



01197/11/da  
WP 187

**Udtalelse 15/2011 om definitionen af samtykke**

**Vedtaget den 13. juli 2011**

Gruppen er nedsat ved artikel 29 i direktiv 95/46/EF. Den 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.

Gruppens sekretariat varetages af Europa-Kommissionens Direktorat C (Grundlæggende rettigheder og Unionsborgerskab) under Generaldirektoratet for Frihed, Sikkerhed og Retfærdighed, 1049 Bruxelles, Belgien, kontor MO59 02/013.

Websted: [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/index\\_da.htm](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/index_da.htm)

## Sammenfatning

Udtalelsen indeholder en grundig analyse af begrebet "samtykke", således som det på nuværende tidspunkt anvendes i databeskyttelsesdirektivet og i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation. Udtalelsen bygger på den erfaring, som medlemmerne af Artikel 29-Gruppen ligger inde med, og indeholder talrige eksempler på gyldigt og ugyldigt samtykke, idet der fokuseres på dettes hovedelementer, såsom betydningen af "viljetilkendegivelse", frivillig, "specifik", "utvetydig", "udtrykkelig", "informeret" osv. I udtalelsen afklares desuden en række aspekter vedrørende begrebet "samtykke". F.eks. tidspunktet for, hvornår et samtykke skal opnås, hvorledes indsigelsesretten adskiller sig fra samtykke osv.

Samtykke udgør et af flere retlige grundlag for behandlingen af personoplysninger. 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.

Denne udtalelse er delvis afgivet som svar på en anmodning fra Kommissionen i forbindelse med den igangværende revision af databeskyttelsesdirektivet. Den indeholder derfor anbefalinger, der kan indgå i overvejelserne under denne revision. Anbefalingerne omfatter:

- i) afklaring af betydningen af "utvetydigt" samtykke og præcisering af, at alene et samtykke, der bygger på udsagn eller handlinger, som tilkendegiver accept, udgør et gyldigt samtykke
- ii) krav om, at de registeransvarlige indfører mekanismer, der skaber bevis for, at der er opnået samtykke (inden for rammerne af en generel ansvarlighedsforpligtelse)
- iii) tilføjelse af et udtrykkeligt krav til kvaliteten og tilgængeligheden af de oplysninger, der danner grundlag for samtykket
- iv) en række forslag vedrørende mindreårige og andre uden rets- og handleevne.

## **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 artikel 29 og artikel 30, stk. 1, litra a), og stk. 3 i ovennævnte direktiv,

som henviser til gruppens forretningsorden,

### **HAR VEDTAGET DENNE UDTALELSE:**

#### **I. Indledning**

Den registreredes samtykke har altid udgjort et centralt begreb inden for databeskyttelse, men det er ikke altid klart, hvor der er behov for samtykke, og hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at samtykket er gyldigt. Dette forhold kan bevirke, at der optræder forskellige tilgange og afvigende syn på god praksis i de forskellige medlemsstater. Dette kan svække de registreredes stilling. Problemet er vokset i takt med, at behandling af personoplysninger er blevet et stadig mere fremtrædende træk i det moderne samfund, såvel i online- som i offline-situationer, og forskellige medlemsstater ofte er involveret. Dette er baggrunden for, at Artikel 29-Gruppen som led i sit arbejdsprogram for 2010-2011 har besluttet at give dette emne en grundig behandling.

Samtykke er også et af de emner, hvor Kommissionen har anmodet om input i forbindelse med revisionen af direktiv 95/46/EF. I Kommissionens meddelelse "En global metode til beskyttelse af personoplysninger i Den Europæiske Union"<sup>1</sup> hedder det: "*Kommissionen vil undersøge, hvordan reglerne om samtykke kan tydeliggøres og styrkes*". Kommissionen redegør nærmere<sup>2</sup> herfor:

*"I de gældende regler hedder det, at når der kræves informeret samtykke, skal den fysiske persons samtykke til behandling af vedkommendes personoplysning være en "frivillig, specifik og informeret viljetilkendegivelse", hvorved vedkommende indvilliger i databehandlingen. Dette krav fortolkes imidlertid forskelligt i medlemsstaterne; i nogle kræves der altid skriftligt samtykke, i andre accepteres underforstået samtykke."*

*"Desuden er det på internettet oftest vanskeligere for fysiske personer at få klarhed over deres rettigheder og give informeret samtykke, fordi det er uklart, hvilken politik for beskyttelse af privatlivets fred der følges. Og det er endnu mere indviklet i de tilfælde, hvor det end ikke står klart, hvad der forstås ved et frivilligt, specifikt og informeret samtykke til databehandling. Det gælder f.eks. ved adfærdsbaseret annoncering, hvor bestemte browserindstillinger af nogle betragtes som udtryk for brugerens samtykke og af andre ikke gør det."*

---

<sup>1</sup> KOM(2010)0609 af 4.11.2010.

