

Offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger på sociale medier

Public authorities' publication of data concerning
health on social media

Lisa Kirkegaard Klausen

Juridisk kandidatspeciale

Juridisk Institut, Aalborg Universitet



Titelblad

Uddannelsessted:	Juridisk Institut, Aalborg Universitet
Uddannelse:	Erhvervsøkonomi-jura, cand.merc.jur.
Modulnavn:	Kandidatspeciale
ECTS:	30
Retsområde:	It-ret, databeskyttelsesret
Dansk titel:	Offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger på sociale medier
Engelsk titel:	Public authorities' publication of data concerning health on social media
Forfatter:	Lisa Kirkegaard Klausen
Studienummer:	20176786
Vejleder:	Jan Trzaskowski
Antal anslag:	140.776 / 144.000
Antal sider:	58,66 / 60,00
Afleveringsdato:	7. august 2024

Abstract

The purpose of this thesis is to describe and analyse the current state of law concerning the publication of citizens' data concerning health on social media by public authorities based on consent within the field of data protection law. The thesis is based on a legal methodology that focuses on the description and analysis of sources of law, including the General Data Protection Regulation (GDPR).

Initially, the thesis describes the protection of fundamental rights of natural persons in the GDPR, with particular emphasis on their right to the protection of personal data as secured in Article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The balancing of the protection of the data subject's fundamental rights and the legitimate interests of the data controller is furthermore described to obtain a deeper understanding of data protection law.

The thesis then analyses whether public authorities can use consent as a basis for publishing citizens' data concerning health on social media. In this matter, the thesis describes the requirements for obtaining valid consent, especially the requirement that consent must be freely given as specified in Article 4(11) of the GDPR. This leads to an analysis of administrative practices from The Danish Data Protection Agency and The Swedish Authority for Privacy Protection, as well as case law from the Court of Justice of the European Union (CJEU).

Furthermore, the thesis analyses if the purpose of the publication affects whether public authorities can publish citizens' data concerning health on social media. The thesis describes the two principles relating to processing of personal data in Article 5(1)(c) regarding data minimisation and Article 5(1)(e) regarding storage limitation. These principles are analysed based on administrative practices from The Danish Data Protection Agency and The Swedish Authority for Privacy Protection.

This leads to a discussion of public authorities' ability to use consent as a basis for processing.

The thesis concludes that the current state of law indicates that public authorities cannot publish citizens' data concerning health on social media based on consent. This is due to the Danish Data Protection Agency's greater emphasis on protecting citizens' right to the protection of personal data, both in terms of public authorities' use of consent as a basis for publication and the meaning of the publication's purpose. However, it is not totally excluded that public authorities might be able to publish citizens' data concerning health on social media based on consent, following the CJEU's emphasis. Nevertheless, this issue has not yet been dealt with by the CJEU.

Begrebsdefinitioner / forkortelser

AUH	Forkortelse for <i>Aarhus Universitetshospital</i> .
AUH-afgørelsen	Forkortelse for Datatilsynets journalnummer 2023-432-0016, <i>Hospital kan ikke bruge samtykke til at offentliggøre billeder af patienter på Instagram.</i>
Borger	Benævnelse for en <i>statsborger</i> .
Charteret	Forkortelse for <i>Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder</i> .
Databeskyttelsesforordningen	Benævnelse for <i>Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse) (EØS-relevant tekst).</i> Forkortes i afhandlingen som <i>forordningen</i> .
Deling	Benævnelse for <i>upload, offentliggørelse, tagging, videredeling mv.</i> I afhandlingen dækker begrebet særligt over <i>offentliggørelse</i> .
EU-Kommissionens forslag til forordningen	Benævnelse for <i>Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (generel forordning om databeskyttelse), COM(2012) 11 final.</i>
Forordningen	Forkortelse for <i>databeskyttelsesforordningen</i> .
Følsomme oplysninger	Benævnelse for de <i>særlige kategorier af personoplysninger</i> i forordningens art. 9, som anvendes af forordningens præambelbetragtning nr. 10.
Instagram	Benævnelse for den <i>online digitale platform, som ejes af Meta</i> .
Instagram-profil	Benævnelse for den <i>offentlige (eller private) side, som andre brugere kan se</i> .

Offentliggørelse	Benævnelse for <i>det at gøre kendt eller tilgængelig for offentligheden.</i>
Offentlig myndighed	Benævnelse for <i>statslige og kommunale myndigheder i den offentlige sektor.</i>
Opslag	Benævnelse for <i>en deling af indhold på brugerens Instagram-profil.</i>
Persondatadirektivet	Benævnelse for <i>Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger.</i>
Personoplysninger	Benævnelse for <i>alle oplysninger, der opfylder definitionen i forordningens art. 4, nr. 1.</i>
Regioner	Benævnelse for <i>Danmarks fem regioner.</i>
Samtykke	Benævnelse for <i>det databeskyttelsesretlige samtykke som defineret i forordningens art. 4, nr. 11.</i>
Sociale medier	Benævnelse for <i>online digitale platforme, hvor indholdet ikke er statisk, men hvor brugerne selv kan redigere og udvikle indholdet, og hvor den sociale interaktion er central.</i>
STAR	Forkortelse for <i>Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering.</i>

Indholdsfortegnelse

1 Afhandlingens emne	3
1.1 Indledning	3
1.2 Problemformulering	4
1.2.1 Offentlige myndigheder og borgere	5
1.2.2 Helbredsoplysninger	5
1.2.3 Offentliggørelse på sociale medier	5
1.3 Afgrænsning	6
1.4 Metode	7
1.4.1 Lovgivning	8
1.4.2 Retspraksis	8
1.4.3 Administrativ praksis	8
1.5 Struktur	9
2 Beskyttelsen af personoplysninger	10
3 Offentliggørelse baseret på samtykke	11
3.1 Samtykke som behandlingsgrundlag	12
3.1.1 Særligt om behandling af følsomme oplysninger	13
3.1.2 Samspillet mellem behandlingshjemlerne i forordningens art. 6 og 9	14
3.2 Samspillet mellem behandlingshjemlerne i forordningens art. 6 og 9 og principperne i art. 5, stk. 1	15
3.3 Samtykkets gyldighed	16
3.3.1 Frivillighedsbetingelsen i forordningens art. 4, nr. 11	17
3.3.2 Frivillighed i forholdet mellem en offentlig myndighed og borger	17
3.4 Praksis om frivillighedsbetingelsens betydning for offentlige myndigheders anvendelse af samtykke	19
3.4.1 AUH	19
3.4.2 Kerteminde Kommune	23
3.4.3 Hillerød Kommune	25
3.4.4 Aalborg Kommune	26
3.4.5 STAR	27
3.4.6 Gymnasieudvalget i Skellefteå kommune	29
3.4.7 C-252/21 Meta Platforms	30
3.4.8 Sammenfatning	32
3.5 Delkonklusion	35
4 Offentliggørelsens formål	37
4.1 Praksis om offentlige myndigheders opfyldelse af forordningens art. 5, stk. 1, litra c	37
4.1.1 AUH	38
4.1.2 Gymnasieudvalget i Skellefteå kommune	39
4.1.3 Rungsted Gymnasium	40
4.1.4 Sammenfatning	41

4.2 Praksis om offentlige myndigheders opfyldelse af forordningens art. 5, stk. 1, litra e	43
4.2.1 AUH	44
4.2.2 Roskilde Katedralskole.....	45
4.2.3 Fødevarestyrelsen	46
4.2.4 Sammenfatning	48
4.3 Delkonklusion	50
5 Diskussion om offentlige myndigheders mulighed for at anvende samtykke som behandlingsgrundlag ...	51
6 Konklusion	53
7 Refleksioner	56
7.1 Hvorvidt det ulige forhold ophører, f.eks. ved endt behandling.....	56
7.2 Hvorvidt formålet med opslagene har afgørende betydning.....	57
7.3 Hvorvidt patienterfaringer fortsat kan komme andre til gode	58
8 Litteraturliste	59
8.1 Lovgivning	59
8.2 Forarbejder og betænkning.....	59
8.3 Praksis	59
8.4 Vejledninger, retningslinjer og udtalelser	60
8.5 Bøger	61
8.6 Artikler	62
8.7 Øvrige publikationer.....	62
8.8 Hjemmesider	62
9 Bilagsoversigt.....	64

1 Afhandlingens emne

I dette indledende kapitel præsenteres, formuleres og beskrives afhandlingens emne, problemformuleringen. Derudover redegøres der for de til- og fravalg, som er foretaget for at afgrænse emnet. Endvidere beskrives metodevalget for afhandlingen, og afslutningsvist præsenteres afhandlingens videre struktur.

1.1 Indledning

Den teknologiske udvikling har medført en omfattende brug (og misbrug) af personoplysninger, hvilket har skabt udfordringer for beskyttelsen heraf.¹ Udviklingen har således medført et behov for, at persondatadirektivet blev erstattet af regler, der kunne sikre en mere effektiv beskyttelse.² Dette er baggrunden for databeskyttelsesforordningens (herefter forordningen) tilblivelse.³ Noget af det, som er fremkommet i takt med den teknologiske udvikling, og som har bidraget til den omfattende brug af personoplysninger, er sociale medier.⁴ Ifølge resultaterne af Danmarks Statistiks undersøgelse, It-anvendelse i befolkningen 2023, brugte ni ud af ti danske borgere sociale medier i starten af 2023, og Instagram var det næstmest udbredte sociale medie i Danmark.⁵ På Instagram behandles personoplysninger bl.a. ved deling af fotos af identificerbare personer. En sådan offentliggørelse vil være omfattet af forordningen, hvis offentliggørelsen ikke sker som led i rent personlige eller familiemæssige aktiviteter – f.eks. vil offentlige myndigheders offentliggørelse af fotos af identificerbare personer være omfattet af forordningen.⁶ I dag er flere offentlige myndigheder til stede på sociale medier, herunder Instagram. Udenrigsministeriet, Sundhedsstyrelsen, Region Nordjylland og Københavns Kommune er blot få eksempler på danske, offentlige myndigheder, der har en eller flere Instagram-profiler.⁷ Brugen af sociale medier, herunder Instagram, er således vidt udbredt i den offentlige sektor. Hospitalers brug af sociale medier var temaet i en udgave af Dansk Sygeplejeråds fagblad, Sygeplejersken, fra 4. september 2023.⁸ Mange danske hospitalsafdelinger har nemlig de seneste år oprettet egne Instagram-profiler, hvorfra de deler ud af hverdagen på afdelingerne.⁹ Alene på Amager og Hvidovre Hospital har 35 af hospitalets afdelinger en Instagram-profil.¹⁰ Formålet med hospitalsafdelingens Instagram-profiler er oftest at rekruttere nye medarbejdere eller at

¹ Jf. databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning nr. 6 og Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 38.

² Jf. databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning nr. 7 og Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 39.

³ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 39.

⁴ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 32.

⁵ <https://www.dst.dk/da/Statistik/nyheder-analyser-publ/nyt/NytHtml?cid=46771>, sidst besøgt d. 07/08/2024.

⁶ Jf. databeskyttelsesforordningens art. 2, stk. 2, litra c, og Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 54 og 74.

⁷ Havde en Instagram-profil pr. 07/08/2024.

⁸ <https://dsr.dk/fag-og-udvikling/sygeplejersken/arkiv/sygeplejersken-argang-2023-nr-10/>, sidst besøgt d. 07/08/2024.

⁹ Sygeplejersken, Årgang 2023, nr. 10, s. 17.

¹⁰ <https://www.hvidovrehospital.dk/om-hospitalet/Sider/Hospitalet-p%C3%A5-sociale-medier.aspx>, sidst besøgt d. 07/08/2024.

promovere afdelingen udadtil.¹¹ I den forbindelse deler mange hospitaler og tilhørende afdelinger løbende indhold med patienter, bl.a. i form af opslag med fotos af patienterne.¹² Netop hospitalers brug af sådanne opslag på Instagram førte i december 2022 til, at Datatilsynet indledte en sag mod Region Midtjylland.¹³ Datatilsynet fandt, at behandlingen af personoplysninger, herunder følsomme oplysninger i form af helbredsoplysninger, i forbindelse med offentliggørelse af fotos af patienter på Aarhus Universitetshospitals (herefter AUH) Instagram-profil ikke var i overensstemmelse med forordningen på trods af, at patienterne havde givet samtykke til offentliggørelsen, og Region Midtjylland blev derfor som dataansvarlig påbudt at slette alle opslag med fotos af identificerbare patienter på profilen.¹⁴ Uagtet, at Datatilsynet kun har taget konkret stilling til AUH's brug af opslag med fotos af patienter på Instagram, håbede tilsynet, at andre regioner også ville "(...) overveje deres brug af sociale medier i lyset af afgørelsen."¹⁵ Regionerne stillede sig dog kritiske over for afgørelsen og ønskede dialog med Datatilsynet.¹⁶ For hvorfor skulle offentlige myndigheder ikke kunne offentliggøre patienters personoplysninger, herunder helbredsoplysninger, på sociale medier, når patienterne har givet samtykke hertil?

1.2 Problemformulering

Med afsæt i ovennævnte afgørelse fra Datatilsynet (herefter AUH-afgørelsen) samt regionernes reaktioner herpå opstilles følgende problemformulering for nærværende afhandling:

Hvorvidt kan offentlige myndigheder offentliggøre helbredsoplysninger om borgere på sociale medier på baggrund af samtykke?

Problemformuleringen besvares udelukkende ud fra et databeskyttelsesretligt aspekt, herunder ud fra forordningens bestemmelser. I det følgende beskrives problemformuleringen nærmere i henhold til forordningens terminologi, og på baggrund heraf opstilles der forudsætninger for afhandlingens besvarelse af problemformuleringen. Det databeskyttelsesretlige samtykke vil blive beskrevet senere i forbindelse med afhandlingens undersøgelse af samtykke som retligt grundlag for offentliggørelsen.

¹¹ Sygeplejersken, Årgang 2023, nr. 10, s. 18.

¹² Sygeplejersken, Årgang 2023, nr. 10, s. 23.

¹³ Datatilsynet, journalnummer 2023-432-0016, Hospital kan ikke bruge samtykke til at offentliggøre billeder af patienter på Instagram.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ <https://journalisten.dk/hospital-faar-alvorlig-kritik-og-paabud-for-patient-historier-paa-instagram/>, sidst besøgt d. 07/08/2024.

¹⁶ <https://journalisten.dk/regioner-udfordrer-datatilsynet-efter-alvorlig-instagram-kritik/>, sidst besøgt d. 07/08/2024.

1.2.1 Offentlige myndigheder og borgere

I afhandlingen forudsættes det, at offentlige myndigheder foretager offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, hvormed de offentlige myndigheder efter forordningens terminologi udgør ”den dataansvarlige”.¹⁷ Ansvar for, at forordningen overholdes ved offentliggørelsen af helbredsoplysningerne, påhviler således de offentlige myndigheder.¹⁸ De i problemformuleringen nævnte borgere, hvis helbredsoplysninger der offentliggøres af offentlige myndigheder på sociale medier, forudsættes at være fysiske personer og er således ifølge forordningen ”den registrerede”.¹⁹ Borgerne er dermed forordningens beskyttelsessubjekt.²⁰

1.2.2 Helbredsoplysninger

Borgeres helbredsoplysninger, der offentliggøres på sociale medier af offentlige myndigheder, forudsættes i afhandlingen at være oplysninger, der 1) direkte eller indirekte kan identificere borgerne, 2) som vedrører deres fysiske eller mentale helbred, og 3) som giver information om deres tidligere, nuværende eller fremtidige fysiske eller mentale helbredstilstand, herunder enhver oplysning om en sygdom, et handicap, en sygdomsrisiko, en sygehistorie, en sundhedsfaglig behandling eller deres fysiologiske eller biomedicinske tilstand, hvormed oplysningerne udgør følsomme oplysninger i forordningens forstand.²¹

Derudover forudsættes det, at helbredsoplysningerne ikke er blevet offentliggjort af borgerne selv.²²

1.2.3 Offentliggørelse på sociale medier

Offentlige myndigheders offentliggørelse på sociale medier, som borgeres helbredsoplysninger gøres til genstand for, udgør en ”behandling” i forordningens forstand.²³

Af hensyn til afhandlingens fokus og omfang er der foretaget visse til- og fravalg for at afgrænse emnet, hvilket uddybes i det nedenstående.

¹⁷ Jf. databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 7.

¹⁸ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 90.

¹⁹ Jf. databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 1.

²⁰ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 89.

²¹ Jf. databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 1 og 15, art. 9, stk. 1, og præambelbetragtning nr. 10 og 35.

²² Jf. databeskyttelsesforordningens art. 9, stk. 2, litra e.

²³ Jf. databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 2.

1.3 Afgrænsning

Som anført ovenfor i afsnit 1.2 besvares afhandlingens problemformulering udelukkende ud fra et databeskyttelsesretligt aspekt, herunder ud fra forordningens bestemmelser. Eftersom databeskyttelsesretten udspringer af EU-retten, og idet forordningen udgør et af de primære EU-retlige instrumenter vedrørende databeskyttelse, som gælder umiddelbart i Danmark, vil perspektivet for afhandlingen være EU-retligt.²⁴ Afhandlingen behandler derfor ikke rent danske retskilder såsom databeskyttelsesloven, der supplerer forordningens bestemmelser, eller dansk retspraksis. Generelt forholder afhandlingen sig ikke til og behandler ikke særregler om offentlige myndigheders behandling af helbredsoplysninger eller brug af samtykke inden for andre retsområder, f.eks. inden for forvaltningsretten og sundhedsretten.

Til besvarelse af problemformuleringen behandles forordningens beskyttelse af retten til beskyttelse af personoplysninger, jf. art. 8 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter charteret). De øvrige grundlæggende rettigheder, som forordningen også har til formål at beskytte, og som ligeledes er sikret i charteret, herunder retten til respekt for privatliv i art. 7, som har nær tilknytning til retten til beskyttelse af personoplysninger i art. 8, er fravalgt behandling af hensyn til afhandlingens omfang.²⁵ Af samme årsag er afhandlingen afgrænset til at behandle udvalgte artikler i forordningens kapitel I og II, hvormed forordningens øvrige kapitler, herunder kapitel III vedrørende den registreredes rettigheder, falder uden for afhandlingens rammer.

Derudover er afhandlingen afgrænset til helbredsoplysninger. De øvrige typer af følsomme oplysninger, som er oplistet i forordningens art. 9, stk. 1, er fravalgt af hensyn til afhandlingens fokus og omfang. Følsomme oplysninger i form af biometriske data nævnes i forbindelse med inddragelsen af en afgørelse fra det svenske datatilsyn, men afhandlingen behandler ikke biometriske data eller de øvrige typer af følsomme oplysninger yderligere. Derudover undersøger afhandlingen udelukkende, hvorvidt offentlige myndigheder kan anvende samtykke som grundlag for offentliggørelsen, jf. forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a. Afhandlingen afgrænser sig derfor fra offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger i nærmere angivne behandlingssituationer, hvor behandlingen findes nødvendig, herunder som led i deres myndighedsudøvelse.²⁶ I forbindelse med afhandlingens undersøgelse af, hvorvidt offentlige myndigheder kan anvende samtykke som grundlag for offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, beskrives de betingelser til samtykkets gyldighed, som fremgår af legaldefinitionen i forordningens art. 4, nr. 11, dog er afhandlingens fokus særligt på

²⁴ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 42 f. og <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/da/sheet/157/beskyttelse-af-personoplysninger>, sidst besøgt d. 07/08/2024.

²⁵ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/da/sheet/157/beskyttelse-af-personoplysninger>, sidst besøgt d. 07/08/2024.

²⁶ Jf. databeskyttelsesforordningens art. 6, stk. 1, litra b-f, og art. 9, stk. 2, litra b-c, og f-j.

betingelsen om, at samtykket skal være frivilligt, hvorfor de øvrige betingelser, som fremgår heraf, ikke behandles yderligere. De betingelser for samtykke, der findes i forordningens art. 7, stk. 2-4, er fravalgt af hensyn til afhandlingens omfang. Bestemmelsens stk. 1 om bevisbyrden for, at betingelserne for gyldigt samtykke er opfyldt, er tilvalgt af hensyn til bestemmelsens relevans for besvarelsen af problemformuleringen. Afhandlingen forholder sig ikke til gyldigheden af børns samtykke, eller hvorvidt forordningen indeholder betingelser for samtykke afgivet af børn. Børns samtykke er fravalgt af hensyn til afhandlingens omfang.

Afhandlingen behandler behandlingsprincipperne i forordningens art. 5, stk. 1, herunder særligt principperne i bestemmelsens litra c og e, om henholdsvis dataminimering og opbevaringsbegrænsning. Behandling af, hvorvidt der er krav om opbevaring af personoplysninger i anden lovgivning, falder uden for afhandlingens rammer, hvorfor forordningens art. 5, stk. 1, litra e, 2. led, ikke behandles. Ligeledes behandler afhandlingen ikke fastsættelsen af sletteprocedurer af hensyn til afhandlingens fokus. Uagtet, at alle principper i forordningens art. 5, stk. 1, skal være opfyldt, for at behandling af personoplysninger er lovlig, afgrænser afhandlingen sig fra at behandle principperne i bestemmelsens litra b, d og f, af hensyn til afhandlingens fokus og omfang. Af samme årsag er dokumentation for princippernes efterlevelse, jf. bestemmelsens stk. 2, ligeledes fravalgt behandling i afhandlingen.

Nedenfor beskrives, hvilken retsvidenskabelig metode der anvendes til besvarelse af afhandlingens problemformulering. Metodevalget følger afhandlingens formål.

1.4 Metode

Afhandlingens formål er at analysere og beskrive retstilstanden for offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier på baggrund af samtykke på det databeskyttelsesretlige område, og derfor anvendes retsdogmatisk metode til at behandle problemformuleringen.²⁷ I afhandlingen anvendes retsdogmatisk metode ved at analysere, beskrive og systematisere gældende ret, de lege lata, inden for databeskyttelsesretten.²⁸ Uagtet, at it-retten er en tværgående retsdisciplin, tager afhandlingen udelukkende udgangspunkt i databeskyttelsesretlige retskilder, herunder forordningen.²⁹ Databeskyttelsesretten udgør et af kerneområderne inden for it-retten.³⁰

²⁷ Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 2022, s. 211.

²⁸ Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 2022, s. 212 og 221.

