

Samtykkekravet i GDPR ved brug af cookie walls

Consent requirements in the GDPR through the use of
cookie walls



Det Juridiske Fakultet, Aalborg Universitet

Erhvervsjuridisk Kandidatafhandling

Lejla Salihovic og Christian Røngård Kolmitz Rasmussen

Studienummer: 20193288 og 20195163

Aalborg Universitet, Erhvervsjura

Dato: 16. maj 2024

Vejleder: Majken Harbo Hansen

Abstract

The world is witnessing a comprehensive technological development, which leads to an increased need to protect the individual's fundamental rights, privacy and personal data. The developing technology results in new legal challenges to ensure the right to privacy is protected. The development puts an even bigger pressure on the individual's rights, which causes a need to harmonize a set of rules regarding the processing of personal data.

In May 2018 The Regulation EU 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27th April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) came into effect. The purpose of this regulation is to protect and ensure the individual's fundamental rights, privacy and personal data. In addition to regulation from the EU, there is regulation on a national level to ensure a legal obtainment of consent. The Danish Cookie Law is providing regulations in the concern of this matter.

The thesis analyzes how the requirements for a legal consent according to GDPR article 6 (1)(a), article 4(11) and the Danish Cookie Law § 3 are complied with, when data subjects are interacting with so-called "cookie walls". The thesis is intended to determine these requirements, based on both a theoretical review of the GDPR and the Danish Cookie Law as well as an analysis of applicable case law on this matter.

The thesis concludes that GDPR article 4(11) regulates the definition of a legal and valid consent. A valid consent must be freely given, specific, informed and an unambiguous indication from the data subject. A consent should be a clear statement or a clear affirmative action from the data subject that clearly expresses and signifies the data subject's agreement to the processing of their personal data. The definition of a valid consent in the Danish Cookie Law originates from the definition in GDPR, and it intends to regulate in the same manner as the GDPR. Furthermore, the analysis of the thesis concludes an array of contemplations of when a consent is to be considered valid according to GDPR and the Danish Cookie Law.

Finally, the thesis intends to examine whether the case law of the Danish Data Protection Agency is aligning with the newly released *Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms* by EDPB. The thesis concludes the Danish case law differs from EDPB's opinion on the subject of consent or pay models of whether a pay or consent model complies with the requirements for valid consent.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1 - Introduktion til projektet.....	6
1.1 Indledning.....	6
1.2 Problemformulering.....	7
1.3 Metode.....	7
1.4 Retskilder.....	8
1.4.1 Indledende bemærkninger.....	8
1.4.2 EU-retskilder.....	8
1.4.3 Danske retskilder.....	11
1.5 Afgrænsning.....	13
Kapitel 2 - GDPR.....	15
2.1 Indledende bemærkninger.....	15
2.2 Formål og baggrund.....	15
2.3 Anvendelsesområde.....	16
2.4 Begrebsafklaring.....	17
2.4.1 Personoplysning.....	17
2.4.2 Behandling.....	19
2.4.3 Dataansvarlig.....	20
2.4.4 Cookies.....	21
2.5 De grundlæggende principper.....	23
2.6 Cookiebekendtgørelsen.....	25
Kapitel 3 - Samtykke i GDPR.....	28
3.1 Definition af samtykke – GDPR artikel 4, nr. 11.....	28
3.1.1 Definitionen.....	28
3.1.2 Frivilligt.....	29
3.1.3 Specifikt.....	31
3.1.4 Informeret.....	32
3.1.5 Utvetydig viljestilkendegivelse.....	34
3.1.6 Udtrykkeligt samtykke.....	36

3.2 Lovlig behandling ved samtykke - GDPR artikel 6, stk. 1, litra a	37
3.3 Betingelser for samtykke - GDPR artikel 7	38
3.3.1 Bevisbyrde for meddelt samtykke - GDPR artikel 7, stk. 1	39
3.3.2 Samtykke i en skriftlig erklæring – GDPR artikel 7, stk. 2	39
3.3.3 Tilbagekaldelse af samtykke - GDPR artikel 7, stk. 3	40
3.3.4 Kravet om, at samtykket er givet frit - GDPR artikel 7, stk. 4	41
Kapitel 4 – Retspraksis ved anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag og ved anvendelse af cookie walls	42
4.1 Indledende bemærkninger	42
4.2 Sager ved EUD	43
4.2.1 C-673/17 Planet49 GmbH	43
4.2.2 C-61/19 Orange Romania	46
4.3 Datatilsynets afgørelser	50
4.3.1 Indledende bemærkninger	50
4.3.2 Jyske Fynske Mediers brug af cookie walls	50
4.3.3 GulogGratis' brug af cookie walls	51
4.3.4 Sammenfatning af Datatilsynets afgørelser	51
4.3.5 Anmodning om genoptagelse af afgørelserne vedrørende Jyske Fynske Medier og GulogGratis	53
4.3.6 JP/Politikens samtykkeløsning på www.eb.dk	58
4.3.7 Ugyldigt samtykke i cookie walls på www.berlingske.dk	61
4.4 Afgørelser af Digitaliseringsstyrelsen	63
4.4.1 Påbud til Google LLC	63
4.4.2 Påbud til Meta Platforms	65
4.5 Delkonklusion	70
Kapitel 5 - Overensstemmelse mellem GDPR og consent or pay-løsninger	72
5.1 Indledende bemærkninger	72
5.2 Overholdelse af samtykkekravet ved consent or pay-løsninger	73
5.3 Delkonklusion	76
Kapitel 6 - Konklusion	77

Litteraturliste	80
<i>EU-retskilder</i>	<i>80</i>
<i>Afgørelser fra EU-domstolen</i>	<i>80</i>
<i>Vejledninger og udtalelser</i>	<i>81</i>
<i>Danske love</i>	<i>81</i>
<i>Danske afgørelser</i>	<i>82</i>
<i>Litteratur</i>	<i>82</i>
<i>Hjemmesider</i>	<i>83</i>

Kapitel 1 - Introduktion til projektet

1.1 Indledning

Udviklingen og anvendelsen af nye teknologier lægger et pres på retten til privatliv og beskyttelsen af personoplysninger. Der er derfor foretaget nationale og EU-retlige initiativer der først og fremmest skal sikre en bedre beskyttelse af borgerens rettigheder. Retten til privatliv og retten til beskyttelse af personoplysninger er dog stadig udfordret. Beskyttelsen af vores personoplysninger har et særligt stigende fokus i takt med, at flere og flere virksomheder og offentlige myndigheder behandler vores personoplysninger som en del af deres daglige drift og beskæftigelse. Med et formål i EU om at beskytte fysiske personers grundlæggende rettigheder og samtidig sikre en fri udveksling af personoplysninger i EU, er det relevant med et harmoniseret regelsæt af databeskyttelsesretten i EU's medlemsstater, der regulerer og fastsætter hvilke forpligtelser og krav, der er gældende ved behandling af personoplysninger.¹ Beskyttelsen af behandling af personoplysninger i EU er reguleret i Databeskyttelsesforordningen, også kaldet GDPR.

På hjemmesider er cookies blevet en integreret del af brugerens onlineoplevelse. Cookies muliggør personalisering af brugeroplevelsen og indsamling af værdifulde persondata. Disse værktøjer er nyttige, men brugen af cookies indebærer også en række udfordringer i henhold til beskyttelsen af brugerens persondata. Det er derfor vigtigt at fastslå den registreredes rettigheder, som fremgår af GDPR og Cookiebekendtgørelsen, der stiller krav til, at vedkommende har kontrol over sine personoplysninger, og forstår hvordan disse oplysninger indsamles, anvendes og behandles.

Specialet har til formål at fastlægge kravene og betingelserne for anvendelsen af et gyldigt samtykke som behandlingsgrundlag, når personoplysninger behandles ved brugen af cookies på hjemmesider. Fastlæggelsen sker på baggrund af både en teoretisk gennemgang af GDPR

¹ Europa-Parlamentets og Rådets forordning 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) (2016/679) (fremover GDPR), pr. 3

og Cookiebekendtgørelsen, en analyse af retspraksis på området, samt en diskussion om brugen af cookie walls.

1.2 Problemformulering

Hvordan sikres samtykkekravet, i databeskyttelsesforordningens artikel 6, stk. 1, litra a, artikel 4, nr. 11 og Cookiebekendtgørelsens § 3, ved anvendelsen af cookies?

1.3 Metode

For at besvare specialets problemformulering anvendes den retsdogmatiske metode. Metoden anvendes med henblik på at fastlægge den persondataretlige retstilstand ved anvendelsen af cookies på hjemmesider. Ved anvendelsen af den retsdogmatiske metode vil specialet beskrive og analysere GDPR og Cookiebekendtgørelsens krav og betingelser til et gyldigt samtykke som behandlingsgrundlag, når hjemmesider benytter sig af cookies. Beskrivelsen af den gældende ret på området, sker på baggrund af analyser af en række afgørelser fra henholdsvis EUD, Datatilsynet og Digitaliseringsstyrelsen, der samlet set skal belyse de krav, der stilles til et gyldigt samtykke i GDPR og Cookiebekendtgørelsen.

Retsdogmatikkens og specialets formål er på baggrund heraf at analysere og beskrive den gældende ret på området. Den retsdogmatiske videnskab beskæftiger sig med gældende ret og er forbundet med det praktiske retslivs metoder.² Den retsdogmatiske metode tilsigter at beskrive den gældende ret på et eller flere områder, hvorimod metoden ikke er rettet mod at finde løsningen på konkrete problemer. Det afgørende for metoden er derfor, at den gældende ret beskrives og analyseres.³ Centralt for anvendelsen af den retsdogmatiske metode, er at foretage en kvalificering og systematisering af de relevante retskilder og fortolkningsprincipper som anvendes til at beskrive gældende ret.⁴ Efterfølgende afsnit har til formål at beskrive de

² Munk-Hansen, 2018, Retsvidenskabsteori, s. 204

³ Munk-Hansen, 2018, Retsvidenskabsteori, s. 211

⁴ Munk-Hansen, 2018, Retsvidenskabsteori, s. 211

udvalgte retskilder, der anvendes for at kunne fastsætte den gældende ret ved anvendelsen af cookies på hjemmesider.

1.4 Retskilder

1.4.1 Indledende bemærkninger

Ved anvendelsen af den retsdogmatiske metode til at fastlægge den gældende ret, er det, som nævnt i ovenstående afsnit, væsentligt at udvælge og beskrive, hvilke retskilder der tages udgangspunkt i. Databeskyttelsesretten indeholder en lang række forskellige retskilder, som er indenfor både dansk ret og EU-retten, hvorfor en grundlæggende forståelse af det retlige samspil mellem EU-retten og den nationale ret er nødvendig, når man bevæger sig indenfor databeskyttelsens rammer.⁵ Følgende afsnit har til formål at identificere retskilderne, som findes relevante for at kunne besvare specialets problemformulering, samt fastlægge den gældende ret på området. Derudover vil de efterfølgende afsnit beskrive retskildernes interne hierarki og retskildeværdi.

Det bør i øvrigt bemærkes, at der eksisterer flere sproglige versioner af EU-retskilderne som anvendes i specialet. Der tages forbehold for at sådanne oversættelser kan indeholde variationer af enkelte formuleringer, som dog ikke tillægges afgørende betydning for specialet. Specialet anvender de danske oversættelser af kilderne i de tilfælde hvor en sådan version findes.⁶

1.4.2 EU-retskilder

GDPR er en central retskilde i specialet, som er etableret med hjemmel i TEUF artikel 288, stk. 2, hvoraf det endvidere fremgår at forordninger er almen gyldige, bindende i alle enkeltheder og finder anvendelse i EU's medlemsstater.⁷ Forordningen afløste det hidtidige

⁵ Blume, 2020, Persondatarettens kilder og metode, s. 56.

⁶ Undtagelse i form af *Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms*, hvor den engelske version anvendes.

⁷ Sørensen & Danielsen, 2019, EU-retten, s. 104

persondatadirektiv, og er udgangspunktet for databeskyttelsesretten i EU.⁸ Denne overgang fra direktiv til forordning udtrykker ønsket om harmonisering af medlemsstaternes databeskyttelsesret, da forordningen har umiddelbar virkning i medlemsstaterne og samtidig ikke skal implementeres medlemsstaternes nationale ret, som var tilfældet med persondatadirektivet.⁹ EU-retten indeholder to centrale principper om, at medlemsstaterne har pligt til en EU-konform fortolkning, samt at EU-retten har forrang for den nationale ret. Som konsekvens heraf skal EU-retlige kilder, dansk lovgivning og øvrige retskilder fortolkes i overensstemmelse med praksis fra EUDs. De nationale databeskyttelsesregler og praksis af de nationale tilsynsmyndigheder må således vige, såfremt de ikke er i overensstemmelse med EUDs praksis.¹⁰

Specialet inddrager GDPRs præambelbetragtninger med henblik på at besvare problemformuleringen. Derfor er det nødvendigt at afklare, hvilken retskildeværdi præambelbetragtningerne har. Præambelbetragtningerne der er særlige for EU-retten, kan sammenlignes med lovforarbejder som er at finde i dansk ret. Her tillægges forarbejderne stor betydning ved fortolkningen af lovbestemmelser¹¹, hvilket som udgangspunkt ikke er tilfældet i EU-retten.¹² Præambelbetragtninger adskiller sig dog fra lovforarbejderne ved at være vedtaget og dermed udgøre en integreret del af lovgivningen. Herigennem er præambelbetragtninger et væsentlig fortolkningsbidrag i tilfælde hvor lovgivning er tvetydig, da de oftest indeholder uddybende forklaringer, samt lovgivers formål med lovbestemmelserne.¹³ Således anses præambelbetragtningerne for at have høj retskildeværdi. Hertil bør det bemærkes, at ordlyden af de enkelte bestemmelser udgør den væsentligste del af lovgivningen, hvilket dog ikke ændrer, at en præambelbetragtning kan udgøre et væsentligt element i fortolkningen af GDPR. Denne tillæggelse af præambelbetragtningernes store retskildeværdi understøttes endvidere af, at EUD ofte henviser til præambelbetragtningerne, når bestemmelserne i GDPR fortolkes.¹⁴

⁸ Se afsnit 2.2

⁹ Udsen, 2022, Databeskyttelsesret, s. 42

¹⁰ Blume, 2020, Persondatarettens kilder og metode, s. 61.

¹¹ Sørensen & Danielsen, 2019, EU-retten, s. 118

¹² Sørensen & Danielsen, 2019, EU-retten, s. 117

¹³ Sørensen & Danielsen, 2019, EU-retten, s. 118

¹⁴ Se f.eks. C-61/19 Orange Romania, pr. 37, 39, 40 el. 41

Specialets analyse tager blandt andet udgangspunkt i afgørelser afsagt af EUD. Analysen af disse bidrager til besvarelsen af specialet formuleringen, da dette danner grundlag for fastlæggelsen af den gældende ret på området. Af TEUF artikel 288, stk. 4 fremgår det, at afgørelserne er bindende i alle enkeltheder, og når den angiver, hvem den er rettet til, er den kun bindende for disse.¹⁵ I forhold til databeskyttelsesretten har afgørelser af EUD en central rolle, da EUD fastlægger hvad der er gældende ret, samt hvorledes GDPR bør forstås og fortolkes. I forlængelse heraf bør det bemærkes, at EUD som sidste instans besidder kompetencen til at fortolke og fastlægge EU-retten.¹⁶ I praksis henviser EUD ofte, som en del af grundlaget for en ny afgørelse, til tidligere afsagte afgørelser som led i argumentationen og fortolkningen i den konkrete sag. EUDs retspraksis har af den grund betydelig præjudikatsværdi, da EUD kun i særdeles få tilfælde har fundet anledning til at ændre domstolens praksis.¹⁷ Grundet EU-rettens forrang, er domme afsagt af EUD bindende for medlemsstaterne, hvilket medfører, at de endvidere er bindende for de enkelte nationale tilsynsmyndigheder. Som konsekvens heraf, er de nationale myndigheder forpligtet til at følge EUDs retsopfattelse.¹⁸ Ydermere bør det bemærkes, at afgørelser afsagt før GDPRs ikrafttræden fortsat har retskildeværdi, for så vidt angår de bestemmelser som er videreført i GDPR. I tilfælde hvor der opstår indholdsmæssig forskel i de konkrete bestemmelser, må det bero på konkret vurdering, hvorvidt tidligere praksis fortsat kan tillægges præjudikatsværdi.¹⁹

Specialet gør brug af både vejledninger og udtalelser fra EDPB og Artikel 29-gruppen. EDPB blev etableret med indførelsen af GDPR, som led i at afløse den tidligere Artikel 29-gruppe. EDPB har ligesom tilsynsmyndighederne kompetence til at afgive udtalelser, vejledning og i visse tilfælde træffe bindende afgørelser. Vejledninger og udtalelser er som udgangspunkt ikke autoritative retskilder, hvilket betyder, at de som udgangspunkt ikke er bindende for medlemsstaterne og persondatarettens aktører.²⁰ Disse vejledninger og udtalelser har i mellemtiden væsentlig betydning i praksis, da dataansvarlige oftest vil indrette sig herefter. Derudover kan det som hovedregel forventes, at afgørelser af tilsynsmyndighederne vil blive

¹⁵ Sørensen & Danielsen, 2019, EU-retten, s. 111

¹⁶ Blume, 2020, Persondatarettens kilder og metode, s. 68

¹⁷ Sørensen & Danielsen, 2019, EU-retten, s. 116

¹⁸ Sørensen & Danielsen, 2019, EU-retten, s. 189

¹⁹ Udsen, 2022, Databeskyttelsesret, s. 49

²⁰ Udsen, 2022, Databeskyttelsesret, s. 51

truffet i overensstemmelse med vejledningerne og udtalelserne. Såfremt der skulle opstå uvished om en situation beskrevet i en vejledning eller udtalelse, vil det i sidste ende være op til EUD at fortolke, hvorvidt en konkret situation er i strid med GDPRs regler. Således kan vejledninger og udtalelser fra EDPB og Artikel 29-gruppen tillægges høj retskildeværdi.²¹

1.4.3 Danske retskilder

Specialet gør som udgangspunkt ikke brug af Databeskyttelsesloven til at besvare specialets problemformulering, alligevel er det relevant at fremhæve, at DBL supplerer og gennemfører GDPR i dansk ret, jf. DBL § 1, stk. 1. Bestemmelserne i DBL harmoniserer med GDPRs formål og regler og i øvrigt være i overensstemmelse med EU-retten, og giver medlemsstaterne et nationalt råderum til at opretholde eksisterende regler.²²

Specialet analyserer desuden en række afgørelser fra Datatilsynet. Analysen af disse afgørelser bidrager til fastlæggelsen af den gældende ret på området, samt at besvare specialets problemformulering. Datatilsynets kompetence hjemles i GDPR artikel 58, og giver beføjelser til at udstede advarsler, give kritik og udstede påbud om at lovliggøre eller standse behandlinger. På baggrund heraf, er dataansvarlige forpligtet til at rette sig efter afgørelser af Datatilsynet. Endvidere bør det bemærkes, at Datatilsynet træffer afgørelse med formålet om overholdelse af GDPR. Det vil sige, at Datatilsynets afgørelser hovedsageligt hjemles i GDPR, samt visse bestemmelser i DBL. Da EUDs praksis om samtykke ved anvendelsen af cookies er begrænset, udgør de nationale myndigheders afgørelser en væsentlig del af den gældende ret.²³ Datatilsynets afgørelser har derfor høj retskildeværdi i dansk databeskyttelsesret.

Udover at træffe afgørelser i konkrete sager, udsteder Datatilsynet og vejledninger og retningslinjer. I specialet bidrager Datatilsynets vejledning om samtykke til at redegøre for kravene til et gyldigt samtykke. I dansk ret er vejledninger som udgangspunkt ikke bindende retskilder, da vejledninger hverken danner retsgrundlag for forpligtelser eller rettigheder.

²¹ Udsen, 2022, Databeskyttelsesret, s. 51

²² Udsen, 2022, Databeskyttelsesret, s. 43

²³ Udsen, 2022, Databeskyttelsesret, s. 53

Vejledninger og retningslinjer af tilsynsmyndighederne kan altså sidestilles med vejledninger og udtalelser af EDPB, der heller ikke kan anses for at være autoritative retskilder.²⁴ Vejledninger og retningslinjer udstedes ikke på samme vis som afgørelser i en systematisk og nummeret sammenhæng, hvilket endvidere betyder at disse løbende kan ændres og ajourføres, såfremt der opstår ny forhold af betydning, der bør vejledes om. På trods af dette kan det med stor sikkerhed forventes, at en afgørelse fra Datatilsynet vil blive truffet i overensstemmelse med vejledninger og retningslinjer udstedt af tilsynsmyndigheden. I praksis er vejledninger og retningslinjer af Datatilsynet en særdeles vigtig retskilde i dansk databeskyttelsesret.²⁵

Specialets andet centrale regelsæt er Cookiebekendtgørelsen, som udspringer af EU-retten's E-Privacy-direktiv. Direktiver er alene bindende for medlemsstaterne med hensyn til det tilsigtede mål. Af TEUF artikel 288, stk. 3 fremgår det, at det overlades til nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen. Grundet en omlægning er det nu Digitaliseringsstyrelsen som fører tilsyn med overholdelse af reglerne i Cookiebekendtgørelsen, hvorfor det også er Digitaliseringsstyrelsen, som træffer afgørelsen i sagen.²⁶ Cookiebekendtgørelsen gennemfører E-privacy-direktivet i dansk ret og fastsætter regler, der materielt er ens med direktivet.²⁷ EU-retten stiller et krav om, at den nationale implementering skal være retlig bindende²⁸, samt at medlemsstaterne skal sikre, at direktivets regler håndhæves, og at der er effektive sanktioner forbundet med overtrædelse heraf.²⁹ Cookiebekendtgørelsen er således en autoritativ retskilde, hvorfor den er bindende for databeskyttelsesrettens aktører.

Udover afgørelser truffet af EUD og Datatilsynet, analyseres afgørelser truffet af Digitaliseringsstyrelsen med hjemmel i Cookiebekendtgørelsen. Da EUDs praksis om samtykke ved anvendelsen af cookies, udgør de nationale myndigheders afgørelser en

²⁴ Udsen, 2022, Databeskyttelsesret, s. 51

²⁵ Udsen, 2022, Databeskyttelsesret, s. 51

²⁶ Se afsnit 2.7

²⁷ Sørensen & Danielsen, 2019, EU-retten, s. 105

²⁸ Sørensen & Danielsen, 2019, EU-retten, s. 107

²⁹ Sørensen & Danielsen, 2019, EU-retten, s. 108

væsentlig del af den gældende ret.³⁰ På samme vis som afgørelser truffet af Datatilsynet, er afgørelser truffet af Digitaliseringsstyrelsen bindende retskilder.³¹ Således kan afgørelserne af Digitaliseringsstyrelsen tillægges stor retskildeværdi, hvorfor de bidrager til at fastlægge den gældende ret på området.