<sup>2</sup> I Kommissionens første beretning om gennemførelsen af databeskyttelsesdirektivet (95/46/EF) (KOM(2003)0265) nævntes allerede på side 17: "Især begreberne i bestemmelsen om, at behandlingen kun må finde sted "hvis der ikke hersker tvivl om, at den registrerede har givet sit samtykke" (artikel 7, litra a)), i forhold til begreberne i bestemmelsen om, at særlige oplysninger kan behandles, hvis "den registrerede udtrykkeligt har givet sit samtykke" (artikel 8) kræver en yderligere afklaring og mere ensartet fortolkning. Operatørerne har brug for at vide, hvad der kan betragtes som et gyldigt samtykke, især i en onlinesituation."

*"Der bør derfor ske en afklaring af bestemmelserne vedrørende den registreredes samtykke med henblik på at sikre, at der gives informeret samtykke, og at den fysiske person er helt klar over, at vedkommende giver samtykke, og over, hvilken databehandling vedkommende giver samtykke til, i overensstemmelse med artikel 8 i EU's charter om grundlæggende rettigheder. Klare nøglebegreber kan ligeledes fremme udviklingen af selvregulerende foranstaltninger med henblik på at finde frem til praktiske løsninger, der er i overensstemmelse med EU-retten."*

For at imødekomme Kommissionens anmodning om input og gennemføre sit arbejdsprogram for 2010-2011 satte Artikel 29-Gruppen sig for at udfærdige en udtalelse. Målet med udtalelsen er at afklare spørgsmål med henblik på at sikre en fælles forståelse af den gældende retlige ramme. Udtalelsen følger samtidig samme principper som tidligere udtalelser om andre af direktivets centrale bestemmelser<sup>3</sup>. Potentielle ændringer af den gældende ramme vil tage et stykke tid, så en afklaring af det nuværende begreb "samtykke" og dets hovedelementer har sine egne fortrin og fordele. En afklaring af de gældende bestemmelser bidrager også til at vise, på hvilke områder der er behov for forbedringer. Artikel 29-Gruppen fremsætter med udgangspunkt i analysen politikanbefalinger for at bistå Kommissionen og beslutningstagerne i forbindelse med overvejelserne omkring ændringer i den gældende retlige ramme vedrørende databeskyttelse.

Indholdet i udtalelsen er i store træk følgende: Efter en oversigt over reglernes tilblivelse og samtykkets rolle i databeskyttelseslovgivningen analyseres de forskellige elementer og krav, som er en forudsætning for, at et samtykke er gyldigt i henhold til gældende lovgivning, herunder relevante dele af direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation (2002/58/EF). Analysen ledsages af praktiske eksempler baseret på nationale erfaringer. Dette analysearbejde understøtter anbefalingerne i den sidste del af udtalelsen, hvori det fastslås, hvilke elementer der skal være på plads ved indhentning og opnåelse af et gyldigt samtykke i henhold til direktivet. Udtalelsen indeholder også politikanbefalinger til brug for beslutningstagerne i deres overvejelser i forbindelse med revisionen af direktiv 95/46/EF.

---

<sup>3</sup> Såsom 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).

## **II. Generelle betragtninger og politikanliggender**

### **II.1. Kort historik**

Mens det i en række nationale love om databeskyttelse/privatlivets fred, der vedtoges i 1970'erne, blev fastsat, at samtykke udgør et af de retlige grundlag for behandling af personoplysninger<sup>4</sup>, vandt dette ikke genklang i Europarådets konvention 108<sup>5</sup>. Der er ingen åbenbare grunde til, at samtykke ikke spiller en større rolle i konventionen<sup>6</sup>.

