



844/14/DA
WP 217

Udtalelse 6/2014 om den registeransvarliges legitime interesser som omhandlet i artikel 7 i direktiv 95/46/EF

Vedtaget den 9. april 2014

Artikel 29-gruppen er nedsat ved artikel 29 i direktiv 95/46/EF. Gruppen er et uafhængigt EU-rådgivningsorgan vedrørende databeskyttelse og beskyttelse af privatlivets fred. Dens opgaver er beskrevet i artikel 30 i direktiv 95/46/EF og artikel 15 i direktiv 2002/58/EF.

Sekretariatet varetages af Direktorat C (Grundlæggende rettigheder og Unionsborgerskab) i Europa-Kommissionen, Generaldirektoratet for Retfærdighed, Frihed og Sikkerhed, B-1049 Bruxelles, Belgien, kontor nr. MO-59 02/013.

Websted: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_da.htm

Indholdsfortegnelse

Resumé	3
I. Indledning	4
II. Generelle og politiske overvejelser	6
II.1. Historisk tilbageblik	6
II.2. Begrebernes rolle.....	9
II.3. Tilknyttede begreber	11
II.4. Kontekst og strategiske konsekvenser.....	13
III. Gennemgang af bestemmelserne	14
III.1. Oversigt over artikel 7	14
III.1.1. Samtykke eller "nødvendig for ..."	14
III.1.2. Forhold til artikel 8.....	15
III.2. Artikel 7, litra a)-e).....	17
III.2.1. Samtykke	17
III.2.2. Kontrakt.....	17
III.2.3. Retlig forpligtelse	20
III.2.4. Vitale interesser	21
III.2.5. Opgave i samfundets interesse	22
III.3. Artikel 7, litra f): legitim interesse	24
III.3.1. Legitime interesser, der forfølges af den registeransvarlige eller en tredjemand	25
III.3.2. Den registreredes interesser eller rettigheder	31
III.3.3. Introduktion til anvendelse af afvejningstesten.....	32
III.3.4. Nøglefaktorer ved anvendelse af afvejningstesten.....	35
III.3.5. Ansvarlighed og gennemsigtighed	46
III.3.6. Retten til at gøre indsigelse og følger heraf	47
IV. Afsluttende bemærkninger	51
IV.1. Konklusioner	51
IV. 2. anbefalinger.....	54
Bilag 1. Sådan foretages en afvejningstest i henhold til artikel 7, litra f)	58
Bilag 2. Praktiske eksempler, der illustrerer anvendelsen af afvejningstesten efter artikel 7, litra f)	61

Resumé

I denne udtalelse analyseres de principper vedrørende grundlaget for behandling af oplysninger, der er fastsat i artikel 7 i direktiv 95/46/EF. Med fokus på den registeransvarliges legitime interesser beskrives det, hvordan artikel 7, litra f), finder anvendelse inden for den nuværende retlige ramme, og der gives anbefalinger til fremtidige forbedringer.

Artikel 7, litra f), er det sidste af seks grundlag for lovlig behandling af personoplysninger. Bestemmelsen kræver grundlæggende, at legitime interesser, der forfølges af den registeransvarlige eller af tredjemænd, til hvem oplysningerne videregives, afvejes i forhold til den registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder. Resultatet af denne afvejningstest afgør, om artikel 7, litra f), kan anvendes som retligt grundlag for databehandlingen.

Artikel 29-Gruppen anerkender betydningen og relevansen af grundlaget i artikel 7, litra f), som under de rigtige omstændigheder og med forbehold af de fornødne garantier kan være med til at forhindre overdreven anvendelse af andre retlige bestemmelser. Artikel 7, litra f), bør ikke opfattes som "en sidste udvej" i sjældne eller uventede situationer, hvor andre grundlag for lovlig databehandling ikke kan anvendes. Dette grundlag bør dog ikke vælges automatisk, eller dets anvendelse bør ikke udvides ubehørigt, fordi det opfattes som mindre begrænsende end de øvrige grundlag.

En korrekt vurdering på grundlag af artikel 7, litra f), er ikke blot en simpel afvejning af to kvantificerbare og sammenlignelige størrelser i forhold til hinanden. Afvejningen kræver i stedet, at der tages hensyn til en række faktorer, med det formål at sikre, at de registreredes interesser og grundlæggende rettigheder respekteres. Samtidig er den fleksibel, kan varieres fra simpel til kompleks og må ikke være unødigt byrdefuld. Afvejningstesten skal bl.a. omfatte følgende faktorer:

- arten af legitime interesser og baggrunden for disse, og om behandlingen af personoplysninger er nødvendig for at udøve en grundlæggende rettighed, i øvrigt er i samfundets interesse og anerkendes i det berørte område
- betydningen for de registrerede og deres rimelige forventninger med hensyn til, hvad der vil ske med deres personoplysninger, samt arten af oplysningerne, og hvordan de behandles
- yderligere garantier, der kan begrænse utilbørlig indvirkning på de registrerede, som f.eks. dataminimering, teknologier til beskyttelse af privatlivet, øget gennemsigtighed samt generel og ubetinget ret til fravalg og dataportabilitet.

Artikel 29-Gruppen anbefaler, at der i fremtiden indsættes en betragtning i forordningsforslaget om de centrale faktorer, der skal tages i betragtning, når afvejningen foretages. Artikel 29-Gruppen anbefaler også, at der indsættes en betragtning, som kræver, at den registeransvarlige, når det er hensigtsmæssigt, dokumenterer sin vurdering for at sikre øget ansvarlighed. Endelig støtter Artikel 29-Gruppen også en substansbestemmelse om, at registeransvarlige skal forklare de registrerede, hvorfor de mener, at deres interesser ikke går forud for den registreredes interesser, grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder.

GRUPPEN VEDRØRENDE BESKYTTELSE AF PERSONER I FORBINDELSE MED BEHANDLING AF PERSONOPLYSNINGER,

som er nedsat ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995, som henviser til dette direktivs artikel 29 og artikel 30, stk. 1, litra a), og artikel 30, stk. 3, som henviser til gruppens forretningsorden,

HAR VEDTAGET FØLGENDE UDTALELSE:

I. Indledning

I denne udtalelse analyseres de principper vedrørende grundlaget for behandling af oplysninger, der er fastsat i artikel 7 i direktiv 95/46/EF¹ ("direktivet"). Den fokuserer navnlig på den registeransvarliges legitime interesser som fastsat i artikel 7, litra f).

De grundlag, der er anført i artikel 7, vedrører det bredere princip om "lovlighed", der er fastsat i artikel 6, stk. 1, litra a), som kræver, at personoplysninger behandles rimeligt og lovligt.

I henhold til artikel 7 må behandling af personoplysninger kun finde sted, hvis mindst ét af de grundlag, der er anført i artiklen, finder anvendelse. Personoplysninger må navnlig kun behandles, hvis a) der ikke hersker tvivl om, at den registrerede har givet sit samtykke², eller hvis databehandlingen kort sagt³ er nødvendig:

- b) af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt, som den registrerede er part i
- c) for at overholde en retlig forpligtelse, som gælder for den registeransvarlige
- d) for at beskytte den registreredes vitale interesser
- e) af hensyn til udførelsen af en opgave i samfundets interesse eller
- f) for at den registeransvarlige kan forfølge en legitim interesse med forbehold af en yderligere afvejning i forhold den registreredes rettigheder og interesser.

Dette sidste grundlag tillader databehandling, som "er nødvendig, for at den registeransvarlige eller den tredjemand eller de tredjemænd, til hvem oplysningerne videregives, kan forfølge en legitim interesse, medmindre den registreredes interesser eller de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, der skal beskyttes i henhold til artikel 1, stk. 1, i dette direktiv, går forud herfor⁴". Artikel 7, litra f), tillader med andre ord databehandling med forbehold af en afvejningstest, som vurderer den legitime interesse, der forfølges af den registeransvarlige –

¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24.10.1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (EFT L 281 af 23.11.1995, s. 31).

² Jf. Artikel 29-Gruppens udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke vedtaget den 13.7.2011 (WP187).

³ Disse bestemmelser behandles i yderligere detaljer på et senere tidspunkt.

⁴ Som forklaret i afsnit III.3.2 indeholder den engelske version af direktivet en slåfejl. I teksten skal der stå "interests or fundamental rights" i stedet for "interests for fundamental rights".

eller den tredjemand eller de tredjemænd, til hvem oplysningerne videregives – i forhold til de registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder⁵.

Behov for en mere ensartet og harmoniseret tilgang på tværs af Europa

Undersøgelser, som Kommissionen har gennemført i forbindelse med revisionen af direktivet⁶, samt samarbejde og udveksling af synspunkter med nationale databeskyttelsesmyndigheder har vist, at der ikke findes en harmoniseret fortolkning af direktivets artikel 7, litra f), og det har ført til divergerende anvendelser i medlemsstaterne. Selv om en afvejningstest skal foretages i flere medlemsstater, opfattes artikel 7, litra f), nogle gange fejlagtigt som en "åben dør" til at legitimisere databehandling, der ikke kan henføres under et af de andre grundlag.

Manglen på en ensartet tilgang kan føre til manglende retssikkerhed og forudsigelighed, kan svække de registreredes stilling og kan pålægge virksomheder og andre organisationer med grænseoverskridende aktiviteter unødige reguleringsrelaterede byrder. Denne mangel på harmonisering har allerede ført til sagsanlæg ved EU-Domstolen⁷.

Mens der nu arbejdes hen imod en generel forordning om databeskyttelse, er tiden inde til at skabe en bedre forståelse af det sjette grundlag for databehandling (som henviser til "legitim interesse") og dets forhold til de andre grundlag for databehandling. Det forhold, at det drejer sig om de registreredes grundlæggende rettigheder, betyder, at der på behørig og ensartet vis skal tages højde for respekten for disse rettigheder ved anvendelsen af alle seks grundlag. Artikel 7, litra f), må ikke kunne anvendes som et smuthul til at undgå overholdelse af databeskyttelseslovgivningen.

Som en del af arbejdsprogrammet for 2012-2013 besluttede Artikel 29-Gruppen derfor at undersøge dette spørgsmål grundigt og forpligtede sig til at udarbejde denne udtalelse for at gennemføre arbejdsprogrammet⁸.

Gennemførelse af den nuværende retlige ramme og forberedelse med henblik på den fremtidige udvikling

I arbejdsprogrammet anføres to klare målsætninger: at sikre den rigtige gennemførelse af den nuværende retlige ramme og at træffe forberedelser med henblik på den fremtidige udvikling.

⁵ Denne henvisning til artikel 1, stk. 1, må ikke fortolkes på en måde, som begrænser omfanget af de registreredes grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder. Henvisningen har blot til formål at understrege databeskyttelseslovenes og selve direktivets overordnede formål. Artikel 1, stk. 1, henviser faktisk ikke kun til beskyttelse af privatlivets fred, men også til beskyttelse af alle andre "rettigheder og frihedsrettigheder", hvoraf privatlivet kun er én.

⁶ Den 25. januar 2012 vedtog Kommissionen en pakke til reformering af EU's databeskyttelsesregler. Pakken omfatter i) en meddelelse (COM(2012) 9 final), ii) et forslag til en generel forordning om databeskyttelse ("forordningsforslag") (COM(2012) 11 final) og iii) et forslag til et direktiv om databeskyttelse på det strafferetlige område (COM(2012) 10 final). Den ledsagende konsekvensanalyse, som indeholder 10 bilag, findes i et arbejdsdokument fra Kommissionen (SEC(2012)72 final). Se navnlig undersøgelsen "Evaluation of the implementation of the Data Protection Directive", som er bilag 2 til konsekvensanalysen, som ledsager Kommissionens databeskyttelsesreformpakke.

⁷ Se side 7 under overskriften "II.1 Historisk tilbageblik", "*Gennemførelse af direktivet; ASNEF- og FECEMD-dommen*".

⁸ Se Artikel 29-Gruppens arbejdsprogram for 2012-2013 vedtaget den 1.2.2012 (WP 190).

Denne udtalelse har derfor primært til formål at sikre en fælles forståelse af den eksisterende retlige ramme. Dette formål er i overensstemmelse med tidligere udtalelser om andre centrale bestemmelser i direktivet⁹. Med udgangspunkt i analysen formuleres der i udtalelsen også politiske retningslinjer, der skal tages i betragtning, når databeskyttelseslovgivningen revideres.

Udtalelsens opbygning

Efter et historisk tilbageblik og en beskrivelse af betydningen af legitime interesser og andre grundlag for databehandling i kapitel II undersøges og fortolkes direktivets relevante bestemmelser i kapital III på grundlag af de fælles træk i den nationale gennemførelse. Analysen uddybes med praktiske eksempler baseret på national erfaring. Analysen understøtter anbefalingerne i kapitel IV vedrørende både anvendelsen af den gældende retlige ramme og revisionen af direktivet.

II. Generelle og politiske overvejelser

II.1. Historisk tilbageblik

Det beskrives her, hvordan begreberne lovlighed og retsgrundlag for databehandling, herunder legitim interesse, har udviklet sig. Det forklares navnlig, hvordan behovet for et retsgrundlag først blev anvendt som et krav i forbindelse med undtagelser fra retten til beskyttelse af personoplysninger og efterfølgende udviklede sig til et separat krav i forbindelse med databeskyttelse.

Den europæiske menneskerettighedskonvention

Artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention, som blev vedtaget i 1950, omhandler retten til beskyttelse af privatlivets fred, dvs. retten til respekt for privatliv og familieliv, hjem og kommunikation. Den forbyder ethvert indgreb i retten til privatlivets fred, medmindre det "sker i overensstemmelse med loven" og er "nødvendigt i et demokratisk samfund" af hensyn til visse vægtige offentlige interesser, som nævnes specifikt.

Menneskerettighedskonventionens artikel 8 fokuserer på beskyttelsen af privatlivets fred og kræver begrundelse for ethvert indgreb heri. Denne tilgang er baseret på et generelt forbud mod indgreb i retten til privatliv og tillader kun undtagelser på strengt definerede betingelser. Hvis der gøres indgreb i denne ret, skal det være i overensstemmelse med loven, og et legitimt formål skal angives som begrundelse for nødvendigheden af indgrebet. Menneskerettighedskonventionen angiver således ikke en liste over mulige retlige grundlag, men fokuserer på nødvendigheden af et retsgrundlag og de betingelser, som dette retsgrundlag skal opfylde.

⁹ Eksempelvis udtalelse 3/2013 om formålsbegrænsning vedtaget den 3.4.2013 (WP 203), udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke (citeret i fodnote 2), udtalelse 8/2010 om gældende ret vedtaget den 16.12.2010 (WP 179) og udtalelse 1/2010 om begreberne "registeransvarlig" og "registerfører" vedtaget den 16.2.2010 (WP 169).

Konvention 108

Europarådets konvention 108¹⁰, som blev åbnet for undertegnelse i 1981, indfører beskyttelse af personoplysninger som et separat begreb. Tanken var på daværende tidspunkt, at behandling af personoplysninger ikke altid skulle opfattes som et "*indgreb* i privatlivet", men at behandling af personoplysninger altid skulle opfylde visse betingelser for at *beskytte* personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, herunder deres ret til privatliv. I artikel 5 fastsættes således de grundlæggende principper for databeskyttelseslovgivningen, herunder kravet om, at "personoplysninger, der behandles elektronisk, skal: a) indsamles og behandles loyalt og på lovlig vis". Konventionen angav dog ikke detaljerede grundlag for behandling¹¹.

*OECD's retningslinjer*¹²

OECD's retningslinjer, som blev udarbejdet parallelt med konvention 108 og vedtaget i 1980, har de samme idéer om "lovlighed", selv om begrebet udtrykkes på en anden måde. Retningslinjerne blev ajourført i 2013 uden væsentlige ændringer af princippet om lovlighed. I artikel 7 i OECD's retningslinjer anføres det, at der skal være grænser for indsamlingen af personoplysninger, og at sådanne oplysninger skal indhentes på en lovlig og rimelig måde og med den registreredes viden eller samtykke, når det er hensigtsmæssigt. Her nævnes det retlige grundlag "samtykke" udtrykkeligt som en mulighed, der skal anvendes, når det er hensigtsmæssigt. Dette kræver, at de berørte interesser og rettigheder vurderes, og at det vurderes, hvor meget databehandlingen griber ind i de registreredes rettigheder. I den henseende er der visse ligheder mellem OECD's tilgang og de langt mere detaljerede grundlag i direktiv 95/46/EF.

Direktiv 95/46/EF

Da direktivet blev vedtaget i 1995, var det baseret på de tidligere retsakter om databeskyttelse, herunder konvention 108 og OECD's retningslinjer. Nogle medlemsstaters tidligere erfaringer med databeskyttelse blev også taget i betragtning.

Ud over et bredere krav, som er fastsat i direktivets artikel 6, stk. 1, litra a), om, at personoplysninger skal behandles "rimeligt og lovligt", tilføjede direktivet et specifikt sæt yderligere krav, som endnu ikke findes i hverken konvention 108 eller OECD's retningslinjer: Behandling af personoplysninger skal være baseret på et af de seks retlige grundlag, der er anført i artikel 7.

¹⁰ Konventionen om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med elektronisk databehandling af personoplysninger (konvention 108).

¹¹ I udkastet til den ajourførte konvention, som blev vedtaget på plenarmødet i T-PD i november 2012, anføres det, at databehandling kan udføres på grundlag af den registreredes samtykke eller på et legitimt grundlag fastsat ved lov, hvilket svarer til bestemmelserne i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, som er nævnt nedenfor på side 8.

¹² OECD's retningslinjer om beskyttelse af privatlivets fred og grænseoverskridende overførsel af personoplysninger, 11.7.2013.

*Gennemførelse af direktivet; ASNEF- og FECEMD-dommen*¹³

I sin rapport om evaluering af databeskyttelsesdirektivet ("Evaluation of the implementation of the Data Protection Directive")¹⁴ understreger Kommissionen, at gennemførelsen af direktivets bestemmelser i national lovgivning til tider har været utilfredsstillende. I den tekniske analyse af gennemførelsen af direktivet i medlemsstaterne¹⁵ beskriver Kommissionen gennemførelsen af artikel 7 i yderligere detaljer. I analysen forklares det, at princippenes fleksibilitet rent faktisk har ført til divergerende anvendelser, selv om lovgivningen i de fleste medlemsstater omfatter seks retlige grundlag svarende til grundlagene i direktivet.

I den sammenhæng er det særligt relevant, at EU-Domstolen i sin dom af 24. november 2011 i sagen *ASNEF og FECEMD* slog fast, at Spanien ikke havde gennemført direktivets artikel 7, litra f), korrekt, ved at kræve, at oplysninger – i tilfælde af, at den registrerede ikke har givet sit samtykke – skal være opført i offentligt tilgængelige kilder. I dommen fastslås det også, at artikel 7, litra f), har direkte virkning. Dommen begrænser medlemsstaternes skønsbeføjelser med hensyn til gennemførelse af artikel 7, litra f). De må f.eks. ikke overskride den hårfine grænse mellem præcisering på den ene side og fastsættelse af yderligere krav, der ændrer rækkevidden af artikel 7, litra f), på den anden side.

Dommen, som understreger, at medlemsstaterne ikke må indføre yderligere unilaterale begrænsninger og krav vedrørende de retlige grundlag for lovlig behandling af personoplysninger i deres nationale lovgivninger, har betydelige konsekvenser. Nationale domstole og andre relevante organer skal fortolke nationale bestemmelser i lyset af denne dom og om nødvendigt tilsidesætte modstridende nationale bestemmelser og national praksis.

På baggrund af denne dom er det meget vigtigt, at der opnås en klar og fælles forståelse mellem de nationale databeskyttelsesmyndigheder og/eller de europæiske lovgivere, for så vidt angår anvendelsen af artikel 7, litra f). Dette bør ske på en afbalanceret måde uden ubehørig begrænsning eller ubehørig udvidelse af bestemmelsens anvendelsesområde.

Chartret om grundlæggende rettigheder

Siden Lissabontraktatens ikrafttræden den 1. december 2009 har Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder ("chartret") haft "samme juridiske værdi som traktaterne"¹⁶. Chartret beskriver beskyttelsen af personoplysninger som en grundlæggende ret i henhold til artikel 8, som er separat fra respekten for privat- og familieliv i artikel 7. I artikel 8 fastsættes kravet om et retsgrundlag for databehandlingen. Den fastsætter, at personoplysninger skal behandles "på grundlag af de berørte personers samtykke eller på et andet berettiget ved lov fastsat grundlag"¹⁷. Disse bestemmelser styrker både betydningen af princippet om lovlighed og behovet for et tilstrækkeligt retsgrundlag for behandlingen af personoplysninger.

¹³ EU-Domstolens dom af 24.11.2011 i sag C-468/10 og C-469/10 (*ASNEF og FECEMD*).

¹⁴ Se bilag 2 til konsekvensanalysen, som ledsager Kommissionens databeskyttelsesreformpakke, citeret i fodnote 6 ovenfor.

¹⁵ Analyse og konsekvensanalyse af gennemførelsen af direktiv 95/46/EF i medlemsstaterne. Se http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/lawreport/consultation/technical-annex_en.pdf

¹⁶ Se artikel 6, stk. 1, i TEU.

¹⁷ Se chartrets artikel 8, stk. 2.

Forslag til forordning om databeskyttelse

I forbindelse med revisionen af databeskyttelseslovgivningen drøftes nu rækkevidden af grundlagene for lovlighed i artikel 7 og navnlig rækkevidden af artikel 7, litra f).

I artikel 6 i forordningsforslaget opstilles de retlige grundlag for lovlig behandling af personoplysninger. Med enkelte undtagelser (som beskrives yderligere) er de seks opstillede grundlag generelt ikke ændret i forhold til de nugældende grundlag i direktivets artikel 7. Kommissionen har dog tilkendegivet, at den er villig til at give yderligere vejledning i form af delegerede retsakter.

Det er interessant at bemærke, at man i forbindelse med arbejdet i Europa-Parlamentets relevante udvalg¹⁸ har forsøgt at præcisere begrebet legitim interesse i selve forordningsforslaget. Der blev opstillet en liste over tilfælde, hvor den registeransvarliges legitime interesser generelt ville gå forud for den registreredes legitime interesser samt grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, og en anden liste over tilfælde, hvor det modsatte ville gøre sig gældende. Disse lister – som er anført i bestemmelser eller betragtninger – er relevant input til vurderingen af balancen mellem den registeransvarliges og den registreredes rettigheder og interesser og tages i betragtning i denne udtalelse¹⁹.

II.2. Begrebernes rolle

Den registeransvarliges legitime interesse: afvejningstest som en endelig mulighed?

Artikel 7, litra f), er det sidste af seks grundlag for lovlig behandling af personoplysninger. Den kræver en afvejningstest: Det, der er nødvendigt af hensyn til den registeransvarliges (eller tredjemands) legitime interesser, skal afvejes i forhold til den registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder. Resultatet af denne afvejningstest afgør, om artikel 7, litra f), kan anvendes som retsgrundlag for databehandling.

Den åbne karakter af denne bestemmelse rejser mange vigtige spørgsmål med hensyn til dens præcise rækkevidde og anvendelse, som analyseres ét for ét i denne udtalelse. Som det forklares i det følgende, betyder det ikke nødvendigvis, at denne mulighed skal opfattes som en mulighed, der kun sporadisk kan anvendes som en sidste udvej til at lukke huller for uforudsete situationer, eller som en sidste chance, hvis ingen andre grundlag er opfyldt. Den bør heller ikke opfattes som en foretrukket mulighed, og dens anvendelse må ikke udvides ubehørigt, fordi den betragtes som mindre restriktiv end de andre grundlag.

¹⁸ Udkast til betænkning fra Europa-Parlamentets Udvalg om Borgernes Rettigheder og Retlige og Andre Anliggender (LIBE) om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (generel forordning om databeskyttelse), (COM(2012) 11 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)), 16.1.2013 ("LIBE-Udvalgets udkast til betænkning"). Se navnlig ændringsforslag 101 og 102. Se også ændringsforslag vedtaget af udvalget den 21.10.2013 i dets endelige betænkning ("LIBE-Udvalgets endelige betænkning").

¹⁹ Se afsnit III.3.1, særlig punktopstilling på side 24-25, som indeholder en ikke-udtømmende liste over nogle af de mest almindelige situationer, hvor spørgsmålet om legitim interesse som omhandlet i artikel 7, litra f), kan opstå.

I stedet er artikel 7, litra f), muligvis relevant på sit helt eget område og kan spille en særdeles nyttig rolle som begrundelse for lovlig databehandling, såfremt en række centrale betingelser er opfyldt.

Hensigtsmæssig anvendelse af artikel 7, litra f), kan under de rigtige omstændigheder og med forbehold af de fornødne garantier hjælpe med at forhindre misbrug og overdreven anvendelse af andre retlige bestemmelser.

De første fem grundlag i artikel 7 opstiller den registreredes samtykke, et kontraktforhold, en retlig forpligtelse eller en anden specifikt anført begrundelse som grundlag for lovlighed. Når databehandlingen er baseret på et af disse fem grundlag, betragtes den på forhånd som lovlig og skal derfor kun overholde andre gældende lovbestemmelser. Det antages med andre ord, at der er balance mellem de forskellige berørte rettigheder og interesser – herunder den registeransvarliges og den registreredes – naturligvis under forudsætning af, at alle andre bestemmelser i databeskyttelseslovgivningen overholdes. Artikel 7, litra f), kræver derimod en *specifik* test for tilfælde, der ikke passer ind i de scenarier, der er anført i litra a) til e). Det sikrer, at databehandling uden for disse scenarier skal opfylde kravene i en afvejningstest, der tager behørigt hensyn til den registreredes interesser og grundlæggende rettigheder.

Som resultat af denne test kan det i visse tilfælde konkluderes, at afvejningen tilgodeser de registreredes interesser og grundlæggende rettigheder, og at databehandlingen derfor ikke må finde sted. En hensigtsmæssig afvejning efter artikel 7, litra f), ofte med mulighed for at fravælge databehandlingen, kan i andre tilfælde være et gyldigt alternativ til uhensigtsmæssig brug af eksempelvis grundlaget "samtykke" eller "nødvendig af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt". Når artikel 7, litra f), fortolkes på denne måde, tilvejebringer grundlaget yderligere garantier – som kræver hensigtsmæssige foranstaltninger – sammenlignet med de andre anførte grundlag. Grundlaget bør derfor ikke betragtes som "det svageste led" eller en åben dør, der legitimerer alle databehandlingsaktiviteter, der ikke kan henføres under et af de andre retlige grundlag.

Artikel 29-Gruppen gentager, at den ved fortolkningen af rækkevidden af artikel 7, litra f), sigter mod en afbalanceret tilgang, som giver registeransvarlige den nødvendige fleksibilitet i situationer, hvor databehandlingen ikke har utilbørlig indvirkning på de registrerede, samtidig med at den skaber tilstrækkelig retssikkerhed og garanterer de registrerede, at denne åbne bestemmelse ikke vil blive misbrugt.

II.3. Tilknyttede begreber

Forhold mellem artikel 7, litra f), og andre grundlag for lovlighed

Artikel 7 indledes med samtykke, går videre til andre grundlag for lovlighed, herunder kontrakter og retlige forpligtelser, og fortsætter derefter gradvist til testen af legitime interesser, som er anført som det sidste af de seks mulige grundlag. De retlige grundlags rækkefølge i artikel 7 er i nogle tilfælde blevet fortolket som en indikation af grundlagenes vigtighed. Som det allerede understreges i Artikel 29-Gruppens udtalelse om definitionen af samtykke²⁰, skelnes der i direktivets tekst ikke juridisk mellem de seks grundlag, og det anføres ikke, at der er et hierarki mellem dem. Det anføres heller ikke, at artikel 7, litra f), kun finder anvendelse under særlige omstændigheder, og teksten angiver heller ikke på anden måde, at de retlige grundlags rækkefølge har en juridisk relevant betydning. Samtidig har den præcise betydning af artikel 7, litra f), og bestemmelsens forhold til de andre grundlag for lovlighed længe været ret uklar.

På den baggrund og i betragtning af de historiske og kulturelle forskelle samt direktivets åbne formulering er der udviklet forskellige tilgange: Nogle medlemsstater har opfattet artikel 7, litra f), som det mindst foretrukne grundlag, som har til formål at lukke huller under få særlige omstændigheder, hvor ingen af de andre fem grundlag kunne anvendes²¹. Andre medlemsstater opfatter den derimod som én af seks muligheder, hvor ingen er mere eller mindre vigtig end de andre muligheder, og som kan finde anvendelse i et stort antal forskellige situationer, såfremt de krævede betingelser opfyldes.

Som følge af disse forskelle – og også i lyset af ASNEF- og FECEMD-dommen – skal forholdet mellem grundlaget "legitime interesser" og andre grundlag for lovlighed afklares – f.eks. i forhold til samtykke, kontakter og opgaver af offentlig interesse – og også i forhold til den registreredes ret til at gøre indsigelse. Det kan hjælpe med at fastsætte en bedre definition af den rolle og funktion, som grundlaget "legitime interesser" har, og det kan bidrage til øget retssikkerhed.

Grundlaget "legitime interesser" kræver – ligesom de andre grundlag, bortset fra samtykke – en test af nødvendigheden. Dette begrænser strengt den sammenhæng, hvori de kan anvendes. EU-Domstolen har fastslået, at "nødvendighed" er et selvstændigt fællesskabsretligt begreb²². Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har også udstukket nyttige retningslinjer²³.

²⁰ Se fodnote 2 ovenfor.