Endelig vil specialet henvise til udvalgt retslitteratur indenfor databeskyttelsesretten. Retlitteratur er, modsat de øvrige retskilder beskrevet i dette afsnit, ikke en retskilde, hvorfor faglitteraturen som anvendes i specialet udelukkende, indgår som understøttende fortolkningsbidrag til at besvare problemformuleringen. Derudover bemærkes det, at retslitteraturen bidrager til forståelsen af de retskilder, som anvendes til at kunne fastlægge den gældende ret.³²

1.5 Afgrænsning

Følgende afsnit vil beskrive hvilke til- og fravalg, som har været nødvendige for at kunne besvare specialets problemformulering.

Specialet beskriver, hvordan samtykkekravet i GDPR sikres ved anvendelsen af cookies, samt hvorvidt Datatilsynets afgørelser er i overensstemmelse med afgørelser truffet af EUD samt EDPBs udtalelse fra 2024. Specialet er derfor afgrænset til GDPR samt Cookiebekendtgørelsen. På baggrund af dette, vil projektet tage udgangspunkt i GDPRs bestemmelser angående samtykket, da størstedelen af tvister omkring brugen af cookies omhandler, hvorledes dataansvarlige indhenter de hjemmesidebesøgendes samtykke. Specialet tager udgangspunkt i relevante bestemmelser fra GDPR omkring samtykket, nærmere omkring definitionen af samtykket, jf. art. 4, nr. 11, samtykket som lovligt behandlingsgrundlag, jf. art. 6, 1, litra a, og betingelserne for samtykke, jf. art. 7, stk. 1-4. Endvidere er øvrige bestemmelser vedrørende grundlæggende principper for behandling af personoplysninger beskrevet i specialets andet kapitel. Ydermere vil specialet kort beskrive relevante bestemmelser i

³⁰ Udsen, 2022, Databeskyttelsesret, s. 53

³¹ Udsen, 2022, Databeskyttelsesret, s. 51

³² Munk-Hansen, 2021, Den juridiske løsning, s. 80

Cookiebekendtgørelsen, og hvordan den fungerer som supplerende lovgivning på cookies-området.

Specialet vil i analysen gøre brug af afgørelser fra det danske Datatilsyn, afgørelser af EUD samt afgørelser af Digitaliseringsstyrelsen. Disse har til formål at belyse, hvordan GDPR og Cookiebekendtgørelsen stiller krav til dataansvarliges samtykkeløsninger på hjemmesider ved anvendelsen af cookies. Specialets primære formål er at beskrive den nuværende retsstilling ved brugen af cookie walls til at indhente den hjemmesidebesøgendes samtykke, hvorfor en analyse af hvordan praksis har udviklet sig på området er udeladt af specialet. Specialet vil slutteligt reflektere over, hvorvidt der er overensstemmelse mellem Datatilsynets afgørelser og en udtalelse af EDPB vedrørende brugen af consent or pay-løsninger på hjemmesider.

Kapitel 2 - GDPR

2.1 Indledende bemærkninger

I specialet analyseres GDPR artikel 4, nr. 11, 5, nr. 1 litra a, 6, nr. 1, litra a og 7 samt Cookiebekendtgørelsen. Dette kapitel fastlægger GDPRs overordnede rammer, som er relevante for at kunne besvare problemformuleringen. I dette kapitel gennemgås formål og baggrund, anvendelsesområdet, begrebsafklaring for udvalgte begreber, de grundlæggende principper, samtykke som behandlingsgrundlag samt kravene for et gyldigt samtykke.

2.2 Formål og baggrund

I 1979 blev adgangen til at registrere og videregive personoplysninger fastlagt i Lov om offentlige myndigheders registre om private registre. I 1970'erne var der en stigende brug af elektroniske databehandling og computere i Danmark, hvilket skabte en frygt for, at oplysningerne blev udnyttet på en måde, som kunne krænke borgernes private frihed og fred.³³ På baggrund af dette, blev reglerne fastlagt, hvorfor formålet med reglerne i denne lov var at sikre borgers retsbeskyttelse.

I 1990 fremsatte EF-Kommissionen et lovforslag til et EU-direktiv, der skulle beskytte personoplysninger og sikre en fri udveksling af oplysninger i EU. Formålet med EU-direktivet var at harmonisere beskyttelsen af alle borgernes rettigheder i EU, når deres personoplysninger blev behandlet, samtidig med at sikre en fri udveksling af personoplysninger mellem alle EU-medlemslande.³⁴ Direktivet blev vedtaget i 1995, og trådte i kraft i Danmark som Persondataloven i 2000.

EU-Kommissionen fremsatte i 2012 forslag til en databeskyttelsespakke.³⁵ Denne pakke bestod af den generelle forordning nr. 2016/679 om beskyttelse af personoplysninger, som gælder i

³³ *Cookie walls*. Datatilsynet

³⁴ *Cookie walls*. Datatilsynet

³⁵ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, s. 157

den private og offentlige sektor. GDPR blev anvendt fra 25. maj 2018, jf. art. 99, stk. 2. Denne dato er også ophævelsen af databeskyttelsesdirektivet, jf. forordningens art. 94, stk. 1. GDPR skulle fremsættes på baggrund af den markante stigning af indsamling og deling af personoplysninger.³⁶ EU's medlemslande krævede en stærkere og mere sammenhængende lovgivning i henhold til databeskyttelsesret, der blev understøttet af en effektiv håndhævelse. Dermed blev dette baggrunden for GDPRs ikrafttræden.³⁷

GDPR tjener to formål, jf. GDPR art. 1, stk. 1 og 2. For det første at beskytte fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger, og for det andet at sikre den fri udveksling i EU af personoplysninger, jf. stk. 2 og 3.³⁸ De to formål bør ikke anses som modsætninger, men er afvejet og forenet ved udformningen af forordningens bestemmelser. Derfor vægter det ene hensyn ikke tungere end det andet.³⁹

2.3 Anvendelsesområde

GDPRs anvendelsesområde afgrænses henholdsvis materielt og territorielt. Det materielle anvendelsesområde fastlægges af GDPR artikel 2, stk. 1, hvor det fremgår, at GDPR har anvendelse på behandling af personoplysninger, der helt eller delvis foretages ved hjælp af automatisk databehandling og på anden ikkeautomatisk behandling af personoplysninger, der er eller vil blive indeholdt i et register. Det materielle anvendelsesområde fortolkes derfor bredt, og berører vidt forskellige livsområder. GDPRs materielle anvendelsesområde er begrænset af artikel 2-4.⁴⁰ Dermed omfatter GDPR som udgangspunkt enhver behandling af personoplysninger. Det territoriale anvendelsesområde reguleres i forordningens artikel 3, hvor der sondres mellem den dataansvarlige etableret i og udenfor EU. Af GDPR artikel 3, stk. 1, fremgår det, at såfremt den dataansvarlige er etableret i EU, finder GDPR anvendelse på behandling af personoplysninger uanset den registreredes nationalitet og opholdssted.⁴¹

³⁶ *Cookie walls*. Datatilsynet

³⁷ *Cookie walls*. Datatilsynet

³⁸ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, s. 203

³⁹ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, s. 203

⁴⁰ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, s. 208

⁴¹ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, s. 225

Såfremt den dataansvarlige eller databehandleren er etableret i EU, finder GDPR anvendelse, uanset om behandlingen finder sted i Unionen eller ej.⁴² GDPR finder tillige anvendelse, hvis den dataansvarlige eller databehandleren er etableret udenfor EU, og behandlingen af personoplysninger vedrører udbud af varer eller tjenester til registrerede i EU, eller hvis behandlingsaktiviteterne vedrører overvågning af registreredes adfærd, for så vidt adfærden finder sted i EU, jf. GDPR art. 3, stk. 2, litra b.⁴³

I GDPR artikel 2, stk. 2 litra a-d er en række undtagelser oplistet, hvorfor denne opregning er udtømmende. Det kan som eksempel nævnes, at forordningen ikke finder anvendelse på behandling af personoplysninger, der foretages som led i rent personlige eller familiemæssige sammenhænge, jf. GDPR art. 2, stk. 2, litra c.

2.4 Begrebsafklaring

Følgende afsnit beskriver udvalgte relevante begreber, for at give læseren en grundlæggende forståelse for, hvad begreberne omfatter, når disse efterfølgende anvendes. Her er centrale begreber fra databeskyttelsesretten, samt det tekniske begreb cookies valgt. Endvidere er afsnittet begrænset til de mest centrale og relevante begreber af hensyn til specialets begrænsede omfang.

2.4.1 Personoplysning

Definitionen af *personoplysninger* i den persondataretlige forstand kan findes i GDPR artikel 4, nr. 1, hvor bestemmelsen beskriver begrebet som: ”*enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person (”den registrerede”).*” Denne definition svarer endvidere til beskrivelsen i databeskyttelseslovens § 3, nr. 1. Med denne brede definition i databeskyttelsesretten omfatter begrebet alle oplysninger, som kan henføres til en fysisk person. Således vil der altså være tale om personoplysninger, på trods af den fysiske person,

⁴² Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, s. 225

⁴³ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, s. 229

som der foretages behandling af, ikke er identificeret, så længe denne person blot er identificerbar.⁴⁴

GDPR omfatter ikke anonyme oplysninger, da disse ikke vedrører identificeret eller identificerbar fysisk person, jf. GDPR præambelbetragtning nr. 26. For at en personoplysning kan anses for at være anonym, skal denne være uigenkaldelig.⁴⁵ Definitionen af begrebet personoplysninger omfatter alene fysiske personer, hvorfor oplysninger om juridiske personer, såsom aktieselskaber, som udgangspunkt ikke vil være indenfor forordningens anvendelsesområde.^{46 47}

Udtrykket identificerbar person udgør en person der enten direkte eller indirekte kan identificeres ved brug af en identifikator. Blandt sædvanlige identifikatorer findes blandt andet navn, adresse, identifikationsnummer, onlineidentifikationsnummer eller på anden vis, som kan fastslå den pågældende fysiske persons identitet. Derudover vil der også være tale om personoplysninger, ved eksempelvis billeder⁴⁸, videoer⁴⁹ og biometriske data⁵⁰, på trods af, at det kun vil være muligt for enkelte indviede at forstå, hvem personoplysningerne vedrører.⁵¹ Dette medfører, at der fortsat er tale om personoplysninger, når der i forbindelse med behandlingen etableres en ordning, hvor personoplysninger erstattes med en kode, journalnummer eller lignende, som kan føres tilbage til den oprindelige personoplysning. Det er altså uden betydning, hvilken karakter oplysningerne har, så længe de er henførbare til en eller flere fysiske personer.⁵²

⁴⁴ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, s. 237

⁴⁵ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, s. 239

⁴⁶ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, s. 250

⁴⁷ C-419/14, *WebMindLicenses*, præmis 79, hvor *WebMindLicenses* ikke anses for at være en fysisk person, hvorfor denne ikke kan påberåbe sig af forordningen, da selskabets navn ikke identificerer nogen fysiske person.

⁴⁸ Datatilsynets j.nr. 2002-216-0109, hvor offentliggørelse af billeder på internettet af genkendelige personer betragtes som behandling af personoplysninger.

⁴⁹ C-212/13, *Ryneš*, hvor en privatperson opsætter kamera, betragtes billede af en person, som er optaget på et kamera som en personoplysning, så vidt det er muligt at identificere den pågældende.

⁵⁰ Datatilsynets j.nr. 2003-212-0143, hvor fingeraftryk, som ligger lagret i et chipkort, betragtes som personoplysninger.

⁵¹ Høilund, 2022, Persondataret, s. 24

⁵² Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, s. 238

GDPR præambelbetragtning nr. 26 beskriver, hvad der bør afgøre, hvorvidt en person er identificerbar. Her bør *”alle midler tages i betragtning, der med rimelighed kan tænkes bragt i anvendelse af den dataansvarlige eller en anden person til direkte eller indirekte at identificere, herunder udpege, den pågældende.”* Når det skal afgøres, hvorvidt midler med rimelighed kan tænkes bragt i anvendelse til at identificere en fysisk person, bør objektive forhold, som omkostninger, tid og hensyn til tilgængelige teknologier på behandlingstidspunktet, tages i betragtning.^{53 54}

2.4.2 Behandling

Definitionen af *behandling* i den databeskyttelsesretlige forstand kan findes i GDPR artikel 4, nr. 2, hvor bestemmelsen beskriver begrebet som: *”enhver aktivitet eller række af aktiviteter – med eller uden brug af automatisk behandling – som personoplysninger eller en samling af personoplysninger gøres til genstand for [...]”*. Ligeledes svarer definitionen i GDPR til den som følger af persondatalovens § 3, nr. 2. Definitionen af behandling må anses for at være særdeles central, da begrebet indgår i GDPR artikel 2, stk. 1, som beskriver forordningens anvendelsesområde. Heraf udspringer nødvendigheden af at beskrive begrebets omfang.

Begrebet omfatter enhver form for håndtering af personoplysninger, herunder registrering, opbevaring, systematisering mv. Som i øvrigt eksemplificeres i GDPR artikel 4, nr. 2. Opregningen af eksempler er ikke udtømmende, hvorfor andre tænkelige former for håndtering af personoplysninger, som udgangspunkt, vil være omfattet af begrebet behandling.⁵⁵ GDPR fastlægger dermed en bred fortolkning af, hvad der vil anses som at være en behandling, hvor det kan være svært at forestille sig et it-system som foretager en behandling, der ville være uden for behandlingsbegrebet.⁵⁶

⁵³ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, s. 240

⁵⁴ C-582/14, *Patrick Breyer*, hvor det vurderes hvorvidt en dynamisk IP-adresse kan anses som en personoplysning, når indehaveren af de pågældende hjemmesider, ikke uden videre selv kunne identificere brugerne bag IP-adresserne. Disse udgjorde personoplysninger, da udbyderen af online-medietjenesten (hjemmesideindehaveren) synes at råde over sådanne hjælpemidler, da den anvendte internetudbyder var kompetent til at identificere personer på baggrund af de dynamiske IP-adresser.

⁵⁵ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, s. 253

⁵⁶ Udsen, 2022, Databeskyttelsesret, s. 69

Af definitionen i GDPR artikel 4, nr. 2 fremgår det, at en *automatisk behandling* skal forstås ved, at en behandling foretages ”*ved hjælp af edb*”, hvilket udspringer af det tidligere persondatadirektiv. På trods af at manuelle behandlinger er omfattet af forordningen, er det dog digitale (automatiske) behandlinger af personoplysninger, som er mest relevante. Dog findes en række undtagelser, hvor behandling af personoplysninger ikke er omfattet af forordningen. Disse findes i GDPR artikel 2, stk. 2, hvor eksempelvis behandlinger, der er foretaget af en fysisk person som led i rent personlige eller familiemæssige aktiviteter, ikke vil være omfattet af forordningen.⁵⁷

2.4.3 Dataansvarlig

Definitionen af *dataansvarlig* i den databeskyttelsesretlige forstand kan findes i GDPR artikel 4, nr. 7, hvor bestemmelsen beskriver begrebet 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 [...]*” Heraf følger det, at den dataansvarlige har ansvaret for, at databehandlingen opfylder kravene i GDPR, idet den dataansvarlige fastsætter med, hvilke formål personoplysningerne behandles, hvordan personoplysningerne skal behandles, samt hvem der må behandle personoplysningerne.⁵⁸ Den dataansvarlige skal blandt andet kunne sikre, at der foreligger hjemmel til behandlingen, at de registreredes rettigheder efterleves, samt at behandlingssikkerheden overholdes, når den dataansvarlige skal fastlægge formålet og med hvilke hjælpemidler der må foretages behandling af personoplysninger. Dette er udmøntet i princippet om *ansvarlighed*, som skal sikres overholdt af den dataansvarlige, jf. GDPR art. 5, stk. 2.⁵⁹

Definitionen begrænses ikke til hvem/hvad, der kan anses som dataansvarlig, eftersom definitionen oplister en række mulige subjekter, som alle kan forekomme som dataansvarlige.

⁵⁷ Udsen, 2022, Databeskyttelsesret, s. 70

⁵⁸ Høilund, 2022, Persondataret, s. 27

⁵⁹ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, s. 271

Der kan altså være tale om både fysiske personer⁶⁰, private virksomheder, offentlige myndigheder, foreninger eller lignende.⁶¹ Det er som udgangspunkt organisationen som personoplysningerne behandles på vegne af, der vil ifalde ansvaret som dataansvarlig, medmindre andet kunne gøre en fysisk person til dataansvarlig. Dette kan være tilfældet, hvis en fysisk person behandler personoplysninger til egne formål, som tydeligt ligger uden for organisationens aktiviteter. Modsætningsvist medfølger dette, at organisationer er ansvarlige for de behandlinger, der sker som led i organisationens aktiviteter.⁶²

Definitionen begrænser ikke ansvaret til en enkelt fysisk eller juridisk person, hvorfor der kan foreligge fælles dataansvar, hvilket medfører flerhed i dataansvarlige i behandlingsprocessen. Der kan som udgangspunkt sagtens foreligge et fælles dataansvar, selv om der ikke foreligger forudgående aftale herom.⁶³ Fastlægges formål og hvilke hjælpemidler behandlingen af personoplysninger foretages med i fællesskab af flere dataansvarlige, udløses der en forpligtelse til en ordning, hvor der fastsættes de dataansvarliges respektive ansvar, roller og forhold til de registrerede, jf. GDPR art. 26.⁶⁴

2.4.4 Cookies

Modsat de øvrige begreber, er *cookies* et teknologisk begreb, som ikke er at finde i forordningen. Af den grund er dette en mere teknisk beskrivelse, som har til formål at beskrive de forskellige typer af cookies, som anvendes, når brugere besøger hjemmesider. Cookies og cookie walls er fundamentale i forhold til, hvordan samtykket præsenteres for brugere af hjemmesider, hvorfor det findes nødvendigt at beskrive, hvad disse begreber dækker over.

⁶⁰ C-212/13, *Ryneš*, hvor en fysisk person betragtes som dataansvarlig, for den databehandling, denne har foretaget ved at anbringe et kamera på dennes bolig.

⁶¹ Høilund, 2022, Persondataret, s. 28

⁶² Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, s. 272

⁶³ C-25/17, *Jehovas Vidner*, hvor både de der gik fra dør til dør og selve Jehovas Vidner som trossamfund i faldt fælles dataansvar.

⁶⁴ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, s. 274

Cookies er små datafiler, som indsamler data om brugeren af hjemmesiden, samtidig med at være medvirkende til de tekniske funktioner, der findes på hjemmesider. I praksis præsenteres hjemmesidebesøgende oftest for en *cookie wall*, som giver brugeren mulighed for at give samtykke til behandling af personoplysninger for, at brugeren gratis kan benytte hjemmesiden. I visse tilfælde kan brugere i stedet for at give samtykke, få adgang til hjemmesidens indhold mod betaling. Da brug af cookies som udgangspunkt kræver den besøgendes samtykke, skal den pågældende cookie wall opfylde kravene til et lovligt samtykke.⁶⁵ Cookies tjener flere forskellige formål, hvorfor de forskellige typer af cookies vil blive gennemgået. Redegørelsen foretages med udgangspunkt i Digitaliseringsstyrelsens hjemmeside.⁶⁶

Tekniske cookies har ingen betydning for privatsfæren, idet de ikke er til for at registrere brugerens færden på hjemmesiden. I stedet anvendes de for at sikre, at den pågældende hjemmeside fungerer. Blandt tekniske cookies kan elektronisk indkøbskurv nævnes, som alene har til formål huske de varer, der er tilføjet. Det er ikke et krav, at hjemmesider giver information om brugen af teknisk nødvendige cookies, hvorfor det heller ikke er nødvendigt at indhente brugerens samtykke.⁶⁷

Statistikcookies benyttes til at optimere design, brugervenlighed og effektiviteten af hjemmesider, ved at indsamle oplysninger som kan indgå i analyser af eksempelvis, hvilke informationer og funktioner der anvendes hyppigst af brugerne. Statistikcookies anvendes derudover også til at indsamle besøgst Statistik af hjemmesider. På trods af at der sjældent registreres personoplysninger, stilles der alligevel krav til hjemmesideejeren informerer og beder om samtykke ved brugen af statistikcookies.⁶⁸

Personaliserede cookies er *trackingcookies*, da de indsamler oplysninger om brugerens færden på hjemmesiden. På baggrund af brugerens færden anvendes personaliserede cookies til at give brugeren mere målrettet og relevant indhold på hjemmesiden. Dette sker eksempelvis ved

⁶⁵ *Cookie walls*. Datatilsynet

⁶⁶ *Tilsyn med cookieområdet*. Digitaliseringsstyrelsen

⁶⁷ *Tilsyn med cookieområdet*. Digitaliseringsstyrelsen

⁶⁸ *Tilsyn med cookieområdet*. Digitaliseringsstyrelsen

forslåede artikler eller information. Indholdet på en hjemmeside vil altså kunne se anderledes ud for to forskellige brugere, fordi indholdet er udvalgt på baggrund af det, som de personaliserede cookies har indsamlet om brugernes søgninger og klik på hjemmesiden. Hjemmesider, der indsamler oplysninger ved brug af personaliserede cookies, skal informere brugeren og indhente dennes samtykke hertil.⁶⁹

Markedsføringscookies anvendes til at målrette annoncer til brugeren, ved indsamle oplysninger om brugerens færden på hjemmesider generelt. På den måde er der også tale om trackingcookies her, som der også er ved personaliserede cookies. De indsamlede oplysninger om brugeren benyttes, for at kunne vise relevante annoncer, som brugeren tidligere har set på. Det er blandt disse cookies, som indsamler oplysninger om det tøj, den rejse eller bil brugeren tidligere har søgt på. Hjemmesiden skal ligesom ved personaliserede cookies informere og indhente brugerens samtykke ved brug af markedsføringscookies.⁷⁰

Endelig er der *tredjepartscookies* som forekommer når hjemmesider tillader, at tredjeparter får adgang til at placere cookies på brugerens enhed. På den måde er det ikke kun hjemmesideejeren der kan have adgang til at placere cookies. Tredjepartscookies vil oftest forekomme som markedsføringscookies, da det giver tredjeparten ret til at følge brugerens færden på øvrige hjemmesider, og heraf være i stand til at lave målrettet markedsføring eller videregive indsamlede oplysninger om brugerens søgning. Hjemmesiden skal, som ved markedsføringscookies, informere og indhente brugerens samtykke til at give tredjeparter adgang til at placere cookies på brugerens enheder.⁷¹

2.5 De grundlæggende principper

GDPR artikel 5, stk. 1, litra a-f indeholder nogle grundlæggende principper for behandlingen af personoplysninger. De grundlæggende principper tager alle sigte på fundamentale dele af databeskyttelsesretten, hvor den dataansvarlige altid skal være opmærksom på disse principper,

⁶⁹ Tilsyn med cookieområdet. Digitaliseringsstyrelsen

⁷⁰ Tilsyn med cookieområdet. Digitaliseringsstyrelsen

⁷¹ Tilsyn med cookieområdet. Digitaliseringsstyrelsen

og er ansvarlig for de bliver overholdt, jf. GDPR art. 5, stk. 2.⁷² Hertil skal man være opmærksom på, at en del af principperne (f.eks. dataminimering) er dynamiske, og skal derfor efterses hver gang behandlingen bliver ændret eller justeret.⁷³

Principperne er et krav om *“lovlighed, rimelighed og gennemsigtighed, formålsbegrænsning, rigtighed, opbevaringsbegrænsning samt integritet og fortrolighed”*, jf. GDPR art. 5, stk. 1, litra a-f. Specialet har som udgangspunkt fokus på princippet om lovlighed, rimelighed og gennemsigtighed. Princippet i GDPR artikel 5, stk. 1, litra a fastsætter en standard om god databehandlingsskik fra den dataansvarlige samt, at personoplysningerne skal behandles lovligt, rimeligt og på en gennemsigtig måde i forhold til den registrerede. Det betyder, at god databehandlingsskik rummer et princip om lovlighed, rimelighed og gennemsigtig behandling. Lovligheden indebærer, at hver behandling skal være lovlig ud fra GDPRs regler og anden regulering. Lovligheden er en gren ud til behandlingsgrundlagene, og derfor skal der være hjemmel til at behandle personoplysningerne.⁷⁴ Såfremt der ikke er hjemmel til at behandle personoplysningerne (hjemlen kan være samtykke), vil behandling af personoplysninger derfor ikke være lovlige. Kravet om gennemsigtighed præciseres i forordningens præambelbetragtning nr. 39:

“Det bør være gennemsigtigt for de pågældende fysiske personer, at personoplysninger, der vedrører dem, indsamles, anvendes, tilgås eller på anden vis behandles, og i hvilket omfang personoplysningerne behandles eller vil blive behandlet. Princippet om gennemsigtighed tilsiger, at enhver information og kommunikation vedrørende behandling af disse personoplysninger er lettilgængelig og letforståelig, og at der benyttes et klart og enkelt sprog. [...]”

