



Et gyldigt samtykke

A lawful consent

Specialeafhandling udarbejdet af:

Tanja Krintel Søndergaard, Cand.merc.(jur)., studienummer 20194388

Vejleder:

Majken Harbo Hansen

Dato:

16/05/2024

Abstract

The purpose of this thesis is to determine when a consent is lawful according to GDPR article 4, subsection 11 and article 7. By doing this the thesis assess when a consent can be used for processing personal data of the data subject. Furthermore it will evaluate specific situations where the consent can be compromised by certain circumstances. The thesis will also evaluate if and how the requirements for a consent in article 6, subsection 1, point a distinguishes from article 9, subsection 2, point a.

As a result of the above, the thesis starts off by explaining the requirements for a lawful consent according to the Regulation 2016/679 and case law. Article 4, subsection 11 of the Regulation determines that a lawful consent has to be freely given, specific, informed and unambiguous. This is furthermore settled in one of the cases stated by The European Court of Justice, specifically in C-61/19 Orange România.

Following this description of the requirements of a lawful consent, the thesis analyses where the lawfulness of the consent is questionable. Specifically, the processing in the context of employment and the processing by public authorities. The thesis concludes that despite a difference between EU-law and danish law it's not possible to process personal data in the context of employment based on a consent, because the consent cannot fulfill the requirement of being a freely given consent. The thesis also concludes that the same applies for public authorities, but because of the public authorities' high status it's still possible to process personal data, either based on a consent or one of the other bases of processing mentioned in article 6, subsection 1. Therefore, the protection of the data subject is being disregarded in this situation.

The thesis evaluates whether or not the requirements for a lawful consent in article 6, subsection 1, point a and article 9, subsection 2, point a is equivalent and finds that this is not the case, because article 9, subsection 2, point a requires that the consent is explicit. The thesis also concludes that this is more of a theoretical requirement than it's a practical requirement.

Furthermore the thesis concludes that a consent is not lawful if the provider of an online platform is market dominant and uses "consent or pay" solutions on their website, because the consent cannot fulfill the requirement of being freely given.

Lastly the thesis discusses whether or not a further processing is depended on whether or not the original processing happened based on a lawful or non-lawful consent. There's no direct answer to this but based on instructions from the EDPB's and the Danish supervisory authority it might be that the processing cannot continue, because this would be against the purpose of the GDPR Regulation.

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT	2
1. INTRODUKTION.....	6
1.1 INDLEDNING	6
1.2 PROBLEMFORMULERING.....	7
1.3 AFGRÆNSNING	7
1.4 SPECIALETS OPBYGNING	8
1.5 METODE	9
1.5.1 Retsdogmatisk metode	9
1.6 RETSKILDER OG ØVRIGE RETSKILDER	9
1.6.1 Nationale retskilder:.....	10
1.6.2 EU-rettens retskilder:	12
2. GENERELT OM FORORDNINGEN	15
2.1 FORORDNINGENS FORMÅL.....	15
2.2 FORORDNINGENS ANVENDELSESOMRÅDE	15
2.3 FORORDNINGENS GRUNDLÆGGENDE PRINCIPPER.....	16
2.4 BEHANDLINGSGRUNDLAG	17
2.5 BEGREBSAFKLARING	18
2.5.1 Den registrerede	18
2.5.2 Den dataansvarlige.....	18
2.5.3 Personoplysninger	19
2.5.4 Behandling.....	20
3. BETINGELSER FOR ET GYLDIGT SAMTYKKE	21
3.1 INDLEDENDE BEMÆRKNINGER	21
3.2 FRIVILLIG	22
3.3 SPECIFIK	23
3.4 INFORMERET.....	24
3.5 UTVETYDIG	25
3.6 DEN DATAANSVARLIGES FORPLIGTELSE I FORBINDELSE MED ET GYLDIGT SAMTYKKE	26
3.7 RETSPRAKSIS VEDRØRENDE BETINGELSERNE FOR ET GYLDIGT SAMTYKKE	28
3.7.1 C-673/17 Planet49.....	28
3.7.2 C-61/19 Orange România SA.....	30
3.7.3 Alvorlig kritik af JP/Politikens samtykkeløsning på www.eb.dk , journalnummer 2021-41-0149.....	33
3.7.4 Alvorlig kritik af Leadwises samtykkeløsning på letfinans.dk ”, journalnummer 2021-31-5282	34
3.7.5 Magasins indhentelse af samtykke ved indmeldelse i kundeklub	35

3.7.6 Jysk Fynske Mediers brug af cookie walls, journalnummer 2021-31-5553 og Gul og Gratis' brug af cookie walls, journalnummer 2021-31-4871	35
3.7.7 Ugyldigt samtykke i cookie walls på berlingske.dk, journalnummer 2023-431-0010.....	36
3.7.8 C-252/21 Meta Platforms	37
3.7.9 SmartResponses behandling af personoplysninger i forbindelse med udbud af internetkonkurrencer, journalnummer 2020-431-0075.....	38
3.8 SAMMENFATTENDE OM BETINGELSERNE FOR ET GYLDIGT SAMTYKKE	39
4. SAMTYKKE SOM BEHANDLINGSGRUNDLAG.....	41
4.1 SAMTYKKE SOM BEHANDLINGSGRUNDLAG I ANSÆTTELSESFORHOLD	41
4.2 SAMTYKKE SOM BEHANDLINGSGRUNDLAG FOR OFFENTLIGE MYNDIGHEDER	47
5. ET UDTRYKKELIGT SAMTYKKE	53
6. EDPB'S UDTALELSE OM "CONSENT OR PAY" LØSNINGER.....	57
7. SAMMENFATTENDE.....	60
8. DISKUSSION	62
9. KONKLUSION	65
LITTERATURLISTE.....	68
FAGLITTERATUR:	68
DANSK LOVGIVNING:	68
LOVBEKENDTGØRELSE 2018-05-23 NR. 502 OM SUPPLERENDE BESTEMMELSER TIL FORORDNING OM BESKYTTELSE AF FYSISKE PERSONER I FORBINDELSE MED BEHANDLING AF PERSONOPLYSNINGER OG OM FRI UDVEKSLING AF SÅDANNE OPLYSNINGER, <i>DATABESKYTTELSESLØVEN</i>	68
EU-RETSKILDER:.....	68
BETÆNKNING:	68
EU-RETLIGE OG DANSKE VEJLEDNINGER:	69
RETSPRAKSIS:	69
HJEMMESIDER OG INTERNETKILDER:	70
TIDSSKRIFTER	71

1. Introduktion

1.1 Indledning

I takt med globaliseringen og de seneste årtiers teknologiske udvikling foregår en stor del af såvel den globale som nationale korrespondance via internettet. Anvendelsen af sociale medier for både privatpersoner og offentlige og private virksomheder, online shopping, teknologiske opbevaringssystemer er blot få eksempler på tilfælde, hvor den teknologiske udvikling har været tydelig.¹

Som følge af ovennævnte udvikling er det nødvendigt at sikre fysiske personers grundlæggende rettigheder, for at undgå underminering af det enkelte individ, når oplysninger om individet videregives. Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder (2010/C 83/02) artikel 8, stk. 1 tilskriver specifikt, at enhver har ret til beskyttelse af personoplysninger, der vedrører den pågældende.² For bedst muligt at kunne sikre beskyttelsen af personoplysninger kom implementeringen af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse)³. Formålet med Databeskyttelsesforordningen er at beskytte fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder - navnlig retten til beskyttelse af personoplysninger.⁴ Den nye forordning betød således udskiftning af det tidligere persondatadirektiv og de tidligere registerlove med henblik på en mere specifik retstilstand og for at skabe en ensartet retstilstand vedrørende persondataretten blandt EU's medlemsstater.

I henhold til forordningen skal enhver behandling af personoplysninger være lovlig, førend behandlingen kan foretages. Forordningens artikel 6, stk. 1, litra a-f oplister de mulige samt lovlige behandlingsgrundlag. Herunder indeholder artikel 6, stk. 1, litra a muligheden for at behandle personoplysninger på baggrund af samtykke. Dette behandlingsgrundlag må i særdeleshed siges, at sikre beskyttelsen samt kontrollen over den pågældendes personoplysninger, idet et samtykke må og

¹ <https://denstoredanske.lex.dk/globalisering>, senest besøgt d. 13-05-2024

² Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, artikel 8, stk. 1

³ Herefter benævnt Databeskyttelsesforordningen eller forordningen.

⁴ Databeskyttelsesforordningens artikel 1, stk. 2

skal være udtryk for den fysiske persons egen fri vilje.⁵ Artikel 4, nr. 11 definerer begrebet *samtykke* og fastlægger sammen med artikel 7 betingelserne for et gyldigt samtykke.⁶

1.2 Problemformulering

Afhandlingens formål er at konkretisere, hvornår et samtykke i henhold til Databeskyttelsesforordningens artikel 4, nr. 11 og artikel 7 er gyldigt og dermed kan danne baggrund for behandling af personoplysninger på baggrund af forordningens artikel 6, stk. 1, litra a. Formålet er særligt at fastlægge retstilstanden vedrørende samtykkets gyldighed i situationer, hvor der foreligger ulige magtforhold, i særdeleshed i ansættelsesforhold, hos offentlige myndigheder og for markedsdominerende virksomheder. Afhandlingen vil endvidere forsøge at fastlægge, om kravene til et gyldigt samtykke er forskellige i henholdsvis forordningens artikel 6, stk. 1, litra a og artikel 9, stk. 2, litra a.

1.3 Afgrænsning

Det følgende afsnit har til formål at specificere samt afgrænse afhandlingens indhold med henblik på at skabe en præcis præsentation af afhandlingens indhold.

Afhandlingen tager afsæt i Databeskyttelsesforordningens kapitel I og kapitel II vedrørende generelle bestemmelser og de grundlæggende principper i persondataretten. Mere specifikt tages der udgangspunkt i forordningens artikel 4, nr. 11 samt artikel 7 med henblik på at kunne vurdere, hvornår et samtykke er gyldigt. Artikel 4, nr. 11 definerer begrebet *samtykke* og indeholder en række krav til, hvornår et samtykke kan anses for at være gyldigt. Artikel 7 oplister betingelserne for samtykke i forhold til den dataansvarliges forpligtelser.

Afhandlingen vil ligeledes gå ind og lave en vurdering af, om betingelserne for et samtykke er de samme for behandling af almindelige personoplysninger som for behandling af særlige kategorier af personoplysninger. I denne henseende sammenholdes indholdet af ordlyden af Databeskyttelsesforordningens artikel 6, stk. 1, litra a og artikel 9, stk. 2, litra a. Dermed sker der en afgrænsning i forhold til de øvrige behandlingsgrundlag i artikel 6 og i artikel 9.

⁵ <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=samtykke>

⁶ Databeskyttelsesforordningens artikel 4, nr. 11 og artikel 7

Afhandlingen kommer ikke til at konkretisere betingelser for et gyldigt samtykke når det gælder børn. Derfor afgrænser afhandlingen sig fra at behandle betingelserne for et barns samtykke i forbindelse med informationssamfundstjenester i forordningens artikel 8.

Dermed vil afhandlingen tage afsæt i de ovennævnte artikler og afgrænse sig fra at analysere samt beskrive de øvrige artikler i kapitel I og kapitel II.

Afhandlingen tager afsæt i Databeskyttelsesforordningen 2016/679 og Databeskyttelsesloven og afgrænser sig dermed fra det tidligere direktiv samt den tidligere persondatalov og registerlove.

1.4 Specialets opbygning

Afsnit 1 introducerer afhandlingen og fastlægger problemformuleringen. Afsnittet beskriver den metodiske tilgang afhandlingen anvender, for at kunne besvare den pågældende problemformulering samt hvilke retskilder, der anvendes til besvarelsen heraf.

Afsnit 2 opridser forordningens formål samt de grundlæggende regler og principper. Afsnittet indeholder endvidere en begrebsafklaring af de i afhandlingen mest anvendte persondataretlige begreber.

Afsnit 3 redegør for betingelserne for, hvornår et samtykke er gyldigt og dermed kan danne baggrund for behandling af personoplysninger. Dette sker ved at fastlægge den konkrete betydning af alle begreberne ud fra såvel vejledninger som retspraksis.

Afsnit 4 analyserer specifikke situationer, hvor gyldigheden af samtykket er tvivlsomt, og foretager samtidig en vurdering af, hvad der ud fra praksis må vurderes at gælde vedrørende samtykkets gyldighed.

Afsnit 5 analyserer om betingelserne for gyldigt samtykke er ens i forordningens artikel 6, stk. 1, litra a og artikel 9, stk. 2, litra a.

Afsnit 6 indeholder en analyse af EDPB's nye udtalelse vedrørende "consent or pay" løsninger og om et samtykke er gyldigt ved brug af sådanne samtykkeløsninger.

Afsnit 7 sammenfatter, hvad der af analysen kan konkluderes at være gældende ret på nuværende tidspunkt for et gyldigt samtykke.

Afsnit 8 foretager en diskussion af, hvorvidt det har betydning for muligheden for en videre behandling, om den oprindelige behandling blev foretaget på baggrund af et gyldigt eller ugyldigt samtykke.

Afsnit 9 indeholder slutteligt en konklusion, der besvarer problemformuleringen på baggrund af afhandlingens redegørelse samt analyse af samtykket og dets gyldighed.

1.5 Metode

Det følgende afsnit vil redegøre for den i afhandlingen anvendte metode.

1.5.1 Retsdogmatisk metode

Specialeafhandlingen anvender den retsdogmatiske metode. Denne metode beskæftiger sig med gældende ret - *de lege lata*. Formålet med den retsdogmatiske metode er at analysere og beskrive de gældende retsregler indenfor et givent område. Metoden tilsigter dermed ikke at finde en løsning på et problem, men at undersøge retstilstanden, som den er. For at kunne forstå den gældende ret, anvender metoden i høj grad strukturering og systematisering. Dette gøres for at fastlægge hvilke forskelle og ligheder der ses gennem analysen og beskrivelsen af retstilstanden på det givne område.⁷

Afhandlingen anvender således den retsdogmatiske metode til at besvare problemformuleringen. Det vil sige, at metoden anvendes til at beskrive betingelserne for et gyldigt samtykke og analysere, om et samtykke er gyldigt, når der foreligger et ulige magtforhold mellem den dataansvarlige og den registrerede, samt om betingelserne til et gyldigt samtykke er ens i henhold til forordningens art. 6, stk. 1, litra a og art. 9, stk. 2, litra a.

1.6 Retskilder og øvrige retskilder

Afhandlingen anvender en række forskellige retskilder til at besvare problemformuleringen.

⁷ Munk-Hansen, Carsten: Den juridiske løsning, s. 80

Retskilderne er normative informationer, der anvendes til at fastlægge, hvilke regler der er gældende, når det skal vurderes, hvornår et samtykke er gyldigt og kan anvendes som grundlag for behandling af personoplysninger. Retskilderne udgør dermed grundlaget for den gældende retstilstand.⁸

Persondataretten indeholder en række forskellige retskilder og retskildetyper, som er nødvendige at udspecificere, for at kunne fastlægge hvilke retskilder der danner baggrund for den gældende retstilstand. I denne forbindelse er det ligeledes relevant at beskrive retskildernes interne retskildeværdi.⁹

Det er ydermere nødvendigt at fastlægge samspillet mellem EU-retten og den nationale ret, idet Databeskyttelsesretten udspringer af EU-retten.¹⁰

De anvendte EU-retskilder eksisterer i flere sprogversioner, hvortil afhandlingen anvender de danske versioner. I forbindelse med oversættelsen fra de originale versioner til de danske versioner, kan enkelte formuleringer være ændret og nogle pointer kan dermed være gået tabt. Dette vurderes dog ikke at have betydning for afhandlingens besvarelse af problemformuleringen.

1.6.1 Nationale retskilder:

Når der foretages behandling af personoplysninger i Danmark, er det den nationale danske databeskyttelsesret, der udgør retsgrundlaget for eventuelle problemstillinger, tvivlsspørgsmål, tvister eller andet. Så selvom den danske databeskyttelsesret udspringer af EU-retten, skabes den praktiske retstilstand nationalt, idet tvisterne opstår og bedømmes i de respektive medlemslande. Den nationale danske ret skabes dog inden for rammerne af forordningen og følger dermed forordningens regler samt principper med henblik på harmonisering af medlemsstaternes databeskyttelsesret.¹¹

Databeskyttelsesloven

Databeskyttelsesloven er den primære retskilde i dansk national ret. Lovens bestemmelser supplerer nogle af forordningens bestemmelser og fastsætter samtidig regler, der ikke har direkte forbindelse til forordningen. Fælles for alle bestemmelserne er, at de skal overholde samtlige principper i

⁸ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, s. 29

⁹ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, s. 31

¹⁰ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, s. 54

¹¹ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, s. 35

forordningen.¹² Afhandlingen henviser til forordningens artikler frem for lovens paragraffer. Kun hvis loven indeholder særegne regler, bliver der henvist til disse.

Datatilsynets afgørelser

Specialeafhandlingen anvender Datatilsynets administrative praksis til at besvare problemformuleringen. Den administrative praksis sammenligner afgørelser vedrørende samme problemstilling truffet af en administrativ myndighed, i dette tilfælde Datatilsynet, og skaber retningslinjer for, hvordan lignende fremtidige problemstillinger skal løses. Retningslinjerne skaber dermed en ensartethed i afsigelsen af afgørelserne, der skal sikre retssikkerheden.¹³

Datatilsynets afsagte afgørelser er ikke en absolut bindende retskilde, idet den administrative praksis kan underkendes og tilsidesættes, og idet de enkelte afgørelser kan indbringes for domstolen i henhold til Grundlovens § 63. Datatilsynets status spiller her en helt afgørende rolle for gennemslagskraften i Datatilsynets afgørelser. Den høje status skyldes til dels den omfattende regulering i forordningens art. 52-59 og Databeskyttelseslovens § 27-36, der skal sikre, at tilsynet overholder forordningens regler samt principper. Den høje status understøttes ligeledes af EU-charterets art. 8, der fastlægger, at tilsynets opgave er, at sikre overholdelsen af forordningen. Datatilsynet er medlem af Det Europæiske Databeskyttelsesråd, og har derigennem indflydelse på udviklingen af retstilstanden i EU, hvorfor Datatilsynet har stort kendskab til, hvordan forordningen skal forstås og hvordan den anvendes i praksis. Det skærpede kendskab til EU-retten bidrager ligeledes til Datatilsynets høje status og medvirker til, at tilsynet ikke i samme omfang møder kritik af dets afgørelser. På baggrund af ovenstående har Datatilsynets afgørelser høj retskildeværdi, og vil derfor spille en stor rolle i besvarelsen af afhandlingens problemformulering.¹⁴

Datatilsynet har en dominerende rolle i afsigelsen af afgørelser vedrørende persondataretten. Dette skyldes blandt andet, at der ikke er adgang til rekurs, idet Datatilsynets afgørelser ikke kan indbringes for andre administrative myndigheder og fordi Datatilsynet har afgørelseskompetence. Den dominerende rolle er måske mere fremtrædende end først tiltænkt, hvilket kan være en udfordring for Datatilsynet, idet tilsynet er alene om at definere gældende ret. I denne afhandling vil der ikke blive

¹² Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, s. 35-36

¹³ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, s. 48

¹⁴ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, s. 48-49

sat spørgsmålstegn ved, om Datatilsynets dominerende rolle er et problem. Der vil tages udgangspunkt i, at Datatilsynets afgørelser er retvisende for den gældende retstilstand.¹⁵

Datatilsynets vejledninger

Endvidere anvendes Datatilsynets vejledninger til besvarelsen af problemformuleringen. Vejledningerne er ikke bindende retskilder, men de spiller alligevel en rolle i persondataretten, idet de fleste dataansvarlige formentlig vil følge disse vejledninger med henblik på at overholde forordningens regler samt principper. Såfremt der sker overholdelse af vejledningerne og den dataansvarlige indretter sig efter vejledningerne, må retssikkerheden for den registrerede være sikker og den dataansvarlige er derfor alligevel være bundet af vejledningerne.