²⁹ Henrik Udsen, IT-ret, 2021, s. 5.

³⁰ Henrik Udsen, IT-ret, 2021, s. 25 f.

I det følgende beskrives de databeskyttelsesretlige retskilder, som anvendes i afhandlingen.

1.4.1 Lovgivning

Forordningen er afhandlingens centrale retskilde. I forlængelse af det anførte i afhandlingens afsnit 1.3 er forordningen umiddelbart gældende i medlemsstaterne, herunder Danmark, pr. 25. maj 2018 og skal derfor ikke gennemføres i national ret.³¹ I afhandlingen inddrages derudover forordningens indledende præambelbetragtninger, der tjener som fortolkningsbidrag til forordningen samt forordningens forarbejder i form af EU-Kommissionens forslag hertil.³² Endvidere inddrages udvalgte bestemmelser i det nu ophævede persondatadirektiv, som i det væsentlige er videreført i forordningen samt enkelte bestemmelser i charteret, særligt art. 8, som vedrører retten til beskyttelse af personoplysninger.

1.4.2 Retspraksis

EU-Domstolens afgørelse i sag C-252/21 (Meta Platforms) inddrages i afhandlingen, selvom afgørelsen ikke er direkte anvendelig for behandlingen af problemformuleringen. Idet EU-Domstolen er den endelige fortolker af forordningen, har afhandlingen for øje, at Domstolen ikke har taget konkret stilling til de i afhandlingen belyste problemer.³³ Derfor afspejler afhandlingens konklusioner ikke nødvendigvis, hvordan Domstolen i sidste ende vil fortolke forordningen.³⁴

1.4.3 Administrativ praksis

I afhandlingen inddrages udtalelser fra Artikel 29-gruppen (herefter gruppen) og retningslinjer fra Det Europæiske Databeskyttelsesråd (herefter EDPB), som afløste gruppen i forbindelse med forordningens afløsning af persondatadirektivet.³⁵ Derudover inkluderes også retningslinjer fra Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse (herefter EDPS). Endvidere inddrages vejledninger, udtalelser og afgørelser fra Datatilsynet og ligeledes en afgørelse fra det svenske datatilsyn, som i 2021 skiftede navn fra Datainspektionen til Integritetsskyddsmyndigheden (herefter IMY).³⁶ Disse retningslinjer, udtalelser, vejledninger og afgørelser er ikke bindende retskilder, men indeholder generelle fortolkningsbidrag til forord-

³¹ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 42.

³² Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 158.

³³ Hanne Marie Motzfeldt, Grundlæggende databeskyttelsesret, 2022, s. 32 f.

³⁴ Jan Trzaskowski, Your privacy is important to us! – Restoring Human Dignity in Data-Driven Marketing, 2021, s. 4.

³⁵ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 13 f.

³⁶ <https://dataethics.eu/da/sverige-saetter-mennesket-i-centrum/>, sidst besøgt d. 07/08/2024.

ningen.³⁷ Alligevel er disse vigtige retskilder i praksis, selvom administrativ praksis normalt ikke anses for at have en sådan karakter.³⁸ Særligt EDPB's retningslinjer vedrørende samtykke bygger videre på gruppens udtalelse om definitionen af samtykke, og generelt kan gruppens udtalelser fortsat have betydning for fortolkningen af forordningen.³⁹ Eftersom antallet af databeskyttelsesretlige afgørelser fra EU-Domstolen (endnu) er begrænset, er antallet af tilsynsafgørelser omfattende, og Datatilsynets afgørelser er derfor i de fleste tilfælde og indtil videre udtryk for gældende ret.⁴⁰ I afhandlingen inddrages to utrykte afgørelser fra Datatilsynet, som er kommet til kendskab ved en anmodning om aktindsigt i tilsynets utrykte afgørelser, hvor tilsynet har taget stilling til betingelsen om, at samtykke skal være frivilligt, i forholdet mellem en offentlig myndighed og borger. Disse fremgår af Bilag 2 og 3. Hertil inddrages IMY's afgørelse som understøttelse til Datatilsynets AUH-afgørelse, dog har afhandlingen for øje, at nationale tilsynsmyndigheder kan have forskellige fortolkninger af forordningen, men tilsynsafgørelser udtrykker en fortolkning, der i en vis grad er koordineret i EDPB.⁴¹

Afhandlingens videre struktur præsenteres i det nedenstående.

1.5 Struktur

Kap. 1 har indledningsvist præsenteret afhandlingens emne og metodevalg. Afhandlingens problemformulering belyser særligt to databeskyttelsesretlige problemer, der udspringer af offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier på baggrund af samtykke. Disse problemer danner den videre struktur for afhandlingen.

Kap. 2 skriver generelt om beskyttelsen af personoplysninger og de modsatrettede hensyn og interesser i databeskyttelsesretten, som forordningen sigter mod at balancere.

Kap. 3 undersøger, hvorvidt offentlige myndigheder kan anvende samtykke som grundlag for offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier.

Kap. 4 undersøger, hvorvidt offentliggørelsens formål har betydning for, at offentlige myndigheder kan offentliggøre helbredsoplysninger om borgere på sociale medier.

³⁷ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 52, 53 og 56 og Hanne Marie Motzfeldt, Grundlæggende databeskyttelsesret, 2022, s.36.

³⁸ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 51 og Hanne Marie Motzfeldt, Grundlæggende databeskyttelsesret, 2022, s. 34.

³⁹ Artikel 29-gruppen, WP 187, Udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke, jf. EDPB, Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, Version 1.1, s. 5 og Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 14.

⁴⁰ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 53.

⁴¹ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 55.

På baggrund af ovenstående vil kap. 5 diskutere offentlige myndigheders mulighed for at anvende samtykke som behandlingsgrundlag. Afslutningsvist vil kap. 6 opsamle og konkludere på afhandlingens problemformulering, mens kap. 7 vil reflektere over de kritiske spørgsmål, som regionerne ønskede dialog med Datatilsynet om på baggrund af AUH-afgørelsen.

2 Beskyttelsen af personoplysninger

I nærværende kapitel beskrives beskyttelsen af personoplysninger og forordningens modsatrettede hensyn og interesser. Kapitlet søger ikke at beskrive hensynene eller interesserne med større præcision, men bevidstheden om disse er vigtig for at forstå databeskyttelsesretten som retsområde, inden for hvilket afhandlingen beskriver og analyserer retstilstanden.⁴²

Forordningen har bl.a. til formål at beskytte fysiske personers grundlæggende rettigheder, navnlig deres ret til beskyttelse af personoplysninger.⁴³ Uagtet, at retten til beskyttelse af personoplysninger udtrykkeligt er anerkendt som en grundlæggende rettighed i charterets art. 8, stk. 1, er retten hertil ikke en absolut ret og kan derfor være begrænset, dog skal begrænsninger heri bl.a. respektere rettighedens væsentligste indhold, jf. charterets art. 52, stk. 1.⁴⁴ Netop i forhold til begrænsninger fremgår det af charterets art. 8, stk. 2, at personoplysninger kan behandles ”(...) på grundlag af de berørte personers samtykke eller på et andet berettiget ved lov fastsat grundlag.”⁴⁵ Ligeledes kan behandling af personoplysninger ifølge forordningen betragtes som lovlig, hvis behandlingen sker på grundlag af den registreredes samtykke eller et andet legitimt grundlag, der er fastsat ved lov i forordningen.⁴⁶ Hermed understreges, at selvom enhver behandling af personoplysninger principielt set er et indgreb i retten til beskyttelse af personoplysninger efter charterets art. 8, stk. 1, er retten hertil ikke absolut, idet behandling af den registreredes personoplysninger kan finde sted.⁴⁷ Samtidig understreges, at det er et grundlæggende databeskyttelsesretligt krav, at enhver behandling af personoplysninger skal baseres på et retligt grundlag, også kaldet behandlingsgrundlag.⁴⁸ Behandling af den registreredes personoplysninger må således kun finde sted, såfremt behandlingen er lovlig i henhold til forordningens betingelser.⁴⁹ At retten til beskyttelse af personoplysninger ikke er en absolut ret fremgår også udtrykkeligt af forordningens præambelbetragtning nr. 4,

⁴² Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 34.

⁴³ Jf. databeskyttelsesforordningens art. 1, stk. 2.

⁴⁴ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 40 f. og EDPS, Guidelines on assessing the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data, dec. 2019, s. 6 f.

⁴⁵ Charterets art. 8, stk. 2, 1. pkt.

⁴⁶ Jf. databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning nr. 40.

⁴⁷ Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 167.

⁴⁸ Hanne Marie Motzfeldt, Grundlæggende databeskyttelsesret, 2022, s. 127.

⁴⁹ Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 343 og Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 148 f.

hvorefter retten skal "(...) ses i sammenhæng med sin funktion i samfundet og afvejes i forhold til andre grundlæggende rettigheder i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet."⁵⁰

Ovenstående afspejler, at databeskyttelsesretten afvejer flere modsatrettede hensyn og interesser, herunder andre grundlæggende rettigheder, som også er nødvendige for det demokratiske samfund.⁵¹ Forordningens regler sigter således mod at balancere på den ene side beskyttelsen af den registreredes rettigheder og på den anden side den dataansvarliges legitime interesser og samfundets/offentlighedens interesser.⁵² Det proportionalitetsprincip, som kommer til udtryk flere steder i forordningen, er med til at skabe en afbalancering heraf.⁵³ I henhold til proportionalitetsprincippet vil lovligheden af behandling af personoplysninger afhænge af behandlingens karakter, omfang, kontekst og formål samt risikoen for, at behandlingen med sandsynlighed vil udgøre et indgreb i den registreredes rettigheder og alvorligheden heraf.⁵⁴

Den centrale behandlingshjemmel i forordningen er art. 6, som i bestemmelsens stk. 1 fastsætter, hvornår behandling af personoplysninger må finde sted.⁵⁵ Disse behandlingsgrundlag er i det væsentlige en videreførelse af persondatadirektivets art. 7.⁵⁶ Både persondatadirektivet og forordningen hjemler således samtykke og "et andet berettiget ved lov fastlagt grundlag" for behandling af personoplysninger som udtrykt i charterets art. 8, stk. 2.⁵⁷ Samtykke som behandlingsgrundlag efter forordningens art. 6, stk. 1, litra a, vil blive behandlet i det følgende kapitel.

Med bevidsthed om de modsatrettede hensyn og interesser, som forordningen forsøger at balancere, præsenteres det første af de to problemer, som afhandlingens problemformulering belyser.

3 Offentliggørelse baseret på samtykke

Et af de problemer, som afhandlingens problemformulering belyser, er, hvorvidt offentlige myndigheder kan anvende samtykke som grundlag for offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier. Dette er genstand for undersøgelse i nærværende kapitel. I kapitlet præsenteres først samtykke

⁵⁰ Jf. databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning nr. 4.

⁵¹ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 35 og Jan Trzaskowski, Your privacy is important to us! – Restoring Human Dignity in Data-Driven Marketing, 2021, s. 41.

⁵² Jan Trzaskowski, Your privacy is important to us! – Restoring Human Dignity in Data-Driven Marketing, 2021, s. 44 f.

⁵³ EDPS, Guidelines on assessing the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data, dec. 2019, s. 11.

⁵⁴ Jan Trzaskowski, Your privacy is important to us! – Restoring Human Dignity in Data-Driven Marketing, 2021, s. 44.

⁵⁵ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 148 og Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 343 f.

⁵⁶ Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 351.

⁵⁷ Jan Trzaskowski, Your privacy is important to us! – Restoring Human Dignity in Data-Driven Marketing, 2021, s. 40 og Artikel 29-gruppen, WP 187, Udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke, s. 6.

som behandlingsgrundlag i henhold til forordningens art. 6, stk. 1, litra a. Dernæst beskrives samtykke som grundlag for behandlingen af følsomme oplysninger efter forordningens art. 9, stk. 2, litra a, og der redegøres for samspillet mellem behandlingshjemlerne i art. 6 og 9. Derudover beskrives samspillet mellem behandlingshjemlerne i art. 6 og 9 og behandlingsprincipperne i forordningens art. 5, stk. 1. Endvidere behandles samtykkets gyldighed, herunder særligt frivillighedsbetingelsen i forordningens art. 4, nr. 11, hvorefter kapitlet snævrer sig ind på problematikken ved frivillighedsbetingelsens opfyldelse, der udspringer af forholdet mellem en offentlig myndighed og borger. Denne problematik fører til en undersøgelse af frivillighedsbetingelsens betydning for offentlige myndigheders anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag. Til slut sammenfattes kapitlet i en delkonklusion.

3.1 Samtykke som behandlingsgrundlag

I EU-retten har samtykke været et retligt grundlag for behandling af personoplysninger siden vedtagelsen af persondatadirektivet, hvor samtykke som behandlingsgrundlag fremgik af direktivets art. 7, litra a.⁵⁸ Som anført i afhandlingens kapitel 2 er samtykke som behandlingsgrundlag også udtrykkeligt angivet i charterets art. 8, stk. 2. Samtykke har således spillet en vigtig rolle i tilblivelsen af den gældende databeskyttelsesret og er ligeledes et væsentligt aspekt af beskyttelsen af personoplysninger som en grundlæggende rettighed.⁵⁹ I den gældende databeskyttelsesret findes den centrale hjemmel til samtykke som behandlingsgrundlag i forordningens art. 6, stk. 1, litra a, hvorefter behandling af personoplysninger er lovlig, hvis den registrerede har givet samtykke til behandlingen. Sammenlignet med de øvrige behandlingsgrundlag i forordningens art. 6, stk. 1, adskiller samtykket sig ved, at det er den registrerede selv, der vælger, om behandlingen af vedkommendes personoplysninger kan finde sted.⁶⁰ Samtykke er således et udtryk for, at den registrerede gives et reelt valg og kontrol over, hvorvidt vedkommendes personoplysninger skal behandles eller ej.⁶¹ Uagtet, at retten til beskyttelse af personoplysninger ikke er en absolut ret, og at den registrerede således ikke har absolut kontrol over behandlingen af sine personoplysninger, er samtykke et tydeligt eksempel på selvbestemmelse i forordningen og sikrer den registrerede en vis kontrol over behandlingen heraf.⁶²

⁵⁸ Artikel 29-gruppen, WP 187, Udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke, s. 5.

⁵⁹ Artikel 29-gruppen, WP 187, Udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke, s. 6.

⁶⁰ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 149.

⁶¹ EDPB, Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, Version 1.1, s. 5 og Datatilsynet, Vejledning om samtykke, 2021, s. 4.

⁶² Jan Trzaskowski, Your privacy is important to us! – Restoring Human Dignity in Data-Driven Marketing, 2021, s. 48 og Artikel 29-gruppen, WP 187, Udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke, s. 9.

Udover, at samtykke kan anvendes som behandlingsgrundlag efter forordningens art. 6, stk. 1, litra a, kan samtykke ligeledes legitimere behandlingen af følsomme oplysninger omfattet af forordningens art. 9, hvilket uddybes i det følgende.

3.1.1 Særligt om behandling af følsomme oplysninger

Behandling af følsomme oplysninger er særskilt reguleret i forordningens art. 9.⁶³ Bestemmelsen svarer til persondatadirektivets art. 8.⁶⁴ Forordningen er udformet således, at jo højere risiko behandlingen af personoplysninger udgør for den registreredes grundlæggende rettigheder, jo strengere krav stilles der til behandlingen.⁶⁵ Behandling af følsomme oplysninger udgør en sådan højere risiko for den registreredes grundlæggende rettigheder og bør ikke behandles.⁶⁶ Derfor indeholder forordningens art. 9, stk. 1, et forbud mod behandling af følsomme oplysninger, og det er således som udgangspunkt forbudt at behandle de i bestemmelsen oplistede typer af følsomme oplysninger, herunder helbredsoplysninger.⁶⁷ Denne ”specifikke beskyttelse”, som følsomme oplysninger er undergivet, jf. ordvalget i forordningens præambelbetragtning nr. 51, er dermed udtryk for en ”højere beskyttelse”, jf. ordvalget i præambelbetragtning nr. 53.⁶⁸ Samtidig vil der i mange situationer være behov for, at følsomme oplysninger kan behandles, f.eks. har myndigheder og virksomheder behov herfor.⁶⁹ Forordningens art. 9, stk. 2, indeholder derfor en række undtagelser til behandlingsforbuddet i bestemmelsens stk. 1.⁷⁰ Behovet for disse undtagelser er ligeledes anerkendt i forordningens præambelbetragtning nr. 51, hvorefter *”der bør udtrykkelig gives mulighed for undtagelser fra det generelle forbud mod behandling af sådanne særlige kategorier af personoplysninger, bl.a. hvis den registrerede giver sit udtrykkelige samtykke (...)”*⁷¹ Ifølge forordningens art. 9, stk. 2, litra a, kan behandling af følsomme oplysninger således undtagelsesvist finde sted, hvis den registrerede har givet samtykke til behandlingen.⁷² I modsætning til nogle af undtagelserne finder forordningens art. 9, stk. 2, litra a, direkte anvendelse og kræver således ikke, at der gennemføres bestemmelser i national ret eller EU-retten for at kunne udgøre et behandlingsgrundlag.⁷³

⁶³ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 150.

⁶⁴ Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 427.

⁶⁵ Hanne Marie Motzfeldt, Grundlæggende databeskyttelsesret, 2022, s. 127.

⁶⁶ Jf. databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning nr. 51 og Hanne Marie Motzfeldt, Grundlæggende databeskyttelsesret, 2022, s. 127 f.

⁶⁷ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 199.

⁶⁸ Artikel 29-gruppen, WP 217, Udtalelse 6/2014 om den registeransvarliges legitime interesser som omhandlet i artikel 7 i direktiv 95/46/EF, s. 15.

⁶⁹ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 205.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning nr. 51, sidste pkt.

⁷² Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 205.

⁷³ Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 424.

Samtykke kan altså udgøre et behandlingsgrundlag i henhold til både forordningens art. 6 og 9. Samspillet mellem disse to behandlingshjemler beskrives nedenfor.

3.1.2 Samspillet mellem behandlingshjemlerne i forordningens art. 6 og 9

Der er ikke i forordningen taget stilling til, hvorvidt der ved behandling af følsomme oplysninger efter en af undtagelserne i forordningens art. 9, stk. 2, ligeledes skal være et behandlingsgrundlag efter forordningens art. 6, hvilket har rejst spørgsmålet om forholdet mellem de to behandlingshjemler.⁷⁴ Samme spørgsmål blev rejst vedrørende forholdet mellem persondatadirektivets art. 7 og 8, hvortil gruppen udtalte, at undersøgelsen heraf skulle have for øje, at anvendelsen af direktivets art. 8, både alene eller kumulativt sammen med art. 7, havde til formål at sikre en højere beskyttelse af følsomme oplysninger. Undersøgelsen måtte derfor under ingen omstændigheder føre til en lavere beskyttelse af disse.⁷⁵ Som anført ovenfor i afsnit 3.1.1 gælder denne højere beskyttelse ligeledes for følsomme oplysninger omfattet af forordningens art. 9.

Datatilsynets opfattelse havde indtil november 2019 været, at behandling af følsomme oplysninger omfattet af forordningens art. 9, stk. 1, alene skulle have et behandlingsgrundlag efter bestemmelsens stk. 2, eller bestemmelser, der gennemfører forordningens art. 9, men tilsynet vurderede i november 2019, at denne retsopfattelse ikke længere ville være mulig at opretholde.⁷⁶ Begrundelsen herfor er uddybet i et baggrundsnotat.⁷⁷ I baggrundsnotatet har Datatilsynet redegjort for, at tilsynets hidtidige opfattelse bl.a. har haft støtte i betænkning nr. 1565.⁷⁸ Det fremgår bl.a. af betænkningen, at *”(...) hjemlen til behandling af oplysninger skal findes i artikel 6, såfremt oplysningerne ikke er omfattet af særlige bestemmelser i forordningen, eksempelvis artikel 9 om følsomme oplysninger.”*⁷⁹ Ifølge Datatilsynet er der imidlertid en række forhold, herunder nyere domme afsagt af EU-Domstolen og retningslinjer fra EDPB, som har ændret tilsynets opfattelse.⁸⁰ Derfor ville det fremadrettet være Datatilsynets opfattelse, at dataansvarlige, der behandler følsomme oplysninger omfattet af forordningens art. 9, stk. 1, udover at skulle kunne

⁷⁴ Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 349 og Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 208.

⁷⁵ Artikel 29-gruppen, WP 217, Udtalelse 6/2014 om den registeransvarliges legitime interesser som omhandlet i artikel 7 i direktiv 95/46/EF, s. 15 f.

⁷⁶ <https://www.datatilsynet.dk/presse-og-nyheder/nyhedsarkiv/2019/nov/behandling-af-foelsomme-oplysninger>, sidst besøgt d. 07/08/2024.

⁷⁷ Datatilsynet, j.nr. 2019-20-0004, Baggrundsnotat om betydningen af databeskyttelsesforordningens artikel 6 ved behandling af særlige kategorier af personoplysninger (følsomme personoplysninger) omfattet af forordningens artikel 9.

⁷⁸ Datatilsynet, j.nr. 2019-20-0004, Baggrundsnotat om betydningen af databeskyttelsesforordningens artikel 6 ved behandling af særlige kategorier af personoplysninger (følsomme personoplysninger) omfattet af forordningens artikel 9, s. 3.

⁷⁹ Justitsministeriet, Betænkning nr. 1565/2017 om databeskyttelsesforordningen (2016/679) – og de retlige rammer for dansk lovgivning, Del 1, bind 1, s. 127.

⁸⁰ Datatilsynet, j.nr. 2019-20-0004, Baggrundsnotat om betydningen af databeskyttelsesforordningens artikel 6 ved behandling af særlige kategorier af personoplysninger (følsomme personoplysninger) omfattet af forordningens artikel 9, s. 3 ff.

identificere en af undtagelserne i enten bestemmelsens stk. 2, eller bestemmelser, der gennemfører forordningens art. 9, ligeledes skal kunne identificere et behandlingsgrundlag i forordningens art. 6.⁸¹ Denne retsopfattelse er således i overensstemmelse med EDPB, hvorfor opfattelsen i praksis bliver den retstilstand, som den dataansvarlige må indrette sig efter.⁸² En behandling af følsomme oplysninger, herunder helbredsoplysninger, skal derfor både have hjemmel i en af undtagelserne i forordningens art. 9, stk. 2, og i et af behandlingsgrundlagene i art. 6, stk. 1.⁸³

Ifølge Datatilsynet skal betydningen af samspillet mellem forordningens art. 6 og 9 ikke overvurderes, idet behandlingsprincipperne i forordningens art. 5, stk. 1, altid skal være opfyldt.⁸⁴ Disse principper og samspillet mellem dem og behandlingshjemlerne i forordningens art. 6 og 9 beskrives i det følgende.

