at finde behandlingsgrundlag i en af de andre hjemler, eksempelvis i art. 6, stk. 1, litra f om den legitime interesse eller i litra b om foranstaltninger gennemført for at indgå en kontrakt.²⁴¹ Denne forsigtige tilgang til brugen af samtykke og anbefalingen om at anvende et andet hjemmelsgrundlag bakkes desuden også op i litteraturen. Peter Blume anfører hertil, at loven hjemler til brugen af samtykke i ansættelsesforhold, men dette bør bruges med forsigtighed. Hertil tilføjer Blume, at den dataansvarlige i ansættelsesforhold med fordel kan behandle personoplysninger med i GDPR art. 6, stk. 1, litra b. Bestemmelsen hjemler behandling af personoplysninger, hvis det er nødvendigt for at den dataansvarlige kan opfylde en kontraktlig forpligtelse.²⁴²

5.4. Delkonklusion

GDPR indeholder en bestemmelse i art. 88, stk. 1, der giver mulighed for at fastsætte nationale regler om samtykke i ansættelsesforhold, jf. også præambelbetragtning 155. Denne mulighed er blevet anvendt i Danmark. Nødvendigheden af at fastslå retten til at anvende samtykke i ansættelsesforhold så specifikt kan dog virke irrelevant, da lovforarbejderne altså ikke nævner nogen yderligere årsag til bestemmelsen. Formålet med art. 88, stk. 1 var, at der kunne ske en national præcisering af reglerne, hvilket næppe kan antages at være tilfældet her. Datatilsynet lægger da også vægt på, at samtykke er muligt behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold, så længe der ikke er negative konsekvenser forbundet med det.

Frivilligheden i et ansættelsesforhold er ofte ikke til stede. Præambelbetragtning nr. 43 i GDPR understreger, at en klar skævhed mellem parterne vil betyde, at et frivilligt samtykke vil være usand-

²⁴⁰ Artikel 29-gruppen, WP 249 - Udtalelse 2/2017 om databehandling på arbejdspladsen, s. 7

²⁴¹ Artikel 29-gruppen, WP 259 - Retningslinjer vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, s. 8

²⁴² Blume, Peter, (2018) Databeskyttelsesret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 144

synligt. Det samme udtaler EDPB i sin vejledning om samtykke, der præciserer, at dette gælder mellem arbejdsgivere og arbejdstagere, der næsten altid ikke kan afvise et samtykke uden faktisk frygt eller reel risiko for, at det vil have negative konsekvenser for denne. Artikel 29-gruppen har tidligere udtalt det samme og tilføjet, at ansatte sjældent vil kunne give, afvise frit eller tilbagekalde et samtykke i et afhængighedsforhold som det mellem arbejdsgiver og arbejdstager. Det nævnes specifikt af EDPB i sin vejledning, at samtykke om overvågning på arbejdspladsen næppe vil kunne afvises af arbejdstageren uden at der vil være en form for pres. Så længe risikoen er til stede for, at arbejdstageren kan føle et pres, så er frivillighedsbetingelsen ikke opfyldt. EDPB ser anvendelsen af samtykke som behandlingsgrundlag som problematisk i ansættelsesforhold, men der kan undtagelsesvis være tilfælde, hvor der ikke vil være negative konsekvenser ved en afvisning, hvorfor samtykke i få tilfælde kan anvendes. Dette betyder blandt andet, at et samtykke, der afgives af arbejdstageren, for at opnå en modydelse i form af en ansættelse eller manglende afskedigelse, godt kan være muligt uden at samtykket afgives ufrivilligt. De negative konsekvenser vil ifølge Datatilsynet ikke være til stede, når en af de ansattes arbejdsforhold ikke forringes ved afvisning af at få sine personlige fotos med i en telefonbog. Det samme gælder, når en afvisning af at blive filmet på arbejdspladsen, medfører, at arbejdstageren får stillet et kontor med lige så gode muligheder som før til rådighed, mens optagelserne står på. I forbindelse med en sag om fingeraftryk til brug af registrering af komme/gå-tider for medarbejderne udtalte Datatilsynet desuden, at det vil være tvivlsomt, om frivillighed ville være til stede ved anvendelse af samtykket i ansættelsesforhold. Det udelukker imidlertid ikke muligheden for, at det kan lade sig gøre, hvilket var tilfældet i en anden sag, som Datatilsynet behandlede. Her blev det gjort klart, at frivillighedsbetingelsen altid skulle vurderes i den konkrete sag. De ansatte kunne ikke opleve nogle negative konsekvenser ved at afvise samtykket, ligesom de havde et alternativt valg, der var lige så godt. Dermed var der ikke et pres på arbejdstageren, og frivillighedsbetingelsen var dermed opfyldt på trods af det skæve partsforhold mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren.