I modsætning til mange andre vejledninger, er Datatilsynets vejledninger generiske og dermed ikke nummeret. Derfor bliver datatilsynets vejledninger ændret i takt med udviklingen af persondataretten.¹⁶

Retslitteratur

Som supplement til de øvrige nationale retskilder, anvendes national retslitteratur, herunder faglitteratur samt videnskabelige tidsskrifter. Retskildeværdien af disse kan diskuteres, idet forfattere af juridisk litteratur ikke har kompetence til at normere gældende ret samtidig med, at de ikke er en del af retssystemet. Omend anvender persondatarettens aktører i høj grad denne type litteratur, og derfor bliver retslitteraturen en del af retstilstanden. Det er derfor nødvendigt at udvælge retslitteraturen nøje med fokus på forfatterens kyndighed. Når der i dette speciale anvendes retslitteratur, er det derfor ligeledes sket ud fra en nøje udvælgelse og vurdering af lignende litteratur.¹⁷

1.6.2 EU-rettens retskilder:

Som tidligere nævnt dannes den nationale retstilstand inden for persondataretten på baggrund af EU-retten. Dette har været tilfældet siden 2000, hvor registerlovene, der var rent nationale, blev skiftet ud med Persondataloven, som udsprang af databeskyttelsesdirektivet 95/46 EF. Direktivet blev i 2018

¹⁵ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, s. 51

¹⁶ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, s. 43-45

¹⁷ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, s. 54-55

udskiftet med persondataforordningen 2016/679, som nu danner baggrund for persondataretten blandt medlemsstaternes nationale retstilstand.¹⁸

Databeskyttelsesforordningen

Databeskyttelsesforordningen 2016/679, også omtalt GDPR (General Data Protection Regulation), er den centrale retskilde indenfor persondataretten når den gældende retstilstand skal analyseres og beskrives. En forordning er en bindende retskilde, der jf. TEUF art. 288 binder alle medlemsstaterne til at overholde den originale ordlyd, hvorfor den registrerede kan støtte direkte ret på forordningen. Medlemsstaterne er derfor forpligtet til at overholde samt fortolke i overensstemmelse med forordningen, hvilket understreger vigtigheden af forordningen samt dens retskildeværdi. Som udgangspunkt er der intet rum til fortolkning for medlemsstaterne, idet retstilstanden som følge af en forordning er ens i alle medlemsstater. Forordningen giver dog alligevel i artikel 6, stk. 2 mulighed for nationale afvigelser, hvilket taler imod formålet om harmonisering og imod hensigten med en forordning. Dette råderum skyldes medlemsstaternes modvilje til at overlade alt til EU-retten som følge af, at den nationale retstilstand har haft, og stadig har, betydning for, hvordan persondataretten skal fortolkes og anvendes i praksis.¹⁹ Som følge af det beskrevne, vil afhandlingen tage udgangspunkt i forordningen og fortolke i overensstemmelse hermed.

Præambelbetragtninger

Afhandlingen anvender i forbindelse med forordningen ligeledes præambelbetragtningerne. En betragtning står tilbage sammen med den vedtagne retsakt, når EU-retten har afsluttet en lovgivningsproces, og er derfor blevet vedtaget på samme måde som selve retsakten, hvorfor præambelbetragtningerne ligeledes har en høj retskildeværdi. Betragtningerne er et fortolkningsbidrag, der skal skabe en bedre og mere klar forståelse af reglerne i forordningen²⁰ På denne baggrund vil præambelbetragtningerne blive anvendt, når det findes nødvendigt, for at skabe klarhed over formålet med de pågældende artikler.

¹⁸ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, s. 56

¹⁹ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, s. 56-58

²⁰ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, s. 61-62

Afgørelser fra EU-Domstolen

EU-Domstolens afgørelser har stor betydning for den gældende retstilstand inden for persondataretten, idet EU-Domstolen i sidste ende fastlægger, hvordan persondatarettens regler skal forstås. EU-Domstolen er ved afsigelsen af sagerne ikke på samme måde bundet af persondataretten, men derimod af den primære EU-ret i charteret. Dette ændrer dog ikke på, at retskildeværdien af EU-Domstolens afgørelser er særdeles høj, idet såvel medlemsstaterne som EU's organer skal følge denne praksis til fortolkning af persondataretten samt til afsigelse af nationale sager.²¹ EU-Domstolens afgørelse vil derfor spille en stor rolle i fastlæggelse af den gældende retstilstand.

Artikel 29-gruppens og EDPB's retningslinjer

Retningslinjer udarbejdet af såvel artikel 29-gruppen som EDPB (Det Europæiske Databeskyttelsesråd) anvendes ligeledes i afhandlingen med henblik på at fastlægge retstilstanden. Artikel 29-gruppen har udarbejdet 266 arbejdsdokumenter omhandlende næsten alle aspekter af persondataretten. Retningslinjerne fra henholdsvis Artikel 29-gruppen og EDPB er soft law og er derfor ikke bindende, men der hersker ingen tvivl om, at retskildeværdien er høj, hvorfor retningslinjerne generelt spiller en stor rolle i fastlæggelsen samt fortolkning af gældende ret. Den høje retskildeværdi skyldes blandt andet, at retningslinjerne blev taget i betragtning ved udformningen af forordningen.²²

²¹ Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, s. 68-70

²² Blume, Peter: Persondatarettens kilder og metode, s. 65-66

2. Generelt om forordningen

Formålet med kapitel 2 er at skabe en generel forståelse af forordningen og persondataretten. Forståelsen fastlægges ved at uddybe forordningens formål samt dennes grundlæggende regler og principper vedrørende behandling af personoplysninger.

2.1 Forordningens formål

Forordningens grundlæggende formål fremgår af artikel 1, stk. 2 og tilskriver, at der skal ske beskyttelse af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, herunder specifikt beskyttelse af personoplysninger.²³ Hensigten med forordningen er således, at sikre den enkelte borgers retssikkerhed, når dennes personoplysninger behandles af private virksomheder, offentlige myndigheder, foreninger eller lignende. Dette gælder ikke kun national behandling, men i særdeleshed også behandling på tværs af landegrænserne. Forordningen sikrer beskyttelsen af fysiske personers personoplysninger ved at stille strenge krav til den dataansvarlige i forbindelse med behandlingen, ved at give borgeren indsigt i selve behandlingen samt ved at skærpe sanktionerne ved manglende overholdelse af forordningen. Kort fortalt skal forordningen dermed sikre den registreredes rettigheder i forbindelse med behandling af personoplysninger, og den dataansvarlige skal kunne behandle oplysningerne på betryggende vis. Således er der en interesse for såvel den registrerede som for den dataansvarlige, når det kommer til behandling af personoplysninger.²⁴

2.2 Forordningens anvendelsesområde

Anvendelsesområdet for forordningen fastlægges i henholdsvis artikel 2 og artikel 3.

Artikel 2, stk. 1 fastlægger det materielle anvendelsesområde, hvorefter forordningen finder anvendelse, når der foretages behandling af personoplysninger, der helt eller delvist foretages ved hjælp af automatisk databehandling og anden ikkeautomatisk behandling af personoplysninger, der er eller vil blive indeholdt i et register.²⁵ Det materielle anvendelsesområde skal fortolkes bredt, således at næsten enhver behandling af personoplysninger bliver omfattet af forordningen. Dette sker for bedst muligt at beskytte den registreredes interesser. Det materielle anvendelsesområde er

²³ Databeskyttelsesforordningen (2016/679), Artikel 1, stk. 2.

²⁴ Høilund, Dorte: Persondataret, s. 12-13

²⁵ Databeskyttelsesforordningen (2016/679), Artikel 2, stk. 1

udelukkende begrænset af undtagelserne i artikel 2, stk. 2, litra a-d. Ifølge artikel 2, stk. 2, litra c finder forordningen for eksempel ikke anvendelse, når der foretages behandling af personoplysninger som led i rent personlige eller familiemæssige aktiviteter, eller når behandlingen foretages af en fysisk person.²⁶

Artikel 3 fastlægger det territoriale anvendelsesområde. Artiklen fastslår, at forordningen finder anvendelse, når behandlingen af personoplysninger foretages som led i aktiviteter, der udføres enten for en dataansvarlig eller en databehandler, som er etableret i EU. Dette gælder uanset om behandlingen finder sted i EU eller ej. Det territoriale anvendelsesområde afhænger således af, om den dataansvarlige eller databehandleren er etableret i EU og altså ikke af hverken den registreredes nationalitet eller opholdssted eller om behandlingen finder sted uden for EU.²⁷

2.3 Forordningens grundlæggende principper

Forordningen indeholder en række grundlæggende principper, der kræves overholdt, når der sker behandling af personoplysninger. Principperne fremgår af artikel 5, stk. 1, litra a-f og beskriver princippet om lovlighed, rimelighed og gennemsigtighed, princippet om formålsbegrænsning, princippet om dataminimering, princippet om rigtighed, princippet om opbevaringsbegrænsning samt princippet om integritet og fortrolighed. Formålet med principperne er at sikre, at behandlingen er legitim og udtrykkeligt anført, at der udelukkende sker behandling af personoplysninger, der er strengt nødvendige til formålet, samt at opbevaringen ikke sker i længere tid end nødvendigt. Derudover skal personoplysningerne være korrekte og behandlingen heraf skal sikre den registreredes oplysninger tilstrækkeligt.²⁸

Hertil følger princippet om ansvarlighed af artikel 5, stk. 2, hvorefter den dataansvarlige skal kunne påvise, at de af stk. 1 anførte principper er overholdt.²⁹ Disse principper skal således overholdes, når der foretages behandling af personoplysninger på baggrund af den registreredes samtykke.

²⁶ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, s. 207 og Databeskyttelsesforordningen (2016/679), Artikel 2, stk. 1 og 2.

²⁷ Nielsen & Lotterup, 2020, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer, s. 225 og Databeskyttelsesforordningen (2016/679), Artikel 3

²⁸ Høilund, Dorte, Persondataretten, s. 34-45

²⁹ Databeskyttelsesforordningen (2016/679), Artikel 5, stk. 2

2.4 Behandlingsgrundlag

Behandling af almindelige personoplysninger er kun lovlig, såfremt en af de i artikel 6, stk. 1, litra a-f angivne betingelser er opfyldt. Det vil sige, at behandlingen af almindelige personoplysninger skal begrundes i et af disse behandlingsgrundlag. Behandlingen kan efter art. 6, stk. 1 ske såfremt:

- den registrerede har givet samtykke hertil, jf. artikel 6, stk. 1, litra a
- behandlingen er nødvendig for at kunne opfylde en kontrakt, jf. artikel 6, stk. 1, litra b
- behandlingen er nødvendig for at den dataansvarlige kan overholde en retlig forpligtelse, jf. artikel 6, stk. 1, litra c
- behandlingen er nødvendig for at beskytte vitale interesser, jf. artikel 6, stk. 1, litra d
- behandlingen er nødvendig for samfundets interesse eller som led i offentlig myndighedsudøvelse, jf. artikel 6, stk. 1, litra e
- behandlingen er nødvendig for at den dataansvarlige kan forfølge en legitim interesse, så længe denne interesse ikke undermineres af den registreredes interesse om beskyttelse, jf. artikel 6, stk. 1, litra a³⁰

Foretages der derimod behandling af følsomme personoplysninger, er udgangspunktet i henhold til artikel 9, stk. 1, at behandlingen er forbudt. Der kan dog alligevel foretages behandling i henhold til artikel 9, stk. 2, litra a-c, såfremt:

- den registrerede har givet udtrykkeligt samtykke til behandling, jf. artikel 9, stk. 2, litra a
- behandlingen er nødvendig for at den dataansvarlige eller registrerede kan overholde sine arbejds-, sundheds-, eller socialretlige forpligtelser, jf. artikel 9, stk. 2, litra b
- behandlingen er nødvendig for at kunne beskytte den registreredes eller en anden fysisk persons vitale interesser, når denne ikke selv er i stand til at give samtykke til behandling, jf. artikel 9, stk. 2, litra c
- behandlingen foretages af en forening eller lignende af politisk, filosofisk, religiøs eller fagforeningsmæssig art, der ikke arbejder med gevinst for øje, jf. artikel 9, stk. 2, litra d
- behandlingen vedrører personoplysninger, der er offentliggjort af den registrerede selv, jf. artikel 9, stk. 2, litra e
- behandlingen er nødvendig for at retskrav kan fastlægges, jf. artikel 9, stk. 2, litra f

³⁰ Høilund, Dorte, Persondataretten, s. 58-59 og Databeskyttelsesforordningen (2016/679), Artikel 6, stk. 1, litra a-f

- behandlingen er nødvendig af hensyn til væsentlige samfundsinteresser, jf. artikel 9, stk. 2, litra g
- behandlingen er nødvendig for sundhedssektoren med henblik på forebyggende medicin, jf. artikel 9, stk. 2, litra h
- behandlingen er nødvendig af hensyn til folkesundheden, jf. artikel 9, stk. 2, litra i
- behandlingen er nødvendig til arkivformål i samfundets interesse, jf. artikel 9, stk. 2, litra j³¹

Behandling af personoplysninger, herunder såvel almindelige som følsomme, skal således hjemles i enten forordningens artikel 6 eller forordningens artikel 9, førend en sådan behandling er lovlig.³²

2.5 Begrebsafklaring

Det følgende afsnit har til formål at skabe en forståelse for de i afhandlingen anvendte begreber. Forordningens artikel 4 indeholder legaldefinitioner, der definerer betydningen af forordningens begreber og termer. Begrebsafklaringen vil derfor tage udgangspunkt i artikel 4 og vil, når artikel 4 ikke er tilstrækkelig, blive suppleret af øvrige retskilder.³³

2.5.1 Den registrerede

Artikel 4 i forordningen indeholder ikke en legaldefinition af *den registrerede*. Når afhandlingen henviser til *den registrerede*, menes der den registrerede som fysisk person. Den registrerede borger er én af de to hovedaktører i databeskyttelsesforordningen. Den registreredes interesse er en sikker retsstilling, der beskytter den registreredes oplysninger mod ulovlig behandling.³⁴ Denne interesse er en del af hovedformålet med databeskyttelsesforordningen, jf. forordningens artikel 1.

2.5.2 Den dataansvarlige

Forordningen definerer begrebet *dataansvarlig* i artikel 4, nr. 7. I henhold til denne kan den dataansvarlige være en fysisk eller juridisk person, en offentlig myndighed, en institution eller et

³¹ Høilund, Dorte, Persondataretten, s. 64-67

³² Databeskyttelsesforordningen (2016/679), Artikel 6 og Artikel 9

³³ Databeskyttelsesforordningen (2016/679), Artikel 4

³⁴ Høilund, Dorte, Persondataretten, s. 29 og 87

andet organ. Den dataansvarlige afgør med hvilke formål og på hvilken baggrund, der kan behandles personoplysninger.³⁵

I forlængelse heraf kan det være relevant at fastlægge, hvornår der er tale om en reel dataansvarlig, og hvornår der er tale om en databehandler. Det er en relevant sontring, idet forordningen indeholder forskellige krav til henholdsvis den dataansvarlige og en eventuel databehandler. Det er den dataansvarlige, der er ansvarlig for, at reglerne og principperne i forordningen overholdes, og at den registreredes rettigheder dermed efterleves bedst muligt. Såfremt der opstår usikkerhed om, hvem der bærer det reelle ansvar, kan der ske forringelse af den registreredes rettigheder og sikkerhed, og derfor er det vigtigt at fastlægge, hvornår man er dataansvarlig, og hvornår man er databehandler.³⁶ Denne afhandling fokuserer ikke på databehandleren, idet forordningens artikel 7 udelukkende indeholder krav til den dataansvarlige i forbindelse med indsamling af oplysninger på baggrund af samtykke. Derfor bliver begrebet *databehandler* ikke yderligere specificeret.

2.5.3 Personoplysninger

Begrebet *personoplysninger* er defineret i forordningens artikel 4, nr. 1. Artiklen fastlægger, at en personoplysning er enhver information om en identificeret eller identificerbar fysisk person. En identificerbar fysisk person er en fysisk person, der kan identificeres enten direkte eller indirekte. Personoplysninger er blandt andet oplysninger om navn, identifikationsnummer og genetiske data.³⁷ Forordningen inddeler personoplysninger i henholdsvis almindelige personoplysninger (ikke-følsomme oplysninger), særlige kategorier af personoplysninger (følsomme oplysninger) samt oplysninger om straffedomme og lovovertrædelser.

Almindelige personoplysninger er alle oplysninger, der ikke er følsomme oplysninger og som kan identificere en fysisk person. Det er for eksempel oplysninger om navn, adresse, økonomiske forhold, familieforhold og arbejdsstilling. Der er således ingen udtømmende liste over almindelige personoplysninger.³⁸

³⁵ Databeskyttelsesforordningen (2016/679), Artikel 4, nr. 7

³⁶ Datatilsynets vejledning om dataansvarlige og databehandlere, s. 5-6

³⁷ Databeskyttelsesforordningen (2016/679), Artikel 4, nr. 1

³⁸ <https://www.datatilsynet.dk/hvad-siger-reglerne/grundlaeggende-begreber/hvad-er-personoplysninger>.

Følsomme oplysninger er oplysninger om race og etnisk oprindelse, politisk overbevisning, religiøs eller filosofisk overbevisning, fagforeningsmæssige tilhørsforhold, genetiske data, biometriske, helbredsoplysninger og seksuel orientering. Dermed er følsomme oplysninger, i modsætning til almindelige personoplysninger, en udtømmende liste.³⁹

Oplysninger om strafbare forhold omfatter oplysninger om overtrædelse af lovgivning og andre sanktioner.

Databeskyttelsesloven regulerer behandlingen af CPR-numre, som også er en personoplysning. CPR-numre er en fortrolig personoplysning, der ikke reguleres i forordningen, men alene i dansk national lovgivning. Behandlingen af nationale identifikationsnumre sker i henhold til forordningens art. 87.

⁴⁰

2.5.4 Behandling

I henhold til forordningens art. 4, nr. 2 skal begrebet *behandling*, inden for persondataretten, forstås som enhver aktivitet, med eller uden brug af automatisk behandling, som personoplysninger der gøres til genstand for registrering, systematisering, opbevaring, indsamling og lignende.⁴¹ Artikel 4, nr. 2 indeholder ikke udtømmende liste over, hvornår der sker behandling, idet begrebet omfatter utallige situationer. Der sker for eksempel også behandling i forordningens forstand, når der laves referater, notater med videre, når disse indeholder personoplysninger. Begrebet *behandling* omfatter derfor enhver aktivitet, hvori der behandles personoplysninger.⁴²

³⁹ <https://www.datatilsynet.dk/hvad-siger-reglerne/grundlaeggende-begreber/hvad-er-personoplysninger>, sidst besøgt d. 08-05-2024

⁴⁰ <https://www.datatilsynet.dk/hvad-siger-reglerne/grundlaeggende-begreber/hvad-er-personoplysninger>, sidst besøgt d. 08-05-2024

⁴¹ Databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 2

⁴² Høilund, Dorte: Persondataretten, s. 26

3. Betingelser for et gyldigt samtykke

3.1 Indledende bemærkninger

For at kunne vurdere, hvornår et samtykke kan danne baggrund for behandling, er det først og fremmest nødvendigt at afklare, hvornår et samtykke er gyldigt. Det nedenstående afsnit vil derfor afklare, hvilke betingelser der kræves opfyldt, for at der er tale om et gyldigt samtykke i henhold til forordningen samt persondatarettens øvrige retskilder.

Samtykke er, som tidligere nævnt, en af de i artikel 6, stk. 1 og artikel 9, stk. 2 nævnte behandlingsgrundlag. Det vil sige, at der kan ske lovlig behandling af personoplysninger, såfremt den registrerede har givet samtykke til behandling af dennes personoplysninger. Samtykke som behandlingsgrundlag kan anvendes til behandling af såvel almindelige personoplysninger som af særlige kategorier af personoplysninger.⁴³

Det følger ligeledes af Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder artikel 8, nummer 2, at oplysninger skal behandles på grundlag af de berørte personers samtykke eller på et andet berettiget ved lov fastsat grundlag. Dermed følger det direkte af forordningen og af Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, at samtykke kan danne baggrund for et lovligt behandlingsgrundlag.⁴⁴

Databeskyttelsesforordningens artikel 4, nr. 11 definerer begrebet samtykke. Ifølge denne definition indeholder begrebet samtykke en række betingelser, der skal være opfyldt, før der er tale om et gyldigt afgivet samtykke fra den registrerede. Et samtykke fra den registrerede er således *”enhver frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse fra de registrerede, hvorved den registrerede ved erklæringen eller klar bekræftelse indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende, gøres til genstand for behandling.”*⁴⁵

Som følge af denne definition, er det relevant at konkretisere betydningen af følgende begreber: frivillig, specifik, informeret og utvetydig. Dette gøres for at fastlægge, hvornår der i henhold til forordningens artikel 4, nr. 11 er tale om et gyldigt samtykke, der kan anvendes som behandlingsgrundlag. Nedenstående begrebsafklaring vil blive suppleret af øvrige persondataretlige retskilder.