3.2 Samspillet mellem behandlingshjemlerne i forordningens art. 6 og 9 og principperne i art. 5, stk. 1

I forordningens art. 5, stk. 1, er der fastsat en række grundlæggende principper for behandling af personoplysninger.⁸⁵ Disse principper er også beskrevet i forordningens præambelbetragtning nr. 39 og er i det væsentlige en videreførelse af persondirektivets art. 6, stk. 1.⁸⁶ Principperne i forordningens art. 5, stk. 1, skal iagttages i forbindelse med enhver behandling af personoplysninger, uanset hvilket behandlingsgrundlag der anvendes, hvorfor disse ofte omtales som forordningens behandlingsprincipper. For at behandling af personoplysninger er lovlig, er det således ikke tilstrækkeligt, at der er hjemmel til behandlingen efter forordningens art. 6 (og art. 9 ved behandling af følsomme oplysninger); behandlingsprincipperne i art. 5, stk. 1, skal også efterleves.⁸⁷ Behandlingsprincipperne vil således ofte være centrale i vurderingen af, om en behandling er lovlig.⁸⁸ Den dataansvarlige har ansvaret for, at principperne er opfyldt, jf. bestemmelsens stk. 2.⁸⁹ Derfor skal den dataansvarlige bl.a. fastlægge et gyldigt behandlingsgrundlag for behandlingen, jf. forordningens art. 5, stk. 1, litra a.⁹⁰ Ved brug af samtykke som behandlingsgrundlag

⁸¹ Datatilsynet, j.nr. 2019-20-0004, Baggrundsnotat om betydningen af databeskyttelsesforordningens artikel 6 ved behandling af særlige kategorier af personoplysninger (følsomme personoplysninger) omfattet af forordningens artikel 9, s. 6.

⁸² Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 211.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Datatilsynet, j.nr. 2019-20-0004, Baggrundsnotat om betydningen af databeskyttelsesforordningens artikel 6 ved behandling af særlige kategorier af personoplysninger (følsomme personoplysninger) omfattet af forordningens artikel 9, s. 7.

⁸⁵ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 125.

⁸⁶ EDPB, Retningslinjer 4/2019 om artikel 25 Databeskyttelse gennem design og databeskyttelse gennem standardindstillinger, s. 15 og Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 126.

⁸⁷ Hanne Marie Motzfeldt, Grundlæggende databeskyttelsesret, 2022, s. 101.

⁸⁸ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 126.

⁸⁹ Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 341.

⁹⁰ EDPB, Retningslinjer 4/2019 om artikel 25 Databeskyttelse gennem design og databeskyttelse gennem standardindstillinger, s. 17.

efter forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a, er det således en betingelse for behandlingens lovlighed, at behandlingsprincipperne i art. 5, stk. 1, også er opfyldt.⁹¹ Opnåelsen af den registreredes samtykke tilsidesætter eller lemper altså ikke den dataansvarliges ansvar for, at principperne i forordningens art. 5, stk. 1, er opfyldt, og principperne kan derfor heller ikke fraviges ved samtykke (som udgangspunkt).⁹²

For at samtykke kan udgøre et gyldigt behandlingsgrundlag, skal samtykket være gyldigt, hvilket beskrives nærmere i det nedenstående.

3.3 Samtykkets gyldighed

Som anført ovenfor i afsnit 3.1 er samtykke efter forordningen et udtryk for, at den registrerede gives et reelt valg og kontrol over, hvorvidt vedkommendes personoplysninger skal behandles eller ej.⁹³ For at sikre, at denne kontrol ikke bliver illusorisk, stiller forordningen en række betingelser til samtykkets gyldighed.⁹⁴ Den dataansvarlige er derfor ved anmodningen om den registreredes samtykke forpligtet til at vurdere, hvorvidt samtykket vil opfylde alle betingelserne i forordningen.⁹⁵ Opfylder samtykket ikke betingelserne, kan det ikke udgøre et gyldigt behandlingsgrundlag, hvilket gør selve behandlingen ulovlig.⁹⁶ Betingelserne skal derfor ikke opfattes som en ”yderligere forpligtigelse”, men snarere som en forudsætning for, at behandlingen er lovlig.⁹⁷ Bevisbyrden for, at betingelserne er opfyldt, og der således foreligger et gyldigt samtykke til behandlingen, påhviler den dataansvarlige, jf. forordningens art. 7, stk. 1, jf. også forordningens præambelbetragtning nr. 42.⁹⁸

Nogle af de betingelser, der stilles til samtykket, findes i legaldefinitionen i forordningens art. 4, nr. 11, hvorefter samtykket skal være frivilligt, specifikt, informeret og utvetydigt.⁹⁹ Definitionen uddybes i forordningens præambelbetragtning nr. 32 og har navnlig betydning ved anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag i henhold til forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a.¹⁰⁰ Selvom forordningens art. 4, nr. 11, ikke udtrykkeligt angiver, at den registreredes samtykke skal indhentes, inden

⁹¹ Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 351 og s. 428.

⁹² EDPB, Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, Version 1.1, s. 6 og Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 126-127.

⁹³ EDPB, Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, Version 1.1, s. 5 og Datatilsynet, Vejledning om samtykke, 2021, s. 4.

⁹⁴ EDPB, Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, Version 1.1, s. 5.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ EDPB, Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, Version 1.1, s. 6.

⁹⁸ EDPB, Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, Version 1.1, s. 24.

⁹⁹ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 151.

¹⁰⁰ Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 285.

den dataansvarlige påbegynder behandlingen, er dette underforstået, hvilket understøttes af formuleringen ”har givet” i forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a.¹⁰¹

For at samtykke kan udgøre et gyldigt behandlingsgrundlag, jf. forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a, og behandlingen således er lovlig, skal samtykket derfor bl.a. være frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11. Denne frivillighedsbetingelse uddybes straks nedenfor. Derefter beskrives særligt om frivillighed i forholdet mellem en offentlig myndighed og borger.

3.3.1 Frivillighedsbetingelsen i forordningens art. 4, nr. 11

Samtykket skal være frivilligt for at være gyldigt.¹⁰² Formålet med frivillighedsbetingelsen hænger sammen med selve samtykkets formål, nemlig at give den registrerede et valg og kontrol over behandlingen af sine personoplysninger.¹⁰³ Derfor kan samtykket kun anses for at være givet frivilligt, hvis den registrerede har et reelt eller frit valg eller kan afvise eller tilbagetrække sit samtykke, uden at det er til skade for vedkommende.¹⁰⁴ Ifølge EDPB vil det f.eks. være til ”skade” for den registrerede, hvis den registrerede føler sig tvunget til at give sit samtykke, eller hvis det vil få negative konsekvenser, hvis den registrerede ikke samtykker, hvormed samtykket vil være ugyldigt.¹⁰⁵ Enhver form for upassende pres på eller påvirkning af den registrerede, der forhindrer den registrerede i at udøve sin frie vilje, vil generelt medføre, at samtykket er ugyldigt.¹⁰⁶

For at sikre, at samtykket er givet frivilligt, tager forordningen også hensyn til, om der foreligger et ulige forhold mellem den dataansvarlige og den registrerede, hvilket den dataansvarlige bør være opmærksom på.¹⁰⁷ Dette beskrives yderligere i det følgende.

3.3.2 Frivillighed i forholdet mellem en offentlig myndighed og borger

I henhold til forordningens præambelbetragtning nr. 43 bør samtykke ikke udgøre et gyldigt behandlingsgrundlag, hvis der er en klar skævhed i forholdet mellem den dataansvarlige og den registrerede. En

¹⁰¹ EDPB, Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, Version 1.1, s. 21.

¹⁰² Jf. databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 11.

¹⁰³ Datatilsynet, Vejledning om samtykke, 2021, s. 5 og Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 290.

¹⁰⁴ Jf. databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning nr. 42.

¹⁰⁵ EDPB, Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, Version 1.1, s. 8 og 13.

¹⁰⁶ EDPB, Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, Version 1.1, s. 8 og Datatilsynet, Vejledning om samtykke, 2021, s. 5.

¹⁰⁷ EDPB, Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, Version 1.1, s. 8 og Datatilsynet, Vejledning om samtykke, 2021, s. 6.

sådan ”magtubalance”, jf. EDPB’s ordvalg, kan efter EDPB’s opfattelse også opstå i andre situationer og forhold mellem den dataansvarlige og den registrerede, men præambelbetragtning nr. 43 nævner udtrykkeligt forholdet mellem en offentlig myndighed og borger som et eksempel herpå.¹⁰⁸ Det fremgår af EU-Kommissionens forslag til forordningen, at der kun vil være en skævhed herimellem, *”(...) hvis den offentlige myndighed som følge af dens relevante offentlige beføjelser kan pålægge en forpligtelse, og samtykket ikke kan skønnes at være afgivet frivilligt under hensyntagen til den registreredes interesser.”*¹⁰⁹ Forordningens præambelbetragtning nr. 43 opstiller derimod en formodning om, at samtykket ikke er frivilligt, når det gives til en offentlig myndighed, jf. ordvalget ”usandsynligt”.¹¹⁰

Både Datatilsynet og EDPB angiver, at der ofte vil være en klar skævhed/magtubalance mellem en offentlig myndighed og borger, hvorfor offentlige myndigheder nøje skal overveje anvendelsen af samtykke som behandlingsgrundlag, og hvorfor andre behandlingsgrundlag principielt er bedre egnede til myndigheders aktiviteter.¹¹¹ Som eksempel herpå nævnes, at i tilfælde, hvor borgeren ansøger om en offentlig ydelse hos myndigheden, vil borgeren oftest ikke have noget realistisk alternativ end at give samtykke til behandlingen, hvis borgeren vil have ydelsen, hvorfor samtykket ikke vil kunne anses for at være givet frivilligt.¹¹² Hertil anfører Datatilsynet, at hvis den offentlige myndigheds behandling af personoplysninger ved en sådan ansøgning *”(...) har indflydelse på borgerens livssituation – uanset om det er reelt, eller om borgeren blot opfatter det sådan – vil borgerens samtykke ikke kunne anses for frivilligt.”*¹¹³ Derfor vil frivillighedsbetingelsen ifølge Datatilsynet *”(...) alene kunne anses for opfyldt i situationer, hvor det ikke har hverken opfattede eller reelle negative konsekvenser for borgeren, hvis vedkommende undlader at give sit samtykke.”*¹¹⁴

På baggrund af ovenstående og i henhold til besvarelsen af, hvorvidt offentlige myndigheder kan anvende samtykke som grundlag for offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, er det relevant at undersøge frivillighedsbetingelsen i forholdet mellem en offentlig myndighed og borger nærmere, herunder formodningen om, at samtykket ikke er frivilligt, når det gives til en offentlig myndighed. Denne undersøgelse præsenteres nedenfor.

¹⁰⁸ EDPB, Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, Version 1.1, s. 8 og 10 og Hanne Marie Motzfeldt, Grundlæggende databeskyttelsesret, 2022, s. 139.

¹⁰⁹ Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (generel forordning om databeskyttelse), COM(2012) 11 final, s. 24.

¹¹⁰ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 153 og Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 291.

¹¹¹ EDPB, Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, Version 1.1, s. 8 og Datatilsynet, Vejledning om samtykke, 2021, s. 6.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Datatilsynet, Vejledning om offentlige myndigheders brug af kunstig intelligens – Inden I går i gang, 2023, s. 33.

¹¹⁴ Ibid.

3.4 Praksis om frivillighedsbetingelsens betydning for offentlige myndigheders anvendelse af samtykke

I dette afsnit undersøges, hvorvidt frivillighedsbetingelsen i forordningens art. 4, nr. 11, har betydning for offentlige myndigheders anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag, herunder hvorvidt den i forordningens præambelbetragtning nr. 43 opstillede formodning om, at samtykket ikke er frivilligt, når det gives til en offentlig myndighed, kan understøttes. Undersøgelsen heraf tager udgangspunkt i AUH-afgørelsen, som er baggrunden for afhandlingens problemformulering. Derudover inddrages yderligere tre afgørelser og en udtalelse fra Datatilsynet, som findes særligt relevante til at undersøge tilsynets praksis vedrørende frivillighedsbetingelsen i forordningens art. 4, nr. 11, i forholdet mellem en offentlig myndighed og borger. Endvidere inddrages en afgørelse fra IMY og en afgørelse fra EU-Domstolen, hvorefter alle afgørelser (og udtalelse) sammenfattes.

3.4.1 AUH

Datatilsynet indledte i december 2022 en sag af egen drift mod Region Midtjylland som dataansvarlig for AUH's brug af Instagram til at offentliggøre fotos af patienter.¹¹⁵ Sagen blev indledt på baggrund af en klage fra en borger vedrørende et billede af vedkommende på hospitalets Instagram-profil. Ved nærmere undersøgelse af Instagram-profilen konstaterede Datatilsynet, at der løbende var blevet offentliggjort personoplysninger om identificerbare, fysiske patienter i form af fotos, i visse tilfælde navne og oplysninger, der direkte eller indirekte udgjorde helbredsoplysninger omfattet af forordningens art. 9. Oplysningerne var bl.a. blevet delt som opslag, og Datatilsynet konstaterede ved undersøgelsen, at der var opslag med fotos af og oplysninger om patienter tilbage fra 2016.

Region Midtjylland anførte, at opslag indeholdende oplysninger om borgere, herunder patienter, blev offentliggjort med hjemmel i forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a. Samtykket blev indhentet skriftligt forud for offentliggørelsen af opslaget, og afgivelsen af samtykke påvirkede ikke den sundhedsfaglige behandling, som patienten blev tilbudt. Ved udvælgelsen af patienter blev der taget hensyn til den enkeltes fysiske helbred og overskud, ligesom patienten fik betænkningstid, inden samtykkeerklæringen blev underskrevet. Patienten fik endvidere mulighed for at godkende opslagets indhold. Derudover angav regionen, at frivillighedsbetingelsen var opfyldt, idet patienterne havde et reelt frit valg i forhold til, om de ønskede deres personoplysninger offentliggjort på Instagram, og at regionen ikke kunne

¹¹⁵ Datatilsynet, journalnummer 2023-432-0016, Hospital kan ikke bruge samtykke til at offentliggøre billeder af patienter på Instagram.

identificere et mere passende behandlingsgrundlag. Endvidere anførte regionen, at behandlingen var lovlig i henhold til forordningens art. 5, stk. 1, litra a, idet den var baseret på samtykke.

Datatilsynet anførte, at opfyldelsen af betingelserne i forordningens art. 4, nr. 11, skulle vurderes ud fra de relevante omstændigheder ved indhentelsen af samtykket, herunder skulle den registreredes situation inddrages i bl.a. vurderingen af frivillighedsbetingelsen. Hertil fandt tilsynet, at *"(...) de omstændigheder, som en patient typisk befinder sig i, når man som patient almindeligvis er i en sårbar situation, når man er indlagt eller i et behandlingsforløb på et hospital, bør tillægges betydning. Det er Datatilsynets vurdering, at en sådan sårbarhed skaber en ulighed mellem patienten og hospitalet og hospitalets personale, som kan indebære en risiko for, at patienten kan opleve at føle et pres ved en anmodning om samtykke."*¹¹⁶ Dertil vurderede tilsynet følgende:

*"Det kan endvidere påvirke patientens oplevelse af at have et reelt frit valg eller udgøre et pres for patienten, at Aarhus Universitetshospital er en offentlig myndighed, der tilbyder en sundhedsfaglig ydelse, som den registrerede har behov for."*¹¹⁷

Vedrørende offentlige myndigheders anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag anførte Datatilsynet, at i vurderingen heraf *"(...) indgår det, om den dataansvarlige og den registrerede i den konkrete situation kan anses for at være jævnbyrdige, og om den registrerede oplever at have et reelt frit valg."*¹¹⁸ Tilsynet tillagde det betydning, at:

*"(...) udgangspunktet for offentlige myndigheders behandling af personoplysninger er, at samtykke efter databeskyttelsesforordningen ikke kan anvendes som behandlingsgrundlag, som følge af det indbyggede ulige forhold mellem den dataansvarlige og den registrerede borger."*¹¹⁹

Tilsynet fandt ikke grundlag for at fravige dette udgangspunkt, *"(...) idet den dataansvarlige og den registrerede i den konkrete situation ikke kan anses for at være jævnbyrdige"*.¹²⁰ Regionens opstillede foranstaltninger vedrørende udvælgelsen af patienter, betænkningstiden og muligheden for at godkende opslagets indhold kunne ikke føre til et andet resultat. Endvidere anførte tilsynet følgende:

¹¹⁶ Datatilsynet, journalnummer 2023-432-0016, Hospital kan ikke bruge samtykke til at offentliggøre billeder af patienter på Instagram, afsnit 5.1.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibid.

”I en situation som den foreliggende er der efter Datatilsynets opfattelse skærpede krav til vurderingen af samtykke som grundlag for behandlingen af personoplysninger om patienter under henvisning til kategorien af de oplysninger, som behandlingen angår, behandlingens indgribende karakter i form af offentliggørelse og den omstændighed, at der foreligger et patientforhold. Det er herefter Datatilsynets vurdering, at betingelsen om, at et samtykke efter databeskyttelsesforordningens artikel 4, nr. 11, skal være frivilligt, derfor ikke kan anses for opfyldt.”¹²¹

Datatilsynet fandt, at Region Midtjyllands offentliggørelse af personoplysninger om patienter på AUH’s Instagram-profil ikke var i overensstemmelse med forordningens art. 9, stk. 2, litra a, og art. 6, stk. 1, litra a, jf. art. 4, nr. 11. Endvidere fandt tilsynet, at behandlingen ikke var i overensstemmelse med behandlingsprincipperne i forordningens art. 5, stk. 1. Regionen blev påbudt at slette alle fotos af identificerbare patienter på AUH’s Instagram-profil.

Afgørelsen indikerer, at *den registreredes situation* efter Datatilsynets opfattelse skal inddrages i vurderingen af, om frivillighedsbetingelsen i forordningens art. 4, nr. 11, er opfyldt. Hvis den registrerede befinder sig i en ”sårbar situation”, vil en sådan situation *i sig selv* skabe en klar skævhed mellem dataansvarlige og den registrerede, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 43, jf. ”skaber en ulighed mellem patienten og hospitalet”. Det må således kunne udledes, at det også er Datatilsynets opfattelse, at der kan opstå en klar skævhed mellem den dataansvarlige og den registrerede i flere situationer end bare i forholdet mellem en offentlig myndighed og borger, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 43, jf. EDPB’s opfattelse.¹²² Selvom Datatilsynet ikke direkte anførte det i afgørelsen, må der kunne opstilles en formodning om, at borgerne *ikke reelt* skal opleve at føle et pres ved anmodningen om samtykke, men alene *risikoen* for, at borgerne *kan* opleve at føle sig presset til at samtykke, vil efter Datatilsynets opfattelse være tilstrækkelig til at medføre, at samtykket ikke vil kunne anses for at være givet frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11, jf. ”kan indebære en risiko for, at patienten kan opleve at føle et pres”, hvormed offentlige myndigheder ikke vil kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag, jf. forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a.

Derudover indikerer afgørelsen, at det er Datatilsynet opfattelse, at såfremt en offentlig myndighed tilbyder en ydelse, som borgeren har *behov for*, i dette tilfælde en sundhedsfaglig ydelse, vil en anmodning om samtykke kunne påvirke borgerens oplevelse af at have et reelt frit valg eller udgøre et pres for borgeren, uanset at borgeren kan afvise at give samtykke, uden at det er til skade for vedkommende, jf.

¹²¹ Ibid.

¹²² Jf. afhandlingens afsnit 3.3.2.

forordningens præambelbetragtning nr. 42, jf. det af regionen anførte om, at afgivelsen af samtykke ikke påvirkede den sundhedsfaglige behandling, som patienten blev tilbudt. Der må således kunne opstilles en formodning om, at selvom offentlige myndigheders anmodning om samtykke *ikke har tilknytning til* og dermed *ikke vil påvirke* den ydelse, som borgerne får tilbudt, vil det være Datatilsynet opfattelse, at samtykket ikke vil kunne anses for at være givet frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11, idet alene *behovet for* den ydelse, som den offentlige myndighed tilbyder, vil kunne påvirke borgerens oplevelse af at have et reelt frit valg eller udgøre et pres for borgeren, hvormed offentlige myndigheder ikke vil kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag, jf. forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a.

Endvidere indikerer afgørelsen, at der efter Datatilsynets opfattelse er en *indbygget* klar skævhed i forholdet mellem en offentlig myndighed og borger, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 43, jf. ”det indbyggede ulige forhold”. Såfremt dette er tilfældet, vil en sådan opfattelse understøtte den i forordningens præambelbetragtning nr. 43 opstillede formodning om, at samtykket ikke er frivilligt, når det gives til en offentlig myndighed.¹²³ Hertil vil en sådan opfattelse bevirke, at offentlige myndigheder kun *undtagelsesvist* vil kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag efter forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a, jf. tilsynets opsætning af ”udgangspunktet” som følge af ”det indbyggede ulige forhold”. Datatilsynet nævner ikke eksempler på, hvornår offentlige myndigheder undtagelsesvist vil kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag, men det må kunne formodes, at Datatilsynet vil have *skærpede krav* til offentlige myndigheders anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag ”under henvisning til” 1) kategorien af personoplysninger, der behandles, 2) behandlingens karakter, herunder om den er indgribende og 3) selve forholdet mellem den offentlige myndighed og borgeren. Der må således kunne opstilles en formodning om, at hvis 1) der behandles følsomme oplysninger, herunder helbredsoplysninger, og 2) behandlingen sker i form af offentliggørelse, og 3) der er en klar skævhed i forholdet mellem den offentlige myndighed og borgeren, som afgørelsen indikerer vil være *indbygget*, vil offentlige myndigheder efter Datatilsynets opfattelse ikke kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag, jf. forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a, jf. art. 4, nr. 11. Hertil må det kunne formodes, at offentlige myndigheders opstillede foranstaltninger ikke umiddelbart vil kunne medføre, at Datatilsynet vil fravige det af tilsynet opstillede udgangspunkt, jf. det anførte om, at Region Midtjyllands opstillede foranstaltninger vedrørende udvælgelsen af patienter, betænkningstiden og muligheden for at godkende opslagets indhold ikke kunne føre til et andet resultat.