På EU-plan blev samtykke anvendt som et kriterium for legitimering af behandlingen af personoplysninger lige fra starten af den lovgivningsproces, som udmundede i vedtagelsen af direktiv 95/46/EF. I artikel 12 i Kommissionens forslag<sup>7</sup> i 1990 blev det fastlagt, hvilke egenskaber et samtykke skulle have for at legitimere databehandling af oplysninger: Samtykket skulle være "*udtrykkeligt*" og "*specifikt*". Ifølge artikel 17 om følsomme oplysninger skulle samtykket være "*udtrykkeligt og skriftligt*". I Kommissionens ændrede forslag<sup>8</sup> i 1992 indførtes en ordlyd, som var tæt på definitionen af "den registreredes samtykke" i den nugældende artikel 2, litra g), der har erstattet den oprindelige artikel 12. Det hed, at samtykket skulle være "*frivilligt og specifikt*". Henvisningen til, at samtykket skulle være "*udtrykkeligt*" blev erstattet af samtykke som "*en udtrykkelig viljetilkendegivelse (fra den registreredes side)*". I den begrundelse, der ledsagede det ændrede forslag fra 1992<sup>9</sup>, hed det, at samtykket kunne opnås enten mundtligt eller skriftligt. Med hensyn til følsomme oplysninger fastholdtes kravet om "*skriftligt*" samtykke. I Kommissionens ændrede forslag fra 1992 omstruktureredes det foregående forslag, og der indførtes en artikel 7 om de retlige grundlag for behandlingen af oplysninger. Det hed i artikel 7, litra a), at behandlingen kunne finde sted, hvis "*den registrerede har givet sit samtykke*". Den oprindelige liste indeholdt, ligesom det er tilfældet i dag, fem yderligere retlige grundlag (ud over samtykke), som kan anvendes til at legitimere databehandlingen.

Med Rådets fælles holdning<sup>10</sup> fra 1995 indførtes den endelige (nugældende) definition af samtykke. Dette blev defineret som "*enhver frivillig, specifik og informeret viljetilkendegivelse, hvorved den registrerede indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende selv, gøres til genstand for behandling*". Den væsentligste ændring i forhold til Kommissionens holdning fra 1992 indebar sletning af termen

---

<sup>4</sup> Se f.eks. artikel 31 i den franske lov nr. 78-17 af 6. januar 1978 om edb, registre og frihedsrettigheder ("*relative a l'informatique, aux fichiers et aux libertés*").

<sup>5</sup> Konvention om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med elektronisk databehandling af personoplysninger (benævnt "konvention 108"). Konventionen trådte i kraft den 1. oktober 1985.

<sup>6</sup> Med konvention 108 indførtes begreberne "lovlig behandling" og "legitimt formål" (artikel 5), men i modsætning til direktiv 95/46/EF indeholdt konventionen ikke en liste over kriterier for legitim databehandling. Samtykke fra den registrerede spillede kun en rolle i forbindelse med gensidig bistand (artikel 15). Kravet om "samtykke" blev imidlertid fremført gentagne gange i forskellige henstillinger fra Ministerkomitéen.

<sup>7</sup> Forslag til et direktiv om beskyttelse af personer i forbindelse med behandling af personoplysninger, KOM(90)0314 - SYN 287 og 288, Bruxelles, 13. september 1990.

<sup>8</sup> Ændret forslag til Rådets direktiv om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger, KOM(92)0422 - SYN 287, Bruxelles, 15. oktober 1992.

<sup>9</sup> Se s. 11 i ændret forslag til Rådets direktiv om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger, KOM(92)0422 - SYN 287, Bruxelles, 15. oktober 1992.

<sup>10</sup> Rådets fælles holdning om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (00/287) COD, vedtaget den 15.3.1995.

"udtrykkelig", som var foranstillet termen "viljetilkendegivelse". Samtidig blev udtrykket "hvis der ikke hersker tvivl om" tilføjet artikel 7, litra a), således at denne fik følgende ordlyd: "hvis der ikke hersker tvivl om, at den registrerede har meddelt sit samtykke". Kravet om skriftligt samtykke vedrørende følsomme oplysninger blev erstattet af "udtrykkeligt samtykke".

I Rådets begrundelser<sup>11</sup> blev der ikke specifikt redegjort for disse ændringer. Det hedder dog på side 4, at "... mange ændringer ... indfører en fleksibilitet som garanterer et ensartet beskyttelsesniveau ..., men ikke skulle medføre, at beskyttelsesniveauet sænkes, da de gør det muligt at anvende de generelle principper på en effektiv og ikke bureaukratisk måde under hensyn til de overordentlig forskelligartede behandlinger af ...oplysninger."