⁴³ Høilund, Dorte: Persondataretten, s. 46.

⁴⁴ Blume, Peter: Samtykke i Persondataretten, s. 9

⁴⁵ Databeskyttelsesforordningen (2016/679), Artikel 4, stk. 11

Som supplement til forordningens artikel 4, nr. 11 indeholder artikel 7 en række betingelser, der ligeledes skal være opfyldt, og som derfor også vil blive inddraget og uddybet i nødvendigt omfang. Artikel 7 indeholder den dataansvarlige forpligtelser i forbindelse med et gyldigt samtykke.

3.2 Frivillig

Et samtykke i persondatarettens regi skal, i henhold til legaldefinitionen i artikel 4, nr. 11, først og fremmest være frivilligt. Kravet om en frivillig viljestilkendegivelse indebærer, at den registrerede skal have et reelt frit valg. Det vil sige, at et samtykke ikke er gyldigt, såfremt den registrerede ikke har et reelt valg. Dette gælder, hvis samtykket på nogen måde er forbundet med tvang for den registrerede. Et samtykke er heller ikke frivilligt og dermed ikke gyldigt, hvis et manglende samtykke eller tilbagetrækning af et samtykke medfører negative konsekvenser for den registrerede, eller hvis samtykket er betinget af en række vilkår. I disse situationer vil den registrerede netop ikke have et reelt frit valg.⁴⁶ Udgangspunktet er således, at den registrerede handler frivilligt i egen interesse, når der gives samtykke til behandling af dennes personoplysninger. Det kan dog i flere tilfælde være problematisk at sikre frivilligheden, når den dataansvarlige er den stærke part, og samtykket derfor i stedet forsøges indhentet i den dataansvarliges interesse. Kravet om frivillighed spiller derfor en stor rolle i vurderingen af, om der foreligger en magtubalance, som potentielt kan skade den registrerede.⁴⁷

Når offentlige myndigheder behandler oplysninger om borgere, er der tale om ulige magtforhold. Præambelbetragtning 43 gør det klart, at når et sådan ulige magtforhold foreligger, vil det i de fleste tilfælde ikke være muligt at anvende samtykke som lovligt behandlingsgrundlag. Det skyldes, at den registrerede i sådanne situationer ikke har et reelt frit valg, som forklaret ovenfor.⁴⁸

Samme problematik kan opstå når der er tale om et ansættelsesforhold, hvor arbejdsgiveren er den stærke part og arbejdstageren er den svage part. I dette tilfælde er der et over-/underordningsforhold, som kan medføre en vis frygt for, at det vil være til skade for den registrerede, såfremt denne ikke giver samtykke til behandling.⁴⁹ I disse situationer stilles der således spørgsmålstejn ved, om der kan gives et reelt frivilligt samtykke. Når frivilligheden af samtykket skal vurderes, er det altafgørende, at den registrerede har et reelt frit valg uden frygt for negative konsekvenser, vildledning, tvang eller

⁴⁶ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 6

⁴⁷ Blume, Peter: Samtykke i Persondataretten, s. 85

⁴⁸ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 6-7

⁴⁹ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 7-8

lignende. Præambelbetragtning 42 understreger netop dette, ved at gøre det klart, at den registrerede til enhver tid skal kunne afvise at afgive samtykke eller trække sit samtykke tilbage uden at et sådan valg påvirker den registrerede negativt.⁵⁰

Et samtykke skal ligeledes være granulært, for at det kan være frivilligt. Det vil sige, at såfremt den dataansvarlige ønsker at behandle personoplysninger til flere formål, skal den registrerede kunne give individuelt samtykke til hvert enkelt formål. Et samtykke er derfor ikke frivilligt, hvis der på den pågældende tjeneste kun kan gives samtykke til alle formål på en gang.⁵¹

Ved vurderingen af, om et samtykke er afgivet frivilligt, anvendes endvidere artikel 7, stk. 4, idet denne eksplicit indeholder et krav til den dataansvarlige om, at opfyldelsen af en kontrakt ikke må betinges af, at der gives samtykke til behandling af personoplysninger, der ikke er nødvendige for opfyldelsen af den pågældende kontrakt. Formålet med bestemmelsen er således at sikre, at samtykke som behandlingsgrundlag ikke kan gøres til en modydelse for opfyldelsen af en kontrakt eller en tjenesteydelse.⁵²

3.3 Specifik

Det fremgår direkte af forordningens artikel 6, stk. 1, litra a, at der kan ske behandling af personoplysninger på baggrund af den registreredes samtykke, såfremt der er givet samtykke til *“et eller flere specifikke formål”*.⁵³ Det betyder, at den registrerede ikke kan give et generelt samtykke til et eller flere formål, idet selve bestemmelsen indeholder et krav om, at der gives et specifikt samtykke. Hensigten med kravet er at sikre, at der kun kan ske behandling af den registreredes personoplysninger, når denne specifikt har givet samtykke til det pågældende formål. Det vil sige, at såfremt der anmodes om behandling til flere formål, og den registrerede kun giver specifikt samtykke til ét af formålene, skal kravet om et specifikt samtykke sikre transparensen, således at den registrerede kan være sikker på, at der kun sker behandling til det formål, der er givet samtykke til.⁵⁴ For at den registrerede kan afgive et specifikt samtykke, kræves det først og fremmest, at den dataansvarlige klart og tydeligt kommunikerer formålet med behandlingen til den registrerede,

⁵⁰ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 8

⁵¹ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 11

⁵² Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 8-10

⁵³ Databeskyttelsesforordningen (2016/679), Artikel 6, stk. 1, litra a

⁵⁴ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 12-13

således at den registrerede ved, hvad behandlingen medfører, og på den baggrund kan afgive sit samtykke. I forlængelse heraf følger det af forordningens artikel 7, stk. 2, at såfremt der er flere formål med behandlingen, skal disse fremgå tydeligt og adskilt, for netop at sikre transparensen for den registrerede. Derfor kan der kun ske behandling til alle angivne formål, såfremt der er givet specifikt samtykke til hvert enkelt formål. Den dataansvarlige skal således specifikt angive formålet med behandlingen, førend den registrerede kan afgive et specifikt samtykke.⁵⁵

Det fremgår ikke af forordningen, hvornår et formål er tilstrækkeligt specifikt formuleret. Dog gælder det, at den registrerede i en vis grad skal være sikker på, hvad det vil medføre, såfremt denne samtykker til behandlingen.⁵⁶

3.4 Informeret

I forlængelse af ovenstående, skal samtykket endvidere være informeret. Kravet herom hænger sammen med forordningens artikel 5, stk. 1, litra a, hvorefter personoplysninger blandt andet skal behandles på en gennemsigtig måde. Et samtykke er informeret og lever op til princippet om gennemsigtighed, når den dataansvarlige har afgivet de relevante oplysninger. Ifølge artikel 29-gruppen foreligger der en række minimumsoplysninger, der af den dataansvarlige skal være afgivet, førend der er tale om et informeret samtykke. Først skal den dataansvarlige oplyse sin identitet, jf. også præambelbetragtning 42 der tilskriver, at den registrerede som minimum skal være bekendt med den dataansvarliges identitet samt behandlingens formål, for at der er tale om et informeret samtykke. Dernæst skal der gives oplysning om formålet med alle behandlinger, hvis der er flere og hvilke data der som følge af behandlingen vil blive indsamlet. Den registrerede skal ydermere gøres opmærksom på dennes ret til at trække sit samtykke tilbage, hvilket ligeledes fremgår af forordningens artikel 7, stk. 3. Til sidst mener artikel 29-gruppen at, der skal gives oplysning herom, når personoplysningerne anvendes til automatisk afgørelse samt hvis der foreligger eventuelle risici ved dataoverførsler, jf. henholdsvis artikel 22, stk. 2, litra c og artikel 46.⁵⁷

Der foreligger intet krav til, hvordan et sådan formål skal angives, for at den registrerede kan afgive et informeret samtykke. Det fremgår dog af forordningens artikel 7, stk. 2, at når den dataansvarlige anmoder om samtykke til behandling, i en skriftlig erklæring, skal denne anmodning formuleres i et sprog, der er letforståeligt for modtageren. Artikel 29-gruppen tilføjer i denne henseende, at den

⁵⁵ Blume, Peter: Samtykke i Persondataretten, s. 69-70

⁵⁶ Blume, Peter: Samtykke i Persondataretten, s. 70

⁵⁷ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 14

dataansvarlige skal formulere anmodningen således en almindelig person kan forstå det. Derfor skal en anmodning om et samtykke som behandlingsgrundlag ligeledes fremgå tydeligt og kan således ikke skjules blandt almindelige vilkår og betingelser.⁵⁸

3.5 Utvetydig

Et samtykke skal i henhold til forordningens artikel 4, nr. 11 slutteligt være utvetydigt. Kravet om utvetydighed indebærer, at det klart og tydeligt skal fremgå af den registreredes viljestilkendegivelse, at den registrerede samtykker til behandlingen af personoplysninger. Det medfører, at den dataansvarlige ikke må være i tvivl om, at den registrerede klart og tydeligt godkender behandlingen.⁵⁹ Der er eksempelvis ikke tale om en klar og tydelig viljestilkendegivelse, der giver den dataansvarlige ret til at behandle den registreredes personoplysninger, når den registrerede accepterer generelle betingelser og vilkår. Ønsket om behandling af personoplysninger, skal derfor fremgå tydeligt og kan ikke gemmes blandt generelle betingelser og vilkår, som også nævnt ovenfor i afsnit 3.4⁶⁰

Det er relevant at kigge på, hvordan den dataansvarlige formulerer ønsket om at behandle personoplysninger om den registrerede. Hvis den dataansvarlige har flere formål med behandlingen, skal disse adskilles fra hinanden, således at formålene og eventuelt øvrige behandlingsgrundlag fremgår klart, tydeligt og separeret. For at et samtykke i denne forbindelse er utvetydigt, skal den registrerede klart og tydeligt give samtykke til behandling af alle formålene. Dette hænger sammen med kravet om et specifikt samtykke i afsnit 3.3.⁶¹

Når det skal vurderes om et samtykke er utvetydigt eller ej, er det ikke altid nok at kigge på indholdet af det afgivne samtykke. Det skyldes, at kravet om utvetydighed ligeledes relaterer sig til formen af samtykket, således at det også kan være nødvendigt at kigge på, hvordan samtykket er afgivet. Ifølge definitionen af samtykke i artikel 4, nr. 11 kan samtykket afgives ved *erklæring* eller *klar bekræftelse*. En erklæring er det eksplicite samtykke, der afgives af den registrerede enten elektronisk, skriftligt eller mundtligt.⁶² Den ideelle skriftlige erklæring er et brev eller en e-mail, hvori den registrerede tydeligt angiver, hvad denne samtykker til. Denne form for skriftlig erklæring er dog typisk ikke så

⁵⁸ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 15-16

⁵⁹ Blume, Peter: Samtykke i Persondataretten, s. 61

⁶⁰ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 18

⁶¹ Blume, Peter: Samtykke i Persondataretten, s. 62

⁶² Blume, Peter: Samtykke i Persondataretten, s. 62-63

realistisk, hvorfor begrebet “skriftlige erklæringer” omfatter andet end et brev eller en e-mail. Den mundtlige erklæring er en sagt og optaget viljestilkendegivelse.⁶³ Præambelbetragtning 32 fastlægger, at en elektronisk erklæring ligeledes kan forekomme, når den registrerede besøger et websted og afkrydser felter, som tydeligt tilkendegiver, at den registrerede giver accept til den foreslåede behandling af vedkommendes personoplysninger. I denne forbindelse gøres det klart, at inaktivitet, tavshed og forudafkrydsede felter ikke udgør en erklæring om accept til behandling af personoplysninger.⁶⁴

Den klare bekræftelse er den mere usikre del, der åbner op for, at definitionen af samtykke i henhold til artikel 4, nr. 11 ikke indeholder et krav om en eksplicit erklæring. Et samtykke må således også kunne gives implicit, altså via handlinger. Den implicitte handling skal stadig være klar og tydelig, således at den dataansvarlige ikke kan være i tvivl om, at den registrerede har godkendt behandlingen af dennes personoplysninger. Derfor gælder det, at et implicit samtykke kun vurderes at være klart og tydeligt under den forudsætning, at der er få registrerede og at den dataansvarlige kender de få registrerede.⁶⁵

Der foreligger således ikke nogen direkte formkrav til samtykket, hvorfor det kan afgives såvel skriftligt som mundtligt og via handlinger. Dette blev i øvrigt også fastlagt i Datatilsynets afgørelse Sarbanes Oxley Act, journalnummer 2003-233-0028, idet Datatilsynet fandt, at et samtykke ikke indebærer et krav om at skulle gives skriftligt, men at en skriftlig erklæring derimod kan være en fordel af hensyn til bevisbyrden.⁶⁶

3.6 Den dataansvarliges forpligtelser i forbindelse med et gyldigt samtykke

Foruden de i artikel 4, nr. 11 oplistede betingelser for et gyldigt samtykke, indeholder også artikel 7, stk. 1-4 en række yderligere betingelser. Disse betingelser stiller krav til den dataansvarlige i forbindelse med kravene til et gyldigt samtykke. Formålet med forordningens artikel 7 er at sikre at den dataansvarlige overholder forordningens regler og principper i forbindelse med indsamling, opbevaring og behandling af personoplysninger.⁶⁷

⁶³ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 16-17

⁶⁴ Præambelbetragtning 32 og Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 18

⁶⁵ Blume, Peter: Samtykke i Persondataretten, s. 62-63

⁶⁶ Betænkning om Databeskyttelsesforordningen, side 171

⁶⁷ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 21

Det følger af forordningens artikel 7, stk.1 at den dataansvarlige skal kunne bevise, at den registrerede har givet samtykke til behandling af dennes oplysninger. Det samme fremgår af præambelbetragtning 42. Bevisbyrden for at der foreligger et samtykke som behandlingsgrundlag påhviler derfor den dataansvarlige. Forordningen fastlægger ingen specifikke krav til, hvordan den dataansvarlige skal kunne påvise samtykket, men ifølge præambelbetragtning 42 gælder det, at der i forbindelse med skriftlige erklæringer bør laves garantier, der sikrer at den registrerede ikke er i tvivl om, hvad der er givet samtykke til eller at der er givet samtykke. Artikel 29-gruppen foreslår ligeledes i deres vejledning vedrørende samtykke, at den dataansvarlige kan gemme samtykkeerklæringer modtaget af de registrerede som bevis på, at der er givet samtykke. På denne måde kan den dataansvarlige bevise, hvordan samtykket blev indsamlet, samt hvilke oplysninger den registrerede på tidspunktet for samtykket blev forelagt. Som nævnt i afsnit 3.4 hænger den dataansvarliges forpligtelse sammen med kravet om et informeret samtykke, hvorfor den dataansvarlige i henhold til præambelbetragtning 42 skal informere den registrerede om en række informationer i et letforståeligt sprog.⁶⁸

Artikel 7, stk. 2 fastlægger, at den dataansvarlige skal adskille anmodningerne om behandling af personoplysninger fra andre forhold. Det vil sige, at når den dataansvarlige anmoder om behandling af personoplysninger på baggrund af samtykke, skal dette samtykke fremgå klart og tydeligt i et enkelt sprog, således at der ikke foreligger tvivl om samtykket. Artikel 7, stk. 2 skal dermed sikre, at den registrerede kan afgive et specifikt samtykke, som behandlet i afsnit 3.3.

I henhold til artikel 7, stk. 3 skal den registrerede gøres opmærksom på muligheden for at trække sit samtykke tilbage. Tilbagetrækningen af samtykke skal ifølge artikel 7, stk. 3 kunne ske lige så let som at afgive et samtykke i første omgang. Hvis et samtykke er afgivet på én brugergrænseflade, for eksempel via en hjemmeside, skal den registrerede kunne trække sit samtykke tilbage på selvsamme grænseflade. Det vil kræve en ekstra indsats, hvis tilbagetrækning af samtykket skal ske via en anden grænseflade, og dermed ikke være lige så let som at afgive samtykket. Trækker den registrerede sit samtykke tilbage, skal dette ske uden at skade den pågældende. Den dataansvarlige må derfor ikke kræve betaling eller sænke serviceniveauet ved tilbagetrækning af samtykke. Den registrerede skal gøres opmærksom på rettigheden til at trække sit samtykke tilbage, inden denne har afgivet sit

⁶⁸ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 22 og præambelbetragtning 42

samtykke.⁶⁹ Såfremt den registrerede trækker sit samtykke tilbage, er den dataansvarlige forpligtet til at slette enhver oplysning, der er indsamlet samt behandlet på baggrund af samtykket. Personoplysninger indsamles og behandles ofte på flere grundlag. Når dette er tilfældet, skal kun de oplysninger, der er indsamlet på baggrund af samtykke, slettes. Hvis der for eksempel er indsamlet oplysninger på baggrund af indgåelsen af en kontrakt og på baggrund af samtykke, skal oplysningerne fra kontraktforholdet således gemmes, og denne behandling kan fortsætte.⁷⁰

Artikel 7, stk. 4 gør det klart, at opfyldelsen af en kontrakt ikke kan betinges af et samtykke, såfremt dette ikke er nødvendigt for opfyldelsen af kontrakten.⁷¹

3.7 Retspraksis vedrørende betingelserne for et gyldigt samtykke

De ovenstående afsnit har til formål at fastlægge forståelsen af de krav, som forordningen direkte stiller til et gyldigt samtykke. Dette spiller en stor rolle i forhold til fastlæggelsen af gældende ret. Det nærværende afsnit har til formål at fastlægge, hvordan denne teori anvendes i praksis og dermed, hvordan henholdsvis EU-Domstolen og det danske Datatilsyn fortolker betingelserne. Dette sker med henblik på i højere grad at kunne fastlægge den gældende retstilstand.