På baggrund af de opstillede formodninger i AUH-afgørelsen er det relevant at undersøge frivillighedsbetingelsen i forordningens art. 4, nr. 11, i forholdet mellem en offentlig myndighed og borger nærmere. Til

¹²³ Jf. afhandlingens afsnit 3.3.2.

undersøgelsen heraf inddrages Datatilsynets afgørelse om Kerteminde Kommune, som præsenteres straks nedenfor.

3.4.2 Kerteminde Kommune

I 2019 modtog Datatilsynet en klage over bl.a. Kerteminde Kommunes behandling af en speciallægeerklæring.¹²⁴ Afgørelsen er utrykt og vedlagt som bilag til afhandlingen (se Bilag 2). Sagen omhandlede, at klager i forbindelse med Kerteminde Kommunes afdækning af klagers datters situation i hjemmet blev tilbudt at deltage i VISO-udregning (Den nationale videns- og specialrådgivningsorganisation). I den anledning udarbejdede kommunen en børnefaglig undersøgelse, som skulle fremsendes til VISO. Kommunen anmodede om samtykke til at inddrage klagers jobcentersag i sagsbehandlingen, som bl.a. indeholdt en speciallægeerklæring vedrørende klager. Klager tilbagekaldte efterfølgende sit samtykke til, at kommunen måtte bruge speciallægeerklæringen fra klagers jobcentersag og fremsendte i stedet en anden speciallægeerklæring til brug for sagsbehandlingen. Kerteminde Kommune anførte, at kommunens behandling af den fremsendte speciallægeerklæring i forbindelse med VISO-udredningen skete på baggrund af klagers samtykke.

Datatilsynet anførte, at Kerteminde Kommune behandlede helbredsoplysninger omfattet af forordningens art. 9, og at der ved behandling af følsomme oplysninger tillige skulle være et behandlingsgrundlag i art. 6. Tilsynet fandt, at kommunen ikke havde opfyldt betingelserne i bl.a. forordningens art. 4, nr. 11, herunder frivillighedsbetingelsen. I forhold til frivillighedsbetingelsen lagde tilsynet vægt på, at betingelsen ikke kunne anses for at være opfyldt, *"(...) idet samtykket er anvendt til brug for kommunens udfærdigelse af en børnefaglig undersøgelse om klagers datter, og at der derfor er et klart ulige forhold mellem klager og kommunen."*¹²⁵ Kommunen kunne derfor ikke anvende samtykke som behandlingsgrundlag efter forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a. Derudover anførte tilsynet, at personoplysninger skulle behandles lovligt, rimeligt og på en gennemsigtig måde i forhold til den registrerede, jf. forordningens art. 5, stk. 1, litra a, og at den dataansvarlige var ansvarlig for opfyldelsen af bestemmelsens stk. 1, jf. bestemmelses stk. 2, *"(...) hvilket bl.a. indebærer, at den dataansvarlige skal kunne angive et lovligt grundlag for behandling."*¹²⁶ Hertil anførte tilsynet, at det påhvilede kommunen som dataansvarlig *"(...) at tage stilling til og redegøre for, med hvilken hjemmel oplysningerne om klager lovligt blev behandlet (...), jf. artikel 5, stk. 1, litra a, jf. stk. 2. Kerteminde Kommune har som nævnt – på trods af opfordring*

¹²⁴ Datatilsynet, j.nr. 2019-32-1065, Klage over behandling af personoplysninger.

¹²⁵ Datatilsynet, j.nr. 2019-32-1065, Klage over behandling af personoplysninger, afsnit 3.2.

¹²⁶ Datatilsynet, j.nr. 2019-32-1065, Klage over behandling af personoplysninger, afsnit 3.1.

hertil – ikke angivet anden hjemmel for behandling end klagers samtykke.”¹²⁷ På baggrund heraf fandt tilsynet, at kommunens behandling af oplysningerne om klager ikke var sket i overensstemmelse med forordningens art. 5, stk. 1, litra a, jf. stk. 2, art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a.

Afgørelsen understreger, at det siden 2019 har været Datatilsynets opfattelse, at dataansvarlige, der behandler følsomme oplysninger omfattet af forordningens art. 9, stk. 1, udover at skulle kunne identificere en af undtagelserne i enten bestemmelsens stk. 2, eller bestemmelser, der gennemfører forordningens art. 9, ligeledes skal kunne identificere et behandlingsgrundlag i forordningens art. 6.¹²⁸ Det må således kunne udledes, at når offentlige myndigheder behandler helbredsoplysninger om borgere, skal der være hjemmel hertil efter både forordningens art. 9, stk. 2, litra a, og art. 6, stk. 1, litra a. Derudover må der kunne opstilles en formodning om, at hvis samtykke anvendes til brug for offentlige myndigheders behandling af en ydelse til borgerne, vil der efter Datatilsynets opfattelse være en klar skævhed mellem de offentlige myndigheder og borgerne, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 43, jf. ”et klart ulige forhold”, hvorfor samtykke ikke vil kunne anvendes som behandlingsgrundlag efter forordningens art. art. 9, stk. 2, litra a, og art. 6, stk. 1, litra a, jf. forordningens art. 4, nr. 11. I et sådant tilfælde må det kunne formodes, at borgerne ikke vil have noget realistisk alternativ end at give samtykke til behandlingen, hvis borgerne vil have ydelsen, her den børnefaglige undersøgelse, hvorfor afgørelsen er i overensstemmelse med Datatilsynets og EDPB’s eksempel på, hvornår der vil være en klar skævhed i forholdet mellem en offentlig myndighed og borger. Afgørelsen understøtter således den i forordningens præambelbetragtning nr. 43 opstillede formodning om, at samtykket ikke er frivilligt, når det gives til en offentlig myndighed.¹²⁹ Endvidere understreger afgørelsen, at det ved behandling af personoplysninger ligeledes er en betingelse for behandlingens lovlighed, at behandlingsprincipperne i forordningens art. 5, stk. 1, er opfyldt, og at det er den dataansvarlige, der har ansvaret for, at principperne er opfyldt, herunder ved at fastlægge et gyldigt behandlingsgrundlag for behandlingen, jf. forordningens i art. 5, stk. 1, litra a, jf. bestemmelsens stk. 2.¹³⁰ Det må således kunne udledes, at såfremt offentlige myndigheder efter Datatilsynets vurdering ikke vil kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag efter forordningens art. 9, stk. 2, litra a, og art. 6, stk. 1, litra a, og de offentlige myndigheder ikke har angivet et andet behandlingsgrundlag, vil behandlingen også være i uoverensstemmelse med princippet i forordningens art. 5, stk. 1, litra a, jf. bestemmelsens stk. 2.

¹²⁷ Datatilsynet, j.nr. 2019-32-1065, Klage over behandling af personoplysninger, afsnit 3.2.

¹²⁸ Jf. afhandlingens afsnit 3.1.2.

¹²⁹ Jf. afhandlingens afsnit 3.3.2.

¹³⁰ Jf. afhandlingens afsnit 3.2.

Til at undersøge den opstillede formodning, inddrages Datatilsynets afgørelse om Hillerød Kommune, som præsenteres i det følgende.

3.4.3 Hillerød Kommune

Datatilsynet modtog i november 2018 en klage over Hillerød Kommunes videregivelse af personoplysninger til kommunens samarbejdspartner Integro.¹³¹ Afgørelsen er utrykt og vedlagt som bilag til afhandlingen (se Bilag 3). Sagen omhandlede, at klager var tilknyttet Jobcenteret Hillerød i et aktiveringsforløb og i den forbindelse skulle deltage i et CV-kursus hos Integro for at modtage dagpenge. Til brug for kurset videregav Hillerød Kommune oplysninger om klager til Integro. Kommunen anførte, at oplysningerne blev videregivet på baggrund af samtykke fra klager, idet der var indgået en aftale med klager om, at Jobcenter Hillerød stod for tilmeldingen til kurset hos Integro.

Efter en gennemgang af sagen fandt Datatilsynet, at klagers samtykke ikke kunne anses for at opfylde betingelserne i forordningen, herunder art. 4, nr. 11. I forhold til frivillighedsbetingelsen lagde tilsynet vægt på, at betingelsen ikke kunne anses for at være opfyldt, *"(...) idet samtykket er anvendt til brug for kommunens behandling af en ydelse til klager, og at der derfor er et klart ulige forhold mellem klager og kommunen."*¹³² Hillerød Kommune kunne derfor ikke anvende samtykke som behandlingsgrundlag efter forordningens art. 6, stk. 1, litra a.

Afgørelsen understøtter den i afgørelsen om Kerteminde Kommune opstillede formodning om, at hvis samtykke anvendes til brug for offentlige myndigheders behandling af en ydelse til borgerne, vil der efter Datatilsynets opfattelse være en klar skævhed mellem de offentlige myndigheder og borgerne, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 43, jf. "et klart ulige forhold", hvorfor samtykke ikke vil kunne anvendes som behandlingsgrundlag efter forordningens art. 6, stk. 1, litra a (og formodentligt art. 9, stk. 2, litra a), jf. forordningens art. 4, nr. 11. I et sådant tilfælde må det kunne formodes, at borgerne ikke vil have noget realistisk alternativ end at give samtykke til behandlingen, hvis borgerne vil have ydelsen, her dagpenge, hvorfor afgørelsen er i overensstemmelse med Datatilsynets og EDPB's eksempel på, hvornår der vil være en klar skævhed i forholdet mellem en offentlig myndighed og borger. Afgørelsen understøtter således den i forordningens præambelbetragtning nr. 43 opstillede formodning om, at samtykket ikke er frivilligt, når det gives til en offentlig myndighed.¹³³

¹³¹ Datatilsynet, j.nr. 2018-32-0454, Klage over Hillerød Kommunes behandling af personoplysninger om [...]

¹³² Datatilsynet, j.nr. 2018-32-0454, Klage over Hillerød Kommunes behandling af personoplysninger om [...], afsnit 3.

¹³³ Jf. afhandlingens afsnit 3.3.2.

Datatilsynet har også taget stilling til frivillighedsbetingelsen i forordningens art. 4, nr. 11, i forbindelse med tilsynets afgørelse om Aalborg Kommune, som præsenteres i det nedenstående.

3.4.4 Aalborg Kommune

Datatilsynet har i 2021 truffet afgørelse i en sag vedrørende Aalborg Kommune, som blev indledt på baggrund af en klage over Jobcenter Aalborgs videregivelse af klagers e-mailadresse i forbindelse med et online jobsøgningskursus under Covid-19.¹³⁴ Sagen omhandlede, at de ledige borgere i kommunen var forpligtet til at deltage i udbudte kurser hos jobcenteret for at have ret til at modtage dagpenge. På grund af den særlige situation med Covid-19 tilbød jobcenteret, at de ledige borgere kunne deltage i kurserne online via Teams som alternativ til fysisk fremmøde. I den forbindelse anvendte kommunen klagers e-mailadresse for at kunne invitere klager til et Teams-møde. E-mailadressen var synlig for de øvrige deltagere på mødet som følge af indretningen af Teams. Jobcenteret oplyste klager, at det ikke var muligt at sløre klagers e-mailadresse, og at klager som alternativ havde mulighed for personligt fremmøde. Aalborg Kommune anførte, at videregivelsen skete på baggrund af samtykke fra klager.

Datatilsynet vurderede, at det samtykke, som klager havde givet til brug for deltagelse i onlinekurset, ikke var frivilligt, og at betingelserne i forordningens art. 4, nr. 11, derfor ikke var opfyldt. Tilsynet lagde vægt på, at *"(...) videregivelsen af klagers e-mail adresse er sket i forbindelse med et jobsøgningskursus, hvor klagers deltagelse var en forudsætning for at modtage dagpenge, og at klager dermed ikke havde et reelt frit valg i forhold til at give samtykke til behandlingen, hvis hun ville bevare retten til dagpenge."*¹³⁵ Efter tilsynets opfattelse kunne muligheden for personligt fremmøde ikke anses for, at klager reelt havde haft et frit valg. Derfor fandt tilsynet, at kommunen ikke kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag efter forordningens art. 6, stk. 1, litra a. Herudover tilføjede tilsynet, *"(...) at offentlige myndigheder generelt skal være tilbageholdende med at anvende samtykke som behandlingsgrundlag, idet der er et ulige forhold mellem parterne, hvorfor betingelsen om, at samtykket skal være frivilligt, typisk ikke vil være opfyldt."*¹³⁶

Afgørelsen understreger, at samtykke ikke vil kunne anses for at være givet frivilligt, hvis den registrerede ikke kan afvise at give sit samtykke, uden at det er til skade for vedkommende, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 42, jf. forordningens art. 4, nr. 11, jf. "videregivelsen af klagers e-mail adresse er sket i forbindelse med et jobsøgningskursus, hvor klagers deltagelse var en forudsætning for at modtage

¹³⁴ Datatilsynet, journalnummer 2021-32-2241, Aalborg kommune får kritik for videregivelse af personoplysninger.

¹³⁵ Datatilsynet, journalnummer 2021-32-2241, Aalborg kommune får kritik for videregivelse af personoplysninger, afsnit 3.

¹³⁶ Ibid.

dagpenge”. I dette tilfælde må det kunne formodes, at klager både føler sig tvunget til at give sit samtykke, og at det vil få negative konsekvenser, hvis klager ikke samtykker, idet klager således vil miste retten til dagpenge, jf. ”hvis hun ville bevare retten til dagpenge”. Dermed må det også kunne formodes, at klager ikke vil have noget realistisk alternativ end at give samtykke til behandlingen, hvis klager vil have ydelsen, her dagpenge, hvorfor afgørelsen er i overensstemmelse med Datatilsynets og EDPB’s eksempel på, hvornår der vil være en klar skævhed i forholdet mellem en offentlig myndighed og borger. Afgørelsen understøtter således den i forordningens præambelbetragtning nr. 43 opstillede formodning om, at samtykket ikke er frivilligt, når det gives til en offentlig myndighed.¹³⁷ Derudover indikerer afgørelsen, at det er Datatilsynets opfattelse, at selvom borgerne gives mulighed for et *alternativ* til at give samtykke til behandlingen af deres personoplysninger, bevirker dette ifølge Datatilsynet ikke, at borgerne reelt har haft et frit valg, jf. det af tilsynet anførte om, at muligheden for personligt fremmøde ikke kunne anses for, at klager reelt havde haft et frit valg. Endvidere understreger afgørelsen det af Datatilsynet anførte om, at offentlige myndigheder nøje skal overveje anvendelsen af samtykke som behandlingsgrundlag, jf. ”generelt skal være tilbageholdende med at anvende samtykke som behandlingsgrundlag”.¹³⁸

På baggrund af Datatilsynets afgørelse om Aalborg Kommune, inddrages tilsynets udtalelse om STAR i undersøgelsen, som præsenteres nedenfor.

3.4.5 STAR

Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering (STAR) anmodede i maj 2022 Datatilsynet om en vurdering af spørgsmålet om kommunernes hjemmel til at bruge AI-profileringsværktøjet Asta.¹³⁹ Formålet med Asta var at foretage en maskinel analyse af, hvad en nyledig dagpengemodtagers risiko var for, at den pågældendes kontaktforløb med jobcenteret blev langvarigt. Asta estimerede dermed dagpengesagens og kontaktforløbets varighed ved at foretage en profilering af borgeren. Ved brug af Asta ville kommunerne således behandle personoplysninger, og STAR anmodede Datatilsynet om en vurdering af hjemlen hertil.

I forhold til frivillighedsbetingelsen i forordningens art. 4, nr. 11, anførte Datatilsynet, at *”ved behandling af oplysninger om den registrerede i den kontekst, som der her spørges ind til, hvor der er tale om en offentlig myndighed, og hvor den offentlige myndighed har kontrol over den registreredes forsørgelses-*

¹³⁷ Jf. afhandlingens afsnit 3.3.2.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Datatilsynet, journalnummer: 2022-212-3676, Udtalelse fra Datatilsynet: Kommuners hjemmel til AI-profileringsværktøjet Asta.

grundlag, vil et samtykke efter Datatilsynets opfattelse sjældent kunne anses for frivilligt og dermed udgøre et gyldigt behandlingsgrundlag.”¹⁴⁰ Dertil angav tilsynet følgende:

*”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.”*¹⁴¹

På baggrund heraf vurderede Datatilsynet, at samtykke efter forordningens art. 6, stk. 1, litra a, ikke kunne anvendes som behandlingsgrundlag.

Udtalelsen indikerer, at selvom borgeren kan afvise at give sit samtykke til behandlingen, uden at det er til skade for vedkommende, herunder uden at det vil få negative konsekvenser, hvis borgeren ikke samtykker, jf. ”f.eks. stop af ydelse”, og samtykket således ifølge forordningens præambelbetragtning nr. 42 vil kunne anses for at være givet frivilligt, vil alene *risikoen* for, at borgeren *kan* føle sig presset til at samtykke, medføre, at samtykket efter Datatilsynets opfattelse ikke vil kunne anses for at være givet frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11, hvormed samtykke ikke vil kunne anvendes som behandlingsgrundlag efter forordningens art. 6, stk. 1, litra a (og formodentligt art. 9, stk. 2, litra a), jf. ”idet der vil foreligge en ikke ubetydelig risiko”. Udtalelsen understøtter således den i AUH-afgørelsen opstillede formodning om, at borgerne *ikke reelt* skal opleve at føle et pres ved anmodningen om samtykke, men alene *risikoen* for, at borgerne *kan* opleve at føle sig presset til at samtykke, vil efter Datatilsynets opfattelse være tilstrækkelig til at medføre, at samtykket ikke vil kunne anses for at være givet frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11, jf. ”kan indebære en risiko for, at patienten kan opleve at føle et pres”, hvormed offentlige myndigheder ikke vil kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag, jf. forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a. Det må kunne formodes, at dette vil være tilfældet, hvis der er en risiko for, at borgerne har givet samtykke til behandlingen af deres personoplysninger ”for at undgå at fremstå besværlig eller lignende”. Derudover må det også kunne formodes, at borgeren ikke vil have noget realistisk alternativ end at give samtykke til behandlingen, her profileringen, hvis borgeren vil have ydelsen, her dagpenge, hvorfor afgørelsen er i overensstemmelse med Datatilsynets og EDPB’s eksempel på, hvornår der vil være en klar skævhed i forholdet mellem en offentlig myndighed og borger, jf. forordningens præambel-

¹⁴⁰ Datatilsynet, journalnummer: 2022-212-3676, Udtalelse fra Datatilsynet: Kommuners hjemmel til AI-profileringsværktøjet Asta, afsnit 4.

¹⁴¹ Ibid.

betragtning nr. 43. Afgørelsen understøtter således den i forordningens præambelbetragtning nr. 43 opstillede formodning om, at samtykket ikke er frivilligt, når det gives til en offentlig myndighed.¹⁴²

Indtil nu har undersøgelsen haft fokus på en række afgørelser og en udtalelse fra Datatilsynet. I det følgende præsenteres IMY's afgørelse om Gymnasieudvalget i Skellefteå kommune.

3.4.6 Gymnasieudvalget i Skellefteå kommune

IMY (dengang Datainspektionen) indledte i februar 2019 et tilsyn med Gymnasieudvalget i Skellefteå kommune.¹⁴³ Sagen omhandlede, at udvalget i en periode på tre uger havde brugt ansigtsgenkendelse til at kontrollere 22 elevers fremmøde i forbindelse med et forsøgsprojekt. Ansigtsgenkendelsen skete ved, at eleverne blev filmet med et kamera, når de gik ind i et klasselokale, hvorefter billeder fra kameraovervågningen blev sammenlignet med på forhånd registrerede billeder af de deltagende elever i forsøgsprojektet. Ved brug af ansigtsgenkendelsen blev der således behandlet biometriske data omfattet af forordningens art. 9 i form af ansigtsbilleder og oplysninger om for- og efternavn. Gymnasieudvalget anførte, at behandlingen var baseret på samtykke fra elevernes værger, og at elever, der ikke ønskede at deltage i forsøgsprojektet, havde mulighed for at blive fremmødere registreret manuelt.

IMY anførte, at et samtykkes frivillighed ikke blot skulle vurderes ud fra den valgfrihed, der herskede, jf. forordningens art. 4, nr. 11, men i henhold til forordningens præambelbetragtning nr. 43 skulle forholdet mellem den dataansvarlige og den registrerede også inddrages i vurderingen heraf, hvortil IMY tilføjede, at *"utrymmet för ett frivilligt samtycke inom det offentliga området är därför begränsat."*¹⁴⁴ Dertil angav IMY, at det inden for skoleområdet var tydeligt, at eleven var i et afhængighedsforhold til skolen i forhold til karakterer, studiestøtte, uddannelse og dermed muligheden for fremtidigt arbejde eller videreuddannelse, og idet fremmødekontrol var lovpligtig for skolen, og fremmødere registrering var af betydning for eleven, medførte et sådant afhængighedsforhold en klar skævhed imellem dem. Derfor fandt IMY, at samtykke ikke kunne anvendes som behandlingsgrundlag, og behandlingen var derfor i strid med forordningens art. 9.

Afgørelsen indikerer, at det er IMY's opfattelse, at hvis borgeren er i et *afhængighedsforhold* til den offentlige myndighed, vil der være en klar skævhed i forholdet mellem den offentlige myndighed og borgeren, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 43, hvorfor samtykke ikke vil kunne anvendes som

¹⁴² Jf. afhandlingens afsnit 3.3.2.

¹⁴³ Datainspektionen, DI-2019-2221, ansigtsgenkänning för närvarokontroll av elever.

¹⁴⁴ Datainspektionen, DI-2019-2221, ansigtsgenkänning för närvarokontroll av elever, s. 5.

behandlingsgrundlag, jf. forordningens art. 9, stk. 2, litra a (og formodentligt art. 6, stk. 1, litra a). Derudover indikerer afgørelsen, at det er IMY's opfattelse, at muligheden for frivilligt samtykke inden for det offentlige er begrænset, jf. ”utrymmet för ett frivilligt samtycke inom det offentliga området är därför begränsat.” Afgørelsen understøtter således den i forordningens præambelbetragtning nr. 43 opstillede formodning om, at samtykket ikke er frivilligt, når det gives til en offentlig myndighed.¹⁴⁵

Som afslutning på undersøgelsen inddrages EU-Domstolens afgørelse i sag C-252/21 (Meta Platforms).