²¹ LIBE-Udvalget foreslår i ændringsforslag 100 i sit udkast til betænkning, at artikel 7, litra f), adskilles fra de øvrige retlige grundlag, og foreslår også yderligere krav, såfremt dette retlige grundlag anvendes, herunder øget gennemsigtighed og mere ansvarlighed, som det også er anført i det følgende.

²² EU-Domstolens dom af 16.12.2008 i sag C-524/06 (Heinz Huber mod Bundesrepublik Deutschland), præmis 52: "I betragtning af hensynet til at sikre et ensartet beskyttelsesniveau i alle medlemsstater må nødvendighedsbegrebet i artikel 7, litra e), i direktiv 95/46, som netop har til formål at afgrænse et af de tilfælde, hvor behandling af personoplysninger er lovlig, følgelig ikke tillægges forskelligt indhold i medlemsstaterne. Dermed er det et selvstændigt fællesskabsretligt begreb, som skal fortolkes i fuld overensstemmelse med direktivets formål, som det er formuleret i dets artikel 1, stk. 1".

²³ Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Silver & Others mod Det Forenede Kongerige af 25. marts 1983, præmis 97, som omhandler udtrykket "nødvendigt i et demokratisk samfund": "Adjektivet "nødvendigt" er ikke er synonymt med "uundværligt", og det har heller ikke den fleksibilitet, der ligger i udtryk som "tilladeligt", "almindeligt", "nyttigt", "rimeligt" eller "ønskeligt".

Selv om den registeransvarlige har det fornødne retsgrundlag, fritages han desuden ikke for sine forpligtelser i henhold til artikel 6, hvad angår rimelighed, lovlighed, nødvendighed og proportionalitet samt datakvalitet. Selv om behandlingen af personoplysninger f.eks. er baseret på grundlaget "legitime interesser" eller "opfyldelse af en kontrakt", er indsamling af personoplysninger, som ikke er nødvendige i forhold til databehandlingsformålene, ikke tilladt.

Legitime interesser og de øvrige grundlag i artikel 7 er alternative grundlag, og det er derfor tilstrækkeligt, at ét af dem er opfyldt. De skal dog ses som kumulative, ikke kun i forhold til kravene i artikel 6, men også i forhold til alle andre databeskyttelsesprincipper og -krav, der finder anvendelse.

Andre afvejningstest

Artikel 7, litra f), er ikke den eneste afvejningstest, der er omhandlet i direktivet. I henhold til artikel 9 skal retten til beskyttelse af personoplysninger f.eks. afvejes i forhold til ytringsfriheden. Ifølge denne artikel kan medlemsstaterne fastsætte de fornødne fritagelser og undtagelser i forbindelse med behandling af personoplysninger, der "udelukkende finder sted i journalistisk øjemed eller med henblik på kunstnerisk eller litterær virksomhed", for så vidt som "de er nødvendige for at forene retten til privatlivets fred med reglerne for ytringsfrihed".

I mange andre bestemmelser i direktivet kræves der desuden også en analyse af de enkelte tilfælde, afvejning af de berørte interesser og rettigheder og en fleksibel vurdering, der inddrager flere faktorer. De omfatter bestemmelserne om nødvendighed, proportionalitet og formålsbegrænsning, artikel 13-undtagelser og videnskabelig forskning, for blot at nævne nogle stykker.

Direktivet er tilsyneladende udformet, så der er plads til fortolkning og afvejning af interesser. Hensigten var naturligvis, i det mindste delvist, at give medlemsstaterne ekstra råderum ved gennemførelsen i den nationale lovgivning. Behovet for en vis fleksibilitet kan desuden også tilskrives selve karakteren af retten til beskyttelse af personoplysninger og retten til privatliv. Disse to rettigheder betragtes sammen med de fleste andre (men ikke alle) grundlæggende rettigheder som relative eller kvalificerede menneskerettigheder²⁴. Sådanne rettigheder skal altid fortolkes i den specifikke sammenhæng. Med forbehold af de fornødne garantier skal de afvejes i forhold til andre personers rettigheder. I nogle situationer – og også med forbehold af de fornødne garantier – kan de også begrænses for at beskytte en vigtig samfundsinteresse.

²⁴ Der er kun få menneskerettigheder, som ikke kan afvejes i forhold til andre personers rettigheder eller bredere samfundsinteresser. De kaldes absolutte rettigheder. Disse rettigheder kan aldrig begrænses eller indskrænkes, uanset omstændighederne, end ikke i tilfælde af krig eller nødsituationer. Et eksempel er retten til ikke at blive tortureret eller behandlet på en umenneskelig eller nedværdigende måde. Det er aldrig tilladeligt at torturere eller behandle et menneske på en umenneskelig eller nedværdigende måde, uanset omstændighederne. Eksempler på ikke-absolutte rettigheder omfatter retten til respekt for privat- og familieliv, retten til ytringsfrihed og retten til at tænke frit og til samvittigheds- og religionsfrihed.

II.4. Kontekst og strategiske konsekvenser

Sikring af legitimitet, men også fleksibilitet: metode til at specificere artikel 7, litra f)

Den nuværende tekst i direktivets artikel 7, litra f), er åben. Det betyder, at bestemmelsen kan anvendes i en lang række situationer, når blot dens krav, herunder afvejningen, opfyldes. En sådan fleksibilitet kan dog også have negative følger. For at undgå, at det fører til uensartet national anvendelse eller manglende retlig sikkerhed, spiller yderligere vejledning en væsentlig rolle.

Kommissionen har indsat bestemmelser om sådan vejledning i forordningsforslaget i form af delegerede retsakter. Andre muligheder omfatter indføjelser af præciseringer og detaljerede bestemmelser i selve forordningsforslaget²⁵ og/eller at give Det Europæiske Databeskyttelsesråd ("Databeskyttelsesrådet") til opgave at udarbejde yderligere vejledning på dette område.

Disse muligheder har hver deres fordele og ulemper. Hvis der foretages en vurdering i hvert enkelt tilfælde uden yderligere vejledning, kan anvendelsen blive uensartet og uforudsigelig, som det hidtil har været tilfældet.

Hvis der på den anden side opstilles detaljerede lister over situationer, hvor den registeransvarliges legitime interesser generelt går forud for den registreredes grundlæggende rettigheder eller omvendt, i selve forordningsforslaget, kan forordningen blive misvisende og/eller unødvendigt præskriptiv.

Disse tilgange kan dog være udgangspunktet for en afbalanceret løsning, hvor selve forordningsforslaget indeholder flere detaljer, og der gives yderligere vejledning i form af delegerede retsakter eller vejledning fra Databeskyttelsesrådet²⁶.

Analysen i kapitel III har til formål at opstille kriterier for, hvornår en sådan tilgang hverken er for generel, så den bliver meningsløs, eller for specifik, så den bliver unødigt ufleksibel.

²⁵ Se afsnit II.1 Historisk tilbageblik, "*Forslag til forordning om databeskyttelse*", på side 8-9.

²⁶ Med hensyn til delegerede retsakter og vejledning fra Databeskyttelsesrådet tilkendegiver Artikel 29-Gruppen i sin udtalelse 08/2012 med yderligere bemærkninger til drøftelserne om reformen af databeskyttelsesreglerne vedtaget den 5.10.2001 (WP 199), at den i høj grad foretrækker sidstnævnte (se s. 13-14).

III. Gennemgang af bestemmelserne

III.1. Oversigt over artikel 7

I henhold til artikel 7 må behandling af personoplysninger kun finde sted, hvis mindst ét af de seks retlige grundlag, der er anført i artiklen, finder anvendelse. Inden hvert grundlag gennemgås, gives der i dette afsnit en oversigt over artikel 7 og dens forhold til artikel 8 om databehandlinger, der vedrører særlige kategorier af oplysninger.

III.1.1. Samtykke eller "nødvendig for ..."

Der kan sondres mellem tilfælde, hvor personoplysninger behandles med den registreredes utvetydige samtykke (artikel 7, litra a)), og de øvrige fem tilfælde (artikel 7, litra b)-f)). Disse fem tilfælde beskriver – kort sagt – scenarier, hvor databehandling kan være nødvendig i en bestemt sammenhæng, f.eks. opfyldelsen af en kontrakt med den registrerede, overholdelse af en retlig forpligtelse, som gælder for den registeransvarlige, osv.

I det første tilfælde (artikel 7, litra a)) er det de registrerede selv, der giver tilladelse til behandlingen af deres personoplysninger. De afgør selv, om de vil tillade behandlingen af deres oplysninger. Samtidig ophæver samtykke ikke kravet om overholdelse af de principper, der er fastsat ved artikel 6²⁷. Samtykke skal desuden stadig opfylde visse grundlæggende betingelser for at være legitimt, som Artikel 29-Gruppen forklarer i sin udtalelse 15/2011²⁸. Da behandlingen af brugerens oplysninger i sidste ende sker efter vedkommendes skøn, lægges der vægt på gyldigheden og omfanget af den registreredes samtykke.

I det første grundlag, artikel 7, litra a), fokuseres der med andre ord på den registreredes egen vilje som grundlag for lovlighed. De øvrige grundlag tillader derimod kun databehandling – med forbehold af de fornødne garantier og foranstaltninger – i situationer, hvor det, uanset den registreredes samtykke, er hensigtsmæssigt og nødvendigt at behandle oplysningerne inden for en bestemt sammenhæng og for at forfølge en specifik legitim interesse.

Litra b), c), d) og e) angiver hver et grundlag for legitimisering af databehandlingen:

- b) af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt, som den registrerede er part i
- c) for at overholde en retlig forpligtelse, som gælder for den registeransvarlige
- d) for at beskytte den registreredes vitale interesser
- e) af hensyn til udførelsen af en opgave i samfundets interesse.

Bestemmelsen i litra f) er mindre specifik og henviser mere generelt til (enhver form for) legitime interesser, der forfølges af den registeransvarlige (i enhver sammenhæng). Denne generelle bestemmelse er dog fastsat specifikt med forbehold af en yderligere afvejningstest,

²⁷ Dom afsagt af den nederlandske højesteret, 9.9.2011, i sag ECLI:NL:HR:2011:BQ8097, §3.3(e), hvad angår princippet om proportionalitet. Se også side 7 i Artikel 29-Gruppens udtalelse 15/2011 citeret i fodnote 2 ovenfor: "... ophæver opnåelsen af et samtykke ikke den registeransvarliges forpligtelser efter artikel 6, hvad angår fairness, nødvendighed og proportionalitet, samt datakvalitet. Selv om behandlingen af personoplysninger f.eks. er baseret på brugerens samtykke, berettiger dette ikke indsamling af oplysninger, der er uforholdsmæssigt omfattende i forhold til et særligt formål".

²⁸ Se side 11-25 i udtalelse 15/2011, citeret i fodnote 2 ovenfor.

som har til formål at beskytte de registreredes interesser og rettigheder, som det også fremgår af afsnit III.2.

Vurderingen af, om grundlagene i artikel 7, litra a)-f), er opfyldt, foretages i alle tilfælde indledningsvis af den registeransvarlige med forbehold af gældende lovgivning og retningslinjerne for anvendelsen heraf. Legitimiteten af databehandlingen kan dernæst gøres betinget af yderligere evaluering og kan anfægtes af registrerede, andre berørte parter eller databeskyttelsesmyndighederne, og domstolene kan træffe afgørelse herom.

Som afslutning på denne korte gennemgang skal det nævnes, at den registrerede, som det fremgår af afsnit III.3.6, i det mindste i de tilfælde, der er nævnt i litra e) og f), kan udøve sin ret til at gøre indsigelse i medfør af artikel 14²⁹. Dette udløser en ny evaluering af de berørte interesser eller kræver, hvis der er tale om markedsføring (artikel 14, litra b)), at den registeransvarlige stopper behandlingen af personoplysninger uden yderligere evaluering.

III.1.2. Forhold til artikel 8

Direktivets artikel 8 omhandler behandlingen af særlige kategorier af oplysninger. Den gælder navnlig for personoplysninger "om racemæssig eller etnisk baggrund, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning, fagforeningsmæssigt tilhørsforhold og oplysninger om helbredsforhold og seksuelle forhold" (artikel 8, stk. 1), og oplysninger "om lovovertrædelser, straffedomme eller sikkerhedsforanstaltninger" (artikel 8, stk. 5).

Behandlingen af sådanne oplysninger er med visse undtagelser i princippet forbudt. I artikel 8, stk. 2, litra a)-e), fastsættes en række undtagelser fra dette forbud. Artikel 8, stk. 3 og 4, omhandler yderligere undtagelser. Nogle af disse bestemmelser ligner – men er ikke identiske med – bestemmelserne i artikel 7, litra a)-f).

De specifikke grundlag i artikel 8 og det forhold, at nogle af grundlagene i artikel 7 ligner grundlagene i artikel 8, rejser spørgsmålet om forholdet mellem de to bestemmelser.

Hvis artikel 8 er formuleret som en *lex specialis*, skal det overvejes, om den helt udelukker anvendelsen af artikel 7. Hvis det er tilfældet, kan særlige kategorier af oplysninger behandles, uden at artikel 7 er opfyldt, hvis en af undtagelserne i artikel 8 gør sig gældende. Forholdet kan dog være mere komplekst, og artikel 7 og 8 bør anvendes kumulativt³⁰.

Det politiske mål er dog i begge tilfælde at sikre yderligere beskyttelse til særlige kategorier af oplysninger. Det endelige resultat af analysen skal derfor være lige så klart: Anvendelsen af artikel 8, enten alene eller kumulativt med artikel 7, har til formål at tilvejebringe et højere beskyttelsesniveau for særlige kategorier af oplysninger.

²⁹ Med hensyn til artikel 14, litra a), gælder denne ret, "medmindre andet er bestemt i den nationale lovgivning". I Sverige er det i henhold til national lovgivning f.eks. ikke muligt at gøre indsigelse mod behandling, der er baseret på artikel 7, litra e).

³⁰ Da artikel 8 er formuleret som et *forbud med undtagelser*, kan disse undtagelser fortolkes som krav, der kun begrænser omfanget af forbuddet, men tilvejebringer ikke i sig selv et tilstrækkeligt retsgrundlag for behandlingen. I henhold til denne fortolkning udelukker anvendelsen af artikel 8-undtagelserne ikke anvendelsen af kravene i artikel 7, og de to skal, for så vidt det er relevant, anvendes kumulativt.

I nogle tilfælde omfatter artikel 8 strengere krav – som f.eks. "udtrykkeligt" samtykke i artikel 8, stk. 2, litra a), sammenlignet med "der ikke hersker tvivl om" i artikel 7 – men dette gælder ikke for alle bestemmelser. Nogle af de undtagelser, der er omhandlet i artikel 8, svarer ikke til eller er ikke strengere end grundlagene i artikel 7. Det ville f.eks. være uhensigtsmæssigt at konkludere, at det forhold, at en person klart har offentliggjort oplysninger i henhold til artikel 8, stk. 2, litra e), til enhver tid og i sig selv er tilstrækkelig begrundelse til at tillade enhver type databehandling uden en afvejning af de berørte interesser og rettigheder, som det kræves i artikel 7, litra f)³¹.

I nogle situationer ophæves forbuddet mod behandling af særlige kategorier af oplysninger i artikel 8, stk. 2, litra d), også, hvis den registeransvarlige er et politisk parti. Det betyder dog ikke, at enhver databehandling inden for den nævnte bestemmelses anvendelsesområde er lovlig. Det skal vurderes særskilt, og den registeransvarlige skal f.eks. påvise, at databehandlingen er nødvendig for at opfylde en kontrakt (artikel 7, litra b)) eller af hensyn til vedkommendes legitime interesser (artikel 7, litra f)). I sidstnævnte tilfælde skal der foretages en afvejning efter artikel 7, litra f), efter at det er konstateret, at den registeransvarlige overholder kravene i artikel 8.

Den blotte kendsgerning, at "behandlingen af oplysningerne er nødvendig med henblik på forebyggende medicin, medicinsk diagnose, sygepleje eller patientbehandling eller forvaltning af læge- og sundhedstjenester", og disse oplysninger behandles under tavshedspligt – som nævnt i artikel 8, stk. 3 – betyder tilsvarende, at sådan behandling af følsomme oplysninger er *undtaget fra forbuddet* i artikel 8, stk. 1. Dette er dog ikke nødvendigvis tilstrækkeligt til også at sikre lovlighed efter artikel 7 og kræver et retsgrundlag, som f.eks. en kontrakt med patienten efter artikel 7, litra b), en retlig forpligtelse efter artikel 7, litra c), udførelse af en opgave i samfundets interesse efter artikel 7, litra e), eller en vurdering efter artikel 7, litra f).

Endelig finder Artikel 29-Gruppen, at det i hvert enkelt tilfælde skal vurderes, om artikel 8 i sig selv tilvejebringer strengere og tilstrækkelige kriterier³², eller om der kræves en kumulativ anvendelse af både artikel 8 og 7 for at sikre fuld beskyttelse af registrerede. Resultatet af undersøgelsen må under ingen omstændigheder føre til lavere beskyttelse for særlige kategorier af oplysninger³³.

Det betyder også, at en registeransvarlig, der behandler særlige kategorier af oplysninger, aldrig *alene* kan henholde sig til et retligt grundlag i artikel 7 for at legitimisere behandling af personoplysninger. Artikel 7 gælder ikke *forud for*, men altid *kumulativt* med artikel 8, således at det sikres, at alle relevante garantier og foranstaltninger overholdes. Dette er især

³¹ Artikel 8, stk. 2, litra e), bør endvidere ikke fortolkes således, at oplysninger kan behandles uden yderligere betingelser, når de oplysninger, som offentliggøres af den registrerede, ikke er følsomme. Offentligt tilgængelige oplysninger er stadig personoplysninger, som er underlagt krav om databeskyttelse, herunder overholdelse af artikel 7, uanset om de er følsomme eller ej.

³² Se punkt 3.3. i Artikel 29-Gruppens WADA-udtalelse, som omhandler både artikel 7 og artikel 8 i direktivet: Anden udtalelse 4/2009 om Det Internationale Antidopingagenturs (WADA) internationale standard for beskyttelse af privatlivets fred og personoplysninger, om dermed beslægtede bestemmelser i WADA-kodekset og om andre forhold vedrørende beskyttelse af privatlivets fred inden for rammerne af WADA's og (nationale) antidopingorganisationers bekæmpelse af doping inden for idræt, vedtaget den 6.4.2009 (WP 162).

³³ Det siger sig selv, at overholdelse af de øvrige bestemmelser i direktivet, herunder artikel 6, skal sikres, også når artikel 8 finder anvendelse.

relevant, hvis medlemsstater i overensstemmelse med artikel 8, stk. 4, beslutter at fastsætte andre undtagelser end dem, der er nævnt i artikel 8.

III.2. Artikel 7, litra a)-e)

I dette afsnit gives der en kort oversigt over hvert af de retlige grundlag i artikel 7, litra a)-e), i direktivet, inden udtalelsen i afsnit III.3 fokuserer på artikel 7, litra f). I analysen fremhæves nogle af de mest almindelige grænseflader mellem disse retlige grundlag, f.eks. "kontrakt", "retlig forpligtelse" og "legitim interesse", afhængigt af den specifikke sammenhæng og de faktiske omstændigheder.

III.2.1. Samtykke

Samtykke som retligt grundlag er analyseret i Artikel 29-Gruppens udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke. I udtalelsen konstateres det først og fremmest, at samtykke udgør et af flere retlige grundlag for behandlingen af personoplysninger, men ikke det primære grundlag. Samtykke indtager en vigtig rolle, men udelukker ikke muligheden for, at andre retlige grundlag – afhængigt af konteksten – måske er bedre egnede fra såvel den registeransvarliges som fra den registreredes synsvinkel. Korrekt anvendt udgør samtykke et instrument, der giver den registrerede kontrol over behandlingen af hans/hendes oplysninger. Hvis det anvendes forkert, bliver den registreredes kontrol illusorisk, og samtykket udgør et uegnet grundlag for behandling af oplysninger.

I sine anbefalinger insisterer Artikel 29-Gruppen bl.a. på behovet for at tydeliggøre betydningen af "utvetydigt" samtykke: "En tydeliggørelse skulle tjene til at understrege, at et utvetydigt samtykke kræver, at der anvendes mekanismer, som ikke efterlader nogen tvivl om den registreredes hensigt om at samtykke. Samtidig bør det gøres klart, at anvendelsen af standardopsætninger, som den registrerede er nødt til at ændre for at afvise databehandlingen (samtykke baseret på tavshed), ikke i sig selv udgør et utvetydigt samtykke. Dette gælder især i en onlinesituation"³⁴. Den kræver også, at de registeransvarlige indfører mekanismer, der skaber bevis for, at der er opnået samtykke (inden for rammerne af en generel ansvarlighedsforpligtelse), og anmoder lovgiveren om at tilføje et udtrykkeligt krav til kvaliteten og tilgængeligheden af de oplysninger, der danner grundlag for samtykket.

III.2.2. Kontrakt

Artikel 7, litra b), fastsætter et retligt grundlag i situationer, hvor "behandlingen er nødvendig af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt, som den registrerede er part i, eller af hensyn til gennemførelsen af foranstaltninger, der træffes på dennes anmodning forud for indgåelsen af en sådan kontrakt". Dette dækker to forskellige scenarier.

- i) Bestemmelsen dækker for det første situationer, hvor databehandlingen er nødvendig af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt, som den registrerede er part i. Det kan f.eks. omfatte behandling af den registreredes adresse, således at varer, der er købt online, kan leveres, eller behandling af kreditkortoplysninger for at gennemføre betaling. I

³⁴ Se side 36 i Artikel 29-Gruppens udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke.

ansættelsesforhold kan dette retlige grundlag f.eks. tillade behandling af lønoplysninger og kontooplysninger, således at der kan udbetales løn.

Bestemmelsen skal fortolkes restriktivt og dækker ikke situationer, hvor databehandlingen ikke reelt er *nødvendig* af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt, men i stedet ensidigt er pålagt den registrerede af den registeransvarlige. Det forhold, at behandling af personoplysninger er omfattet af en kontrakt, betyder ikke automatisk, at databehandlingen er nødvendig for at opfylde den. Artikel 7, litra b), er f.eks. ikke et passende retligt grundlag for opbygningen af en profil over brugerens præferencer og livsstilsvalg baseret på hans klik på et websted og indkøb af varer. Det skyldes, at vedkommende ikke har indgået kontrakt med den registeransvarlige om opbygning af en profil, men om levering af f.eks. varer og tjenesteydelser. Selv om disse behandlingsaktiviteter udtrykkeligt er skrevet med småt i kontrakten, betyder det ikke, at de er "nødvendige" af hensyn til opfyldelsen af kontrakten.

Der er her en klar sammenhæng mellem vurderingen af nødvendighed og overholdelse af princippet om formålsbegrænsning. Det er vigtigt at fastlægge kontraktens præcise *rationale*, dvs. dens indhold og grundlæggende formål, da det er udgangspunktet for vurderingen af, om databehandlingen er nødvendig af hensyn til dens opfyldelse.

I nogle grænsetilfælde kan dette anfægtes eller kræve mere specifik undersøgelse for at afgøre, om databehandlingen er nødvendig af hensyn til opfyldelsen af kontrakten. Oprettelsen af en intern kontaktdatabase for hele virksomheden, som indeholder medarbejdernes navn, arbejdsadresse, telefonnummer og e-mailadresse, så medarbejderne kan komme i kontakt med deres kolleger, kan f.eks. i nogle tilfælde vurderes at være nødvendig af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt i medfør af artikel 7, litra b), men databehandlingen vil også være lovlig i henhold til artikel 7, litra f), hvis den registeransvarliges legitime interesse påvises, og der træffes alle de fornødne foranstaltninger, herunder f.eks. høring af medarbejdernes repræsentanter.

Andre tilfælde, f.eks. elektronisk overvågning af medarbejdernes brug af internet, e-mail eller telefon eller videoovervågning af medarbejdere, udgør mere tydeligt databehandling, der sandsynligvis går ud over det, der er nødvendigt af hensyn til opfyldelsen af en ansættelseskontrakt, selv om det også her afhænger af ansættelsesforholdets art. Bekæmpelse af svig, som bl.a. kan omfatte overvågning og profilering af kunder, er et andet typisk område, der sandsynligvis vil blive vurderet at gå ud over det, der er nødvendigt af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt. En sådan databehandling kan stadig være berettiget i henhold til et andet retligt grundlag i artikel 7, f.eks. samtykke, hvor det er hensigtsmæssigt, retlig forpligtelse eller den registeransvarliges legitime interesse (artikel 7, litra a), c) eller f))³⁵. I sidstnævnte tilfælde skal databehandlingen ske med forbehold af yderligere garantier eller

³⁵ Et andet eksempel på flere retlige grundlag findes i Artikel 29-Gruppens udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke (citeret i fodnote 2). Ved køb af en bil kan den registeransvarlige være berettiget til at behandle personoplysninger med forskellige formål for øje og på forskellige grundlag:

- for at kunne indhente oplysninger, der er nødvendige for købet af bilen artikel 7, litra b)
- for at kunne behandle bilens papirer: artikel 7, litra c)
- af hensyn til styringen af kundeservice (f.eks. med henblik på bilservice i forskellige søsterselskaber i EU): artikel 7, litra f)
- for at kunne overføre oplysninger til tredjeparter i forbindelse med egne markedsføringsaktiviteter: artikel 7, litra a).

foranstaltninger, der sikrer tilstrækkelig beskyttelse af de registreredes interesser eller rettigheder og frihedsrettigheder.

Artikel 7, litra b), gælder kun for det, der er nødvendigt for *opfyldelsen* af en kontrakt. Den gælder ikke for alle yderligere tiltag, der udløses af manglende overensstemmelse, eller for alle andre hændelser i forbindelse med opfyldelsen af en kontrakt. Så længe databehandling dækker den normale opfyldelse af en kontrakt, falder den inden for rammerne af artikel 7, litra b). Hvis der under opfyldelsen opstår en hændelse, der giver anledning til en konflikt, kan behandlingen af oplysninger få et andet forløb. Behandling af grundlæggende oplysninger om den registrerede, som f.eks. navn, adresse og reference til udestående kontraktlige forpligtelser, for at sende formelle rykkerskrivelser skal stadig betragtes som databehandling, der er nødvendig for opfyldelsen af en kontrakt. Hvis der er tale om mere omfattende behandling af personoplysninger, som eventuelt involverer tredjemand, såsom en ekstern inkassator, eller sagsanlæg mod en kunde, der ikke har betalt for en tjenesteydelse, kan det hævdes, at en sådan databehandling ikke længere finder sted i forbindelse med den "sædvanlige" opfyldelse af kontrakten og derfor ikke er omfattet af artikel 7, litra b). Dette gør dog ikke databehandlingen ulovlig som sådan: Den registeransvarlige har en legitim interesse i at gøre brug af retsmidler for at sikre, at hans kontraktlige rettigheder respekteres. Der kan anvendes andre retlige grundlag, som f.eks. artikel 7, litra f), med forbehold af de fornødne garantier og foranstaltninger, som opfylder afvejningstesten³⁶.

- ii) Artikel 7, litra b), omfatter for det andet også databehandling, der finder sted, inden en kontrakt indgås. Dette omfatter prækontraktlige relationer, hvis tiltagene iværksættes på den registreredes anmodning og ikke på den registeransvarliges eller tredjemands initiativ. Hvis en person f.eks. anmoder en detailhandler om at sende hende et tilbud på et produkt, er databehandling til dette formål, f.eks. opbevaring af adresseoplysninger og oplysninger om det, der er anmodet om, i en begrænset periode, tilladt på dette retlige grundlag. Hvis en person anmoder et forsikringsselskab om et tilbud på forsikring af sin bil, må forsikringsselskabet behandle de oplysninger, såsom bilens mærke og alder, samt andre relevante og forholdsmæssige oplysninger, der er nødvendige for at udarbejde tilbuddet.

Detaljerede baggrundstjek, f.eks. behandling af oplysninger om lægeundersøgelser, der foretages, inden et forsikringsselskab udsteder en sundheds- eller livsforsikring til en ansøger, betragtes ikke som nødvendige tiltag, der gennemføres på den registreredes anmodning. Kontrol af kreditværdighed, der foretages inden bevillingen af et lån, foretages heller ikke på den registreredes *anmodning* efter artikel 7, litra b), men efter artikel 7, litra f), eller efter artikel 7, litra c), for at overholde bankernes retlige forpligtelse til at tjekke en officiel liste over registrerede skyldnere.

Markedsføring på detailhandlerens/den registeransvarliges initiativ er heller ikke tilladt på dette retlige grundlag. I nogle tilfælde kan artikel 7, litra f), udgøre et relevant retligt grundlag i stedet for artikel 7, litra b), med forbehold af de fornødne garantier og foranstaltninger, som opfylder afvejningstesten. I andre tilfælde, herunder

³⁶ Med hensyn til særlige kategorier af oplysninger kan artikel 8, stk. 2, litra e), – "nødvendig for, at et retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares" – også tages i betragtning.

detaljeret profilering, datadeling, onlinemarkedsføring eller adfærdsbestemt annoncering, skal samtykke efter artikel 7, litra a), overvejes, som det også fremgår af analysen nedenfor³⁷.

III.2.3. Retlig forpligtelse

Artikel 7, litra c), fastsætter et retligt grundlag i situationer, hvor "behandlingen er nødvendig for at overholde en retlig forpligtelse, som gælder for den registeransvarlige". Dette kan f.eks. være tilfældet, når arbejdsgivere skal indberette oplysninger om deres medarbejders løn til socialsikrings- eller skattemyndighederne, eller når finansieringsinstitutter har pligt til at indberette bestemte mistænkelige transaktioner til de kompetente myndigheder i henhold til regler om bekæmpelse af hvidvaskning af penge. Det kan også være en forpligtelse, som en offentlig myndighed er underlagt, da anvendelse af artikel 7, litra c), ikke er begrænset til den private eller offentlige sektor. Dette gælder eksempelvis for en lokal myndigheds indsamling af oplysninger med henblik på administration af parkeringsbøder.