3.7.1 C-673/17 Planet49

C-673/17 Planet49 GmbH er indbragt for EU-Domstolen i 2017 som følge af en tvist mellem parterne Forbundssammenslutning af forbrugerforeninger i Tyskland og Planet49 GmbH (et selskab der udbyder konkurrencer online). EU-Domstolen blev i denne forbindelse forelagt en række præjudicielle spørgsmål vedrørende forståelsen af et gyldigt samtykke. Det er i den sammenhæng relevant at kigge på EU-Domstolens besvarelse af første spørgsmål, litra a) og c).⁷²

Det fremgår af sagens oplysninger, at tvisten opstod som følge af en salgsfremmende konkurrence udbudt af Planet49. Konkurrencen var betinget af, at den registrerede skulle afkrydse det første af to felter, hvorved denne gav samtykke til deltagelse i konkurrencen samt til at en række firmaer efterfølgende kunne kontakte vedkommende. Det andet felt var på forhånd afkrydset, og gav Planet49

⁶⁹ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, side 23 og Databeskyttelsesforordningen (2016/679) artikel 7, stk. 3

⁷⁰ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, side 24

⁷¹ Databeskyttelsesforordningen (2016/679) artikel 7, stk. 4

⁷² C-673/17 Planet49 GmbH, præmis 1 og 2

ret til at installere cookies på brugerens browser. I dommens præmis 45 fastlægger EU-Domstolen samt Planet49, at der var tale om behandling af personoplysninger, når Planet49 installerede disse cookies. Konkurrencen var dog ikke betinget af, at det andet felt var afkrydset, hvorfor det efterfølgende skulle vurderes, om dette samtykke dermed var gyldigt.⁷³

EU-Domstolen fastslår i præmis 52, at en viljestilkendegivelse, som nævnt i forordningens artikel 4, nr. 11, kræver en aktiv handling og fastlægger samtidig, at en viljestilkendegivelse ikke kan være en passiv handling. Det fastslås samtidig, at et samtykke afgivet via et forudafkrydset felt ikke er en aktiv handling foretaget af den registrerede.⁷⁴ Ydermere gør EU-Domstolen det klart, at førend behandling af den registreredes personoplysninger er lovlig, kræves det, at der ikke hersker tvivl om, at den registrerede har givet sit samtykke til behandlingen, hvortil det endnu engang bemærkes, at kun en aktiv handling fra den registreredes side kan opfylde kravet herom.⁷⁵ Det skyldes, at EU-Domstolen mener, at det ikke er praktisk muligt, at vurdere om brugeren af hjemmesiden reelt har givet samtykke til behandling af dennes personoplysninger, eller om denne blot har glemt at fjerne det forudafkrydset felt. Det er ej heller muligt at vide, om den registrerede har læst hvad det forudafkrydset samtykke indebærer, eller om denne har forstået feltet, inden vedkommende fortsætter sin færden på hjemmesiden, hvorfor samtykket ikke kan være givet på en informeret måde, og derfor ikke opfylder betingelserne for et gyldigt samtykke.⁷⁶ Baseret på ovenstående fastslår EU-Domstolen, at et samtykke ikke er gyldigt, når behandling af personoplysninger tillades som følge af tjenesteudbyderens forudafkrydset felt, som af den registrerede aktivt skal fravælges, for at undgå behandling af dennes oplysninger.⁷⁷

EU-Domstolen behandler ligeledes spørgsmålet om, hvornår en viljestilkendegivelse er specifik, og gør det klart, at viljestilkendegivelsen skal vedrøre den specifikke behandling og kan således ikke udledes af en viljestilkendegivelse, der accepterer en anden behandling.⁷⁸

⁷³ C-673/17 Planet 49 GmbH, præmis 1, 2 og 45

⁷⁴ C-673/17 Planet 49 GmbH, præmis 52

⁷⁵ C-673/17 Planet 49 GmbH, præmis 54

⁷⁶ C-673/17 Planet 49 GmbH, præmis 55

⁷⁷ C-673/17 Planet 49 GmbH, præmis 57

⁷⁸ C-673/17 Planet 49 GmbH, præmis 58

Det bemærkes i dommens præmis 60, at ovenstående fortolkning gælder i lyset af forordningen, og kan derfor stadig anvendes efter ikrafttræden af Databeskyttelsesforordningen 2016/679, selvom sagen blev fremlagt inden ikrafttræden af forordningen.⁷⁹

EU-Domstolen konstaterer, at definition af samtykke i forordningens artikel 4, nr. 11, har en strengere ordlyd end direktivets artikel 2, litra h. Det skyldes, at et gyldigt samtykke, i henhold til forordningens artikel 4, nr. 11, kræver en viljestilkendegivelse, der er frivillig, specifik, informeret og utvetydig samt at viljestilkendegivelsen skal være en erklæring om, at den registrerede accepterer behandling af dennes oplysninger. Dette er således definitionen af et aktivt samtykke.⁸⁰ EU-Domstolen bemærker, at forordningens præambelbetragtning 32 muliggør også, at den registrerede kan give udtryk for samtykke ved blandt andet at afkrydse et felt på en hjemmeside samtidig med, at det gøres klart, at “tavshed, forudafkrydsede felter eller inaktivitet” ikke udgør et gyldigt samtykke.⁸¹

Sammenfattende konkluderer EU-Domstolen, at et samtykke, i henhold til forordningens artikel 4, nr. 11 og artikel 6, stk. 1 litra a, ikke er gyldigt, når det afgives gennem et forudafkrydset felt. EU-Domstolen konkluderer dette som følge af, at et forudafkrydset felt ikke opfylder kravet om at være en informeret, specifik og aktiv viljestilkendegivelse, hvorfor samtykket ikke er gyldigt.⁸²

3.7.2 C-61/19 Orange România SA

I 2019 blev EU-Domstolen igen anmodet om en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af, hvornår et samtykke er gyldigt og kan danne baggrund for behandling af personoplysninger.⁸³ Den forelæggende ret ønsker fastlagt hvilke betingelser der kræves opfyldt, førend en viljestilkendegivelse anses som frivillig, specifik og informeret.⁸⁴ Sagen er indgivet af Orange Romania SA, en virksomhed der leverer mobiltelekommunikationsmidler i Rumænien, mod det rumænske Datatilsyn. Anmodningen om den præjudicielle afgørelse ved EU-Domstolen sker som følge af en tvist mellem de to parter, hvor det rumænske Datatilsyn havde pålagt Orange România en bøde for at indsamle og opbevare identitetsbeviser uden gyldigt samtykke.⁸⁵

⁷⁹ C-673/17 Planet 49 GmbH, præmis 60

⁸⁰ C-673/17 Planet 49, GmbH, præmis 61

⁸¹ C-673/17 Planet49 GmbH, præmis 62

⁸² C-673/17 Planet49 GmbH, præmis 44-63

⁸³ C-61/19 Orange România SA, præmis 2

⁸⁴ C-61/19 Orange România SA, præmis 27

⁸⁵ C-61/19 Orange România SA, præmis 2

Det fremgår af sagsfremstillingen, at Orange România havde indgået aftaler med fysiske personer vedrørende levering af mobiltelekommunikationstjenester, og at genparter af kundernes identitetsbeviser var vedhæftet aftalerne. Det rumænske Datatilsyn fandt i deres afgørelse ikke, at kunderne havde afgivet et gyldigt samtykke til indsamling og opbevaring af genparter af identitetsbeviserne.⁸⁶

EU-Domstolen fastholder indledningsvist den praksis, der blev fastlagt i C-673/17 Planet49, i forhold til, at et samtykke kræver en aktiv handling. Dette gøres på baggrund af det tidligere fastslået praksis i C-673/17 Planet49 samt af det i forordningens 32. præambelbetragtning anførte, om at et samtykke kan gives via afkrydsning af felter på hjemmesider, men ikke ved tavshed, inaktivitet eller forudafkrydsede felter. Det skyldes, som også nævnt i afsnit 3.8.1, at det er praktisk umuligt at vurdere, om brugeren af hjemmesiden reelt har villet afgive sit samtykke, eller om denne blot har glemmt at fjerne afkrydsningen.

EU-Domstolen fastholder ligeledes, at et specifikt samtykke skal fortolkes således, at samtykket skal være givet til den pågældende behandling og derfor ikke kan udledes af en viljestilkendegivelse, der accepterer behandlingen af personoplysninger til et andet formål. Hertil indeholder forordningens artikel 7, stk. 2, første punktum et krav om, at når den registrerede giver en skriftlig erklæring vedrørende flere forhold, pålægges den dataansvarlige en forpligtelse til, at anmodningen om behandling på baggrund af samtykke klart skal skelnes fra de andre forhold. Såfremt den dataansvarlige ikke opfylder dette krav, er det ikke muligt for den registrerede at afgive et specifikt samtykke.⁸⁷

Kravet om et informeret samtykke indebærer i henhold til EU-Domstolens praksis, at den dataansvarlige skal oplyse den registrerede om alle omstændigheder vedrørende behandlingen af personoplysninger, det vil sige typen af personoplysninger der ønskes behandlet, formålet og varigheden af behandlingen samt den dataansvarliges identitet. Oplysningerne skal i øvrigt gives i et sprog, der er let forståeligt, således at den registrerede let kan overskue følgerne af et samtykke.⁸⁸ Det informerede samtykke hænger ifølge EU-Domstolen sammen med den registreredes frie valg. Det

⁸⁶ C-61/19 Orange România SA, præmis 22

⁸⁷ C-61/19 Orange România SA, præmis 38 og 39

⁸⁸ C-61/19 Orange România SA, præmis 40

frie valg skal sikre, at den registrerede ikke vildledes i forhold til muligheden for at indgå aftalen, hvis denne nægter at give samtykke til behandling. Det vil sige, at såfremt den registrerede tvinges til at give samtykke til behandling, for at opfylde aftalevilkårene, opfylder dette ikke kravene til det frie valg, idet den registrerede ikke frivilligt har givet samtykke til behandling.⁸⁹

Af sagens oplysninger fremgår det, at Orange România havde informeret den registrerede om de nødvendige informationer forinden den registreredes afgivelse af samtykket. Den registrerede var således blevet informeret om formålene og havde dermed givet samtykke til opbevaring af en genpart af deres identitetsbevis med det formål at kunne identificere kunderne. Det fremgår dog også, at dette var et vilkår, der var forudafkrydset.⁹⁰

EU-Domstolen nævnte i øvrigt, at det påhviler den dataansvarlige, at sikre sig, at behandlingen sker på lovlig vis, hvilket indebærer, at der ikke må herske tvivl om, at den registrerede har givet samtykke til behandlingen. Det fremgår ligeledes direkte af forordningens art. 7, stk. 1, at når behandling af personoplysninger baseres på samtykke, skal den dataansvarlige kunne bevise, at den registrerede har givet sit samtykke.⁹¹

EU-Domstolen konkluderede sammenfattende hertil, at forordningens artikel 4, nr. 11 og artikel 6, stk. 1 skal forstås således, at den dataansvarlige har et ansvar i forhold til at kunne påvise, at samtykke til behandling af personoplysninger er givet via en aktiv handling, samt at den dataansvarlige har afgivet de relevante og nødvendige informationer til den registrerede, således at den registrerede kan give et frit og informeret samtykke. Ydermere konkluderedes det, at der i den pågældende sag ikke er tale om et gyldigt samtykke, såfremt feltet vedrørende samtykkets vilkår på forhånd er blevet afkrydset. Det skyldes, at den registrerede ikke kan afgive et informeret samtykke eller foretage en aktiv handling, der viser, at denne accepterer behandling af personoplysninger. Et gyldigt samtykke kræver ifølge EU-Domstolens afgørelse ligeledes, at aftalevilkårene ikke vildleder den registrerede i forhold til muligheden for indgåelsen af aftalen, idet den registrerede under sådanne forudsætninger ikke vil kun afgive et informeret samtykke. Slutteligt konkluderer EU-Domstolen, at der ikke er tale om et gyldigt samtykke, når den dataansvarlige pålægger den registrerede at udfylde en supplerende

⁸⁹ C-61/19 Orange România SA, præmis 41

⁹⁰ C-61/19 Orange România SA, præmis 45

⁹¹ C-61/19 Orange România SA, præmis 42

formular, såfremt den registrerede nægter at give samtykke, da dette uretmæssigt påvirker den registreredes frie valg.⁹²

3.7.3 Alvorlig kritik af JP/Politikens samtykkeløsning på www.eb.dk, journalnummer 2021-41-0149

Som følge af de af EU-Domstolen, afsagte domme vedrørende samtykkeløsningerne på hjemmesider, havde Datatilsynet i 2021 fokus på netop behandling af personoplysninger fra besøgende på diverse hjemmesider. I forlængelse heraf kommer Datatilsynet i sin afgørelse af 27-10-2022 med alvorlig kritik af JP/Politikkens Hus A/S (herefter JP) samtykkeløsning på www.eb.dk.⁹³

Det fremgår af sagsfremstillingen, at JP gav den registrerede tre valgmuligheder i forhold til afgivelsen af samtykke på www.eb.dk. Disse var som følger: *Kun nødvendige*, *Tilpas indstillinger* eller *Accepter alle*. Samtykkeløsningen bestod af to “lag”, hvoraf det første lag gjorde den registrerede opmærksom på, at JP behandlede personoplysninger med statistik- og markedsføringsformål. Ved at klikke på *Tilpas indstillinger* kom den registrerede til andet lag, hvor den pågældende kunne give samtykke til behandlingsformålene statistik, markedsføring samt præference. Ifølge Datatilsynet var det ikke muligt at afgive et informeret samtykke i henhold til forordningens artikel 4, nr. 11. Det skyldes, at såfremt de registrerede klikkede på “*Accepter alle*”, fik de ikke oplysninger om behandling af personoplysninger med præferenceformål. Dette behandlingsformål fremgik først af andet lag. JP mente derimod, at deres samtykkeløsning opfyldte kravene i forordningens artikel 4, nr. 11 samt artikel 7, og gjorde gældende at deres løsning levede op til kravet om frivillighed, idet det for de registrerede var muligt, at afgive et differentieret samtykke ved at klikke på én af de tre ovennævnte valgmuligheder. JP påstod derfor, at det ikke var af betydning, at et nyt lag blev tilgængeligt ved at klikke på “*Tilpas indstillinger*”, idet det var muligt at afgive et differentieret samtykke allerede ved første lag. JP anførte i denne forbindelse, at hverken Datatilsynets eller EDPB’s vejledninger forklarer på hvilken måde eller på hvilket tidspunkt den registrerede skal have muligheden for at afgive et differentieret samtykke, men at det irske Datatilsyn åbner op for at gøre som på www.eb.dk.⁹⁴ Dette har dog ikke været af betydning for Datatilsynet, idet Datatilsynet fandt, at JP’s behandling af personoplysninger ikke kunne ske på baggrund af forordningens artikel 6, stk. 1, litra a, idet den registrerede ikke kunne afgive et informeret samtykke

⁹² C-61/19 Orange România SA, præmis 52

⁹³ Datatilsynets afgørelse: Alvorlig kritik af JP/Politikens samtykkeløsning på www.eb.dk

⁹⁴ Datatilsynets afgørelse: Alvorlig kritik af JP/Politikens samtykkeløsning på www.eb.dk

i henhold til forordningens artikel 4, nr. 11, idet behandlingen med præferenceformål ikke fremgik af første lag.⁹⁵

3.7.4 Alvorlig kritik af Leadwises samtykkeløsning på letfinans.dk”, journalnummer 2021-31-5282. Datatilsynet udtaler, som i ovennævnte sag, også alvorlig kritik af Leadwises samtykkeløsning på letfinans.dk, på baggrund af en konkret klage over Leadwise. Af sagsfremstillingen fremgår det, at samtykkeløsningen bestod af følgende felter: ABSOLUT NØDVENDIGE, YDEEVNE, MÅLRETNING, FUNKTIONALITET, UKLASSIFICEREDE, hvoraf “ABSOLUT NØDVENDIGE” som den eneste på forhånd var afkrydset. Under disse felter, fik den registrerede følgende muligheder: “ACCEPTER ALLE”, “AFVIS ALLE” og “VIS DETALJER”.⁹⁶

Problemet i forhold til behandling af personoplysninger opstod, idet Leadwise placerede cookies på den registreredes computer, inden den pågældende havde givet samtykke hertil. Leadwise anførte i denne henseende, at det for enhver besøgende på letfinans.dk er nødvendigt at tage stilling til cookies, hvorfor behandling af personoplysninger ifølge Leadwise skete på baggrund af den registreredes samtykke. Leadwise henviste herefter til deres privatlivs- og cookiepolitik, hvoraf det fremgik, at Letfinans indsamlede samt behandlede oplysninger om den registreredes brugeradfærd med henblik på at forbedre brugeroplevelsen.⁹⁷

Datatilsynet fandt, at Leadwises samtykkeløsning ikke opfylder det i artikel 4, nr. 11 anførte informationskrav, idet den registreredes personoplysninger blev behandlet forinden denne havde taget stilling til samtykket. Den registrerede havde derfor ikke mulighed for at afgive et informeret samtykke, idet denne ikke blev informeret om behandlingen, inden den fandt sted. Datatilsynet bemærkede desuden, at Leadwise ikke opfyldte sin forpligtelse som dataansvarlig i forhold til at gøre den registrerede opmærksom på dennes ret til at trække sit samtykke tilbage i henhold til forordningens artikel 7, stk. 3. Som følge heraf konkluderede Datatilsynet, at Leadwise ikke kunne behandle personoplysninger på baggrund af forordningens artikel 6, stk. 1, litra a, idet deres samtykkeløsning ikke var i overensstemmelse med forordningens regler.⁹⁸

⁹⁵ Datatilsynets afgørelse: Alvorlig kritik af JP/Politikens samtykkeløsning på www.eb.dk

⁹⁶ Datatilsynets afgørelse: Alvorlig kritik af leadwises samtykkeløsning på letfinans.dk

⁹⁷ Datatilsynets afgørelse: Alvorlig kritik af leadwises samtykkeløsning på letfinans.dk

⁹⁸ Datatilsynets afgørelse: Alvorlig kritik af leadwises samtykkeløsning på letfinans.dk

3.7.5 Magasins indhentelse af samtykke ved indmeldelse i kundeklub

Datatilsynet traf afgørelse i en sag om Magasins indhentelse af samtykke ved indmeldelse i deres kundeklub. Sagsøgeren mente, at den registrerede ikke kunne afgive et frivilligt samtykke, idet samtykket gav Magasin mulighed for at behandle oplysninger om den registrerede til brug for markedsføring. Magasin påstod i denne forbindelse, at samtykket, var frivilligt, idet medlemmerne af kundeklubben fik en række fordele som modydelse for markedsføringen. På baggrund af det anførte gjorde Datatilsynet gældende, at den dataansvarlige skal give den registrerede et reelt frit valg samt kontrol over egne oplysninger, når den dataansvarlige begrundet sin behandling i samtykke. Der er ikke tale om et frit valg, hvis den registrerede på nogen måde presses eller påvirkes til at give sit samtykke, men den dataansvarlige har et vist råderum inden for hvilket, denne kan motivere den registrerede til at give samtykke til behandling. Datatilsynet fandt herefter, at kundeklubben var et incitament for at opnå samtykke fra den registrerede, og at dette ikke påvirkede den registreredes frie valg i forhold til køb af Magasins varer uden kundeklubben. Magasins indhentelse af samtykke var således sket i overensstemmelse med forordningens artikel 4, nr. 11 vedrørende kravet om et frivilligt og gyldigt samtykke og kunne dermed danne baggrund for behandling af personoplysninger, jf. forordningens artikel 6, stk. 1, litra a.⁹⁹

3.7.6 Jysk Fynske Mediers brug af cookie walls, journalnummer 2021-31-5553 og Gul og Gratis' brug af cookie walls, journalnummer 2021-31-4871

Sagerne er to principielle afgørelser afsagt af Datatilsynet. Førstnævnte sag omhandler, hvorvidt det er i overensstemmelse med forordningen, at den registrerede kun kan tilgå indholdet ved enten at give samtykke til behandling af personoplysninger eller mod betaling.¹⁰⁰

Helt generelt fastlægger Datatilsynet, at cookie walls er i overensstemmelse med forordningen. I den pågældende sag får den registrerede ikke adgang til samme indhold ved henholdsvis at afgive sit samtykke som ved at abonnere, hvorfor dette kan være i strid med kravet om et frivilligt samtykke. Datatilsynet gør gældende, at et samtykke er frivilligt, når den registrerede har et reelt frit valg og har kontrol over sine egne oplysninger. De fastlægger samtidig, at et samtykke ikke er frivilligt, når den registreredes frie vilje påvirkes eller på nogen måde presses. Det fremgår, at der er en vis margin, indenfor hvilken den dataansvarlige kan motivere den registrerede til at afgive sit samtykke, for

⁹⁹ Datatilsynets afgørelse: Indhentelse af samtykke ved indmeldelse i kundeklub var i overensstemmelse med GDPR

¹⁰⁰ Datatilsynets afgørelse: Jysk Fynske Mediers brug af cookie walls

eksempel ved at den registrerede melder sig ind i et fordelsprogram med dertilhørende rabatter mod at denne giver samtykke til at modtage reklame fra virksomheden. Det gøres dog klart, at et manglende samtykke ikke må medføre negative konsekvenser for den registrerede. Jysk Fynske Medier mener, at deres fremgangsmåde vedrørende cookie walls opfylder kravet om frivillighed blandt andet fordi der gives adgang til tilsvarende indhold med og uden samtykke. Datatilsynet finder derimod, at den registrerede ikke har et reelt frit valg, idet den registrerede kun får adgang til dele af indholdet ved at give samtykke og får adgang til alt indhold mod betaling. Det strider således imod frivillighedskravet, at den registrerede ikke tilbydes en alternativ tjeneste, der er tilsvarende den, hvor der ikke gives samtykke. På baggrund af dette konkluderer Datatilsynet, at Jysk Fynske Mediers fremgangsmåde i forhold til cookies walls ikke er i overensstemmelse med forordningen, herunder specifikt artikel 4, nr. 11 vedrørende kravet om et frivilligt samtykke, hvilket medfører at samtykket ikke er gyldigt.¹⁰¹

I sidsnævnte sag finder Datatilsynet, at GulogGratis opfylder kravet om et frivilligt samtykke i henhold til forordningens artikel 4, nr. 11, idet deres cookie walls tilbyder adgang til indholdet enten via et samtykke eller mod betaling af 29 kr. om måneden, hvor begge løsninger giver adgang til tilsvarende løsninger. Samtykkets gyldighed begrundes endvidere i, at prisen ikke er urimelig høj således at den registrerede har et reelt frit valg mellem de to løsninger.¹⁰²

3.7.7 Ugyldigt samtykke i cookie walls på berlingske.dk, journalnummer 2023-431-0010

I forlængelse af ovenstående principielle afgørelser, har Datatilsynet endnu engang behandlet spørgsmålet vedrørende cookie walls, og om fremgangsmåden af disse er i overensstemmelse med kravet om frivillighed i forordningens artikel 4, nr. 11. Af sagens oplysninger fremgår det, at den registrerede kun kunne tilgå en del af indholdet på berlingske.dk ved at give samtykke til behandling af dennes personoplysninger til statistiske og markedsføringsformål. Dette uagtet om den registrerede abonnerede på berlingske.dk eller ej.¹⁰³

Berlingske mener, at deres fremgangsmåde lever op til frivillighedskravet og begrundet det med, at der ifølge dem ikke er tale om cookie walls, idet samtykke ikke er nødvendigt for at tilgå tilsvarende

¹⁰¹ Datatilsynets afgørelse: Jysk Fynske Mediers brug af cookie walls

¹⁰² Datatilsynets afgørelse: Gul og Gratis' brug af cookie walls

¹⁰³ Datatilsynets afgørelse: Ugyldigt samtykke i cookie walls på berlingske.dk

indhold som de, der abonnerer til berlingske.dk. Datatilsynet finder dog, at sådanne cookie walls kun giver den registrerede et reelt frit valg, såfremt det indhold, der kan tilgås via samtykke, også kan tilgås på en måde, hvor der ikke sker behandling af personoplysninger. Berlingske gør det kun muligt at tilgå indholdet ved afgivelse af samtykke, og derfor finder Datatilsynet, at Berlingskes cookie walls ikke opfylder kravet i forordningens artikel 4, nr. 11 om et frivilligt samtykke.¹⁰⁴

3.7.8 C-252/21 Meta Platforms

En anden betydningsfuld afgørelse inden for fastlæggelsen af den gældende retstilstand vedrørende samtykke som behandlingsgrundlag er Meta-sagen. EU-Domstolen blev i den pågældende sag forelagt en række præjudicielle spørgsmål, hvortil sjetten spørgsmål anmoder om svar på, om den registrerede kan afgive et gyldigt samtykke i henhold til forordningens artikel 4, nr. 11 over for en markedsdominerende virksomhed som Meta.