3.4.7 C-252/21 Meta Platforms

I april 2021 indgav Oberlandesgericht Düsseldorf en anmodning om præjudiciel afgørelse til EU-Domstolen.¹⁴⁶ Tvisten omhandlede, at Meta Platforms (herefter Meta) i forbindelse med personaliseret markedsføring på Facebook behandlede en række personoplysninger om brugerne. Meta baserede behandlingen af oplysningerne på den brugskontrakt, som brugerne indgik ved oprettelsen af en ny profil på Facebook, hvorved de accepterede selskabets almindelige betingelser. Samtykke til disse betingelser var nødvendig for, at brugerne kunne anvende Facebook. EU-Domstolen blev af Oberlandesgericht Düsseldorf forelagt en række præjudicielle spørgsmål, hvoraf det sjette spørgsmål omhandlede, hvorvidt en brugers afgivelse af samtykke til operatøren af et socialt onlinenetværk kunne anses for at opfylde betingelserne i forordningens art. 4, nr. 11, navnlig frivillighedsbetingelsen, når operatøren havde en dominerende stilling på markedet.¹⁴⁷

EU-Domstolen anførte, at operatørens dominerende stilling på markedet ikke som sådan var til hinder for, at brugerne kunne give samtykke til operatørens behandling af deres personoplysninger, jf. forordningens art. 4, nr. 11, men at der skulle tages hensyn til den dominerende stilling i vurderingen af, om brugerens samtykke var gyldigt, navnlig frivilligt, idet en sådan dominerende stilling *”(...) kan påvirke det frie valg for denne bruger, som ikke kan afvise eller tilbagetrække sit samtykke, uden at det er til skade for den pågældende, således som det er indikeret i 42. betragtning til databeskyttelsesforordningen.”*¹⁴⁸ Dertil anførte Domstolen, at *”en sådan dominerende stilling kan endvidere skabe en klar skævhed som omhandlet i 43. betragtning til databeskyttelsesforordningen mellem den registrerede og den dataansvarlige*

¹⁴⁵ Jf. afhandlingens afsnit 3.3.2.

¹⁴⁶ C-252/21, Meta Platforms.

¹⁴⁷ C-252/21, Meta Platforms, præmis 26 og 27.

¹⁴⁸ C-252/21, Meta Platforms, præmis 147 og 148.

(...)”¹⁴⁹ Derudover bemærkede Domstolen, at det påhvilede den dataansvarlige at bevise, at den registrerede havde givet samtykke til behandlingen, jf. forordningens art. 7, stk. 1.¹⁵⁰

På baggrund af ovenstående besvarede Domstolen det sjette spørgsmål med, at operatørens dominerende stilling på markedet ikke som sådan var til hinder for, at brugerne gyldigt kunne give samtykke til operatørens behandling af deres personoplysninger, jf. forordningens art. 4, nr. 11, men at en sådan dominerende stilling var et vigtigt element med henblik på at afgøre, om samtykket faktisk var afgivet gyldigt, navnlig frivilligt, hvilket det påhvilede operatøren at påvise.¹⁵¹

EU-Domstolens afgørelse understreger, at samtykke ikke vil kunne anses for at være givet frivilligt, hvis den registrerede ikke kan afvise at give eller tilbagetrække sit samtykke, uden at det er til skade for vedkommende, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 42, jf. forordningens art. 4, nr. 11. I dette tilfælde må det kunne formodes, at brugeren både føler sig tvunget til at give sit samtykke, og at det vil få negative konsekvenser, hvis brugeren ikke samtykker, idet brugeren i så fald ikke vil kunne anvende Facebook. Derfor må det kunne udledes, at det også er EU-Domstolens opfattelse, at der kan opstå en klar skævhed mellem den dataansvarlige og den registrerede i flere situationer end bare i forholdet mellem en offentlig myndighed og borger, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 43, jf. EDPB’s opfattelse, jf. ”en sådan dominerende stilling kan endvidere skabe en klar skævhed”.¹⁵²

Afgørelsen indikerer, at *den situation*, der *kan* skabe en klar skævhed mellem den dataansvarlige og den registrerede, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 43 – i dette tilfælde den dominerende stilling – *ikke i sig selv* vil være til hinder for, at den registreredes samtykke er frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11, men vil være et vigtigt element med henblik på at afgøre, om samtykket faktisk var afgivet frivilligt, hvilket det påhviler den dataansvarlige at bevise, jf. forordningens art. 7, stk. 1. Der må således kunne opstilles en formodning om, at hvis borgerne kan afvise eller tilbagetrække sit samtykke, uden at det er til skade for dem, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 42, vil den situation, at den dataansvarlige er *en offentlig myndighed*, som *kan* skabe en skævhed i forholdet, jf. præambelbetragtning nr. 43, efter EU-Domstolens opfattelse *ikke i sig selv* være til hinder for, at borgernes samtykke er frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11, men vil være et vigtigt element med henblik på at afgøre, om samtykket faktisk var afgivet frivilligt, hvilket det påhviler de offentlige myndigheder at bevise, jf. forordningens art. 7, stk. 1. Kan offentlige myndigheder således bevise, at samtykket faktisk var afgivet frivilligt, jf. forordningens art. 7,

¹⁴⁹ C-252/21, Meta Platforms, præmis 149.

¹⁵⁰ C-252/21, Meta Platforms, præmis 152.

¹⁵¹ C-252/21, Meta Platforms, præmis 154.

¹⁵² Jf. afhandlingens afsnit 3.3.2.

stk. 1, må det kunne formodes, at samtykket vil være frivilligt, jf. art. 4, nr. 11, hvormed offentlige myndigheder vil kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag efter forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a. Denne opstillede formodning har dog for øje, at EU-Domstolen i afgørelsen ikke har taget konkret stilling til forholdet mellem en offentlig myndighed og borger, men til en skævhed, der udspringer af en privat virksomheds markedsposition.

I det nedenstående vil undersøgelsen blive sammenfattet.

3.4.8 Sammenfatning

Ovenfor er Datatilsynets afgørelser om henholdsvis AUH, Kerteminde Kommune, Hillerød Kommune og Aalborg Kommune og tilsynets udtalelse om STAR samt IMY's afgørelse om Gymnasieudvalget i Skellefteå kommune og EU-Domstolens afgørelse i sag C-252/21 (Meta Platforms) blevet inddraget i undersøgelsen af, hvorvidt frivillighedsbetingelsen i forordningens art. 4, nr. 11, har betydning for offentlige myndigheders anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag, herunder hvorvidt den i forordningens præambelbetragtning nr. 43 opstillede formodning om, at samtykket ikke er frivilligt, når det gives til en offentlig myndighed, kan understøttes.

Afgørelsen om Aalborg Kommune understregede, at samtykke ikke vil kunne anses for at være givet frivilligt, hvis borgeren ikke kan afvise at give sit samtykke, uden at det er til skade for vedkommende, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 42, jf. forordningens art. 4, nr. 11. Som modifikation hertil indikerede udtalelsen om STAR, at selvom borgeren kan afvise at give sit samtykke til behandlingen, uden at det er til skade for vedkommende, og samtykket således ifølge forordningens præambelbetragtning nr. 42 vil kunne anses for at være givet frivilligt, vil alene *risikoen* for, at borgeren *kan* føle sig presset til at samtykke, medføre, at samtykket efter Datatilsynets opfattelse ikke vil kunne anses for at være givet frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11, hvormed samtykke ikke vil kunne anvendes som behandlingsgrundlag efter forordningens art. 6, stk. 1, litra a (og formodentligt art. 9, stk. 2, litra a). Udtalelsen om STAR understøttede således den ud fra AUH-afgørelsen opstillede formodning om, at borgerne *ikke reelt* skal opleve at føle et pres ved anmodningen om samtykke, men alene *risikoen* for, at borgerne *kan* opleve at føle sig presset til at samtykke, vil efter Datatilsynets opfattelse være tilstrækkelig til at medføre, at samtykket ikke vil kunne anses for at være givet frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11, hvormed offentlige myndigheder ikke vil kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag, jf. forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a. Ud fra udtalelsen om STAR kunne det formodes, at dette vil være tilfældet, hvis der er en risiko for, at borgerne har givet samtykke til behandlingen af deres personoplysninger for at undgå at fremstå besværlig eller lignende.

Ud fra afgørelsen om Kerteminde Kommune kunne det udledes, at når offentlige myndigheder behandler helbredsoplysninger om borgere, skal der være hjemmel hertil efter både forordningens art. 9, stk. 2, litra a, og art. 6, stk. 1, litra a. Derudover kunne der opstilles en formodning om, at hvis samtykke anvendes til brug for offentlige myndigheders behandling af en ydelse til borgerne, vil der efter Datatilsynets opfattelse være en klar skævhed mellem de offentlige myndigheder og borgerne, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 43, hvorfor samtykke ikke vil kunne anvendes som behandlingsgrundlag efter forordningens art. art. 9, stk. 2, litra a, og art. 6, stk. 1, litra a, jf. forordningens art. 4, nr. 11. Denne formodning blev understøttet af afgørelsen om Hillerød Kommune. Derudover kunne det udledes af afgørelsen om Kerteminde Kommune, at såfremt offentlige myndigheder efter Datatilsynets vurdering ikke vil kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag efter forordningens art. 9, stk. 2, litra a, og art. 6, stk. 1, litra a, og de offentlige myndigheder ikke har angivet et andet behandlingsgrundlag, vil behandlingen også være i uoverensstemmelse med princippet i forordningens art. 5, stk. 1, litra a, jf. bestemmelsens stk. 2.

Ud fra AUH-afgørelsen og EU-Domstolens afgørelse i sag C-252/21 (Meta Platforms) kunne det udledes, at det også er Datatilsynets og EU-Domstolens opfattelse, at der kan opstå en klar skævhed mellem den dataansvarlige og den registrerede i flere situationer end bare i forholdet mellem en offentlig myndighed og borger, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 43, jf. EDPB's opfattelse, herunder hvis den registrerede befinder sig i en sårbar situation, eller hvis den dataansvarlige har en dominerende stilling. Både AUH-afgørelsen og afgørelsen om Kerteminde Kommune, Hillerød Kommune, Aalborg Kommune, udtalelsen om STAR samt IMY's afgørelse om Gymnasieudvalget i Skellefteå kommune understøttede den i forordningens præambelbetragtning nr. 43 opstillede formodning om, at samtykket ikke er frivilligt, når det gives til en offentlig myndighed. Alligevel kunne der ud fra EU-Domstolens afgørelse i sag C-252/21 (Meta Platforms) opstilles en formodning om, at hvis borgerne kan afvise eller tilbagetrække sit samtykke, uden at det er til skade for dem, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 42, vil den situation, at den dataansvarlige er *en offentlig myndighed*, som *kan* skabe en skævhed i forholdet, jf. præambelbetragtning nr. 43, efter EU-Domstolens opfattelse *ikke i sig selv* være til hinder for, at borgernes samtykke er frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11, men vil være et vigtigt element med henblik på at afgøre, om samtykket faktisk var afgivet frivilligt, hvilket det påhviler de offentlige myndigheder at bevise, jf. forordningens art. 7, stk. 1. Kan offentlige myndigheder således bevise, at samtykket faktisk var afgivet frivilligt, jf. forordningens art. 7, stk. 1, må det kunne formodes, at samtykket vil være frivilligt, jf. art. 4, nr. 11, hvormed offentlige myndigheder vil kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag efter forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a. Denne opstillede formodning har dog for øje, at EU-Domstolen i afgørelsen ikke har taget konkret stilling til forholdet mellem en offentlig myndighed og borger, men til en skævhed, der udspringer af en privat virksomheds markedsposition.

Ud fra AUH-afgørelsen kunne der også opstilles en formodning om, at selvom offentlige myndigheders anmodning om samtykke *ikke har tilknytning til* og dermed *ikke vil påvirke* den ydelse, som borgerne får tilbudt, vil det være Datatilsynet opfattelse, at samtykket ikke vil kunne anses for at være givet frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11, idet alene *behovet for* den ydelse, som den offentlige myndighed tilbyder, vil kunne påvirke borgerens oplevelse af at have et reelt frit valg eller udgøre et pres for borgeren, hvormed offentlige myndigheder ikke vil kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag, jf. forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a. Endvidere kunne der opstilles en formodning om, at hvis 1) der behandles følsomme oplysninger, herunder helbredsoplysninger, og 2) behandlingen sker i form af offentliggørelse, og 3) der er en klar skævhed i forholdet mellem den offentlige myndighed og borgeren, som afgørelsen indikerer vil være *indbygget*, vil offentlige myndigheder efter Datatilsynets opfattelse ikke kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag, jf. forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a, jf. art. 4, nr. 11. Disse opstillede formodninger kunne ikke umiddelbart understøttes i tilsynets øvrige praksis eller i IMY's eller EU-Domstolens praksis.

Den samlede undersøgelse indikerer således, at i forhold til, hvorvidt frivillighedsbetingelsen i forordningens art. 4, nr. 11, har betydning for offentlige myndigheders anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag, vægter Datatilsynet hensynet til beskyttelsen af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger *overvejende højere* end de offentlige myndigheders interesse i at kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag. Dette kan særligt ses i, at alene risikoen for, at borgerne kan opleve at føle sig presset til at samtykke, efter Datatilsynets opfattelse vil være tilstrækkelig til at medføre, at samtykket ikke vil kunne anses for at være givet frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11, hvormed offentlige myndigheder ikke vil kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag, jf. forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a, selvom borgerne vil kunne afvise at give sit samtykke, uden at det vil være til skade for dem, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 42. Denne vægtning må således kunne argumentere for den ud fra AUH-afgørelsen opstillede formodning om, at selvom offentlige myndigheders anmodning om samtykke ikke har tilknytning til og dermed ikke vil påvirke den ydelse, som borgerne får tilbudt, vil det være Datatilsynet opfattelse, at samtykket ikke vil kunne anses for at være givet frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11, idet alene behovet for den ydelse, som den offentlige myndighed tilbyder, vil kunne påvirke borgerens oplevelse af at have et reelt frit valg eller udgøre et pres for borgeren, hvormed offentlige myndigheder ikke vil kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag, jf. forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a. Idet Datatilsynets praksis generelt understøtter den i forordningens præambelbetragtning nr. 43 opstillede formodning om, at samtykket ikke er frivilligt, når det gives til en offentlig myndighed, må denne vægtning også kunne argumentere for den i AUH-afgørelsen opstillede formodning om, at hvis 1) der behandles følsomme oplysninger, herunder helbredsoplysninger, og 2) behandlingen sker i

form af offentliggørelse, og 3) der er en klar skævhed i forholdet mellem den offentlige myndighed og borgeren, som afgørelsen indikerer vil være *indbygget*, vil offentlige myndigheder efter Datatilsynets opfattelse ikke kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag, jf. forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a, jf. art. 4, nr. 11.

Samtidig indikerer undersøgelsen, at i forhold til, hvorvidt frivillighedsbetingelsen i forordningens art. 4, nr. 11, har betydning for offentlige myndigheders anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag, vil EU-Domstolen vægte de offentlige myndigheders og borgernes interesser *overvejende lige*, eftersom det må kunne formodes, at hvis offentlige myndigheder blot kan bevise, at samtykket faktisk var afgivet frivilligt, jf. forordningens art. 7, stk. 1, vil samtykket være frivilligt, jf. art. 4, nr. 11, hvormed offentlige myndigheder vil kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag efter forordningens art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a. Denne formodning har dog for øje, at EU-Domstolen i afgørelsen ikke har taget konkret stilling til forholdet mellem en offentlig myndighed og borger, men til en skævhed, der udspringer af en privat virksomheds markedsposition.

Kapitel 3 sammenfattes i følgende delkonklusion.

3.5 Delkonklusion

Ud fra undersøgelsen af, hvorvidt offentlige myndigheder kan anvende samtykke som grundlag for offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, kan det konkluderes:

Offentlige myndigheders centrale hjemmel til at anvende samtykke som behandlingsgrundlag findes i forordningens art. 6, stk. 1, litra a, hvorefter behandling af personoplysninger er lovlig, hvis borgerne har givet samtykke til behandlingen. Samtykke sikrer borgerne en vis kontrol over behandlingen af deres personoplysninger, uagtet at retten til beskyttelse af personoplysninger ikke er en absolut ret. Derudover kan samtykke ligeledes legitimere offentlige myndigheders behandling af den højere beskyttelse af borgernes følsomme oplysninger, herunder helbredsoplysninger, efter art. 9, stk. 2, litra a, idet behandling af følsomme oplysninger undtagelsesvist kan finde sted, hvis borgerne har givet samtykke til behandlingen. På baggrund af samspillet mellem forordningens art. 6 og 9, skal offentlige myndigheder have hjemmel efter både forordningens art. 9, stk. 2, litra a, og art. 6, stk. 1, litra a, for at kunne anvende samtykke som grundlag for offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier.

Derudover er det en betingelse for offentliggørelsens lovlighed, at behandlingsprincipperne i art. 5, stk. 1, også er opfyldt. Offentlige myndigheder har ansvaret for, at principperne er opfyldt, jf. bestemmelsens stk. 2, og derfor skal de offentlige myndigheder bl.a. fastlægge et gyldigt behandlingsgrundlag for behandlingen, jf. forordningens art. 5, stk. 1, litra a.

For at sikre, at borgernes kontrol over deres personoplysninger ikke bliver illusorisk, stiller forordningen en række betingelser til samtykkets gyldighed, for at samtykke kan udgøre et gyldigt behandlingsgrundlag, jf. forordningens art. 9, stk. 2, litra a, og art. 6, stk. 1, litra a, herunder skal samtykket være frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11. Samtykket kan kun anses for at være givet frivilligt, jf. art. 4, nr. 11, hvis borgerne har et reelt eller frit valg eller kan afvise eller tilbagetrække sit samtykke, uden at det er til skade for dem, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 42, og derudover vil enhver form for upassende pres på eller påvirkning af borgerne, der forhindrer borgerne i at udøve sin frie vilje, generelt medføre, at samtykket er ugyldigt, jf. art. 4, nr. 11. Derfor opstiller forordningens præambelbetragtning nr. 43 en formodning om, at samtykket ikke er frivilligt, når det gives til en offentlig myndighed.

På baggrund heraf blev der foretaget en undersøgelse af praksis om, hvorvidt frivillighedsbetingelsen i forordningens art. 4, nr. 11, har betydning for offentlige myndigheders anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag, herunder hvorvidt den i forordningens præambelbetragtning nr. 43 opstillede formodning om, at samtykket ikke er frivilligt, når det gives til en offentlig myndighed, kunne understøttes. Undersøgelsen indikerede, at Datatilsynet vægter hensynet til beskyttelsen af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger *overvejende højere* end de offentlige myndigheders interesse i at kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag. Endvidere indikerede undersøgelsen, at EU-Domstolen vil vægte de offentlige myndigheders og borgernes interesser *overvejende lige*, uagtet at Domstolen ikke har taget konkret stilling til forholdet mellem en offentlig myndighed og borger.

Der ses således en retstilstand, hvor offentlige myndigheder ikke vil kunne anvende samtykke som grundlag for offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier som følge af Datatilsynets højere vægtning af hensynet til beskyttelsen af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger, men hvor det ikke er udelukket, at offentlige myndigheder vil kunne anvende samtykke som grundlag for offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, når EU-Domstolen i sidste ende har taget konkret stilling hertil.

Nedenfor præsenteres det sidste af de to problemer, som afhandlingens problemformulering belyser.

4 Offentliggørelsens formål

I kapitel 3 blev det undersøgt, hvorvidt offentlige myndigheder kan anvende samtykke som grundlag for offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier. Et andet problem, som afhandlingens problemformulering belyser, er, hvorvidt offentliggørelsens formål har betydning for, at offentlige myndigheder kan offentliggøre helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, hvilket undersøges nærmere i dette kapitel. Til undersøgelsen heraf beskrives behandlingsprincipperne i forordningens art. 5, stk. 1, litra c og e, om henholdsvis dataminimering og opbevaringsbegrænsning, hvortil offentlige myndigheders opfyldelse heraf undersøges. Netop opfyldelsen af disse behandlingsprincipper findes relevante at undersøge, dels fordi disse fastlægger lovligheden af behandling af personoplysninger set i forhold til behandlingens formål, dels fordi Datatilsynet har forholdt sig til opfyldelsen af disse i AUH-afgørelsen, som er fokus for afhandlingen. Slutteligt sammenfattes kapitlet i en delkonklusion.

4.1 Praksis om offentlige myndigheders opfyldelse af forordningens art. 5, stk. 1, litra c

Ifølge forordningens præambelbetragtning nr. 39 bør personoplysninger *”(...) kun behandles, hvis formålet med behandlingen ikke med rimelighed kan opfyldes på anden måde.”*¹⁵³ I overensstemmelse hermed skal personoplysninger være tilstrækkelige, relevante og begrænset til, hvad der er nødvendigt i forhold til behandlingens formål.¹⁵⁴ Dette princip om dataminimering i forordningens art. 5, stk. 1, litra c, indebærer, at behandling af de pågældende oplysninger skal være nødvendig for at opfylde behandlingens formål; behandlingen må med andre ord ikke gå videre end, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet.¹⁵⁵ Kan formålet således opfyldes, uden at de pågældende oplysninger behandles, må behandlingen ikke finde sted.¹⁵⁶ At oplysningerne skal være nødvendige i forhold til behandlingens formål, er udtryk for, at den dataansvarliges behandling er undergivet det proportionalitetsprincip, som er med til afbalancere forordningens modsatrettede hensyn og interesser.¹⁵⁷ Formålet med princippet om dataminimering er at *bidrage til hindringen af unødvendig dataophobning*, idet en sådan dataophobning principielt altid vil

¹⁵³ Databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning nr. 39.

¹⁵⁴ Jf. databeskyttelsesforordningens art. 5, stk. 1, litra c.

¹⁵⁵ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 134 og Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 328 f.

¹⁵⁶ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 134.