Artikel 7, litra c), har visse ligheder med artikel 7, litra e), idet en opgave i samfundets interesse ofte er baseret på eller udledt af en retlig bestemmelse. Omfanget af artikel 7, litra c), er dog strengt begrænset.

Artikel 7, litra c), finder kun anvendelse, hvis forpligtelsen er pålagt ved lov (og ikke i henhold til f.eks. en kontrakt). Loven skal opfylde alle relevante betingelser for at gøre forpligtelsen gyldig og bindende og skal også være i overensstemmelse med databeskyttelseslovgivningen, herunder kravet om nødvendighed, proportionalitet³⁸ og formålsbegrænsning.

Det skal også understreges, at artikel 7, litra c), henviser til EU's lovgivning eller en medlemsstats lovgivning. Forpligtelser, der følger af tredjelandes lovgivning (som f.eks. forpligtelsen til at etablere whistle blowing-ordninger i henhold til USA's Sarbanes-Oxley Act fra 2002), er ikke omfattet af dette retlige grundlag. For at være gyldig skal en retlig forpligtelse, der er pålagt af et tredjeland, være officielt anerkendt og integreret i den pågældende medlemsstats retsorden, f.eks. i form af en international aftale³⁹. Behovet for at overholde en tredjelandforpligtelse kan på den anden side repræsentere en legitim interesse for den registeransvarlige, men kun med forbehold af afvejningstesten i artikel 7, litra f), og såfremt de fornødne garantier foreligger, f.eks. garantier godkendt af den kompetente databeskyttelsesmyndighed.

Den registeransvarlige må ikke kunne vælge, om han vil opfylde forpligtelsen eller ej. Frivillige ensidige forpligtelser og offentlig-private partnerskaber, der behandler oplysninger, der går videre end det, der kræves i henhold til loven, er således ikke omfattet af artikel 7, litra c). Hvis en internetudbyder – uden en klar og specifik retlig forpligtelse til at gøre det –

³⁷ Se afsnit III.3.6, litra b), "Illustration: udviklingen i tilgangen til markedsføring" på side 45-46.

³⁸ Se også Artikel 29-Gruppens udtalelse 01/2014 om anvendelsen af nødvendigheds- og proportionalitetsbegreberne og databeskyttelse i retshåndhævelsessektoren vedtaget den 27.2.2014 (WP 211).

³⁹ Se afsnit 4.2.2 i Artikel 29-Gruppens udtalelse 10/2006 om behandling af personoplysninger i Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT) vedtaget den 20.11.2006 (WP128) og Artikel 29-Gruppens udtalelse 1/2006 om anvendelsen af EU's databeskyttelsesregler på interne ordninger for rapportering af uregelmæssigheder på områderne regnskabsføring, intern regnskabskontrol, revision, bekæmpelse af korruption samt kriminalitet i bank- og finanssektoren vedtaget den 1.2.2006 (WP 117).

beslutter at overvåge sine brugere i et forsøg på at bekæmpe ulovlige overførsler, udgør artikel 7, litra c), ikke et retligt grundlag til dette formål.

Den retlige forpligtelse skal være tilstrækkelig klar med hensyn til den behandling af personoplysninger, den kræver. Artikel 7, litra c), gælder således på grundlag af retlige bestemmelser, der udtrykkeligt henviser til karakteren af og genstanden for databehandlingen. Den registeransvarlige må ikke have unødige skønsbeføjelser med hensyn til, hvordan den retlige forpligtelse skal overholdes.

I nogle tilfælde fastlægger lovgivningen kun et generelt formål, mens mere specifikke forpligtelser pålægges på et andet niveau, f.eks. i sekundær lovgivning eller ved bindende afgørelse truffet af en offentlig myndighed i en konkret sag. Dette kan også føre til retlige forpligtelser efter artikel 7, litra c), hvis databehandlingens art og genstand er veldefineret, og den sker på et hensigtsmæssigt retligt grundlag.

Situationen er dog en anden, hvis en tilsynsmyndighed kun udsteder generelle politiske retningslinjer og betingelser for sin håndhævelse af reglerne (f.eks. lovgivningsmæssig vejledning til finansieringsinstitutter om visse due diligence-standarder). I sådanne tilfælde bør databehandlingen vurderes i henhold til artikel 7, litra f), og kun betragtes som legitim med forbehold af den supplerede afvejningstest⁴⁰.

Det skal generelt bemærkes, at visse databehandlingsaktiviteter i nogle henseender tilsyneladende er omfattet af artikel 7, litra c), eller artikel 7, litra b), uden fuldt ud at opfylde kriterierne for anvendelsen af disse retlige grundlag. Det betyder ikke nødvendigvis, at sådan databehandling altid er ulovlig. Databehandlingen kan være lovlig, men i stedet i medfør af artikel 7, litra f), med forbehold af den supplerede afvejningstest.

III.2.4. Vitale interesser

Artikel 7, litra d), fastsætter et retligt grundlag i situationer, hvor "behandlingen er nødvendig for at beskytte den registreredes vitale interesser". Der benyttes her en anden formulering end i artikel 8, stk. 2, litra c), som er mere specifik og henviser til situationer, hvor "behandlingen er nødvendig for at beskytte den registreredes eller en anden persons vitale interesser i tilfælde, hvor den pågældende ikke fysisk eller juridisk er i stand til at give sit samtykke".

I begge bestemmelser antydes det dog, at anvendelsesområdet for dette retlige grundlag skal være begrænset. Udtrykket "vitale interesser" begrænser anvendelsen af dette grundlag til livsvigtige spørgsmål eller i det mindste trusler, der kan medføre en risiko for personskade eller andre skader for den registrerede (eller i tilfælde af artikel 8, stk. 2, litra c), også for en anden person).

Betragtning 31 bekræfter, at formålet med dette retlige grundlag er at "beskytte et hensyn af fundamental betydning for den registreredes liv". I direktivet angives det dog ikke præcist, om der skal være tale om en umiddelbart forestående trussel. Dette rejser visse spørgsmål med hensyn til omfanget af dataindsamlingen, f.eks. som en forebyggende foranstaltning eller i

⁴⁰ Retningslinjer fra en tilsynsmyndighed kan stadig have betydning for vurderingen af den registeransvarliges legitime interesse (se afsnit III.3.4, punkt a), på side 36).

brede skala, såsom indsamling af flypassagerers oplysninger, hvis der er risiko for epidemiologisk sygdom, eller der er konstateret en sikkerhedshændelse.

Artikel 29-Gruppen finder, at bestemmelsen skal fortolkes restriktivt i overensstemmelse med formålet med artikel 8. Selv om artikel 7, litra d), ikke specifikt begrænser anvendelsen af dette grundlag til situationer, hvor samtykke ikke kan anvendes som retligt grundlag, af de årsager, der er anført i artikel 8, stk. 2, litra c), kan det rimeligvis antages, at samtykke så vidt muligt skal indhentes i situationer, hvor det er muligt og nødvendigt at anmode om gyldigt samtykke. Dette vil i hvert enkelt tilfælde også gøre anvendelsen af bestemmelsen afhængig af en konkret analyse, og bestemmelsen kan normalt ikke anvendes til at berettigg masseindsamling eller -behandling af personoplysninger. Hvis dette er nødvendigt, udgør artikel 7, litra c) eller e), et mere hensigtsmæssigt grundlag for databehandling.

III.2.5. Opgave i samfundets interesse

Artikel 7, litra e), fastsætter et retligt grundlag i situationer, hvor "behandlingen er nødvendig af hensyn til udførelsen af en opgave i samfundets interesse eller henhørende under offentlig myndighedsudøvelse, som den registeransvarlige eller en tredjemand, til hvem oplysningerne videregives, har fået pålagt".

Det skal bemærkes, at artikel 7, litra e), ligesom artikel 7, litra c), henviser til EU's lovgivning eller en medlemsstats lovgivning. På samme måde henviser "offentlig myndighedsudøvelse" til beføjelser, der er givet af EU eller en medlemsstat. Opgaver, der udføres i et tredjelands interesse eller henhørende under offentlig myndighedsudøvelse i medfør af tredjelandslovgivning, er med andre ord ikke omfattet af anvendelsesområdet for denne bestemmelse⁴¹.

Artikel 7, litra e), dækker to situationer og er relevant for både den offentlige og den private sektor. Bestemmelsen dækker for det første situationer, hvor den registeransvarlige selv udøver offentlig myndighed eller udfører en opgave i samfundets interesse (men ikke nødvendigvis også opfylder en retlig forpligtelse til at behandle oplysninger), og databehandlingen er nødvendig for at udøve denne myndighed eller udføre den pågældende opgave. En skattemyndighed kan f.eks. indsamle og behandle en persons selvangivelse med det formål at beregne og kontrollere det beløb, der skal betales i skat. Faglige sammenslutninger, f.eks. af advokater eller læger, kan f.eks. gennemføre disciplinære procedurer mod nogle af deres medlemmer, hvis de har officielle beføjelser hertil. Et andet eksempel er lokale styringsorganer, f.eks. kommunale myndigheder, der har til opgave at drive bibliotekstjenester, skoler eller svømmehaller.

Artikel 7, litra e), dækker for det andet også situationer, hvor den registeransvarlige ikke udøver offentlig myndighed, men anmodes om at fremlægge oplysninger af en tredjemand, der udøver offentlig myndighed. En ansat ved et offentligt organ med ansvar for efterforskning af kriminalitet kan f.eks. anmode den registeransvarlige om at samarbejde i en igangværende efterforskning i stedet for at beordre den registeransvarlige til at overholde en specifik anmodning om samarbejde. Artikel 7, litra e), kan endvidere dække situationer, hvor

⁴¹ Se afsnit 2.4 i Artikel 29-Gruppens arbejdsdokument om en ensartet fortolkning af artikel 26, stk. 1, i direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 vedtaget den 25.11.2005 (WP 114) for en tilsvarende fortolkning af begrebet "vigtig samfundsinteresse", i artikel 26, stk. 1, litra d).

den registeransvarlige proaktivt videregiver oplysninger til tredjemand, der udøver sådan offentlig myndighed. Dette kan f.eks. være tilfældet, når en registeransvarlig bemærker, at der er begået en lovovertrædelse, og på eget initiativ videregiver denne oplysning til de kompetente retshåndhævelsesmyndigheder.

I modsætning til artikel 7, litra c), kræver denne bestemmelse ikke, at den registeransvarlige handler på grundlag af en retlig forpligtelse. I ovennævnte eksempel er en registeransvarlig, der tilfældigvis konstaterer, at der er begået tyveri eller svindel, ikke retligt forpligtet til at rapportere dette til politiet, men kan alligevel vælge at gøre det på grundlag af artikel 7, litra e).

Databehandlingen skal dog være "nødvendig af hensyn til udførelsen af en opgave i samfundets interesse". Alternativt skal enten den registeransvarlige eller den tredjemand, som den registeransvarlige videregiver oplysningerne til, have officiel myndighed, og databehandlingen skal være nødvendig for udøvelsen af denne myndighed⁴². Det skal også understreges, at denne offentlige myndighed eller opgave i samfundets interesse typisk skal være tildelt ved lov eller andre retlige bestemmelser. Hvis databehandlingen medfører en krænkelse af privatlivets fred, eller hvis dette på anden måde er påkrævet i henhold til national lovgivning af hensyn til beskyttelsen af de berørte personer, skal det retlige grundlag tilstrækkeligt specifikt og præcist angive den type behandling af personoplysninger, der tillades.

Sådanne situationer bliver mere og mere almindelige, også uden for den offentlige sektor, som følge af tendensen til at udlicitere forvaltningsopgaver til enheder i den private sektor. Det kan f.eks. være tilfældet i forbindelse med databehandlingsaktiviteter i transport- eller sundhedssektoren (såsom epidemiologiske undersøgelser og forskning). Dette retlige grundlag kan også anvendes i forbindelse med retshåndhævelse, som det fremgår af eksemplerne ovenfor. Omfanget for en privat virksomheds samarbejde med retshåndhævende myndigheder, f.eks. i bekæmpelsen af svig eller ulovligt indhold på internettet, skal dog analyseres, ikke kun på grundlag af artikel 7, men også på grundlag af artikel 6, for så vidt angår krav om formålsbegrænsning, lovlighed og rimelighed⁴³.

Artikel 7, litra e), har potentielt et meget bredt anvendelsesområde, og det fordrer en streng fortolkning og klar identifikation af den berørte samfundsmæssige interesse og den offentlige myndighedsudøvelse, der berettiger databehandlingen. Dette brede anvendelsesområde forklarer også, hvorfor der i artikel 14 – ligesom for artikel 7, litra f) – er fastsat en ret til indsigelse, når databehandlingen er baseret på artikel 7, litra e)⁴⁴. Lignende yderligere garantier eller foranstaltninger kan finde anvendelse i begge tilfælde⁴⁵.

⁴² I disse tilfælde skal opgaverne stadig være relevante for offentligheden, og det tilsvarende ansvar vil stadig gøre sig gældende, selv om udførelsen af opgaven overdrages til andre enheder, herunder private enheder.

⁴³ Se i den henseende Artikel 29-Gruppens udtalelse om SWIFT (citeret i fodnote 39 ovenfor), Artikel 29-Gruppens udtalelse 4/2003 om databeskyttelsesniveauet i USA ved overførsel af passageroplysninger vedtaget den 13.6.2003 (WP 78) og "Working Document on data protection issues related to intellectual property rights" vedtaget den 18.1.2005 (WP 104).

⁴⁴ Som nævnt ovenfor findes denne mulighed for indsigelse ikke i visse medlemsstater (f.eks. Sverige), hvis der er tale om behandling af personoplysninger på grundlag af artikel 7, litra e).

⁴⁵ Som det påvises i det følgende, foreslog LIBE-Udvalget i sit udkast til betænkning yderligere garantier – eksempelvis øget gennemsigtighed – når artikel 7, litra f), finder anvendelse.

I den henseende er der visse ligheder mellem artikel 7, litra e), og artikel 7, litra f), og i nogle sammenhænge, især for offentlige myndigheder, kan artikel 7, litra e), erstatte artikel 7, litra f).

Når disse bestemmelser anvendelsesområde for offentlige organer vurderes, navnlig i lyset af de foreslåede ændringer af de retlige rammer for databeskyttelse, skal det bemærkes, at den nuværende forordning 45/2001⁴⁶, som indeholder de databeskyttelsesregler, der gælder for EU-institutioner og -organer, ikke indeholder en bestemmelse, der svarer til artikel 7, litra f).

I betragtning 27 i nævnte forordning fastsættes det dog, at behandling "af personoplysninger, som sker til udførelse af de opgaver, fællesskabsinstitutionerne og -organerne udfører i *samfundets interesse*, omfatter enhver behandling af personoplysninger, der er nødvendig af hensyn til administrationen af disse institutioner og organer og deres funktion". Denne bestemmelse tillader således behandling af personoplysninger på grundlag af en bredt fortolket "opgave i samfundets interesse" i en lang række tilfælde, som ellers ville være omfattet af en bestemmelse svarende til artikel 7, litra f). Videoovervågning af lokaler af hensyn til sikkerheden, elektronisk overvågning af e-mailtrafik eller personaleevalueringer er blot eksempler på situationer, der er omfattet af denne bredt fortolkede bestemmelse om opgaver, der udføres i samfundets interesse.

Fremadrettet er det også vigtigt at bemærke, at forordningsforslaget i artikel 6, stk. 1, litra f), specifikt fastsætter, at det retlige grundlag vedrørende legitim interesse ikke gælder "for den behandling, som offentlige myndigheder foretager som led i udførelsen af deres opgaver". Hvis denne bestemmelse vedtages og fortolkes bredt, således at offentlige myndigheder ikke kan henholde sig til legitime interesser som retligt grundlag, skal de retlige grundlag "samfundets interesse" og "offentlig myndighedsudøvelse" i artikel 7, litra e), fortolkes på en måde, som giver de offentlige myndigheder en vis fleksibilitet, der som et minimum sikrer, at de kan forvaltes og fungere, sådan som forordning nr. 45/2001 fortolkes i dag.

Alternativt kan den citerede sidste sætning i artikel 6, stk. 1, litra f), i forordningsforslaget fortolkes således, at offentlige myndigheder ikke helt udelukkes fra at henholde sig til legitime interesser som retligt grundlag. I det tilfælde skal udtrykket "behandling, som offentlige myndigheder foretager som led i udførelsen af deres opgaver" i den foreslåede bestemmelse (artikel 6, stk. 1, litra f)) fortolkes snævert. En sådan snæver fortolkning vil betyde, at den databehandling, som disse offentlige myndigheder foretager som et led i deres forvaltning og drift, ikke er omfattet af udtrykket "behandling, som offentlige myndigheder foretager som led i udførelsen af deres opgaver". Det betyder, at databehandling, der foretages som et led i disse offentlige myndigheders forvaltning og drift, stadig er mulig baseret på det retlige grundlag vedrørende legitim interesse.

III.3. Artikel 7, litra f): legitim interesse

Artikel 7, litra f)⁴⁷, kræver en afvejningstest: Det, der er nødvendigt af hensyn til den

⁴⁶ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 45/2001 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger i fællesskabsinstitutionerne og -organerne og om fri udveksling af sådanne oplysninger. (EFT L 8 af 12.1.2001, s. 1).

⁴⁷ Teksten i artikel 7, litra f), ses på side 4 ovenfor.

registeransvarliges (eller tredjemands) legitime interesser, skal afvejes i forhold til den registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder. Resultatet af denne afvejningstest afgør stort set, om artikel 7, litra f), kan anvendes som retsgrundlag for databehandling.

Det skal allerede her nævnes, at dette ikke blot er en simpel afvejning af to kvantificerbare og sammenlignelige størrelser i forhold til hinanden. Som det beskrives i detaljer nedenfor, omfatter denne afvejningstest en kompleks vurdering, der omfatter en række faktorer. For at hjælpe med at strukturere og forenkle vurderingen har vi opdelt processen i en række trin, som gør det muligt at udføre afvejningstesten på en effektiv måde.

I afsnit III.3.1 undersøges først den ene side af afvejningen, dvs. "nødvendig, for at den registeransvarlige eller den tredjemand eller de tredjemænd, til hvem oplysningerne videregives, kan forfølge en legitim interesse". I afsnit III.3.2 undersøges den anden side, dvs. "den registreredes interesser eller de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, der skal beskyttes i henhold til artikel 1, stk. 1".

I afsnit III.3.3 og III.3.4 gives der vejledning i, hvordan selve afvejningen foretages. Afsnit III.3.3 giver en generel introduktion baseret på tre forskellige scenarier. Efter denne indledning skitseres i afsnit III.3.4 de vigtigste hensyn, der skal tages, når afvejningen foretages, herunder de garantier og foranstaltninger, den registeransvarlige skal tilvejebringe.

I afsnit III.3.5 og III.3.6 beskrives til sidst en række specifikke forhold, som f.eks. ansvarlighed, gennemsigtighed og retten til indsigelse, der kan hjælpe med at sikre – og forbedre – en hensigtsmæssig balance mellem forskellige interesser.

III.3.1. Legitime interesser, der forfølges af den registeransvarlige eller en tredjemand

Begrebet "interesse"

Begrebet "interesse" er tæt forbundet, men særskilt fra begrebet "formål", som er nævnt i direktivets artikel 6. I forbindelse med databeskyttelse er "formål" den specifikke årsag til, at oplysninger behandles: målet eller hensigten med behandlingen af personoplysninger. En interesse er på den anden side den bredere andel, en registeransvarlig har i databehandlingen, eller den fordel, som den registeransvarlige opnår – eller som samfundet kan opnå – som følge af databehandlingen.

En virksomhed kan f.eks. have en *interesse* i at sikre personalets sundhed og sikkerhed på sit atomkraftværk. I tilknytning hertil kan virksomheden have til *formål* at gennemføre specifikke adgangskontroller, der begrundes behandlingen af visse angivne personoplysninger, og som hjælper med at sikre personalets sundhed og sikkerhed.

En interesse skal være tilstrækkeligt klart formuleret til, at afvejningstesten kan foretages i forhold til den registreredes interesser og grundlæggende rettigheder. Den berørte interesse skal desuden forfølges af den registeransvarlige. Det kræver en reel og nuværende interesse, dvs. noget, der svarer til de nuværende aktiviteter eller fordele, som forventes i nær fremtid. Det er med andre ord ikke tilstrækkeligt med interesser, som er for vage eller spekulative.

Interessens art kan variere. Nogle interesser kan være vægtige og gavnlige for samfundet som

helhed, som f.eks. mediernes interesse i at offentliggøre oplysninger om korrupsion i regeringen eller interessen i udførelsen af videnskabelig forskning (med forbehold af de fornødne garantier). Andre interesser kan være mindre presserende for samfundet som helhed, eller konsekvensen af forfølgelsen af disse interesser kan under alle omstændigheder være mere blandet eller kontroversiel for samfundet som helhed. Det kan f.eks. være tilfældet for en virksomheds økonomiske interesse i at få så mange oplysninger som muligt om sine potentielle kunder, så den bedre kan målrette annoncer for sine produkter eller tjenesteydelser.

Hvad gør en interesse "legitim" eller "illegitim"?

Dette spørgsmål stilles for at finde frem til tærsklen for, hvad der udgør en legitim interesse. Hvis den registeransvarliges interesse er illegitim, bliver afvejningstesten slet ikke relevant, da den første tærskel for anvendelsen af artikel 7, litra f), endnu ikke vil være nået.

Efter Artikel 29-Gruppens mening kan begrebet "legitim interesse" omfatte en lang række interesser, der kan være både ubetydelige og vægtige, umiddelbare eller mere kontroversielle. Det vil så være i et andet trin, når disse interesser afvejes i forhold til de registreredes interesser og grundlæggende rettigheder, at der benyttes en mere restriktiv tilgang, og der foretages en grundigere analyse.

Følgende er en ikke-udtømmende liste over nogle af de mest almindelige situationer, hvor spørgsmålet om legitim interesse som defineret i artikel 7, litra f), kan opstå. Den fremlægges uden at tage stilling til, om den registeransvarliges interesser i sidste ende vil gå forud for de registreredes interesser og rettigheder, når afvejningen foretages:

- udøvelse af retten til ytrings- eller informationsfrihed, herunder i medierne og i kunstnerisk øjemed
- traditionel direkte markedsføring og andre former for markedsføring eller annoncering
- uopfordrede ikke-kommercielle budskaber, herunder i forbindelse med politiske kampagner eller indsamlinger til velgørenhed
- håndhævelse af retlige krav, herunder gældsinddrivelse via udenretlige procedurer
- forebyggelse af svig, misbrug af tjenester eller hvidvaskning af penge
- overvågning af medarbejdere i sikkerheds- eller ledelsesøjemed
- whistle blowing-ordninger
- fysisk sikkerhed, IT-sikkerhed og netværkssikkerhed
- databehandling i historisk, videnskabeligt eller statistisk øjemed
- databehandling til forskningsformål (herunder markedsundersøgelser).

En interesse kan således betragtes som legitim, når den registeransvarlige kan forfølge den på en måde, som er i overensstemmelse med databeskyttelseslovgivningen og den øvrige lovgivning. En legitim interesse skal med andre ord være acceptabel i henhold til lovgivningen⁴⁸.

⁴⁸ Bemærkningerne om arten af "legitimitet" i afsnit III.1.3 i Artikel 29-Gruppens udtalelse 3/2013 om formålsbegrænsning (citeret i fodnote 9 ovenfor) gælder tilsvarende her. Ligesom på side 19-20 i nævnte udtalelse anvendes begrebet "lovgivning" her i dets bredeste betydning. Det omfatter andre gældende love, som f.eks. lovgivningen på områderne for ansættelse, kontrakter og forbrugerbeskyttelse. Begrebet "lovgivning" omfatter endvidere alle former for skriftlig lovgivning og sædvaneret, primær og sekundær lovgivning, kommunale bekendtgørelser, retspraksis, forfatningsmæssige bestemmelser, grundlæggende rettigheder, andre juridiske principper samt retsvidenskab, som sådan lovgivning fortolkes og anvendes af de kompetente

For at være relevant efter artikel 7, litra f), skal en "legitim interesse" derfor:

- være lovlige (dvs. i overensstemmelse med gældende EU-lovgivning og national lovgivning)
- være tilstrækkeligt klart formuleret til, at afvejningstesten kan foretages i forhold til den registreredes interesser og grundlæggende rettigheder (dvs. tilstrækkeligt specifik)
- repræsentere en reel og nuværende interesse (dvs. ikke være spekulativ).

Selv om den registeransvarlige har en sådan legitim interesse i behandlingen af visse oplysninger, betyder det ikke nødvendigvis, at vedkommende kan henholde sig til artikel 7, litra f), som retligt grundlag for databehandlingen. Legitimiteten af den registeransvarliges interesse er blot et udgangspunkt og kun ét af de elementer, der skal analyseres efter artikel 7, litra f). Om artikel 7, litra f), kan påberåbes, afhænger af resultatet af den efterfølgende afvejningstest.

Det kan illustreres på følgende måde: Registeransvarlige kan have en legitim interesse i at kende deres kunders præferencer, så de bedre kan tilpasse deres tilbud og i sidste ende tilbyde produkter og tjenesteydelser, der bedre opfylder kundernes behov og ønsker. Artikel 7, litra f), kan på den baggrund udgøre et retligt grundlag for sådanne markedsføringsaktiviteter, online og offline, såfremt der gives de fornødne garantier (herunder en brugbar funktion, der sætter kunderne i stand til at modsætte sig en sådan databehandling i henhold til artikel 14, litra b), som også er beskrevet i afsnit III.3.6 *Retten til at gøre indsigelse og følger heraf*).

Det betyder dog ikke, at registeransvarlige kan henholde sig til artikel 7, litra f), for ubehørigt at overvåge deres kunders online- eller offlineaktiviteter, kombinere store mængder data om dem fra forskellige kilder, som indledningsvis blev indsamlet i andre sammenhænge og til andre formål, og oprette – og f.eks. via databrokere også handle med – komplekse profiler over kundernes personligheder og præferencer uden deres viden, en brugbar funktion til at gøre indsigelse og samtykke. Sådanne profileringsaktiviteter udgør sandsynligvis en betydelig krænkelse af kundens ret til privatliv. Den registeransvarliges interesse vil i så fald blive tilsidesat af den registreredes interesser og rettigheder⁴⁹.

Som et andet eksempel kan det nævnes, at Artikel 29-Gruppen i sin udtalelse om SWIFT⁵⁰ – selv om den anerkendte virksomhedens legitime interesse i at opfylde beslutninger i henhold til amerikansk lovgivning for at undgå sanktioner fra de amerikanske myndigheders side – konkluderede, at den ikke kunne henholde sig til artikel 7, litra f). Som følge af de vidtrækkende konsekvenser af behandling af personoplysninger, der blev foretaget på "en

domstole. Inden for lovgivningens rammer kan andre elementer, som f.eks. sædvane, adfærdskodekser, etiske kodekser, kontrakter samt den generelle situation og sagens faktiske omstændigheder, tages i betragtning, når det vurderes, om et særligt formål er legitimt. Det omfatter arten af det underliggende forhold mellem den registeransvarlige og de registrerede, uanset om det er et kommercielt forhold eller et andet forhold. Det, der betragtes som en legitim interesse, kan desuden ændre sig med tiden afhængigt af den videnskabelige og teknologiske udvikling samt ændringer i samfundsmæssige og kulturelle holdninger.

⁴⁹ Sporingsteknologier og betydningen af samtykke i henhold til artikel 5, stk. 3, i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation drøftes separat. Se afsnit III.3.6, litra b), "Illustration: udviklingen i tilgangen til markedsføring".

⁵⁰ Se afsnit 4.2.3 i udtalelse citeret i fodnote 39 ovenfor. Den registeransvarliges legitime interesser var i dette tilfælde også kædet sammen med et tredjelandssamfundsmæssige interesse, hvilket ikke kunne påberåbes i henhold til direktiv 95/46/EF.

skjult, systematisk, massiv og langvarig måde", fandt Artikel 29-Gruppen navnlig, at de mange registreredes interesser eller de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder går forud for SWIFT's interesse i ikke at blive pålagt sanktioner af USA for en eventuel manglende opfyldelse af beslutningerne.

Hvis den interesse, der forfølges af den registeransvarlige ikke er vægtig, er der, som det påvises senere, større sandsynlighed for, at den registreredes interesser og rettigheder vil gå forud for den registeransvarliges legitime – men mindre betydelige – interesser. Samtidig betyder dette ikke, at den registeransvarliges mindre vægtige interesser ikke i nogle tilfælde kan gå forud for de registreredes interesser og rettigheder. Det sker typisk, når databehandlingens indvirkning på de registrerede også er mindre betydelig.

Den offentlige sektors legitime interesse

Den nuværende direktivtekst udelukker ikke specifikt registeransvarlige, der er offentlige myndigheder, fra at behandle personoplysninger med artikel 7, litra f), som retligt grundlag for databehandling⁵¹.

I forordningsforslaget⁵² udelukkes dog denne mulighed for "behandling, som offentlige myndigheder foretager som led i udførelsen af deres opgaver".