EU-Domstolen anfører, at når en markedsdominerende virksomhed, som META i den pågældende sag, vil behandle personoplysninger om de registrerede på baggrund af samtykke, er den markedsdominerende stilling ikke som sådan til hinder herfor. Der skal dog stadig i en sådan situation foretages en vurdering af, om samtykket er frivilligt og dermed være et reelt udtryk for den registreredes frie vilje. EU-Domstolen anvender forordningen præambelbetragtning 42 samt 43 i besvarelsen af sjetten præjudicielle spørgsmål, og anfører, at det afgørende i vurderingen af om et samtykke er gyldigt er, om den registrerede kan trække samtykket tilbage uden negative konsekvenser for den registrerede samt om den dominerende stilling medfører en skævhed i forholdet mellem den dataansvarlige og den registrerede. Såfremt sidstnævnte er tilfældet, kan skævheden indebære, at den dataansvarlige kan pålægge den registrerede at samtykke til yderligere betingelser, som ellers ikke er nødvendige for opfyldelsen af en kontrakt.

Efterfølgende bemærkes det, at den behandling der foretages af Meta, ifølge EU-Domstolen, ikke er strengt nødvendig for at opfylde kontrakten mellem Meta og de registrerede. Det fastlægges endvidere, at det for den registrerede skal være muligt at afgive et granuleret samtykke, herunder specifikt til personoplysninger om den registreredes adfærd på sociale medier samt til off-Facebook oplysninger.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Datatilsynets afgørelse: Ugldigt samtykke i cookie walls på berlingske.dk

¹⁰⁵ Sag C-252/21, præmis 140-154

Det må således betyde, at en markedsdominerende stilling som udgangspunkt ikke i sig selv medfører, at et samtykke ikke kan udgøre et gyldigt samtykke, men at det på baggrund af en vurdering af sagens oplysninger formentligt alligevel vil kunne valideres, at den registrerede ikke kan afgive et gyldigt samtykke. Det er bemærkelsesværdigt, at det afgørende, i den pågældende sag, ikke er manglende opfyldelse af kravet om frivillighed, som ellers spiller en stor rolle i afsigelsen af afgørelser vedrørende samtykkets gyldighed.

3.7.9 SmartResponses behandling af personoplysninger i forbindelse med udbud af internetkonkurrencer, journalnummer 2020-431-0075

Alle ovenstående sager vedrører fortolkningen af kravene i forordningens artikel 4, nr. 11, hvorimod denne sag vedrører fortolkningen af den dataansvarliges forpligtelser i henhold til forordningens artikel 7. Sagen omhandlede SmartResponses behandling af personoplysninger i forbindelse med internetkonkurrencer, hvor den registrerede skulle afgive sit samtykke for at kunne deltage.¹⁰⁶

Datatilsynets skulle i denne forbindelse vurdere, om den registrerede var blevet oplyst om dennes rettighed til altid at kunne trække sit samtykke tilbage i henhold til forordningens artikel 7, stk. 3 samt om tilbagekaldelsen af samtykket var lige så let som afgivelsen af samtykket. Her fandt Datatilsynet, at den dataansvarlige havde opfyldt disse krav, idet den registrerede, ved deltagelse i konkurrencen, modtog en mail, hvori alle mulighederne for tilbagekaldelse fremgik.¹⁰⁷

Datatilsynet behandlede ligeledes spørgsmålet om forordningens artikel 7, stk. 1, hvorefter den dataansvarlige, for at kunne behandle personoplysninger efter forordningens artikel 6, stk. 1, litra a, skal kunne bevise, at den registrerede har afgivet sit samtykke. Hertil fandt Datatilsynet, at samtykket er gyldigt og opfylder kravet i artikel 7, stk. 1 så længe den dataansvarlige kan bevise, at samtykket er afgivet og at den pågældende behandling skal ophøre, såfremt samtykket trækkes tilbage, idet der således ikke længere foreligger et gyldigt samtykke.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Datatilsynets afgørelse: SmartResponses behandling af personoplysninger i forbindelse med udbud af internetkonkurrencer

¹⁰⁷ Datatilsynets afgørelse: SmartResponses behandling af personoplysninger i forbindelse med udbud af internetkonkurrencer

¹⁰⁸ Datatilsynets afgørelse: SmartResponses behandling af personoplysninger i forbindelse med udbud af internetkonkurrencer

3.8 Sammenfattende om betingelserne for et gyldigt samtykke

Det kan på baggrund af ovenstående først og fremmest konkluderes, at et samtykke er gyldigt, når det opfylder de i forordningens artikel 4, nr. 11 anførte kriterier.

Efter artikel 4, nr. 11 skal samtykket være frivilligt. Det vil sige, at den registrerede skal have et reelt frit valg, således at det ikke påvirker den registrerede negativt, såfremt denne ikke samtykker. Samtykket skal derudover være granulært, således at ét samtykke kun kan danne baggrund for behandling med ét formål. EU-Domstolens fastlægger i sin sag C-61/19 Orange Romania, at der heller ikke foreligger et frivilligt samtykke, såfremt den registrerede er tvunget til at afgive sit samtykke for at kunne opfylde en kontrakt. Datatilsynet fastlægger ligeledes i sine principielle afgørelser vedrørende Jysk Fynske Mediers og Gul og Gratis' brug af cookie walls, at den registrerede ikke gives et reelt frit valg, hvis denne ikke tilbydes tilsvarende indhold med og uden samtykke, hvorfor der i en sådan situation ikke foreligger et gyldigt samtykke. I forlængelse af disse to afgørelser fastlægger Datatilsynet i deres afgørelse vedrørende Berlingskes brug af cookie walls, at der heller ikke foreligger den registrerede et frit valg, såfremt delindhold på hjemmesider kun kan tilgås ved at afgive samtykke til behandling af dennes oplysninger. Det vil sige, at der skal være en alternativ måde, hvorpå indholdet kan tilgås, for eksempel mod betaling. Afgørelsen vedrørende Magasins indhentelse af samtykke fastlægger, at den dataansvarlige kan motivere den registrerede til at give samtykke til behandling af personoplysninger ved fordele i en kundeklub, så længe dette ikke påvirker den registreredes frie valg til køb af virksomhedens resterende varer.

I henhold til afsnit 3.3 fremgår det, at der skal gives specifikt samtykke til behandlingen. Ønsker den dataansvarlige at behandle personoplysninger til flere formål, skal disse formål fremgå adskilt, hvorefter den registrerede skal give samtykke til hvert enkelt formål, før den dataansvarlige kan behandle personoplysninger. Den dataansvarlige skal i denne sammenhæng klart og tydeligt kommunikere formålet med de forskellige behandlinger, for at den registrerede ved, hvad behandlingen medfører. Planet49-dommen understreger dette ved at fastlægge, at et samtykke er specifikt, når det klart og tydeligt accepterer den specifikke behandling og kan ikke udledes af et generelt samtykke til andre behandlinger.

Et samtykke skal ligeledes være informeret, hvilket indebærer, at den dataansvarlige er forpligtet til at oplyse den registrerede om en række oplysninger, herunder blandt andet behandlingens formål.

Datatilsynet har i deres afgørelser vedrørende JP/Politikens og Leadwises samtykkeløsninger behandlet informationskravet, hvorefter de konkluderer, at der ikke foreligger et informeret samtykke, når samtykkeløsningen ikke anfører alle behandlingsformål tydeligt i første oplysningslag. Informationskravet er heller ikke opfyldt, såfremt den dataansvarlige placerer cookies på den registreredes computer, uden først at give den registrerede mulighed for at give samtykke hertil. I de pågældende afgørelser er Datatilsynet enig med Artikel 29-gruppens vejledninger i forhold til den gældende retstilstand vedrørende betydningen af informationskravet.

Slutteligt skal et samtykke, ifølge forordningens artikel 4, nr.11, være udtryk for en utvetydig viljestilkendegivelse. Dette indebærer ifølge Artikel 29-gruppen, at det af viljestilkendegivelsen klart og tydeligt skal fremgå, at den registrerede giver samtykke til behandling af dennes personoplysninger. En viljestilkendegivelse kan være en erklæring, enten skriftlig eller mundtlig, eller en klar bekræftelse i form af handlinger. Hertil fastlægger EU-Domstolen i sag C-673/17 Planet49, at en viljestilkendegivelse skal være en aktiv handling, hvor der ikke hersker tvivl om, at den registrerede giver samtykke. Der er derfor ikke tale om et gyldigt samtykke, når der er givet samtykke uden at den registrerede har foretaget sig en aktiv handling, som det var tilfældet i sag C-673/17 Planet49 omhandlende cookies på hjemmesider.

Udover de i artikel 4, nr. 11 anførte betingelser, skal et samtykke ligeledes opfylde kravene oplistet i forordningens artikel 7. Artikel 7 skal sikre, at behandlingen af personoplysninger sker på korrekt grundlag, hvorfor et samtykke kun er gyldigt, såfremt den dataansvarlige opfylder disse betingelser. Hertil præciserer Datatilsynets afgørelse, at der ikke længere foreligger et gyldigt samtykke, der kan danne baggrund for behandling af personoplysninger, såfremt den registrerede trækker sit samtykke tilbage, eller såfremt den dataansvarlige ikke kan bevise, at den registrerede har givet samtykke til behandlingen.

Betingelserne for et gyldigt samtykke er nu fastlagt ud fra en række forskellige nationale samt internationale retskilder, hvorefter det bliver relevant at vurdere, hvornår et sådant samtykke i praksis kan anvendes som behandlingsgrundlag.

4. Samtykke som behandlingsgrundlag

Afsnit 3 fastlægger de betingelser, der som følge af forordningen, skal være opfyldt, førend der er tale om et gyldigt samtykke. Det følgende afsnit vil med afsæt i de situationer, hvor der, ifølge tidligere anvendte vejledninger samt forordningens præambelbetragtninger, kan opstå tvivl om gyldigheden af samtykket, fastlægge retstilstanden i de pågældende situationer. Dette er navnlig i ansættelsesforhold og i situationer, hvor offentlige myndigheder behandler personoplysninger på baggrund af et samtykke. Afsnittet vil således forsøge at analysere den pågældende praksis med henblik på at fastlægge, hvornår et samtykke reelt er gyldigt og kan anvendes som behandlingsgrundlag og hvornår det eventuelt ikke er gyldigt og ikke kan anvendes som grundlag for behandling af personoplysninger.

4.1 Samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold

Når der foretages behandling af personoplysninger på baggrund af samtykke, kan gyldigheden af samtykket blive tvivlsomt, når der foreligger et ulige magtforhold mellem parterne, som anført i afsnit 3.2. Problematikken opstår særligt i ansættelsesforhold, hvor arbejdsgiveren ønsker at behandle oplysninger om arbejdstageren baseret på forordningens artikel 6, stk. 1, litra a.¹⁰⁹ Det følgende afsnit skal således på baggrund af relevante retskilder forsøge at fastlægge, om det i praksis er muligt for en arbejdsgiver at indhente et gyldigt samtykke, der kan danne baggrund for behandling af personoplysninger.

Artikel 29-gruppen kommer med følgende udtalelse i deres retningslinjer vedrørende samtykke omkring den problematik, der opstår, når der er et afhængighedsforhold mellem den dataansvarlige og den registrerede:

“I lyset af det afhængighedsforhold, der er mellem arbejdsgiver og arbejdstager, er det usandsynligt, at den registrerede kan afvise at give arbejdsgiveren sit samtykke til behandling af personoplysninger uden frygt eller reel risiko for, at afvisningen vil være til skade for ham/hende.”¹¹⁰

¹⁰⁹ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 7-8

¹¹⁰ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 7

Det fremgår hermed direkte, at Artikel 29-gruppen ikke finder det sandsynligt, at den registrerede kan undlade at give samtykke til behandling af dennes personoplysninger i et ansættelsesforhold, uden at dette medfører en reel frygt for, at en afvisning af et samtykke kan have negative konsekvenser for den registrerede. Et ulige magtforhold mellem den registrerede og den dataansvarlige i et ansættelsesforhold vil således være af betydning for, om den registrerede vil kunne afgive et gyldigt samtykke. Ud fra en ordlydsfortolkning af ordvalget “usandsynligt”¹¹¹ må det betyde, at det som overvejende udgangspunkt ikke er muligt at indhente et gyldigt samtykke, når et sådan forhold foreligger. Dette understreges ligeledes i følgende citat:

*“Derfor finder gruppen det problematisk, at arbejdsgivere behandler personoplysninger for nuværende eller kommende arbejdstagere på grundlag af samtykke, da det er usandsynligt, at det er givet frivilligt.”*¹¹²

Heraf fremgår det, at den dataansvarlige ikke kan indhente et gyldigt samtykke, når der foreligger et ansættelsesforhold, idet kravet om frivillighed i henhold til forordningens artikel 4, nr. 11 ikke kan opfyldes. Det skyldes, at et samtykke fra en arbejdstager ikke kan være et udtryk for dennes reelle frie vilje, men i stedet et udtryk for den registreredes frygt for ophør af ansættelsen, såfremt denne ikke opfylder den dataansvarliges interesse i behandling af personoplysninger. På baggrund af ovenstående to citater må det således gælde, at det ifølge Artikel 29-gruppen ikke er muligt at afgive et gyldigt samtykke, der kan danne baggrund for behandling af personoplysninger, når samtykke ønskes anvendt i et ansættelsesforhold. I modsætning til disse klare citater, fremkommer følgende citat mere uklart vedrørende problematikken.

*“I forbindelse med de fleste tilfælde af databehandling på arbejdspladsen kan og bør retsgrundlaget ikke være de ansattes samtykke (artikel 6, stk. 1, litra a)) som følge af forholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager.”*¹¹³

Nærværende citat er mere uklart end de to tidligere, idet gruppen nævner at samtykke “i de fleste tilfælde” ikke kan og ikke bør være retsgrundlaget. Dette må således også betyde at samtykke i nogle

¹¹¹ <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=usandsynligt>

¹¹² Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 7-8

¹¹³ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 8

tilfælde kan være gyldigt, også i et ansættelsesforhold. Artikel 29-gruppen nævner dog ikke, i hvilke situationer et samtykke kan være gyldigt. Ud fra de to tidligere citater, fremgår det tydeligt, at et samtykke ikke generelt kan anses for gyldigt, når der foreligger et ansættelsesforhold. Herefter er det endvidere bemærkelsesværdigt, når der kigges på ordvalget “*kan ikke*” og “*bør ikke*”, idet Artikel 29-gruppen nævner at, behandling af personoplysninger i et ansættelsesforhold “*ikke kan*” være baseret på samtykke, og at behandling på arbejdspladsen “*ikke bør*” være baseret på samtykke. Efter en ordlydsfortolkning af ordvalget “*kan ikke*” må det vurderes, at disse ord medfører, at et samtykke ifølge Artikel 29-gruppen ikke i almindelighed kan anvendes som behandlingsgrundlag, som følge af den manglende opfyldelse af betingelserne, når der foreligger et ansættelsesforhold. I modsætning hertil må det vurderes, at ordvalget “*bør ikke*” ikke udelukker, at samtykke kan være gyldigt i et ansættelsesforhold. Dette må underbygge ovenstående betragtning om at gruppen via deres ordvalg ikke ekskluderer enhver mulighed for at anvende samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold. Det fremgår, som nævnt ikke af Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, i hvilke tilfælde et samtykke vil være gyldigt i et ansættelsesforhold. Men det altovervejende udgangspunkt må ifølge ovenstående citater være, at samtykke ikke kan anvendes som behandlingsgrundlag af personoplysninger i ansættelsesforhold.

Kigger man derimod i dansk lovgivning, gives der her, under visse forudsætninger, mulighed for, at den dataansvarlige kan anvende samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold. Databeskyttelsesloven § 12, stk. 3 tilskriver, at der i ansættelsesforhold kan ske behandling af personoplysninger, på baggrund af den registreredes samtykke, såfremt samtykket opfylder forordningens krav til den dataansvarlige oplistet i artikel 7.¹¹⁴ På baggrund af Artikel 29-gruppens vejledning vedrørende samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold, der som udgangspunkt ikke finder, at samtykke under sådanne forudsætninger kan være frivilligt, og Databeskyttelseslovens §12, stk. 3, er det nødvendigt at foretage en vurdering af, om der er en uoverensstemmelse mellem EU-retten og dansk national ret.

Forordningens artikel 88 omhandler behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold og lader det være op til den enkelte medlemsstat, om der skal indføres yderligere bestemmelser, der skal specificere situationer, hvor samtykket kan være gyldigt og dermed anvendes som

¹¹⁴ Databeskyttelsesloven § 12, stk. 3

behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold. Forordningen gør det muligt for den medlemsstaterne at:¹¹⁵

*“ (...) fastsætte mere specifikke bestemmelser for at sikre beskyttelse af rettighederne og frihedsrettighederne i forbindelse med behandling af arbejdstageres personoplysninger i ansættelsesforhold (...) ”*¹¹⁶

Herefter må det vurderes, at det, for medlemsstaterne, er muligt at indføre nationale bestemmelser, der sikrer den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder i forbindelse med behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold. Når bestemmelsen fastslår, at medlemsstaterne kan tillade anvendelsen af samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold, under den forudsætning, at der fastsættes *mere specifikke bestemmelser*, må dette betyde, at der skal pålægges noget yderligere i national lovgivning, end hvad der fremgår af forordningen. Dette må kunne understøttes af, at forordningen, ifølge Artikel 29-gruppen, som udgangspunkt ikke tillader at behandle personoplysninger i ansættelsesforhold med samtykke som behandlingsgrundlag.