Som det fremgår af GDPR præambelbetragtningen 39, tilsigter princippet om gennemsigtighed, at enhver information og kommunikation vedrørende behandling af personoplysninger, er lettilgængelige og letforståelige. Det centrale er derfor, at de registrerede

⁷² Blume, 2020, Persondatarettens kilder og metode, s. 151

⁷³ Blume, 2020, Persondatarettens kilder og metode, s. 151-152

⁷⁴ Blume, 2020, Persondatarettens kilder og metode, s. 152

ved, hvornår deres personoplysninger bliver behandlet, og at vedkommende altid forstår det. Princippet om rimelighed indebærer, at data ikke indhentes eller på anden måde behandles på urimelige måder (bedrag eller uden den registreredes viden).

2.6 Cookiebekendtgørelsen

Det ene regelsæt skal overholdes, når man indsætter eller læser cookies, og behandler personoplysninger, som er genereret ved hjælp af cookies. Det ene regelsæt er GDPR, som specialet tager udgangspunkt i. GDPR er grundstenen indenfor databeskyttelsesret i EU. GDPR regulerer ikke specifikt cookies, dog regulerer denne håndteringen af persondata, som kan være data indhentet gennem cookies, retsgrundlaget for behandling af brugerdata, hvilket medfører samtykke. Dermed fastlægger GDPR en klar definition af samtykke.⁷⁵

Det andet regelsæt er Cookiebekendtgørelsen, som udspringer af E-Privacy-direktivet, hvorfor direktivet regulerer, hvordan hjemmesider og apps kan indsamle og behandle personoplysninger fra EU-borgere.⁷⁶ E-Privacy-direktivet er implementeret i den danske cookiebekendtgørelse, hvorfor specialet tager udgangspunkt i bekendtgørelsen. Cookiebekendtgørelsen indeholder krav om, at den dataansvarlige skal indhente samtykke, før den dataansvarlige sætter cookies, og før den registrerede læser cookies.⁷⁷ Derudover er der krav om, at den dataansvarlige skal opgive en række oplysninger før behandlingen: Hvilke cookies sættes/læses, af hvem, til hvilke formål, cookies udløbsdato, og hvordan samtykke trækkes tilbage.⁷⁸ Derfor skal brugen af cookies, foruden de generelle databeskyttelsesregler, ske i overensstemmelse med Cookiebekendtgørelsen, hvor det er Digitaliseringsstyrelsen, der fører tilsyn med bekendtgørelsens overholdelse.⁷⁹

Cookiebekendtgørelsen stiller krav om, at hjemmesider, der gør brug af teknologier til at lagre eller læse oplysninger på en brugers computer eller andet IT-udstyr, sikrer samtykke hertil fra

⁷⁵ Forstå det danske Datatilsyns retningslinjer for samtykke til cookies. Cookiebot

⁷⁶ Tilsyn med cookieområdet. Digitaliseringsstyrelsen

⁷⁷ Cookie walls. Datatilsynet

⁷⁸ Cookie walls. Datatilsynet

⁷⁹ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende. Datatilsynet, side 3

brugeren af hjemmesiden, *inden* teknologien anvendes. Af Cookiebekendtgørelsen § 3, stk. 1 fremgår følgende:

“fysiske eller juridiske personer må ikke lagre oplysninger eller opnå adgang til oplysninger der allerede er lagret, i en slutbrugers terminaludstyr eller lade tredjepart lagre oplysninger eller opnå adgang til oplysninger, hvis slutbrugeren ikke giver samtykke hertil efter at have modtaget fyldestgørende information om lagring af eller adgangen til oplysninger.”

§ 3, stk. 1 indeholder betingelser og krav, der også udspringer i GDPR artikel 6, stk. 1, litra a. Af GDPR artikel 6, stk. 1, litra a fremgår det, at en behandling kun er lovlig, såfremt den registrerede har givet samtykke til behandling af sine personoplysninger til et eller flere specifikke formål. § 3, stk. 1, indeholder dog yderligere tekniske oplysninger, som GDPR ikke indeholder.

Derudover fremgår definitionen af samtykke af Cookiebekendtgørelsens § 2, nr. 8: *“Enhver frivillig, specifik og informeret viljestilkendegivelse, hvorved slutbrugern indvilliger i, at der lagres oplysninger eller opnås adgang til allerede lagrede oplysninger i slutbrugerens terminaludstyr.”* Denne definition kan endvidere sidestilles GDPRs definition af samtykke i artikel 4, nr. 11, hvorved ordene *“frivillig, specifik og informeret viljestilkendegivelse”* udspringer fra. Desuden indeholder Cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 2, en række minimumskrav som skal overholdes, før samtykket kan anses for at være fyldestgørende. Informationen er fyldestgørende, når den som minimum fremstår i klart, præcist og letforståeligt sprog eller tilsvarende billedskrift, indeholder oplysninger om formålet med lagringen, når den dataansvarliges identitet fremgår af lagringen, når den registrerede har tilgængelig adgang til at afslå samtykke eller tilbagekalde sit samtykke, når en klar, præcis og letforståelig vejledning om, hvordan den registrerede kan afslå samtykke eller tilbagetrække sit samtykke, jf. Cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 2, nr. 1-5. Dette fremgår desuden af GDPRs grundlæggende principper i artikel 5, stk. 1.

I øvrigt skal man være opmærksom på, at cookiereglerne alene regulerer selve indsamlingen af enhver type oplysning fra brugernes terminaludstyr, f.eks. en computer, en tablet eller en

smartphone, jf. Cookiebekendtgørelsens § 2.⁸⁰ Cookiebekendtgørelsen gælder for alle danske hjemmesider, der benytter sig af cookies.⁸¹ Det fremgår endvidere af Cookiebekendtgørelsen, at hvis en dataansvarlig bruger cookies eller anden trackingteknologi på sin hjemmeside, som hertil gemmer, indsamler eller tilgår informationer på den hjemmesidebesøgendes computer, tablet eller telefon, skal den dataansvarlige indsamle et informeret samtykke, jf. Cookiebekendtgørelsens § 3. Cookiebekendtgørelsens anvendelsesområde vil blive fastslået i analysens afsnit 4.4. Såfremt en viderebehandling opstår af de indsamlede oplysninger, skal det sikres, at dette sker i overensstemmelse med de generelle databeskyttelsesregler i GDPR, hvis der er tale om personoplysninger.

⁸⁰ *Cookieregler for hjemmesideejere*. Digitaliseringsstyrelsen

⁸¹ *Danske cookieguidelines forklaret*. Cookie Information

Kapitel 3 - Samtykke i GDPR

3.1 Definition af samtykke – GDPR artikel 4, nr. 11

Følgende afsnit gennemgår definitionen af samtykke i GDPRs forstand. Derudover tager afsnittet udgangspunkt i EDPBs vejledning om samtykke, Datatilsynets vejledning om samtykke, samt udtalelser fra Artikel 29-gruppen.

3.1.1 Definitionen

GDPR rummer mulighed for samtykke, hvorfor den registrerede er i stand til at kontrollere brugen af vedkommendes data. GDPR artikel 4, nr. 11 definerer begrebet samtykke fra den registrerede som: *“enhver frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse fra den registrerede, hvorved den registrerede ved erklæring eller klar bekræftelse indvilliger i, at personoplysninger der vedrører den pågældende, gøres til genstand for behandling.”* Dermed har et samtykke fire krav, før det er gyldigt; frivilligt, specifikt, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse. De fire krav er kumulative, og skal alle være opfyldt før samtykket er gyldigt. Samtykket er efter GDPR ét af flere behandlingsgrundlag, som den dataansvarlige kan anvende ved behandling af personoplysninger.⁸² Da den registrerede har ret til at trække sit samtykke tilbage på et hvilket som helst tidspunkt, bør et samtykke ikke være den dataansvarliges foretrukne hjemmelsgrundlag, hvis der kan anvendes et andet behandlingsgrundlag, jf. GDPR art. 7, stk. 3. Derfor bør den dataansvarlige altid overveje om betingelserne for at anvende andre hjemmelsgrundlag er opfyldt. Definitionen i GDPR artikel 4, nr. 11 suppleres af artikel 7, stk. 1-4.⁸³

Af bestemmelsen fremgår det, at et samtykke skal meddeles i form af en tvetydig viljestilkendegivelse fra den registrerede selv.⁸⁴ Imidlertid er der dog intet til hinder for, at et

⁸² Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer s. 284-285

⁸³ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer s. 285

⁸⁴ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer s. 286

samtykke meddeles af en anden person, såfremt der foreligger en gyldig fuldmagt fra den registrerede.⁸⁵ De fire krav, som fremgår af GDPR artikel 4, nr. 11, analyseres i følgende afsnit.

3.1.2 Frivilligt

Samtykke fra den registrerede skal være *frivilligt*, jf. GDPR art. 4, nr. 11. Dette understøttes af formålet om, at den registrerede skal have kontrol over sine personoplysninger.⁸⁶ Derfor skal et samtykke fra den registrerede være et reelt og frivilligt valg.⁸⁷ Et samtykke anses for ikke at være afgivet frivilligt, hvis den registrerede ikke har et reelt eller frit valg. Et frivilligt samtykke forudsætter derfor, at den registrerede ikke må føle sig presset eller tvunget til at afgive samtykke, hvorfor det heller ikke må have en negativ konsekvens for den registrerede, såfremt vedkommende afviser at give samtykke eller vil tilbagekalde sit samtykke.⁸⁸ Der kan derfor opstå en ulige magtbalance, hvilket giver anledning til, at undersøge om en dataansvarlig kan motivere den registrerede til at give samtykke, og om samtykket i disse tilfælde anses som at være frivilligt afgivet.⁸⁹

3.1.2.1 Ulige magtbalance (partsforhold)

I relation til kravet om frivillighed, bør den dataansvarlige være opmærksom på, om der foreligger et ulige forhold mellem den dataansvarlige og den registrerede.⁹⁰ GDPR præambelbetragtning 43 fastsætter, at samtykke normalt ikke anses for at være afgivet frivilligt, såfremt der er en klar skævhed mellem den registrerede og den dataansvarlige.⁹¹ Et eksempel på dette er, hvis den dataansvarlige er en offentlig myndighed, hvor den registrerede ansøger om en offentlig ydelse hos myndigheden. I sådanne situationer vil den registrerede oftest ikke have andre alternativer end at give samtykke til behandlingen, hvis ansøgeren vil have

⁸⁵ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer s. 286

⁸⁶ Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679. EDPB, s. 8

⁸⁷ Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679. EDPB, s. 8

⁸⁸ Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679. EDPB, s. 8

⁸⁹ Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679. EDPB, s. 8-9

⁹⁰ Vejledning om samtykke. Datatilsynet, s. 3

⁹¹ Vejledning om samtykke. Datatilsynet, s. 6

ydelsen.⁹² En offentlig myndighed vil ikke sædvanligvis kunne behandle personoplysninger på baggrund af et samtykke, da samtykket ikke vil være frivilligt, fordi ansøgeren ikke vil have et *reelt frit valg*. Af denne grund bør offentlige myndigheder overveje anvendelsen af samtykke som behandlingsgrundlag.⁹³

3.1.2.2 Granularitet (opdeling)

Yderligere kan en situation opstå, hvor en dataansvarlig ønsker at behandle personoplysninger til flere formål. I disse tilfælde skal de registrerede frit kunne vælge, til hvilke formål de samtykker til.⁹⁴ Hvis proceduren til opnåelse af samtykke ikke giver den registrerede mulighed for at give særskilt samtykke til forskellige behandlingsaktiviteter vedrørende personoplysninger, antages samtykket ikke at være givet frivilligt. Samtykket vil antages at være tvunget til samtlige formål, såfremt samtykket ikke er granuleret.⁹⁵ Dette krav er tæt forbundet med kravet om, at samtykket skal være specifikt, jf. afsnit 3.1.2 om frivillighed. Granularitet er en central del af kravet om frivillighed, hvilket også kan udledes af praksis. Dette bliver nærmere analyseret i specialets analyse i kapitel 4.

3.1.2.3 C-61/19 Orange Romania

Kravet om frivillighed ved samtykke kommer til udtryk i afgørelsen C-61/19 Orange Romania. EUDs generaladvokat udtalte og konkluderede, at:

*“en registreret, som har til hensigt at indgå et aftaleforhold om levering af telekommunikationstjenester med en virksomhed, giver ikke sit samtykke, dvs. tilkendegiver ikke en specifik og informeret samt frivillig vilje [...] når den registrerede med håndskrift på, hvad der ellers er en standardaftale, skal anføre, at denne nægter at samtykke til fotokopieringen og opbevaringen af sine ID-dokumenter.”*⁹⁶

⁹² Vejledning om samtykke. Datatilsynet, s. 6

⁹³ Vejledning om samtykke. Datatilsynet, s. 6

⁹⁴ Vejledning om samtykke. Datatilsynet, s. 8

⁹⁵ Vejledning om samtykke. Datatilsynet, s. 6

⁹⁶ Sager ved EU-domstolen. Datatilsynet

Generaladvokaten rejser tvivl, om den frivillige karakter af samtykke på grund af det forhold, at Orange Romania i tilfælde af nægtelse af samtykke afveg fra den normale procedure, der fører til indgåelsen af aftalen, og krævede, at kunden skriftligt erklærede, at vedkommende ikke gav samtykke til hverken indsamling eller opbevaring af en genpart af sit identitetsbevis.⁹⁷ Det blev anført af Kommissionen under retsmødet, at et sådant yderligere krav uretmæssigt påvirker det frie valg med hensyn til at modsætte sig denne indsamling og opbevaring, hvilket det desuden påhviler den forelæggende ret at efterprøve⁹⁸. Denne afgørelse vil blive analyseret yderligere i specialets afsnit 4.2.2.

3.1.3 Specifikt

Et samtykke fra den registrerede skal være *specifikt*, jf. GDPR art. 4, nr. 11. Det fremgår af artikel 6, nr. 1, litra a, at behandlingen af personoplysninger skal have et eller flere specifikke formål, som den dataansvarlige skal fastsætte forud for anmodningen om samtykke. Samtykket skal være konkretiseret på en sådan måde, at det klart og tydeligt fremgår, hvad der meddeles samtykke til. Den registrerede skal altså give samtykke til specifikke formål med behandlingen. Derudover skal den dataansvarlige oplyse den registrerede om, hvilke oplysninger der vil blive behandlet til hvert formål. Kravet hænger sammen med princippet om formålsbegrænsning. Desuden fremgår det af afgørelsen C-673/17 Planet49, at:

“Det skal tilføjes, at den viljestilkendegivelse, der er omhandlet i artikel 2, litra h), i direktiv 95/46, bl.a. skal være specifik, således forstået, at den skal vedrøre præcis den pågældende behandling af oplysninger og ikke kan udledes af en viljeserklæring, der har en anden genstand”.⁹⁹

Yderligere fastslår EUD, at det forhold, at en bruger trykker på knappen for at deltage i en salgsfremmende konkurrence, som selskabet har afholdt, derfor ikke kan være tilstrækkeligt

⁹⁷ C-61/19, *Orange Romania*, pr. 50

⁹⁸ C-61/19, *Orange Romania*, pr. 50

⁹⁹ C-673/17, *Planet49*, pr 58

for at lægge til grund, at brugeren gyldigt har givet sit samtykke til placering af cookies.¹⁰⁰ Dermed er denne afgørelse med til at fastslå, at viljestilkendegivelsen skal være specifik, således, at den registrerede forstår helt præcis den pågældende behandling af personoplysninger. Derfor må et specifikt samtykke være konkretiseret og ikke være generelt udformet.¹⁰¹ C-673/17 Planet49 analyseres yderligere i analysens afsnit 4.2.1. Et specifikt samtykke skal sikre, at den registrerede bibeholder kontrollen over sine personoplysninger, og at det samtidig er gennemsigtigt for den registrerede, således den registrerede ved, hvorfor og hvordan personoplysningerne behandles.¹⁰² Endvidere skal kravet specifikt forstås og fortolkes i overensstemmelse om et informeret samtykke og kravet om granularitet for at opnå et frivilligt samtykke.¹⁰³

3.1.4 Informeret

GDPR skærper kravet om, at samtykke skal være *informeret*.¹⁰⁴ Kravet er om gennemsigtighed i GDPR artikel 5, et af de grundlæggende principper, som er tæt forbundet med principperne om rimelighed og lovlighed, jf. GDPR artikel 5, stk. 1, litra a. Den dataansvarlige skal altid tilpasse informationen til den konkrete situation, og skal derfor forud for behandlingen gøre det klart, hvilke oplysninger der indsamles og anvendes, formålet med behandlingen, eventuelle modtagere af oplysningerne, og hvordan den registrerede kan gøre brug af sine rettigheder om tilbagekaldelse, indsigt mv.¹⁰⁵ Såfremt den dataansvarlige ikke afgiver tilgængelige oplysninger bliver samtykket, som behandlingsgrundlag, ugyldigt. Derfor er konsekvensen for ikke at opfylde kravet om informeret samtykke også, at samtykket bliver ugyldigt, hvorfor den dataansvarlige muligvis overtræder GDPR artikel 6.¹⁰⁶ For at et samtykke anses for at være informeret, skal den registrerede underrettes om bestemte elementer, der er afgørende for, at vedkommende kan træffe et valg.

¹⁰⁰ C-673/17, Planet49, pr 59

¹⁰¹ GDPR, præambelbetragtning 39

¹⁰² C-673/17, Planet49, pr. 39 og GDPR artikel 5, litra a

¹⁰³ Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679. EDPB, s. 14-15

¹⁰⁴ Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679. EDPB, s.15

¹⁰⁵ Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679. EDPB, s.15 og Vejledning om samtykke. Datatilsynet, s. 11

¹⁰⁶ Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679. EDPB, s.15

GDPR artikel 4, nr. 11 konkretiserer ikke, hvilke informationer den dataansvarlige skal meddele den registrerede. Dog understøtter GDPR præambelbetragtninger 39 og 42, hvilke oplysninger den registrerede som minimum skal gøres bekendt med.¹⁰⁷ Disse minimumskrav er den dataansvarliges identitet og formålet med behandlingen af personoplysningerne.¹⁰⁸ Derudover mener Databeskyttelsesrådet, at den registrerede skal oplyses om, hvilke personoplysninger der vil blive anvendt og indsamlet.¹⁰⁹ Endvidere skal den registrerede oplyses om retten til enhver tid at kunne trække sit samtykke tilbage, jf. GDPR art. 7, stk. 3. Det anbefales også af EDPB, at en dataansvarlig oplyser om flere af de informationer som vedkommende i forvejen skal give til den registrerede, jf. GDPR art. 13 og 14 om oplysningspligten.¹¹⁰ EDPB fremhæver, at en dataansvarlig der baserer sig på den registreredes samtykke, skal overholde den oplysningspligt, der fremgår af GDPR artikel 13 og 14 for at være i overensstemmelse med GDPR. Det fremhæves desuden, at der kan foreligge et gyldigt informeret samtykke, selvom ikke alle elementer i artikel 13 og 14 bliver nævnt i forbindelse med indhentning af samtykke, hvor disse punkter skal være nævnt andetsteds.¹¹¹

Derfor kan det ikke udledes af ordlyden i GDPR artikel 4, nr. 11, at et informeret samtykke indeholder formkrav. Det afgørende er at skabe gennemsigtighed for den registrerede, og at sikre en lovlig og rimelig behandling af oplysningerne, jf. GDPR art. 5, stk. 1, litra a. Derfor kan der alligevel implicit være formkrav til et informeret samtykke. Et informeret samtykke kan opfyldes både skriftligt, mundtligt og digitalt.¹¹² Når den dataansvarlige vil bruge samtykke som behandlingsgrundlag, skal den dataansvarlige sikre, at behandlingen er gennemsigtig, hvorfor den dataansvarlige i alle tilfælde skal bruge et klart og almindeligt sprog. Dette betyder, at en besked skal være letforståelig for den almindelige person, og altså ikke kun for fagfolk. Derfor må en dataansvarlig ikke bruge lange databeskyttelsesformuleringer, der muligvis kan være vanskelige at forstå, eller andre erklæringer fulde af juridisk sprog.¹¹³ Dermed skal samtykket være klart og kunne adskilles fra andre emner, og yderligere gives i en letforståelig

¹⁰⁷ GDPR præambelbetragtning nr. 39 og 42

¹⁰⁸ GDPR præambelbetragtning nr. 39 og 42

¹⁰⁹ *Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679*. EDPB, s. 16

¹¹⁰ *Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679*. EDPB, s.16

¹¹¹ *Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679*. EDPB, s.18

¹¹² *Vejledning om samtykke*. Datatilsynet, s. 11

¹¹³ *Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679*. EDPB, s. 17

og lettilgængelig form. Oplysninger der er relevante med henblik på at træffe en informeret afgørelse om, hvorvidt man vil give samtykke eller ej, må ikke være skjult i almindelige betingelser og vilkår.¹¹⁴

Af EDPBs vejledning om samtykke fremgår det, at en dataansvarlig kan opfylde kravet om et informeret samtykke ved at give informationerne i flere lag. Hvis samtykke gives elektronisk, skal anmodningen være klar og kortfattet. Det fremgår yderligere at *“lagdelte og granulære oplysninger kan være hensigtsmæssige med henblik på at opfylde det dobbelte krav om præcision og fuldstændighed på den ene side og forståelighed på den anden side”*.¹¹⁵ EDPB anfører dog, at såfremt oplysninger om den dataansvarliges identitet, og formålet med behandlingen ikke fremhæves i det første lag, må samtykket antages for ikke at være informeret. Dette begrundes i, at de oplysninger i det første lag er væsentlige for, at behandlingen er gennemsigtig for den registrerede. I praksis ses denne lagdelte information, når den dataansvarlige i et link henviser den registrerede til virksomhedens personpolitik eller cookiepolitik.¹¹⁶

3.1.5 Utvetydig viljestilkendegivelse

Et samtykke skal være en *“utvetydig viljestilkendegivelse ved en erklæring eller klar bekræftelse fra den registrerede”*, jf. GDPR art. 4, nr. 11. Samtykket bør være udtryk for den registreredes utvetydige viljestilkendegivelse og aktive accept til at personoplysninger må behandles.¹¹⁷ Dette kan eksempelvis være ved en skriftlig erklæring, herunder elektronisk, eller en mundtlig erklæring. Det kan også foregå ved at sætte kryds i et felt ved besøg på et websted.¹¹⁸ En utvetydig viljestilkendegivelse skal være aktiv handling, derfor er samtykket ugyldigt i de tilfælde, hvor den dataansvarlige opfatter den registreredes tavshed eller passivitet som udtryk for samtykke.¹¹⁹ En generel accept af almindelige betingelser og vilkår kan dog

¹¹⁴ Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679. EDPB, s. 17

¹¹⁵ Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679. EDPB, s. 17

¹¹⁶ Se afsnit 4.3

¹¹⁷ GDPR præambelbetragtning 32

¹¹⁸ GDPR præambelbetragtning 32

¹¹⁹ GDPR præambelbetragtning 32

ikke opfattes som et samtykke fra den registrerede til behandling af personoplysninger.¹²⁰ Et swipe eller vink foran et kamera på en elektronisk enhed, kan være en måde at meddele samtykke, hvis de nødvendige oplysninger stilles til rådighed, og det er klart, at bevægelsen betyder, at den registrerede giver samtykke.¹²¹ Dog anses det ikke at være en utvetydig viljestilkendegivelse, hvis man scroller igennem en hjemmeside.