Samtykkets rolle blev udtrykkeligt anerkendt i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, når det gælder beskyttelsen af personoplysninger. Det hedder i artikel 8, stk. 2, at personoplysninger kan behandles "på grundlag af de berørte personers samtykke eller på et andet berettiget ved lov fastsat grundlag". Samtykke anerkendes derfor som et væsentligt aspekt af den grundlæggende ret til beskyttelse af personoplysninger. Samtidig er samtykke ifølge chartret ikke det eneste retlige grundlag for behandling af personoplysninger. Chartret anerkender udtrykkeligt, at der ved lov kan fastsættes andre berettigede grundlag, således som det er tilfældet med direktiv 95/46/EF.

Alt i alt viser reglernes tilblivelse, specielt i EU, at samtykke har spillet en vigtig rolle i relation til databeskyttelse og privatlivets fred. Det fremgår samtidig, at samtykke ikke er blevet anset for det eneste retlige grundlag for legitimering af databehandling. Direktiv 95/46/EF's tilblivelse afslører en relativ konsensus vedrørende betingelserne for et gyldigt samtykke, nemlig at samtykket skal være *frivilligt, specifikt og informeret*. Samtidig afsløres imidlertid en vis usikkerhed omkring de måder, hvorpå samtykket kan udtrykkes - hvad enten det skal være udtrykkeligt, skriftligt osv. Der vil blive redegjort nærmere for dette nedenfor.

## **II.2. Begrebets rolle: grundlag for lovlighed**

*Generelt/specifikt grundlag:*

Samtykke anvendes i direktivet både som et generelt grundlag for lovlighed (artikel 7) og som et specifikt grundlag i visse specifikke sammenhænge (artikel 8, stk. 2, litra a), og artikel 26, stk. 1, litra a)). I artikel 7 oplistes samtykke som det første af seks forskellige grundlag for legitimering af behandlingen af personoplysninger, mens artikel 8 åbner mulighed for at anvende samtykke til legitimering af behandlingen af særlige kategorier af (følsomme) oplysninger, som ellers ville være forbudt. I sidstnævnte tilfælde er standarden for at indhente samtykke højere, da samtykket skal række videre end den generelle standard for samtykke, idet det skal være "udtrykkeligt".

Direktivet tillader desuden samspil med anden lovgivning, således som det fremgår af betragtning 23: "*Medlemsstaterne er bemyndigede til at gennemføre beskyttelsen af*

---

<sup>11</sup> Se s. 4 i den fælles holdning.

*personer såvel ved en generel lov om beskyttelse af personer i forbindelse med behandling af personoplysninger som ved særlove". Den måde, hvorpå dette system virker i praksis, er kompleks, idet medlemsstaterne har anlagt deres egen tilgang, og dette i visse tilfælde har affødt mangfoldighed.*

Begrebet "samtykke" er ikke altid blevet omsat ord for ord på nationalt plan. F.eks. er samtykke som et generelt begreb ikke defineret i fransk databeskyttelseslovgivning, men dets betydning er blevet præcist og konsekvent forklaret i databeskyttelsesmyndighedens (CNIL's) retslære i relation til definitionen i databeskyttelsesdirektivet. I Det Forenede Kongerige er begrebet "samtykke" blevet udviklet gennem sædvaneretten under henvisning til direktivets ordlyd. Hertil kommer, at samtykke undertiden er blevet udtrykkeligt defineret inden for særlige sektorer, f.eks. i forbindelse med e-privacy, e-forvaltning eller e-sundhed. Det begreb, der er udviklet i særlovgivningen, vil derfor indgå i et samspil med det, der er udviklet inden for den generelle databeskyttelseslovgivning.

Samtykke er også et begreb, der benyttes inden for andre lovområder, specielt aftaleretten. For i denne sammenhæng at sikre, at en aftale er gyldig, vil der blive taget hensyn til andre kriterier end dem, der er nævnt i direktivet, såsom alder, udnyttelse osv. Der er ingen modstrid, men overlap mellem civilrettens anvendelsesområde og direktivets, idet direktivet ikke omhandler de generelle betingelser for et samtykkes gyldighed i civilretlig sammenhæng, men heller ikke udelukker dem. Dette betyder f.eks., at der for at vurdere gyldigheden af en aftale i relation til direktivets artikel 7, litra b), skal tages hensyn til civilretlige krav. Ud over anvendelsen af de generelle betingelser for et samtykkes gyldighed i henhold til civilretten, skal det samtykke, der kræves ifølge artikel 7, litra a), også fortolkes under hensyntagen til direktivets artikel 2, litra h).