¹⁵⁷ Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 328 f., og Hanne Marie Motzfeldt, Grundlæggende databeskyttelsesret, 2022, s. 116. Se også afhandlingens kapitel 2.

indebære en vis forøget risiko for f.eks. misbrug og dermed en vis forøget risiko for krænkelse af den registreredes grundlæggende rettigheder, herunder retten til beskyttelse af personoplysninger.¹⁵⁸

Det er således relevant at undersøge, hvorvidt offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier er nødvendig for at opfylde formålet med offentliggørelsen. Undersøgelsen heraf tager udgangspunkt i Datatilsynets bemærkning i AUH-afgørelsen om Region Midtjyllands opfyldelse af forordningens art. 5, stk. 1, litra c. Derudover inddrages IMY's afgørelse om Gymnasieudvalget i Skellefteå kommune og en udtalelse fra Datatilsynet om Rungsted Gymnasium.

4.1.1 AUH

I AUH-afgørelsen har Region Midtjylland redegjort for opfyldelsen af princippet om dataminimering i forordningens art. 5, stk. 1, litra c.¹⁵⁹ For sagens faktum henvises til afhandlingens afsnit 3.4.1.

Region Midtjylland oplyste, at formålet med opslagene var at informere omverdenen om hospitalets virke og rekruttere nye medarbejdere. Derudover anførte regionen, at der ikke blev behandlet flere personoplysninger end, hvad der var nødvendigt for formålet. For at begrænse behandlingen af personoplysninger var regionen opmærksom på, at der på billederne ikke indgik bl.a. skærme, journaler og patientarmbånd, som viste oplysninger om personnummer, navne eller andet. Generelt var der fokus på, at der ikke blev offentliggjort billeder af patienter i situationer, der kunne virke krænkende, grænseoverskridende eller på anden måde upassende. I forhold til proportionalitetsafvejningen mente regionen, at det burde tillægges vægt, at offentliggørelsen af oplysningerne byggede på frivillighed og samtykke. Datatilsynet bemærkede, at *"(...) et formål om at informere omverdenen om hospitalets virke og rekruttere medarbejdere kan opnås på en måde, som er mindre indgribende for de berørte personers grundlæggende rettigheder, navnlig deres ret til respekt for privatlivet og til beskyttelse af personoplysninger."*¹⁶⁰ Derfor fandt tilsynet, at regionens behandling af personoplysningerne heller ikke var i overensstemmelse med forordningens art. 5, stk. 1.

Det kan udledes, at formålet med behandlingen af personoplysninger efter Datatilsynets opfattelse kan være for indgribende i forhold til den registreredes ret til beskyttelse af personoplysninger, hvormed

¹⁵⁸ Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 335, og Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 134 og 142 f.

¹⁵⁹ Datatilsynet, journalnummer 2023-432-0016, Hospital kan ikke bruge samtykke til at offentliggøre billeder af patienter på Instagram.

¹⁶⁰ Datatilsynet, journalnummer 2023-432-0016, Hospital kan ikke bruge samtykke til at offentliggøre billeder af patienter på Instagram, afsnit 5.1.

behandlingen ikke vil kunne anses for at være i overensstemmelse med forordningens art. 5, stk. 1, litra c. Hermed understreges, at hvis formålet med behandlingen kan opfyldes, uden at de pågældende oplysninger behandles, må behandlingen ikke finde sted.¹⁶¹ Der må således kunne opstilles en formodning om, at såfremt formålet med offentliggørelsen kan opfyldes på en *mindre indgribende* måde, vil offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier ikke kunne anses for at være i overensstemmelse med princippet om dataminimering i forordningens art. 5, stk. 1, litra c, hvilket må være tilfældet, hvis formålet med offentliggørelsen er at informere omverdenen om myndighedernes virke og rekruttere medarbejdere.

For at undersøge den opstillede formodning nærmere inddrages IMY's afgørelse om Gymnasieudvalget i Skellefteå kommune.

4.1.2 Gymnasieudvalget i Skellefteå kommune

IMY, dengang Datainspektionen, har taget stilling til opfyldelsen af forordningens art. 5, stk. 1, litra c, i sin afgørelse om Gymnasieudvalget i Skellefteå kommune.¹⁶² For sagens faktum henvises til afhandlingens afsnit 3.4.6.

Gymnasieudvalget anførte, at formålet med ansigtsgenkendelsen var fremmødekontrol. Til spørgsmålet om, hvordan Gymnasieudvalget havde foretaget proportionalitetsvurderingen af behandlingen af de pågældende personoplysninger, svarede udvalget, at en sikker identifikation var vigtig for at kunne fremmødere registrere eleverne og dermed håndtere elever med højt fravær i henhold til lovgivningen. Ansigtsgenkendelsen var vurderet nødvendig for at sikre, at elevernes fremmøde blev registreret korrekt, og ansigtsgenkendelsen var en klar forbedring sammenlignet med den tidligere manuelle håndtering, som ved kontrol havde vist sig ikke altid at være korrekt. Af de forskellige alternative metoder, der blev testet, blev ansigtsgenkendelse vurderet som den metode, der bedst opfyldte kravene i lovgivningen og projektets formål. IMY vurderede, at metoden med at bruge ansigtsgenkendelse, hvormed der blev behandlet bl.a. biometriske data omfattet af forordningens art. 9, var for indgribende i elevernes integritet og for omfattende, uagtet at det drejede sig om forholdsvis få elever og en forholdsvis begrænset tidsperiode, og at et formål om fremmødekontrol kunne opnås på andre måder, som "(...) är *mindre integritetskränkande för eleverna*."¹⁶³ Derfor fandt IMY, at ansigtsgenkendelsen ikke var proportional i forhold til formålet, og at behandlingen således var i strid med forordningens art. 5.

¹⁶¹ Jf. afhandlingens afsnit 4.1.

¹⁶² Datainspektionen, DI-2019-2221, ansiktsgenkänning för närvarokontroll av elever.

¹⁶³ Datainspektionen, DI-2019-2221, ansiktsgenkänning för närvarokontroll av elever, s. 12.

IMY's afgørelse understreger, ligesom Datatilsynets AUH-afgørelse, at hvis formålet med behandlingen kan opfyldes, uden at de pågældende oplysninger behandles, må behandlingen ikke finde sted.¹⁶⁴ Derudover understøtter afgørelsen den opstillede formodning om, at såfremt formålet med offentliggørelsen kan opnås på en *mindre indgribende* måde, vil offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier ikke kunne anses for at være i overensstemmelse med princippet om dataminimering i forordningens art. 5, stk. 1, litra c. Det kan hermed udledes, at Datatilsynet og IMY fortolker forordningens art. 5, stk. 1, litra c, ens.

Til undersøgelsen af, hvorvidt offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier er nødvendig for at opfylde formålet med offentliggørelsen, inddrages yderligere Datatilsynets udtalelse om Rungsted Gymnasium, som præsenteres nedenfor.

4.1.3 Rungsted Gymnasium

Rungsted Gymnasium anmodede i oktober 2019 Datatilsynet om en udtalelse om offentliggørelsen af personoplysninger i det studieadministrative system, Lectio, på hjemmesiden www.lectio.dk.¹⁶⁵ Sagen omhandlede, at der på gymnasiets åbne side på Lectio blev offentliggjort både nuværende og tidligere læreres og elevers skemaer, hvoraf der fremgik personoplysninger, herunder oplysninger om læreres tjenestefrihed og elevers prøvetidspunkter.

Datatilsynet anførte, at Rungsted Gymnasium var dataansvarlig for offentliggørelsen af personoplysningerne på Lectio, og at oplysningerne ikke var omfattet af forordningens art. 9. Datatilsynet fandt, at offentliggørelsen af personoplysninger gik videre end, hvad der var nødvendigt i forhold til behandlingens formål, og at offentliggørelsen derfor ikke kunne rummes inden for forordningens rammer. I den forbindelse lagde tilsynet vægt på, at *"(...) åbenhed på Lectio umiddelbart ikke forfulgte sådanne formål, der i tilstrækkelig grad berettigede offentliggørelsen."*¹⁶⁶ At oplysningerne ved offentliggørelse var let tilgængelige for lærere og elever kunne ikke ændre herved. I forlængelse heraf lagde Datatilsynet vægt på, at *"(...) offentliggørelsen i et vist omfang indebar mulighed for misbrug, som følgerig kunne medføre visse risici for de registrerede."*¹⁶⁷

¹⁶⁴ Jf. afhandlingens afsnit 4.1.

¹⁶⁵ Datatilsynet, journalnummer 2018-432-0017, Ny udtalelse om offentligt tilgængelige personoplysninger på Lectio.dk.

¹⁶⁶ Datatilsynet, journalnummer 2018-432-0017, Ny udtalelse om offentligt tilgængelige personoplysninger på Lectio.dk, afsnit 4.

¹⁶⁷ Ibid.

Udtalelsen understreger, ligesom AUH-afgørelsen og IMY's afgørelse om Gymnasieudvalget i Skellefteå kommune, at hvis formålet med behandlingen kan opfyldes, uden at de pågældende oplysninger behandles, må behandlingen ikke finde sted.¹⁶⁸ Derudover indikerer udtalelsen, at det er Datatilsynets opfattelse, at selve *åbenheden* af platformen, hvorpå personoplysninger offentliggøres, medfører, at der stilles skærpede krav til nødvendigheden af offentliggørelse herpå, jf. "åbenhed på Lectio umiddelbart ikke forfulgte sådanne formål, der i tilstrækkelig grad berettigede offentliggørelsen", samt at offentliggørelsen *i sig selv* indebærer en vis forøget risiko for misbrug og dermed en vis forøget risiko for krænkelse af den registreredes ret til beskyttelse af personoplysninger, jf. "offentliggørelsen i et vist omfang indebar mulighed for misbrug, som følgelig kunne medføre visse risici for de registrerede". På baggrund heraf må det kunne udledes, at der er en formodning om, at selve *åbenheden* af sociale medier sammenholdt med, at offentliggørelsen *i sig selv* indebærer en vis forøget risiko for misbrug og dermed en vis forøget risiko for krænkelse af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger, vil medføre, at Datatilsynet stiller skærpede krav til offentlige myndigheders formål med offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier og dermed til de offentlige myndigheders opfyldelse af princippet om dataminimering i forordningens art. 5, stk. 1, litra c, af hensyn til at hindre risikoen for krænkelse af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger.

I det følgende sammenfattes resultaterne af undersøgelsen af offentlige myndigheders opfyldelse af princippet om dataminimering i forordningens art. 5, stk. 1, litra c.

4.1.4 Sammenfatning

Ovenfor er Datatilsynets afgørelse om AUH og tilsynets udtalelse om Rungsted Gymnasium samt IMY's afgørelse om Gymnasieudvalget i Skellefteå kommune blevet inddraget i undersøgelsen af, hvorvidt offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier er nødvendig for at opfylde formålet med offentliggørelsen, hvormed princippet om dataminimering i forordningens art. 5, stk. 1, litra c, vil kunne anses for opfyldt.

Ud fra AUH-afgørelsen kunne der opstilles en formodning om, at såfremt formålet med offentliggørelsen kan opfyldes på en *mindre indgribende* måde, vil offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier ikke kunne anses for at være i overensstemmelse med princippet om dataminimering i forordningens art. 5, stk. 1, litra c, hvilket må være tilfældet, hvis formålet med offentliggørelsen er at informere omverdenen om myndighedernes virke og rekruttere medarbejdere. Den

¹⁶⁸ Jf. afhandlingens afsnit 4.1.

opstillede formodning kunne understøttes af IMY's afgørelse om Gymnasieudvalget i Skellefteå kommune, hvormed det kunne udledes, at Datatilsynet og IMY fortolker forordningens art. 5, stk. 1, litra c, ens. Derudover kunne det udledes af udtalelsen om Rungsted Gymnasium, at der er en formodning om, at selve *åbenheden* af sociale medier sammenholdt med, at offentliggørelsen *i sig selv* indebærer en vis forøget risiko for misbrug og dermed en vis forøget risiko for krænkelse af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger, vil medføre, at Datatilsynet stiller skærpede krav til offentlige myndigheders formål med offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier og dermed til de offentlige myndigheders opfyldelse af princippet om dataminimering i forordningens art. 5, stk. 1, litra c, af hensyn til at hindre risikoen for krænkelse af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger.

Ud fra den samlede undersøgelse må det således kunne udledes, at såfremt formålet med offentliggørelsen kan opfyldes på en *mindre indgribende* måde, vil offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier ikke kunne anses for at være i overensstemmelse med princippet om dataminimering i forordningens art. 5, stk. 1, litra c. Hertil er der en formodning om, at selve *åbenheden* af sociale medier sammenholdt med, at offentliggørelsen *i sig selv* indebærer en vis forøget risiko for misbrug og dermed en vis forøget risiko for krænkelse af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger, vil medføre, at Datatilsynet stiller skærpede krav til offentlige myndigheders formål med offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier og dermed til de offentlige myndigheders opfyldelse af princippet om dataminimering i forordningens art. 5, stk. 1, litra c, af hensyn til at hindre risikoen for krænkelse af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger.

Undersøgelsen indikerer således, at i forhold til, hvorvidt offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier er nødvendig for at opfylde formålet med offentliggørelsen, jf. forordningens art. 5, stk. 1, litra c, vægter Datatilsynet hensynet til beskyttelsen af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger *overvejende højere* end de offentlige myndigheders interesse i at offentliggøre helbredsoplysningerne, idet formålet med offentliggørelsen ikke må kunne opfyldes på en mindre indgribende måde, og på samme tid er der en formodning om, at selve *åbenheden* af sociale medier og offentliggørelsen *i sig selv* vil medføre, at Datatilsynet stiller skærpede krav til, hvorvidt formålet med offentliggørelsen vil kunne anses for at være i overensstemmelse med art. 5, stk. 1, litra c.

Det andet behandlingsprincip i forordningens art. 5, stk. 1, der findes relevant til undersøgelsen af, hvorvidt offentliggørelsens formål har betydning for, at offentlige myndigheder kan offentliggøre helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, er princippet om opbevaringsbegrænsning i bestemmelsens litra e, som beskrives i det følgende.

4.2 Praksis om offentlige myndigheders opfyldelse af forordningens art. 5, stk. 1, litra e

Personoplysninger må ikke opbevares på en sådan måde, at det er muligt at identificere den registrerede i en længere periode, end hvad der er nødvendigt set i forhold til behandlingens formål.¹⁶⁹ Princippet om opbevaringsbegrænsning i forordningens art. 5, stk. 1, litra e, indebærer således, at personoplysninger, der ikke længere er nødvendige at opbevare for at opfylde behandlingens formål, skal slettes (eller anonymiseres).¹⁷⁰ Ifølge EDPB skal behandlingens formål være det afgørende kriterium for, hvor længe personoplysningerne opbevares.¹⁷¹ Formålet med princippet om opbevaringsbegrænsning er at sikre hindringen af unødvendig dataophobning og dermed beskytte den registreredes grundlæggende rettigheder, herunder retten til beskyttelse af personoplysninger.¹⁷² Der er således en vis sammenhæng mellem princippet om opbevaringsbegrænsning og princippet om dataminimering i forordningens art. 5, stk. 1, litra c, idet hindringen af unødvendig dataophobning navnlig kræver, at det sikres, at den registreredes personoplysninger ikke opbevares længere end strengt nødvendigt.¹⁷³ Se hertil afhandlingens afsnit 4.1.

Den dataansvarlige har ansvaret for, at personoplysninger ikke opbevares længere, end hvad der er nødvendigt for at opfylde behandlingens formål, jf. forordningens art. 5, stk. 2.¹⁷⁴ For at sikre dette, bør den dataansvarlige fastsætte slettefrister.¹⁷⁵ Den dataansvarlige kan derfor ikke vente med at slette oplysningerne til, at den registrerede protesterer over den fortsatte opbevaring af oplysningerne, men skal proaktivt forholde sig til opbevaringens relevans.¹⁷⁶ Det er Datatilsynets opfattelse, at den dataansvarlige har et vist råderum i vurderingen af, hvor længe det er nødvendigt at opbevare oplysningerne for at opfylde formålet, idet formuleringen af art. 5, stk. 1, litra e, giver dataansvarlige mulighed for at fastsætte slettefrister, ”(...) som passer til deres virksomhed, myndighed mv.”¹⁷⁷ Ifølge Datatilsynet indebærer dette råderum i vurderingen, at tilsynet ”(...) som udgangspunkt ikke vil tilsidesætte fastsatte slettefrister, som bygger på relevante og saglige overvejelser, da det jo netop er den virksomhed, myndighed mv., som

¹⁶⁹ Jf. databeskyttelsesforordningens art. 5, stk. 1, litra e.

¹⁷⁰ Bidrag fra Datatilsynet, Erfaringsindsamling i forbindelse med Justitsministeriets nationale evaluering af databeskyttelsesreglerne, april 2021, Europavalget 2020-21, EEU, Alm. del – Bilag 685, s. 33.

¹⁷¹ EDPB, Retningslinjer 4/2019 om artikel 25, Databeskyttelse gennem design og databeskyttelse gennem standardindstillinger, Version 2.0, 2020, s. 27.

¹⁷² Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, 2020, s. 335.

¹⁷³ Jf. databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning nr. 39 og Hanne Marie Motzfeldt, Grundlæggende databeskyttelsesret, 2022, s. 114.

¹⁷⁴ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 143.

¹⁷⁵ Jf. databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning nr. 39.

¹⁷⁶ Henrik Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 143.

¹⁷⁷ Bidrag fra Datatilsynet, Erfaringsindsamling i forbindelse med Justitsministeriets nationale evaluering af databeskyttelsesreglerne, april 2021, Europavalget 2020-21, EEU, Alm. del – Bilag 685, s. 33.

behandler personoplysninger, der også ved, hvor længe der et formål, som nødvendiggør behandling (f.eks. opbevaring) af personoplysninger.”¹⁷⁸

På baggrund af ovenstående er det relevant at undersøge, hvorvidt opbevaringsfrister har betydning for offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, hvor der ikke eksisterer en tidsbegrænsning for oplysningernes tilgængelighed, f.eks. når oplysningerne indgår i opslag på Instagram, som var tilfældet i AUH-afgørelsen. Til undersøgelsen heraf inddrages Datatilsynets tilføjelse i AUH-afgørelsen om Region Midtjyllands opfyldelse af forordningens art. 5, stk. 1, litra e. Derudover inddrages tilsynets konklusioner om opfyldelsen heraf i to yderligere afgørelser om henholdsvis Roskilde Katedralskole og Fødevarestyrelsen. I det følgende bruges benævnelsen ”opbevaringsfrister” om slettefrister for opbevaringen af personoplysninger, idet Datatilsynet anvender denne benævnelse herom i sin praksis.

4.2.1 AUH

Datatilsynet har som afsluttende tilføjelse i AUH-afgørelsen kommenteret på Region Midtjyllands opfyldelse af forordningens art. 5, stk. 1, litra e.¹⁷⁹ For sagens faktum henvises til afhandlingens afsnit 3.4.1.

Region Midtjylland oplyste, at forordningens art. 5, stk. 1, litra e, var iagttaget ved, at den registrerede havde mulighed for at anmode om sletning af opslaget, hvori vedkommendes oplysninger indgik. Det enkelte opslag ville således blive slettet ved en anmodning herom, og regionen havde på tidspunktet for tilsynets iværksættelse af undersøgelsen ikke taget stilling til en generel slettefrist for opslagene. Datatilsynet fandt, at regionens behandling af personoplysningerne ikke var i overensstemmelse med forordningens art. 5, stk. 1. Afslutningsvist tilføjede Datatilsynet, at *”for så vidt angår overholdelse af reglerne om opbevaring efter databeskyttelsesforordningens artikel 5, stk. 1, litra e, skal Datatilsynet opfordre til, at Region Midtjylland generelt er opmærksom herpå, således at der fastsættes generelle frister for opbevaring af personoplysninger (...)”¹⁸⁰*

Datatilsynets tilføjelse understreger, at det har betydning for opfyldelsen af forordningens art. 5, stk. 1, litra e, at den dataansvarlige har fastsat opbevaringsfrister for personoplysningerne, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 39, og at den dataansvarlige derfor ikke blot kan vente med at slette oplysning-

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Datatilsynet, journalnummer 2023-432-0016, Hospital kan ikke bruge samtykke til at offentliggøre billeder af patienter på Instagram.

¹⁸⁰ Datatilsynet, journalnummer 2023-432-0016, Hospital kan ikke bruge samtykke til at offentliggøre billeder af patienter på Instagram, afsnit 5.3.

erne til, at den registrerede protesterer over den fortsatte opbevaring af disse.¹⁸¹ Det må således kunne udledes, at det efter Datatilsynets opfattelse ikke er tilstrækkeligt for opfyldelsen af forordningens art. 5, stk. 1, litra e, at helbredsoplysninger om borgere på sociale medier først slettes ved den enkelte borgers anmodning herom, men at det har betydning for opfyldelsen, at offentlige myndigheder proaktivt har forholdt sig til, hvor længe det er nødvendigt at opbevare helbredsoplysningerne for at opfylde offentliggørelsens formål og på baggrund heraf har fastsat opbevaringsfrister for oplysningerne, jf. også forordningens præambelbetragtning nr. 39.

Med udgangspunkt i Datatilsynets tilføjelse om opbevaringsfristers betydning for Region Midtjyllands opfyldelse af forordningens art. 5, stk. 1, litra e, findes det relevant at undersøge, hvornår offentlige myndigheders fastsættelse af opbevaringsfrister ifølge tilsynet bygger på relevante og saglige overvejelser, samt hvor lange fristerne må være, for at tilsynet kan anse forordningens art. 5, stk. 1, litra e, for opfyldt. Dette er afgørelsen om Roskilde Katedralskole med til at belyse, hvilket uddybes i det nedenstående sammen med en præsentation af afgørelsen.

4.2.2 Roskilde Katedralskole

Datatilsynet indledte i februar 2023 en sag af egen drift mod Roskilde Katedralskole vedrørende gymnasiets behandling af personoplysninger i forbindelse med brug af softwarebaseret eksamensovervågning.¹⁸² Fokus for sagen var bl.a. gymnasiets iagttagelse af reglerne om opbevaringsbegrænsning i forordningens art. 5, stk. 1, litra e. Gymnasiet anvendte programmet ExamCookie, som kunne registrere elevernes computeraktivitet. Ved brug af ExamCookie blev der behandlet personoplysninger i form af registreringsdata og eksamensdata, som blev indsamlet fra elevernes computer under prøven. Formålet med gymnasiets brug af den softwarebaserede eksamensovervågning var at opdage og forebygge eksamenssnyd.