Præambelbetragtning 155 kommenterer ligeledes på forholdet og nævner, at medlemsstaterne kan:

*“ (...) fastsætte specifikke bestemmelser om behandling af arbejdstageres personoplysninger i ansættelsesforhold, navnlig betingelserne for, hvorledes personoplysninger i ansættelsesforhold kan behandles på grundlag af arbejdstagerens samtykke (...) ”*¹¹⁷

Ifølge betragtning 155 kan medlemsstaterne således indføre regler, der fastlægger, hvilke forpligtelser arbejdsgiveren skal overholde for at kunne behandle personoplysninger i ansættelsesforholdet på baggrund af samtykke.

Hermed fokuserer forordningens artikel 88 på, at medlemsstaterne kan indføre regler, der sikrer den registreredes rettigheder, hvortil præambelbetragtning 155 i højere grad fokuserer på, hvilke betingelser, der skal være opfyldt, førend et samtykke er gyldigt og kan anvendes som

¹¹⁵ Databeskyttelsesforordningen (2016/679), Artikel 88

¹¹⁶ Databeskyttelsesforordningen (2016/679), artikel 88

¹¹⁷ Databeskyttelsesforordningen (2016/679), præambelbetragtning 155

behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold. Databeskyttelsesloven § 12, stk. 3 fastslår, som tidligere angivet, at samtykke kan anvendes som behandlingsgrundlag, såfremt forordningens artikel 7 er opfyldt.¹¹⁸ Det vil sige, at dansk national lovgivning blot henviser til de regler, der i forvejen er fastlagt af forordningen. I henhold til Artikel 29-gruppens vejledning kunne det ovenfor vurderes at samtykke som overvejende udgangspunkt ikke kan anvendes som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold. Så når den nationale lovgivning blot henviser til forordningens artikel 7, og ikke fastlægger yderligere betingelser eller fremlægger eksempler på, hvornår samtykke specifikt kan anses for værende gyldigt og dermed anvendes som behandlingsgrundlag, må det kunne vurderes, at det som altovervejende udgangspunkt stadig, ifølge Artikel 29-gruppens vejledning, ikke er muligt at behandle personoplysninger i ansættelsesforhold baseret på den registreredes samtykke, idet samtykket ikke kan opfylde betingelserne for et gyldigt samtykke. Havde den nationale lovgivning derimod fastlagt i hvilke specifikke tilfælde, samtykke kan være gyldigt og danne baggrund for behandling af personoplysninger, eller indført yderligere specifikke bestemmelser, ud over de i forordningen gældende, havde vurderingen formentlig været anderledes. Men når der blot henvises til de i forvejen gældende regler, fastlægger den nationale lovgivning på nuværende tidspunkt ikke mere specifikke bestemmelser med henblik på at sikre den registreredes rettigheder.

Datatilsynet er kommet med en vejledende udtalelse vedrørende samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold på baggrund af en sag om ansattes komme- og gåtider.¹¹⁹ I den pågældende sag havde arbejdsgiveren indført et nyt system, der ved hjælp af en fingeraftryksscanner skulle kontrollere den registreredes komme- og gåtider til brug for løndata. Der var hermed tale om behandling af særlige kategorier af personoplysninger, herunder specifikt biometriske data. I den forbindelse skulle Datatilsynet blandt andet afgøre, om den pågældende behandling kunne ske på baggrund af den registreredes samtykke. Datatilsynet nævner, at der, med hjemmel i Databeskyttelseslovens § 12, stk. 3, kan foretages behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold baseret på samtykke, under den forudsætning, at samtykket opfylder kravene i forordningens artikel 7. Det nævnes endvidere, at samtykket skal være udtryk for den registreredes frie vilje. Datatilsynet finder på denne baggrund at der:¹²⁰

¹¹⁸ Databeskyttelsesloven § 12, stk. 3

¹¹⁹ Datatilsynets afgørelse: Vejledende udtalelse om anvendelsen af fingeraftryk til brug for registrering af ansattes komme og gå tider

¹²⁰ Datatilsynets afgørelse: Vejledende udtalelse om anvendelsen af fingeraftryk til brug for registrering af ansattes komme og gå tider

“Som følge af det afhængighedsforhold, der er mellem en arbejdsgiver og en ansat, er det efter Datatilsynets opfattelse tvivlsomt, om en ansat kan afvise at give en arbejdsgiver sit samtykke til behandlingen af oplysninger om vedkommendes fingeraftryk med henblik på at kontrollere den ansattes komme/gå tider uden frygt eller reel risiko for, at afvisningen vil være til skade for den pågældende eller uden at føle et vist pres”¹²¹

Hermed finder Datatilsynet, at ansættelsesforholdet medfører, at den registrerede ikke kan afvise at give sit samtykke uden frygt for, at dette vil føre negative konsekvenser med sig.¹²² Datatilsynet kommer herefter med følgende afgørelse:

“Det er på den baggrund Datatilsynets opfattelse, at en ansats samtykke til, at en arbejdsgiver kan behandle oplysninger om vedkommendes fingeraftryk i forbindelse med tidskontrol, som det klare udgangspunkt ikke kan anses for at være givet frivilligt. Hvis et samtykke ikke kan anses for at være frivilligt, kan det ikke udgøre et gyldigt behandlingsgrundlag. Datatilsynet kan dog ikke afvise, at der kan foreligge særlige omstændigheder, hvorunder et samtykke kan anses for frivilligt.”¹²³

Det er således ifølge Datatilsynets afgørelse usandsynligt, at et samtykke i den konkrete sag vil være udtryk for den registreredes frie vilje, når der foreligger et ansættelsesforhold mellem den dataansvarlige og den registrerede. Afgørelsen læner sig dermed op ad Artikel 29-gruppens vejledning, idet Datatilsynet ligeledes finder, at samtykket i ansættelsesforholdet i den pågældende sag ikke er frivilligt, og dermed ikke opfylder kravene til et gyldigt samtykke.

Ud fra ovenstående kan det derfor udledes, at Datatilsynet i den konkrete sag i højere grad anvender Artikel 29-gruppens vejledning vedrørende samtykke, end den danske lovgivning, idet behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold som udgangspunkt heller ikke som udgangspunkt er mulig på baggrund af den registreredes samtykke, efter Datatilsynets vejledende udtalelse. Samtidig lægger Datatilsynet, ligesom Artikel 29-gruppen, vægt på at der kan være visse situationer, hvor behandling alligevel er mulig baseret på samtykke, men kommer ikke med eksempler herpå.

¹²¹ Datatilsynets afgørelse: Vejledende udtalelse om anvendelsen af fingeraftryk til brug for registrering af ansattes komme og gå tider

¹²² Datatilsynets afgørelse: Vejledende udtalelse om anvendelsen af fingeraftryk til brug for registrering af ansattes komme og gå tider

¹²³ Datatilsynets afgørelse: Vejledende udtalelse om anvendelsen af fingeraftryk til brug for registrering af ansattes komme og gå tider

Årsagen til, at Datatilsynet i højere grad anvender Artikel 29-gruppens vejledning og dermed afviser anvendelsen af Databeskyttelsesloven § 12, stk. 3, kan formentlig begrundes i persondatarettens hierarki. Som anført i afhandlingens afsnit 1.6.2, er Databeskyttelsesforordningen (2016/679) den primære retskilde i fastlæggelsen af persondatarettens retstilstand. Det medfører, at medlemsstaterne, herunder Danmark, skal fortolke i overensstemmelse med forordningen. Når Datatilsynet så kommer med en vejledende udtalelse vedrørende behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold, hvor de, på trods af bestemmelsen i Databeskyttelsesloven § 12, stk. 3, som udgangspunkt ikke tillader behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold på baggrund af det ulige magtforhold, der foreligger mellem den dataansvarlige og den registrerede, er denne udtalelse i overensstemmelse med forordningen. Hermed afgør Datatilsynet, i det pågældende tilfælde, sagen ud fra forordningens bestemmelser og ikke ud fra den specifikke nationale lovgivning.

Det kan på baggrund af ovenstående stadig være svært at vurdere, om der er en uenighed mellem EU-retten og dansk national lovgivning. Dette skyldes, at forordningens artikel 88 på den ene side tillader medlemsstaterne at indføre nationale bestemmelser i forbindelse med behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold, og at Datatilsynet på den anden side vælger at fortolke anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag i ansættelsesforhold på baggrund af Artikel 29-gruppens vejledning, som udspringer direkte af forordningen. Den nationale bestemmelse skal som tidligere nævnt, ifølge artikel 88, indføre mere specifikke krav for at sikre den registreredes rettigheder. Idet Databeskyttelseslovens § 12, stk. 3 ikke indfører nogle yderligere krav, må det kunne vurderes, at bestemmelsen ikke lever op til forordningens krav, hvorfor bestemmelsen ikke anvendes i den konkrete sag.

4.2 Samtykke som behandlingsgrundlag for offentlige myndigheder

Det er ikke kun i situationer, hvor der foreligger et ansættelsesforhold, at det kan være svært at vurdere, hvornår et samtykke reelt er gyldigt og kan danne baggrund for behandling af personoplysninger. Problematikken kan ligeledes opstå, når offentlige myndigheder behandler personoplysninger på baggrund af den registreredes samtykke, jf. afsnit 3.2.¹²⁴ Præambelbetragtning 43 tilskrives, at samtykke ikke bør kunne danne baggrund for behandling af personoplysninger, såfremt der er en *skævhed* i forholdet mellem den dataansvarlige og den registrerede, idet en skævhed

¹²⁴ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 6-7

medfører, at kravet om frivillighed ikke er opfyldt. Herefter nævner præambelbetragtning 43, at problematikken specifikt kan opstå, når den dataansvarlige er en offentlig myndighed.¹²⁵

Datatilsynet har truffet afgørelser i en række sager vedrørende offentlige myndigheders behandling af personoplysninger på baggrund af samtykke, herunder blandt andet i de følgende to: “Udtalelser fra Datatilsynet: Kommuners hjemmel til AI-profileringsværktøjet Asta”, journalnummer 2022-212-3676 og “Hospital kan ikke bruge samtykke til at offentliggøre billeder af patienter på Instagram”, journalnummer 2023-432-0016.

I udtalelsen vedrørende Kommuners hjemmel til AI-profileringsværktøjet Asta, skal Datatilsynet tage stilling til, om samtykket er gyldigt, således at behandling af borgernes personoplysninger kan ske på baggrund af et samtykke. Formålet med værktøjet er at analysere den registreredes personoplysninger med henblik på at kunne estimere varigheden af en dagpengesag. I Datatilsynets stillingtagen bemærkes det, at gyldigheden af et samtykke blandt andet afhænger af, om der foreligger et ulige magtforhold mellem den dataansvarlige og den registrerede. Datatilsynet nævner, at et samtykke som udgangspunkt ikke er frivilligt, og dermed ikke gyldigt, såfremt der er en klar skævhed i forholdet mellem de to parter.¹²⁶ Datatilsynet nævner desuden, at:

“Dette gælder også, selvom det i praksis er muligt for den registrerede at frasige sig behandlingen, dvs. undgå profileringen, uden at dette har en negativ indvirkning for den pågældende, f.eks. stop af ydelse, idet der vil foreligge en ikke ubetydelig risiko for, at den registrerede – uagtet denne mulighed – vil kunne føle sig presset til at samtykke til behandlingen, f.eks. for at undgå at fremstå besværlig eller lignende.”¹²⁷

Datatilsynet finder således, at et samtykke heller ikke opfylder kravet om frivillighed, uagtet at den registrerede kan afvise at afgive sit samtykke, uden at dette har negativ indvirkning. Det anføres, at det er tilstrækkeligt, at den registrerede føler sig presset til at samtykke af frygt for at være til besvær, såfremt denne ikke samtykker. Dette må stille den registrerede i en bedre position i forhold til at sikre dennes rettigheder. På baggrund af ovenstående finder Datatilsynet, at kommunen ikke kan foretage

¹²⁵ Databeskyttelsesforordningen (2016/679) præambelbetragtning 43

¹²⁶ Datatilsynets afgørelse: Udtalelse fra Datatilsynet: Kommuners hjemmel til AI-profileringsværktøjet Asta

¹²⁷ Datatilsynets afgørelse: Udtalelse fra Datatilsynet: Kommuners hjemmel til AI-profileringsværktøjet Asta

behandling af borgernes personoplysninger baseret på samtykke.¹²⁸ Datatilsynet følger således præambelbetragtning 43 samt Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke i deres vurdering af, om et samtykke er gyldigt og kan udgøre et gyldigt behandlingsgrundlag, når der foreligger en skævhed i forholdet mellem den dataansvarlige og den registrerede.

I den anden af de to anførte sager, havde Aarhus Universitetshospital offentliggjort billeder på Instagram af patienter, der både direkte og indirekte indeholdt oplysninger om såvel almindelige personoplysninger som særlige kategorier af personoplysninger. Region Midtjylland anførte, at de som dataansvarlig havde offentliggjort billederne på baggrund af samtykke indhentet hos de registrerede. Ifølge Region Midtjylland var det muligt at indsamle et gyldigt samtykke, idet afvisningen af samtykke ikke påvirkede den sundhedsfaglige service, idet den registrerede fik betænkningstid inden udfyldelsen af samtykkeerklæringen og fik efterfølgende mulighed for at godkende opslaget. I afgørelsen af sagen foretog Datatilsynet en vurdering af den registreredes situation, for at kunne vurdere, om samtykket var frivilligt. Datatilsynet tillægger det vægt, at man som patient er sårbar, hvilket i sig selv må skabe en skævhed mellem den dataansvarlige og den registrerede. Det blev endvidere tillagt betydning, at Aarhus Universitetshospital, der indsamler oplysningerne, er en offentlig myndighed, hvis opgave er at yde sundhedsfaglig service til den registrerede. Datatilsynet fandt på denne baggrund, at udgangspunktet om, at der i situationer med ulige magtforhold eller skævheder i forholdet mellem den dataansvarlige og den registrerede, ikke kan afgives et frivilligt og dermed gyldigt samtykke, også gælder for Aarhus Universitetshospital.¹²⁹

Datatilsynets afgørelser er dermed afsagt i overensstemmelse med EU-retten. Derfor må det kunne fastlægges, at behandling af personoplysninger som udgangspunkt ikke kan foretages på baggrund af samtykke, når en offentlig myndighed ønsker at behandle oplysninger om en privat borger, idet betingelserne for et gyldigt samtykke sandsynligvis ikke kan opfyldes. På trods af, at såvel retspraksis som diverse retningslinjer og vejledninger fastlægger samme gældende retstilstand vedrørende samtykkets ugyldighed, når offentlige myndigheder ønsker at behandle personoplysninger om en borger, vil den dataansvarlige alligevel i de fleste tilfælde formentlig behandle personoplysninger. Det skyldes, at den dataansvarlige blot vil vælge et andet behandlingsgrundlag i artikel 6, stk. 1. Dette

¹²⁸ Datatilsynets afgørelse: Udtalelse fra Datatilsynet: Kommuners hjemmel til AI-profileringsværktøjet Asta

¹²⁹ Datatilsynets afgørelse: Hospital kan ikke bruge samtykke til at offentliggøre billeder af patienter på Instagram

er blandt andet tilfælde i ovennævnte udtalelser fra Datatilsynet angående Kommuners behandling af personoplysninger via AI profileringsværktøjet Asta. Datatilsynet anfører i denne sag følgende:

“Da samtykke efter artikel 6, stk. 1, litra a, ikke kan anvendes som behandlingsgrundlag, og da bestemmelsens litra b, c, d og f, ikke er relevante i den foreliggende situation, vil det alene være litra e om offentlig myndighedsudøvelse, der potentielt vil kunne danne grundlag for behandlingen.”¹³⁰

Her anfører Datatilsynet, at selvom det i den pågældende sag ikke er muligt at afgive et frivilligt samtykke på baggrund af den skævhed, der forefindes mellem den dataansvarlige og den registrerede, kan den offentlige myndighed alligevel behandle oplysninger om den registrerede ud fra et andet behandlingsgrundlag. Så selvom den registrerede ikke kan afgive et gyldigt samtykke som følge af det ulige forhold, vil den offentlige myndighed “potentielt” kunne behandle den registreredes personoplysninger på et andet grundlag, såfremt betingelserne herfor er opfyldt. Såfremt den offentlige myndighed ikke kan opfylde betingelserne til en af de i artikel 6, stk. 1 andre oplistede behandlingsgrundlag, er det ifølge betænkning nr. 1565 alligevel, under visse forudsætninger, muligt at behandle personoplysninger om den registrerede på baggrund af et samtykke.¹³¹

Betænkning nr. 1565 om Databeskyttelsesforordningen (2016/679) anfører følgende herom:

“Bestemmelsen ses ud fra en ordlydsfortolkning af artikel 7, stk. 4, (“som ikke er nødvendig”) dog ikke at føre til, at samtykke ikke kan benyttes som hjemmel i sådanne tilfælde - bestemmelsen forudsætter således “blot”, at behandlingen af de pågældende oplysninger skal være nødvendige for opfyldelsen. I den forbindelse må det forudsættes, at nødvendighedskravet vil være opfyldt hvis myndigheden har brug for personoplysningerne for at kunne behandle den pågældende registreredes sag. Med udtrykket, at myndigheden har brug for personoplysningerne menes, at myndigheden som følge af indretningen af lovgivningen ikke kan indhente de relevante oplysninger på anden måde.”¹³²

¹³⁰ Datatilsynets afgørelse: Hospital kan ikke bruge samtykke til at offentliggøre billeder af patienter på instagram

¹³¹ Betænkning om Databeskyttelsesforordningen (2016/679)

¹³² Betænkning om Databeskyttelsesforordningen (2016/679), side 182

Citatet omhandler forordningens artikel 7, stk. 4, der tilskriver, at en kontrakt ikke kan betinges af et samtykke, idet kravet om frivillighed ikke er opfyldt.¹³³ Men af ovenstående kan det udledes, at dette ikke gælder for en offentlig myndighed, såfremt behandlingen er nødvendig for at den offentlige myndighed kan udføre sit virke. Hvis nødvendighedskravet derfor er opfyldt, må det ifølge betænkningen betyde, at personoplysningerne, uanset sagens øvrige omstændigheder, kan behandles på baggrund af den registreredes samtykke. Ud fra en ordlydsfortolkning af citatets sidste sætning, må det gælde, at såfremt den offentlige myndighed ikke kan basere behandlingen i en af de i artikel 6, stk. 1 øvrige anførte behandlingsgrundlag, kan behandlingen altid baseres på samtykke, såfremt behandlingen opfylder nødvendighedskravet, også selvom samtykket er nødvendigt for opfyldelsen af en kontrakt. I denne pågældende situation tages der således ikke højde for den skævhed, der er i forholdet mellem den dataansvarlige og den registrerede, som fastlægges ovenfor.

Det må derfor overordnet gælde, at en offentlig myndighed ikke kan begrunde behandlingen af den registreredes oplysninger i dennes samtykke, idet der foreligger en skævhed i forholdet mellem de to parter, som medfører, at samtykket ikke kan være gyldigt. Dog kan en offentlig myndighed alligevel anvende samtykket som behandlingsgrundlag, såfremt nødvendighedskravet er opfyldt - det vil sige, at behandlingen ikke kan baseres på et andet grundlag, også selvom et samtykke ikke er gyldigt, når en offentlig myndighed forsøger at indsamle det. Det fremgår ligeledes af Datatilsynets sag vedrørende Kommunerne's behandling af personoplysninger via AI-værktøj, at selvom samtykket ikke kan afgives frivilligt i den pågældende situation, kan behandlingen begrundes i en af de andre behandlingsgrundlag, oplistet i artikel 6, stk. 1. Dette må ligeledes kunne gælde i andre situationer, hvorfor der forefindes situationer, hvor en offentlig myndighed kan behandle oplysninger om den registrerede på baggrund af den registreredes samtykke, selvom der er en skævhed mellem parterne. Det faktum, at den offentlige myndighed formentlig blot kan begrunde behandlingen i et andet behandlingsgrundlag, påvirker til dels også betydningen af frivillighedskravet. Det skyldes, at såfremt den registrerede ikke ønsker at samtykke til behandlingen, vil den offentlige myndighed blot behandle på et andet grundlag, som i Datatilsynets afgørelse ovenfor. Derfor må det kunne vurderes, at den offentlige myndigheds interesse i at foretage behandling, i en vis grad overstiger den registreredes rettigheder til selv at kontrollere dennes personoplysninger.