I henhold til kravene i GDPR, har de dataansvarlige frihed til at udvikle et samtykkeflow, der passer til deres organisation.¹²² De dataansvarlige bør designe samtykkemekanismer på en måde, der er klar for de registrerede.¹²³ Derfor bør de dataansvarlige undgå tvetydighed og sørge for, at den handling der afgives samtykke til, kan skelnes fra andre handlinger. En registreredes fortsatte normale anvendelse af et websted er derfor ikke en adfærd, hvoraf der kan udledes en viljestilkendegivelse, som viser, at den registrerede giver samtykke til en behandling af personoplysninger.¹²⁴

I den digitale kontekst skal mange tjenester bruge personoplysninger for at kunne fungere. Derfor modtager de registrerede mange anmodninger om samtykke, der ofte skal besvares med klik eller swipes. Dette kan føre til en udmattelse fra de registrerede, hvilket betyder, at når man har set meddelelserne for mange gange, mindskes samtykkemekanismernes faktiske effekt.¹²⁵ Dette resulterer i tilfælde, hvor spørgsmålet og informationen om samtykke ikke bliver læst. Denne mangel indebærer en risiko for de registrerede, da de typisk anmodes om samtykke til handlinger der muligvis vil være ulovlige uden deres samtykke.¹²⁶ GDPR pålægger dog de dataansvarlige en pligt til at finde nogle andre metoder til afhjælpning af dette problem.

¹²⁰ *Vejledning om samtykke*. Datatilsynet, s. 12

¹²¹ *Vejledning om samtykke*. Datatilsynet, s. 12

¹²² *Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679*. EDPB, s. 20

¹²³ *Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679*. EDPB, s. 20

¹²⁴ *Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679*. EDPB, s. 20

¹²⁵ *Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679*. EDPB, s. 21

¹²⁶ *Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679*. EDPB, s. 21

Et samtykke skal dog altid indhentes, inden den dataansvarlige indleder behandling af personoplysninger, hvortil samtykket skal bruges. Artikel 29-gruppen har i sine udtalelser fastslået, at samtykke skal gives forud for behandlingsaktiviteten.¹²⁷ Det fremgår ikke specifikt af GDPR artikel 4, nr. 11, at samtykke skal gives forud for behandlingsaktiviteten, men dette er dog underforstået. Ordene i GDPR artikel 6, stk. 1, litra a *“har givet”* understøtter dette. Det følger netop af denne bestemmelse og præambelbetragtning 40, at der skal foreligge et gyldigt retsgrundlag, inden databehandlingen påbegyndes.¹²⁸ Derfor skal der meddeles samtykke forud for behandlingen af personoplysninger. Den dataansvarlige skal indhente et nyt og specifikt samtykke, såfremt formålene med behandlingen ændres efter opnåelsen af samtykket, eller hvis den dataansvarlige vil anvende dataene til andre formål.¹²⁹

3.1.6 Udtrykkeligt samtykke

Et udtrykkeligt samtykke er et krav i situationer, hvor der er en betydelig risiko. Det kan være tilfælde, hvor det er hensigtsmæssigt, at den registrerede har et højt niveau af kontrol over sine personoplysninger.¹³⁰ Det drejer sig om blandt andet den situation, hvor den dataansvarlige ønsker at behandle følsomme oplysninger, eksempelvis om race, etnisk oprindelse, politisk, religiøs overbevisning mv.¹³¹ I GDPR artikel 9 om behandling af særlige kategorier af personoplysninger, spiller *“udtrykkeligt samtykke”* en rolle. GDPR fastslår at en *“erklæring eller klar bekræftelse”* er en forudsætning for et korrekt samtykke.¹³²

Datatilsynet udtaler i sin vejledning om samtykke, at *“forordningen forklarer ikke nærmere, hvad der skal forstås ved et udtrykkeligt samtykke, og formuleringen medfører ikke et yderligere skærpet krav til samtykke, men understreger vigtigheden af, at der ikke må være tvivl om, at der er afgivet samtykke”*.¹³³ Altså må der ikke være nogen tvivl om, at den

¹²⁷ Udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke. Artikel 29-gruppen

¹²⁸ Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679. EDPB, s. 21

¹²⁹ Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679. EDPB, s. 21

¹³⁰ Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679. EDPB, s. 21

¹³¹ Vejledning om samtykke. Datatilsynet, s. 14

¹³² Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679. EDPB, s. 22

¹³³ Vejledning om samtykke. Datatilsynet, s. 14

registrerede *har* givet samtykke til behandlingen af personoplysningerne. Den dataansvarlige skal kunne bevise, at der foreligger et udtrykkeligt samtykke, og det kan derfor være hensigtsmæssigt, at samtykket er afgivet skriftligt.¹³⁴

3.2 Lovlig behandling ved samtykke - GDPR artikel 6, stk. 1, litra a

Forordningen indeholder i GDPR artikel 6, stk. 1, seks forskellige hjemmelsgrundlag til behandling af almindelige personoplysninger. Det generelle retstekniske udgangspunkt efter GDPR artikel 6 er, at en behandling formentlig er forbudt, medmindre der kan identificeres et hjemmelsgrundlag for behandlingen.¹³⁵ Specialet tager udgangspunkt i GDPR artikel 6, stk. 1, litra a, som har følgende ordlyd: *“Behandling er kun lovlig, hvis og i det omfang mindst ét af følgende forhold gør sig gældende: a) Den registrerede har givet samtykke til behandling af sine personoplysninger til et eller flere specifikke formål”*. Litra a omhandler samtykke som behandlingsgrundlag. Samtykket adskiller sig fra de øvrige behandlingsgrundlag ved, at det er den registrerede selv, der vælger, hvorvidt samtykke afgives, og dermed gør behandlingen af personoplysninger lovlig.¹³⁶ Desuden er det det eneste grundlag, som den registrerede selv kan bringe til ophør ved at tilbagetrække samtykket. Samtykke som behandlingsgrundlag anvendes på tværs af behandlingssituationer, og finder dermed anvendelse på flere typer behandling.¹³⁷ Det er ofte i disse tilfælde, hvor der i praksis gives anledning til spørgsmålet om valg og skift af behandlingsgrundlag.¹³⁸ Efter bestemmelsen i litra a må behandling af personoplysninger først finde sted, hvis den registrerede har givet samtykke til behandling af sine personoplysninger til et eller flere specifikke formål. Dette skal forstås i overensstemmelse med den legale definition i GDPR artikel 4, nr. 11, som er gennemgået ovenfor i afsnit 3.1. I GDPR stilles der ikke krav om, at samtykket skal være udtrykkeligt, hvilket er til forskel fra persondataloven, som blev anvendt forinden GDPR, hvilket har en betydning i praksis.¹³⁹

¹³⁴ *Vejledning om samtykke*. Datatilsynet, s. 14

¹³⁵ Udsen, 2022, Databeskyttelsesretten, s. 149

¹³⁶ Udsen, 2022 Databeskyttelsesretten, s. 149

¹³⁷ Udsen, 2022 Databeskyttelsesretten, s. 149

¹³⁸ Udsen, 2022 Databeskyttelsesretten, s. 149

¹³⁹ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer s. 351

Et krav om egentlig skriftlighed følger ikke af bestemmelsen, dog bør der i videst muligt omfang søges om indhentning af et skriftligt samtykke fra den registrerede, da der på denne måde kan opnås klarhed omkring samtykkets rækkevidde.¹⁴⁰ Ved behandling af personoplysninger på baggrund af et samtykke fra den registrerede, er det en betingelse, at de grundlæggende principper i GDPR artikel 5 er opfyldt.¹⁴¹ Såfremt en dataansvarlig vælger at basere en bestemt del af behandlingen på samtykke, skal denne, hvis den registrerede trækker sit samtykke tilbage, indstille behandlingen.¹⁴² Med andre ord skal behandlingen af personoplysninger slutte, såfremt den registrerede ønsker at tilbagetrække sit samtykke. Den dataansvarlige kan ikke skifte fra samtykke til andre retsgrundlag.¹⁴³ Eksempelvis er det ikke tilladt for den dataansvarlige med tilbagevirkende kraft at basere sin behandling i henhold til den legitime interesse, hvis der er opstået problemer med samtykkets gyldighed. Dette skyldes, at den dataansvarlige skal have fastlagt det pågældende retsgrundlag inden indsamlingen indledes, jf. afsnit 3.1.¹⁴⁴ Endvidere fremgår det af GDPR artikel 7, stk. 1-4 en række betingelser, som også fastlægger, hvornår der foreligger et gyldigt samtykke.

3.3 Betingelser for samtykke - GDPR artikel 7

Dette afsnit har til formål at beskrive betingelserne for samtykke i GDPR artikel 7, stk. 1-4. Bestemmelsen beskriver betingelserne for et gyldigt samtykke, som endvidere skal ses i sammenhæng med forordningens artikel 4, nr. 11, som indeholder definitionen af samtykke.¹⁴⁵

¹⁴⁶

¹⁴⁰ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer s. 351

¹⁴¹ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer s. 351

¹⁴² *Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679*. EDPB, s. 27

¹⁴³ *Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679*. EDPB, s. 27

¹⁴⁴ *Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679*. EDPB, s. 27

¹⁴⁵ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer s. 409

¹⁴⁶ Se afsnit 3.1

3.3.1 Bevisbyrde for meddelt samtykke - GDPR artikel 7, stk. 1

Bestemmelsens første betingelse beskrives i GDPR artikel 7, stk. 1, hvor det fastsættes, at hvis behandlingen foretages på baggrund af et samtykke, skal den dataansvarlige kunne påvise, at den registrerede har givet samtykke til den pågældende behandling af dennes personoplysninger. Det betyder altså, at den dataansvarlige pålægges bevisbyrden for at der foreligger et gyldigt samtykke, samt samtykkets omfang. Bestemmelsen beskriver ikke styrken af beviskravet, hvorfor det må afhænge af den sammenhæng, samtykket er givet i.¹⁴⁷

Ydermere indeholder bestemmelsen ikke et formkrav, men betinger blot at den dataansvarlige er i stand til at kunne påvise, at der foreligger et gyldigt samtykke, samt samtykkets omfang. For at imødekomme ovenstående, bør den dataansvarlige derfor sikre sig dokumentation for samtykket samt dets omfang.¹⁴⁸

3.3.2 Samtykke i en skriftlig erklæring – GDPR artikel 7, stk. 2

GDPR artikel 7, stk. 2 beskriver yderligere betingelser, end de der allerede findes i GDPR artikel 4, nr. 11, for hvornår der foreligger et gyldigt samtykke. Af bestemmelsen fremgår det, at såfremt den registreredes samtykke gives i form af en skriftlig erklæring, som samtidig vedrører andre forhold, skal anmodningen om samtykke forelægges på en måde, som klart kan skelnes fra de øvrige forhold, i en letforståelig og lettilgængelig form og i et klart og enkelt sprog. Af bestemmelsen fremgår det endvidere, at enhver del af en sådan erklæring, som ikke efterlever bestemmelserne i forordningen, ikke er bindende.¹⁴⁹

Skriftlige erklæringer der indeholder andre forhold, som ikke er relevante for forespørgslen om samtykke for anvendelsen af personoplysningerne, bør forespørgslen om samtykket skille sig klart ud eller fremgå af en separat erklæring. Såfremt anmodning om samtykke er elektronisk, skal den ligeledes være særskilt de øvrige forhold. Den elektroniske anmodning om samtykke

¹⁴⁷ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer s. 410

¹⁴⁸ Høilund, 2022, Persondataret, s. 49

¹⁴⁹ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer s. 410

må derimod ikke blot indgå som et punkt blandt de øvrige betingelser og vilkår.¹⁵⁰ Bestemmelsen tydeliggør herved, at den registrerede ikke må være i tvivl om, hvad den pågældende giver sit samtykke til. På den måde stiller GDPR artikel 7, stk. 2 krav til, at samtykkeløsningen er granulær, når sammenhængen hvori anmodningen om samtykke indgår vedrører øvrige formål, eller når behandlingen af personoplysningerne tjener flere formål.¹⁵¹

Endvidere sikrer bestemmelsen kravet om et informeret samtykke ved at betinge, at den registrerede som minimum er bekendt med den dataansvarliges identitet, samt til hvilke formål behandlingen af personoplysningerne bruges til, ved anmodningen om samtykket.¹⁵²

3.3.3 Tilbagekaldelse af samtykke - GDPR artikel 7, stk. 3

Af GDPR artikel 7, stk. 3 fremgår det, at den registrerede til enhver tid har ret til at trække sit samtykke tilbage. Tilbagekaldelsen af samtykket tager dog ikke stilling til lovligheden af den behandling, hvortil der er indhentet samtykke inden selve tilbagekaldelsen. Bestemmelsen vedrører i stedet udelukkende den fremadrettede behandling af den registreredes personoplysninger. Forinden den registrerede giver sit samtykke, skal der oplyses om retten til tilbagekaldelse af samtykket. Desuden betinger bestemmelsen, at det skal være lige så simpelt at trække samtykket tilbage, som det var for den registrerede at give det.¹⁵³

Tilbagekaldelse af et samtykke giver anledning til at afdække, hvorvidt den behandling, der oprindeligt er givet samtykke til, ikke må finde sted fremover. Ordlyden af GDPR artikel 7, stk. 3, pkt. 2 udelukker ikke dette, så længe der foreligger et andet behandlingsgrundlag efter GDPR artikel 6, stk. 1, som ikke er samtykke. Såfremt den dataansvarlige kan fortsætte behandlingen på baggrund af et af de øvrige behandlingsgrundlag, skal den dataansvarlige oplyse den registrerede, som har trukket sit samtykke tilbage, at behandlingen fortsætter på baggrund af et andet retsgrundlag, jf. art. 13, stk. 1, litra c og art. 14, stk. 1, litra c, jf. art. 5, stk. 1, litra a. Medfører tilbagekaldelsen af samtykket, at behandling ikke må finde sted fremover,

¹⁵⁰ *Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679*. EDPB, s. 24

¹⁵¹ *Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679*. EDPB, s. 13

¹⁵² Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer s. 410

¹⁵³ Høilund, 2022, Persondataret, s. 50

må en konkret vurdering afgøre, hvorvidt oplysningerne skal slettes eller blokeres, jf. art. 16-18¹⁵⁴

3.3.4 Kravet om, at samtykket er givet frit - GDPR artikel 7, stk. 4

GDPR artikel 7, stk. 4 kan antages at være en uddybning af, hvad der bør tages hensyn med henblik på at kunne vurdere, hvorvidt et samtykke er afgivet frivilligt efter definitionen i artikel 4, nr. 11. Bestemmelsen beskriver en situation, hvor der ved opfyldelse af en kontrakt betinges, at der gives samtykke til behandling af personoplysning, som ikke kan anses for nødvendige for opfyldelsen af kontrakten. I sådan en situation, vil samtykke ikke anses for at være givet frivilligt, hvorfor samtykke ikke vil være gyldigt.¹⁵⁵

Ydermere formodes et samtykke ikke at være givet frivilligt, såfremt der er en klar skævhed mellem den registrerede og den dataansvarlige. Et samtykke vil endvidere ikke kunne anses for at være givet frivilligt, hvis det ikke er muligt at give særskilt samtykke til forskellige behandlingsaktiviteter af personoplysninger, selvom dette kunne være hensigtsmæssigt i enkelte tilfælde.¹⁵⁶ De øvrige krav til det frie samtykke kan ses i afsnit 3.1.2.

¹⁵⁴ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer s. 412

¹⁵⁵ Høilund, 2022, Persondataret, s 48

¹⁵⁶ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer s. 413

Kapitel 4 – Retspraksis ved anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag og ved anvendelse af cookie walls

4.1 Indledende bemærkninger

I det følgende kapitel gennemgås og analyseres en række relevante afgørelser truffet af EUD, samt nationale afgørelser fra henholdsvis Datatilsynet og Digitaliseringsstyrelsen.

I EUDs afgørelser C-673/17 og C-61/19, som der tages udgangspunkt i nedenstående afsnit, afgøres det, at både den nuværende forordning 2016/679 og det forhenværende gældende direktiv 95/46 finder anvendelse. Dette har dog ikke konkret betydning for udfaldet af afgørelserne, hvilket skyldes tidsrammen for afgørelserne, ophævelsen af direktivet og GDPRs ikrafttræden 25. maj 2018.¹⁵⁷ Derudover bør det bemærkes, at C-61/19 *Orange Romania* ikke tager stilling til kravene til samtykke ved anvendelsen af cookies. Afgørelsen er fortsat relevant for specialet, da afgørelsen tager stilling til, hvordan kravene til samtykket generelt set bør fortolkes, hvilket fungerer som grundlæggende principper for senere afgørelses fortolkning af samtykke. I Datatilsynets afgørelser 2021-31-5553, 2021-31-4871, 2021-41-0149 og 2023-431-0010 vurderes det af tilsynet, hvornår der foreligger et reelt frivilligt samtykke. I Digitaliseringsstyrelsens afgørelser påbud til Google og påbud til Meta platforms anvendes Cookiebekendtgørelsen, hvorimod de øvrige afgørelser anvender GDPR som retsgrundlag. Digitaliseringsstyrelsen træffer afgørelsen i sagerne, hvor Cookiebekendtgørelsen benyttes som retsgrundlag.¹⁵⁸ Dermed har afgørelserne til formål at fastslå kravene til samtykke ved anvendelsen af cookies, og hvordan dette overholdes.

¹⁵⁷ C-61/19, *Orange Romania*, pr. 30-31

¹⁵⁸ Se afsnit 2.7

4.2 Sager ved EUD

4.2.1 C-673/17 Planet49 GmbH

Afgørelsen C-673/17 Planet49 GmbH blev indbragt af Bundesgerichtshof¹⁵⁹ for den Europæiske Domstol i forbindelse med en tvist mellem Planet49 GmbH¹⁶⁰ og Verbraucherzentrale Bundesverband eV.¹⁶¹

Retten i Tyskland anmodede den EUD, om at svare på præjudicielle spørgsmål om, hvordan GDPRs samtykkebegreb skal forstås og fortolkes. I 2013 afholdt virksomheden Planet49 en salgsfremmende konkurrence på hjemmesiden www.dein-macbook.de.¹⁶² Hjemmesidebrugere der ønskede at deltage i konkurrencen, skulle angive deres postnummer, hvilket sendte dem videre til en internetside, hvoraf brugerne skulle angive deres navn og adresse.¹⁶³ Under felterne til adressen fandtes to tekster, som havde afkrydsningsfelter. Den *første* tekst, hvor feltet *ikke* var forudafkrydset fremgik således:

*“Jeg er indforstået med, at sponsorer og samarbejdspartnere via post eller telefonisk eller via e-mail/sms informerer mig om tilbud inden for deres respektive forretningsmåder. Disse kan jeg selv fastlægge her, ellers foretager arrangøren valget. Jeg kan til enhver tid tilbagekalde mit samtykke. Yderligere oplysninger herom kan findes her.”*¹⁶⁴

Brugeren gav dermed samtykke til dels at deltage i konkurrencen, og efterfølgende at modtage henvendelser med reklametilbud fra sponsorer og samarbejdspartnere. Deltagelse i konkurrencen var betinget af, at brugeren satte kryds i det første afkrydsningsfelt, og dermed gav samtykke til behandling af personoplysninger. Den *anden* tekst, hvor feltet var forudafkrydset fremgik således:

¹⁵⁹ Forbundsdomstol i Tyskland

¹⁶⁰ Omtales Planet49 fremover

¹⁶¹ C-673/17, *Planet49*

¹⁶² C-673/17, *Planet49*, pr. 25

¹⁶³ C-673/17, *Planet49*, pr. 26

¹⁶⁴ C-673/17, *Planet49*, pr. 26

*“Jeg er indforstået med, at webanalysetjenesten Temintrex anvendes hos mig. Dette har til følge, at konkurrencearrangøren [Planet49], efter registrering til konkurrencen installerer cookies, hvilket gør det muligt for Planet49 at foretage en analyse af min surf-og anvendelse adfærd på reklamepartners websites og dermed åbner mulighed for interesse målrettet reklame ved hjælp af Remintrex. Jeg kan til enhver tid slette disse cookies. Læs mere her.”*¹⁶⁵

Dette felt indebar dermed samtykke til, at Planet49 installerede cookies på brugerens browser og behandlede brugernes personoplysninger. Deltagelse i konkurrencen var ikke betinget af, at det andet felt var afkrydset.¹⁶⁶

Til det første præjudicielle spørgsmål fastslår EUD, hvordan kravet om den registreredes viljestilkendegivelse skal forstås. EUD fastslår, at en sådan viljestilkendegivelse kræver en aktiv og ikke passiv adfærd fra den registrerede.¹⁶⁷ Yderligere fastslår EUD, at fortolkningen understøttes af artikel 7 i direktiv 95/46, der fastsætter en udtømmende liste over de tilfælde, hvor en behandling af personoplysninger kan anses for at være lovlig.¹⁶⁸ EUD uddyber supplerende, at GDPR artikel 7, litra a, i direktiv 95/46, navnlig fastslår, at den registreredes samtykke kan gøre en sådan handling lovlig, for så vidt som der ikke hersker tvivl om, at den registrerede har givet dette samtykke. Hertil bliver det fastlagt, at det kun er en aktiv adfærd fra denne person, med henblik på at tilkendegive sit samtykke, som kan opfylde dette krav.¹⁶⁹ Yderligere supplerer EUD, at det ved forudafkrydsede felter er praktisk umuligt objektivt at afgøre, hvorvidt brugeren af en hjemmeside faktisk har givet samtykke til behandlingen af vedkommendes personoplysninger ved ikke at konkret fravælge et forudafkrydset felt. Det bliver desuden konstateret, at forudafkrydsede felter er problematiske netop fordi, det er vanskeligt at afgøre, hvorvidt samtykket er informeret henset til, at brugeren muligvis ikke har læst den information, der er ledsaget af det forudafkrydsede felt eller ikke har fået den pågældende information, inden fortsættelsen af aktiviteten på den besøgte hjemmeside.¹⁷⁰

¹⁶⁵ C-673/17, *Planet49*, pr. 27

¹⁶⁶ C-673/17, *Planet49*, pr. 27-28

¹⁶⁷ C-673/17, *Planet49*, pr. 52

¹⁶⁸ C-673/17, *Planet49*, pr. 53

¹⁶⁹ C-673/17, *Planet49*, pr. 54

¹⁷⁰ C-673/17, *Planet49*, pr. 55

Dermed kan et udfald være, at brugeren samtykker til behandling af personoplysninger uden at vide, hvad vedkommende samtykker til og uden at vide, hvilke konsekvenser det har for brugeren. Derfor kan en eventuel risiko for tab af kontrol over egne personoplysninger opstå og samtidig forøges, hvis det ikke kan afgøres, om samtykket er givet på et lovligt behandlingsgrundlag.