Den foreslåede lovgivningsændring fremhæver betydningen af det generelle princip om, at offentlige myndigheder som regel kun bør behandle personoplysninger som led i udførelsen af deres opgaver, hvis de ved lov har fået tildelt de fornødne beføjelser dertil. Det er især vigtigt, at dette princip overholdes – og er klart påkrævet i henhold til Menneskerettighedsdomstolens retspraksis – i tilfælde, hvor det drejer sig om de registreredes privatliv, og den offentlige myndigheds aktiviteter ville krænke deres ret til privatliv.

Tilstrækkeligt *detaljerede og specifikke* beføjelser tildelt ved lov kræves – også i henhold til direktivet – derfor, hvis de offentlige myndigheders databehandling krænker de registreredes privatliv. Dette kan være i form af en specifik retlig forpligtelse til at behandle personoplysninger, som er i overensstemmelse med artikel 7, litra c), eller en specifik beføjelse (men ikke nødvendigvis en forpligtelse) til at behandle personoplysninger, som kan opfylde kravene i artikel 7, litra e) eller f)⁵³.

Tredjemands legitime interesser

Den nuværende direktivtekst henviser ikke kun til de legitime interesser, der forfølges af den registeransvarlige, men tillader også, at artikel 7, litra f), anvendes, når den legitime interesse

⁵¹ Oprindeligt omhandlede Kommissionens første direktivforslag behandling af personoplysninger i den private sektor og den offentlige sektors behandlingsaktiviteter hver for sig. Denne formelle sondring mellem de regler, der gælder for den offentlige sektor, og de regler, der gælder for den private sektor, blev opgivet i det ændrede forslag. Dette kan have ført til forskellige fortolkninger og gennemførelser i de forskellige medlemsstater.

⁵² Jf. artikel 6, stk. 1, litra f, i forordningsforslaget.

⁵³ Se i den henseende også afsnit III.2.5 ovenfor om opgaver i samfundets interesse (side 21-23) og gennemgangen nedenfor under overskriften *Tredjemands legitime interesser* (på side 27-28). Se også overvejelserne om grænser for "privat håndhævelse" af loven på side 35 under overskriften "Offentlige interesser/bredere samfundsinteresser". I alle disse situationer er det særligt vigtigt at sikre, at begrænsningerne i artikel 7, litra f), og 7, litra e), overholdes fuldt ud.

forfølges af "den tredjemand eller de tredjemænd, til hvem oplysningerne videregives"⁵⁴. Følgende eksempler illustrerer nogle af de sammenhænge, hvor denne bestemmelse kan anvendes.

Offentliggørelse af personoplysninger med henblik på gennemsigtighed og ansvarlighed En vigtig kontekst, hvor artikel 7, litra f), kan være relevant, er offentliggørelsen af personoplysninger med henblik på gennemsigtighed og ansvarlighed (f.eks. den øverste ledelses lønninger i en virksomhed). I det tilfælde kan det vurderes, at offentliggørelsen primært ikke sker af hensyn til den registeransvarlige, som offentliggør oplysningerne, men i stedet af hensyn til andre interessenter, som f.eks. medarbejdere, journalister eller offentligheden, som oplysningerne videregives til.

I relation til databeskyttelse og beskyttelse af privatlivets fred samt den retlige sikkerhed generelt bør personoplysninger offentliggøres på grundlag af en lov, der tillader og i relevante tilfælde klart angiver de oplysninger, der skal offentliggøres, formålene med offentliggørelsen og de fornødne forsikringer⁵⁵. Dette betyder også, at artikel 7, litra c), i nogle tilfælde bør anvendes i stedet for artikel 7, litra f), som retligt grundlag, når personoplysninger offentliggøres med henblik på gennemsigtighed og ansvarlighed⁵⁶.

Hvis der ikke foreligger en specifik retlig forpligtelse eller tilladelse til at offentliggøre personoplysninger, kan personoplysninger dog alligevel videregives til relevante interessenter. Hvis det er hensigtsmæssigt, må personoplysninger også offentliggøres med henblik på gennemsigtighed og ansvarlighed.

I begge tilfælde – dvs. uanset om personoplysninger videregives på grundlag af lovgivning, der tillader dette, eller ej – afhænger videregivelsen direkte af resultatet af afvejningstesten i artikel 7, litra f), og gennemførelsen af de fornødne garantier og foranstaltninger⁵⁷.

Videreanvendelsen med henblik på yderligere gennemsigtighed af allerede offentliggjorte personoplysninger (f.eks. mediers fornyede offentliggørelse af oplysninger eller en ngo's videreformidling af det oprindeligt offentliggjorte datasæt på en mere innovativ eller

⁵⁴ Forordningsforslaget har til formål at begrænse anvendelsen af dette retlige grundlag til legitime interesser, der forfølges af en registeransvarlig. Det fremgår ikke af teksten alene, om den foreslåede ordlyd blot er en forenkling af teksten, eller om den har til formål at udelukke situationer, hvor en registeransvarlig videregiver personoplysninger af hensyn til andres legitime interesser. Denne tekst er dog ikke endelig. Tredjemænds interesse blev f.eks. indføjet igen i LIBE-Udvalgets endelige betænkning, da Europa-Parlamentets LIBE-Udvalg stemte om kompromisændringsforslagene den 21. oktober 2013. Se ændringsforslag 100 til artikel 6. Artikel 29-Gruppen støtter genindføjelser af tredjemænd i forslaget, da dette kan være hensigtsmæssigt i visse situationer, herunder dem, der er beskrevet i det følgende.

⁵⁵ Denne anbefaling til bedste praksis bør ikke træde i stedet for nationale bestemmelser om gennemsigtighed og aktindsigt i dokumenter.

⁵⁶ I nogle bestemmelser skal forskellige regler overholdes ved behandling, der foretages af offentlige og private parter. I henhold til eksempelvis den italienske databeskyttelseslov må et offentligt organ kun videregive personoplysninger, hvis det er tilladt ved lov (afsnit 19.3).

⁵⁷ Som forklaret i Artikel 29-Gruppens udtalelse 06/2013 om videreanvendelse af åbne data og den offentlige sektors informationer (PSI) (se side 9 i nævnte udtalelse, citeret i fodnote 88 nedenfor) skal national praksis eller national lovgivning "overholde artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention og artikel 7 og 8 i EU-chartret, for så vidt angår gennemsigtighed. Som EF-Domstolen fastslog i dommene i Österreichischer Rundfunk og Schecke, skal det vurderes, at offentliggørelsen er nødvendig og hensigtsmæssig i henhold til det legitime mål, der forfølges med lovgivningen". Se EF-Domstolen af 20. maj 2003, Rundfunk, forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, og EF-Domstolen af 9. november 2010, Volker und Markus Schecke, forenede sager C-92/09 og C-93/09.

brugervenlig måde) kan også være ønskelig. Om sådan fornyet offentliggørelse og videreanvendelse er mulig, afhænger også af resultatet af afvejningstesten, som bl.a. bør tage højde for oplysningernes art og virkningen af den fornyede offentliggørelse eller videreanvendelse på de registrerede⁵⁸.

Historisk eller andre former for videnskabelig forskning En anden vigtig sammenhæng, hvor videregivelse af hensyn til tredjemands legitime interesser kan være relevant, er historisk eller andre former for videnskabelig forskning, f.eks. hvis der kræves adgang til bestemte databaser. Sådanne aktiviteter anerkendes specifikt i direktivet med forbehold af de fornødne garantier og foranstaltninger⁵⁹, men det skal erindres, at det retlige grundlag for disse aktiviteter ofte er en velovervejet anvendelse af artikel 7, litra f)⁶⁰.

Samfundsinteresse eller tredjemands interesse. Tredjemands legitime interesser kan også være relevante i anden henseende. Det gælder, hvis en registeransvarlig – muligvis tilskyndet af de offentlige myndigheder – forfølger en interesse, der svarer til en samfundsinteresse eller en tredjemands interesse. Det kan omfatte situationer, hvor en registeransvarlig går ud over sine specifikke retlige forpligtelser fastsat ved lov for at bistå retshåndhavende myndigheder eller private interessenter i deres indsats for at bekæmpe ulovlige aktiviteter, som f.eks. hvidvaskning af penge, børnegrooming eller ulovlig fildeling på internettet. I alle disse situationer er det særligt vigtigt at sikre, at begrænsningerne i artikel 7, litra f), overholdes fuldt ud⁶¹.

Databehandlingen skal være nødvendig til formålet

Endelig skal behandlingen af personoplysninger også være "nødvendig, for at den registeransvarlige eller den tredjemand eller de tredjemænd, til hvem oplysningerne videregives, kan forfølge en legitim interesse". Denne betingelse supplerer kravet om nødvendighed i artikel 6 og kræver en forbindelse mellem databehandlingen og de interesser, der forfølges. Kravet om nødvendighed gælder i alle de situationer, der er nævnt i artikel 7, litra b) til f), men er især relevant i forbindelse med litra f), idet det sikrer, at behandling af personoplysninger baseret på legitime interesser ikke fører til en ubehørig bred fortolkning af nødvendigheden af at behandle oplysninger. Som i andre tilfælde betyder det, at det skal overvejes, om der findes mindre omfattende midler, der kan tjene det samme formål.

⁵⁸ Formålsbegrænsning er også en vigtig faktor i denne forbindelse. På side 19 i Artikel 29-Gruppens udtalelse 06/2013 om videreanvendelse af åbne data (citeret i fodnote 88 nedenfor) anbefaler den, "at enhver lovgivning, der kræver offentlig adgang til data, klart angiver formålet med offentliggørelse af personoplysninger. Hvis dette ikke sker eller kun gennemføres i form af vage og generelle bestemmelser, vil det gå ud over retssikkerheden og forudsigeligheden. Navnlig med hensyn til anmodninger om videreanvendelse bliver det meget vanskeligt for den pågældende offentlige instans og potentielle videreanvendere at afgøre, hvad det oprindelige formål med offentliggørelsen var og efterfølgende, hvilke videre formål der vil være forenelige med disse oprindelige formål. Som tidligere nævnt gælder det, at selv om personoplysninger offentliggøres på internettet, kan man ikke gå ud fra, at de kan videreanvendes til alle mulige formål".

⁵⁹ Se f.eks. artikel 6, stk. 1, litra b) og e).

⁶⁰ Som forklaret i Artikel 29-Gruppens udtalelse 3/2013 om formålsbegrænsning (citeret i fodnote 9 ovenfor) bør videreanvendelse af oplysninger til sekundære formål underkastes en dobbelt test. Det skal for det første sikres, at oplysningerne anvendes til forenelige formål. Dernæst skal det sikres, at der er et hensigtsmæssigt retligt grundlag i henhold til artikel 7 for behandlingen.

⁶¹ Se i den henseende Artikel 29-Gruppens "Working Document on data protection issues related to intellectual property rights" vedtaget den 18.1.2005 (WP 104).

III.3.2. Den registreredes interesser eller rettigheder

Interesser eller rettigheder (og ikke interesser for rettigheder)

I direktivets artikel 7, litra f), henvises til "den registreredes interesser eller de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, der skal beskyttes i henhold til artikel 1, stk. 1".

Ved en sammenligning af de forskellige sprogversioner af direktivet har Artikel 29-Gruppen dog bemærket, at det engelske "interests for" er blevet oversat til "interesser eller" på andre centrale sprog, der blev anvendt, da teksten blev forhandlet⁶².

Yderligere analyse viser, at den engelske direktivtekst blot er resultatet af en stavfejl: "or" blev fejlagtigt skrevet som "for"⁶³. Den korrekte tekst er således "den registreredes interesser eller de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder".

"Interesser" og "rettigheder" bør fortolkes bredt

Henvisningen til "interesser eller grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder" har direkte betydning for anvendelsesområdet for bestemmelsen. Den yder mere beskyttelse til den registrerede, idet den kræver, at der også tages hensyn til den registreredes "interesser" og ikke kun hans grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder. Der er dog ingen grund til at antage, at begrænsningen i artikel 7, litra f), til grundlæggende rettigheder, "der skal beskyttes i henhold til artikel 1, stk. 1" – og dermed den udtrykkelige henvisning til direktivets formål⁶⁴ – ikke også gælder for udtrykket "interesser". Budskabet er tydeligvis, at alle den registreredes relevante interesser skal tages i betragtning.

Denne fortolkning giver mening, ikke kun grammatisk, men også i betragtning af den brede fortolkning af begrebet "legitime interesser", der forfølges af den registeransvarlige. Hvis den registeransvarlige – eller en tredjemand i tilfælde af videregivelse – kan forfølge enhver interesse, såfremt den ikke er ulovlig, skal den registrerede også have ret til, at alle kategorier af interesser tages i betragtning og afvejes i forhold til den registeransvarliges interesser, så længe de er relevante inden for direktivets anvendelsesområde.

I en tid, hvor "informationsstyrken" bliver stadig mere skævt fordelt, og hvor både offentlige myndigheder og erhvervsorganisationer indsamler hidtil usete mængder af oplysninger om

⁶² F.eks. "l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée" på fransk, "l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata" på italiensk og "das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person" på tysk.

⁶³ Artikel 29-Gruppen bemærker, at der på grammatisk korrekt engelsk burde stå "interests in" i stedet for "interesser for", hvis det var det, der var meningen. Desuden er udtrykket "interests for" eller "interests in" tilsyneladende overflødig, fordi en henvisning til "grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder" ville have været tilstrækkelig, hvis det var det, der var meningen. At der er tale om en stavfejl, bekræftes også af den kendsgerning, at Rådets fælles holdning (EF) nr. 1/95 af 20. februar 1995 også henviser til "interests or fundamental rights and freedoms". Endelig bemærker Artikel 29-Gruppen, at Kommissionen havde til hensigt at korrigere stavfejlen i forordningsforslaget: I artikel 6, stk. 1, litra f), henvises der til "the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data" og ikke "interests for" sådanne rettigheder.

⁶⁴ Se artikel 1, stk. 1: "Medlemsstaterne sikrer i overensstemmelse med dette direktiv beskyttelsen af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, især retten til privatlivets fred, i forbindelse med behandling af personoplysninger".

enkeltpersoner og kan udarbejde mere og mere detaljerede profiler, som forudsiger deres adfærd (og forstærker den skæve fordeling af informationsstyrken og reducerer enkeltpersoners autonomi), har det endnu større betydning, at personers interesse i at bevare deres privatliv og autonomi beskyttes.

Endelig skal det bemærkes, at adjektivet "legitime" ikke er indsat foran de registreredes "interesser", som det er tilfældet for den registeransvarliges interesser. Det viser, at rækkevidden af beskyttelsen af registreredes interesser og rettigheder er bredere. Selv personer, der deltager i ulovlige aktiviteter, bør ikke udsættes for uforholdsmæssige indgreb i deres rettigheder og interesser⁶⁵. En person, der f.eks. har begået butikstyveri i et supermarked, vil være sikret, at hans interesser går forud for butiksejerens interesse i at offentliggøre hans billede og privatadresse på supermarkedets opslagstavle og/eller internettet.

III.3.3. Introduktion til anvendelse af afvejningstesten

Det kan være nyttigt at forestille sig både den registeransvarliges legitime interesser og indvirkningen på den registreredes interesser og rettigheder på en skala. Legitime interesser kan variere fra ubetydelige til lidt vigtige til vægtige. Indvirkningen på de registreredes interesser og rettigheder kan være mere eller mindre betydelig og kan variere fra ubetydelig til meget alvorlig.

Når den registeransvarliges legitime interesser er af mindre betydning og ikke særligt vægtige, går de generelt kun forud for registreredes interesser og rettigheder, hvis indvirkningen på disse rettigheder og interesser er endnu mere ubetydelig. Vigtige og vægtige legitime interesser kan i nogle tilfælde og med forbehold af de fornødne garantier og foranstaltninger begrunde endda betydelige indgreb i privatlivets fred eller anden betydelig indvirkning på de registreredes interesser eller rettigheder⁶⁶.

Det er i den forbindelse vigtigt at fremhæve den særlige betydning, som garantier⁶⁷ har, når det drejer sig om at reducere den utilbørlige indvirkning på de registrerede og derved ændre balancen mellem rettigheder og interesser, således at den registeransvarliges legitime interesser ikke tilsidesættes. Anvendelsen af garantier alene er naturligvis ikke nok til at berettige enhver form for databehandling i alle sammenhænge. De relevante garantier skal

⁶⁵ En af konsekvenserne af kriminalitet kan naturligvis være indsamling og evt. offentliggørelse af personoplysninger om kriminelle og mistænkte. Det skal dog være underlagt strenge betingelser og garantier.

⁶⁶ Se som illustration Artikel 29-Gruppens argumentation i forskellige udtalelser og arbejdsdokumenter:

– Udtalelse 4/2006 om "Notice of proposed rule-making by the US Department of Health and Human Services on the control of communicable disease and the collection of passenger information of 20 November 2005 (Control of Communicable Disease Proposed 42 CFR Parts 70 and 71)" vedtaget den 14.6.2006 (WP 121), hvis der er tale om alvorlige specifikke trusler mod folkesundheden.

– Udtalelse 1/2006 om whistle blowing-ordninger (citeret i fodnote 39 ovenfor), hvor alvoren af en påstået lovovertrædelse er et af elementerne i afvejningstesten.

– Arbejdsdokument om overvågning af elektronisk kommunikation på arbejdspladsen vedtaget den 29.5.2002 (WP 55), som afvejer arbejdsgiverens ret til at drive sin virksomhed effektivt mod arbejdstagerens menneskeværdighed og retten til korrespondancehemmelighed.

⁶⁷ Garantier kan bl.a. omfatte strenge begrænsninger af den mængde oplysninger, der indsamles, omgående sletning efter anvendelse, tekniske og organisatoriske foranstaltninger, der sikrer funktionel adskillelse, hensigtsmæssig anvendelse af anonymiseringsteknikker, aggregering af data og teknologier til beskyttelse af privatlivet, men også øget gennemsigtighed, ansvarlighed og mulighed for at fravælge behandlingen. Se også afsnit III.3.4, litra d), og videre.

desuden være hensigtsmæssige og tilstrækkelige og skal utvivlsomt og væsentligt reducere indvirkningerne på de registrerede.

Indledende scenarier

Inden vi går videre til vejledningen om, hvordan afvejningstesten udføres, kan følgende tre indledende scenarier give et første indtryk af, hvordan afvejningen af interesser og rettigheder ser ud i virkeligheden. Alle tre eksempler er baseret på et simpelt og uskyldigt scenario, der begynder med et specialtilbud på italiensk takeaway-mad. Eksemplerne introducerer gradvist nye elementer, der viser, hvordan balancen flyttes, når indvirkningen på de registrerede øges.

Scenario 1: specialtilbud fra en pizzakæde

Claudia bestiller en pizza via en mobilapp på sin smartphone, men fravælger ikke markedsføring på webstedet. Hendes adresse og kreditkortoplysninger gemmes med henblik på leveringen. Et par dage senere modtager Claudia rabatkuponer til lignende produkter fra pizzakæden i sin postkasse derhjemme.

Kort analyse: Pizzakæden har en legitim, men ikke særlig vægtig interesse i at forsøge at sælge flere produkter til kunderne. Der sker tilsyneladende ikke en væsentlig krænkelse af Claudias privatliv, og det har ikke en utilbørlig indvirkning på hendes interesser og rettigheder. Oplysningerne og situationen er relativt uskyldige (køb af pizza). Pizzakæden har indført visse garantier: Der anvendes kun relativt begrænsede oplysninger (kontaktoplysninger), og kuponerne sendes med traditionel post. Desuden gives der en mulighed for at fravælge markedsføring på webstedet, som er let at anvende.

Samlet set og på grundlag af de indførte garantier og foranstaltninger (herunder en funktion til fravalg, der er let at bruge) går den registreredes interesser og rettigheder øjensynligt ikke forud for pizzakædens legitime interesse i at foretage denne meget begrænsede behandling af personoplysninger.

Scenario 2: målrettet annoncering for samme specialtilbud

Situationen er den samme, men denne gang lagrer pizzakæden ikke kun Claudias adresse og kreditkortoplysninger, men også hendes seneste ordrehistorik (for de sidste tre år). Desuden kombineres ordrehistorikken med oplysninger fra det supermarked, hvor Claudia foretager sine online-indkøb, og som drives af samme virksomhed, som driver pizzakæden. Claudia modtager specialtilbud og målrettet annoncering fra pizzakæden baseret på hendes ordrehistorik hos de to forskellige tjenester. Hun modtager annoncer og specialtilbud både online og offline, med traditionel post, e-mail og placeringer på virksomhedens websted samt webstederne for en række udvalgte partnere (når hun besøger disse websteder på sin computer eller smartphone). Hendes browsinghistorik (klikstrøm) spores også. Hendes placering spores også via hendes mobiltelefon. Oplysningerne undersøges af et analyseprogram, som forudsiger hendes præferencer og de tidspunkter og steder, hun sandsynligvis vil foretage et større indkøb, er villig til at betale en højere pris, er modtagelig for en særlig rabat eller sandsynligvis har mest lyst til sine yndlingsdesserter eller færdigretter.⁶⁸ Claudia er meget generet af de vedvarende annoncer, der vises på hendes mobiltelefon, når hun tjekker buskøreplanen på vej hjem, og som annoncerer de seneste tilbud om takeaway, som hun forsøger at modstå. Hun kunne ikke finde brugervenlige oplysninger eller en nem mulighed for at slå disse annoncer fra, selv om virksomheden hævder, at den har indført en fravalgsordning, der dækker hele branchen. Da hun flyttede til et mindre velstående kvarter, blev hun overrasket over, at hun ikke længere modtog disse specialtilbud. Det betød, at hendes månedlige udgifter til mad steg med ca. 10 %. En ven med mere teknisk kendskab viste hende nogle overvejelser på en onlineblog om, at supermarkedet tog højere priser for ordrer fra "belastede kvarterer" på grund af den statistisk højere risiko for kreditkortsvindel ved sådanne ordrer. Virksomheden har ikke kommenteret dette og påstår, at deres rabatpolitik og den algoritme, de bruger til at fastsætte priser, er ejendomsretligt beskyttet og ikke må offentliggøres.

Kort analyse: Oplysningerne og situationen er stadig relativt uskyldige. Omfanget af indsamling af oplysninger og de teknikker, der bruges til at påvirke Claudia (herunder forskellige sporingsteknikker, der forudsiger, hvor og hvornår hun har lyst til mad, og den kendsgerning, at Claudia på disse tidspunkter med størst sandsynlighed vil give efter for fristelser), skal tages i betragtning, når indvirkningen af databehandlingen vurderes. Manglende gennemsigtighed med hensyn til logikken bag virksomhedens behandling af personoplysninger, som rent faktisk kan have ført til prisdiskrimination baseret på det sted, hvor en ordre afgives, og den betydelige potentielle finansielle indvirkning på kunderne forskubber balancen, selv i en relativt uskyldig situation med takeaway-mad og indkøb af dagligvarer. I stedet for blot at tilbyde muligheden for at fravælge denne form for profilering og målrettet annoncering skal der gives et informeret samtykke efter artikel 7, litra a), men også i henhold til artikel 5, stk. 3, i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation. Som følge deraf bør artikel 7, litra f), ikke anvendes som retligt grundlag for databehandlingen.

⁶⁸ Se eksempelvis <http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-and-big-data/consumer-subject-review-boards>: *I henhold til nylig forskning er viljestyrke en begrænset ressource, der kan opbruges eller fornyes med tiden.* [10] *Bekymringer for fedme kan f.eks. få en forbruger til at forsøge at holde stand mod hendes foretrukne junk food. Det viser sig, at der er tider og steder, hvor hun ikke kan gøre det. Big data kan hjælpe forretninger med præcist at forstå, hvordan og hvornår de skal henvende sig til denne forbruger, når hun er svagest – især i en verden, hvor vi altid ser på en skærm, og hvor selv vores egne apparater kan køre en salgskampagne.*

Scenario 3: Brug af pizzaordrer til at tilpasse sundhedsforsikringspræmier

Claudias pizzavaner, herunder tidspunkterne for og arten af hendes bestillinger af mad, sælges af kæden til et forsikringsselskab, som bruger dem til at tilpasse sine sundhedsforsikringspræmier.

Kort analyse: Sundhedsforsikringsselskabet kan have en legitim interesse – for så vidt den gældende lovgivning tillader det – i at vurdere sine kunders sundhedsrisici og opkræve differentierede præmier afhængigt af de forskellige risici. Den måde, hvorpå oplysningerne indsamles, og omfanget af indsamlingen er dog i sig selv uforholdsmæssig. En almindelig person i Claudias situation forventer næppe, at oplysninger om hendes pizzaordrer anvendes til at beregne hendes sundhedsforsikringspræmier.

Den omfattende art af profileringen og de mulige uønskelige følgeslutninger (pizzaen kunne være bestilt til en anden) og udledningen af følsomme oplysninger (sundhedsoplysninger) fra tilsyneladende ubetydelige oplysninger (takeaway-ordrer) bidrager til at forskubbe balancen til fordel for den registreredes interesser og rettigheder. Endelig har databehandlingen også en betydelig finansiell indvirkning på hende.

I dette specifikke tilfælde går den registreredes interesser og rettigheder således forud for sundhedsforsikringsselskabets legitime interesser. Som følge deraf bør artikel 7, litra f), ikke anvendes som retligt grundlag for databehandlingen. Det er også tvivlsomt, om artikel 7, litra a), kan anvendes som retligt grundlag som følge af omfanget af indsamlingen af oplysninger og muligvis også som følge af yderligere specifikke begrænsninger i henhold til national lovgivning.

Ovennævnte scenarier og den mulige indførelse af variationer med andre elementer understreger behovet for et begrænset antal nøgelfaktorer, der kan hjælpe med at målrette vurderingen, og behovet for en pragmatisk tilgang, der gør det muligt at anvende praktiske forudsætninger ("tommelfingerregler"), der primært er baseret på, hvad en almindelig person ville finde acceptabelt under de gældende omstændigheder ("rimelige forventninger"), og på konsekvenserne af databehandlingsaktiviteten for de registrerede ("indvirkning").

III.3.4. Nøgelfaktorer ved anvendelse af afvejningstesten

Medlemsstaterne har udviklet en række nyttige faktorer, der kan tages i betragtning i afvejningstesten. Disse faktorer er omhandlet i dette afsnit under følgende fire overskrifter: a) vurdering af den registeransvarliges legitime interesse, b) indvirkning på de registrerede, c) foreløbig balance og d) yderligere garantier, som den registeransvarlige anvender for at forhindre utilbørlig indvirkning på de registrerede⁶⁹.

For at foretage afvejningstesten skal man først overveje de legitime interessers art og kilde på den ene side og indvirkningen på de registrerede på den anden side. Denne vurdering skal også allerede på dette tidspunkt omfatte de foranstaltninger, som den registeransvarlige

⁶⁹ På grund af deres betydning drøftes specifikke spørgsmål vedrørende garantier yderligere under separate overskrifter i afsnit III.3.5 og III.3.6.

planlægger at indføre for at overholde direktivet (f.eks. for at sikre formålsbegrænsning og proportionalitet i henhold til artikel 6 eller informere de registrerede i henhold til artikel 10 og 11).

Efter analyse og afvejning af de to sider i forhold til hinanden kan der konstateres en foreløbig "balance". Hvis resultatet af vurderingen stadig efterlader tvivl, er det næste skridt at vurdere, om yderligere garantier, der sikrer den registrerede yderligere beskyttelse, kan ændre balancen, så databehandlingen bliver lovlig.

a) Vurdering af den registeransvarliges legitime interesse

Mens begrebet legitime interesser er forholdsvist bredt, som forklaret i afsnit III.3.1 ovenfor, spiller dets art en vigtig rolle, når interesserne afvejes i forhold til de registreredes rettigheder og interesser. Det er umuligt at vurdere alle mulige legitime interesser værdimæssigt, men der kan gives generelle retningslinjer. Som nævnt ovenfor kan sådanne interesser variere fra ubetydelige til vægtige og være umiddelbare eller mere kontroversielle.

i) Udøvelse af en grundlæggende rettighed

Blandt de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, der er fastsat i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder ("chartret")⁷⁰ og den europæiske menneskerettighedskonvention, kan flere være i strid med retten til privatliv og retten til beskyttelse af personoplysninger, som f.eks. ytrings- og informationsfrihed⁷¹, frihed for kunst og videnskab⁷², retten til aktindsigt⁷³ samt f.eks. retten til frihed og sikkerhed⁷⁴, retten til at tænke frit og til samvittigheds- og religionsfrihed⁷⁵, friheden til at oprette og drive egen virksomhed⁷⁶, ejendomsretten⁷⁷, retten til adgang til effektive retsmidler og til en upartisk domstol⁷⁸ eller uskyldsformodningen og forsvarrets rettigheder⁷⁹.

Den registeransvarliges legitime interesse tillægges kun størst vægt, hvis behandlingen af personoplysninger er "nødvendig" og "forholdsmæssig" for at udøve den omhandlede grundlæggende rettighed.

Afhængigt af sagens omstændigheder kan det f.eks. være nødvendigt og forholdsmæssigt for en avis at offentliggøre visse inkriminerende oplysninger om en højtstående embedsmands forbrugsvaner, hvis denne angiveligt er involveret i en korrupsionsskandale. På den anden side må medierne ikke have en generel tilladelse til at offentliggøre alle mulige irrelevante

⁷⁰ Bestemmelserne i chartret er rettet til institutioner og organer under iagttagelse af nærhedsprincippet samt til medlemsstaterne, dog kun når de gennemfører EU-retten.

⁷¹ Artikel 11 i chartret og artikel 10 i menneskerettighedskonventionen.

⁷² Artikel 13 i chartret og artikel 9 og 10 i menneskerettighedskonventionen.