Dette samspil med anden lovgivning er ikke kun synligt på nationalt, men også på europæisk plan. En lignende forståelse af direktivets elementer er blevet hentet fra andre sammenhænge, således som det fremgår af Domstolens dom på det arbejdsretlige område<sup>12</sup>, hvor samtykke var påkrævet i forbindelse med afståelsen af en social rettighed. Domstolen fortolkede begrebet "samtykke" inden for rammerne af direktiv 93/104 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden. Den fastslog, at "arbejdstagerens viljesoverensstemmelse" krævede et samtykke fra arbejdstageren (ikke fra fagforeningen på arbejdstagerens vegne) og forstod ved "viljesoverensstemmelse" (...) et frivilligt og informeret samtykke. Domstolen bemærkede også, at den arbejdstager, der indgår en arbejdsaftale, som henviser til en kollektiv overenskomst, der tillader en udvidelse af arbejdstiden, ikke opfyldte kravene om, at samtykket skulle meddeles frit og udtrykkeligt med fuldt kendskab til sagen. Denne fortolkning af samtykke i en særlig sammenhæng er meget tæt på ordlyden af direktiv 95/46/EF.

### Samtykke er ikke det eneste grundlag for lovlighed

Ifølge direktivet udgør samtykke helt klart et grundlag for lovlighed. Nogle medlemsstater betragter imidlertid samtykke som et foretrukket grundlag, undertiden tæt på et forfatningsprincip knyttet til databeskyttelsens status som en grundlæggende ret.

---

<sup>12</sup> Domstolens dom (Store Afdeling) af 5. oktober 2004, Pfeiffer, Roith, Süß, Winter, Nestvogel, Zeller, Döbele i de forenede sager C-397/01-C-403/01.

Andre medlemsstater betragter samtykke som et af seks alternativer, som et operationelt krav, der ikke er vigtigere end de øvrige alternativer. En afklaring af et samtykkes forbindelse til de andre grundlag for lovlighed - f.eks. i relation til kontrakter, opgaver i samfundets interesse eller den registeransvarliges legitime interesser samt indsigelsesretten - vil bidrage til at understrege samtykkets rolle i særlige tilfælde.

Den rækkefølge, hvori de retlige grundlag er oplyst i artikel 7, er relevant, men det betyder ikke, at samtykke altid er det bedst egnede grundlag for legitimering af behandlingen af personoplysninger. I artikel 7 startes med samtykke, og herefter oplystes de andre grundlag, herunder kontrakter og retlige forpligtelser og endelig interessebalancen. Det skal bemærkes, at de fem øvrige grundlag, der følger efter samtykke, kræver en "nødvendighedstest", som stærkt begrænser den sammenhæng, hvori de kan anvendes. Det betyder ikke, at kravet om samtykke giver mere spillerum end de øvrige grundlag i artikel 7.

Desuden 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.

Opnåelsen af et samtykke tillader heller ikke omgåelse af andre bestemmelser, såsom artikel 8, stk. 5. Kun under meget begrænsede omstændigheder kan samtykke legitimere databehandling, der ellers ville være forbudt, navnlig i relation til behandlingen af en række følsomme oplysninger (artikel 8), eller tillade, at personoplysninger viderebehandles, hvad enten en sådan anvendelse er forenelig eller ej med det oprindelige formål. Principielt bør samtykke ikke betragtes som en undtagelse fra de øvrige databeskyttelsesprincipper, men som en sikkerhedsmekanisme. Samtykke er først og fremmest et grundlag for lovlighed, og det ophæver ikke anvendelsen af de øvrige principper.

Valget af det bedst egnede retlige grundlag er ikke altid indlysende, specielt valget mellem artikel 7, litra a), og artikel 7, litra b). Ifølge artikel 7, litra b), skal behandlingen være nødvendig af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt eller af hensyn til gennemførelse af foranstaltninger, der træffes på den registreredes anmodning forud for indgåelsen af en kontrakt, og ikke mere. En registeransvarlig, der anvender artikel 7, litra b), som retligt grundlag i forbindelse med indgåelsen af en kontrakt, kan ikke udvide den til at begrunde behandlingen af oplysninger, der rækker ud over, hvad der er nødvendigt. Den registeransvarlige vil skulle legitimere viderebehandlingen med et specifikt samtykke, som kravene i artikel 7, litra a), vil finde anvendelse på. Dette viser behovet for granularitet i de kontraktmæssige vilkår. I praksis betyder det, at det kan være nødvendigt, at samtykke udgør en ekstra betingelse for en del af behandlingen af oplysninger. Enten er behandlingen nødvendig af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt, eller også skal der indhentes (frivilligt) samtykke.