Vedrørende spørgsmålet om opbevaringsbegrænsning anførte Roskilde Katedralskole, at gymnasiet fastsatte en opbevaringsfrist for personoplysningerne på 30 dage, hvorefter oplysningerne blev slettet. Gymnasiet vurderede fristen på 30 dage til at være den kortest mulige periode, inden for hvilken gymnasiet kunne nå at gennemgå de indsamlede oplysninger. I særlige tilfælde, f.eks. ved mistanke om snyd, kunne oplysningerne opbevares i op til tre måneder. Datatilsynet fandt, at Roskilde Katedralskoles opbevaring af oplysninger var i overensstemmelse med forordningens art. 5, stk. 1, litra e, hvor tilsynet lagde vægt

¹⁸¹ Jf. afhandlingens afsnit 4.2.

¹⁸² Datatilsynet, journalnummer 2023-421-0019, Kritik af gymnasiums brug af eksamensovervågningssoftware.

på, at "(...) gymnasiet har foretaget en vurdering af, hvor længe det er relevant at opbevare de omhandlede oplysninger i lyset af formålet med behandlingen, og at der ikke ses at være omstændigheder, der giver grundlag for at tilsidesætte den fastsatte opbevaringsfrist."¹⁸³

Afgørelsen understøtter det, som kunne udledes af AUH-afgørelsen, nemlig at det efter Datatilsynets opfattelse ikke er tilstrækkeligt for opfyldelsen af forordningens art. 5, stk. 1, litra e, at helbredsoplysninger om borgere på sociale medier først slettes ved den enkelte borgers anmodning herom, men at det har betydning for opfyldelsen, at offentlige myndigheder proaktivt har forholdt sig til, hvor længe det er nødvendigt at opbevare helbredsoplysningerne for at opfylde offentliggørelsens formål, jf. "gymnasiet har foretaget en vurdering af, hvor længe det er relevant at opbevare de omhandlede oplysninger i lyset af formålet med behandlingen", og på baggrund heraf har fastsat opbevaringsfrister for oplysningerne, jf. også forordningens præambelbetragtning nr. 39. Selvom Datatilsynet ikke anførte det direkte i afgørelsen, må det kunne formodes, at gymnasiets vurdering af, at opbevaringsfristen på 30 dage (og i særlige tilfælde tre måneder) var nødvendig for at opfylde formålet om at opdage og forebygge eksamenssnyd, efter Datatilsynets opfattelse byggede på relevante og saglige overvejelser, hvorfor afgørelsen understøtter påstanden om, at Datatilsynet som udgangspunkt ikke tilsidesætter fastsatte opbevaringsfrister, som bygger på relevante og saglige overvejelser.¹⁸⁴ Der må således kunne opstilles en formodning om, at hvis offentlige myndigheder har vurderet, hvor længe det er nødvendigt at opbevare helbredsoplysninger om borgere på sociale medier for at opfylde offentliggørelsens formål, og på baggrund heraf har fastsat opbevaringsfrister for oplysningerne, vil Datatilsynet ikke tilsidesætte de fastsatte frister, såfremt fristerne bygger på relevante og saglige overvejelser, hvormed opbevaringen af oplysningerne vil kunne anses for at være i overensstemmelse med forordningens art. 5, stk. 1, litra e.

Denne opstillede formodning og betydningen af opbevaringsfristens længde undersøges nærmere i det følgende, hvor Datatilsynets afgørelse om Fødevarestyrelsen inddrages og præsenteres.

4.2.3 Fødevarestyrelsen

Datatilsynet indledte i efteråret 2019 et tilsyn med Fødevarestyrelsen.¹⁸⁵ Tilsynet fokuserede bl.a. på styrelsens opbevaring af personoplysninger, som var indsamlet i forbindelse med rekruttering, og som

¹⁸³ Datatilsynet, journalnummer 2023-421-0019, Kritik af gymnasiums brug af eksamensovervågningssoftware, afsnit 3.3.

¹⁸⁴ Jf. afhandlingens afsnit 4.2.

¹⁸⁵ Datatilsynet, journalnummer 2019-421-0033, Fødevarestyrelsens behandling af personoplysninger i forbindelse med rekruttering.

vedrørte ansøgere, der ikke var blevet tilbudt en stilling efter endt rekrutteringsforløb, jf. forordningens art. 5, stk. 1, litra e.

Fødevarestyrelsen oplyste, at formålet med opbevaringen af personoplysninger om ansøgere, der ikke var blevet ansat, var *”(...) at kunne dokumentere forløbet af rekrutteringsprocessen i tilfælde af, at styrelsen f.eks. bliver mødt med indsigelser om diskrimination.”*¹⁸⁶ De oplysninger, som styrelsen opbevarede om ansøgere, var bl.a. følsomme oplysninger omfattet af forordningens art. 9 og blev opbevaret i 24 måneder efter påbegyndt rekrutteringsforløb, hvorefter oplysningerne automatisk blev slettet fra HR-systemet. I forbindelse med fastsættelsen af opbevaringsfristen havde styrelsen vurderet, at opbevaringen i 24 måneder efter påbegyndt rekrutteringsforløb var nødvendig, hvis styrelsen skulle kunne dokumentere et rekrutteringsforløb ved eventuelle indsigelser om diskrimination. Datatilsynet fandt ikke grundlag for at tilsidesætte Fødevarestyrelsens vurdering. I den forbindelse lagde Datatilsynet vægt på, at perioden på 24 måneder fremstod saglig, og at formålet med opbevaringen *”(...) til dels må antages at varetage de registreredes egne interesser.”*¹⁸⁷ På baggrund heraf var det Datatilsynets vurdering, at den fastsatte opbevaringsfrist på 24 måneder var i overensstemmelse med princippet om opbevaringsbegrænsning i forordningens art. 5, stk. 1, litra e.

Afgørelsen er et direkte eksempel på, at Datatilsynet som udgangspunkt ikke tilsidesætter fastsatte slettefrister, som bygger på relevante og saglige overvejelser, jf. det af tilsynet anførte om, at perioden på 24 måneder fremstod saglig.¹⁸⁸ Derudover understøtter afgørelsen den opstillede formodning om, at hvis offentlige myndigheder har vurderet, hvor længe det er nødvendigt at opbevare helbredsoplysninger om borgere på sociale medier for at opfylde offentlighedslovens formål, og på baggrund heraf har fastsat opbevaringsfrister for oplysningerne, vil Datatilsynet ikke tilsidesætte de fastsatte frister, såfremt fristerne bygger på relevante og saglige overvejelser, hvormed opbevaringen af oplysningerne vil kunne anses for at være i overensstemmelse med forordningens art. 5, stk. 1, litra e. Endvidere indikerer afgørelsen, at længden af fastsatte opbevaringsfrister, i dette tilfælde 24 måneder, *ikke i sig selv* har betydning for, hvorvidt Datatilsynet vil kunne anse opbevaringen for at være i overensstemmelse med art. 5, stk. 1, litra e, såfremt fristen bygger på relevante og saglige overvejelser. Dog kan der være en formodning om, at selve længden kun er underordnet, såfremt formålet med behandlingen kan antages at varetage *både* den dataansvarliges og den registreredes interesser, jf. *”til dels må antages at varetage de registreredes egne interesser”*, hvilket må kunne formodes at være tilfældet, hvis formålet med opbevaringen er at

¹⁸⁶ Datatilsynet, journalnummer 2019-421-0033, Fødevarestyrelsens behandling af personoplysninger i forbindelse med rekruttering, afsnit 3.1.

¹⁸⁷ Datatilsynet, journalnummer 2019-421-0033, Fødevarestyrelsens behandling af personoplysninger i forbindelse med rekruttering, afsnit 4.2.

¹⁸⁸ Jf. afhandlingens afsnit 4.2.

dokumentere, hvorvidt der er sket en krænkelse af den registreredes grundlæggende rettigheder, f.eks. under et rekrutteringsforløb. Det må således kunne udledes, at længden af de opbevaringsfrister, som offentlige myndigheder fastsætter for helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, *ikke i sig selv* har betydning for, hvorvidt Datatilsynet vil kunne anse opbevaringen for at være i overensstemmelse med art. 5, stk. 1, litra e, såfremt fristen bygger på relevante og saglige overvejelser, men at der samtidig kan opstilles en formodning om, at længden af fristerne kun er underordnet, såfremt formålet med offentliggørelsen kan antages at varetage *både* de offentlige myndigheders og borgernes interesser.

Nedenfor sammenfattes resultaterne af undersøgelsen af offentlige myndigheders opfyldelse af princippet om opbevaringsbegrænsning i forordningens art. 5, stk. 1, litra e.

4.2.4 Sammenfatning

I det ovenstående er Datatilsynets afgørelser om henholdsvis AUH, Roskilde Katedralskole og Fødevarestyrelsen blevet inddraget i undersøgelsen af, hvorvidt opbevaringsfrister har betydning for offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, hvor der ikke eksisterer en tidsbegrænsning for oplysningernes tilgængelighed, f.eks. når oplysningerne indgår i opslag på Instagram, som var tilfældet i AUH-afgørelsen, og dermed for opfyldelsen af princippet om opbevaringsbegrænsning i forordningens art. 5, stk. 1, litra e.

Ud fra AUH-afgørelsen, og med støtte i afgørelsen om Roskilde Katedralskole, kunne det udledes, at det efter Datatilsynets opfattelse ikke er tilstrækkeligt for opfyldelsen af forordningens art. 5, stk. 1, litra e, at helbredsoplysninger om borgere på sociale medier først slettes ved den enkelte borgers anmodning herom, men at det har betydning for opfyldelsen, at offentlige myndigheder proaktivt har forholdt sig til, hvor længe det er nødvendigt at opbevare helbredsoplysningerne for at opfylde offentliggørelsens formål og på baggrund heraf har fastsat opbevaringsfrister for oplysningerne, jf. også forordningens præambelbetragtning nr. 39. Derudover kunne der ud fra afgørelsen om Roskilde Katedralskole opstilles en formodning om, at hvis offentlige myndigheder har vurderet, hvor længe det er nødvendigt at opbevare helbredsoplysninger om borgere på sociale medier for at opfylde offentliggørelsens formål, og på baggrund heraf har fastsat opbevaringsfrister for oplysningerne, vil Datatilsynet ikke tilsidesætte de fastsatte frister, såfremt fristerne bygger på relevante og saglige overvejelser, hvormed opbevaringen af oplysningerne vil kunne anses for at være i overensstemmelse med forordningens art. 5, stk. 1, litra e. Denne formodning blev understøttet af afgørelsen om Fødevarestyrelsen, hvoraf det også kunne udledes, at længden af de opbevaringsfrister, som offentlige myndigheder fastsætter for helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, *ikke i sig selv* har betydning for, hvorvidt Datatilsynet vil kunne anse opbevaringen for at være

i overensstemmelse med art. 5, stk. 1, litra e, såfremt fristen bygger på relevante og saglige overvejelser, men at der samtidig kan opstilles en formodning om, at længden af fristerne kun er underordnet, såfremt formålet med offentliggørelsen kan antages at varetage *både* de offentlige myndigheders og borgernes interesser.

Det må således ud fra den samlede undersøgelse kunne udledes, at hvis offentlige myndigheder har vurderet, hvor længe det er nødvendigt at opbevare helbredsoplysninger om borgere på sociale medier for at opfylde offentliggørelsens formål, og på baggrund heraf har fastsat opbevaringsfrister for oplysningerne, vil Datatilsynet ikke tilsidesætte de fastsatte frister, såfremt fristerne bygger på relevante og saglige overvejelser, hvormed opbevaringen af oplysningerne vil kunne anses for at være i overensstemmelse med forordningens art. 5, stk. 1, litra e. Herudover må det også kunne udledes, at længden af de opbevaringsfrister, som offentlige myndigheder fastsætter for helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, ikke i sig selv har betydning for, hvorvidt Datatilsynet vil kunne anse opbevaringen for at være i overensstemmelse med art. 5, stk. 1, litra e, såfremt fristen bygger på relevante og saglige overvejelser, men at der samtidig kan opstilles en formodning om, at længden af fristerne kun er underordnet, såfremt formålet med offentliggørelsen kan antages at varetage både de offentlige myndigheders og borgernes interesser.

Undersøgelsen indikerer således, at i forhold til, hvorvidt opbevaringsfrister har betydning for offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, vægter Datatilsynet de offentlige myndigheders og borgernes interesser *overvejende lige*, idet offentlige myndigheder på den ene side skal fastsætte opbevaringsfrister for at sikre hindringen af unødvendig dataophobning og dermed beskytte den registreredes ret til beskyttelse af personoplysninger, men på den anden side har længden af de fastsatte opbevaringsfrister ikke i sig selv betydning for, hvorvidt Datatilsynet vil kunne anse opbevaringen for at være i overensstemmelse med art. 5, stk. 1, litra e. Dog skal fristen bygge på relevante og saglige overvejelser, og der kan være en formodning om, at længden af fristerne kun er underordnet, såfremt formålet med offentliggørelsen kan antages at varetage både de offentlige myndigheders og borgernes interesser.

I følgende delkonklusion sammenfattes kapitel 4.

4.3 Delkonklusion

Ud fra undersøgelsen af, hvorvidt offentliggørelsens formål har betydning for, at offentlige myndigheder kan offentliggøre helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, kan det konkluderes:

Princippet om dataminimering i forordningens art. 5, stk. 1, litra c, indebærer, at offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier skal være nødvendig for at opfylde offentliggørelsens formål. Formålet med princippet om dataminimering er at *bidrage til* hindringen af unødvendig dataophobning, idet en sådan dataophobning principielt altid vil indebære en vis forøget risiko for f.eks. misbrug og dermed en vis forøget risiko for krænkelse af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger. På baggrund heraf blev der foretaget en undersøgelse af, hvorvidt offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier er nødvendig for at opfylde formålet med offentliggørelsen. Undersøgelsen indikerede, at Datatilsynet vægter hensynet til beskyttelsen af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger *overvejende højere* end de offentlige myndigheders interesse i at kunne offentliggøre helbredsoplysningerne.

Princippet om opbevaringsbegrænsning i forordningens art. 5, stk. 1, litra e, indebærer, at helbredsoplysninger, der ikke længere er nødvendige for offentlige myndigheder at opbevare for at opfylde offentliggørelsens formål, skal slettes. Formålet med princippet om opbevaringsbegrænsning er at *sikre* hindringen af unødvendig dataophobning og dermed beskytte borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger. For at sikre sletningen, bør offentlige myndigheder fastsætte opbevaringsfrister, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 39. På baggrund heraf blev der foretaget en undersøgelse af, hvorvidt opbevaringsfrister har betydning for offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier. Undersøgelsen indikerede, at Datatilsynet vægter de offentlige myndigheders og borgernes interesser *overvejende lige*.

Der ses således en retstilstand, hvor offentliggørelsens formål vil have betydning for, at offentlige myndigheder kan offentliggøre helbredsoplysninger om borgere på sociale medier som følge af særligt Datatilsynets højere vægtning af hensynet til beskyttelsen af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger i forhold til princippet om dataminimering i forordningens art. 5, stk. 1, litra c.

5 Diskussion om offentlige myndigheders mulighed for at anvende samtykke som behandlingsgrundlag

I kapitel 3 kunne det konkluderes, at der ses en retstilstand, hvor offentlige myndigheder ikke vil kunne anvende samtykke som grundlag for offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier. Som det uddybes i det følgende, er det efter EDPB's – og tilsynets egen – opfattelse ikke fuldstændig umuligt for offentlige myndigheder at anvende samtykke som behandlingsgrundlag. I nærværende kapitel diskuteres således Datatilsynets konklusion om frivillighedsbetingelsen i forordningens art. 4, nr. 11, i AUH-afgørelsen og det af EDPB og tilsynet anførte i henholdsvis deres retningslinjer og vejledning, herunder diskuteres dette ud fra vægtningen af de modsatrettede hensyn og interesser i forordningen og samtykkets formål.

EDPB angiver i sine retningslinjer vedrørende samtykke, at offentlige myndigheders anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag ikke er fuldstændig udelukket i henhold til forordningen.¹⁸⁹ I tilknytning hertil giver EDPB eksempler på situationer, hvor offentlige myndigheders anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag kan være hensigtsmæssig, herunder følgende eksempel 4:

*En offentlig skole anmoder de studerende om samtykke til, at deres billeder bliver brugt i et trykt studentterblad. Samtykke vil i disse situationer være et reelt valg, så længe de studerende ikke nægtes undervisning eller andre tjenester og kan afvise anvendelsen af disse billeder, uden at det er til skade for dem.*¹⁹⁰

Eksemplet illustrerer, at offentlige myndigheders anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag ikke er udelukket i situationer, hvor borgerne kan afvise at give sit samtykke, uden at det er til skade for dem, jf. også forordningens præambelbetragtning nr. 42, hvilket ifølge eksemplet vil være tilfældet, hvis borgerne afvisning af samtykke er *uden betydning for den ydelse*, som borgerne modtager fra den offentlige myndighed. I et sådant tilfælde vil samtykket således efter EDPB's opfattelse være et reelt valg og dermed kunne anses for at være givet frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11. Ligeledes angiver Datatilsynet i sin vejledning om samtykke, at:

¹⁸⁹ EDPB, Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, Version 1.1, 2020, s. 8.

¹⁹⁰ EDPB, Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, Version 1.1, 2020, s. 9.

”I visse situationer, hvor borgerens afvisning af at give samtykke er uden betydning for myndighedens sagsbehandling af en ydelse eller tilladelse til borgeren, vil behandling imidlertid kunne ske på grundlag af samtykke.”¹⁹¹

Herefter er det ligeledes Datatilsynets opfattelse, at i situationer, hvor borgernes afvisning af samtykke er *uden betydning for den ydelse*, som borgerne modtager fra den offentlige myndighed, vil offentlige myndigheder kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag.

Ud fra ovenstående er EDPB og Datatilsynet umiddelbart enige i, at i sådanne situationer vil samtykket kunne anses for at være givet frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11, hvormed offentlige myndigheder vil kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag. Sammenlignes ovenstående med AUH-afgørelsen, er det således interessant, at Datatilsynet vurderede, at det kunne påvirke patientens oplevelse af at have et reelt frit valg eller udgøre et pres for patienten, at AUH var en offentlig myndighed, der tilbød en sundhedsfaglig ydelse, som patienten havde behov for, når Region Midtjylland anførte, at afgivelsen af samtykke ikke påvirkede den sundhedsfaglige behandling, som patienten blev tilbudt. Set i forhold til EDPB's eksempel ovenfor må det kunne formodes, at de studerende også har behov for undervisning fra den offentlige skole i forhold til muligheden for uddannelse, men alligevel vil den offentlige skole efter EDPB's opfattelse godt kunne anmode om samtykke til *en særskilt behandling* af de studerendes personoplysninger, idet de studerendes samtykke i en sådan situation vil være et reelt valg. I AUH-afgørelsen kunne AUH ikke anmode om samtykke til at offentliggøre personoplysninger, herunder helbredsoplysninger, om patienter på Instagram, som ellers er *en særskilt behandling* af patienternes personoplysninger i forhold til *den sundhedsfaglige ydelse* i form af behandling, som patienterne blev tilbudt og havde behov for. Denne konklusion er særlig bemærkelsesværdig, idet Datatilsynet både i sin vejledning om samtykke og i AUH-afgørelsen henviser til EDPB's vejledning om samtykke.¹⁹²

Der er således en uoverensstemmelse mellem Datatilsynets AUH-afgørelse og tilsynets egen vejledning samt EDPB's retningslinjer, hvilket også indikerer, at balancen mellem hensynet til borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger og de offentlige myndigheders interesser *vægtes forskelligt* i forhold til offentlige myndigheders mulighed for at anvende samtykke som behandlingsgrundlag. Dette ses i, at Datatilsynet således i AUH-afgørelsen har vægtet hensynet til beskyttelsen af patienternes ret til beskyttelse af personoplysninger *højere* end Region Midtjyllands, herunder AUH's, interesser i at offentliggøre helbredsoplysningerne, hvorimod tilsynets vejledning samt EDPB's retningslinjer snarere er et udtryk for en

¹⁹¹ Datatilsynet, Vejledning om samtykke, 2021, s. 6.

¹⁹² Datatilsynet, Vejledning om samtykke, 2021, s. 3 og Datatilsynet, journalnummer 2023-432-0016, Hospital kan ikke bruge samtykke til at offentliggøre billeder af patienter på Instagram, afsnit 4.1.

afbalancering heraf, idet offentlige myndigheder *gives muligheden for* at kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag – bare ikke i situationer, hvor borgerne ikke vil have et reelt valg, eller hvis borgernes afvisning af at give samtykke vil være *til skade* for dem, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 42, jf. forordningens art. 4, nr. 11.

Samtidig burde det tale for, at offentlige myndigheder *har* mulighed for at anvende samtykke som behandlingsgrundlag, at formålet med samtykket – og formålet med frivillighedsbetingelsen i forordningens art. 4, nr. 11 – er at give borgerne *et valg og kontrol* over behandlingen af deres personoplysninger.¹⁹³ Når patientens samtykke i AUH-afgørelsen således ikke kunne anses for at være givet frivilligt, selvom samtykket vedrørte en særskilt behandling af patientens personoplysninger, er dette med til at *hindre*, at borgerne sikres en vis kontrol over behandlingen af deres personoplysninger, hvortil det også underminerer borgernes *selvbestemmelse*.¹⁹⁴ Det må således kunne siges, at Datatilsynet i sin praksis *til en vis grad* vægter hensynet til beskyttelsen af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger *for højt*. Omvendt er det vigtigt, at hensynet til borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger sikres en *vis vægtning*, idet forordningen har *til formål* at sikre beskyttelsen heraf.¹⁹⁵

6 Konklusion

Afhandlingens problemformulering belyser to problemer, der udspringer af offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier på baggrund af samtykke.