⁷³ Artikel 42 i chartret. "Enhver unionsborger samt enhver fysisk eller juridisk person med bopæl eller hjemsted i en medlemsstat har ret til aktindsigt i dokumenter fra Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen." Lignende rettigheder til aktindsigt findes i en række medlemsstater, for så vidt angår dokumenter, der opbevares af offentlige organer i de pågældende medlemsstater.

⁷⁴ Artikel 6 i chartret og artikel 5 i menneskerettighedskonventionen.

⁷⁵ Artikel 10 i chartret og artikel 9 i menneskerettighedskonventionen.

⁷⁶ Artikel 16 i chartret.

⁷⁷ Artikel 17 i chartret og artikel 1 i protokol nr. 1 til menneskerettighedskonventionen.

⁷⁸ Artikel 47 i chartret og artikel 6 i menneskerettighedskonventionen.

⁷⁹ Artikel 48 i chartret og artikel 6 og 13 i menneskerettighedskonventionen.

oplysninger om offentlige figurers privatliv. Disse og lignende tilfælde rejser typisk komplekse spørgsmål om vurdering, og som rettesnor for vurderingen kan specifik lovgivning, retspraksis, retsvidenskab, retningslinjer samt adfærdskodekser og andre formelle eller mindre formelle standarder spille en vigtig rolle⁸⁰.

Yderligere garantier kan også i denne sammenhæng spille en vigtig rolle og hjælpe med at fastlægge, hvordan denne – nogle gange skrøbelige – balance sikres.

ii) Offentlige interesser/bredere samfundsinteresser

I nogle tilfælde kan den registeransvarlige ønske at påberåbe sig offentlige interesser eller bredere samfundsinteresser (uanset om dette er omhandlet i nationale love eller bestemmelser). En velgørende organisation behandler f.eks. personoplysninger med henblik på medicinsk forskning, og en almennyttig organisation behandler personoplysninger i forbindelse med en oplysningskampagne om statslig korrupsion.

I nogle tilfælde kan en virksomheds private forretningsinteresser i en vis grad falde sammen med en samfundsinteresse, f.eks. i forbindelse med bekæmpelse af økonomisk svig eller misbrug af tjenester⁸¹. Tjenesteudbydere kan have en legitim forretningsinteresse i at sikre, at deres kunder ikke misbruger tjenesten (eller ikke kan få adgang til tjenesten uden at betale), samtidig med at virksomhedens kunder, skatteydere og offentligheden har en legitim interesse i at sikre, at svigagtige handlinger forhindres og registreres, hvis de forekommer.

Generelt tildeles en interesse mere "vægt", hvis en registeransvarlig ikke kun handler i sin egen legitime (f.eks. forretningsmæssige) interesse, men også i det bredere samfundsinteresse. Jo vægtigere den offentlige interesse eller samfundsinteressen er, og jo mere det anerkendes og forventes i samfundet og af de registrerede, at den registeransvarlige kan handle og behandle oplysninger for at forfølge disse interesser, desto mere vejer denne legitime interesse i afvejningstesten.

"Privat håndhævelse" af loven bør på den anden side ikke udnyttes til at legitimisere indgreb, som – hvis de blev foretaget af et offentligt organ – ville være forbudt i henhold til Menneskerettighedsdomstolens retspraksis, fordi den offentlige myndiges aktiviteter ville gribe ind i registreredes privatliv uden at opfylde den strenge test fastsat ved menneskerettighedskonventionens artikel 8, stk. 2.

⁸⁰ Hvad angår de kriterier, der skal anvendes i sager, der omhandler ytringsfrihed, giver Menneskerettighedsdomstolens retspraksis også nyttige retningslinjer. Se f.eks. Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen von Hannover mod Tyskland (nr. 2), 7. februar 2012, særlig præmis 95-126. Det skal også tages i betragtning, at direktivets artikel 9 (under overskriften *Behandling af personoplysninger og ytringsfriheden*) tillader, at medlemsstaterne "fastsætter i forbindelse med behandling af personoplysninger, der udelukkende finder sted i journalistisk øjemed eller med henblik på kunstnerisk eller litterær virksomhed, kun fritagelser eller undtagelser fra [visse bestemmelser i direktivet], for så vidt som de er nødvendige for at forene retten til privatlivets fred med reglerne for ytringsfrihed".

⁸¹ Se f.eks. "Example 21: Smart metering data mined to detect fraudulent energy use" (intelligente måledata indsamlet for at spore ulovlig energianvendelse) på side 67 i Artikel 29-Gruppens udtalelse 3/2013 om formålsbegrænsning (citeret ovenfor i fodnote 9).

iii) Andre legitime interesser

I nogle tilfælde, som allerede er omhandlet i afsnit III.2, kan den sammenhæng, hvori en legitim interesse opstår, ligne en af de sammenhænge, hvori nogle af de andre retlige grundlag, navnlig det retlige grundlag i artikel 7, litra b), (kontrakt), artikel 7, litra c), (retlig forpligtelse) eller artikel 7, litra e), (offentlig opgave), kan finde anvendelse. Der kan f.eks. være tale om en databehandlingsaktivitet, som ikke er strengt nødvendig, men som stadig er relevant af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt – eller loven tillader kun, men kræver ikke, at visse oplysninger behandles. Som det fremgår, er det ikke altid let at tegne en klar skillelinje mellem de forskellige retlige grundlag, og det er derfor af største betydning, at afvejningstesten i henhold til artikel 7, litra f), indgår i analysen.

Også her – og i alle andre sager, der ikke er nævnt indtil videre – gælder det, at jo vægtigere den registeransvarliges interesse er, og jo mere det anerkendes og forventes i samfundet, at den registeransvarlige kan handle og behandle oplysninger for at forfølge en sådan interesse, desto mere vejer denne legitime interesse i afvejningstesten⁸². Det fører os til næste punkt, som er af mere generel karakter.

iv) Juridisk og kulturel/samfundsmæssig anerkendelse af interessernes legitimitet

I alle de ovennævnte sammenhænge er det bestemt også relevant, om EU-lovgivningen eller en medlemsstats lovgivning specifikt tillader (selv om den ikke kræver det), at den registeransvarlige træffer foranstaltninger for at forfølge den omhandlede offentlige eller private interesse. Eksistensen af behørigt vedtagne, ikkebindende retningslinjer udstedt af officielle organer, f.eks. tilsynsmyndigheder, der tilskynder registeransvarlige til at behandle oplysninger som et led i forfølgelsen af den omhandlede interesse, er også relevant.

Overholdelse af ikkebindende retningslinjer, der udstedes af databeskyttelsesmyndigheder eller andre relevante organer vedrørende selve behandlingen af personoplysninger, vil sandsynligvis også bidrage til en fordelagtig afvejning. Kulturelle og samfundsmæssige forventninger kan, selv om de ikke afspejles direkte i lovgivningen eller de administrative bestemmelser, også have betydning og medvirke til at flytte balancen begge veje.

Jo mere udtrykkeligt det anerkendes i loven, i andre administrative bestemmelser – uanset om de er bindende for den registeransvarlige eller ej – eller endda i det pågældende samfunds kultur uden specifikt retligt grundlag, at den registeransvarlige kan handle og behandle oplysninger for at forfølge en bestemt interesse, desto tungere vejer denne legitime interesse i afvejningen⁸³.

⁸² Vurderingen skal naturligvis også omfatte den mulige skade, som den registeransvarlige, tredjemand eller samfundet lider, hvis behandlingen af oplysninger ikke finder sted.

⁸³ Denne interesse kan dog ikke anvendes til at legitimisere indgreb, der ellers ikke opfylder testen i menneskerettighedskonventionens artikel 8, stk. 2.

b) Indvirkningen på registrerede

Hvis man ser på den anden side af afvejningen, er databehandlingens indvirkning på den registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder et afgørende kriterium. Det første underafsnit nedenfor omhandler generelt, hvordan indvirkningen på den registrerede vurderes.

Flere elementer kan anvendes her, og de analyseres i yderligere underafsnit, herunder arten af personoplysninger, den måde, hvorpå oplysningerne behandles, de registreredes rimelige forventninger samt den registeransvarliges og den registreredes status. Spørgsmål vedrørende potentielle kilder til risici, der kan give anledning til indvirkning på registrerede, alvoren af eventuelle indvirkninger på registrerede og sandsynligheden for, at sådanne indvirkninger vil blive til virkelighed, berøres også kort.

i) Vurdering af indvirkning

Når indvirkningen⁸⁴ af databehandlingen vurderes, skal både positive og negative konsekvenser tages i betragtning. De kan omfatte potentielle fremtidige afgørelser eller foranstaltninger, der træffes af tredjemænd, og situationer, hvor databehandling kan føre til udelukkelse eller forskelsbehandling af personer eller ærekrænkelser, eller mere generelt situationer, hvor der er risiko for at skade den registreredes omdømme, forhandlingsevne eller autonomi.

Ud over negative konsekvenser, der specifikt kan identificeres, skal der også tages hensyn til bredere følelsesmæssige indvirkninger, som f.eks. irritation, frygt og angst, der kan opstå, hvis en registreret mister kontrollen over personoplysninger, eller opdager, at de er blevet eller kan blive misbrugt eller kompromitteret, f.eks. ved eksponering på internettet. Den afkølede virkning på beskyttet adfærd, f.eks. forskningsfrihed eller ytringsfrihed, der kan følge af konstant overvågning/sporing, skal også tages i betragtning.

Artikel 29-Gruppen understreger, at det er afgørende at forstå, at relevant "indvirkning" er et langt bredere begreb end skade på en eller flere bestemte registrerede. "Indvirkning", som det er anvendt i denne udtalelse, dækker enhver mulig (potentiel eller faktisk) konsekvens af behandlingen af personoplysninger. Af hensyn til klarheden understreges det også, at begrebet ikke hænger sammen med begrebet "brud på persondatasikkerheden" og er meget bredere end indvirkninger, der kan opstå som følge af brud på persondatasikkerheden. I stedet omfatter begrebet "indvirkning", som det er anvendt i denne udtalelse, de forskellige måder, hvorpå en person kan blive berørt – positivt eller negativt – af behandlingen af vedkommendes personoplysninger⁸⁵.

⁸⁴ Denne vurdering af indvirkning skal forstås inden for rammerne af artikel 7, litra f). Der henvises med andre ord ikke til en "risikoanalyse" eller en "konsekvensanalyse for databeskyttelse" som defineret i forordningsforslaget (artikel 33 og 34) og LIBE-Udvalgets forskellige ændringsforslag hertil. Spørgsmålet om, hvilken metode der skal anvendes i en "risikoanalyse" eller en "konsekvensanalyse for databeskyttelse", går uden for rammerne for denne udtalelse. Det skal på den anden side erindres, at analysen af indvirkning efter artikel 7, litra f), uanset metode, kan være et vigtigt element i en "risikoanalyse" eller en "konsekvensanalyse for databeskyttelse" og kan hjælpe med at udpege situationer, hvor en databeskyttelsesmyndighed skal høres.

⁸⁵ Risikoen for økonomisk skade, f.eks. hvis et brud på persondatasikkerheden resulterer i offentliggørelse af økonomiske oplysninger, der skulle have været opbevaret i et sikkert miljø, og dette i sidste ende fører til identitetstyveri eller andre former for svindel, eller risikoen for personskade, smerte, lidelse og varigt mén, der i sidste ende kan opstå som følge af f.eks. uautoriseret ændring af lægejournaler og efterfølgende fejlbehandling af

Det er vigtigt at forstå, at den endelige negative indvirkning på den registrerede oftest er resultatet af en række relaterede og ikke-relaterede hændelser, og det kan være vanskeligt at afgøre, hvilken af den registeransvarliges databehandlingsaktiviteter der spillede den afgørende rolle i den negative indvirkning.

Eftersom det ofte er vanskeligt for registrerede at gøre erstatningskrav gældende i denne sammenhæng, selv om virkningen bestemt er reel, er det så meget desto vigtigere, at der fokuseres på forebyggelse, og at det sikres, at behandling af personoplysninger kun må foretages, såfremt det ikke medfører en risiko eller kun en meget lav risiko for ubehørigt negativ indvirkning på de registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder.

Når indvirkning vurderes, kan den terminologi og metode, der anvendes ved traditionel risikovurdering, i en vis grad være nyttig, og nogle af elementerne heraf fremhæves derfor kort i det følgende. En omfattende metode til vurdering af indvirkning – inden for rammerne af artikel 7, litra f), eller mere bredt – ville dog gå uden for rammerne for denne udtalelse.

I den forbindelse er det som altid vigtigt at finde frem til kilderne til de potentielle indvirkninger på de registrerede.

Sandsynligheden for, at en risiko vil blive til virkelighed, er et af de elementer, der skal tages i betragtning. Adgang til internettet, udveksling af oplysninger med websteder uden for EU, sammenkoblinger med andre systemer og en høj grad af systemforskelle eller -variabilitet kan f.eks. være svagheder, som hackere kan udnytte. Denne risikokilde indebærer en relativt høj sandsynlighed for, at risikoen for kompromittering af oplysninger vil blive til virkelighed. Modsat indebærer et ensartet, stabilt system uden sammenkoblinger og internetforbindelse en langt lavere risiko for kompromittering af oplysninger.

Et andet element af risikovurderingen er alvoren af konsekvenserne af en risiko, der er blevet til virkelighed. En sådan alvor kan variere fra lave niveauer (f.eks. et generende krav om genindtastning af personlige kontaktoplysninger, fordi den registeransvarlige har mistet dem) til meget høje niveauer (f.eks. tab af liv, når beskyttede personers personlige bevægelsesmønstre falder i kriminelles hænder, eller når strømmen afbrydes via intelligente måleenheder i kritiske vejr-situationer eller ved kritiske helbredstilstande).

Disse to vigtige elementer – sandsynligheden for, at risikoen bliver til virkelighed, på den ene side og alvoren af konsekvenserne på den anden side – bidrager hver især til den samlede vurdering af den potentielle indvirkning.

Endelig skal det ved anvendelse af metoden erindres, at vurdering efter artikel 7, litra f), ikke kan foretages mekanisk og fuldstændigt kvantitativt. I traditionelle risikovurderingsscenarier kan "alvor" omfatte det antal personer, der potentielt påvirkes. Man skal dog være opmærksom på, at behandling af personoplysninger, der kan have en indvirkning på et mindretal af registrerede – eller endda kun én registreret person – stadig kræver en meget

en patient, skal altid tages i betragtning, selv om dette på ingen måde er begrænset til situationer, der er omfattet af artikel 7, litra f). Disse risici er samtidig ikke de eneste, der skal tages i betragtning, når indvirkning vurderes efter artikel 7, litra f).

omhyggelig analyse, især hvis en sådan indvirkning på hver berørt person potentielt kan være betydelig.

ii) Karakteren af personoplysninger

Det skal først vurderes, om databehandlingen omfatter følsomme oplysninger, enten fordi de tilhører særlige kategorier af oplysninger i henhold til direktivets artikel 8, eller af andre grunde, som f.eks. biometriske oplysninger, genetiske oplysninger, kommunikationsoplysninger, oplysninger om placering og andre typer personoplysninger, der kræver særlig beskyttelse⁸⁶.

Generelt kan anvendelsen af biometri til opfyldelse af generelle sikkerhedskrav for ejendom og personer i henhold til Artikel 29-Gruppen ikke betragtes som legitime interesser, der går forud for de registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder eller frihedsrettigheder. Biometriske oplysninger, som f.eks. fingeraftryk og/eller irisscanninger, kan på den anden side bruges til at beskytte højrisikoområder, som f.eks. et laboratorium, der forsker i farlige virusser, såfremt den registeransvarlige har fremlagt konkret dokumentation for en betydelig risiko⁸⁷.

Jo mere følsomme oplysninger, det drejer sig om, desto flere konsekvenser kan der være for den registrerede. Det betyder dog ikke, at oplysninger, der i sig selv forekommer uskadelige, frit kan behandles på grundlag af artikel 7, litra f). Selv sådanne oplysninger kan, afhængigt af den måde, de behandles på, have betydelig indvirkning på personer, som det fremgår af afsnit iii) nedenfor.

I den henseende kan det være relevant, om oplysninger allerede er blevet offentliggjort af den registrerede eller af tredjemand. Her skal det først og fremmest fremhæves, at personoplysninger betragtes som personoplysninger, selv om de er blevet offentliggjort, og at behandlingen deraf derfor kræver de fornødne garantier⁸⁸. Der gives ikke en generel tilladelse til at genanvende og viderebehandle offentligt tilgængelige personoplysninger i artikel 7, litra f).

Selve det, at personoplysninger er offentligt tilgængelige, kan dog indgå som en faktor i vurderingen, især hvis offentliggørelsen skete uden rimelig forventning om videreanvendelse af oplysningerne til bestemte formål (f.eks. til forskningsformål eller til formål vedrørende gennemsigtighed og ansvarlighed).

⁸⁶ Biometriske og genetiske oplysninger betragtes som særlige kategorier af oplysninger i Kommissionens forslag til forordning om databeskyttelse i sammenhæng med LIBE-Udvalgets ændringsforslag. Se ændringsforslag 103 til artikel 9 i LIBE-Udvalgets endelige betænkning. Se afsnit II.1.2 ovenfor på side 14-15 for oplysninger om forholdet mellem artikel 7 og 8 i direktiv 95/46/EF.

⁸⁷ Se Artikel 29-Gruppens udtalelse 3/2012 om udviklingen inden for biometriske teknologier (WP 193). Det kan også nævnes, at Artikel 29-Gruppen i sin udtalelse 4/2009 om Det Internationale Antidopingagentur (citeret ovenfor i fodnote 32) har understreget, at artikel 7, litra f), ikke udgør et gyldigt retligt grundlag for behandling af medicinske oplysninger og oplysninger vedrørende overtrædelser i forbindelse med dopingundersøgelser, fordi det "indgreb i privatlivets fred [...] bør veje tungt". Behandling af personoplysninger skal være i overensstemmelse med loven og opfylde kravene i direktivets artikel 8, stk. 4 eller 5.

⁸⁸ Se Artikel 29-Gruppens udtalelse 3/2013 om formålsbegrænsning (citeret ovenfor i fodnote 9) og Artikel 29-Gruppens udtalelse nr. 06/2013 om videreanvendelse af åbne data og den offentlige sektors informationer (PSI) vedtaget den 5.6.2013 (WP 207).

iii) Den måde, hvorpå oplysningerne behandles

Ved vurderingen af indvirkninger i bredere forstand kan det overvejes, om oplysningerne offentliggøres eller på anden måde stilles til rådighed for at stort antal personer, eller om store mængder personoplysninger behandles eller kombineres med andre oplysninger (f.eks. i tilfælde af profilering, til kommercielle formål, med henblik på retshåndhævelse eller til andre formål). Tilsyneladende uskadelige oplysninger kan, når de behandles i stor skala og kombineres med andre oplysninger, føre til følgeslutninger om mere følsomme oplysninger, som illustreres ved hjælp af forholdet mellem mønstre for pizzaordrer og sundhedsforsikringspræmier i scenario 3 ovenfor.

Ud over at føre til behandling af mere følsomme oplysninger kan en sådan analyse også føre til overdrevne, uventede og nogle gange unøjagtige forudsigelser, f.eks. vedrørende de pågældende personers adfærd eller personlighed. Afhængigt af arten og indvirkningen af disse forudsigelser kan det udgøre et betydeligt indgreb i personens privatliv⁸⁹.

Artikel 29-Gruppen har i en tidligere udtalelse også fremhævet de risici, der ligger i visse sikkerhedsløsninger (herunder firewalls samt antivirus- og antispsamsoftware), da de kan føre til omfattende installering af såkaldt "deep packet inspection", der kan have en betydelig betydning i afvejningstesten⁹⁰.

Jo mere negativ eller usikker indvirkningen af databehandlingen kan være, desto mere usandsynligt er det, at databehandlingen ved afvejningen vil blive betragtet som legitim. I den sammenhæng er det bestemt relevant at undersøge, om der findes alternative metoder til at opfylde de mål, der forfølges af den registeransvarlige, som har mindre negativ indvirkning på den registrerede. Når det er hensigtsmæssigt, kan konsekvensanalyser vedrørende privatlivs- og databeskyttelse anvendes til at afgøre, om dette er en mulighed.

iv) Den registreredes rimelige forventninger

Den registreredes rimelige forventninger med hensyn til anvendelsen og offentliggørelse af oplysninger er også særdeles relevante i denne henseende. Som det også fremhæves i forbindelse med analysen af princippet om formålsbegrænsning⁹¹, er det vigtigt at overveje, om den registeransvarliges status⁹², forholdets eller den leverede tjenestes art⁹³ eller de gældende retlige eller kontraktlige forpligtelser (eller andre løfter givet ved indsamlingen) kan give anledning til rimelige forventninger om strengere fortrolighed og strengere begrænsninger med hensyn til videreanvendelse. Jo mere specifik og restriktiv konteksten for indsamling er, desto flere begrænsninger vil der sandsynligvis være. Også her skal de faktiske omstændigheder – og ikke kun teksten skrevet med småt – tages i betragtning.

⁸⁹ Se afsnit III.2.5 og bilag 2 om big data og åbne data i udtalelsen om formålsbegrænsning (citeret ovenfor i fodnote 9).

⁹⁰ Se afsnit 3.1 i Artikel 29-Gruppens udtalelse 1/2009 om forslagene om ændring af direktiv 2002/58/EF om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation) (WP 159).

⁹¹ Se side 24-25 i Artikel 29-Gruppens udtalelse 3/2013 om formålsbegrænsning (citeret ovenfor i fodnote 9).

⁹² Såsom en advokat eller en læge.

⁹³ Såsom cloud computing-tjenester til personlig dokumentstyring, e-mailtjenester, kalendertjenester, e-læsere med notatfunktioner og forskellige life logging-applikationer, der kan indeholde meget personlige oplysninger.

v) Den registeransvarliges og den registreredes status

Den registreredes og den registeransvarliges status er også relevant, når indvirkningen af databehandlingen vurderes. Afhængigt af, om den registeransvarlige er en fysisk person eller en lille organisation, et stort multinationalt selskab eller et offentligt organ, og afhængigt af de specifikke omstændigheder, kan vedkommendes position være mere eller mindre dominerende i forhold til den registrerede. Et stort multinationalt selskab har oftest flere ressourcer og mere forhandlingskraft end den enkelte registrerede og kan derfor bedre pålægge den registrerede, hvad der efter selskabets opfattelse er i dets "legitime interesse". Det gælder i særlig grad, hvis selskabet har en dominerende stilling på markedet. Hvis dette ikke kontrolleres, kan det være til skade for den enkelte registrerede. Ligesom forbrugerbeskyttelses- og konkurrencelovgivningen hjælper med at sikre, at denne stilling ikke misbruges, kan databeskyttelseslovgivningen spille en vigtig rolle i indsatsen for at sikre, at de registreredes rettigheder og interesser ikke krænkes.

På den anden side er den registreredes status også relevant. Mens afvejningstesten i princippet skal foretages på grundlag af en gennemsnitsperson, skal der i specifikke situationer anvendes en mere sagsafhængig tilgang. Det er f.eks. relevant at overveje, om den registrerede er et barn⁹⁴ eller på anden måde tilhører en udsat befolkningsgruppe, der kræver særlig beskyttelse, f.eks. psykisk syge, asylansøgere eller ældre. Spørgsmålet om, hvorvidt den registrerede er ansat, studerende eller patient, eller om der på anden måde er en ulighed i forholdet mellem den registreredes stilling og den registeransvarliges stilling, er bestemt også relevant. Det er vigtigt at vurdere den faktiske databehandlings betydning for bestemte personer.

Endelig er det vigtigt at understrege, at ikke alle negative indvirkninger på de registrerede "vejer" lige tungt i afvejningen. Formålet med afvejningen i henhold til artikel 7, litra f), er ikke at forhindre enhver negativ indvirkning på den registrerede. Den har i stedet til formål at forhindre uforholdsmæssige indvirkninger. Dette er en afgørende forskel. Offentliggørelse af en velunderbygget og nøjagtig avisartikel om påstået statslig korruption kan f.eks. skade omdømmet for de involverede embedsmænd og kan have betydelige konsekvenser, herunder tab af omdømme, valgnederlag eller fængselsstraf, men den kan alligevel være omfattet af det retlige grundlag omhandlet i artikel 7, litra f)⁹⁵.

c) Foreløbig balance

Når de berørte interesser og rettigheder afvejes som beskrevet ovenfor, vil de foranstaltninger, som den registeransvarlige har iværksat for at overholde sine generelle forpligtelser i henhold til direktivet, herunder med hensyn til proportionalitet og gennemsigtighed, i høj grad bidrage til at sikre, at den registeransvarlige opfylder kravene i artikel 7, litra f). Fuld overholdelse bør betyde, at indvirkningen på personer reduceres, at det er *mindre sandsynligt*, at de registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder eller frihedsrettigheder påvirkes, og at det derfor er *mere sandsynligt*, at den registeransvarlige kan henholde sig til artikel 7, litra f).

⁹⁴ Se Artikel 29-Gruppens udtalelse 2/2009 om beskyttelse af børns personoplysninger (Generelle retningslinjer og særtilfældet skoler) vedtaget den 11.2.2009 (WP 160). I denne udtalelse understreges det, at et barn er sårbart, og at det er barnets tarv og ikke dets retlige repræsentanters interesser, der skal varetages, når barnet er repræsenteret.

⁹⁵ Som forklaret ovenfor skal der også tages højde for relevante undtagelser for behandling i journalistisk øjemed i henhold til direktivets artikel 9.

Dette bør tilskynde den registeransvarlige til bedre at overholde alle de horisontale bestemmelser i direktivet⁹⁶.

Det betyder dog ikke, at overholdelse af disse horisontale krav som sådan altid er nok til at sikre et retligt grundlag i medfør af artikel 7, litra f). Hvis det var tilfældet, ville artikel 7, litra f), være overflødig eller blive et smuthul, der ville gøre hele artikel 7 meningsløs, fordi den kræver et tilstrækkeligt specifikt retligt grundlag for databehandlingen.

Det er derfor meget vigtigt at foretage en yderligere vurdering i forbindelse med afvejningen, hvis det efter den indledende analyse ikke er klart, hvordan afvejningen skal falde ud. Den registeransvarlige kan overveje, om det er muligt at træffe yderligere foranstaltninger, der går videre end overholdelse af direktivets horisontale bestemmelser, for at hjælpe med at reducere databehandlingens ubehørig indvirkning på de registrerede.

Yderligere foranstaltninger kan f.eks. omfatte tilvejebringelse af en brugbar og tilgængelig funktion, der giver de registrerede en ubetinget mulighed for at fravælge databehandlingen. Disse yderligere foranstaltninger kan i nogle (men ikke alle) tilfælde hjælpe med at flytte balancen og med at sikre, at databehandlingen kan baseres på artikel 7, litra f), samtidig med at de registreredes rettigheder og interesser beskyttes.

(d) Yderligere garantier anvendt af den registeransvarlige

Som forklaret ovenfor vil den måde, hvorpå den registeransvarlige anvender hensigtsmæssige foranstaltninger, i nogle situationer hjælpe med at flytte balancen ved afvejningen. Om resultatet kan accepteres, afhænger af vurderingen som helhed. Jo større indvirkningen er på den registrerede, desto mere skal man være opmærksom på relevante garantier.

Eksempler på relevante foranstaltninger omfatter bl.a. streng begrænsning af den mængde oplysninger, der indsamles, eller krav om omgående sletning af oplysninger efter anvendelse. Nogle af disse foranstaltninger er allerede obligatoriske i henhold til direktivet, men de kan ofte skaleres og giver den registeransvarlige råderum til at sikre bedre beskyttelse af registrerede. Den registeransvarlige kan indsamle færre oplysninger eller fremlægge flere oplysninger i forhold til det, der specifikt er krævet i henhold til direktivets artikel 10 og 11.

I andre tilfælde kræves garantierne ikke *udtrykkeligt* i henhold til direktivet, men vil muligvis blive krævet i henhold til forordningsforslaget, eller de kræves kun i bestemte situationer, som f.eks.:

- tekniske og organisatoriske foranstaltninger, der har til formål at sikre, at oplysningerne ikke kan bruges til at træffe beslutninger eller andre handlinger vedrørende personer ("funktionel adskillelse", som ofte er tilfældet i forbindelse med forskning)
- omfattende anvendelse af anonymiseringsteknikker
- aggregering af oplysninger

⁹⁶ Med hensyn til den vigtige betydning af "horisontal overholdelse", se også side 54 i Artikel 29-Gruppens udtalelse 3/2013 om formålsbegrænsning, citeret i fodnote 9 ovenfor.

- teknologier til beskyttelse af privatlivet, indbygget privatlivsbeskyttelse og konsekvensanalyser vedrørende privatlivs- og databeskyttelse
- øget gennemsigtighed
- generel og ubetinget ret til fravalg
- dataportabilitet og tilknyttede foranstaltninger, der styrker de registreredes stilling.

Med hensyn til en række centrale spørgsmål, herunder funktionel adskillelse og anonymiseringsteknikker, bemærker Artikel 29-Gruppen, at der allerede er givet nogle retningslinjer i de relevante dele af dens udtalelser om formålsbegrænsning, åbne data og anonymiseringsteknikker⁹⁷.

Hvad angår pseudonymisering og kryptering, understreger Artikel 29-Gruppen, at dette ikke som sådan påvirker vurderingen af legitimiteten af databehandlingen, hvis oplysningerne ikke direkte kan identificeres. Det skal i stedet forstås som ændring af ulovlig databehandling til legitim databehandling⁹⁸.