Dernæst fastslår EUD, at GDPR artikel 4, nr. 11 og præambelbetragtning 32 udtrykkeligt fastsætter, at et samtykke fra den registrerede skal være frivillig, specifik, informeret og utvetydig, og som tager form af en erklæring eller klar bekræftelse, der markerer dennes accept af behandling af personoplysninger, som vedrører den pågældende.¹⁷¹ Derfor konstaterer EUD også, at et samtykke derfor ikke er gyldigt når behandlingen af personoplysninger tillades ved et forudafkrydset felt, som brugeren skal vælge fra for at nægte at give sit samtykke. Det bliver dermed fastslået af EUD, at kravet om en utvetydig viljestilkendegivelse skal forstås sådan, at den registrerede aktivt ved handling og adfærd skal samtykke, hvilket ikke er tilfældet ved forudafkrydsede felter.¹⁷²

EUD fortolker endvidere, hvordan kravet specifikt skal forstås. Her fastslår EUD, at specifikt skal forstås sådan, at den skal vedrøre præcis den pågældende behandling af oplysninger, og derfor ikke kan udledes af en viljeserklæring, der har en anden genstand.¹⁷³ Dermed skal den registreredes viljestilkendegivelse være særskilt fra andre viljeserklæringer. På denne måde er den registrerede heller ikke i tvivl om, hvad der gives samtykke til. Såfremt samtykket skal vedrøre andre forhold, skal samtykkeløsningen være granulær.¹⁷⁴

EUD fastslår desuden i præmisserne, at det skal bemærkes, at det forhold, at en bruger trykker på knappen for at deltage i en salgsfremmende konkurrence, som dette selskab har afholdt, derfor ikke kan være tilstrækkeligt for at lægge til grund, at brugeren gyldigt har givet sit

¹⁷¹ C-673/17, *Planet49*, pr. 60-62

¹⁷² C-673/17, *Planet49*, pr. 61-62

¹⁷³ C-673/17, *Planet49*, pr. 58

¹⁷⁴ Se afsnit 3.1.2.2

samtykke til placering af cookies. Dette er i modsætning til det, Planet49 har gjort gældende.¹⁷⁵ Det vil sige, at EUD ikke finder samtykket i denne afgørelse specifikt, da det andet afkrydsningsfelt indeholdt to formål; samtykke til at deltage i konkurrencen og samtykke til cookies. Det andet afkrydsningsfelt som brugeren skulle tage stilling til, var heller ikke granulært, hvilket betød at brugerne skulle give samtykke til mere og andet end, hvad brugeren ønskede. Samtykke som behandlingsgrundlag skal overholde princippet om lovlighed, rimelighed og gennemsigtighed i GDPR artikel 5, litra a, hvilket i denne afgørelse ikke anses for at være opfyldt.

EUD konkluderer dermed i C-673/17, at samtykke i henhold til GDPR artikel 4, nr. 11 og artikel 6, stk. 1, litra a, skal fortolkes sådan, at et samtykke ikke er afgivet gyldigt, når behandlingen af personoplysninger tillades ved brug af et forudafkrydset felt, som den registrerede selv skal fravælge for at nægte at give samtykke.¹⁷⁶ Denne afgørelse fastslår, at et forudafkrydset felt, som den registrerede ikke selv aktivt har udfyldt, ikke opfylder kravet om specifikt, informeret og frivilligt eller kravet om den registreredes utvetydige viljestilkendegivelse.

4.2.2 C-61/19 Orange Romania

I afgørelsen C-61/19 anmodes EUD om svar på præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af samtykket som behandlingsgrundlag, samt hvilke betingelser der skal være opfyldt for at en viljestilkendegivelse kan anses for at være specifik, informeret og frivillig.¹⁷⁷

¹⁷⁸ Baggrunden for den præjudicielle afgørelse skyldes en tvist mellem Orange Romania SA, der er leverandør af mobilkommunikationstjenester og den rumænske tilsynsmyndighed. Afgørelsen tager stilling til, hvorvidt en aftale som indeholder et vilkår om, at den registrerede er blevet informeret om, at vedkommende har givet samtykke til kopiering og opbevaring af

¹⁷⁵ C-673/17, *Planet49*, pr. 59

¹⁷⁶ C-673/17, *Planet49*, pr. 82

¹⁷⁷ Direktiv 95/46/EF, art. 2, litra h, som svarer til definitionen i GDPR art. 4, nr. 11.

¹⁷⁸ C-61/19, *Orange Romania*, pr. 27

dennes ID-kort, udgør et gyldigt samtykke.¹⁷⁹ Anmodningen har desuden givet EUD anledning til at præcisere samtykke.¹⁸⁰

Om kravene til gyldigt samtykke fastslår EUD, at et samtykke kræver aktiv adfærd fra den registrerede, hvilket er fastsat udtrykkeligt i GDPR artikel 4, nr. 11. Viljestilkendegivelsen skal være *“frivillig, specifik, informeret og utvetydig”* således, at denne tager form af en erklæring eller en klar bekræftelse der markerer den registreredes accept af behandlingen af personoplysninger.¹⁸¹ Desuden fastslår EUD, at *“tavshed, forudafkrydsede felter eller inaktivitet”* er udelukket fra at kunne udgøre et gyldigt samtykke, jf. GDPR præambelbetragtning 32. EUD refererer til tidligere afgørelser, hvor det var *“praktisk umuligt objektivt at afgøre, om brugeren af en hjemmeside faktisk har givet sit samtykke til behandling af sine personoplysninger ved ikke at fravælge et forudafkrydset felt, og under alle omstændigheder om dette samtykke er blevet givet på informeret måde.”*¹⁸² EUD fastholder således, at forudafkrydsede felter ikke opfylder kravene til viljestilkendegivelsen, hvorfor der i et sådant tilfælde ikke vil være tale om et gyldigt samtykke.

I forhold til kravet om, at viljestilkendegivelsen skal være specifik fastslår EUD, *“at den skal vedrøre netop den pågældende behandling af personoplysninger og ikke kan udledes af en viljestilkendegivelse, der har en anden genstand”*. Et specifikt samtykke må af denne grund ikke være gemt væk blandt de øvrige vilkår for den registrerede. I afgørelsen var samtykkeerklæringen placeret blandt de øvrige aftalevilkår, hvorfor denne ikke opfylder kravet om, at viljestilkendegivelsen skal være specifik.¹⁸³ EUD fastslår herefter, at kravet om et specifikt samtykke er præciseret i GDPR artikel 7, stk. 2, hvor et samtykke klart skal kunne skelnes fra andre forhold, hvis samtykket gives i en skriftlig erklæring, der også vedrører andre forhold. I de tilfælde skal erklæringen være letforståelig, lettilgængelig og formuleret i et klart og enkelt sprog, hvilket navnligt gælder når samtykkeerklæringen er udformet på forhånd af

¹⁷⁹ C-61/19, *Orange Romania*, pr. 33

¹⁸⁰ C-61/19, *Orange Romania*, pr. 35

¹⁸¹ C-61/19, *Orange Romania*, pr. 36

¹⁸² C-61/19, *Orange Romania*, pr. 37, C-673/17, *Planet49*, pr. 55 og 57

¹⁸³ C-61/19, *Orange Romania*, pr. 38

den dataansvarlige, som det er tilfældet i afgørelsen.¹⁸⁴ EUD skærper herved også kravene for, hvornår et samtykke er informeret, da GDPR artikel 7, stk. 2 stiller krav til den dataansvarliges formulering af selve samtykkeerklæringen.

EUD fastsætter, hvad et informeret samtykke omfatter. Det fastsættes, at den dataansvarlige skal give den registrerede oplysninger om alle omstændigheder i forbindelse med behandlingen i en letforståelig og lettilgængelig form og i et klart og enkelt sprog. Dette skal gøre den registrerede bekendt med: *“typen af personoplysninger der behandles, den dataansvarliges identitet, behandlingens varighed, måden hvorpå den foretages og med hvilke formål.”*¹⁸⁵ På baggrund af dette skal den registrerede være i stand til at bestemme følgerne af sit eventuelle samtykke og, at dette sker med fuldt kendskab til følgerne heraf. EUD fortolker herefter kravene til et både informeret og frivilligt samtykke. For at sikre, at den registrerede reelt har et frit valg, fastslår EUD, at aftalevilkår ikke må:

*“[...] vildlede den pågældende med hensyn til muligheden for at indgå aftalen, selvom denne nægter at give samtykke til behandlingen af sine personoplysninger. I mangel af sådanne oplysninger kan den registreredes samtykke til behandlingen af sine personoplysninger ikke anses for at være blevet givet frit og i øvrigt heller ikke for at være blevet givet på en informeret måde.”*¹⁸⁶

Et informeret samtykke indebærer dermed, at den registrerede skal informeres om alle omstændigheder som behandlingen omfatter, herunder konsekvenser og muligheder som nægtelse af samtykke har. Oplysningerne skal altså gives på en sådan måde, at den registrerede ikke vildledes i forhold til sine muligheder, hvad end vedkommende giver eller nægter samtykke til behandlingen. Hvis informationerne ikke gives på en letforståelig, lettilgængelig måde, eller gives i et sprog der ikke er klart og enkelt, vil det anses for at være vildledende. Dertil vil et samtykke ikke være udtryk for den registreredes frie valg, såfremt vedkommende ikke informeres om muligheden for at give sit samtykke.

¹⁸⁴ C-61/19, *Orange Romania*, pr. 39

¹⁸⁵ C-61/19, *Orange Romania*, pr. 40

¹⁸⁶ C-61/19, *Orange Romania*, pr. 41

Hvad der yderligere angår kravet om, at et samtykke skal være frivilligt, fastslår EUD, at den registrerede ikke må blive mødt af yderligere erklæringer, såfremt vedkommende nægter at give samtykke. En sådan fremgangsmåde gjorde Orange Romania brug af, når den registrerede ikke ønskede at give samtykke til indsamling eller opbevaring af vedkommendes ID-kort.¹⁸⁷ Dette yderligere krav påvirker den registreredes frie valg, hvorfor der ikke er tale om et gyldigt samtykke, da kravet om frivillighed ikke er opfyldt. Slutteligt konkluderer EUD, at GDPR artikel 4, nr. 11 og artikel 6, stk. 1, litra a således at:

*”[...] det påhviler den dataansvarlige at bevise, at den registrerede ved en aktiv adfærd har tilkendegivet sit samtykke til behandling af sine personoplysninger, og at den registrerede forud herfor har modtaget oplysninger om alle omstændigheder i forbindelse med behandlingen i en letforståelig og lettilgængelig form og i et klart og enkelt sprog, som sætter vedkommende i stand til uden besvær at bestemme konsekvenserne af dette samtykke, således at det sikres, at samtykket gives med fuldt kendskab til følgerne [...]”*¹⁸⁸

Afgørelsen fastslår altså, at den dataansvarlige er ansvarlig for at kunne bevise, at kravene i GDPR artikel 4, nr. 11 er opfyldt, såfremt den dataansvarlige anvender samtykke som behandlingsgrundlag. Som følge heraf kan en aftale som indeholder et vilkår om, at den registrerede er blevet informeret om, at vedkommende har givet samtykke til indsamling og opbevaring af personoplysninger ikke kan bevise, at den registrerede har givet et gyldigt samtykke til denne behandling. Dette er ikke opfyldt, såfremt vilkåret er afkrydset af den dataansvarlige eller, aftalevilkårene kan vildlede den registrerede, eller den dataansvarlige uretmæssigt påvirker den registreredes frie valg med hensyn til at modsætte sig denne behandling af personoplysninger.¹⁸⁹ Endelig bør det bemærkes, at der ikke er tale om kumulative krav. Ved tilstedeværelsen af blot et enkelt af tilfældene, vil en sådan aftale ikke kunne bevise et gyldigt samtykke.

¹⁸⁷ C-61/19, *Orange Romania*, pr. 50

¹⁸⁸ C-61/19, *Orange Romania*, pr. 52

¹⁸⁹ C-61/19, *Orange Romania*, pr. 53

4.3 Datatilsynets afgørelser

4.3.1 Indledende bemærkninger

Datatilsynet har siden 2020 sat fokus på behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, hvorfor tilsynet har modtaget en række henvendelser om brugen af cookie walls.¹⁹⁰ Følgende afsnit indeholder analyser af Datatilsynets afgørelser. Første afgørelse der analyseres er 2021-31-5553, som angår Jyske Fynske Mediers¹⁹¹ brug af cookie walls. Efterfølgende analyseres Datatilsynets afgørelse 2021-31-4871 i henhold til GulogGratis' brug af cookie walls. Disse to afgørelser anses af Datatilsynet at være to principielle afgørelser vedrørende brug af cookie walls. Hertil har Datatilsynet den 18. marts 2024 truffet ny afgørelse i ovenstående sager om fremgangsmåde ved brug af cookie walls, efter, at GulogGratis og JFM havde anmodet om genoptagelse af sagen. Herefter analyseres afgørelsen 2021-41-0149, som angår JP/Politikens samtykkeløsning på www.eb.dk. Slutligt analyseres 2023-431-0010, der angår ugyldigt samtykke i cookie walls på www.berlingske.dk.

4.3.2 Jyske Fynske Mediers brug af cookie walls

For hvad det angår JFM kunne besøgende på hjemmesiden www.jv.dk mod deres samtykke få adgang til dele af indhold på hjemmesiden eller til alt indhold på hjemmesiden ved at tegne et abonnement. Datatilsynet fandt, at JFMs specifikke fremgangsmåde ikke opfyldte kravene til et gyldigt samtykke.¹⁹² Dette begrundes af tilsynet ved, at den tilbudte tjeneste mod samtykke ikke svarede til den, der blev tilbudt mod betaling, hvorfor de besøgende dermed ikke blev reelt præsenteret for et frit valg.¹⁹³ Hertil fandt tilsynet, at JFM ikke havde påvist, at behandling af personoplysninger til statistiske formål også var en nødvendig del af alternativet til betaling. Tilsynet meddelte derfor et påbud til JFM for at sikre, at samtykke fra hjemmesidebesøgende opfylder kravene i GDPR, og samtidig om at kunne påvise, at samtykket opfylder kravene til et frivilligt samtykke. Med andre ord skal JFM påvise, at statistiske formål er en nødvendig del af alternativet til betaling, *eller* må JFM tilpasse samtykkeløsningen så hjemmesidebesøgende

¹⁹⁰ Datatilsynets J.nr.: 2021-31-5553

¹⁹¹ Omtales fremover JFM

¹⁹² Datatilsynets J.nr.: 2021-31-5553

¹⁹³ Datatilsynets J.nr.: 2021-31-5553

kan give særskilt samtykke til dette formål.¹⁹⁴

4.3.3 GulogGratis' brug af cookie walls

I GulogGratis' afgørelsen var det tilsynets vurdering, at den anvendte fremgangsmåde og samtykkeløsning opfyldte kravene til et frivilligt samtykke, jf. GDPR art. 6, stk. 1, litra a, jf. art. 4, nr. 11. Som det kan udledes af Datatilsynets bemærkninger til sagen, lægges der vægt på, at GulogGratis tilbød et alternativ i form af betaling på 29 kr. til de hjemmesidebesøgende, der ikke ville afgive samtykke til behandling af personoplysninger. Derudover blev de hjemmesidebesøgende tilbudt næsten den samme tjeneste uafhængigt af, om der blev givet samtykke eller der blev betalt et gebyr. Hertil var prisen på 29 kr. ikke urimeligt høj, det vil sige, at prissætningen ikke var så høj, at den registrerede reelt og i praksis ikke havde et valg mellem betalingsalternativet og at give sit samtykke.¹⁹⁵ Dog fandt tilsynet, at GulogGratis ikke havde påvist, at behandling af personoplysninger til statistiske formål også var en nødvendig del af alternativet til betaling.¹⁹⁶ Derfor blev GulogGratis meddelt et påbud om enten at kunne påvise dette formål til en nødvendig del af alternativet til betaling, eller om at tilpasse sin samtykkeløsning, således at de besøgende kunne give et særskilt samtykke til dette formål.¹⁹⁷

4.3.4 Sammenfatning af Datatilsynets afgørelser

De ovennævnte virksomheder GulogGratis samt JFM behandlede de hjemmesidebesøgendes personoplysninger til både statistiske og markedsføringsmål. I afgørelserne vurderede Datatilsynet, at GulogGratis og JFM ikke havde påvist behandlingen af de hjemmesidebesøgendes personoplysninger til statistiske formål, som var et alternativ til adgang mod betaling, som var nødvendig og hertil opfyldte kravet om et frivilligt samtykke.¹⁹⁸ Dermed

¹⁹⁴ Datatilsynets J.nr.: 2021-31-5553

¹⁹⁵ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

¹⁹⁶ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

¹⁹⁷ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

¹⁹⁸ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

blev det konkluderet af Datatilsynet, at GulogGratis og JFMs behandling af personoplysninger var ulovlig.¹⁹⁹

Afgørelserne af Datatilsynet fastslår derfor, at såfremt behandling af personoplysninger ikke er nødvendig for, at virksomhederne kan opfylde sine statistiske formål, skal samtykke altså være granulær, så den hjemmesidebesøgende kan give et særskilt og specifikt samtykke til netop statistiske formål.²⁰⁰ På denne måde vil hjemmesidebesøgende have et reelt og frit valg hvorvidt de vil give samtykke til formålet. Det kan udledes af afgørelserne, at Datatilsynet har vurderet, at der ikke var en direkte forbindelse mellem behandling af personoplysningerne og de statistiske formål, og derfor var behandlingen ikke nødvendig for at opfylde og overholde kontrakten, som i disse afgørelser var adgang til indholdet på henholdsvis GulogGratis og JFMs hjemmesider. Som konsekvens heraf var samtykket ikke frivilligt.²⁰¹

Disse afgørelser anses for at vise retning for tilsynets praksis fremadrettet, når det skal vurderes og afgøres om en virksomhed, der benytter sig af lignende fremgangsmåde som GulogGratis og JFM, hvilket også kan udledes i Datatilsynets redegørelse af cookie walls.²⁰² Heraf fremgår det, at når virksomheder tilbyder valget mellem betaling eller samtykke til indsamling af personoplysninger med hensyn til adgang til virksomhedens indhold eller tjeneste, skal en virksomhed kunne påvise, at alle de formål som en virksomhed vil have samtykke til, skal være en nødvendig del af alternativet til adgang mod betaling.²⁰³ Såfremt en virksomhed anvender en lignende fremgangsmåde, som omtalt i disse to afgørelser, kan virksomheden opfylde kravene til et frivilligt og dermed gyldigt samtykke i henhold til GDPR artikel 4, nr. 11 og artikel 7, såfremt kriterierne oplistet i JFMs afgørelse er opfyldt.²⁰⁴ Det vil sige, at virksomheden skal tilbyde et rimeligt alternativ, eksempelvis et rimeligt gebyr, der ikke er urimeligt højt, til de brugere der ikke ønsker at give samtykke til behandlingen af

¹⁹⁹ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

²⁰⁰ Dette var også tilfældet i afgørelserne truffet af EUD, se afsnit 4.2.1 og 4.2.2

²⁰¹ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217 og GDPR artikel 7, stk. 4

²⁰² *Cookie walls*. Datatilsynet

²⁰³ *Cookie walls*. Datatilsynet

²⁰⁴ Datatilsynets J.nr.:2021-31-5553

personoplysninger.²⁰⁵ De to udbudte tjenester skal svare til hinanden. Det vil sige, at såfremt betaling giver adgang til en tjeneste, skal der i vidt omfang være en tilsvarende tjeneste, man kan få adgang til gennem samtykke.²⁰⁶ Yderligere skal en virksomhed kunne påvise, at de formål som virksomheden anmoder om samtykke til, skal være en nødvendig del af alternativet til betaling. Såfremt personoplysningerne ikke anses som nødvendige, skal samtykkeløsningen være granulær, hvor den registrerede vil kunne træffe et frivilligt og specifikt valg om, hvad vedkommende samtykker til.²⁰⁷

Disse vurderinger af Datatilsynet kongruerer dog ikke med EUDs afgørelse C-61/19 *Orange Romania*.²⁰⁸ Det blev fastlagt af EUD, at kravet om at levere en anden ydelse som alternativ til samtykke, må fortolkes som et ekstra krav, da dette ikke opfylder kravet om et frivilligt samtykke.²⁰⁹ Datatilsynets vurdering er hertil, at nægtelse af samtykke ikke har negative konsekvenser for den registrerede, såfremt den registrerede bliver tilbudt et andet reelt alternativ til samtykke.²¹⁰ Med andre ord vurderes det af Datatilsynet i disse to afgørelser, at den registreredes frie valg ikke bliver påvirket negativt.

4.3.5 Anmodning om genoptagelse af afgørelserne vedrørende Jyske Fynske Medier og GulogGratis

I forlængelse af ovenstående to afgørelser²¹¹ traf Datatilsynet ny afgørelse den 8. februar 2023 om JFM og GulogGratis' brug af cookie walls, efter at virksomhederne havde anmodet om genoptagelse af sagerne.²¹² Datatilsynets afgørelse 2023-31-0217 er derfor udelukkende en vurdering af JFM og GulogGratis' anmodning om genoptagelse af ovenstående sager.