Frivillighed i ansættelsesforhold er altså usandsynligt og tvivlsomt, selvom det godt kan lade sig gøre. Det anbefales derfor af Artikel 29-gruppen, EDPB og Datatilsynets udtalelser, arbejdsgiverne skal være meget påpasselige med at anvende samtykke som behandlingsgrundlag. Det ville her være at foretrække, at arbejdsgiveren anvender nogle af de andre behandlingsgrundlag som hjemmel til behandlingen. Datatilsynet og EDPB anbefaler blandt andet anvendelsen af art. 6, stk. 1, litra f om en legitim interesse eller litra b om foranstaltninger til at gennemføre en kontrakt. Det kan desuden udledes af en sag, som Datatilsynet afgjorde om samtykke til anvendelse af biometriske data. Afgørelsen

gjorde det klart, at samtykke som grundlag bør være det behandlingsgrundlag, der blev søgt anvendt sidst. Dette bakker op om, at de andre behandlingsgrundlag bør anvendes før samtykket anvendes.

Såfremt samtykket, der er blevet givet, er tilbagekaldt eller ugyldigt pga. frivillighedsbetingelsen, så er det ikke efterfølgende muligt for arbejdsgiveren at skifte behandlingsgrundlag. Dette afgjorde det græske datatilsyn i en sag, og dette bakkes ligeledes op af Datatilsynets afgørelse om anvendelse af biometriske data til adgang af et center. Dermed udelukkes muligheden for, at arbejdsgiveren kan anvende et samtykke for “nemhedens skyld” for derefter at skifte, når det ikke viser sig at være hensigtsmæssigt længere.

6. Konklusion

Afhandlingens formål har været at fastlægge, hvad et gyldigt samtykke indebærer og særligt indholdet af frivillighedsbetingelsen. Indledningsvist belyser afhandlingen de bagvedliggende hensyn for GDPR, hvor beskyttelsen af den registreredes ret til at bestemme over sine egne personoplysninger er en vigtig del af forordningen.

Herefter følger en fastlæggelse af samtykkets betingelser. Et samtykke er efter legaldefinitionen i GDPR art. 4, nr. 11 gyldigt, hvis det er en frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse.

Et samtykke er specifikt, når det overholder følgende tre punkter. For det første skal formålene være specificeret med en klar og tydelig formulering. Det skal være muligt at gennemskue hvert enkelt formål, der anmodes om en behandling til. For det andet skal formålene være granulerede, så det er muligt for den registrerede faktisk at samtykke til hvert formål. Dette punkt hænger tæt sammen med frivillighedsbetingelsen. Det tredje punkt hænger tæt sammen med betingelsen om et informeret samtykke, da samtykket skal afgives på et informeret grundlag, så den registrerede er indforstået med konsekvenserne og risici ved samtykket.

Et informeret samtykke kræver, at den registrerede er i besiddelse af de oplysninger, som er nødvendige, for at denne kan forstå samtykket og konsekvenserne. Nogle informationer skal som minimum afgives, mens det i den konkrete situation kan være nødvendigt med yderligere informationer. Det

anbefales her, at levering af oplysninger sker på et informationsniveau, der svarer til oplysningspligten i GDPR art. 13 og 14, men dette er ikke et krav. Oplysningerne skal være lettilgængelige og letforståelige for et medlem af den målgruppe, som den registrerede tilhører. Ved skriftlige og elektroniske anmodninger skal der ske en adskillelse af samtykkeerklæringer fra de øvrige informationer.

En utvetydig viljestilkendegivelse kræver, at der er en aktiv handling fra den registrerede, så der ikke er tvivl om, hvorvidt selvbestemmelsesretten faktisk har været udnyttet i tilfældet. Dette indebærer, at passivitet og inaktivitet ikke kan være udtryk for en utvetydig viljestilkendegivelse. Et forhåndsafkrydset felt er endvidere ikke udtryk for en aktiv handling, som det kan udledes i Planet49-sagen. Den dataansvarlige skal desuden sikre, at den registrerede ikke bliver "klikke-udmattet", så denne udelukkende accepterer samtykke uden at give den opmærksomhed på indholdet, som er nødvendigt.