¹³³ Databeskyttelsesforordningen (2016/679) Artikel 7, stk. 4

På baggrund af ovenstående analyse af offentlige myndigheders mulighed for anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag, må det kunne fastlægges, at kravet om frivillighed spiller en afgørende rolle. Herunder specifikt i forbindelse med, at samtykket ikke kan anses for at være gyldigt, når der foreligger en skævhed i forholdet mellem den dataansvarlige og den registrerede. Det kan endvidere udledes, at offentlige myndigheder formentlig efter omstændighederne kan begrunde behandlingen i et af de øvrige behandlingsgrundlag, og dermed altid kunne foretage den ønskede behandling. På baggrund af afsnit 4.2 vedrørende samtykke i ansættelsesforhold, kan det ligeledes vurderes, at samtykkets gyldighed i høj grad bestemmes ud fra om kravet om frivillighed er opfyldt. I ansættelsesforhold kan samtykke som udgangspunkt ikke findes at være frivilligt, idet der foreligger et ulige magtforhold mellem den dataansvarlige og den registrerede. Dette må gælde for såvel offentlige myndigheder som for private virksomheder, hvorfor anvendelsen af samtykke for private virksomheder ligeledes i høj grad afhænger af, om frivillighedskravet er opfyldt. Dette er ligeledes tilfældet i de i afsnit 3.7 anførte sager. Her er fokus ikke på ulige magtforhold, men på om der reelt er tale om et frivilligt samtykke i andre situationer. Det kan således udledes, at kravet om frivillighed spiller en afgørende rolle i vurderingen af samtykkets gyldighed for såvel offentlige myndigheder som private virksomheder.

5. Et udtrykkeligt samtykke

Når der foretages behandling af følsomme personoplysninger på baggrund af forordningens artikel 9, stk. 2, litra a, er der en større databeskyttelsesrisiko, end når der foretages behandling af almindelige personoplysninger på baggrund af forordningens artikel 6, stk. 1, litra a. Det fremgår af ordlyden af artikel 9, stk. 2, litra a, at den registrerede skal give *udtrykkeligt* samtykke til behandling af følsomme oplysninger. Hverken forordningen eller dennes præambler fastlægger, hvad der følger af begrebet *udtrykkeligt*.¹³⁴ Derfor skal det følgende forsøge at afklare, hvad begrebet indebærer, og om betingelserne for et gyldigt samtykke er skærpet i forordningens artikel 9, stk. 2, litra a.

Artikel 29-gruppen forsøger i deres retningslinjer vedrørende samtykke at fastlægge, hvad et *udtrykkeligt* samtykke indebærer. Her bemærkes det først og fremmest, at selve forordningen allerede generelt skærper kravene til et samtykke i forhold til de af direktivet fastsatte krav. Det er derfor relevant at vurdere, om kravet om et udtrykkeligt samtykke medfører, at den dataansvarlige skal foretage sig noget yderligere i forhold til indsamlingen af et samtykke.¹³⁵

Ifølge retningslinjerne beskriver begrebet *udtrykkeligt* måden, hvorpå samtykke skal afgives. Det vil sige, at den registrerede ved en erklæring eller klar bekræftelse skal acceptere, at denne udtrykkeligt giver samtykke til behandling af personoplysninger. I praksis kan dette ske på flere måder, navnlig ved at den registrerede i en skriftlig erklæring udtrykkeligt bekræfter sit samtykke. Den dataansvarlige kan, når det er nødvendigt og hensigtsmæssigt, bede om underskrift fra den registrerede, for til enhver tid at kunne bevise, at der er afgivet et udtrykkeligt samtykke. Foretages behandlingen online, kan samme erklæring opnås ved for eksempel at bekræfte via elektronisk signatur eller formular, e-mail eller ved at uploade et dokument med den registreredes underskrift. Erklæringen om et udtrykkeligt samtykke, kan endvidere afgives mundtligt.¹³⁶

Det er herefter stadig uvist, om Artikel 29-gruppen finder, at begrebet *udtrykkeligt* skærper kravet til et samtykke. På den ene side nævner gruppen, at kravene til et gyldigt samtykke allerede er blevet skærpet i forbindelse med ikrafttræden af forordningen. Dette kan tyde på, at det ifølge gruppen ikke er nødvendigt at skærpe kravene yderligere. På den anden side nævner gruppen, at samtykke skal gives udtrykkeligt, og kommer blandt andet med eksempel på, hvordan dette kan sikres online. Dette

¹³⁴ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, s. 19

¹³⁵ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke s. 20

¹³⁶ Artikel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke s. 20

kan tyde på, at kravene alligevel skærpes, idet den dataansvarlige pålægges en ekstra forpligtelse i forbindelse med indsamlingen af samtykket.

Datatilsynet kommenterer ligeledes på begrebet i deres vejledning om samtykke. De kommer med følgende kommentar:

“Forordningen forklarer ikke nærmere, hvad der skal forstås ved et udtrykkeligt samtykke, og formuleringen medfører ikke et yderligere skærpet krav til samtykket, men understreger vigtigheden af, at der ikke må være tvivl om, at der er afgivet samtykke.”¹³⁷

Af citatet fremgår det tydeligt, at begrebet *udtrykkeligt* ifølge Datatilsynet ikke skærper kravene til samtykket, hvilket var mere uvist af Artikel 29-gruppens vejledning. Datatilsynet nævner dog, at der ikke må herske tvivl om, at den registrerede har givet samtykke. I forlængelse heraf foreslår Datatilsynet, at den dataansvarlige får den registrerede til at afgive samtykket skriftligt, for at kunne bevise, at der er givet udtrykkeligt samtykke, men kommer ikke med alternativer til, hvordan et udtrykkeligt samtykke ellers kan gives.

Henrik Udsen, forsker og underviser indenfor blandt andet persondataret¹³⁸, nævner kort udtrykkelighedsbegrebet i sin bog “Databeskyttelsesret” af 2022. Udsen fastlægger først og fremmest at:

“Forordningens definition af samtykkebegrebet i art. 4, nr. 11, gælder på tværs af lovens regler, og kravene til samtykket er således som udgangspunkt identiske for behandling af almindelige og følsomme oplysninger”¹³⁹

Udsen anfører først og fremmest, at betingelser for et gyldigt samtykke som udgangspunkt er de samme, uagtet om der foretages behandling af almindelige eller følsomme oplysninger, men tilføjer dog at:

¹³⁷ Datatilsynets vejledning om samtykke, side 14

¹³⁸ <https://jura.ku.dk/ciir/ansatte/?pure=da/persons/168071>, sidst besøgt d. 08-04-2024

¹³⁹ Udsen, Henrik: Databeskyttelsesret, side 206

“Herudover skal samtykket efter art. 9 være “udtrykkeligt”, mens det efter art. 6 kun skal være “utvetydigt”, men overordnet skærper udtrykkelighedsbetingelsen kravene til, hvor tydeligt den registrerede skal udtrykke sin vilje til at acceptere behandlingen af personoplysningerne”¹⁴⁰

Hermed gør Udsen det klart, at artikel 9, ifølge ham, indeholder en skærkelse, idet begrebet *udtrykkeligt* i højere grad end *utvetydigt* kræver, at den registrerede tydeligt udtrykker sin vilje til at få behandlet sine personoplysninger på baggrund af dennes samtykke.

I Datatilsynets afgørelse af 21-09-2021, journalnummer 2018-41-0013, behandles spørgsmålet vedrørende et udtrykkeligt samtykke i henhold til forordningens artikel 9, stk. 2, litra a. Datatilsynet førte i 2018 tilsyn med Dating DK ApS, med fokus på overholdelse af behandlingsgrundlagene samt persondatasikkerheden. Det fremgår af sagens oplysninger, at den registrerede kunne give samtykke til behandling ved at afkrydse feltet med teksten “Jeg accepterer brugerbetingelserne samt persondatapolitikken”, hvortil “brugerbetingelserne” og “persondatapolitikken” begge var links, der førte den registrerede til oplysninger herom. Dating.dk var af den opfattelse, at de ikke behandlede særlige kategorier af personoplysninger, idet det ikke længere var muligt at angive oplysninger om seksuel orientering eller politisk og religiøs overbevisning, og at behandling af denne type oplysninger således kun skete sporadisk, og kun når den registrerede selv havde angivet sådanne oplysninger i fritekstfelter på dennes profil. Datatilsynet fandt derimod, at der var tale om behandling af særlige kategorier af oplysninger, idet Dating.dk som følge af sit virke som datingside behandlede oplysninger om seksuelle forhold eller seksuel orientering, som er omfattet af forordningens artikel 9, stk. 1. Dette understøttes af, at det direkte på Dating.dks hjemmeside fremgår, at ”behandlingen sker efter følgende retsgrundlag: at du har givet samtykke til behandlingen, jf. artikel 6, stk. 1, litra a i persondataforordningen samt du har givet samtykke til behandlingen af din seksuelle præference, jf. artikel 9, stk. 2, litra a i persondataforordningen” og idet Dating.dk under tilsynet ikke kunne udelukke, at der ligeledes af fritekstfelterne, som de registrerede udfylder, kan fremgå særlige kategorier af personoplysninger. Datatilsynet nævner i denne forbindelse, at der i henhold til forordningens artikel 9, stk. 2, litra a skal gives udtrykkeligt samtykke til behandling af særlige kategorier af personoplysninger. Et *udtrykkeligt* samtykke indebærer, ifølge Datatilsynets afgørelse, at den dataansvarlige skal yde en ekstra indsats for at sikre sig, at samtykket er givet udtrykkeligt, og at der samtidig ikke må herske tvivl om, at den registrerede har givet samtykke til den specifikke

¹⁴⁰ Udsen, Henrik: Databeskyttelsesret, side 206

behandling.¹⁴¹ Af datatilsynets afgørelse fremgår det ikke direkte, om artikel 9, stk. 2, litra a, skærper kravet til et gyldigt samtykke, men det fremgår, at den dataansvarlige skal *yde en ekstra indsats*. Ud fra en ordlydsfortolkning må det kunne vurderes, at en *ekstra*¹⁴² indsats indebærer, at der skal foretages noget ud over det normale. Hvis det normale således er fortolkningen i henhold til artikel 6, stk. 1, litra a, må artikel 9, stk. 2, litra a skærpe kravene til et gyldigt samtykke, idet denne indeholder yderligere krav. Dette strider dog direkte imod det, som Datatilsynet anfører i vejledningen vedrørende samtykke.

Det må således på baggrund af ovenstående kunne udledes, at der ikke foreligger en entydig eller endegyldig beskrivelse af begrebet *udtrykkeligt*. Dette ses ved, at Datatilsynets afgørelse og Datatilsynets vejledning i et vist omfang er modstridende, idet førstnævnte finder, at den dataansvarlige pålægges en ekstra indsats, altså en skærpelse i forhold til betingelser for et gyldigt samtykke, hvorimod vejledningen anfører, at formuleringen *udtrykkeligt* ikke medfører et skærpet krav. Den manglende entydige retstilstand ses endvidere ved, at en analyse af Artikel 29-gruppens retningslinjer tyder på, at begrebet *udtrykkeligt* ikke skærper kravene til et gyldigt samtykke ved personfølsomme oplysninger, hvorimod det af Henrik Udsens faglitteratur anføres, at begrebet skærper betingelserne til et gyldigt samtykke.

Det må ud fra ovenstående konkluderes at begrebet *udtrykkeligt* indebærer, at samtykket skal være mere klart, førend samtykket er gyldigt, og at der ikke må herske tvivl om, at den registrerede accepterer behandling, hvorfor den dataansvarlige pålægges en ekstra forpligtelse. Denne ekstra forpligtelse er dog lettere at fastlægge i teorien end den er at overholde i praksis. Kun hvis den dataansvarlige er forpligtet til at indhente en ekstra erklæring, der fastlægger, at den registrerede samtykker til behandling af følsomme oplysninger, ville det være lettere at overholde i praksis. Men dette er blot et eksempel på, hvordan den dataansvarlige kan sikre sig at samtykket er udtrykkeligt, hvorfor et udtrykkeligt samtykke i højere grad indebærer en ekstra forpligtelse i teorien end i praksis.

¹⁴¹ Datatilsynets afgørelse: Tilsyn med Dating.dk

¹⁴² <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=ekstra>

6. EDPB's udtalelse om "consent or pay" løsninger

EDPB har d. 17. april 2024 vedtaget en udtalelse om "content or pay" løsninger efter seneste plenarmøde. Udtalelsen kommer i forlængelse af en anmodning fremsat på baggrund af EU-Domstolens afgørelse i sagen C-252/21 Meta Platform.¹⁴³ Det følgende afsnit skal med afsæt i den pågældende udtalelse vurdere, om udtalelsen forventes at medføre en ændring i den gældende retstilstand vedrørende samtykkets gyldighed.

EDPB starter i sin udtalelse med at anføre følgende:

*"As regards 'consent or pay' models implemented by large online platforms, the EDPB considers that, in most cases, it will not be possible for them to comply with the requirements for valid consent, if they confront users only with a choice between consenting to processing of personal data for behavioural advertising purposes and paying a fee."*¹⁴⁴

Det er således EDPB's opfattelse, at store online platforme i de fleste tilfælde som udgangspunkt ikke kan opfylde betingelserne til et gyldigt samtykke, såfremt de anvender cookie løsninger, hvor den registrerede kun har følgende to muligheder: at give samtykke til behandling af personoplysninger til brug for reklameformål eller betale for at få adgang til indholdet. Udtalelsen begrundes i, at når sådanne cookie walls, anvendes, bør der være en alternativ måde, hvorpå den registrerede kan tilgå det pågældende indhold. Et alternativ, hvor den registrerede giver samtykke til behandling af meget få oplysninger. Samtidig nævner EDPB at den omstændighed, at der er tale om en stor platform, der anvender "consent or pay" løsninger i sig selv, kan være nok til, at der kan opstå negative konsekvenser, såfremt den registrerede afviser at afgive sit samtykke. Endvidere bemærkes det, at der formentlig vil være et ulige magtforhold mellem den dataansvarlige og den registrerede, når der er tale om store onlineplatforme.¹⁴⁵

¹⁴³ <https://www.datatilsynet.dk/internationalt/internationalt-nyt/2024/apr/edpb-vedtager-udtalelse-om-%e2%80%98consent-or-pay%e2%80%99-loesninger>, senest besøgt d. 26-04-2024

¹⁴⁴ https://www.edpb.europa.eu/news/news/2024/edpb-consent-or-pay-models-should-offer-real-choice_en, senest besøgt d. 26-04-2024

¹⁴⁵ https://www.edpb.europa.eu/news/news/2024/edpb-consent-or-pay-models-should-offer-real-choice_en, senest besøgt d. 26-04-2024

Denne udtalelse adskiller sig i en vis grad fra EU-Domstolens afgørelse i forhold til sjette præjudicielle spørgsmål i Meta-sagen, som nævnt i afsnit 3.7 ovenfor. Her fastlægger EU-Domstolen følgende:

“(…) den omstændighed, at en operatør af et socialt onlinenetværk har en dominerende stilling på markedet for sociale onlinenetværk, ikke som sådan er til hinder for, at brugerne af et sådant netværk gyldigt kan give samtykke som omhandlet i denne forordnings artikel 4, nr. 11), til denne operatørs behandling af deres personoplysninger.”¹⁴⁶

EU-Domstolen finder således, i ovennævnte sag, som udgangspunkt, at den dataansvarliges dominerende stilling ikke har en afgørende betydning for, om den registrerede kan afgive et gyldigt samtykke.

Det grundlæggende udgangspunkt i forhold til om en dominerende stilling kan spille en rolle i vurderingen af et samtykkes gyldighed, er således forskelligt i henholdsvis EU-Domstolens dom vedrørende sag C-252/21 Meta Platform og EDPB’s udtalelse om “content or pay” løsninger. Selvom udgangspunktet ikke er ens, nævnes det i såvel udtalelsen som i dommen, at den dominerende stilling kan medføre en skævhed i forholdet med den dataansvarlige og den registrerede, således at den registreredes samtykke formentlig ikke kan opfylde betingelserne for et gyldigt samtykke, herunder specifikt frivillighedskravet.¹⁴⁷

EDPB’s formand kommer med kritik af den praksis der foreligger, når det kommer til online platformers “consent or pay” cookie walls. Kritikken lyder på, at “consent or pay” løsningen indebærer, at den registrerede giver samtykke til behandling af dennes personoplysninger, uden reelt at kende til alle konsekvenserne af samtykket.¹⁴⁸ Dette strider stærkt imod formålet med Databeskyttelsesforordningen, som netop er at sikre den registreredes rettigheder og beskytte dennes personoplysninger. Hvis den registrerede derfor giver alle oplysninger væk, for at få adgang til det pågældende indhold, vil dette ikke være udtryk for den registreredes frie vilje. Dette vil blot være et udtryk for, at den registrerede ikke ønsker at betale for indholdet. Netop dette kommer formanden ligeledes med kritik af og nævner, at den grundlæggende rettighed til beskyttelse af

¹⁴⁶ C-252/21 Meta Platform, præmis 155

¹⁴⁷ C-252/21 Meta Platform og https://www.edpb.europa.eu/news/news/2024/edpb-consent-or-pay-models-should-offer-real-choice_en

¹⁴⁸ https://www.edpb.europa.eu/news/news/2024/edpb-consent-or-pay-models-should-offer-real-choice_en

personoplysninger, ikke skal være noget, den registrerede skal betale for at kunne opretholde. Men dette vil jo netop være tilfældet, hvis alle cookie walls løsninger er som “consent or pay” løsningen, hvor den registrerede kun kan vælge mellem at betale eller give samtykke. Her vil de fleste formentlig vælge at afgive sit samtykke, selvom de ikke kender til konsekvenserne heraf eller omfanget af behandlingen, for ikke at gå glip af indholdet på den pågældende platform, blot med den begrundelse, at de fleste formentlig ikke vil betale for indholdet. Derfor fastlægger EDPB’s udtalelse, som nævnt ovenfor, at den dataansvarlige bør have et alternativ til måden, hvorpå den registrerede kan tilgå indholdet, førend samtykket kan anses for at være gyldigt.¹⁴⁹

Ud fra ovenstående må det gælde, at en dataansvarlig, der har en markedsdominerende stilling på et marked, ikke kan indhente et gyldigt samtykke, som følge af en skævhed i forholdet mellem den dataansvarlige og den registrerede. Dette må gælde uagtet at EU-Domstolen i sin afgørelse anfører, at en markedsdominerende stilling som udgangspunkt ikke er til hinder for indhentelsen og afgivelsen af et gyldigt samtykke, idet EU-Domstolen samtidig anfører, at en skævhed i forholdet mellem den dataansvarlige og den registrerede medfører, at der ikke kan afgives et frivilligt og gyldigt samtykke.

¹⁴⁹ https://www.edpb.europa.eu/news/news/2024/edpb-consent-or-pay-models-should-offer-real-choice_en, senest besøgt d. 26-04-2024

7. Sammenfattende

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at i den situation hvor der foreligger et ulige magtforhold mellem den dataansvarlige og den registrerede som følge af et ansættelsesforhold, kan det på baggrund af afsnit 4.2 konkluderes, at et samtykke i en sådan situation ikke i sandsynlig grad anses for gyldigt. Det skyldes, at samtykket ikke kan være et udtryk for den registreredes frie vilje og dermed ikke gyldigt, når den dataansvarlige samtidig er arbejdsgiveren. Dette findes at være den gældende retstilstand ud fra såvel Artikel 29-gruppens retningslinjer som Datatilsynets udtalelser, på trods af at national dansk lovgivning tillader, at et samtykke kan være gyldigt og danne grundlag for behandling af personoplysninger i ansættelsesforhold.