²⁰⁵ Datatilsynets J.nr.: 2021-31-5553 og Datatilsynets J.nr.: 2021-31-4871

²⁰⁶ Datatilsynets J.nr.: 2021-31-4871

²⁰⁷ Se afsnit 3.1.2.2

²⁰⁸ C-61/19, *Orange Romania*, og se afsnit 1.4.2

²⁰⁹ Se afsnit 4.2.2

²¹⁰ Datatilsynets J.nr.: 2021-31-4871 og se afsnit 3.2

²¹¹ Datatilsynets J.nr.: 2021-31-5553 og Datatilsynets J.nr.: 2021-31-4871

²¹² Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

GulogGratis.dk A/S har den 6. oktober 2023 rettet ny henvendelse til Datatilsynet i sagen, hvor Datatilsynet den 8. februar 2023 traf afgørelse om GulogGratis' brug af cookie walls. Tilsynet fandt, at GulogGratis ikke havde påvist, at virksomhedens behandling af personoplysninger skete i overensstemmelse med GDPR artikel 6, stk. 1, litra a og artikel 4, nr. 11, jf. GDPR art. 5, stk. 2, jf. art. 5, stk. 1, litra a.²¹³ Derfor fandt tilsynet grundlag for at meddele JFM og GulogGratis påbud om at kunne påvise, at det samtykke, der blev indhentet fra de besøgende på deres hjemmeside, opfyldte GDPRs krav om frivillighed i henhold til GDPR artikel 4, nr. 11.

Som opfølgning på påbuddet fra Datatilsynet, traf tilsynet desuden den 9. juni 2023 en yderligere afgørelse i sagen. Her fandtes det af Datatilsynet, at GulogGratis ikke havde påvist, at behandling af personoplysninger til statistiske formål kunne anses som en nødvendig del af alternativet til adgang mod betaling.²¹⁴ Herefter har GulogGratis den 6. oktober 2023 anmodet Datatilsynet om genoptagelse af sagen. Hertil skulle Datatilsynet overveje, hvorvidt GulogGratis' henvendelse gav anledning til, at tilsynet skulle genoptage sagen.

4.3.5.1 GulogGratis' bemærkninger

I sin anmodning om genoptagelse af 6. oktober 2023 anførte GulogGratis, at behandling af personoplysninger i statistisk øjemed sker til:

*“Optimering af brugerannoncering. GulogGratis foretager interaktionsanalyser, hvor vi kan identificere, hvilke brugsannoncer, der skaber størst “engagement”, ligesom vi kan se og danne analyser af, hvordan brugerne interagerer med brugerannoncer og andet indhold. Disse interaktionsanalyser gør det muligt for os at tilpasse og optimere vores platform og hjemmeside efter vores brugers præferencer, hvilket i lyset af præmissen for vores platform har stor kommerciel og økonomisk værdi for GulogGratis.”*²¹⁵

²¹³ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

²¹⁴ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

²¹⁵ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

Endvidere anførte GulogGratis, at disse interaktionsanalyser udgør et vigtigt værktøj i forhold til eksempelvis at definere, hvilke funktionaliteter brugerne anvender mest/mindst ved oprettelse af brugerannoncer, herunder også hvad årsagen til dette kan være. Hertil mentes det også at være med til at definere, hvilke karakteristika eventuelle købere lægger mest vægt på ved brugerannoncer.²¹⁶ Desuden blev det oplyst af GulogGratis, at interaktionsanalyserne kan ske på både individ-og populationsniveau. GulogGratis påpeger, at disse interaktionsanalyser gør det muligt for dem og deres annoncører at optimere deres annoncering. Dette kunne eksempelvis være, hvilke typer annoncer, der er mest effektive, altså hvilke annoncer der bliver klikket mest på. De nævnte interaktionsanalyser sker desuden på individ- og populationsniveau, hvor optimering af annoncering ofte hænger tæt sammen med selve annoncering på hjemmesiden, da optimeret annoncering er direkte afhængig af statistik relateret til tidligere annoncering.²¹⁷

Endvidere har GulogGratis anført, at virksomheden anvender statistik på en sådan måde, at de mener det kan sidestilles med målrettet markedsføring i relation til den kommercielle og økonomiske værdi af statistikken. Begrundelsen for dette er, at den form for avanceret statistik i praksis udgør en integreret del af GulogGratis' forretningsmodel.²¹⁸ Det anføres desuden at opdelingen mellem statistik og markedsføring som særskilte formål er et resultat af udviklingen indenfor udvikling og drift af hjemmesider og myndighedstilsyn hermed. GulogGratis påpeger, at sammenhængen mellem de to formål er så tæt knyttet, at det er diskutabelt, hvorvidt der egentlig er tale om to særskilte formål frem for et og samme formål.²¹⁹ GulogGratis anfører hertil, at anvendelsen af avanceret statistik, som led i optimering af annoncering, er direkte forbundet med selve annonceringen på hjemmesiden, og derfor også generering af indtægt på anden måde end gennem brugernes betaling.²²⁰ GulogGratis anfører, at det af denne årsag, udgør behandling af personoplysninger til statistiske og markedsføringsformål en del af et både rimeligt og nødvendigt betalingsalternativ.²²¹ Derfor er det også virksomhedens vurdering, at det betalingsalternativ, som GulogGratis havde angivet i sin cookie wall på hjemmesiden,

²¹⁶ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

²¹⁷ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

²¹⁸ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

²¹⁹ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

²²⁰ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

²²¹ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

repræsenterede *ét* samlet betalingsalternativ bestående af to sammenhængende formål, der økonomisk og kommercielt svarede til brugernes mulighed for at betale med fysiske penge.²²² Slutligt er det anført af GulogGratis i sin anmodning om genoptagelse af sagen, at de har ret til at udøve et vist skøn, som efter GulogGratis' opfattelse ligger inden for rammerne for, hvad Datatilsynet bør acceptere.²²³

4.3.5.2 Datatilsynets vurdering

Datatilsynet bemærker, at GulogGratis' behandling af personoplysninger med henblik på at gennemføre statistik, ikke kan anses for at have en direkte tilknytning til finansiering af indholdet.²²⁴ Datatilsynet påpeger, at markedsføringsformålet gør det grundlæggende muligt for annonceringspartnere at købe sig adgang til reklamer mv. på hjemmesiden, og derved afvikle personaliserede annoncer og modtage annonceindtægter. Derimod gør statistiske formål det muligt for GulogGratis at gennemføre analyser af, hvorledes hjemmesidens indhold og annoncering kan optimeres.²²⁵ Disse formål gør det muligt at tilrettelægge hjemmesiden på en eventuel mere hensigtsmæssig måde for brugerne og annoncørerne. Derfor mener Datatilsynet fortsat, at statistiske formål og markedsføringsformål er to særskilte formål i databeskyttelsesrettens henseende.²²⁶ Heraf udgør markedsføringsformål alene en nødvendig del af alternativet til adgang mod betaling. Datatilsynet henviser desuden til den tidligere Artikel 29-gruppe, hvor det blev udtalt, "*at den dataansvarlige generelt skal undgå at identificere et enkelt bredt formål for at retfærdiggøre en række behandlingsaktiviteter, der relaterer sig til det indledende formål.*"²²⁷ Dermed skal hvert enkelt formål være specifikt udformet til, at registrerede kan vurdere, hvorvidt indsamlingen af personoplysninger til det pågældende formål er lovlig. Datatilsynet henviser desuden til EDPBs retningslinjer om samtykke, hvoraf det fremgår, at en dataansvarlig der indhenter samtykke til flere forskellige

²²² Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

²²³ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

²²⁴ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

²²⁵ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

²²⁶ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

²²⁷ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217 og *Udtalelse 3/2013 om formålsbegrænsning*. Artikel 29-gruppen, s. 16

formål, skal give mulighed for tilvalg af hvert enkelt formål, så hjemmesidebesøgende kan give specifikt samtykke til helt specifikke formål.²²⁸

Derudover henviser Datatilsynet også til afgørelsen C-175/20, *S« SIA mod Valsts ieņēmumu dienests*, hvor vigtigheden af, at den dataansvarlige præciserer de specifikke formål med indsamlingen af personoplysninger bliver understreget.²²⁹ Dette er navnlig med henblik på at gøre det muligt for den registrerede at sikre sig, at en efterfølgende behandling af oplysningerne er lovlig.

Desuden anvender Datatilsynet også deres egen vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende og tilsynets vejledning om direkte markedsføring.²³⁰ I betragtning af dette påpeger Datatilsynet, at behandling af personoplysninger om, hvordan hjemmesidebesøgende bruger hjemmesiden med henblik på at tilpasse og optimere hjemmesiden, må anses som et separat formål i databeskyttelsesretten fra behandling af personoplysninger til annoncører med henblik på personaliseret annoncering.²³¹ Derfor afvises det af Datatilsynet at genoptage sagen, eftersom GulogGratis' anmodning efter tilsynets vurdering ikke indeholder nye faktiske oplysninger om sagen, af så væsentlig betydning, at sagen eventuelt ville kunne få andet udfald end tidligere.²³²

Datatilsynets afgørelse illustrerer dermed hvorvidt GulogGratis samt JFMs samtykkeløsninger og fremgangsmåder opfylder kravene til et frivilligt, specifikt og informeret i henhold til GDPR artikel 4, nr. 11, og hvorvidt statistiske formål er en nødvendig del af alternativet til adgang mod betaling. I begge afgørelser gives der af Datatilsynet udtryk for, at en dataansvarlig kan motivere den registrerede til at give samtykke, uden det modsiger frivillighedskravet, såfremt afgivelse af samtykke er forbundet med en eller flere fordele for den registrerede, og det ikke har negative konsekvenser eller meromkostninger for den registrerede, såfremt vedkommende

²²⁸ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217 og *Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679*. EDPB, s. 15

²²⁹ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217 og C-175/20, *Valsts ieņēmumu dienests*, p. 71

²³⁰ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

²³¹ Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

²³² Datatilsynets J.nr.: 2023-31-0217

ikke ønsker at give samtykke.²³³ Anmodningen om genoptagelse af sagen giver en dybdegående beskrivelse af, hvorfor GulogGratis og JFMs samtykkeløsninger har været i strid med GDPR. På trods af GulogGratis' bemærkninger, finder Datatilsynet ikke, at det ændrer udfaldet af afgørelsen.

4.3.6 JP/Politikens samtykkeløsning på www.eb.dk

I 2021 havde Datatilsynet særlig fokus på behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende. På baggrund heraf indledte Datatilsynet et skriftligt tilsyn med blandt andet JP/Politiken A/S' behandling af personoplysninger på hjemmesiden www.eb.dk.²³⁴ JP/Politiken havde på tidspunktet for tilsynets opstart af sagen implementeret en samtykkeløsning på hjemmesiden, hvoraf følgende fremgik:

“Det er dit valg. Vi indsamler og bruger data for at kunne levere og finansiere tidssvarende journalistisk indhold til dig. Vi og vores samarbejdspartnere ønsker at anvende cookies og persondata om IP, ID og browser-oplysninger til brug for statistik og marketingformål. Det vil sige, at vi opbevarer og/eller tilgår oplysninger på din enhed for at vise tilpassede annoncer og annoncemåling, tilpasset indhold, indholdsmåling, målgruppeindsigter og produktudvikling. Der anvendes desuden præcise geoplaceringsoplysninger og aktiv scanning af enhedskaraktetika til identifikation. Under ”Tilpas indstillinger” kan du vælge hvem og til hvilke formål, der må blive sat cookies og behandlet persondata. Se også vores persondatapolitik. Du kan altid trække dit samtykke tilbage og rette indstillinger ved at klikke på ”Administrér samtykke” på siderne.”²³⁵

JP/Politiken anvendte en samtykkeløsning, der gav hjemmesidebesøgende tre forskellige valgmuligheder: ”Kun nødvendige” (i et rødt felt), ”Tilpas Indstillinger” (i et gråt felt) og ”Acceptér alle” (i et grønt felt). Af samtykke løsningens første lag fremgik det, at JP/Politiken behandlede personoplysninger til statistik-og markedsføringsformål. Hvis den

²³³ Datatilsynets J.nr.: 2021-31-4871, 2021-31-5553 og 2021-31-0217

²³⁴ Datatilsynets J.nr.: 2021-41-0149

²³⁵ Datatilsynets J.nr.: 2021-41-0149

hjemmesidebesøgende klikkede på "*Tilpas indstillinger*", blev denne ledt over på et *andet lag* af samtykkeløsningen. På det andet lag havde den besøgende mulighed for at til- og/eller fravælge de enkelte formål.²³⁶ Hvis den besøgende valgte knappen "*Acceptér alle*", blev de ikke præsenteret for informationerne i andet lag.

Datatilsynet lagde vægt på, at samtykke givet af den registrerede skal være givet frivilligt. For at samtykket anses for at være givet frivilligt, skal den registrerede have et frit valg og kontrol over personoplysninger om sig selv.²³⁷ Samtykke anses ikke for at være frivilligt, såfremt den registrerede ikke har et reelt eller frit valg, og enhver form for upassende pres på eller påvirkning af den registreredes frie vilje medfører, at samtykket anses for at være ugyldigt.²³⁸ Yderligere konstaterer Datatilsynet, at samtykke anses for ikke at være frivilligt, hvis proceduren for opnåelse af samtykke ikke giver den registrerede mulighed for at give særskilt samtykke til forskellige behandlingsformål, og tvinger den registrerede til at samtykke til flere og/eller samtlige formål, jf. GDPR art. 4, nr. 11 og art. 7, stk. 4.²³⁹ Tilsynet fastslår altså at et samtykke skal granuleres.

For så vidt angår kravet informeret vurderes det af Datatilsynet, at kravet indebærer, at den registrerede skal være klar over, hvad vedkommende giver samtykke til. Dette kræver som minimum, at den registrerede informeres om den dataansvarliges identitet, formålet med behandlingen, hvilke oplysninger der behandles, og den registreredes ret til at trække sit samtykke tilbage. Datatilsynet vurderede, at de hjemmesidebesøgende der valgte knappen "*Acceptér alle*" på baggrund af samtykkeløsningens første lag, ikke blev tilstrækkeligt informeret efter GDPR artikel 4, nr. 11. Dette begrundes i, at de besøgende ikke blev præsenteret for informationerne i det andet lag, og derfor ikke vidste, at deres personoplysninger også blev behandlet til præferenceformål. Desuden konstaterede tilsynet, at det var uden betydning, at den registrerede efterfølgende kunne finde de informationer, som

²³⁶ Datatilsynets J.nr.: 2021-41-0149

²³⁷ Datatilsynets J.nr.: 2021-41-0149

²³⁸ Datatilsynets J.nr.: 2021-41-0149

²³⁹ Datatilsynets J.nr.: 2021-41-0149

fremgik af samtykkeløsningens andet lag. Samtykket var dermed ikke et lovligt behandlingsgrundlag efter GDPR artikel 6, stk. 1, litra a.²⁴⁰

Yderligere fastslog Datatilsynet, at JP/Politikens samtykke løsning var designet på en måde, som var i strid med GDPR artikel 5, stk. 1, litra a. Med afgørelsen fastslog tilsynet, at der er store frihedsgrader for brug af farvevalg og designelementer, så længe designet ikke skubber den hjemmesidebesøgende i en bestemt retning af valg, der fører til ulovlige scenarier eller underminere den registreredes rettigheder.²⁴¹ Det var altså tilsynets vurdering at den hjemmesidebesøgende fik præsenteret sine valgmuligheder i farvede knapper (rød, grøn og grå farve), hvilket samlet udgjorde en overtrædelse af de grundlæggende principper om lovlighed, rimelighed og gennemsigtighed.²⁴²

Denne afgørelse er derfor et udtryk for, at såfremt informationer gives i flere lag, skal de informationer, der fremgår af første lag, være tilstrækkelige nok til, at den registrerede kan træffe en velinformeret beslutning. Det vil sige, at det heller ikke må skade den registrerede, hvis vedkommende samtykker på baggrund af informationerne i første lag, uden at have læst informationerne i andet lag. Hvis den registrerede samtykker på et ikke tilstrækkeligt oplyst grundlag, kan den registrerede også være i øget risiko for at miste kontrollen over sine personoplysninger. Dette skyldes, at det ikke er tydeligt, hvad der reelt gives samtykke til, og hvilke konsekvenser valget har for den registrerede. Såfremt en dataansvarliges samtykkeløsning designes på en måde, hvor kravet informeret opfyldes ved at give informationerne i flere lag, skal alle formål med behandlingen samt den dataansvarliges identitet gives allerede i første lag. Derudover fastslår Datatilsynet i afgørelsen, at kravet informeret ikke er opfyldt, hvis den dataansvarlige blot henviser den registrerede til virksomhedens persondatapolitik, når oplysningerne der er givet i første lag ikke informerer om den dataansvarliges identitet og formålet med behandlingen.²⁴³

²⁴⁰ Datatilsynets J.nr.: 2021-41-0149

²⁴¹ Datatilsynets J.nr.: 2021-41-0149

²⁴² Datatilsynets J.nr.: 2021-41-0149

²⁴³ Datatilsynets J.nr.: 2021-41-0149

Slutligt fastslår afgørelsen, at den dataansvarliges samtykkeløsning ikke må være opstillet på en måde, hvor den registreredes mulighed for at udøve et frivilligt og informeret valg kan omgås. Dette var tilfældet i afgørelsen, hvor den hjemmesidebesøgendes ikke blev præsenteret for tilstrækkelig information ved valg af *“Acceptér alle”*.²⁴⁴ Derfor viser afgørelsen også relationen mellem kravene til et gyldigt samtykke i GDPR artikel 4, nr. 11 og de grundlæggende principper i artikel 5, stk. 1, litra a. Såfremt en samtykkeløsning opstilles på en måde, der gør det muligt at omgå samtykkereglerne, er det altså ikke rimeligt eller gennemsigtigt for den registrerede.

4.3.7 Ugyldigt samtykke i cookie walls på www.berlingske.dk

Datatilsynet har på baggrund af flere konkrete henvendelser af egen drift besluttet nærmere at undersøge Berlingske Media A/S’²⁴⁵ behandling af personoplysninger på www.berlingske.dk. Datatilsynet har truffet afgørelse om Berlingskes fremgangsmåde på deres hjemmeside, hvor alle brugere afskæres fra at tilgå indlejret indhold fra tredjeparter på hjemmesiden, medmindre brugeren giver samtykke til behandling af personoplysninger til statistiske formål og markedsføringsformål ved brug af cookies. Afgørelsen tager således stilling til, hvornår et samtykke kan anses for at være afgivet frivilligt.²⁴⁶ Indledningsvist i Datatilsynets vurdering fastslås det, at brugere under visse betingelser kan anses for at have et reelt og frivilligt valg i en situation, hvor:

*“en virksomhed tilbyder brugerne adgang til delindhold på hjemmesiden mod indhentelse af samtykke til behandling af personoplysninger, så længe virksomheder også tilbyder en alternativ måde at tilgå indholdet på, som ikke involverer behandling af personoplysninger.”*²⁴⁷

Om den alternative måde at tilgå indholdet på hjemmesiden, forudsættes det af Datatilsynet, at delindholdet i vidt omfang skal være tilsvarende, uanset om brugeren opnår adgang ved at give

²⁴⁴ Datatilsynets J.nr.: 2021-41-0149

²⁴⁵ Omtales fremover Berlingske

²⁴⁶ Datatilsynets J.nr.: 2023-431-0010

²⁴⁷ Datatilsynets J.nr.: 2023-431-0010

samtykke til behandling af personoplysninger eller betaler herfor. På baggrund heraf vurderer Datatilsynet, at Berlingskes fremgangsmåde ikke opfylder GDPRs krav til et gyldigt samtykke, jf. GDPR art. 6, stk. 1, litra a, og art. 4, nr. 11. I den henseende lægges der vægt på, at Berlingske i samtykkeløsningen ikke tilbyder et rimeligt alternativ til behandlingen af personoplysninger. Således er det Datatilsynets vurdering, at brugere ikke reelt præsenteres for et frit valg.²⁴⁸

Ydermere sidestilles Berlingskes fremgangsmåde af Datatilsynet med tilsynets praksis om brug af cookie walls.²⁴⁹ Afgørelsen adskiller sig udelukkende ved, at Berlingske gør adgangen til delindhold betinget af et samtykke, hvor fremgangsmåden i tidligere afgørelser var benyttet til adgangen til hele hjemmesiden. Datatilsynet bemærker hertil, at der ikke er grundlag for at behandle de to situationer forskelligt. Heraf kan det altså udledes, at enhver fremgangsmåde, hvor brugers adgang til dele af eller hele hjemmesiden betinges af et samtykke af behandling af personoplysninger uden et alternativ, ikke vil opfylde kravene til gyldigt samtykke.²⁵⁰

På baggrund af ovenstående har Datatilsynet påbudt Berlingske at sikre, at det samtykke, der indhentes fra brugere på berlingske.dk opfylder GDPRs krav til et gyldigt samtykke, jf. GDPR art. 6, stk. 1, litra a, jf. art. 4, nr. 11. Slutligt bemærker Datatilsynet, at i det omfang Berlingske ønsker at efterkomme påbuddet ved at benytte fremgangsmåden, skal brugerne opnå adgang til indhold der i vidt omfang er tilsvarende. Derved videreføres Datatilsynets praksis, navnlig j.nr. 2021-31-5553 og j.nr. 2021-31-4871, hvor det afgøres, at indholdet af valgmulighederne i vidt omfang skal være tilsvarende.²⁵¹ Afgørelsen fastholder Datatilsynets praksis i tidligere afgørelser vedrørende brugen af cookie walls, hvor der stilles krav til, at brugere præsenteres for et frit valg ved tilgangen af en hjemmesides indhold. Det kan således sikres ved at give brugeren et alternativ til at samtykke til behandling af vedkommendes personoplysninger.

²⁴⁸ Datatilsynets J.nr.: 2023-431-0010

²⁴⁹ Datatilsynets J.nr.: 2021-31-5553 og 2021-31-4871

²⁵⁰ Datatilsynets J.nr.: 2023-431-0010

²⁵¹ Datatilsynets J.nr.: 2023-431-0010

4.4 Afgørelser af Digitaliseringsstyrelsen

4.4.1 Påbud til Google LLC

Digitaliseringsstyrelsen har 30. oktober 2023 sendt påbud til Google LLC²⁵² om at ændre samtykkeløsningen på hjemmesiden <https://google.dk>, da den er i strid med Cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 1, jf. § 2, nr. 8. Afgørelsen sker på baggrund af at Erhvervsstyrelsen i efteråret 2022 fremsendte høringsbreve til Google, som herefter har afgivet bemærkninger i sagen, hvilket har givet Digitaliseringsstyrelsen anledning til at træffe afgørelse i sagen.²⁵³ Afgørelsen fastslår omfanget af Cookiebekendtgørelsens anvendelsesområde. Derudover tager afgørelsen stilling til en række overtrædelser, som vedrører kravene til samtykke, adgangen til at tilbagetrække samtykke, samt krav til hvornår oplysninger om cookies er fyldestgørende. De konkrete overtrædelser er udeladt af analysen af afgørelsen, da de tages stilling til disse på lignende vis i afgørelsen, som analyseres i afsnit 4.4.2. Analysen af denne afgørelse fastlægger Cookiebekendtgørelsens anvendelsesområde.