Samtidig spiller pseudonymisering og kryptering, ligesom andre tekniske og organisatoriske foranstaltninger, der gennemføres for at beskytte personoplysninger, en rolle i vurderingen af databehandlingens potentielle indvirkning på den registrerede og kan i nogle tilfælde medvirke til at flytte balancen til fordel for den registeransvarlige. Hvis der anvendes mindre risikabel behandling af personoplysninger (f.eks. personoplysninger, der er krypteret under opbevaring eller overførsel, eller personoplysninger, der ikke så direkte og ikke så let kan identificeres), bør det generelt sikres, at sandsynligheden for indgreb i de registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder reduceres.

I forbindelse med disse garantier – og den samlede afvejning – vil Artikel 29-Gruppen fremhæve tre specifikke forhold, der ofte spiller en afgørende rolle i relation til artikel 7, litra f):

- forholdet mellem afvejningstesten, gennemsigtighed og ansvarlighedsprincippet
- den registreredes ret til at gøre indsigelse mod databehandlingen og i tillæg til indsigelse en mulighed for fravalg uden begrundelse
- styrkelse af de registreredes stilling: dataportabilitet og tilgængelighed af brugbare funktioner, som den registrerede kan anvende til at få adgang til, modificere, slette, overføre eller på anden måde viderebehandle (eller lade tredjemand viderebehandle) sine egne oplysninger.

Som følge af deres betydning behandles disse spørgsmål under separate overskrifter.

⁹⁷ Se afsnit III.2.3, III.2.5 og bilag 2 til Artikel 29-Gruppens udtalelse 3/2013 om formålsbegrænsning, citeret ovenfor i fodnote 9, om viderebehandling til historiske, statistiske eller videnskabelige formål og om big data og åbne data. Se også de relevante dele af Artikel 29-Gruppens udtalelse 06/2013 om åbne data (citeret i fodnote 88 ovenfor) og udtalelse 5/2014 om anonymiseringsteknikker.

⁹⁸ Se i den henseende LIBE-Udvalgets ændringsforslag i dets endelige betænkning, navnlig ændringsforslag 15 til betragtning 38, som sammenkæder pseudonymisering og den registreredes rimelige forventninger.

III.3.5. Ansvarlighed og gennemsigtighed

Inden der foretages en databehandling på grundlag af artikel 7, litra f), er den registeransvarlige for det første ansvarlig for at vurdere, om vedkommende har en legitim interesse, om databehandlingen er nødvendig for den pågældende legitime interesse, og om interessen tilsidesættes af de registreredes interesser og rettigheder i det specifikke tilfælde.

I den henseende er artikel 7, litra f), baseret på ansvarlighedsprincippet. Den registeransvarlige skal på forhånd udføre en omhyggelig og effektiv test baseret på de specifikke omstændigheder – snarere end på en abstrakt måde – som også tager de registreredes rimelige forventninger i betragtning. Som god praksis bør gennemførelsen af denne test dokumenteres på en tilstrækkeligt detaljeret og gennemsigtig måde, således at relevante interessenter, herunder de registrerede og databeskyttelsesmyndighederne, efter behov kan bekræfte, at testen er gennemført udførligt og korrekt.

Den registeransvarlige skal først definere den legitime interesse og foretage afvejningstesten, men dette er ikke nødvendigvis den endelige og definitive vurdering: Hvis den interesse, der reelt forfølges, ikke er den, som den registeransvarlige angav, eller hvis den registeransvarlige ikke definerede interessen tilstrækkeligt detaljeret, skal balancen vurderes igen baseret på den faktiske interesse, som fastlægges af en databeskyttelsesmyndighed eller en domstol⁹⁹. Som for andre centrale aspekter af databeskyttelse, f.eks. identifikationen af den registeransvarlige eller angivelsen af formål¹⁰⁰, er det realiteterne bag den registeransvarliges påstande, der betyder noget.

Begrebet ansvarlighed hænger tæt sammen med begrebet gennemsigtighed. For at sætte registrerede i stand til at udøve deres rettigheder og mere bredt give interessenter mulighed for at udøve offentlig kontrol anbefaler Artikel 29-Gruppen, at registeransvarlige på en klar og overskuelig måde forklarer de registrerede, hvorfor de mener, at deres interesser går forud for de registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, og også forklarer dem de garantier, de har iværksat for at beskytte deres personoplysninger, herunder eventuelt retten til at fravælge databehandling¹⁰¹.

I den henseende understreger Artikel 29-Gruppen, at forbrugerbeskyttelseslovgivningen, navnlig love, som beskytter forbrugere mod urimelig handelspraksis, også er særdeles relevant.

Hvis en registeransvarlig skjuler vigtige informationer om uventet videreanvendelse af oplysninger i juridiske vendinger skrevet med småt i en kontrakt, kan det være i strid med forbrugerbeskyttelsesreglerne om urimelige kontraktvilkår (herunder forbuddet mod "overraskende vilkår"), ligesom det ikke opfylder kravene om gyldigt og informeret samtykke i artikel 7, litra a), eller kravene i artikel 7, litra f), vedrørende den registreredes rimelige

⁹⁹ Eksempelvis efter en klage eller en indsigelse i henhold til artikel 14.

¹⁰⁰ Se udtalelser citeret i fodnote 9.

¹⁰¹ Som forklaret på side 46 i Artikel 29-Gruppens udtalelse 3/2013 om formålsbegrænsning (citeret ovenfor i fodnote 9) skal registrerede/forbrugere, i tilfælde af profilering og automatiske beslutninger, have adgang til deres profiler og til logikken (algoritmen) bag de beslutninger, der førte til oprettelsen af profilen, for at sikre gennemsigtighed. Organisationer skal med andre ord offentliggøre deres beslutningskriterier. Dette er en afgørende garanti, som har endnu større betydning, når der er tale om big data. Om en organisation tilbyder sådan gennemsigtighed, er en særdeles relevant faktor, der skal tages i betragtning i afvejningstesten.

forventninger og en samlet acceptabel afvejning af de involverede interesser. Det vil naturligvis give anledning til spørgsmål om overholdelse af artikel 6 med hensyn til behovet for rimelig og lovlige behandling af personoplysninger.

I en række tilfælde er brugere af "gratis" onlinetjenester, som f.eks. e-mail, sociale medier, fillagring eller andre online- eller mobilapplikationer, ikke klar over, i hvor høj grad deres aktiviteter registreres og analyseres for at skabe værdi for tjenesteudbyderen, og de er derfor ikke bekymrede over de faktiske risici.

For at styrke de registreredes stilling i disse situationer er det en nødvendig – men på ingen måde tilstrækkelig – forudsætning¹⁰², at det tydeliggøres, at tjenesterne ikke er gratis, men at forbrugerne i stedet betaler med deres personoplysninger. De betingelser og garantier, der gælder for anvendelsen af oplysningerne, skal også angives klart i hvert enkelt tilfælde for at sikre gyldigheden af samtykket i henhold til artikel 7, litra a), eller en fordelagtig balance i henhold til artikel 7, litra f).

III.3.6. Retten til at gøre indsigelse og følger heraf

a) Retten til at gøre indsigelse som fastsat i direktivets artikel 14

Artikel 7, litra e) og f), er enestående i den forstand, at de – selv om de primært afhænger af en objektiv vurdering af de involverede interesser og rettigheder – også giver den registrerede mulighed for at udøve sin egen vilje via en ret til at gøre indsigelse¹⁰³. I det mindste i de to tilfælde kan den registrerede i henhold til direktivets artikel 14, litra a), ("medmindre andet er bestemt i den nationale lovgivning") "til enhver tid at gøre indsigelse mod, at personoplysninger om ham selv gøres til genstand for databehandling". Det tilføjes, at behandlingen af personoplysninger skal ophøre, hvis indsigelsen er berettiget.

I henhold til den nuværende lovgivning skal den registrerede derfor i princippet påvise "vægtige legitime grunde" for at få standset behandlingen af sine personoplysninger (artikel 14, litra a)), medmindre der er tale om markedsføringsaktiviteter, hvor indsigelsen ikke skal begrundes (artikel 14, litra b)).

Dette bør ikke opfattes som værende i strid med afvejningstesten i artikel 7, litra f), som foretages på forhånd. Det supplerer i stedet afvejningen i den forstand, at den registrerede – hvis databehandlingen tillades med forbehold af en rimelig og objektiv vurdering af de forskellige berørte rettigheder og interesser – har en *ekstra* mulighed for at gøre indsigelse på grundlag af sin særlige situation. Dette fører så til en ny vurdering, som tager den registreredes argumenter i betragtning. Denne nye vurdering skal i princippet kontrolleres af en databeskyttelsesmyndighed eller domstolene.

¹⁰² Andre mulige garantier med hensyn til de stadig mere almindelige situationer, hvor forbrugerne betaler med deres personoplysninger, er beskrevet i afsnit III.3.6, særlig side 47-48 om "Databeskyttelsesvenlige alternativer til "gratis" onlinetjenester" og "Dataportabilitet, "midata" og relaterede spørgsmål".

¹⁰³ Denne ret til at gøre indsigelse må ikke blandes sammen med samtykke baseret på artikel 7, litra a), hvor den registeransvarlige først må behandle oplysninger, efter at han har indhentet et sådant samtykke. Inden for rammerne af artikel 7, litra f), må den registeransvarlige behandle oplysningerne, med forbehold af betingelser og garantier, så længe den registrerede ikke har gjort indsigelse. Retten til at gøre indsigelse kan derfor betragtes som en specifik form for fravalg. Flere oplysninger om dette findes i Artikel 29-Gruppens udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke (citeret i fodnote 2).

b) Efter indsigelse: betydningen af fravalg som en yderligere garanti

Artikel 29-Gruppen understreger, at den registeransvarlige på ingen måde forhindres i at tilbyde en bredere fravalgsfunktion, som ikke kræver yderligere påvisning af en legitim interesse (vægtig eller andet) fra den registreredes side, selv om retten til at gøre indsigelse i henhold til artikel 14, litra a), er med forbehold af den registreredes begrundelse. En sådan ubetinget ret skal ikke baseres på den registreredes særlige situation.

Især i grænsetilfælde, hvor det er vanskeligt at sikre balancen, kan en veludtænkt og brugbar fravalgsfunktion effektivt medvirke til at sikre de registreredes rettigheder og interesser, selv om den ikke nødvendigvis giver de registrerede alle de elementer, der udgør et gyldigt samtykke efter artikel 7, litra a).

Dertil kræves der en nuanceret tilgang, som skelner mellem de tilfælde, hvor der kræves et tilvalgssamtykke efter artikel 7, litra a), og tilfælde, hvor en brugbar mulighed for at fravælge behandlingen (kombinere med andre yderligere foranstaltninger) kan bidrage til at beskytte de registrerede i overensstemmelse med artikel 7, litra f).

Jo bredere fravalgsfunktionen kan anvendes, og jo lettere det er at anvende den, desto mere vil den bidrage til at flytte balancen, så databehandlingen berettiges i henhold til det retlige grundlag i artikel 7, litra f).

Illustration: udviklingen i tilgangen til markedsføring

For at illustrere, hvordan der kan skelnes mellem tilfælde, hvor der kræves et samtykke i henhold til artikel 7, litra a), og tilfælde, hvor en fravalgsfunktion kan anvendes som garanti efter artikel 7, litra f), bruges eksemplet med direkte markedsføring, som traditionelt har været omfattet af en specifik bestemmelse om fravalg i medfør af direktivets artikel 14, litra b). For at tage højde for den nye teknologiske udvikling er denne bestemmelse senere blevet suppleret af specifikke bestemmelser i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation¹⁰⁴.

I henhold til artikel 13 i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation kræves der samtykke ved visse – mere påtrængende – direkte markedsføringsaktiviteter (f.eks. markedsføring ved hjælp af e-mail og automatiserede opkaldsmaskiner). Som en undtagelse er det i eksisterende kundeforhold, hvor en registeransvarlig annoncerer for sine egne "lignende" produkter eller tjenesteydelser, tilstrækkeligt at give en (ubetinget) mulighed for fravalg uden begrundelse.

Der er blevet udviklet nye teknologier, som kræver lignende og relativt simple løsninger, der følge en lignende logik for nye markedsføringsmetoder.

Den måde, hvorpå markedsføringsmateriale leveres, har for det første udviklet sig. I stedet for simple e-mails, der sendes til mailbokse, dukker målrettede adfærdsbestemte annoncer i dag

¹⁰⁴ Med hensyn til artikel 13 i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation, se også afsnit III.2.4 i Artikel 29-Gruppens udtalelse 3/2013 om formålsbegrænsning (citeret ovenfor i fodnote 9).

op på både smartphones og computerskærme. I nær fremtid vil annoncer også blive integreret i smarte objekter, som er kædet sammen i "tingenes internet".

For det andet målrettes annoncer stadig mere specifikt. I stedet for simple kunde profiler anvendes der i stigende grad sporing af forbrugernes aktiviteter, og oplysninger herom lagres online og offline og analyseres med mere avancerede automatiserede metoder¹⁰⁵.

Som følge af denne udvikling har formålet med afvejningstesten ændret sig. Det handler ikke længere om retten til kommerciel ytringsfrihed, men om virksomhedernes økonomiske interesse i at få oplysninger om deres kunder ved at spore og overvåge deres aktiviteter både online og offline, som skal afvejes i forhold til disse personers (grundlæggende) rettigheder til beskyttelse af privatlivets fred og personoplysninger og deres interesse i ikke at blive ubehørigt overvåget.

Denne ændring i de anvendte forretningsmodeller og den øgede værdi af personoplysninger som et aktiv for virksomheder forklarer det nye krav om samtykke i denne sammenhæng, jf. artikel 5, stk. 3, og artikel 13 i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation.

Der findes derfor forskellige specifikke regler afhængigt af den specifikke form for markedsføring:

- den ubetingede ret til at gøre indsigelse mod markedsføring (udformet med henblik på markedsføring via traditionel post og markedsføring af lignende produkter) i henhold til direktivets artikel 14, litra b); artikel 7, litra f), kan udgøre det retlige grundlag i det tilfælde
- kravet om samtykke i artikel 13 i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation til automatiserede opkaldssystemer, fax, sms'er og e-mailmarkedsføring (dog med undtagelser)¹⁰⁶, og de facto-anvendelse af artikel 7, litra a), i databeskyttelsesdirektivet
- kravet om samtykke i artikel 5, stk. 3, i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation (og artikel 7, litra a), i databeskyttelsesdirektivet) til adfærdsbestemt annoncering baseret på sporingsteknikker, såsom cookies, der lager information lokalt hos brugeren¹⁰⁷.

De gældende retlige grundlag er klare, for så vidt angår artikel 5, stk. 3, og artikel 13 i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation, men ikke alle former for markedsføring er omfattet, og der bør fastlægges retningslinjer for, hvilke situationer der kræver samtykke efter artikel 7, litra a), og hvilke situationer der kræver en afvejning efter artikel 7, litra f), herunder en mulighed for fravalg.

I den henseende kan der henvises til Artikel 29-Gruppens udtalelse om formålsbegrænsning, hvor den specifikt anfører, at der altid kræves et frivilligt, specifikt, informeret og entydigt

¹⁰⁵ Se afsnit III.2.5 og bilag 2 om big data og åbne data i Artikel 29-Gruppens udtalelse 3/2013 om formålsbegrænsning (citeret ovenfor i fodnote 9).

¹⁰⁶ Se også artikel 13, stk. 3, i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation, som overlader det til medlemsstaterne at vælge, om forbrugerne skal tilvælge eller fravælge direkte markedsføring via andre midler.

¹⁰⁷ Se Artikel 29-Gruppens udtalelse 2/2010 om adfærdsbaseret annoncering på internettet (WP 171) for retningslinjer for anvendelsen af denne bestemmelse.

samtykke om tilvalg, når en organisation specifikt ønsker at analysere eller forudsige individuelle kunders personlige præferencer, adfærd og holdninger, som efterfølgende bruges som grundlag for foranstaltninger eller beslutninger, der træffes vedrørende disse kunder, og at videreanvendelse ellers ikke betragtes som forenelig. Et sådant samtykke er navnlig påkrævet ved eksempelvis sporing og profilering med henblik på direkte markedsføring, adfærdsbestemt annoncering, databrokering, placeringsbestemt annoncering eller sporingsbaserede digitale markedsundersøgelser¹⁰⁸.

Databeskyttelsesvenlige alternativer til "gratis" onlinetjenester

Når kunder, der tilmelder sig "gratis" onlinetjenester, rent faktisk "betaler for" disse tjenester ved at give tilladelse til anvendelse af deres personoplysninger, ville afvejningen tilgodes den registeransvarlige (eller det kunne fastsættes, at forbrugeren havde en reel valgmulighed, og at der derfor var givet et gyldigt samtykke i henhold til artikel 7, litra a)), hvis den registeransvarlige også tilbød en alternativ version af sine tjenester, hvor "personoplysninger" ikke blev anvendt til markedsføringsformål.

Så længe sådanne alternative tjenester ikke tilbydes, er det vanskeligt at påstå, at der (frivilligt) er givet et gyldigt samtykke efter artikel 7, litra a), ved blot at bruge de gratis tjenester, eller at afvejningstesten efter artikel 7, litra f), falder ud til den registeransvarliges fordel.

Ovennævnte overvejelser understreger den vigtige rolle, som yderligere garantier, herunder en brugbar funktion til at fravælge databehandling, kan spille for justeringen af den foreløbige balance. Samtidig viser de også, at artikel 7, litra f), i nogle tilfælde ikke kan påberåbes som retligt grundlag for databehandling, og at registeransvarlige skal indhente et gyldigt samtykke efter artikel 7, litra a), eller skal opfylde visse andre betingelser i direktivet, inden databehandlingen kan finde sted.

Dataportabilitet, "midata" og relaterede spørgsmål

Blandt de yderligere garantier, der kan hjælpe med at flytte balancen, skal fokus især rettes mod dataportabilitet og relaterede foranstaltninger, som bliver stadig mere relevante i et onlinemiljø. Artikel 29-Gruppen henviser til sin udtalelse om formålsbegrænsning, hvor den understreger, at garantier, herunder f.eks. muligheden for, at registrerede/kunder kan få direkte adgang til deres personoplysninger i et transportabelt, brugervenligt og maskinlæsbart format, i mange situationer kan hjælpe med at styrke deres stilling og afhjælpe den økonomiske skævhed mellem store selskaber på den ene side og registrerede/forbrugere på den anden. Det vil også give personer mulighed for at "dele den velstand", der skabes af big data, og give udviklere incitament til at tilbyde brugerne yderligere funktioner og applikationer¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Se bilag II om big data og åbne data i udtalelsen (citeret i fodnote 9 ovenfor), side 45.

¹⁰⁹ Se initiativer, som f.eks. "midata" i Det Forenede Kongerige", som er baseret på det centrale princip om, at data skal gives tilbage til forbrugerne. Midata er et frivilligt program, som med tiden skal give forbrugerne adgang til deres personoplysninger i et transportabelt, elektronisk format. Den centrale tanke er, at forbrugerne også skal opnå fordele ved big data gennem adgang til deres egne oplysninger, så de kan træffe bedre valg. Se også "Green button"-initiativer, der giver forbrugerne adgang til oplysninger om deres eget energi-forbrug. Flere oplysninger om initiativerne i Det Forenede Kongerige og Frankrig findes på <http://www.midatalab.org/> og <http://mesinfos.fing.org/>.

Tilgængeligheden af brugbare funktioner, som de registrerede kan bruge til at få adgang til, modificere, slette, overføre eller på anden måde viderebehandle (eller lade tredjemand viderebehandle) deres egne oplysninger, vil styrke de registrerede og lade dem få større gavn af digitale tjenester. Det kan desuden fremme et mere konkurrencedygtigt markedsmiljø, hvis det bliver lettere for kunderne at skifte udbyder (f.eks. i forbindelse med internetbankydelse eller energiforsyning i intelligente net). Endelig kan det hjælpe tredjemænd med at udvikle yderligere merværditjenester, hvis de kan få adgang til kundernes oplysninger på anmodning af kunderne og med deres samtykke. I den henseende er dataportabilitet derfor ikke kun en fordel for databeskyttelse, men også for konkurrencen og forbrugerbeskyttelsen¹¹⁰.

IV. Afsluttende bemærkninger

I denne udtalelse har Artikel 29-Gruppen analyseret de kriterier for legitimering af behandlingen af oplysninger, der er fastsat i direktivets artikel 7. Ud over retningslinjer for den praktiske fortolkning og anvendelse af artikel 7, litra f), inden for de nuværende retlige rammer gives der politiske anbefalinger, som politikerne kan anvende, når de overvejer, hvordan den nuværende retlige ramme for databeskyttelse bør ændres. Inden disse anbefalinger fremsættes, opsummeres hovedresultaterne vedrørende fortolkningen af artikel 7 i det følgende.

IV.1. Konklusioner

Oversigt over artikel 7

I henhold til artikel 7 må behandling af personoplysninger kun finde sted, hvis mindst ét af de grundlag, der er anført i artiklen, finder anvendelse.

I det første grundlag, artikel 7, litra a), fokuseres der på den registreredes samtykke som grundlag for lovlighed. De øvrige grundlag tillader derimod kun databehandling – med forbehold af garantier – i situationer, hvor det, uanset den registreredes samtykke, er hensigtsmæssigt og nødvendigt at behandle oplysningerne inden for en bestemt sammenhæng og for at forfølge en specifik legitim interesse.

Litra b), c), d) og e) angiver hver især en bestemt sammenhæng, hvori behandlingen af personoplysninger kan betragtes som legitim. De betingelser, der gælder inden for hver af disse forskellige sammenhænge, skal overvejes nøje, da de afgør rækkevidden af de forskellige grundlag for legitimitet. Kriterierne "nødvendig af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt", "nødvendig for at overholde en retlig forpligtelse", "nødvendig for at beskytte den registreredes vitale interesse" og "nødvendig af hensyn til udførelsen af en opgave i samfundets interesse" indeholder mere specifikt forskellige krav, der er omhandlet i afsnit III.2.

Bestemmelsen i litra f) henviser mere generelt til (enhver form for) legitime interesser, der forfølges af den registeransvarlige (i enhver sammenhæng). Denne bestemmelse er dog specifikt med forbehold af en afvejningstest, som kræver, at den legitime interesse, der

¹¹⁰ Se artikel 18 i forordningsforslaget for oplysninger om retten til dataportabilitet.

forfølges af den registeransvarlige – eller den tredjemand eller de tredjemænd, til hvem oplysningerne videregives – vurderes i forhold til de registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder.

Betydningen af artikel 7, litra f)

Artikel 7, litra f), bør ikke opfattes som et retligt grundlag, der kun sporadisk kan anvendes som en sidste udvej til at lukke huller for uforudsete situationer, eller som en sidste chance, hvis ingen andre grundlag er opfyldt. Bestemmelsen bør heller ikke opfattes som en foretrukket mulighed, og dens anvendelse må ikke udvides ubehørigt, fordi den betragtes som mindre restriktiv end de andre grundlag. Den udgør i stedet et lige så gyldigt grundlag for legitimering af behandling af personoplysninger som de øvrige grundlag.

Hensigtsmæssig anvendelse af artikel 7, litra f), kan under de rigtige omstændigheder og med forbehold af de fornødne garantier hjælpe med at forhindre misbrug og overdreven anvendelse af andre retlige bestemmelser. En hensigtsmæssig afvejning efter artikel 7, litra f), ofte med mulighed for at fravælge databehandlingen, kan i nogle tilfælde være et gyldigt alternativ til uhensigtsmæssig brug af eksempelvis grundlaget "samtykke" eller "nødvendig af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt". Når artikel 7, litra f), fortolkes på denne måde, tilvejebringer grundlaget yderligere garantier sammenlignet med de andre anførte grundlag. Grundlaget bør derfor ikke betragtes som "det svageste led" eller en åben dør, der legitimerer alle databehandlingsaktiviteter, der ikke kan henføres under et af de andre retlige grundlag.

Den registeransvarliges legitime interesser/den registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder

Begrebet "interesse" er den bredere andel, en registeransvarlig har i databehandlingen, eller den fordel, som den registeransvarlige opnår – eller som samfundet kan opnå – som følge af databehandlingen. Den kan være vægtig, umiddelbar eller mere kontroversiel. Situationer, der er omfattet af artikel 7, litra f), kan derfor variere fra udøvelsen af grundlæggende rettigheder eller beskyttelsen af vigtige personlige eller samfundsmæssige interesser til andre mindre indlysende eller endda problematiske sammenhænge.

For at blive betragtet som "legitim" og relevant i henhold til artikel 7, litra f), skal interessen være lovlig, dvs. i overensstemmelse med EU-lovgivning og national lovgivning. Den skal være tilstrækkeligt klart formuleret og specifik til, at afvejningstesten kan foretages i forhold til den registreredes interesser og grundlæggende rettigheder. Den skal også repræsentere en reel og nuværende interesse, dvs. den må ikke være spekulativ.

Selv om den registeransvarlige, eller den tredjemand, til hvem oplysningerne videregives, har en sådan legitim interesse, betyder det ikke nødvendigvis, at vedkommende kan henholde sig til artikel 7, litra f), som retligt grundlag for databehandlingen. Om artikel 7, litra f), kan påberåbes, afhænger af resultatet af den efterfølgende afvejningstest. Databehandlingen skal også være "nødvendig, for at den registeransvarlige eller den tredjemand eller de tredjemænd, til hvem oplysningerne videregives, kan forfølge en legitim interesse". Mindre omfattende midler, der kan tjene det samme formål, bør derfor altid foretrækkes.

For de registreredes vedkommende defineres begrebet "interesser" endnu mere bredt, fordi det ikke omfatter elementet "legimitet". Hvis den registeransvarlige eller en tredjemand kan

forfølge enhver interesse, såfremt den ikke er ulovlig, skal den registrerede også have ret til, at alle kategorier af interesser tages i betragtning og afvejes i forhold til den registeransvarliges interesser, så længe de er relevante inden for direktivets anvendelsesområde.

Anvendelse af afvejningstesten

Ved fortolkningen af rækkevidden af artikel 7, litra f), sigter Artikel 29-Gruppen mod en afbalanceret tilgang, som giver registeransvarlige den nødvendige fleksibilitet i situationer, hvor databehandlingen ikke har utilbørlig indvirkning på de registrerede, samtidig med at den skaber tilstrækkelig retssikkerhed og garanterer de registrerede, at denne åbne bestemmelse ikke vil blive misbrugt.

For at foretage denne afvejningstest skal man først overveje de legitime interessers art og kilde og nødvendigheden af at forfølge disse interesser på den ene side og indvirkningen på de registrerede på den anden side. Denne indledende vurdering bør omfatte de foranstaltninger, som f.eks. gennemsigtighed eller begrænset indsamling af oplysninger, som den registeransvarlige har til hensigt at indføre for at overholde direktivet.

Efter analyse og afvejning af de to sider i forhold til hinanden kan der konstateres en foreløbig "balance": Det kan indledningsvis konkluderes, om den registeransvarliges legitime interesser går forud for de registreredes interesser. Der kan dog være tilfælde, hvor resultatet af afvejningstesten er uklart, og der er tvivl om, hvorvidt den registeransvarliges (eller tredjemands) legitime interesse går forud, og om databehandlingen kan baseres på artikel 7, litra f).

Det er derfor vigtigt, at der foretages en yderligere vurdering i forbindelse med afvejningen. I denne fase kan den registeransvarlige overveje, om det er muligt at træffe yderligere foranstaltninger, der går videre end overholdelse af direktivets horisontale bestemmelser, for at hjælpe med at beskytte registrerede. Yderligere foranstaltninger kan f.eks. omfatte tilvejebringelse af en brugbar og tilgængelig funktion, der giver de registrerede en ubetinget mulighed for at fravælge databehandlingen.

Nøglefaktorer ved anvendelse af afvejningstesten

På grundlag af ovennævnte omfatter de faktorer, der skal tages i betragtning i afvejningstesten, følgende:

- de legitime interessers art og kilde, herunder:
 - om behandlingen af personoplysninger er nødvendig for at udøve en grundlæggende rettighed, eller
 - i øvrigt er i samfundets interesse og anerkendes socialt, kulturelt eller juridisk i det berørte område
- indvirkningen på de registrerede, herunder:
 - arten af oplysningerne, som f.eks. om databehandlingen omfatter oplysninger, der kan betragtes som følsomme eller er indhentet fra offentligt tilgængelige kilder

- den måde, hvorpå oplysningerne behandles, herunder om oplysningerne offentliggøres eller på anden måde stilles til rådighed for at stort antal personer, eller om store mængder personoplysninger behandles eller kombineres med andre oplysninger (f.eks. i tilfælde af profilering, til kommercielle formål, med henblik på retshåndhævelse eller til andre formål)
 - den registreredes rimelige forventninger med hensyn til anvendelsen og offentliggørelse i den konkrete situation
 - den registeransvarliges og den registreredes status, herunder magtbalancen mellem den registrerede og den registeransvarlige, eller om den registrerede er et barn eller på anden måde tilhører en udsat befolkningsgruppe
- yderligere garantier med henblik på at forhindre utilbørlig indvirkning på de registrerede, herunder:
 - dataminimering (f.eks. strenge begrænsninger af den mængde oplysninger, der indsamles, eller omgående sletning efter anvendelse)
 - tekniske og organisatoriske foranstaltninger, der har til formål at sikre, at oplysningerne ikke kan bruges til at træffe beslutninger eller andre handlinger vedrørende personer ("funktionel adskillelse")
 - omfattende anvendelse af anonymiseringsteknikker, aggregering af data, teknologier til beskyttelse af privatlivet, indbygget privatlivsbeskyttelse og konsekvensanalyser vedrørende privatlivs- og databeskyttelse
 - øget gennemsigtighed, generel og ubetinget ret til fravalg, dataportabilitet og tilknyttede foranstaltninger, der styrker de registreredes stilling.