Samtykket indeholder ikke formkrav. Det er dog den dataansvarliges bevisbyrde, at samtykket er gyldigt. Dermed anbefaler blandt andet Datatilsynet og EDPB, at skriftlighed anvendes, selvom de ikke afviser at det kan give elektronisk ved eksempelvis e-mail. Hertil skal det være muligt for den registrerede at trække sit samtykke tilbage. Samtykket er ikke gyldigt, hvis ikke den registrerede er informeret om dette, og det skal hertil være lige så let at tilbagekalde samtykket, som det er at give det. Der kan gives fuldmagt til et samtykke.

Et udtrykkeligt samtykke er en undtagelse til forbuddet mod behandling af følsomme oplysninger i GDPR art. 9, stk. 1, jf. art. 9, stk. 2, litra a. Der foreligger ikke yderligere krav forbundet med et 'udtrykkeligt' samtykke end kravene der opstilles til det 'almindelige' samtykke. Det antages, at ordlyden i stedet understreger vigtigheden af, at den dataansvarlige sikrer sig gyldigheden af samtykket, når denne behandler følsomme oplysninger. Som følge af dette anbefales særligt i denne forbindelse, at skriftligheden anvendes i ved indhentelse af samtykket. Dette fokus er i overensstemmelse med det bagvedliggende hensyn om at yde særlig beskyttelse og selvbestemmelse ved behandling af følsomme oplysninger.

Frivillighedsbetingelsen er en del af definitionen af et samtykke, men det er samtidig ikke berørt meget i praksis. Et samtykke er kun frivilligt, hvis den registrerede har haft et reelt frit valg. Dette indebærer, at en afvisning eller tilbagekaldelse af samtykket ikke må have negative konsekvenser for den registrerede. Direkte tvang og pres er ikke frivilligt. Frivillighedsbetingelsen er et udtryk for gennemsigtigheden for den registrerede og dennes mulighed for at tage sit eget valg omkring sine personoplysninger i form af selvbestemmelsesretten. Grænsetilfældene kan afgøres ved at foretage en vurdering af en række momenter.

Frivillighedsvurderingen bør tage relationen mellem den registrerede og den dataansvarlige med i vurderingen, hvis denne kan påvirke den registreredes frie valg ved afgivelsen af et samtykke. Et hierarki eller afhængighedsforhold kan påvirke den registreredes reelle frivillighed ved afgivelsen af samtykke. Et andet moment, der kan have betydning, antages at være, om den registrerede er i en meget svækket tilstand ved afgivelsen. Dette kan påvirke den registreredes evne til at forstå konsekvenser af et samtykke. Finansielle, emotionelle og praktiske forhold kan ligeledes bidrage til vurderingen af frivilligheden. Det har ud fra praksis været muligt at udlede en række momenter, som har været tillagt vægt i vurderingen af frivillighedsbetingelsen. Praksis har slået fast, at det ikke må være sværere at afvise et samtykke end at afvise. Det kan på baggrund heraf konstateres at proceduren for at afvise et samtykke skal være mindst lige så nemt som proceduren for at afgive det. Desuden kan det tillægges vægt, om der foreligger et alternativ til samtykket, der fremstår som en lige så god mulighed for den registrerede som samtykket selv. Det er vigtigt, at dette alternativ giver den registrerede et klart indtryk af, at der ikke dermed vil være negative konsekvenser forbundet med at anvende det alternativ. Praksis tillægger det desuden betydning, at formålene granuleres, så den registrerede selv kan vælge, hvilke formål der samtykkes til. Flere behandlingsformål under samme samtykke er derfor ikke muligt uden at samtykket vil være ugyldigt. Et moment, der yderligere er antaget i praksis, er den særskilte handling. Den registrerede skal kunne samtykke til erklæringen om behandling af personoplysninger uden samtidig at samtykke til en erklæring, der omhandler noget andet end behandling af personoplysninger. Dermed må accepten af samtykkeerklæringen og accepten af deltagelse i en konkurrence eller underskrivelse af en kontrakt ikke være den samme handling. Konsekvensen er, at der her skal gives et samtykke til hver del for sig. Dette er ikke at forveksle med granulering. Desuden understreges det i praksis, at et samtykke, der er gjort betinget for at opfylde en kontrakt, skal være nødvendigt for opfyldelsen af kontraktforpligtelsen. Her må der ikke være negative konsekvenser ved en afvisning for den registrerede. Det kan antages, at der er en skelnen mellem den essentielle del af ydelsen og en del af ydelsen, der skal ses som et incitament. Det vil altid anses for at have negative konsekvenser for den registrerede at afvise samtykke, hvis det er den essentielle del af ydelsen, der er betinget af samtykket. Dette vil ikke nødvendigvis være tilfældet for incitamenter, der skal vurderes konkret. Det skal dog slås fast, at de negative konsekvenser ikke udelukker muligheden for at betinge samtykket. Så længe behandlingen er nødvendig for opfyldelse af kontrakten, kan samtykket godt være gyldigt, trods frivillighedsbetingelsen ikke er opfyldt. Dette er således en undtagelse til frivillighedsbetingelsen.