Indledningsvist fastslås Digitaliseringsstyrelsens territoriale kompetence, da Google anfører, at pligtsubjektet for Cookiebekendtgørelsen er begrænset til hjemmesideoperatøren, som i dette tilfælde er Google Ireland Limited, på trods af, at det er Google LLC, som er etableret i USA, der ejer hjemmesiden.²⁵⁴ Google gør endvidere gældende, at Digitaliseringsstyrelsen ikke har kompetence til at føre tilsyn med brugen af cookies på hjemmesiden, da Google er af den opfattelse, at brugen af cookies på hjemmesiden blot er omfattet af den irske implementering af E-databeskyttelsesdirektivet, som er underlagt den irske databeskyttelsesmyndighed. I denne henseende anmærker Digitaliseringsstyrelsen, hvem der kan ifalde pligtsubjekt efter E-databeskyttelsesdirektivets og Cookiebekendtgørelsen, som alle fysiske eller juridiske personer, der lagrer oplysninger, opnår adgang til oplysninger, lader tredjeparter lagre eller opnå adgang til oplysninger. På baggrund heraf konkluderer Digitaliseringsstyrelsen, at: *“ejereren af en hjemmeside er pligtsubjekt for brugen af cookies og lignende teknologier på den pågældende hjemmeside, i det ejereren af hjemmesiden har den endelige kontrol over indholdet af hjemmesiden [...]”*. Google LLC er dermed pligtsubjekt, hvorfor Google LLC er underlagt

²⁵² Omtales fremover Google

²⁵³ Påbud til Google. *Digitaliseringsstyrelsen*, s. 1

²⁵⁴ Påbud til Google. *Digitaliseringsstyrelsen*, s. 4

kravene som følger af Cookiebekendtgørelsen. Ydermere fastslår Digitaliseringsstyrelsen, at det er muligt at udlicitere den praktiske og tekniske placering af cookies og lignende teknologier til en anden, men at det fortsat er ejeren af hjemmesiden, som er ansvarlig for overholdelsen af Cookiebekendtgørelsen.²⁵⁵

Herefter fastslås reglernes territoriale anvendelsesområde. Indledningsvist bemærker Digitaliseringsstyrelsen, at E-databeskyttelsesdirektivet ikke indeholder nogen regulering af reglernes anvendelsesområde, hvorfor Cookiebekendtgørelsens anvendelsesområde ikke kan begrænses som følge heraf. I dette henseende bemærkes det endvidere, at Cookiebekendtgørelsen ikke indeholder regulering angående territorial tilsynskompetence, samt pligt til at samarbejde med eller overdrage sager til andre medlemsstaters tilsynsmyndigheder. Digitaliseringsstyrelsen omtaler af denne grund det EDPBs notat fra 2021, som har til formål at ensrette de nationale tilsynsmyndigheders praksis på området. Her oplistes det, at en tilsynsmyndighed har kompetence hvis: *“den dataansvarlige eller databehandleren er etableret i den pågældende medlemsstat”* og *“behandlingen af personoplysninger foretages som led i etableringens aktiviteter, selvom eneansvaret for indsamling og behandling af personoplysninger inden for EU tilkommer en anden etablering i koncernen, som er beliggende i en anden medlemsstat.”* Digitaliseringsstyrelsen fortolker med baggrund i de to betingelser i EDPBs notat og EUD-praksis, at Digitaliseringsstyrelsen ikke er omfattet af reglerne om samarbejds- og sammenhængsmekanismer.²⁵⁶

Angående hvorvidt Google anses for at være etableret i Danmark, bemærker Digitaliseringsstyrelsen, at begrebet etablering på baggrund af EUDs fortolkning i sagen C-230/14 omfatter: *“enhver, selv minimal, reel og faktisk aktivitet, der udøves via en permanent struktur.”* Da Google ApS har registreret selskabsadresse i København samt registrerede ansatte, anser Digitaliseringsstyrelsen Google for at være etableret i Danmark. I forlængelse heraf fastslår Digitaliseringsstyrelsen, at behandlingen foretages som led i etableringens aktiviteter på baggrund af EUDs afgørelser C-131/12 og C210/16. Heraf udledes det, at behandlingen skal foretages som led i etableringens aktiviteter, ikke skal fortolkes

²⁵⁵ Påbud til Google. Digitaliseringsstyrelsen, s. 5

²⁵⁶ Påbud til Google. Digitaliseringsstyrelsen, s. 6

indskrænkende, da det ikke er et krav, at behandlingen foretages af etablering i medlemsstaten, da det blot skal være som led i etablerings aktiviteter. På baggrund heraf konkluderer Digitaliseringsstyrelsen, at det er uløseligt forbundet med placering af cookies på danske brugeres terminaludstyr via hjemmesiden. Af den grund sker behandlingen som led i de aktiviteter, som Google Denmark ApS udfører på det danske marked på vegne af Google LLC. Digitaliseringsstyrelsen statuerer herved, at en grænseoverskridende koncernforbindelse kan danne grundlag for Digitaliseringsstyrelsens territoriale kompetence.²⁵⁷

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at det territoriale anvendelsesområde for Cookiebekendtgørelsen har et særdeles vidt omfang på trods af den manglende regulering heraf. Afgørelsen danner således grundlag for, at Digitaliseringsstyrelsen kan påbyde både nationale og udenlandske hjemmesideejere at opfylde kravene som fremgår af Cookiebekendtgørelsen, såfremt betingelserne herfor opfyldes. Grundet sparsom praksis på området er det fortsat uvist, hvor stort omfanget af anvendelsesområdet er. På trods af det giver afgørelsen anledning til at situationer, hvor koncerner struktureres som Google, oftest vil i falde pligtsubjekt, hvorfor disse vil være omfattet af Cookiebekendtgørelsen.

4.4.2 Påbud til Meta Platforms

Digitaliseringsstyrelsen har i 2023 sendt påbud til Meta Platforms²⁵⁸ angående Metas cookieløsning på hjemmesiden <https://da-dk.facebook.com>. Afgørelsen indeholder påbud om ændringer af Metas anvendelse af cookies på hjemmesiden, da den nuværende anvendelse er i strid med Cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 1. Dette sker på baggrund af Erhvervsstyrelsens henvendelse til Meta Platforms i slutningen af 2022. Analysen af denne afgørelse har til formål at fastslå den gældende ret vedrørende kravene til samtykke, adgangen til at tilbagetrække samtykke, samt krav til hvornår oplysninger om cookies er fyldestgørende. Da Cookiebekendtgørelsens anvendelsesområde er fastslået i afsnit 4.4.1, analyseres disse ikke yderligere i dette afsnit.

²⁵⁷ Påbud til Google. *Digitaliseringsstyrelsen*, s. 8-9

²⁵⁸ Omtales fremover Meta

Indledningsvist fastslår Digitaliseringsstyrelsen, at et samtykke udgør *“Enhver frivillig, specifik og informeret viljestilkendegivelse, hvorved slutbrugeren indvilliger i, at der lagres oplysninger eller opnås adgang til allerede lagrede oplysninger i slutbrugers terminaludstyr”*, jf. Cookiebekendtgørelsens § 2, nr. 8. Herefter slås det fast, at denne bestemmelse skal forstås i overensstemmelse med definitionen af samtykkebegrebet i GDPR artikel 4, nr. 11.²⁵⁹ Det vil sige, at kravene til gyldigt samtykke i Cookiebekendtgørelsen bør repræsentere kravene, der er at finde i GDPR.

Meta påbydes at ændre hjemmesidens samtykkeløsning i deres cookiebannere for både registrerede brugere og ikke-registrerede brugere. Disse er dog forskellige afhængigt af, hvilken type bruger der er tale om. Af den grund behandles disse særskilt af Digitaliseringsstyrelsen. På hjemmesidens cookiebanner rettet mod registrerede brugere præsenteres slutbrugeren for en mulighed til at samtykke til to overordnede formål: *“Vores cookies på andre apps og websites”* og *“Cookies fra andre virksomheder”*. Om førstnævnte formål oplyses at disse cookies installeres med henblik på at kunne tilpasse og forbedre oplevelsen, hjælpe virksomheder med analyser og måling af annonceeffektivitet samt at levere tjenester uden for hjemmesiden. Om andennævnte formål oplyses det at der anvendes værktøjer fra andre virksomheder til både annoncerings- og målingstjenester.²⁶⁰ På baggrund af Metas oplysninger om de to formål, vurderer Digitaliseringsstyrelsen at disse hver især dækker over flere forskellige overordnede formål. På denne måde tvinges de registrerede brugere til at samtykke til flere forskellige formål gennem et samlet samtykke. Hertil fastslår Digitaliseringsstyrelsen, at de registrerede brugere ikke gives *“tilstrækkelig mulighed for at til- eller fravælge at samtykke til de forskellige overordnede formål, og samtykket opfylder derfor ikke betingelserne om at være frivilligt og specifikt”*, hvorfor det vurderes, at samtykkeløsningen er i strid med Cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 1, jf. § 2, nr. 8.²⁶¹ Digitaliseringsstyrelsen stiller dermed krav til granularitet i cookiebannerets samtykkeløsning, for at denne kan anses for at opfylde kravene om, at samtykket skal være frivilligt og specifikt.

²⁵⁹ Påbud til Meta Platforms, *Digitaliseringsstyrelsen*, s. 3

²⁶⁰ Påbud til Meta Platforms, *Digitaliseringsstyrelsen*, s. 6

²⁶¹ Påbud til Meta Platforms, *Digitaliseringsstyrelsen*, s. 7

Angående samtykkeløsningen i cookiebanneret rettet mod ikke-registrerede brugere stilles der ligeledes krav om granularitet. Ved denne samtykkeløsning præsenteres slutbrugeren i første informationslag for:

“Vi bruger værktøjer fra andre virksomheder på Facebook til annoncerings- og målingstjenester uden for Meta-produkterne, til analyser og til at levere visse funktioner og forbedre vores tjenester for dig. Disse virksomheder bruger også cookies. Du kan tillade brugen af alle cookies, kun nødvendige cookies, eller du kan vælge flere muligheder nedenfor. Du kan læse mere om cookies og om, hvordan vi bruger dem, samt når som helst gennemgå eller ændre dine valg i vores politik om cookies.”

Det er Digitaliseringsstyrelsens vurdering, at det ikke er muligt for slutbrugeren at give et granuleret samtykke på baggrund af de enkelt overordnede formål, da slutbrugeren i cookiebanneret præsenteres for to muligheder: *“Tillad kun nødvendige cookies”* og *“Tillad nødvendige og valgfrie cookies”*.²⁶² Ud fra et høringssvar fra Meta og beskrivelsen i cookiebanneret, vurderes det, at der ved samtykke til valgfrie cookies gives samtykke til flere forskellige overordnede formål. Herved opfylder samtykkeløsningen ikke betingelserne for at være frivilligt og specifikt. Denne samtykkeløsning blev herefter ændret til at der i cookiebanneret fremgik et link til Metas cookiepolitik, hvor det var muligt for brugeren at administrere sit samtykke til brugen af cookies. Denne funktion, som giver ikke-registrerede brugere mulighed for at administrere sit samtykke, indeholder dog fortsat tilsvarende mulighed for at give ét samlet samtykke, da der kun er en enkelt formålskategori, som slutbrugeren kan tilvælge. Ændringen af samtykkeløsningen anses derfor stadig ikke for at være frivilligt og specifikt. På baggrund heraf vurderer Digitaliseringsstyrelsen, at ingen af de ovennævnte samtykkeløsninger opfylder betingelserne i Cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 1, jf. § 2, nr. 8.²⁶³ Digitaliseringsstyrelsen fastslår herved et tydeligt krav om, at samtykkeløsninger i cookiebannere skal leve op til kravet om granularitet. Samtykke til flere overordnede formål, som indhentes ved ét samlet samtykke, anses ikke for at være frivilligt og specifikt, uanset hvorvidt slutbrugeren kan anses for at være en registreret bruger eller ej. Samtykke bør i stedet

²⁶² Påbud til Meta Platforms, *Digitaliseringsstyrelsen*, s. 7

²⁶³ Påbud til Meta Platforms, *Digitaliseringsstyrelsen*, s. 8

indhentes til hvert enkelt formål, hvis samtykkeløsningen skal opfylde kravene i Cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 1, jf. § 2, nr. 8.

Digitaliseringsstyrelsen påbud til Meta indeholder ydermere påbud om ændring af adgangen til at tilbagetrække samtykket for ikke registrerede brugere. Digitaliseringsstyrelsen bemærker hertil, at det af Cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 1, jf. § 3, stk. 2, nr. 4 fremgår en forudsætning for brugen af cookies og lignende teknologier, at *“der er en umiddelbart tilgængelig adgang for slutbrugeren til at afslå eller tilbagekalde samtykke samt en klar, præcis og letforståelig vejledning om, hvordan slutbrugeren anvender denne adgang.”* Hertil oplyses det at såfremt slutbrugeren ønsker at tilbagekalde sit samtykke til Meta, kræves det, at de ikke-registrerede brugere gør følgende: *“1. ”klikker” på ”politik om cookies” i cookiebanneret 2. ”klikker” på ”Administrer dine cookies” 3. ”klikker” på linket: Du kan administrere cookies fra andre virksomheder i Metaprodukterne fra denne browser i pop-up-vinduet.”* Om adgangen til at tilbagetrække sit samtykke vurderer Digitaliseringsstyrelsen, at denne ikke er umiddelbart tilgængelig for slutbrugeren, da det kræver adskillige klik inden slutbrugeren får adgang til at administrere sit samtykke. Af denne grund vurderes det, at adgangen til at tilbagekalde samtykket således ikke lever op til kravene i Cookiebekendtgørelsen § 3, stk. 1, jf. § 3, stk. 2, nr. 4.²⁶⁴ Digitaliseringsstyrelsen fastslår herved, at adgangen til at tilbagetrække samtykke skal være umiddelbar tilgængelig for slutbrugeren. Herom kan det siges, at blot få klik kan medvirke til, at adgangen ikke kan anses for at være umiddelbar tilgængelig. Afgørelsen kan af den grund anses for at skærpe kravene til hvornår der er tale om umiddelbar tilgængelig adgang.

Endvidere konstaterer Digitaliseringsstyrelsen, at hjemmesiden ikke giver slutbrugeren fyldestgørende oplysninger om de cookies og lignende teknologier, som anvendes på hjemmesiden. Digitaliseringsstyrelsen oplyser, at Meta i et høringssvar har gjort gældende, at løsningen på hjemmesiden er i overensstemmelse med Erhvervsstyrelsens vejledning fra 2013. Digitaliseringsstyrelsen bemærker dog, at denne ikke længere er gældende, eftersom den er blevet erstattet af en ny vejledning i december 2019. Digitaliseringsstyrelsen fastslår, at betingelserne i Cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 1, jf. § 3, stk. 2, alene opfyldes såfremt *“slutbrugeren får stillet fyldestgørende oplysninger til hver enkelt cookie og lignende*

²⁶⁴ Påbud til Meta Platforms, Digitaliseringsstyrelsen, s. 9

teknologi, der anvendes på hjemmesiden." Digitaliseringsstyrelsen henviser i dette henseende til Planet49-sagen om, at "*brugeren [skal være] i stand til uden besvær at bestemme følgerne af det eventuelle samtykke og at sikre, at dette samtykke gives med fuldt kendskab til følgerne*".²⁶⁵ Digitaliseringsstyrelsen konkluderer, at kravet om fyldestgørende oplysninger alene opfyldes, såfremt brugeren får en samlet oplistning af samtlige anvendte cookies og lignende teknologier.²⁶⁶ Digitaliseringsstyrelsen oplyser hertil, at på tidspunktet for høringen at der af Metas cookiepolitik alene fremgik generelle beskrivelser af formålene med de anvendte cookies. Der blev efter høringsbrevet foretaget en ændring på hjemmesiden, så brugerne gives en oplistning af cookies under "*De cookies, som vi bruger, og den måde, vi bruger dem på*". Over oplistningen beskrives der dog at "*Nedenfor vises de cookies, som vi normalt bruger, samt de almindeligste formål med disse cookies*". Dette opfatter Digitaliseringsstyrelsen dog som at "*der fortsat alene gives eksempler på de anvendte teknologier samt eksempler på deres mest gængse formål*." På baggrund heraf vurderer Digitaliseringsstyrelsen, at Metas løsninger ikke opfylder kravene Cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 1, jf. § 3 stk. 2, nr. 1-3, da de oplistede eksempler på anvendte cookies og lignende teknologier, ikke anses for at være fyldestgørende.²⁶⁷

Digitaliseringsstyrelsens påbud til Meta Platforms stiller altså en række krav til, hvorledes en samtykkeløsning i cookiebannere bør være. Først og fremmest statuerer afgørelsen kravet om granularitet i samtykkeløsningen. Samtykkeløsningen må ikke indeholde ét samlet samtykke til flere forskellige formål. I stedet skal den dataansvarlige indhente samtykke til hvert enkelt formål, for at opfylde betingelserne for et frivilligt og specifikt samtykke. Endvidere stiller afgørelsen krav til, at den dataansvarlige giver slutbrugeren umiddelbar tilgængelig adgang til at tilbagetrække sit samtykke. Kravet er skærpet til at blot få klik, kan gøre at løsningen er i strid med Cookiebekendtgørelsen. Endeligt skal den dataansvarlig give brugerne adgang til fyldestgørende oplysninger om cookies og lignende teknologier. Dette opfyldes ved at give adgang til en udtømmende liste over de anvendte teknologier med detaljerede oplysninger om udbyder, formål og funktionsvarighed for hvert enkelt anvendt cookie og lignende teknologier.

²⁶⁵ C-673/17, *Planet49*, pr. 74

²⁶⁶ Påbud til Meta Platforms, *Digitaliseringsstyrelsen*, s. 10

²⁶⁷ Påbud til Meta Platforms, *Digitaliseringsstyrelsen*, s. 11

4.5 Delkonklusion

Ovenstående afgørelser truffet af EUD fastslår, hvorledes GDPR artikel 4, nr. 11 bør fortolkes. Af afgørelsen C-673/17 Planet49 kan det konkluderes, at et forudafkrydset felt som den registrerede ikke selv har udfyldt, ikke opfylder kravet om specifikt, informeret og frivilligt i GDPR artikel 4, nr. 11. Desuden kan det heller ikke opfylde kravet om den registreredes utvetydige viljestilkendegivelse i henhold til GDPR artikel 4, nr. 11. EUD fastslår, at såfremt et samtykke er gyldigt, skal det være afgivet frivilligt og aktivt af den registrerede. Disse krav til et frivilligt afgivet samtykke fremgår endvidere af afgørelsen C-61/19 Orange Romania. Her blev det fastslået af EUD, at en aftale som indeholder et vilkår om, at den registrerede er blevet informeret om vedkommende har givet samtykke til indsamling og opbevaring af personoplysninger ikke kan påvise, at den registrerede har givet et gyldigt samtykke, såfremt vilkåret er forudafkrydset af den dataansvarlige. Det fastslås ydermere af EUD, at den registrerede ikke må blive mødt af yderligere erklæringer, såfremt vedkommende nægter at give samtykke, da dette anses som at påvirke den registreredes frie valg.

Datatilsynet har truffet principielle afgørelser om brugen af cookie walls. Datatilsynet fandt i flere tilfælde, at kravene til et gyldigt samtykke i henhold til GDPR artikel 4, nr. 11, ikke var opfyldt. I afgørelsen om JFM og GulogGratis fastslog Datatilsynet, at de ikke havde påvist behandlingen af hjemmesidebesøgendes personoplysninger til statistiske formål var nødvendig, og hertil opfyldte kravet om et frivilligt samtykke. Det blev konkluderet af tilsynet, at GulogGratis og JFMs behandling af personoplysninger var ulovlig. For at samtykket skal være gyldigt, skal det være granulært ved at kunne give et særskilt og specifikt samtykke til netop statistiske formål. I begge afgørelser tilbydes en alternativ adgang mod betaling, hvor tilsynet først og fremmest finder, at JFMs fremgangsmåde var ulovlig, da den tilbudte tjeneste mod samtykke ikke svarede til den, som blev tilbudt mod betaling. Dernæst fastslog tilsynet at GulogGratis' lignende fremgangsmåde var lovlig, da den tilbudte tjeneste mod samtykke i vidt omfang svarede til den tjeneste der blev tilbudt mod betaling. Datatilsynet fastholder desuden tidligere praksis i afgørelsen om ugyldigt samtykke i cookie walls på www.berlingske.dk. Hertil fastslår tilsynet, at enhver fremgangsmåde, hvor brugers adgang til dele eller hele af hjemmesiden betinges af et samtykke af behandling af personoplysninger uden et alternativ, ikke opfylder kravene til et gyldigt samtykke. Det blev endvidere fastslået af Datatilsynet i afgørelsen om JP/Politikens samtykkeløsning på hjemmesiden www.eb.dk, at hvis

informationer gives i flere lag, skal de informationer, der fremgår af første lag, være tilstrækkelige nok til, at den registrerede kan træffe et informeret valg. Det må derfor heller ikke skade den registrerede, hvis vedkommende giver samtykke på baggrund af informationerne i første lag, uden at have læst informationerne i andet lag.

I påbuddet til Google LLC af Digitaliseringsstyrelsen blev Cookiebekendtgørelsens anvendelsesområde fastslået. Det territoriale anvendelsesområde for bekendtgørelsen har et vidt omfang på trods af den manglende regulering heraf. Afgørelsen er et udtryk for, at Digitaliseringsstyrelsen kan påbyde både nationale og udenlandske hjemmesideejere at opfylde kravene i Cookiebekendtgørelsen. Digitaliseringsstyrelsen fastslår to betingelser for at ifalde pligtsubjekt. Den dataansvarlige skal være etableret i den pågældende medlemsstat, og at behandling af personoplysninger foretages som led i etablering aktiviteter. På trods af den sparsomme praksis på området, giver afgørelsen anledning til situationer, hvor koncerner struktureres som Google eller lignende, ofte vil ifalde pligtsubjekt, og derfor være omfattet af bekendtgørelsen. I Digitaliseringsstyrelsens påbud til Meta Platforms stilles de samme krav til hvorledes en samtykkeløsning i cookiebanner bør være, som Datatilsynet og GDPR gør. Som Datatilsynet fastslog i de øvrige afgørelser som specialet har analyseret, fastslår styrelsen endvidere kravet om granularitet i samtykkeløsninger. Derudover stiller Cookiebekendtgørelsen krav til at samtykkeløsninger ikke må indeholde ét samlet samtykke til flere forskellige formål, hvor styrelsen fastslår den dataansvarlige i stedet skal indhente samtykke til hvert enkelt formål for at opfylde betingelserne til et frivilligt og specifikt samtykke. Afgørelsen stiller krav til, at den dataansvarlige sikrer, at slutbrugeren har umiddelbar tilgængelig adgang til at tilbagetrække sit samtykke. Desuden skal den dataansvarlige give brugerne adgang til fyldestgørende oplysninger om cookies eller lignende teknologier, hvilket opfyldes ved at give adgang til en udtømmende liste over de anvendte cookies eller lignende teknologier.