Ansvarlighed, gennemsigtighed, retten til at gøre indsigelse og følger heraf

I forbindelse med disse garantier – og den samlede afvejning – spiller tre specifikke forhold ofte en afgørende rolle i relation til artikel 7, litra f), og de kræver derfor særlig opmærksomhed:

- eksistensen af et vist og muligt behov for yderligere foranstaltninger, der kan øge både gennemsigtigheden og ansvarligheden
- den registreredes ret til at gøre indsigelse mod databehandlingen og i tillæg til indsigelse en mulighed for fravalg uden begrundelse
- styrkelse af de registreredes stilling: dataportabilitet og tilgængelighed af brugbare funktioner, som den registrerede kan anvende til at få adgang til, modificere, slette, overføre eller på anden måde viderebehandle (eller lade tredjemand viderebehandle) deres egne oplysninger.

IV. 2. Anbefalinger

Den nuværende tekst i direktivets artikel 7, litra f), er åben. Den fleksible ordlyd giver mange muligheder for fortolkning og har til tider – som erfaringen har vist – ført til manglende forudsigelighed og manglende retssikkerhed. Hvis artikel 7, litra f), anvendes i den rigtige sammenhæng og med de rigtige kriterier, som anført i denne udtalelse, kan den have stor betydning som retligt grundlag for legitim behandling af personoplysninger.

Artikel 29-Gruppen støtter derfor den nuværende tilgang i artikel 6 i forordningsforslaget, som opretholder interesseafvejning som et separat retligt grundlag. Der bør dog udarbejdes yderligere retningslinjer for at sikre korrekt anvendelse af afvejningstesten.

Anvendelsesområde og metode til yderligere specifikation

Bestemmelsen bør grundlæggende forblive tilstrækkeligt fleksibel, og den bør afspejle både den registeransvarliges og den registreredes perspektiv samt den dynamiske karakter af de relevante sammenhænge. Artikel 29-Gruppen mener derfor ikke, at der i teksten til forordningsforslaget eller i delegerede retsakter bør opstilles detaljerede og udtømmende lister over situationer, hvor en interesse betragtes som legitim. Artikel 29-Gruppen finder ligeledes ikke, at der bør udpeges tilfælde, hvor den ene parts interesse eller rettighed *i princippet* eller *grundlæggende* går forud for den anden parts interesse eller rettighed alene på grund af arten af en sådan interesse eller rettighed, eller fordi der er truffet bestemte beskyttelsesforanstaltninger, f.eks. hvis oplysningerne blot er blevet pseudonymiseret. Det risikerer at blive misvisende og/eller unødvendigt præskriptivt.

I stedet for at træffe endelige afgørelser om forskellige rettigheders og interesser berettigelse fastholder Artikel 29-Gruppen *afvejningstestens afgørende rolle* i forbindelse med vurderingen af artikel 7, litra f). Testens fleksibilitet skal bevares, men den skal kunne gennemføres på en mere effektiv måde, og mere effektiv overholdelse skal sikres. Dette bør omsættes til en *udvidet* forpligtelse til *ansvarlighed* for den registeransvarlige, hvor han er ansvarlig for at *påvise*, at hans interesse går forud for den registreredes interesser og rettigheder.

Retningslinjer og ansvarlighed

For at opnå det anbefaler Artikel 29-Gruppen, at retningslinjer udstikkes i forordningsforslaget som anført i det følgende.

- 1) Det ville være nyttigt, hvis en ikkeudtømmende liste over nøglefaktorer, der skal indgå i afvejningstesten, som f.eks. den legitime interesses art og kilde, indvirkningen på de registrerede og de yderligere garantier, den registeransvarlige kan gennemføre for at forhindre utilbørlig indvirkning af databehandlingen på de registrerede, blev opstillet og anført i en betragtning. Disse garantier kan bl.a. omfatte:
 - funktionel adskillelse af oplysninger, hensigtsmæssig anvendelse af anonymiseringsteknikker, kryptering og andre tekniske og organisatoriske foranstaltninger, der kan begrænse de potentielle risici for de registrerede
 - foranstaltninger, der kan sikre øget gennemsigtighed og valgmulighed for de registrerede, som f.eks. gratis, nem og effektiv adgang til en funktion, der gør det muligt ubetinget at fravælge databehandlingen.
- 2) Artikel 29-Gruppen støtter også, at det i forordningsforslaget præciseres yderligere, hvordan den registeransvarlige kan *påvise*¹¹¹ øget ansvarlighed.

Ændringen i betingelserne for, at registrerede kan udøve deres ret til indsigelse, i forordningsforslagets artikel 19 er allerede et vigtigt element af ansvarlighed. Hvis den

¹¹¹ En sådan påvisning skal være rimelig og fokusere på resultatet snarere end den administrative proces.

registrerede modsætter sig behandlingen af sine oplysninger efter artikel 7, litra f), skal den registeransvarlige i henhold til forordningsforslaget påvise, at hans interesser går forud for den registreredes. Artikel 29-Gruppen er stærk tilhænger af denne omvendte bevisbyrde, da den bidrager til en forstærket ansvarlighedsforpligtelse.

Hvis den registeransvarlige i en specifik sag ikke over for den registrerede kan påvise, at hans interesse går forud for den registreredes, kan det have bredere konsekvenser for hele databehandlingen, og ikke kun for så vidt angår den registrerede, der modsatte sig databehandlingen. Som følge deraf vil den registeransvarlige måske undersøge eller beslutte at omorganisere databehandlingen til gavn for både den specifikke registrerede og alle andre registrerede, der befinder sig i en lignende situation¹¹².

Dette krav er nødvendigt, men ikke tilstrækkeligt. For at sikre beskyttelse fra starten og for at undgå, at den omvendte bevisbyrde ændres¹¹³, skal der træffes foranstaltninger, *inden* databehandlingen påbegyndes, og ikke kun under de efterfølgende indsigelsesprocedurer.

Det foreslås derfor, at den registeransvarlige skal gennemføre en række tiltag i den første fase af alle databehandlingsaktiviteter. De første to tiltag kan anføres i en betragtning i forordningsforslaget, og det tredje kan anføres i en specifik bestemmelse:

- foretage en vurdering¹¹⁴, som omfatter de forskellige faser af den analyse, der er opstillet i denne udtalelse og opsummeret i bilag 1. Den registeransvarlige skal udtrykkeligt identificere de berørte vigtige interesser og angive, hvorfor de går forud for de registreredes interesser. En sådan forudgående vurdering må ikke være for besværlig og skal være *skalerbar*: Den kan begrænses til væsentlige kriterier, hvis

¹¹² Ud over at støtte den omvendte bevisbyrde er Artikel 29-Gruppen enig i, at forordningsforslaget ikke længere skal kræve, at en indsigelse fremsættes af *vægtige* legitime grunde vedrørende den registreredes særlige situation. I henhold til forordningsforslaget er henvisning til enhver (og ikke nødvendigvis "vægtig") legitim grund vedrørende den registreredes særlige situation tilstrækkelig. En yderligere mulighed, som blev foreslået i LIBE-Udvalgets endelige betænkning, er at fjerne kravet om, at indsigelsen skal vedrøre den registreredes særlige situation. Artikel 29-Gruppen støtter denne tilgang, idet den mener, at registrerede ville kunne anvende den ene eller begge muligheder, dvs. gøre indsigelse på grundlag af vedkommendes særlige situation eller på et mere generelt grundlag uden at angive en specifik begrundelse. Se i den henseende ændringsforslag 114 til forordningsforslagets artikel 19, stk. 1, i LIBE-Udvalgets endelige betænkning.

¹¹³ Registeransvarlige kan f.eks. forsøge at unddrage sig pligten til at påvise, at deres interesser går forud, i enkeltsager ved at bruge standardbegrundelser eller på anden måde gøre det besværligt for den registrerede at udøve sin ret til indsigelse.

¹¹⁴ Denne vurdering må som tidligere anført i fodnote 84 ikke forveksles med omfattende konsekvensanalyser vedrørende privatlivs- og databeskyttelse. Der findes på nuværende tidspunkt ingen omfattende vejledning om konsekvensanalyser på europæisk plan, selv om der på visse områder, navnlig for RFID og intelligente målersystemer, er ydet en velkommen indsats for at fastlægge en sektorspecifik metode/ramme (og/eller skabelon), der kan anvendes i hele EU. Se "Industry Proposal for a Privacy and Data Protection Impact Assessment Framework for RFID Applications" og "Data Protection Impact Assessment Template for Smart Grid and Smart Metering Systems" udarbejdet af Ekspertgruppe 2 under Kommissionens taskforce for intelligente forsyningsnet. Artikel 29-Gruppen har afgivet flere udtalelser vedrørende begge disse metoder. Der er desuden taget initiativ til at definere en almen metode til konsekvensanalyse for databeskyttelse, som kan anvendes i områdespecifikke initiativer. Se eksempelvis PIAF-projektet (A Privacy Impact Assessment Framework for data protection and privacy rights): <http://www.piafproject.eu/> Nationale retningslinjer findes eksempelvis i CNIL-metoden: <http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/en/CNIL-ManagingPrivacyRisks-Methodology.pdf> og ICO's håndbog om vurdering af indvirkningen på privatlivets fred på: http://ico.org.uk/pia_handbook_html_v2/files/PIAhandbookV2.pdf

databehandlingens indvirkning på de registrerede umiddelbart er ubetydelig, mens den på den anden side skal være mere detaljeret, hvis det var vanskeligt at opnå balance, og der f.eks. skal gennemføres yderligere garantier. Hvis det er påkrævet, f.eks. når databehandling medfører specifikke risici for den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder, bør der gennemføres mere omfattende konsekvensanalyser vedrørende privatlivs- og databeskyttelse (i henhold til artikel 33 i forordningsforslaget), der eventuelt omfatter vurderingen efter artikel 7, litra f), som et vigtigt led

- dokumentere denne vurdering. Ligesom vurderingen kan *skaleres* med hensyn til detaljeringsgrad, skal omfanget af dokumentation også kunne skaleres. Grundlæggende dokumentation skal dog forefindes i alle tilfælde (bortset fra de mest ubetydelige), uanset vurderingen af databehandlingens indvirkning på den registrerede. Det er på grundlag af denne dokumentation, at vurderingen af den registeransvarlige evalueres yderligere og eventuelt anfægtes
- sikre gennemsigtighed og synlighed af disse oplysninger for de registrerede og andre interessenter. Gennemsigtighed bør sikres over for både registrerede og databeskyttelsesmyndigheder og også over for offentligheden, hvis det er påkrævet. Hvad angår registrerede, henviser Artikel 29-Gruppen til LIBE-Udvalgets udkast til betænkning¹¹⁵, hvori det anførtes, at den registeransvarlige skal oplyse den registrerede, hvorfor hans interesser efter den registeransvarliges opfattelse går forud for den registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder. Den registrerede skal efter Artikel 29-Gruppens mening have denne information sammen med den information, som den registeransvarlige skal fremlægge i henhold til det nuværende direktivs artikel 10 og 11 (artikel 11 i forordningsforslaget). Det vil sætte den registrerede i stand til at gøre indsigelse i en anden fase og give den registeransvarlige mulighed for at begrunde sine vigtige interesser yderligere i den specifikke sag. Efter anmodning skal den dokumentation, som den registeransvarlige har baseret sin vurdering på, stilles til rådighed for databeskyttelsesmyndighederne med henblik på eventuel kontrol og håndhævelse.

Artikel 29-Gruppen finder, at disse tre trin bør indsættes udtrykkeligt i forordningsforslaget, som de er anført ovenfor. Det ville anerkende den specifikke betydning af de retlige grundlag for vurderingen af legitimitet, og det ville afklare betydningen af afvejningstesten i forbindelse med de bredere ansvarlighedsforanstaltninger og konsekvensanalyser, der foreslås i den nye retlige ramme.

Artikel 29-Gruppen finder også, at Databeskyttelsesrådet bør tildeles opgaven med efter behov at udarbejde yderligere vejledning på grundlag af denne ramme. Denne tilgang vil sikre både tilstrækkelig klarhed i teksten og tilstrækkelig fleksibilitet i dens gennemførelse.

¹¹⁵ Udkast til betænkning om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (generel forordning om databeskyttelse) (COM(2012) 11 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)).

Bilag 1. Sådan foretages en afvejningstest i henhold til artikel 7, litra f)

Trin 1: Vurdere, hvilket retligt grundlag der potentielt finder anvendelse i henhold til artikel 7, litra a)-f)

Behandling af personoplysninger må kun finde sted, hvis et eller flere af de seks retlige grundlag – artikel 7, litra a) til f) – finder anvendelse (forskellige grundlag kan påberåbes i forskellige faser af denne samme databehandlingsaktivitet). Hvis det umiddelbart er indlysende, at artikel 7, litra f), kan påberåbes som retligt grundlag, fortsættes til trin 2.

Tips:

- Artikel 7, litra a), gælder kun, hvis der er givet et frivilligt, specifikt, informeret og entydigt samtykke. Det forhold, at en person ikke har gjort indsigelse i henhold til artikel 14, bør ikke blandes sammen med samtykke i henhold til artikel 7, litra a). En brugervenlig funktion til at gøre indsigelse mod databehandling kan dog betragtes som en vigtig garanti i henhold til artikel 7, litra f).
- Artikel 7, litra b), omhandler databehandling, der er nødvendig for opfyldelsen af en kontrakt. Blot fordi behandling af personoplysninger er knyttet til kontrakten eller nævnt i kontraktens vilkår og betingelser, betyder det ikke, at dette retlige grundlag finder anvendelse. Overvej eventuelt artikel 7, litra f), som alternativ.
- Artikel 7, litra c), omhandler kun klare og specifikke retlige forpligtelse i henhold til EU's eller en medlemsstats lovgivning. Overvej artikel 7, litra f), som alternativ, hvis der er tale om ikkebindende retningslinjer (f.eks. udstedt af tilsynsmyndigheder) eller en retlig forpligtelse fastlagt af et tredjeland.

Trin 2: Kvalificere en interesse som "legitim" eller "illegitim"

For at blive betragtet som legitim skal en interesse kumulativt opfylde følgende betingelser:

- være lovlig (dvs. i overensstemmelse med gældende EU-lovgivning og national lovgivning)
- være tilstrækkeligt klart formuleret til, at afvejningstesten kan foretages i forhold til den registreredes interesser og grundlæggende rettigheder (dvs. tilstrækkeligt specifikt)
- repræsentere en reel og nuværende interesse (dvs. ikke være spekulativ).

Trin 3: Bestemme, om databehandlingen er nødvendig for at opnå den interesse, der forfølges

For at opfylde dette krav skal det overvejes, om der findes andre mindre omfattende midler, der kan tjene det formål med databehandlingen, der er angivet, og som tjener den registeransvarliges legitime interesse.

Trin 4: Fastlægge en foreløbig balance ved at vurdere, om den registeransvarliges interesse tilsidesættes af de registreredes grundlæggende rettigheder eller interesser

- Overvej arten af den registeransvarliges interesser (grundlæggende rettighed, anden type interesse eller offentlig interesse).
- Foretag en vurdering af den mulige skade, som den registeransvarlige, tredjemand eller samfundet lider, hvis behandlingen af oplysninger ikke finder sted.
- Tag oplysningernes art i betragtning (følsomme i snæver eller bredere forstand?).

- Overvej den registreredes status (mindreårig, ansat osv.) og den registeransvarliges status (f.eks. om en virksomhed har en dominerende stilling på markedet).
- Tag hensyn til, hvordan oplysningerne behandles (omfattende databehandling, dataminering, profilering, videregivelse til et stort antal mennesker eller offentliggørelse).
- Identificer den registreredes grundlæggende rettigheder og/eller interesser, som kan blive påvirket.
- Overvej de registreredes rimelige forventninger.
- Vurder indvirkningen på den registrerede, og sammenlign med den fordel, som den registeransvarlige forventer at opnå ved databehandlingen.

Tip: Overvej virkningen af den faktiske databehandling for bestemte personer – betragt ikke dette som en abstrakt eller hypotetisk øvelse.

Trin 5: Fastlægge den endelige balance ved at tage yderligere garantier i betragtning

Identificer og gennemfør hensigtsmæssige yderligere garantier, der følger af due diligence-pligten, som f.eks.:

- dataminering (f.eks. strenge begrænsninger af den mængde oplysninger, der indsamles, omgående sletning efter anvendelse)
- tekniske og organisatoriske foranstaltninger, der har til formål at sikre, at oplysningerne ikke kan bruges til at træffe beslutninger eller andre handlinger vedrørende personer ("funktionel adskillelse")
 - omfattende anvendelse af anonymiseringsteknikker, aggregering af data, teknologier til beskyttelse af privatlivet, indbygget privatlivsbeskyttelse og konsekvensanalyser vedrørende privatlivs- og databeskyttelse
- øget gennemsigtighed, generel og ubetinget ret til indsigelse (fravalg), dataportabilitet og tilknyttede foranstaltninger, der styrker de registreredes stilling.

Tip: Anvendelse af teknologier og tilgangen til beskyttelse af privatlivet kan flytte balancen, så databehandling berettiges, samtidig med at de registrerede beskyttes.

Trin 6: Påvise overholdelse og sikre gennemsigtighed

- Udarbejd en plan over trin 1 til 5 for at begrunde databehandlingen, inden den påbegyndes.
- Oplys de registrerede om, hvorfor balancen angiveligt flyttes til den registeransvarliges fordel.
- Opbevar dokumentation til brug for databeskyttelsesmyndighederne.

Tip: Dette trin kan *skaleres*: Detaljerne vedrørende vurdering og dokumentation skal tilpasses til databehandlingens art og sammenhæng. Disse foranstaltninger vil være mere omfattende, hvis der behandles store mængder oplysninger om mange mennesker på en måde, som kan have betydelig indvirkning på dem. En omfattende konsekvensanalyse vedrørende privatlivs- og databeskyttelse (i henhold til artikel 33 i forordningsforslaget) skal kun udføres, hvis en databehandling indebærer specifikke risici for registreredes rettigheder og frihedsrettigheder. I sådanne tilfælde kan vurderingen efter artikel 7, litra f), udgøre en central del af denne bredere konsekvensanalyse.

Trin 7: Hvad sker der, hvis den registrerede udøver sin ret til at gøre indsigelse?

- Hvis der kun gives en kvalificeret ret til fravalg som garanti (dette er udtrykkeligt krævet i henhold til artikel 14, litra a), som en minimumsgaranti): Hvis den registrerede modsætter sig databehandlingen, skal det sikres, at der findes en hensigtsmæssig og brugervenlig funktion, som den pågældende kan bruge til at foretage en ny vurdering af balancen og standse databehandlingen, hvis den nye vurdering viser, at vedkommendes interesser går forud for den registeransvarliges.
- Hvis der gives en ubetinget ret til fravalg som yderligere garanti (fordi det udtrykkeligt kræves i henhold til artikel 14, litra b), eller fordi det i øvrigt vurderes at være en nødvendig eller nyttig yderligere garanti): Hvis den registrerede modsætter sig databehandlingen, skal det sikres, at dette valg respekteres, uden at der tages yderligere skridt eller foretages yderligere vurdering.

Bilag 2. Praktiske eksempler, der illustrerer anvendelsen af afvejningstesten efter artikel 7, litra f)

I dette bilag gives eksempler på nogle af de mest almindelige situationer, hvor spørgsmålet om legitim interesse som defineret i artikel 7, litra f), kan opstå. I de fleste tilfælde har vi samlet to eller flere relaterede eksempler, som med fordel kan sammenlignes under én overskrift. Mange af eksemplerne er baseret på faktiske sager eller elementer af faktiske sager, som databeskyttelsesmyndighederne i de forskellige medlemsstater har behandlet. I nogle tilfælde er omstændighederne dog tilpasset for bedre at illustrere, hvordan afvejningstesten gennemføres.

Eksemplerne er taget med for at illustrere *tankegangen*, dvs. den metode, der skal anvendes, når en afvejningstest baseret på flere faktorer gennemføres. Eksemplerne har med andre ord *ikke* til formål at give en *endelig* vurdering af de omhandlede sager. Ved at ændre omstændighederne i sagen på en eller anden måde (hvis den registeransvarlige f.eks. gennemførte yderligere garantier, som f.eks. mere udførlig anonymisering, bedre sikkerhedsforanstaltninger og øget gennemsigtighed samt mere reelle valgmuligheder for de registrerede), ville resultatet af afvejningstesten faktisk ofte blive et andet¹¹⁶.

Dette har til formål at tilskynde registeransvarlige til at overholde alle horisontale bestemmelser i direktivet og tilbyde yderligere beskyttelse, når det er relevant, baseret på indbygget beskyttelse af privatlivet og personoplysninger. Jo mere omhu de registeransvarlige udviser for at beskytte personoplysninger som helhed, desto større er sandsynligheden for, at de vil opfylde kravene i afvejningstesten.

Udøvelse af retten til ytrings- eller informationsfrihed¹¹⁷, herunder i medierne og i kunstnerisk øjemed

Eksempel 1: Ngo videreformidler parlamentsmedlemmers udgifter

En offentlig myndighed offentliggør – i henhold til en retlig forpligtelse (artikel 7, litra c)) – parlamentsmedlemmers udgifter. En ngo arbejder derimod med gennemsigtighed, analyserer og videreformidler oplysninger i en nøjagtig, forholdsmæssig, men mere informativ version med bemærkninger, som bidrager til yderligere gennemsigtighed og ansvarlighed.

Hvis det antages, at ngo'en udfører formidlingen og indsætter bemærkninger på en nøjagtig og forholdsmæssig måde, giver de fornødne garantier og generelt respekterer de berørte personers rettigheder, kan den henholde sig til artikel 7, litra f), som retligt grundlag for databehandlingen. Faktorer, som f.eks. arten af den legitime interesse (en grundlæggende ret til ytrings- eller informationsfrihed), offentlighedens interesse i gennemsigtighed og ansvarlighed, og den kendsgerning, at oplysningerne allerede er blevet offentliggjort og

¹¹⁶ Korrekt anvendelse af artikel 7, litra f), rejser typisk komplekse spørgsmål om vurdering, og som rettesnor for vurderingen kan specifik lovgivning, retspraksis, retsvidenskab, retningslinjer samt adfærdskodekser og andre formelle eller mindre formelle standarder spille en vigtig rolle.

¹¹⁷ Ytrings- eller informationsfrihed er omhandlet på side 34 i udtalelsen. Der skal tages højde for relevante undtagelser for databehandling i journalistisk øjemed i henhold til direktivets artikel 9, når disse eksempler vurderes.

omhandler (relativt mindre følsomme) personoplysninger vedrørende personernes aktiviteter, som er relevante for udøvelsen af deres offentlige funktioner¹¹⁸, vejer alle sammen til fordel for behandlingens legitimitet. Den kendsgerning, at offentliggørelse i første omgang var krævet ved lov, og at de pågældende derfor forventede, at deres oplysninger ville blive offentliggjort, bidrager også til en positiv vurdering. På den anden side af balancen kan indvirkningen på den enkelte person være betydelig. Der kan f.eks. sættes spørgsmålstejn ved visse personers personlige integritet som følge af offentlig kontrol, og det kan føre til valgnederlag eller i nogle tilfælde politiefterforskning af svindel. Ovennævnte faktorer viser dog, at den registeransvarliges interesser (og de interesser, der forfølges af offentligheden, som oplysningerne videregives til) samlet set går forud for de registreredes interesser.

Eksempel 2: Byrådsmedlem udnævner sin datter som kontormedhjælp

En journalist offentliggør en faktuel korrekt og veldokumenteret artikel i en lokal internetavis om et byrådsmedlem, som afslører, at han kun har deltaget i ét ud af de sidste 11 byrådsmøder, og at han næppe vil blive genvalgt på grund af en nylig skandale, fordi han havde udnævnt sin 17-årige datter som kontormedhjælp.

En lignende analyse som i *Eksempel 1* gælder også her. For så vidt angår fakta, er det i den pågældende avis legitime interesse at offentliggøre dem. Selv om der afsløres personoplysninger om byrådsmedlemmet, tilsidesættes den grundlæggende ret til ytringsfrihed og til at offentliggøre historien i avisen ikke af byrådsmedlemmets ret til beskyttelse af privatlivets fred. Det skyldes, at offentlige figurers ret til beskyttelse af privatlivets fred er relativt begrænset for så vidt angår deres offentlige aktiviteter og på grund af ytringsfrihedens særlige betydning – især når offentliggørelse af en historie er i samfundets interesse.

Eksempel 3: Øverste søgeresultater viser stadig mindre betydelig forseelse

Internetarkivet for en avis indeholder en gammel artikel om en person, som engang var en lokal berømt og anfører for det lokale fodboldhold i en mindre by. Personen identificeres med sit fulde navn, og artiklen handler om en forholdsvis ubetydelig strafbar forseelse, han har begået (fuldskab og forstyrrelse af den offentlige orden). Den pågældendes straffeattest er nu ren og viser ikke længere den gamle forseelse, for hvilken han afsonede straffen for flere år siden. Det mest generende for den pågældende er, at linket til denne gamle nyhed er blandt de første resultater om han, når man søger efter hans navn med de mest almindelige søgemaskiner på internettet. Selv om han har anmodet derom, nægter avisen at gennemføre tekniske foranstaltninger for at begrænse den brede tilgængelighed af denne nyhed om den registrerede. Avisen nægter f.eks. at træffe tekniske og organisatoriske foranstaltninger, der har til formål – for så vidt teknologien gør det muligt – at begrænse adgang til oplysningerne fra eksterne søgemaskiner ved brug af personens navn som søgeord.

Dette er endnu en sag, som illustrerer den mulige konflikt mellem ytringsfrihed og beskyttelse af privatlivets fred. Den viser også, at yderligere garantier – som f.eks. at sikre, at – hvis der

¹¹⁸ Det kan ikke udelukkes, at nogle udgifter kan afsløre mere følsomme oplysninger, f.eks. helbredsoplysninger. Hvis det er tilfældet, burde de være fjernet fra datasættet, inden det blev offentliggjort i første omgang. Det er god praksis at benytte en "proaktiv tilgang" og give personer mulighed for at gennemse deres oplysninger, inden de offentliggøres, og klart oplyse dem om, hvordan oplysningerne kan blive offentliggjort.

er tale om en begrundet indsigelse i henhold til direktivets artikel 14, litra a), – den relevante del af avisarkiverne ikke længere er tilgængelige for eksterne søgemaskiner, eller at det format, der bruges til at vise oplysningerne, ikke tillader søgning efter navn – kan yde et væsentligt bidrag til at opnå en hensigtsmæssig balance mellem de to berørte grundlæggende rettigheder. Dette berører ikke andre foranstaltninger, der iværksættes af søgemaskiner eller tredjemand¹¹⁹.

Traditionel direkte markedsføring og andre former for markedsføring eller annoncering

Eksempel 4: Computerforretning sender reklamer for lignende produkter til kunder

En computerforretning indhenter kontaktoplysninger fra sine kunder i forbindelse med salg af et produkt og anvender disse oplysninger til via almindelig post at markedsføre egne lignende produkter. Forretningen sælger også produkter online og udsender reklamer pr. e-mail, når den får en ny produktlinje på lager. Kunderne informeres klart om deres mulighed for gratis og på en nem måde at gøre indsigelse, når deres kontaktoplysninger indsamles, og hver gang en e-mail sendes, hvis kunden ikke gjorde indsigelse i første omgang.

Gennemsigtigheden af behandlingen, det forhold, at kunden med rimelighed kan forvente at modtage tilbud om samme produkter som en kunde i forretningen, og det forhold, at han har ret til at gøre indsigelse, hjælper med at styrke legitimiteten af behandlingen og garantere de registreredes rettigheder. På den anden side af balancen er der tilsyneladende ingen uforholdsmæssig indvirkning på den registreredes ret til beskyttelse af privatlivets fred (i dette eksempel antages det, at computerforretningen ikke opretter komplekse profiler over sine kunder ved hjælp af f.eks. detaljeret analyse af deres klikstrømme).

Eksempel 5: Internetapotek foretager omfattende profilering

Et onlineapotek udfører markedsføring baseret på de lægemidler og andre produkter, som kunder har købt, herunder produkter købt på recept. Det analyserer disse oplysninger med henblik på – sammen med demografiske oplysninger om kunderne, f.eks. deres alder og køn – at oprette en "sundhedsprofil" for hver enkelt kunde. Det bruger også klikstrømsdata, som ikke kun indsamles om de produkter, kunderne har købt, men også om andre produkter og oplysninger, de har set på apotekets websted. Kunde profilerne omfatter oplysninger eller forudsigelser om, at en bestemt kunde er gravid, lider af en bestemt kronisk sygdom eller kan være interesseret i at købe kosttilskud, solcreme eller andre hudplejeprodukter på bestemte årstider. Onlineapotekets analytikere bruger disse oplysninger til at tilbyde håndkøbsmedicin, sundhedstilskud og andre produkter til bestemte personer via e-mail. I denne sag kan apoteket ikke påberåbe sine legitime interesser, når det opretter og anvender dets kunde profiler til markedsføringsformål. Denne profilering repræsenterer flere problemer. Oplysningerne er særligt følsomme og kan afsløre meget om ting, som mange forventer at være fortrolige¹²⁰. Profileringens omfang og den måde, den opbygges på (ved hjælp af klikstrømsdata og

¹¹⁹ Se også sag C-131/12 Google Spain mod Agencia Española de Protección de Datos, verserer i øjeblikket for EU-Domstolen.