Som nævnt har relationen mellem den dataansvarlige og den registrerede en betydning for vurderingen af frivillighedsbetingelsen. En relation i form af et ansættelsesforhold antages i litteraturen for at være problematisk når det omhandler frivillighedsbetingelsen. Afhandlingen belyser af den grund, om samtykket kan anvendes som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold.

Danmark har i DBL § 12, stk. 3 udnyttet den hjemmel, som GDPR art. 88, stk. 1 og præambelbetragtning nr. 155 har givet til at lade medlemsstaterne i EU fastsætte nærmere regler om samtykke i ansættelsesforhold. Bestemmelsen antages dog at være irrelevant, da den ikke medfører yderligere betingelser for samtykket, end der allerede fremgår af GDPR's bestemmelser herom.

Datatilsynet har ligeledes slået fast, at samtykke er et muligt behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold. Hertil anføres at det dog skal overholde den almindelige frivillighedsbetingelse. Dette kan dog være problematisk at overholde denne betingelse i et ansættelsesforhold. Præambelbetragtning nr. 43 i GDPR gør det klart, at en klar skævhed mellem den dataansvarlige og den registrerede vil betyde, at frivilligt samtykke er usandsynligt. EDPB har præciseret, at der foreligger en klar skævhed mellem arbejdsgivere og arbejdstagere. Eksempelvis vil overvågning på arbejdspladsen sandsynligvis ikke kunne afvises af arbejdstageren uden at der er et pres for at samtykke. Generelt er det kun undtagelsesvist, at der er tilfælde, hvor arbejdstageren ikke oplever negative konsekvenser forbundet med en afvisning af samtykke. Arbejdstageren, der modtager en modydelse i form af ansættelse eller undgåelse af en afskedigelse, kan godt give sit samtykke frivilligt som en modydelse til dette. På samme måde kan en afvisning af at få sine personlige fotos med i en telefonbog være uden negative konsekvenser, hvis arbejdsforholdene ikke forringes af dette. Arbejdstagerens afvisning af at give samtykke til at blive filmet på arbejdspladsen kan også være uden negative konsekvenser, hvis denne stilles alternative arbejdslokaler, der fungerer lige så godt, til rådighed under optagelserne.

Endvidere ses af praksis et eksempel på en situation, hvor samtykke til behandling af den ansattes biometriske data ville være frivillig, trods der forelå et ansættelsesforhold. I situationen var uden negative konsekvenser for den ansatte at afvise samtykket, da der var indført et lige så godt alternativ til den adgangskontrol, som behandlingen af dataene skulle medføre.

Frivillighed i ansættelsesforhold kan som nævnt problematisk, da det sjældent vil være opfyldt. Det anbefales af den grund af EDPB og Datatilsynet blandt andet at anvende andre behandlingsgrundlag til behandling af ansattes personoplysninger. Anbefalingen lyder på at begrunde behandlingen i GDPR art. 6, stk. 1, litra f om legitime interesser eller art. 6, stk. 1, litra b om nødvendigheden for at opfylde en kontrakt. Ansættelseskontrakter er også omfattet af litra b. Dette bakkes op af en afgørelse

fra Datatilsynet, der slog fast, at samtykke som grundlag bør være det behandlingsgrundlag, der blev søgt anvendt sidst. Dette bakker op om, at de andre behandlingsgrundlag bør anvendes før samtykket anvendes.