Ud fra undersøgelsen af, hvorvidt offentlige myndigheder kan anvende samtykke som grundlag for offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, kan det konkluderes:

Offentlige myndigheders centrale hjemmel til at anvende samtykke som behandlingsgrundlag findes i forordningens art. 6, stk. 1, litra a, hvorefter behandling af personoplysninger er lovlig, hvis borgerne har givet samtykke til behandlingen. Samtykke sikrer borgerne en vis kontrol over behandlingen af deres personoplysninger, uagtet at retten til beskyttelse af personoplysninger ikke er en absolut ret. Derudover kan samtykke ligeledes legitimere offentlige myndigheders behandling af den højere beskyttelse af borgernes følsomme oplysninger, herunder helbredsoplysninger, efter art. 9, stk. 2, litra a, idet behandling af følsomme oplysninger undtagelsesvist kan finde sted, hvis borgerne har givet samtykke til behandlingen. På baggrund af samspillet mellem forordningens art. 6 og 9, skal offentlige myndigheder have hjemmel efter

¹⁹³ Jf. afhandlingens afsnit 3.3.1.

¹⁹⁴ Jf. afhandlingens afsnit 3.1.

¹⁹⁵ Jf. afhandlingens kapitel 3.

både forordningens art. 9, stk. 2, litra a, og art. 6, stk. 1, litra a, for at kunne anvende samtykke som grundlag for offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier.

Derudover er det en betingelse for offentliggørelsens lovlighed, at behandlingsprincipperne i art. 5, stk. 1, også er opfyldt. Offentlige myndigheder har ansvaret for, at principperne er opfyldt, jf. bestemmelsens stk. 2, og derfor skal de offentlige myndigheder bl.a. fastlægge et gyldigt behandlingsgrundlag for behandlingen, jf. forordningens art. 5, stk. 1, litra a.

For at sikre, at borgernes kontrol over deres personoplysninger ikke bliver illusorisk, stiller forordningen en række betingelser til samtykkets gyldighed, for at samtykke kan udgøre et gyldigt behandlingsgrundlag, jf. forordningens art. 9, stk. 2, litra a, og art. 6, stk. 1, litra a, herunder skal samtykket være frivilligt, jf. forordningens art. 4, nr. 11. Samtykket kan kun anses for at være givet frivilligt, jf. art. 4, nr. 11, hvis borgerne har et reelt eller frit valg eller kan afvise eller tilbagetrække sit samtykke, uden at det er til skade for dem, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 42, og derudover vil enhver form for upassende pres på eller påvirkning af borgerne, der forhindrer borgerne i at udøve sin frie vilje, generelt medføre, at samtykket er ugyldigt, jf. art. 4, nr. 11. Derfor opstiller forordningens præambelbetragtning nr. 43 en formodning om, at samtykket ikke er frivilligt, når det gives til en offentlig myndighed.

På baggrund heraf blev der foretaget en undersøgelse af praksis om, hvorvidt frivillighedsbetingelsen i forordningens art. 4, nr. 11, har betydning for offentlige myndigheders anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag, herunder hvorvidt den i forordningens præambelbetragtning nr. 43 opstillede formodning om, at samtykket ikke er frivilligt, når det gives til en offentlig myndighed, kunne understøttes. Undersøgelsen indikerede, at Datatilsynet vægter hensynet til beskyttelsen af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger *overvejende højere* end de offentlige myndigheders interesse i at kunne anvende samtykke som behandlingsgrundlag. Endvidere indikerede undersøgelsen, at EU-Domstolen vil vægte de offentlige myndigheders og borgernes interesser *overvejende lige*, uagtet at Domstolen ikke har taget konkret stilling til forholdet mellem en offentlig myndighed og borger.

Der ses således en retstilstand, hvor offentlige myndigheder ikke vil kunne anvende samtykke som grundlag for offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier som følge af Datatilsynets højere vægtning af hensynet til beskyttelsen af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger, men hvor det ikke er udelukket, at offentlige myndigheder vil kunne anvende samtykke som grundlag for offentliggørelsen af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, når EU-Domstolen i sidste ende har taget konkret stilling hertil.

Ud fra undersøgelsen af, hvorvidt offentliggørelsens formål har betydning for, at offentlige myndigheder kan offentliggøre helbredsoplysninger om borgere på sociale medier, kan det konkluderes:

Princippet om dataminimering i forordningens art. 5, stk. 1, litra c, indebærer, at offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier skal være nødvendig for at opfylde offentliggørelsens formål. Formålet med princippet om dataminimering er at *bidrage til* hindringen af unødvendig dataophobning, idet en sådan dataophobning principielt altid vil indebære en vis forøget risiko for f.eks. misbrug og dermed en vis forøget risiko for krænkelse af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger. På baggrund heraf blev der foretaget en undersøgelse af, hvorvidt offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier er nødvendig for at opfylde formålet med offentliggørelsen. Undersøgelsen indikerede, at Datatilsynet vægter hensynet til beskyttelsen af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger *overvejende højere* end de offentlige myndigheders interesse i at kunne offentliggøre helbredsoplysningerne.

Princippet om opbevaringsbegrænsning i forordningens art. 5, stk. 1, litra e, indebærer, at helbredsoplysninger, der ikke længere er nødvendige for offentlige myndigheder at opbevare for at opfylde offentliggørelsens formål, skal slettes. Formålet med princippet om opbevaringsbegrænsning er at *sikre* hindringen af unødvendig dataophobning og dermed beskytte borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger. For at sikre sletningen, bør offentlige myndigheder fastsætte opbevaringsfrister, jf. forordningens præambelbetragtning nr. 39. På baggrund heraf blev der foretaget en undersøgelse af, hvorvidt opbevaringsfrister har betydning for offentlige myndigheders offentliggørelse af helbredsoplysninger om borgere på sociale medier. Undersøgelsen indikerede, at Datatilsynet vægter de offentlige myndigheders og borgernes interesser *overvejende lige*.

Der ses således en retstilstand, hvor offentliggørelsens formål vil have betydning for, at offentlige myndigheder kan offentliggøre helbredsoplysninger om borgere på sociale medier som følge af særligt Datatilsynets højere vægtning af hensynet til beskyttelsen af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger i forhold til princippet om dataminimering i forordningens art. 5, stk. 1, litra c.

Ud fra afhandlingens diskussion om offentlige myndigheders mulighed for at anvende samtykke som behandlingsgrundlag kan det konkluderes:

Datatilsynet og EDPB vægter balancen mellem hensynet til borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger og de offentlige myndigheders interesser forskelligt i forhold til offentlige myndigheders mulighed

for at anvende samtykke som behandlingsgrundlag. Derudover er Datatilsynets praksis i en vis grad med til at hindre, at borgerne sikres en vis kontrol over behandlingen af deres personoplysninger, hvortil det også underminerer borgernes selvbestemmelse. Det må således kunne siges, at Datatilsynet i sin praksis til en vis grad vægter hensynet til beskyttelsen af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger for højt. Omvendt er det vigtigt, at hensynet til borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger sikres en vis vægtning, idet forordningen har til formål at sikre beskyttelsen heraf.

Afhandlingens samlede konklusion er, at der ses en retstilstand, hvor offentlige myndigheder ikke kan offentliggøre helbredsoplysninger om borgere på sociale medier på baggrund af samtykke som følge af Datatilsynets højere vægtning af hensynet til beskyttelsen af borgernes ret til beskyttelse af personoplysninger både i forhold til offentlige myndigheders anvendelse af samtykke som behandlingsgrundlag og i forhold til betydningen af offentliggørelsens formål. Dog er det ikke udelukket, at offentlige myndigheder som følge af EU-Domstolens vægtning vil kunne offentliggøre helbredsoplysninger om borgere på sociale medier på baggrund af samtykke, dog har Domstolen ikke taget konkret stilling hertil.

7 Refleksioner

AUH-afgørelsen sendte chokbølger gennem regionerne, og på vegne af alle regioner ville Region Midtjylland og Region Hovedstaden gå i dialog med Datatilsynet om afgørelsen.¹⁹⁶ Kommunikationschef hos Region Midtjylland, Kasper Kolind, har til Journalisten udtalt, hvad regionen gerne ville i dialog med Datatilsynet om.¹⁹⁷ Disse udtalelser er genstand for refleksion i nærværende kapitel. Kapitlet søger ikke at deltage i dialogen på Datatilsynets vegne eller at fastlægge et endegyldigt svar på de indirekte spørgsmål, som Region Midtjylland ifølge Kasper Kolind gerne vil i dialog med tilsynet om, men alene at reflektere over disse. Refleksionerne tager udelukkende afsæt i konklusionerne i AUH-afgørelsen.

7.1 Hvorvidt det ulige forhold ophører, f.eks. ved endt behandling

Noget af det, som Region Midtjylland ifølge Kasper Kolind gerne vil i dialog med Datatilsynet om, vedrører det ulige forhold mellem en offentlig myndighed og borger, herunder om det ”(...) ophører f.eks. ved endt behandling.”¹⁹⁸

¹⁹⁶ <https://journalisten.dk/regioner-udfordrer-datatilsynet-efter- alvorlig-instagram-kritik/>, sidst besøgt d. 07/08/2024.

¹⁹⁷ <https://journalisten.dk/hospital-faar-alvorlig-kritik-og-paabud-for-patient-historier-paa-instagram/>, sidst besøgt d. 07/08/2024

¹⁹⁸ Ibid.

Datatilsynet har udtalt sig om rækkevidden af AUH-afgørelsen i et nyhedsopslag på deres hjemmeside.¹⁹⁹ Udover at fastslå, at konklusionerne i afgørelsen også gælder for privathospitaler, konstaterer Datatilsynet, at der er en række forhold, som tilsynet ikke har taget stilling til med afgørelsen, herunder hvad der gælder i forhold til et afsluttet behandlingsforløb. I et sådant tilfælde kan tilsynet ikke udelukke, at personoplysninger, herunder fotos af patienter *"(...) efter en konkret vurdering vil kunne offentliggøres på baggrund af samtykke."*²⁰⁰ Alligevel har tilsynet i AUH-afgørelsen udtrykkeligt anført, at det ulige forhold mellem en offentlig myndighed og borger er *indbygget*, hvorfor offentlige myndigheder som udgangspunkt ikke kan anvende samtykke som behandlingsgrundlag.²⁰¹

7.2 Hvorvidt formålet med opslagene har afgørende betydning

Ifølge Kasper Kolind ønsker Region Midtjylland også dialog med Datatilsynet om, *"(...) hvorvidt formålet med opslagene har afgørende betydning for afgørelsen"*.²⁰²

I AUH-afgørelsen fandt Datatilsynet, at Region Midtjyllands behandling af personoplysninger ikke var i overensstemmelse med forordningens art. 9, stk. 2, litra a, og art. 6, stk. 1, litra a. Endvidere fandt tilsynet, at behandlingen heller ikke var i overensstemmelse med behandlingsprincipperne i forordningens art. 5, stk. 1.²⁰³ I afgørelsen indgik principperne i forordningens art. 5, stk. 1, litra c og e, om henholdsvis data-minimering og opbevaringsbegrænsning, som begge koncentrerer sig om behandlingen af personoplysninger set i forhold til behandlingens *formål*. Vedrørende behandlingsprincipperne anfører tilsynet på deres hjemmeside, at det er *"(...) afgørende, at når du behandler personoplysninger, er der nogle generelle og grundlæggende principper, som altid skal være opfyldt. Disse principper giver ikke i sig selv nogen ret til at behandle oplysninger, da dette også kræver en behandlingshjemmel, men principperne skal altid være opfyldt, når der er tale om en behandling under databeskyttelsesreglerne."*²⁰⁴ Opfyldelsen af behandlingsprincipperne i forordningens art. 5, stk. 1, herunder i bestemmelsens litra c og e, må således være afgørende, når der er hjemmel til behandlingen i forordningen.

¹⁹⁹ <https://www.datatilsynet.dk/presse-og-nyheder/nyhedsarkiv/2024/feb/nyt-om-raekkevidden-af-auh-afgoerelsen>, sidst besøgt d. 07/08/2024.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Datatilsynet, journalnummer 2023-432-0016, Hospital kan ikke bruge samtykke til at offentliggøre billeder af patienter på Instagram, afsnit 5.1.

²⁰² <https://www.datatilsynet.dk/presse-og-nyheder/nyhedsarkiv/2024/feb/nyt-om-raekkevidden-af-auh-afgoerelsen>, sidst besøgt d. 07/08/2024.

²⁰³ Datatilsynet, journalnummer 2023-432-0016, Hospital kan ikke bruge samtykke til at offentliggøre billeder af patienter på Instagram, afsnit 5.1, jf. også afhandlingens afsnit 3.4.1.

²⁰⁴ <https://www.datatilsynet.dk/hvad-siger-reglerne/grundlaeggende-begreber/hvornaar-maa-du-behandle-personoplysninger>, sidst besøgt d. 07/08/2024.

7.3 Hvorvidt patienterfaringer fortsat kan komme andre til gode

Med AUH-afgørelsen blev Region Midtjylland påbudt at slette alle fotos af identificerbare patienter på AUH's Instagram-profil, hvilket betyder, at regionen ikke længere kan bringe beretninger fra patienter på sociale medier. Derfor oplyser Kasper Kolind afslutningsvist til Journalisten, at regionen også gerne vil i dialog med Datatilsynet om muligheder for og begrænsninger i at kunne bringe disse, idet regionen synes, at *"(...) patienternes stemme er vigtig. Det kan for eksempel handle om, at nuværende eller tidligere patienter giver gode råd til andre patienter om forebyggelse eller mestring af sygdom."*²⁰⁵

Oplysninger om nuværende eller tidligere patienters *sygehistorier* eller om deres tidligere eller nuværende helbredstilstand *i øvrigt*, som offentliggøres på sociale medier for at give andre patienter gode råd om forebyggelse eller mestring af sygdom, vil være helbredsoplysninger i forordningens forstand, så længe patienterne ved offentliggørelsen er identificerede eller identificerbare.²⁰⁶ Gøres de nuværende eller tidligere patienter *anonyme* ved offentliggørelsen, vil de ikke kunne identificeres, og oplysningerne vil således ikke være omfattet af forordningen.²⁰⁷ Dataetisk rådgiver, Pernille Tranbjerg, anbefaler i Sygeplejersken, at patienter, der indgår i hospitalers opslag på sociale medier, gøres *"(...) ugenkendelig ved at censurere ansigtet eller tage fotos bagfra. Videoer med patienter er no go, da bevægelsesmønstre nemt kan genkendes og ikke kan censureres som et foto."*²⁰⁸

²⁰⁵ <https://journalisten.dk/hospital-faar-alvorlig-kritik-og-paabud-for-patient-historier-paa-instagram/>, sidst besøgt d. 07/08/2024.

²⁰⁶ Jf. databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 1 og 15, og præambelbetragtning nr. 35, jf. også afhandlingens afsnit 1.2.2.

²⁰⁷ Jf. databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 1, og præambelbetragtning nr. 26.

²⁰⁸ Sygeplejersken, Årgang 2023, nr. 10, s. 21.

8 Litteraturliste

8.1 Lovgivning

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder
(*Charteret*)

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

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) (EØS-relevant tekst)
(*Databeskyttelsesforordningen, forordningen*)

8.2 Forarbejder og betænkning

Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (generel forordning om databeskyttelse), COM(2012) 11 final
(*EU-Kommissionens forlag til forordningen*)

Justitsministeriet, *Betænkning nr. 1565/2017 om databeskyttelsesforordningen (2016/679) – og de retlige rammer for dansk lovgivning*, Del 1, bind 1

8.3 Praksis

C-252/21, Meta Platforms

Datainspektionen, DI-2019-2221, *ansiktsigenkänning för närvarokontroll av elever*

Datatilsynet, j.nr. 2018-32-0454, *Klage over Hillerød Kommunes behandling af personoplysninger om [...]*, vedlagt som Bilag 3
(*Hillerød Kommune*)

Datatilsynet, journalnummer 2018-432-0017, *Ny udtalelse om offentligt tilgængelige personoplysninger på Lectio.dk*

(Rungsted Gymnasium)

Datatilsynet, j.nr. 2019-32-1065, *Klage over behandling af personoplysninger*, vedlagt som Bilag 2

(Kerteminde Kommune)

Datatilsynet, journalnummer 2019-421-0033, *Fødevarestyrelsens behandling af personoplysninger i forbindelse med rekruttering*

(Fødevarestyrelsen)

Datatilsynet, journalnummer 2021-32-2241, *Aalborg kommune får kritik for videregivelse af personoplysninger*

(Aalborg Kommune)

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

(STAR)

Datatilsynet, journalnummer 2023-421-0019, *Kritik af gymnasiums brug af eksamensovervågningssoftware*

(Roskilde Katedralskole)

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

(AUH)

8.4 Vejledninger, retningslinjer og udtalelser

Artikel 29-gruppen, WP 187, *Udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke*, 13. juli 2011

Artikel 29-gruppen, WP 217, *Udtalelse 6/2014 om den registeransvarliges legitime interesser som omhandlet i artikel 7 i direktiv 95/46/EF*, 9. april 2014

Datatilsynet, *Vejledning om offentlige myndigheders brug af kunstig intelligens – Inden I går i gang*, oktober 2023

Datatilsynet, *Vejledning om samtykke*, maj 2021

EDPB, *Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679*, Version 1.1, 4. maj 2020

EDPB, *Retningslinjer 4/2019 om artikel 25 Databeskyttelse gennem design og databeskyttelse gennem standardindstillinger*, Version 2.0, 20. oktober 2020

EDPS, *Guidelines on assessing the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data*, 19. december 2019

8.5 Bøger

Motzfeldt, Hanne Marie, *Grundlæggende databeskyttelsesret*, 2022, Djøf Forlag, 1. udgave, 3. oplag

Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori*, 2022, Djøf Forlag, 3. udgave, 1. oplag

Nielsen, Kristian Korfits og Lotterup, Anders, *Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven*, 2020, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 3. oplag

Trzaskowski, Jan, *Your privacy is important to us! – Restoring Human Dignity in Data-Driven Marketing*, 2021, Ex Tuto Publishing A/S, first edition, second imprint

Udsen, Henrik, *Databeskyttelsesret*, 2022, Version 0.1, 26. november 2022, tilgængeliggjort på www.databeskyttelsesret.dk

Udsen, Henrik, *IT-ret*, 2021, Ex Tuto Publishing A/S, femte udgave, første oplag

8.6 Artikler

Sol Jørgensen, Anna og Nyhus, Marie, Journalisten, *Hospital får alvorlig kritik og påbud for patient-historier på Instagram*, udgivet d. 6. december 2023, sidst besøgt d. 07/08/2024,

<https://journalisten.dk/hospital-faar-alvorlig-kritik-og-paabud-for-patient-historier-paa-instagram/>

Goos, Sebastian og Sol Jørgensen, Anna, Journalisten, *Regioner udfordrer Datatilsynet efter alvorlig Instagram-kritik*, udgivet d. 11. december 2023, sidst besøgt d. 07/08/2024,

<https://journalisten.dk/regioner-udfordrer-datatilsynet-efter-alvorlig-instagram-kritik/>

Olsen, Birgitte Kofod, DataEthics, *Sverige sætter mennesket i centrum*, udgivet d. 22. februar 2021, sidst besøgt d. 07/08/2024, <https://dataethics.eu/da/sverige-saetter-mennesket-i-centrum/>

8.7 Øvrige publikationer

Dansk Sygeplejeråd, *Sygeplejersken*, Årgang 2023, nr. 10, 4. september 2023, tilgængelig på

<https://dsr.dk/fag-og-udvikling/sygeplejersken/arkiv/sygeplejersken-argang-2023-nr-10/>

(*Sygeplejersken*, Årgang 2023, nr. 10)

Datatilsynet, j.nr. 2019-20-0004, *Baggrundsnotat om betydningen af databeskyttelsesforordningens artikel 6 ved behandling af særlige kategorier af personoplysninger (følsomme personoplysninger) omfattet af forordningens artikel 9*, 7. november 2019, tilgængelig på

<https://www.datatilsynet.dk/media/7740/baggrundsnotat-behandling-af-foelsomme-oplysninger.pdf>

Folketinget, *Bidrag fra Datatilsynet, Erfaringsindsamling i forbindelse med Justitsministeriets nationale evaluering af databeskyttelsesreglerne*, april 2021, Europavalget 2020-21, EEU, Alm. del – Bilag 685, tilgængelig på

https://www.ft.dk/samling/20201/almdel/EUU/bilag/685/2425671.pdf?_cf_chl_tk=kEY-ly9DoS9bKJpMRFdKZUTgfesuB9lq9l0p4Uzbi5k-1720858809-0.0.1.1-4436

8.8 Hjemmesider

Danmarks Statistik, *Danmark bruger sociale medier mest i EU*, sidst besøgt d. 07/08/2024,

<https://www.dst.dk/da/Statistik/nyheder-analyser-publ/nyt/NytHtml?cid=46771>

Datatilsynet, *Behandling af følsomme oplysninger*, sidst besøgt d. 07/08/2024,

<https://www.datatilsynet.dk/presse-og-nyheder/nyhedsarkiv/2019/nov/behandling-af-foelsomme-op-lysninger>

Datatilsynet, *Hvornår må du behandle personoplysninger?*, sidst besøgt d. 07/08/2024,

<https://www.datatilsynet.dk/hvad-siger-reglerne/grundlaeggende-begreber/hvornaar-maa-du-be-handle-personoplysninger>

Datatilsynet, *Nyt om rækkevidden af AUH-afgørelsen*, sidst besøgt d. 07/08/2024,

<https://www.datatilsynet.dk/presse-og-nyheder/nyhedsarkiv/2024/feb/nyt-om-raekkevidden-af-auh-afgoerelsen>

Europa-Parlamentet, Faktablade om Den Europæiske Union, *Beskyttelse af personoplysninger*, sidst besøgt d. 07/08/2024,

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/da/sheet/157/beskyttelse-af-personoplysninger>

Hvidovre Hospital, *Mød os på sociale medier*, sidst besøgt d. 07/08/2024,

<https://www.hvidovrehospital.dk/om-hospitalet/Sider/Hospitalet-p%C3%A5-sociale-medier.aspx>

9 Bilagsoversigt

Bilag 1 – Skærmpoint med antal anslag

Bilag 2 – Datatilsynet, j.nr. 2019-32-1065, Klage over behandling af personoplysninger.

Bilag 3 – Datatilsynet, j.nr. 2018-32-0454, Klage over Hillerød Kommunes behandling af personoplysninger om [...]