¹²⁰ I tillæg til begrænsninger, der er pålagt ved databeskyttelseslove, er annoncering for receptpligtige lægemidler underlagt streng kontrol i EU, ligesom annoncering for håndkøbsmedicin er underlagt en række begrænsninger. Endvidere skal kravene i artikel 8 om særlige kategorier af oplysninger (som f.eks. helbredsoplysninger) også tages i betragtning.

prædikative algoritmer), viser også, at der er tale om et betydeligt indgreb. Samtykke baseret på artikel 7, litra a), og artikel 8, stk. 2, litra a), kan dog (hvis der er tale om følsomme oplysninger) overvejes som et alternativ, hvis det er relevant.

Uopfordrede ikke-kommercielle budskaber, herunder i forbindelse med politiske kampagner eller indsamlinger til velgørenhed

Eksempel 6: Kandidat bruger valglister målrettet i forbindelse med lokalvalg

I forbindelse med et lokalvalg bruger en kandidat valglisten¹²¹ til at udsende et introduktionsbrev, der promoverer hendes valgkampagne over for hver enkelt potentiel vælger i hendes valgdistrikt. Kandidaten anvender oplysningerne fra valglisten til at udsende brevet og gemmer ikke oplysningerne efter afslutningen af kampagnen.

En sådan anvendelse af den lokale valglister ligger inden for, hvad der rimeligvis må forventes, når det sker før et valg. Den registeransvarliges interesse er klar og legitim. Den begrænsede og målrettede anvendelse af oplysninger bidrager også til at flytte balancen, så behandlingen er i den registeransvarliges legitime interesse. Den nationale lovgivning kan omhandle en sådan anvendelse af valglister, for så vidt angår samfundets interesse, og fastsætte specifikke regler, begrænsninger og garantier for denne anvendelse. Hvis det er tilfældet, skal disse specifikke regler også overholdes for at sikre behandlingens legitimitet.

Eksempel 7: Almennyttigt organ indsamler oplysninger med henblik på målretning

En filosofisk organisation, der arbejder med menneskelig og social udvikling, beslutter at tilrettelægge indsamlingsaktiviteter baseret på sine medlemmers profiler. Til det formål indsamler den oplysninger på sociale medier ved hjælp af ad hoc-software, der målretter mod personer, der "synes godt om" organisationens side, "synes godt om" eller har "delt" de meddelelser, organisationen har slået op på sin side, regelmæssigt har fået vist bestemte elementer eller har tweetet organisationens meddelelser videre. Den sender derefter meddelelser og nyhedsbreve til sine medlemmer i overensstemmelse med deres profiler. Ældre hundeejere, der har "syntes godt om" artikler om dyreinternater, modtager f.eks. andre opfordringer til at yde bidrag end familier med små børn. Mennesker fra forskellige etniske grupper modtager også forskellige meddelelser.

Fordi organisationen behandler særlige kategorier af oplysninger (filosofisk overbevisning), skal den overholde artikel 8. Denne betingelse opfyldes tilsyneladende, fordi behandlingen foretages som led i organisationens legitime aktiviteter. I dette tilfælde er det dog ikke en tilstrækkelig betingelse. Den måde, hvorpå oplysningerne anvendes, overstiger de registreredes rimelige forventninger. Den indsamlede mængde oplysninger, manglen på gennemsigtighed med hensyn til indsamlingen og videreanvendelsen af oplysninger, der oprindeligt blev indsamlet til et andet formål, bidrager til at konkludere, at artikel 7, litra f), ikke kan benyttes som retligt grundlag i dette tilfælde. Behandlingen bør derfor ikke tillades, medmindre et andet retligt grundlag kan anvendes, f.eks. samtykke i henhold til artikel 7, litra a).

¹²¹ Det antages, at en valglister er oprettet i henhold til loven i den pågældende medlemsstat.

Håndhævelse af retlige krav, herunder gældsinddrivelse via udenretlige procedurer

Eksempel 8: Tvist om kvalitet af renoveringsarbejde

En kunde er utilfreds med kvaliteten af renoveringsarbejde udført på et køkken og nægter at betale den fulde pris. Tømrerfirmaet videregiver relevante og forholdsmæssige oplysninger til dets advokat, så han kan rykke kunden for betalingen og forhandle et forlig med kunden, hvis han stadig nægter at betale.

I dette tilfælde er tømrerfirmaets indledende skridt, hvor grundlæggende oplysninger om den registrerede (f.eks. navn, adresse og kontaktperson) anvendes til at sende en rykker til den registrerede (direkte eller via firmaets advokat som i dette tilfælde), stadig omfattet af behandling, der er nødvendig af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt (artikel 7, litra b)). Yderligere skridt¹²², herunder inddragelse af en inkassovirksomhed, bør dog vurderes på grundlag af artikel 7, litra f), og bl.a. deres omfang og indvirkning på den registrerede bør tages i betragtning, som det fremgår af følgende eksempel.

Eksempel 9: Kunde forsvinder med bil købt på kredit

En kunde betaler ikke de skyldige afdrag på en dyr sportsvogn, der er købt på kredit, og "forsvinder". Bilforhandleren kontakter en ekstern "inkassator". Inkassatoren foretager en omfattende "politilignende" undersøgelse ved hjælp af bl.a. skjult videoovervågning og telefonaflytning.

Selv om bilforhandlerens og inkassatorens interesser er legitime, flyttes balancen ikke til deres fordel på grund af de påtrængende metoder, der er anvendt til at indsamle oplysninger, herunder metoder, der udtrykkeligt er forbudt ved lov (telefonaflytning). Konklusionen ville være en anden, hvis f.eks. bilforhandleren eller inkassatoren kun udførte begrænsede kontroller til at bekræfte den registreredes kontaktoplysninger for at kunne indlede en retssag.

Forebyggelse af svig, misbrug af tjenester eller hvidvaskning af penge

Eksempel 10: Bekræftelse af en kundes oplysninger, inden en bankkonto åbnes

Et bankinstitut følger rimelige og forholdsmæssige procedurer – i overensstemmelse med det kompetente finanstillsyns ikkebindende retningslinjer – til at bekræfte identiteten af en person, der ønsker at åbne en konto. Det opbevarer fortegnelser over de oplysninger, der er anvendt til at bekræfte personens identitet.

Den registeransvarliges interesse er legitim. Behandlingen af personoplysninger omfatter kun begrænsede og nødvendige oplysninger (standardpraksis i branchen, der med rimelighed må forventes af de registrerede, og som er anbefalet af de kompetente myndigheder). Der gives de fornødne garantier for at begrænse uforholdsmæssig og utilbørlig indvirkning på de registrerede. Den registeransvarlige kan derfor henholde sig til artikel 7, litra f). Hvis de

¹²² Der er i dag visse forskelle mellem medlemsstaterne med hensyn til de foranstaltninger, der kan betragtes som nødvendige af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt.

iværksatte foranstaltninger specifikt kræves i henhold til den gældende lovgivning, kan artikel 7, litra c), alternativt finde anvendelse.

Eksempel 11: Udveksling af oplysninger for at bekæmpe hvidvaskning af penge

Efter at have rådført sig med den kompetente databeskyttelsesmyndighed gennemfører et finansieringsinstitut procedurer, der på grundlag af specifikke og begrænsede kriterier har til formål at udveksle oplysninger om mistanke om misbrug af reglerne om hvidvaskning af penge med andre virksomheder i samme koncern med strenge begrænsninger for adgang, sikkerhed og forbud mod videreanvendelse til andre formål.

Af lignende årsager som dem, der er forklaret ovenfor, og afhængigt af de konkrete omstændigheder kan behandlingen af personoplysninger baseres på artikel 7, litra f). Hvis de iværksatte foranstaltninger specifikt kræves i henhold til den gældende lovgivning, kan artikel 7, litra c), alternativt finde anvendelse.

Eksempel 12: Sortliste over aggressive narkomaner

En gruppe hospitaler opretter en fælles sortliste over "aggressive" personer, der søger efter narkotika, med henblik på at forhindre, at de får adgang til de deltagende hospitaler.

Selv om de registeransvarlige har en legitim interesse i at sikre og beskytte hospitalsområderne, skal interessen afvejes i forhold til den grundlæggende ret til beskyttelse af privatlivets fred og andre vægtige hensyn, som f.eks. nødvendigheden af, at de pågældende ikke udelukkes fra adgang til sundhedsmæssig behandling. Det forhold, at der behandles følsomme oplysninger (f.eks. sundhedsoplysninger vedrørende narkotikaafhængighed), støtter også konklusionen om, at behandlingen i dette tilfælde sandsynligvis ikke kan accepteres efter artikel 7, litra f)¹²³. Behandlingen kan muligvis accepteres, hvis den f.eks. var omhandlet i en lov, som også fastlagde specifikke garantier (kontrol, gennemsigtighed og forebyggelse af automatiske beslutninger), der sikrede, at den ikke ville føre til forskelsbehandling eller krænkelse af de registreredes grundlæggende rettigheder¹²⁴. I sidstnævnte tilfælde kan artikel 7, litra c), eller artikel 7, litra f), påberåbes som retligt grundlag, afhængigt af om denne specifikke lov kræver eller kun tillader behandlingen.

Overvågning af medarbejdere i sikkerheds- eller ledelsesøjemed

Eksempel 13: Advokaters arbejdstimer bruges til både faktureringsformål og beregning af bonus

Det antal timer, som advokater kan fakturere klienter, behandles til både faktureringsformål og beregning af den årlige bonus. Systemet er blevet beskrevet på en gennemsigtig måde for medarbejderne, som har en udtrykkelig ret til at gøre indsigelse mod konklusionerne med hensyn til både fakturering og udbetaling af bonus, som i så fald drøftes med ledelsen.

¹²³ Kravene i artikel 8 om særlige kategorier af oplysninger (som f.eks. helbredsoplysninger) skal også tages i betragtning.

¹²⁴ Se Artikel 29-Gruppens arbejdsdokument om sortlister (WP 65) vedtaget den 3.10.2002.

Behandlingen er tilsyneladende nødvendig af hensyn til den registeransvarliges legitime interesser, og formålet kan øjensynligt ikke opfyldes med et mindre påtrængende middel. Indvirkningen på medarbejderne er også begrænset på grund af de garantier, der stilles, og de processer, der er gennemført. Artikel 7, litra f), er derfor et hensigtsmæssigt retligt grundlag i dette tilfælde. Det kan også argumenteres, at behandlingen til det ene eller begge formål er nødvendig af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt.

Eksempel 14: Elektronisk overvågning af brug af internettet¹²⁵

Arbejdsgiveren overvåger medarbejdernes brug af internettet i arbejdstiden for at kontrollere, at de ikke i overdreven grad anvender virksomheds IT-system til private formål. De indsamlede oplysninger omfatter midlertidige filer og cookies, der genereres på medarbejdernes computere, og som viser, hvilke websteder de har besøgt, og hvilke filer de har hentet i arbejdstiden. Oplysningerne behandles uden først at have hørt de registrerede eller deres fagforeningsrepræsentanter/samarbejdsudvalget i virksomheden. De har heller ikke modtaget tilstrækkelige oplysninger om denne praksis.

Mængden og arten af de indsamlede oplysninger repræsenterer et væsentligt indgreb i medarbejdernes privatliv. Ud over spørgsmålet om proportionalitet er fremgangsmådens gennemsigtighed, som hænger tæt sammen med de registreredes rimelige forventninger, også en vigtig faktor, der skal tages i betragtning. Selv om arbejdsgiveren har en legitim interesse i at begrænse den tid, som medarbejderne bruger på at besøge websteder, der ikke direkte er relevante for deres arbejde, opfylder de anvendte metoder ikke afvejningstesten i artikel 7, litra f). Arbejdsgiveren bør anvende mindre indgribende metoder (f.eks. begrænsning af adgangen til bestemte websteder), der i overensstemmelse med bedste praksis er drøftet og fastlagt i fællesskab med medarbejdernes repræsentanter og formidlet til medarbejderne på en gennemsigtig måde.

Whistle blowing-ordninger

Eksempel 15: Whistle blowing-ordning for at overholde tredjelandslovgivning

Et EU-datterselskab i en amerikansk koncern indfører en whistle blowing-ordning for at rapportere alvorlige overtrædelser inden for regnskaber og finans. Selskaberne i koncernen er underlagt en kodeks for god forvaltning, der kræver, at de styrker procedurer for intern kontrol og risikostyring. Som følge af dets internationale aktiviteter skal datterselskabet i EU også fremlægge pålidelige finansielle oplysninger for de andre medlemmer af koncernen i USA. Ordningen er udformet, så den er i overensstemmelse med både amerikansk lovgivning og de retningslinjer, der er fastlagt af de nationale databeskyttelsesmyndigheder i EU.

Som én af garantierne får medarbejderne klare retningslinjer for de omstændigheder, hvorunder ordningen skal anvendes, via bl.a. kurser. Medarbejderne advares om, at de ikke må misbruge ordningen, f.eks. ved at fremsætte falske eller ubegrundede påstande om deres kolleger. De får også forklaret, at de kan anvende ordningen anonymt eller identificere sig,

¹²⁵ Enkelte medlemsstater finder, at begrænset elektronisk overvågning kan være "nødvendig af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt" og derfor kan baseres på det retlige grundlag i artikel 7, litra b), i stedet for artikel 7, litra f).

hvis de ønsker det. I sidstnævnte tilfælde oplyses medarbejderne om, hvordan de oplysninger, der identificerer dem, sendes tilbage til deres arbejdsgiver eller videregives til andre organer.

Hvis ordningen er etableret i henhold til EU-retten eller i henhold til en EU-medlemsstats lovgivning, kan behandlingen foretages i henhold til artikel 7, litra c). Forpligtelser i henhold til tredjelandslovgivning betegnes dog ikke som retlige forpligtelser i henhold til artikel 7, litra c), og en sådan forpligtelse berettiger derfor ikke til behandling i henhold til artikel 7, litra c). Behandling kan dog berettiges ved artikel 7, litra f), hvis der eksempelvis er en legitim interesse i at garantere de finansielle markeders stabilitet eller bekæmpe korrupsion, og såfremt ordningen omfatter de fornødne garantier i overensstemmelse med retningslinjer udstedt af de relevante tilsynsmyndigheder i EU.

Eksempel 16: "Intern" whistle blowing-ordning uden konsekvente procedurer

Et finansieringsinstitut beslutter at indføre en whistle blowing-ordning, fordi ledelsen har mistanke om omfattende tyveri og korrupsion blandt medarbejderne og gerne vil opmuntre dem til at informere om hinanden. For at spare penge beslutter virksomheden, at ordningen skal gennemføres internt af ansatte i personaleafdelingen. For at tilskynde medarbejderne til at anvende ordningen tilbyder virksomheden en kontant belønning "uden ekstra spørgsmål" til medarbejdere, hvis whistle blowing-aktiviteter fører til afsløring af misbrug og tilbagebetaling af penge.

Virksomheden har en legitim interesse i at afsløre og forebygge tyveri og korrupsion. Dens whistle blowing-ordning er dog så dårligt tilrettelagt og mangler garantier i en sådan grad, at dens interesser tilsidesættes af både medarbejdernes interesser og ret til privatliv – især for så vidt angår ofre for falske beskyldninger, der fremsættes alene for at opnå økonomisk gevinst. Selve det, at ordningen gennemføres internt og ikke af en uafhængig tredjepart, er et andet problem i dette tilfælde, og det samme gælder manglende uddannelse og vejledning i anvendelsen af ordningen.

Fysisk sikkerhed, IT-sikkerhed og netværkssikkerhed

Eksempel 17: Biometriske kontroller i et forskningslaboratorium

Et videnskabeligt forskningslaboratorium, som arbejder med dødelige virusser, anvender et biometrisk adgangskontrolsystem på grund af den høje risiko for folkesundheden, hvis disse virusser kommer uden for laboratoriets lokaler. Der gives de fornødne garantier, herunder at de biometriske oplysninger er lagret på medarbejdernes personlige id-kort og ikke i et centralt system.

Selv om oplysningerne er følsomme i bred forstand, er begrundelsen for deres behandling i samfundets interesse. Dette og det forhold, at risiciene for misbrug reduceres ved hensigtsmæssig anvendelse af garantier, betyder, at artikel 7, litra f), er et hensigtsmæssigt retligt grundlag for behandlingen.

Eksempel 18: Anvendelse af skjulte kameraer for at afsløre besøgende og medarbejdere, der ryger

En virksomhed bruger skjulte kameraer for at afsløre besøgende og medarbejdere, der ryger på steder, hvor det ikke er tilladt.

Den registeransvarlige har en legitim interesse i at sikre, at rygereglerne overholdes, men midlerne til at opfylde dette er – generelt – uforholdsmæssige og unødigt omfattende. Der findes mindre påtrængende og mere gennemsigtige metoder (f.eks. røgdetektorer og synlige skilte). Behandlingen er derfor ikke i overensstemmelse med artikel 6, som kræver, at oplysninger ikke omfatter mere end, hvad der kræves til opfyldelse af de formål, hvortil de indsamles, og de formål, hvortil de senere behandles. Samtidig opfylder den sandsynligvis heller ikke afvejningstesten i artikel 7.

Videnskabelig forskning

Eksempel 19: Forskning i betydningen af skilsmisse og forældres arbejdsløshed for børns uddannelsesniveau

Under et forskningsprogram, som regeringen har vedtaget, og som er godkendt af et kompetent etisk udvalg, forskes der i forholdet mellem skilsmisse, forældres arbejdsløshed og børns uddannelsesniveau. Selv om disse forhold ikke er klassificeret som "særlige kategorier" af oplysninger, fokuserer forskningen dog på forhold, som mange familier ville betragte som meget intime personlige oplysninger. Forskningen vil gøre det muligt at målrette særlige uddannelses tiltag mod børn, der ellers ville få højt fravær fra skolen, kun opnå et lavt uddannelsesniveau, blive arbejdsløse som voksne eller blive kriminelle. Den pågældende medlemsstats lovgivning tillader udtrykkeligt behandling af personoplysninger (bortset fra særlige kategorier af oplysninger) til forskningsformål, såfremt forskningen er nødvendig af hensyn til vigtige samfundsinteresser og er underlagt de fornødne garantier, som derefter er beskrevet i yderligere detaljer i gennemførelseslovgivningen. Denne retlige ramme omfatter specifikke krav, men også regler for ansvarlighed, der betyder, at det i hvert enkelt tilfælde kan vurderes, om forskningen kan tillades (hvis den gennemføres uden de berørte personers samtykke), og de specifikke foranstaltninger, der skal anvendes for at beskytte de registrerede.

Forskeren driver en sikker forskningsinstitution og modtager under sikre forhold de relevante oplysninger fra folkeregisteret, domstole, arbejdsformidlinger og skoler. Forskningsinstitutionen tilslører derefter de enkelte personers identiteter, så oplysninger om skilsmisse, arbejdsløshed og uddannelse kan kædes sammen, men uden at deres "civile" identiteter, dvs. navn og adresse, afsløres. Alle de oprindelige data slettes derefter uigenkaldeligt. Derefter træffes der yderligere foranstaltninger for at sikre funktionel adskillelse (dvs. at oplysninger kun bruges til forskningsformål) og mindske enhver yderligere risiko for identifikation af de registrerede.

Personalet på forskningsinstitutionen modtager streng sikkerhedsuddannelse og er personligt – muligvis endda strafferetligt – ansvarligt for ethvert brud på sikkerheden. Der træffes tekniske og organisatoriske foranstaltninger med henblik på at sikre, at personalet f.eks. ikke medtager personoplysninger overført til USB-sticks uden for institutionen.

Det er i forskningsinstitutionens legitime interesse at udføre forskning, som samfundet har en stærk interesse i. Ordningen tjener også legitime interesser, der forfølges af de beskæftigelses-

og uddannelsesorganer samt andre organer, der deltager i ordningen, fordi den hjælper dem med at planlægge og levere tjenester til dem, der har mest brug for dem. Der er taget højde for forhold vedrørende beskyttelsen af privatlivets fred, og der er indført sikkerhedsforanstaltninger, således at de legitime interesser, der forfølges af de organisationer, som medvirker til at gennemføre forskningen, ikke tilsidesættes af interesserne eller retten til privatliv for de forældre eller børn, hvis personoplysninger udgjorde grundlaget for forskningen.

Eksempel 20: Forskning i fedme

Et universitet ønsker at forske i niveauerne af fedme blandt børn i en række byer og landdistrikter. Selv om det generelt var svært at få adgang til relevante oplysninger fra skoler og andre institutioner, får universitetet overtalt et antal lærere til i en periode at overvåge de elever i deres klasser, som er overvægtige, og stille dem spørgsmål om deres kost, fysiske aktivitetsniveau, anvendelse af computerspil osv. Disse lærere registrerer også navnene og adresserne på de adspurgte børn, så de kan modtage en kupon til onlinemusik som belønning for deres deltagelse i undersøgelsen. Forskerne opretter derefter en database over børn, hvor de korrelerer fedmeniveauet med fysisk aktivitet og andre faktorer. Papirkopier af de udfyldte spørgeskemaer – stadig i en form, der identificerer de enkelte børn – opbevares i universitetets arkiver i en ikkefastlagt periode og uden tilstrækkelige sikkerhedsforanstaltninger. Fotokopier af alle spørgeskemaer fremsendes efter anmodning til enhver master- eller ph.d.-studerende på det samme universitet eller fra andre partneruniversiteter i hele verden, der er interesseret i at videreanvende forskningsoplysningerne.

Selv om det er i universitetets legitime interesser at udføre forskning, er der flere aspekter af undersøgelsesdesignet, der betyder, at disse interesser tilsidesættes af børnenes interesser og ret til beskyttelse af privatlivets fred. Ud over forskningsmetoden, som mangler videnskabelig disciplin, er det især problematisk med manglen på foranstaltninger til beskyttelse af privatlivet i undersøgelsesdesignet og den brede adgang til de indsamlede personoplysninger. På intet tidspunkt kodes eller anonymiseres børnenes fortegnelser, og der træffes heller ikke andre foranstaltninger for at sikre hverken datasikkerhed eller funktionel adskillelse. Der indhentes ikke gyldigt samtykke i henhold til artikel 7, litra a), og artikel 8, stk. 2, litra a), og det fremgår ikke, om børnene og deres forældre har fået oplyst, hvad deres personoplysninger anvendes til, eller til hvem de videregives.

Retlig forpligtelse fastlagt af et tredjeland

Eksempel 21: Overholdelse af tredjelandets skattelovgivning

EU-banker indsamler og overfører nogle af deres kunders oplysninger med henblik på kundernes overholdelse af skattelovgivningen i tredjelande. Indsamlingen og overførslen er angivet i og finder sted i henhold til betingelser og garantier, der er aftalt mellem EU og tredjelandet i en international aftale.

Mens en tredjelandforpligtelse i sig selv ikke kan betragtes som et legitimt grundlag for behandling efter artikel 7, litra c), kan en sådan forpligtelse være det, hvis den er fastsat ved international aftale. I sidstnævnte tilfælde kan behandlingen betragtes som nødvendig for at opfylde en retlig forpligtelse, der er fastsat i den internationale aftales interne retlige ramme. Hvis der ikke foreligger en sådan aftale, skal indsamlingen og overførslen vurderes i henhold

til krav baseret på artikel 7, litra f), og kan kun betragtes som berettiget, hvis der gives de fornødne garantier, som f.eks. garantier godkendt af den kompetente databeskyttelsesmyndighed (se også *Eksempel 15* ovenfor).

Eksempel 22: Overførsel af oplysninger om systemkritikere

Efter anmodning overfører en EU-virksomhed oplysninger om udenlandske borgere til et undertrykkende styre i et tredjeland, der ønsker adgang til oplysninger om systemkritikere (f.eks. oplysninger om deres e-mailtrafik, e-mailindhold, browsinghistorik eller private meddelelser på sociale medier).

I modsætning til ovennævnte eksempel er der her ingen international aftale, der ville gøre det muligt at anvende artikel 7, litra c), som retligt grundlag. Flere elementer argumenterer desuden mod anvendelsen af artikel 7, litra f), som retligt grundlag for behandling. Selv om den registeransvarlige kan have en økonomisk interesse i at sikre, at han imødekommer anmodninger fra udenlandske regeringer (fordi han ellers ville blive behandlet mindre gunstigt af den pågældende regering end andre virksomheder), er legitimiteten og proportionaliteten af overførslen særdeles tvivlsom i henhold til EU's ramme for grundlæggende rettigheder. Den potentielt betydelige indvirkning på de berørte personer (f.eks. forskelsbehandling, fængsling eller dødsstraf) vejer også tungt til fordel for de berørte personers interesser og rettigheder.

Videreanvendelse af offentligt tilgængelige oplysninger

Eksempel 23: Bedømmelse af politikere¹²⁶

En ngo, der arbejder med gennemsigtighed, anvender offentligt tilgængelige oplysninger om politikere (løfter, de afgav under valgkampagnen, sammenlignet med deres faktiske stemmeafgivelser) til at bedømme dem ud fra, hvor godt de har overholdt deres løfter.

Selv om indvirkningen på de pågældende politikere kan være betydelig, betyder det forhold, at behandlingen er baseret på offentligt tilgængelige oplysninger og vedrører deres offentlige ansvar, og at den tydeligvis har til formål at forbedre gennemsigtigheden og ansvarligheden, at balancen flyttes, så behandlingen er i den registeransvarliges legitime interesse¹²⁷.

Børn og andre udsatte personer

Eksempel 24: Informationswebsted til teenagere

En frivillig organisation tilbyder på sit websted rådgivning til teenagere om narkotikamisbrug, uønsket graviditet og alkoholmisbrug. Organisationen indsamler oplysninger om besøgende på webstedet via sin egen server. Derefter anonymiserer den omgående disse oplysninger og bruger dem i generelle statistikker om, hvilke dele af webstedet der er mest populære blandt de besøgende fra forskellige geografiske områder i landet.

¹²⁶ Se også Eksempel 7 ovenfor.

¹²⁷ Som i *Eksempel 1 og 2* antages det, at offentliggørelsen er nøjagtig og forholdsmæssig. Manglende garantier eller andre faktorer kan ændre interessebalancen afhængigt af de konkrete omstændigheder.

Artikel 7, litra f), kan anvendes som retligt grundlag, selv om det drejer sig om oplysninger vedrørende udsatte personer, fordi behandlingen er i samfundets interesse, og der gives strenge garantier (oplysninger anonymiseres straks og anvendes kun til statistiske formål), som bidrager til at flytte balancen, så behandlingen er i den registeransvarliges legitime interesse.

Løsninger med indbygget privatlivsbeskyttelse som yderligere garantier

Eksempel 25: Adgang til mobiltelefonnumre tilhørende brugere og ikkebrugere af en app: "sammenlign og glem"

Personoplysninger om personer behandles for at kontrollere, om de allerede har givet utvetydigt samtykke (dvs. "sammenlign og glem" som en garanti).

Det kræves, at en applikationsudvikler indhenter de registreredes utvetydige samtykke for at kunne behandle deres personoplysninger. Applikationsudvikleren ønsker f.eks. at få adgang til og indsamle hele den elektroniske telefonbog tilhørende applikationens brugere, herunder mobiltelefonnumre tilhørende kontaktpersoner, der ikke bruger applikationen. For at kunne gøre det skal udvikleren først vurdere, om indehaverne af mobiltelefonnumrene i adressebøgerne tilhørende brugerne af applikationen har givet deres utvetydige samtykke (i henhold til artikel 7, litra a)) til behandlingen af deres oplysninger.

For så vidt angår denne begrænsede indledende behandling (dvs. kortvarig læseadgang til hele adressebogen tilhørende en bruger af applikationen), kan applikationsudvikleren henholde sig til artikel 7, litra f), som retligt grundlag, hvis der gives de fornødne garantier. Disse garantier bør omfatte tekniske og organisatoriske foranstaltninger, der sikrer, at virksomheden kun anvender denne adgang til at hjælpe brugeren med at identificere, hvilke af hans kontakter der allerede er brugere, og som derfor allerede har givet virksomheden deres utvetydige samtykke til indsamlingen og behandlingen af telefonnumre til dette formål. Mobiltelefonnumre tilhørende ikkebrugere må kun indsamles og behandles med det formål at bekræfte, om de allerede har givet deres utvetydige samtykke til behandlingen af deres oplysninger, og de skal slettes straks derefter.

Kombination af personoplysninger på tværs af webtjenester

Eksempel 26: Kombination af personoplysninger på tværs af webtjenester

En internetvirksomhed, der leverer forskellige tjenester, herunder søgemaskine, videodeling og sociale medier, udvikler en politik for beskyttelse af personoplysninger, som indeholder en bestemmelse, der giver den mulighed for at kombinere alle oplysninger, den indsamler om hver bruger i relation til de forskellige tjenester, de anvender, uden at angive en dataopbevaringsperiode. I henhold til virksomheden sker dette for at garantere den bedst mulige kvalitet for dens tjenester.

Virksomheden giver de forskellige kategorier af brugere adgang til forskellige værktøjer, så de kan udøve deres rettigheder (f.eks. deaktivere målrettede annoncer eller modsætte sig lagringen af bestemte typer cookies).

De tilgængelige værktøjer giver dog ikke brugerne mulighed for effektivt at kontrollere behandlingen af deres oplysninger. De kan ikke kontrollere de specifikke kombinationer af deres oplysninger på tværs af tjenesterne, og de kan ikke gøre indsigelse mod kombinationen af oplysninger om dem. Samlet set er der en skævhed mellem virksomhedens legitime interesse og beskyttelsen af brugernes grundlæggende rettigheder, og artikel 7, litra f), kan derfor ikke anvendes som retligt grundlag for behandlingen. Artikel 7, litra a), ville være et mere hensigtsmæssigt retligt grundlag, såfremt betingelserne for et gyldigt samtykke opfyldes.