En tilbagekaldelse eller ugyldighed, fordi frivillighedsbetingelsen ikke er opfyldt, giver ikke mulighed for, at arbejdsgiveren kan skifte behandlingsgrundlag. Dette er afgjort af en græsk tilsynsmyndighed. Arbejdsgiveren kan ikke vælge samtykke som behandlingsgrundlag, fordi det er nemmest, for derefter at skifte, når det ikke længere er anvendeligt.

Det kan samlet konkluderes, at et gyldigt samtykke indebærer, at det skal være afgivet frivilligt, specifikt, informeret og som et udtryk for en utvetydig viljestilkendegivelse. Der er ikke formkrav, men bevisbyrden er den dataansvarliges. Der er ikke nogen forskel i, hvad et samtykke indebærer i forhold til et udtrykkeligt samtykke. Frivillighedsbetingelsen er ikke blevet berørt meget i praksis, men det skal alligevel være reelt frit givet uden risiko for negative konsekvenser hos den registrerede. Dette er en konkret vurdering. Et ansættelsesforhold vil dog betyde, at der sjældent vil være et frivilligt samtykke, men det er muligt. Alligevel anbefales det, at arbejdsgiveren anvender andre behandlingsgrundlag.

Afslutningsvis belyses usikkerhederne, som er i forbindelse med den lille mængde praksis fra EU-Domstolen samt noget af den tilbageholdenhed, som tilsynsmyndighederne har vist angående at etablere noget konkret om frivillighedsbetingelsen. Den manglende praksis fra EU-Domstolen angående frivillighedsbetingelsen kan resultere i, at tilsynsmyndighederne ligeledes holder sig tilbage med at sige noget, der er for konkret. Virksomhederne vil indrette sig efter dette, og hvis EU-Domstolen efterfølgende går i en anden retning, så rammes virksomhederne af det. En anden årsag til tilbageholdenheden kan være betingelsernes indbyrdes tætte forbindelser. De kan være svære at skelne fra hinanden, hvorfor det er nemmere for tilsynsmyndighederne at udtale sig om de mere håndgribelige i form af de specifikke, informerede og utvetydige betingelser. Det kan dog ikke antages med sikkerhed. Afhandlingen har forsøgt usikkerhederne afdækket ved at anvende vejledninger samt forslag til afgørelse fra Generaladvokaten. Vejledningernes retskildeværdi er lav, da de ikke forpligter EU-Domstolen, de danske domstole eller tilsynsmyndighederne. Et indrettelsessynspunkt kan argumenteres at tale for, at vejledningerne giver en sikkerhed i afhandlingens beskrivelse af retstilstanden. Generaladvokatens forslag er ikke bindende for EU-Domstolen. Det er dog ligeledes antaget i litteraturen, at de kan anvendes til at belyse retstilstanden. Det antages, at der kan udledes noget om

retstilstanden uanset om EU-Domstolen helt eller delvist antager forslaget eller om de afviser forslaget. Udenlandske tilsynsmyndigheder og domstole kan ikke binde danske domstole. Det antages dog alligevel, at retskildeværdien er høj, da tilsynsmyndighederne er forpligtet til at samarbejde i EU som følge af GDPR. Følger Datatilsynet dermed den praksis som de tilsvarende tilsyn i EU fører, så vil danske domstole også være tilbøjelig til at følge denne administrative praksis, hvis det vurderes, at reglerne anvendes korrekt. På den baggrund kan afhandlingen sikre et juridisk og fagligt sikkert resultat. Den manglende praksis fra den øverste instans, altså EU-Domstolen må dog antages at give en usikkerhed, som ikke kan undgås, før denne tager stilling til flere spørgsmål på retsområdet.