Kapitel 5 - Overensstemmelse mellem GDPR og consent or pay-løsninger

5.1 Indledende bemærkninger

EDPB har den 17. april 2024 vedtaget en udtalelse om løsninger, hvor brugeren enten kan give samtykke til behandling af personoplysninger til brug for adfærdsbaseret markedsføring eller betaler penge for adgang til en service.²⁶⁸ *Consent or pay* består i, at den registrerede tilbydes et valg med hensyn til at få adgang til den dataansvarliges online service. Dette valg består ofte i, at den registrerede kan give samtykke til behandling af personoplysninger til brug for adfærdsbaseret markedsføring, eller betale et antal beløb for adgang til den pågældende service.²⁶⁹ Datatilsynets har i afgørelserne om GulogGratis og JFM taget stilling til, hvorvidt dette opfylder kravene til et frivilligt og dermed gyldigt samtykke. Dette afsnit har til formål at diskutere, hvorvidt Datatilsynets afgørelser kongruerer med EUDs afgørelser, samt udtalelsen af EDPB. Hertil bør bemærkes, at vejledninger og udtalelser fra EDPB ikke er en autoritativ retskilde, hvorfor disse ikke er bindende for domstolene. Det er derfor nødvendigt at påtale, at disse udelukkende fungerer som EDPBs bud på, hvordan reglerne skal fortolkes. Dog skal det nævnes, at afgørelser fra tilsynsmyndighederne oftest vil blive truffet i overensstemmelse med vejledningerne og udtalelserne fra EDPB.²⁷⁰

Af EDPBs udtalelse fremgår det, hvordan consent or pay-løsninger kan benyttes af store online platforme, således at løsningen overholder kravene til et gyldigt samtykke. I udtalelsen definerer EDPB en række centrale begreber, herunder consent or pay-løsninger, adfærdsbaseret markedsføring og store onlineplatforme. Udover at definere, hvad skal forstås ved disse begreber, tager udtalelsen stilling til kravene til et gyldigt samtykke, samt mere konkret, hvordan denne problemstilling bør løses.²⁷¹ Nedenstående afsnit vil udelukkende omhandle EDPBs fortolkning af, hvorvidt consent or pay-løsninger kan overholde reglerne i GDPR,

²⁶⁸ Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms. EDPB og EDPB vedtager udtalelse om 'consent or pay'-løsninger. Datatilsynet

²⁶⁹ EDPB vedtager udtalelse om 'consent or pay'-løsninger. Datatilsynet

²⁷⁰ Udsen, 2022, Databeskyttelsesret, s. 51 og se afsnit 1.4.2

²⁷¹ EDPB vedtager udtalelse om 'consent or pay'-løsninger. Datatilsynet

hvorfor selve udtalelsens fortolkningen af kravene til samtykket, samt definitioner af centrale begreber vil blive udeladt.

5.2 Overholdelse af samtykkekravet ved consent or pay-løsninger

I følgende afsnit vurderes det, hvorvidt EDPBs nye udtalelse har samme vurdering som specialets analyse ved de EU-retlige afgørelser samt Datatilsynets afgørelser. Datatilsynets afgørelser om JFM og GulogGratis omhandler behandling af de hjemmesidebesøgendes personoplysninger til både statistiske og markedsføringsformål. EDPBs udtalelse om consent or pay er udelukkende i henhold til adfærdsbaseret markedsføringsformål, hvorfor diskussionen tager udgangspunkt i dette.

Det er blevet fastlagt i specialets analyse, at vurderingerne af Datatilsynet ikke kongruerer med EUDs afgørelse C-61/19 Orange Romania ved behandling af hjemmesidebesøgendes personoplysninger til markedsføringsformål.²⁷² EUD har fastslået i praksis²⁷³, at kravet om at levere en anden ydelse som alternativ til samtykke fortolkes som et ekstra krav, hvorfor dette dermed ikke opfylder kravet om frivillighed i et gyldigt samtykke. Derimod er Datatilsynets vurdering, at nægtelse af samtykke ikke har negative konsekvenser for den registrerede, så længe vedkommende bliver tilbudt et andet reelt alternativ til samtykke.²⁷⁴ Der er derfor en uoverensstemmelse i forhold til hvorvidt den registrerede påvirkes af en consent or pay-løsninger.

EDPB mener at med hensyn til consent or pay-løsninger implementeret af store onlineplatformer, at det i de fleste tilfælde, ikke vil være muligt for platformene, at overholde kravene til et gyldigt samtykke, hvis de kun konfronterer brugerne med et valg mellem at give samtykke til behandling af personoplysninger til adfærdsbaseret reklameformål og betaling af et gebyr.²⁷⁵ Dertil mener EDPB, at det ikke bør være standardvejen frem for den dataansvarlige

²⁷² Se afsnit 4.3.5

²⁷³ Se afsnit 4.2.2

²⁷⁴ Se afsnit 4.3.5

²⁷⁵ EDPB: 'Consent or Pay' models should offer real choice. EDPB

kun at tilbyde ét betalt alternativ til tjenester, der involverer behandling af personoplysninger til adfærdsbaserede reklameformål. Derimod mener EDPB, at ved udvikling af alternativer bør store onlineplatformer overveje at give enkeltpersoner et tilsvarende alternativ, der ikke medfører betaling af et gebyr. Dette kongruerer netop ikke med Datatilsynets udtalelser om markedsføringsformål. EDPB mener at det tilsvarende alternativ bør være et gratis alternativ uden adfærdsreklame, som eksempelvis en form for annoncering, der involverer behandling af færre eller ingen personoplysninger. EDPB understreger, at følgende kriterier bør tages i betragtning ved bedømmelsen af, om samtykket er frit: *“konditionelt, skade, magtubalance og granularitet.”* Yderligere påpeges det af EDPB, at ethvert gebyr ikke kan få enkeltpersoner til at føle sig tvunget til at give sit samtykke, men at de dataansvarlige skal foretage en konkret vurdering om et gebyr overhovedet er passende, og i så fald hvilket beløb der er passende under de givne omstændigheder.²⁷⁶ Dette må forstås som, at hver given sag, der omhandler consent or pay, bør vurderes individuelt.

I henhold til de negative konsekvenser den registrerede kan lide, skal dataansvarlige altså overveje om beslutningen om ikke at give samtykke kan få den enkelte til at lide negative konsekvenser, som at blive udelukket fra en fremtrædende tjeneste, manglende adgang til professionelle netværk eller risiko for at miste indhold eller forbindelser. Det blev fastslået af Datatilsynet, at nægtelse af samtykke ikke har negative konsekvenser for den registrerede, såfremt den registrerede bliver tilbudt et andet reelt alternativ til samtykke. Der må derfor stilles spørgsmål til nationale tilsyns fortolkning og vurdering af GDPRs krav til et frivilligt samtykke i situationer hvor consent or pay er en mulighed. EDPBs udtalelse bemærker, at der sandsynligvis vil opstå negative konsekvenser, når store onlineplatformer bruger en consent or pay-løsning til at opnå samtykke til behandlingen. Dette skyldes, at EDPB mener, at den registrerede netop ikke får stillet et reelt frivilligt valg om at give samtykke. Hertil bemærkes det, at EDPB mener, at det formentlig vil få negative konsekvenser for den registrerede, fordi den registrerede ikke altid ved, hvad vedkommende reelt samtykker til.²⁷⁷

²⁷⁶ EDPB: ‘Consent or Pay’ models should offer real choice. EDPB

²⁷⁷ EDPB: ‘Consent or Pay’ models should offer real choice. EDPB

Denne udtalelse af EDPB kan virke som en vejledning, og derfor have en virkning som nationale myndigheder bør indrette sig efter. Dog skal det bemærkes, hvilken retskildeværdi denne udtalelse har.²⁷⁸ Det er dog kun en udtalelse af EDPB og skal analyseres yderligere, når den er offentliggjort i sin helhed. Udtalelsen vil sandsynligvis være et udgangspunkt for en bredere diskussion om consent or pay i forskellige sammenhænge, da EDPB agter at udsende yderligere retningslinjer senere i året, der går ud over store onlineplatformer som udtalelsen kun omhandler nu.²⁷⁹ Det helt store spørgsmål i henhold til udtalelsen er, hvorvidt consent or pay-løsningen kan opfylde lovkravet om, at samtykke skal gives frit, og at brugernes reelle ønsker bliver imødekommet.²⁸⁰ Når den registrerede giver samtykke til behandling af vedkommendes personoplysninger, er det en beslutning om at opgive den grundlæggende ret til databeskyttelse, hvorfor disse normalt ikke kan sælges eller kun gives mod et gebyr.

EDPBs udtalelse fastsætter som udgangspunkt ikke den gældende ret, da det er en konkret vurdering, der skal foretages i hver sag af domstolene. Udtalelsen er dog en god start om hvorvidt denne consent or pay-løsning kan bruges af store onlineplatformer, og hvorvidt dette påvirker den registreredes reelle og frie valg, som EUD har fastslået i praksis at det gør.²⁸¹ Nationale tilsynsmyndigheder, som Datatilsynet bør tage stilling til, hvorvidt deres afgørelser om consent or pay stemmer overens med EDPBs udtalelse og EUDs afgørelser. Dette begrundes i, at EUD mener at et krav om at levere en anden ydelse som alternativ til samtykke, skal fortolkes som et ekstra krav, da det ikke opfylder kravet om et frivilligt samtykke, hvorved Datatilsynets udvalgte afgørelser ikke kongruerer hermed.²⁸² Det bør dog pointeres, at Datatilsynets vurdering i afgørelserne om JFM og GulogGratis var konkrete vurderinger i henhold til de to sager, men det fremgår ikke af Datatilsynets begrundelse, at brugen af consent or pay beror på en konkret vurdering. Ethvert gebyr kan altså ikke overordnet tvinge den registrerede til at give samtykke, men de dataansvarlige skal foretage sig en konkret vurdering i henhold til, om et gebyr som alternativ til samtykke, er en passende metode.

²⁷⁸ Se afsnit 1.4.2 og 5.2.

²⁷⁹ *EDPB Opinion: Meta cannot rely on "Pay or Okay"*. NOYB

²⁸⁰ *EDPB Opinion: Meta cannot rely on "Pay or Okay"*. NOYB

²⁸¹ C-61/19, *Orange Romania*

²⁸² Se afsnit 4.3.4

5.3 Delkonklusion

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at EDPBs udtalelse og EUD praksis stemmer overens i henhold til brugen af consent or pay- løsninger. EDPB udtaler, at det i de fleste tilfælde ikke vil være muligt for store onlineplatformer at imødekomme betingelserne til et gyldigt samtykke, såfremt de hjemmesidebesøgende kun præsenteres for et valg mellem at give samtykke til behandling af personoplysninger til adfærdsbaseret markedsføring, eller at betale for et beløb for adgang. Dette kongruerer ikke med Datatilsynets afgørelser om GulogGratis og JFM hvor det blev fastslået, at nægtelse af samtykke ikke vil få negative konsekvenser for den registrerede, så længe denne bliver tilbudt et andet reelt alternativ til samtykke. EDPBs udtalelse kan benyttes som en vejledning for de nationale tilsynsmyndigheder, og det er derfor ikke lovbestemt i GDPR, at consent or pay-løsninger er ulovlige. EDPB udtaler, at der ved hver enkelte sag bør foretages en konkret vurdering for at vurdere, om alternativet til samtykke vil påvirke den registrerede negativt. Den dataansvarlige skal dog stadig overholde kravene til et gyldigt samtykke samt de øvrige grundlæggende principper i GDPR.

Kapitel 6 - Konklusion

Specialet har haft til formål at beskrive samt analysere, hvordan samtykkekravet sikres i både GDPR og Cookiebekendtgørelsen. Specialets kapitel 2 og 3 har beskrevet samt fastslået de grundlæggende rammer i GDPR, hvad et samtykke er, hvordan og hvornår det kan bruges som behandlingsgrundlag, og hvilke krav der er når en dataansvarlig benytter sig af samtykke som behandlingsgrundlag. Det har derfor været nødvendigt at gennemgå GDPR artikel 5, stk. 1, litra a-f, artikel 4, nr. 11, artikel 6, stk. 1, litra a og artikel 7. Det er vigtigt at de grundlæggende principper i GDPR artikel 5, stk. 1 altid overholdes, hvorfor dette også gælder når der er tale om samtykke. GDPR artikel 6, stk. 1, litra a fastlægger at en behandling formentlig er forbudt, medmindre der kan identificeres et hjemmelsgrundlag for behandlingen, som samtykke. Derudover definerer GDPR artikel 4, nr. 11 et samtykke 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”*. Denne definition har været væsentlig at få fastlagt i specialet, da afgørelserne i specialets analyse benytter sig af den. Endvidere fremgår betingelserne for et gyldigt samtykke i GDPR artikel 7, stk. 1-4, hvor den dataansvarlige blandt andet bliver pålagt bevisbyrden og at samtykke i skriftlige erklæringer skal være granulære. Derudover redegøres Cookiebekendtgørelsen, da denne også er væsentlig for fastlæggelsen af gældende ret ved anvendelsen af cookies.

I specialets kapitel 4 analyseres retspraksis fra EUD, Datatilsynet og Digitaliseringsstyrelsen, som har til formål at belyse, hvordan kravene til samtykke sikres ved anvendelsen af cookies på hjemmesider. Analysen af afgørelserne afsagt af EUD behandler GDPR artikel 4, nr. 11 i henhold til definitionen af et samtykke. Det fastlægges i C-673/17 Planet49, at et forudafkrydset felt som den registrerede ikke selv har udfyldt, ikke opfylder kravet om et specifikt, informeret og frivilligt samtykke, som er et krav i henhold til GDPR artikel 4, nr. 11. Kravet om den registreredes utvetydige viljestilkendegivelse var ej heller opfyldt i sagen. Det bliver dermed fastslået af EUD, at et samtykke er gyldigt når det er givet frivilligt og aktivt af den registrerede. Af afgørelsen C-61/19 Orange Romania fastholdes det endvidere, at samtykket skal være givet frivilligt. Det blev fastslået, at en aftale, som indeholder et vilkår om at den registrerede er blevet informeret om og har givet samtykke til indsamling og opbevaring af personoplysninger, ikke kan påvise, at den registrerede har givet et frivilligt samtykke.

Yderligere stiller afgørelsen krav til, at den registrerede ikke må mødes af yderligere erklæringer, såfremt den registrerede nægter at give samtykke, da dette anses for at påvirke vedkommendes frie valg. Analysen af afgørelserne afsagt af EUD fastslår, at et gyldigt samtykke sikres, når den registrerede afgiver dette aktivt og frivilligt, hvilket ikke er tilfældet, når et felt er forudafkrydset og den registrerede præsenteres for en yderligere erklæring for at nægte samtykke.

Udover afgørelser fra EU-retten indeholder kapitel 4 også en analyse af afgørelser afsagt af Datatilsynet, hvor tilsynet tager stilling til hvorvidt kravene til et gyldigt samtykke i henhold til GDPR artikel 4, nr. 11 er opfyldt. Det blev fastslået i afgørelserne om JFM og GulogGratis, at et samtykke skal være granulært for at være gyldigt, hvilket indebærer, at samtykket skal være givet særskilt og specifikt til netop statistiske formål. I afgørelserne blev brugerne præsenteret for et alternativ til at samtykke til behandling af personoplysninger i form af adgang mod betaling. Det fandtes af tilsynet at JFMs fremgangsmåde var ulovlig, da indholdet i den tilbudte tjeneste mod samtykke ikke svarede til den der blev tilbudt mod betaling. Endvidere blev det fastslået af Datatilsynet, at GulogGratis' lignende fremgangsmåde var lovlig, eftersom den tilbudte tjeneste mod samtykke i betydelig grad svarede til den tjeneste der blev tilbudt mod betaling. Endvidere anmodede JFM og GulogGratis efterfølgende om genoptagelse af sagerne, som herefter blev afvist af Datatilsynet, da det blev vurderet af tilsynet, at der ikke var kommet nye oplysninger der kunne danne grundlag for et andet udfald. Desuden er der truffet afgørelse af Datatilsynet om ugyldigt samtykke i cookie walls på berlingske.dk, hvor det blev fastlagt, at enhver fremgangsmåde hvor hjemmesidebesøgendes adgang til dele eller hele af hjemmesiden betinges af et samtykke af behandling af personoplysninger uden et alternativ, ikke opfylder GDPRs krav til et gyldigt samtykke.

Endvidere er påbuddene af Digitaliseringsstyrelsen analyseret i kapitel 4, hvor Cookiebekendtgørelsens anvendelsesområde er fastslået. Påbuddene statuerer Cookiebekendtgørelsens krav til samtykke ved anvendelse af cookies på hjemmesider. Påbuddet til Google LLC fastlægger Cookiebekendtgørelsens anvendelsesområde, hvilket er centralt i forhold til overholdelsen af kravene i bekendtgørelsen, da anvendelsesområdet ikke fremgår af lovgivningens ordlyd. Analysen af Meta Platforms tager nærmere stilling til hvorledes en samtykkeløsning i cookiebannere vil være i overensstemmelse med

Cookiebekendtgørelsen. Påbuddene fastslår også kravet om granularitet i samtykkeløsninger, som også blev fastslået af både Datatilsynet og EUD. Derfor må samtykkeløsninger ikke indeholde ét samlet samtykke til flere forskellige formål for at opfylde betingelserne til et frivilligt og specifikt samtykke. Påbuddene stiller krav til at den dataansvarlige skal give slutbrugeren umiddelbar tilgængelig adgang til at tilbagetrække sit samtykke. Det sidste krav påbuddene stiller den dataansvarlige er, at brugerne skal gives adgang til fyldestgørende oplysninger om cookies eller lignende teknologier. Ved opfyldelsen af disse krav og betingelser sikres samtykkekravet i Cookiebekendtgørelsens § 3.

Slutligt indeholder specialets kapitel 5 en diskussion om EDPBs udtalelse om consent or pay-løsninger. Det kan heraf konkluderes, at Datatilsynets afgørelse JFM og GulogGratis ikke kongruerer med EDPBs udtalelse, hvoraf det fremgår at det i de fleste tilfælde ikke vil være muligt for onlineplatformer at imødekomme betingelserne til et gyldigt samtykke, hvis hjemmesidebesøgende kun præsenteret for et valg mellem at give samtykke til behandling af personoplysninger til adfærdsbaseret markedsføring, eller at betale et beløb for adgang. EDPB fastslår også i denne udtalelse, at den registreredes afslag af samtykke ikke altid vil medføre negative konsekvenser, så længe vedkommende bliver tilbudt et andet reelt alternativ til samtykke, men at dette må være udgangspunktet. Dette beror dog på en konkret vurdering. EDPBs udtalelse er blot en udtalelse, og kan anvendes som en vejledning for tilsynsmyndigheder, men er ikke lovbestemt i GDPR, hvorfor udtalelsen ikke er retligt bindende. Af dette kan det derfor konkluderes, at retstilstanden ved anvendelse af consent or pay-løsninger fortsat ikke er fastlagt af retspraksis eller lovgivning, men udtalelsen illustrerer, hvad retstilstanden kan forventes at blive.

Litteraturliste

EU-retskilder

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

Europa-Parlamentets og Rådets forordning 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) (2016/679). GDPR

Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde. TEUF

Afgørelser fra EU-domstolen

C-25/17. *Jehovas Vidner*

C-61/19. *Orange Romania*

C-175/20. *Valsts ieņēmumu dienests*

C-212/13. *Ryneš*

C-419/14. *WebMindLicenses*

C-582/14. *Patrick Breyer*

Vejledninger og udtalelser

Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms. EDPB. April 2024

Retningslinjer 5/2020 vedr. samtykke i henhold til forordning 2016/679. EDPB. Maj 2020

Udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke (Wp 187). Artikel 29-gruppen. Juli 2011

Udtalelse 3/2013 om formålsbegrænsning (Wp 203). Artikel 29-gruppen. April 2013

Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende. Datatilsynet. Februar 2020

Vejledning om samtykke. Datatilsynet. Maj 2021.

Danske love

Bekendtgørelse om krav til information og samtykke ved lagring af eller adgang til oplysninger i slutbrugeres terminaludstyr. Cookiebekendtgørelsen.

Lovbekendtgørelse nr. 502 af 23. maj 2018 om supplerende bestemmelser til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger. Databeskyttelsesloven.

Danske afgørelser

Datatilsynets j.nr. 2002-216-0109

Datatilsynets j.nr. 2003-212-0143

Datatilsynets j.nr. 2021-31-4871

Datatilsynets j.nr. 2021-31-5553

Datatilsynet j.nr. 2021-41-0149

Datatilsynets j.nr. 2023-31-0217

Datatilsynets j.nr. 2023-431-0010

Påbud til Google. *Digitaliseringsstyrelsen*

Påbud til Meta Platforms. *Digitaliseringsstyrelsen*

Litteratur

Blume, P. (2020). *Persondatarettens kilder og metode*. Djøf Forlag.

Høilund, D. (2022). *Persondataret* (4. udg.). Hans Reitzels Forlag

Munk-Hansen, C. (2021). *Den juridiske løsning* (2. udg.). Djøf Forlag.

Munk-Hansen, C. (2018). *Retsvidenskabsteori* (2. udg.). Djøf Forlag.

Nielsen, K. K. & Lotterup, A. (2020). *Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven - med kommentarer*. Djøf Forlag.

Sørensen, K. E. & Danielsen, J. H. (2019). *EU-retten* (7. udg.). Djøf Forlag.

Udsen, H. (2022). *Databeskyttelsesret*. <https://databeskyttelsesret.dk/wp-content/uploads/Databeskyttelsesret-2022-11-263.pdf>

Hjemmesider

Cookies og GDPR. Datatilsynet.

<https://www.datatilsynet.dk/hvad-siger-reglerne/vejledning/gdpr-univers-for-smaa-virksomheder/cookies-og-gdpr>

Cookie walls. Datatilsynet.

<https://www.datatilsynet.dk/hvad-siger-reglerne/vejledning/cookies/cookie-walls>

Cookieregler for hjemmesideejere. Digitaliseringsstyrelsen.

<https://digst.dk/sikkerhed/digitale-tilsyn/tilsyn-med-cookieomraadet/cookieregler-for-hjemmesideejere/>

Danske cookieguidelines forklaret. Cookie Information.

<https://cookieinformation.com/da/videnscenter/blog-da/danske-cookieguidelines-forklaret/>

EDPB: 'Consent or Pay' models should offer real choice. EDPB.

https://www.edpb.europa.eu/news/news/2024/edpb-consent-or-pay-models-should-offer-real-choice_en

EDPB vedtager udtalelse om 'consent or pay'-løsninger. Datatilsynet

<https://www.datatilsynet.dk/internationalt/internationalt-nyt/2024/apr/edpb-vedtager-udtalelse-om-%E2%80%98consent-or-pay%E2%80%99-loesninger>

EDPB Opinion: Meta cannot rely on "Pay or Okay". NOYB. <https://noyb.eu/en/statement-edpb-pay-or-okay-opinion>

Forstå det danske Datatilsyns retningslinjer for samtykke til cookies. Cookiebot.

<https://www.cookiebot.com/da/danske-cookiesamtykke-retningslinjer/>

Grundlæggende begreber. Datatilsynet. <https://www.datatilsynet.dk/hvad-siger-reglerne/grundlaeggende-begreber>

Sager ved EU-domstolen. Datatilsynet

<https://www.datatilsynet.dk/internationalt/sager-ved-eu-domstolen>

Tilsyn med cookieområdet. Digitaliseringsstyrelsen.

<https://digst.dk/sikkerhed/digitale-tilsyn/tilsyn-med-cookieomraadet/introduktion-til-cookies/>