Ud fra analysen kan det endvidere vurderes at gælde, at den skævhed, der foreligger mellem en offentlig myndighed og borgere, har en afgørende betydning for, at et samtykke ikke anses for frivilligt under sådanne forudsætninger, hvorfor samtykket ej heller er gyldigt. I forhold til kravet om frivillighed finder Datatilsynet, at kravet ikke er opfyldt, og at samtykket ikke er gyldigt, så længe den registrerede blot føler sig til besvær. Hermed fastlægges det, at kravet om frivillighed ikke først komprimeres, når der er en reel risiko for, at et manglende samtykke medfører negative konsekvenser for denne, men allerede komprimeres, når den registrerede føler sig til besvær, såfremt denne ikke samtykker. Dette må således udvide den tidligere praksis i forhold til, hvornår et samtykke ikke anses for at være frivilligt og dermed gyldigt.

Udgangspunktet er, at offentlige myndigheder ikke kan behandle personoplysninger på baggrund af samtykke, idet samtykket ikke kan anses for at være gyldigt som følge af skævheden i forholdet mellem den dataansvarlige og den registrerede. På trods af dette kan det konkluderes, at en offentlig myndighed formentlig efter omstændighederne kan behandle de ønskede personoplysninger alligevel, enten på baggrund af et samtykke eller et af de øvrige behandlingsgrundlag oplistet i artikel 6, stk. 1. Dette skyldes, at såfremt nødvendighedskravet er opfyldt, kan den offentlige myndighed alligevel indhente et gyldigt samtykke, der kan danne baggrund for behandling.

Af ovenstående analyse kan det ligeledes konkluderes, at kravene til et gyldigt samtykke i en vis grad skærpes ud fra ordlyden af forordningens artikel 9, stk. 2, litra a om et *udtrykkeligt* samtykke. Dette sker som følge af, at en analyse af samtlige retskilder medfører, at begrebet pålægger den dataansvarlige en ekstra forpligtelse. Forordningen fastlægger ingen konkret praksis vedrørende

begrebet, hvorfor kravene til et gyldigt samtykke skærpes som følge af øvrige retskilder.

Analysen finder, ud fra en delvis uoverensstemmelse mellem EU-Domstolen og EDPB's bindende udtalelse, frem til, at markedsdominerende internetudbydere ikke kan indhente et frivilligt og dermed gyldigt samtykke, når den dataansvarlige anvender "consent or pay" løsninger, som baggrund for behandling af personoplysninger.

Det kan således ud fra ovenstående konkluderes, at vurderingen af, om et samtykke er gyldigt eller ej, i høj grad afhænger af, om samtykket anses for at være frivilligt. Hermed understreges vigtigheden af, at samtykket skal være et udtryk for den registreredes frie vilje. I denne henseende kan det konkluderes, at forholdet mellem de dataansvarlige og den registrerede har afgørende betydning. Et samtykke opfylder således ikke kravet om frivillighed, såfremt der er en skævhed eller et ulige magtforhold mellem de to parter, hvorfor samtykket ikke er gyldigt og ikke kan anvendes som grundlag for behandling af personoplysninger.

8. Diskussion

Afhandlingen indeholder først en redegørelse af betingelserne for et gyldigt samtykke ud fra forordningen, vejledninger og præambelbetragtninger. Herefter er der foretaget en analyse af nogle af de situationer, hvor der særligt kan opstå tvivl om samtykkets gyldighed, med henblik på at fastlægge, om samtykket i de pågældende situationer er gyldigt eller ej. Nærværende afsnit vil i forlængelse heraf diskutere, om en videre behandling, påvirkes af, om behandlingen i første omgang var baseret på et gyldigt eller ugyldigt samtykke. Det vil sige den situation, hvor en retsinstans har fundet, at der er sket behandling af personoplysninger på baggrund af et ugyldigt samtykke. Her skal det diskuteres, om det efterfølgende er muligt at behandle de pågældende personoplysninger til samme formål på et andet behandlingsgrundlag eller om dette strider imod forordningen.

I situationer, hvor den dataansvarlige behandler personoplysninger på baggrund af den registreredes samtykke, og den registrerede trækker samtykket tilbage, skal den dataansvarlige ifølge EDPB's retningslinjer om samtykke respektere den registreredes valg om at trække samtykket tilbage og dermed indstille behandlingen. Derfor vil det ifølge EDPB være "urimeligt" for den registrerede, såfremt den dataansvarlige fortsætter behandlingen på et andet behandlingsgrundlag. Dette gælder således i den situation, hvor behandlingen af personoplysninger, som er sket på baggrund af et gyldigt samtykke, indstilles som følge af den registreredes ønske herom.¹⁵⁰

EDPB's retningslinjer nævner intet om den situation, hvor behandlingen er sket på baggrund af et ugyldigt samtykke, hvor den dataansvarlige efterfølgende ønsker at behandle personoplysningerne på et af de øvrige behandlingsgrundlag oplistet i forordningens artikel 6, stk. 1.

I førstnævnte situation trækker den registrerede samtykket tilbage, således at der ikke længere foreligger et samtykke. I sidstnævnte situation, hvor samtykket er ugyldigt, må det gælde, at betingelserne for et gyldigt samtykke ikke er opfyldt, hvorfor der således i denne situation heller ikke foreligger et samtykke. Ud fra en analog anvendelse af EDPB's retningslinjer om samtykke, må det således gælde, at det ligeledes vil være urimeligt for den registrerede, hvis den dataansvarlige fortsætter behandlingen af personoplysninger på et andet behandlingsgrundlag efter at være blevet opmærksom på, at samtykket ikke er gyldigt.

¹⁵⁰ Datatilsynets vejledning om samtykke, side 15-16 og EDPB retningslinjer vedrørende samtykke, side 25-26

Både Datatilsynet og EDPB finder, at samtykke som behandlingsgrundlag kun bør anvendes, når behandlingen ikke kan hjemles i nogle af de andre behandlingsgrundlag.¹⁵¹ Hvis den dataansvarlige kun anvender samtykket som behandlingsgrundlag, såfremt behandlingen ikke kan hjemles i et af de øvrige behandlingsgrundlag, og samtykket ikke er gyldigt, vil den dataansvarlige ikke kunne foretage behandlingen. Hvis den dataansvarlige ikke anvender samtykket som den sidste mulighed, kan den analog anvendelse af EDPB's retningslinjer derimod anvendes. Derfor taler begge disse antagelser imod, at den dataansvarlige kan foretage en videre behandling af personoplysninger på et andet grundlag, såfremt det findes, at det oprindelige samtykke ikke er gyldigt.

Henrik Udsen diskuterer samme problematik i sin artikel angående konkurrerende behandlingsgrundlag. Udsen anfører indledningsvis, at den dataansvarlige selvsagt ikke skal stilles bedre og dermed ikke have lettere adgang til at skifte behandlingsgrundlag, såfremt behandlingen blev foretaget på et ugyldigt samtykke. Ifølge Udsen, er det på den ene side mere stødende for den registrerede, at behandlingen kan fortsætte baseret på et andet behandlingsgrundlag på trods af, at den oprindelige behandling var baseret på et ugyldigt samtykke. Omvendt finder Udsen, at det hensyn der foreligger i forbindelse med forbuddet om skift af behandlingsgrundlag, når det gælder samtykke ikke afhænger af, om den oprindelige behandling blev foretaget på baggrund af et ugyldigt samtykke. Det faktum, at forordningens artikel 17, stk. 3, vedrørende tilfælde hvor retten til sletning alligevel ikke gælder også kan anvendes på de situationer, hvor behandlingen af personoplysninger er sket ulovligt, indikerer ifølge Udsen, at en videre behandling hjemlet i et andet grundlag ikke er afhængig af, om den oprindelige behandling blev foretaget på baggrund af et gyldigt eller ugyldigt samtykke.¹⁵²

Udsens udtalelser er således ikke i overensstemmelse med det, der kan vurderes at gælde ud fra Datatilsynet samt EDPB's vejledninger og retningslinjer. Derfor foretages der en diskussion af, hvilke af de ovenstående synspunkter, der kan anses for at opfylde forordningens formål om beskyttelse af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, herunder specifikt retten til beskyttelse af personoplysninger i henhold til forordningens artikel 1, stk. 2. Når der tages udgangspunkt i, at forordningen skal beskytte den fysiske person og dennes rettigheder, må dette betyde, at den registreredes interesse i beskyttelse af personoplysninger vægtes højest. Dette må siges at være tilfældet, såfremt en dataansvarlig følger Datatilsynet samt EDPB's vejledninger og

¹⁵¹ Udsen, Henrik, Datatilsynets ret, side 166

¹⁵² Udsen Henrik, Konkurrerende behandlingsgrundlag, side 94

retningslinjer og stopper behandlingen af personoplysninger, såfremt den oprindelige behandling er foretaget på baggrund af et ugyldigt samtykke. I denne situation vil beskyttelsen være i den registreredes interesse, idet enhver behandling stoppes, såfremt den oprindelige behandling er blevet foretaget på baggrund af et ugyldigt samtykke. Tages der i stedet for udgangspunkt i Udsens udtalelser, må hensynet i højere grad være i den dataansvarliges interesse, idet der ifølge Udsen kan foretages behandling på et andet grundlag på trods af, at den oprindelige behandling blev foretaget som følge af et ugyldigt samtykke. Selvom forordningen ikke direkte nævner hensynet til den dataansvarliges ønske om at foretage behandling, må denne alligevel kunne vurderes at foreligge ud fra ovenstående analyse, idet forordningens artikel 6 netop oplister en række forskellige behandlingsgrundlag. Samtykket kan ligeledes vurderes til dels at være i den registreredes interesse, idet denne gennem et samtykke kan kontrollere egne oplysninger og til dels i den dataansvarliges interesse, idet denne formentlig alligevel kan behandle personoplysninger ud fra et samtykke, såfremt behandlingen ikke kan hjemles i et af de øvrige grundlag. Dette kan tale for, at også Udsens udtalelser opfylder forordningens formål, selvom disse ikke i samme grad beskytter den registreredes interesse.

Ud fra ovenstående diskussion fremgår det, at retstilstanden på netop dette område af persondataretten endnu ikke er fastlagt. Datatilsynet og EDPB's vejledninger vil formentlig vægte højest, når retskildeværdien af henholdsvis disse og Henrik Udsen sammenholdes. Ovenstående udgangspunkter tager, som nævnt, sigte på to forskellige hensyn, herunder den registreredes og den dataansvarliges. Det er på baggrund heraf formentlig nødvendigt at foretage en vurdering af den pågældende behandlings øvrige omstændigheder, for at kunne afveje, hvilke af ovenstående udtalelser der er mest korrekte.

9. Konklusion

Formålet med afhandlingen var at konkretisere, hvornår et samtykke er gyldigt i henhold til forordningens bestemmelser samt at vurdere, om et samtykke kan være gyldigt under visse forudsætninger, herunder specifikt i ansættelsesforhold, ved offentlige myndigheders behandling af personoplysninger samt ved markedsdominerendes behandling af personoplysninger. Formålet var endvidere at vurdere, om betingelserne for et gyldigt samtykke er forskellige i henhold til forordningens artikel 6, stk. 1, litra a og artikel 9, stk. 2, litra a.

Afhandlingen har ved hjælp af den retsdogmatiske metode beskrevet og analyseret kravene til et gyldigt samtykke for at fastlægge den gældende retstilstand.

På baggrund af afhandlingens beskrivelse samt analyse kan det først og fremmest konkluderes, at et samtykke skal være frivilligt, specifikt, informeret og utvetydigt, førend det anses for værende gyldigt, jf. forordningens artikel 4, nr. 11, jf. artikel 6, stk. 1, litra a. Af betingelserne kan det konkluderes, at et gyldigt samtykke skal være udtryk for den registreredes frie vilje. Ifølge retspraksis gælder det, at et samtykke ikke opfylder kravet om frivillighed i tilfælde, hvor den dataansvarlige anvender cookie walls, der ikke tilbyder samme indhold med og uden et samtykke. Et samtykke er heller ikke frivilligt, såfremt det er nødvendigt for opfyldelsen af en kontrakt, jf. C-61/19 Orange România. Et samtykke skal ydermere være givet specifikt til ét formål, hvorfor den dataansvarlige skal indhente et samtykke til hvert formål, såfremt denne ønsker at foretage behandlinger med forskellige formål. Hermed kan den registrerede sikre sig kontrol over behandlingen. Ifølge kravet om informeret samtykke skal den dataansvarlige informere den registrerede om den dataansvarliges identitet, behandlingens formål samt om den registreredes ret til at trække samtykket tilbage. Af det sidste åbenbare krav til et gyldigt samtykke, må der ikke herske tvivl om, at den registrerede har givet samtykke til behandling af dennes personoplysninger.

Ud fra en analyse af Artikel-29 gruppens retningslinjer kan det endvidere konkluderes, at et samtykke som udgangspunkt ikke er gyldigt, når der foreligger et ansættelsesforhold mellem de dataansvarlige og den registrerede, idet det ulige magtforhold medfører, at den registrerede ikke kan afgive et frivilligt samtykke. Den registreredes frygt for at afvisning af et samtykke medfører negative konsekvenser for ansættelsesforholdet er afgørende for, at samtykket ikke er gyldigt. Dette gælder på trods af, at Databeskyttelsesloven § 13, stk. 2 tillader at der foretages behandling af personoplysninger

på baggrund af et samtykke i ansættelsesforhold. Analysen fastlægger således også, at Databeskyttelsesforordningen (2016/679) i højere grad anvendes i fastlæggelsen af den gældende retstilstand i overensstemmelse med det i afsnit 1.6 anførte om samspillet mellem EU-retten og national lovgivning.

Vedrørende offentlige myndigheders behandling af personoplysninger på baggrund af et gyldigt samtykke, kan det også her konkluderes, at et samtykke ikke er gyldigt som følge af skævheden i forholdet mellem den dataansvarlige og den registrerede. Det forekommer dog alligevel således, at offentlige myndigheder på trods af dette, kan foretage behandlingen af personoplysninger enten baseret på et samtykke eller via et af de i artikel 6, stk. 1 øvrige anførte behandlingsgrundlag. Samtykket kan i de situationer, hvor nødvendighedskravet er opfyldt formentlig basere behandlingen på et samtykke. Hvis ikke nødvendighedskravet er opfyldt, vil den offentlige myndighed blot kunne foretage behandlingen på et af de i artikel 6, stk. 1 nævnte øvrige behandlingsgrundlag. En offentlig myndighed kan således altid behandle oplysninger om den registrerede, såfremt det er ønsket, uagtet at samtykket som udgangspunkt ikke er gyldigt. Den registreredes interesse i beskyttelse og kontrol over dennes personoplysninger tilsidesættes dermed og den dataansvarliges interesse i ønsket om at foretage behandling vinder i afvejningen.

Det kan således ud fra denne del af analysen, samt det i afsnit 3 nævnte retspraksis konkluderes, at kravet om et frivilligt samtykke er afgørende for vurderingen af, om et samtykke er gyldigt eller ej.

Afhandlingen konkluderer endvidere, at betingelserne for et gyldigt samtykke i henholdsvis artikel 6, stk. 1, litra a og artikel 9, stk. 2, litra a er forskellige. Dette skyldes, at begrebet *udtrykkeligt* indebærer, at den dataansvarlige i højere grad skal sikre sig, at den registrerede samtykker til behandling af følsomme personoplysninger. Der foreligger således en ekstra forpligtelse for den dataansvarlige. Det konkluderes dog samtidig, at denne forpligtelse i højere grad gælder i teorien end i praksis, idet der ikke foreligger nogle specifikke krav til, hvordan forpligtelsen efterleves.

Slutteligt konkluderes det på baggrund af EDPB's udtalelse om "consent or pay" løsninger, at et samtykke ikke er gyldigt, når en markedsdominerende online platform anvender "content or pay" løsninger. Dette gælder på trods af, at EU-Domstolens afgørelse vedrørende C-252/21 Meta Platforms

fandt, at en markedsdominerende stilling i sig selv ikke medfører, at et samtykke ikke er gyldigt som følge af manglende opfyldelse af frivillighedskravet.

Afhandlingen foretager til sidst en diskussion af, hvorvidt det har betydning for en videre behandling, at den oprindelige behandling blev foretaget på baggrund af et gyldigt eller ugyldigt samtykke. Der foreligger ingen fast praksis, men på baggrund af EDPB's og Datatilsynets større retskildeværdi, finder diskussionen, at det formentlig vil være i strid med forordningens formål at fortsætte behandlingen baseret på et andet grundlag, såfremt den oprindelige behandling var baseret på et ugyldigt samtykke. Dog kræver det en vurdering af sagens øvrige omstændigheder.

Litteraturliste

Faglitteratur:

Blume, Peter (2020). *Persondatarettens kilder og metode*. 1. udgave, 1. oplag. Djøf Forlag.

Blume, Peter (2023). *Samtykke i persondataretten*. 1. udgave, 1. oplag. Djøf Forlag.

Høilund, Dorte (2022). *Persondataret*. 4. udgave, 1. oplag. Hans Rietzel Forlag.

Munk-Hansen, Carsten. (2021). *Den juridiske løsning*. Jurist- og Økonomforbundet.

Nielsen, Kristian Korfits & Lotterup, Anders (2020). *Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven med kommentarer*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Udsen, Henrik (2022). *Databeskyttelsesret*. Version 0.1. Tilgængeliggjort på www.databeskyttelsesret.dk

Dansk lovgivning:

Lovbekendtgørelse 2018-05-23 nr. 502 om supplerende bestemmelser til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger, *Databeskyttelsesloven*

EU-retskilder:

Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse)

Betænkning:

Betænkning om Databeskyttelsesforordningen (2016/679) – og de retlige rammer for dansk lovgivning, del I, bind 1

EU-retlige og danske vejledninger:

Artikel 29-Gruppen, *Retningslinjer vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, WP 259 rev. 01

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

Datatilsynet, *Vejledning om samtykke*, Maj 2021

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

Retspraksis:

Datatilsynets afgørelser:

Journalnummer 2018-211-0135, Vejledende udtalelse om anvendelsen af fingeraftryk til brug for registrering af ansattes komme-/gå-tider

Journalnummer 2018-41-0013, Tilsyn med dating.dk

Journalnummer 2020-431-0075, SmartsResponses behandling af personoplysninger i forbindelse med udbud af internetkonkurrencer

Journalnummer 2021-31-4871, Gul og Gratis' brug af cookie walls

Journalnummer 2021-31-5080, Indhentelse af samtykke ved indmeldelse i kundeklub var i overensstemmelse med GDPR

Journalnummer 2021-31-5282, Alvorlig kritik af Leadwises samtykkeløsning på letfinans.dk

Journalnummer 2021-31-5553, Jysk Fynsk Mediers brug af cookie walls

Journalnummer 2021-41-0149, Alvorlig kritik af JP/Politikens samtykkeløsning på www.eb.dk

Journalnummer 2022-212-3676, Udtalelse fra Datatilsynet: Kommuners hjemmel til AI-profileringsværktøjet Asta

Journalnummer 2023-432-0016, Hospital kan ikke bruge samtykke til at offentliggøre billeder af patienter på Instagram

Journalnummer 2023-431-0010, Ugyldigt samtykke i cookie walls på berlingske.dk

EU-Domstolens afgørelser:

C-252/21 Meta Platforms

C-61/19 Orange România SA

C-673/17 Planet 49

Hjemmesider og internetkilder:

Den Danske Ordbog, Ekstra

<https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=ekstra>

Den Store Danske, Globalisering

<https://denstoredanske.lex.dk/globalisering>

Datatilsynet, *Hvad er personoplysninger*:

<https://www.datatilsynet.dk/hvad-siger-reglerne/grundlaeggende-begreber/hvad-er-personoplysninger>

Den Danske Ordbog, Samtykke

<https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=samtykke>

Den Danske Ordbog, Usandsynligt

<https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=usandsynligt>

EDPB's udtalelse om "consent or pay" løsninger:

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

<https://www.datatilsynet.dk/internationalt/internationalt-nyt/2024/apr/edpb-vedtager-udtalelse-om-'consent-or-pay'-loesninger>

Henrik Udsen, professor

<https://jura.ku.dk/ciir/ansatte/?pure=da/persons/168071>

Tidsskrifter

Udsen Henrik, Konkurrerende behandlingsgrundlag. Årg. 104, nr. 2 (2022). Juristen / djøf, Danmarks Jurist- og Økonomforbund.

Ordoptælling

Statistik:

Sider	62
Ord	19.072
Tegn (uden mellemrum)	115.851
Tegn (med mellemrum)	134.835
Afsnit	284
Linjer	1.766

☐ Medtag fodnoter og slutnoter