7. Litteraturliste

Lovgrundlag

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 og Traktaten om Den Europæiske Union)

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*

Lovforarbejder og betænkninger

Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017

- ”*Databeskyttelsesforordningen – og de retlige rammer for dansk lovgivning*”

Lovforslag nr. L 68 Fremsat den 25. oktober 2017 af justitsministeren

- *Forslag til lov om supplerende bestemmelser til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (databeskyttelsesloven)*

EU-domme

C-61/19, *Orange Romania*

C-673/17, *Planet49*

C-582/14, *Breyer*

C-291/12, *Michael Schwarz*

C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*

Forenede sager C-267/91 og C-268/91, *Keck*

Forslag til afgørelse fra Generaladvokaten

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Szpunar, C-61/19, *Orange Romania*

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Szpunar, C-673/17, *Planet49*

Administrativ praksis

Datatilsynets j.nr. 2021-431-0145 – *FysioDanmark*

Datatilsynets j.nr. 2020-31-3354 - *Golf.dk*

Datatilsynets j.nr. 2019-431-0052 - *Epic-Booking*

Datatilsynets j.nr. 2019-32-0639 - *Arbejdsmarkedets Feriefond*

Datatilsynets j.nr. 2019-31-1950 - *Billeder offentliggjort af virksomheder*

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

Datatilsynets j.nr. 2018-41-0013 - *Dating.dk*
Datatilsynets j.nr. 2018-41-0012 - *Matas*
Datatilsynets j.nr. 2018-32-0357 - *DMI*
Datatilsynets j.nr. 2008-632-0034
Datatilsynets j.nr. 2003-233-0028 - *Sarbanes Oxley Act*

Afgørelser fra andre medlemsstater

Frankrig, CNIL: SAN-2019-001 – *Google*
Slovenien, IP: 7121-1/2020/369 – *Elektronisk samtykke som E-mail*
Spanien, AEPD: PS/00070/2019 – *Design på privatlivspolitikken*
Tyskland, LG Rostock: 3 O 762/19 – *Cookie-banner*
Belgien APD/GBA: 04/2021 - *Pink box*
Spanien, AEPD: PS/00172/2020 – *Offentligt arrangement*
Grækenland, The Hellenic DPA: 26/2019 – *Skift i behandlingsgrundlag*

Litteratur

Blume, Peter, (2021) Persondatarettens dilemmaer – Fra person til personoplysning, 1. udgave, Djøf Forlag
Blume, Peter, (2020) Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag
Blume, Peter, (2018) Den Nye Persondataret, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Blume, Peter, (2018) Databeskyttelsesret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Blume, Peter, (2003) Behandling af persondata – en kritisk kommentar, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Evald, Jens, (2020) Juridisk teori, metode og videnskab, 2. udgave, Djøf Forlag

Hamer, Carine m.fl., (2020) Juraens verden, 1. udgave, Djøf Forlag

Højlund, Dorte (2020) Persondataret, 3. udgave, Hans Reitzels Forlag

Korfits, Kristian m.fl., (2020) Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Kristiansen, Jens m.fl., (2011) Persondataret i ansættelsesforhold, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Munk-Hansen, Carsten, (2018) Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Djøf Forlag

Neergaard, Ulla m.fl., (2016) EU-ret, 7. udgave, Karnov Group A/S

Pedersen, Line Budtz m.fl., (2019) Databeskyttelse i arbejdsretten – Fra jura til praksis, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Vejledninger og guidelines

Artikel 29-gruppen, *WP 259 - Retningslinjer vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*

Artikel 29-gruppen, *WP 249 - Udtalelse 2/2017 om databehandling på arbejdspladsen*

Artikel 29-gruppen, *WP 217 - Udtalelse 6/2014 om den registeransvarliges legitime interesser som omhandlet i artikel 7 i direktiv 95/46/EF*

Artikel 29-gruppen, *WP 203 - Udtalelse 03/2013 om formålsbegrænsning*

Artikel 29-gruppen, *WP 187 - Udtalelse 15/2011 om definition af samtykke*

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

Datatilsynet, *Vejledning om samtykke, maj 2021*

Datatilsynet, *Vejledning om dataansvarlige og databehandlere, november 2017*

Datatilsynet, *Vejledning om behandling personoplysninger ved hjemmesidebesøgende, februar 2020*

Datatilsynet, *Vejledning om databeskyttelse i forbindelse med ansættelsesforhold, december 2020*

Hjemmesider

Datatilsynet: *Organisation*, besøgt d. 17. maj, kl. 22

<https://www.datatilsynet.dk/om-datatilsynet/organisation>

European Data Protection Board: *Our members*, besøgt den 17. Maj, kl. 22.

https://edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb/members_en