Ved nogle transaktioner kunne en række retlige grundlag finde anvendelse samtidig. Med andre ord skal enhver databehandling til enhver tid ske i overensstemmelse med et eller flere retlige grundlag. Dette udelukker ikke samtidig anvendelse af flere grundlag, forudsat at disse anvendes i den rette sammenhæng. I visse tilfælde kan dataindsamling og viderebehandling være nødvendig ifølge kontrakten med den registrerede - artikel 7,



litra b). I andre tilfælde kan behandlingen af oplysninger være nødvendig for at overholde en retlig forpligtelse - artikel 7, litra c). Indsamling af yderligere oplysninger kan kræve et separat samtykke - artikel 7, litra a). Anden viderebehandling kunne også være berettiget af hensyn til interessebalancen - artikel 7, litra f).

#### **Eksempel: køb af en bil**

Den registeransvarlige kan 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).

### **II.3. Beslægtede begreber**

#### *Kontrol*

Begrebet "samtykke" er traditionelt knyttet til idéen om, at den registrerede bør have kontrol over anvendelsen af hans/hendes oplysninger. Når man taler om grundlæggende rettigheder, udgør kontrol udøvet gennem samtykke et vigtigt begreb. Samtidig og fra samme synsvinkel bør en persons beslutning om at acceptere en databehandlingsoperation være underkastet strenge krav, navnlig under hensyntagen til at personen hermed måske giver afkald på en grundlæggende ret.

Selv om samtykke spiller en rolle med hensyn til at sikre de registrerede kontrol, er det ikke den eneste måde at gøre dette på. Direktivet tilvejebringer andre kontrolmidler, navnlig indsigelsesretten, men dette er et anderledes instrument, som skal anvendes på et andet stadium af behandlingen, nemlig efter at behandlingen er startet og på et andet retligt grundlag.

Samtykke er beslægtet med begrebet selvbestemmelse med hensyn til oplysninger. Den registreredes autonomi er både en forhåndsbetingung og en konsekvens af samtykket, idet den giver den registrerede indflydelse over databehandlingen. Men som nærmere beskrevet i det følgende kapitel, har dette princip sine begrænsninger, og der er tilfælde, hvor den registrerede ikke er i stand til at træffe en reel afgørelse. Det kan tænkes, at den registeransvarlige ønsker at anvende den registreredes samtykke som et middel til at overføre sit ansvar til denne. Ved at indvillige i, at hans/hendes personoplysninger offentliggøres på internettet, eller i, at de overføres til en tvivlsom enhed i et tredjeland, kunne den registrerede f.eks. lide skade, og den registeransvarlige kunne hævde, at dette kun er, hvad den registrerede har indvilliget i. Det er derfor vigtigt at holde sig for øje, at et fuldt gyldigt samtykke ikke fritager den registeransvarlige for hans forpligtelser, og at det ikke legitimerer behandling, der på anden måde ville være urimelig ifølge direktivets artikel 6.

Begrebet "kontrol" er også knyttet til det forhold, at den registrerede skal kunne trække sit samtykke tilbage. Tilbagetrækning har ikke tilbagevirkende kraft, men bør i princippet hindre al yderligere behandling af den registreredes oplysninger fra den registeransvarliges side. Hvordan dette virker i praksis, vil blive nærmere belyst nedenfor (kapitel III).

### Gennemsigtighed

En anden dimension af samtykke vedrører oplysningspligt, nemlig gennemsigtighed i forhold til den registrerede. Gennemsigtighed er en forudsætning for den registreredes kontrol og for, at samtykket er gyldigt. Gennemsigtighed som sådan er ikke tilstrækkelig til at legitimere behandlingen af personoplysninger, men det er en væsentlig betingelse for at sikre, at samtykket er gyldigt.

For at være gyldigt skal samtykket være informeret. Dette indebærer, at alle nødvendige informationer skal være givet på det tidspunkt, hvor der anmodes om samtykke, og at informationerne bør vedrøre de substantielle aspekter af den behandling, som samtykket tjener til at legitimere. Dette vil normalt omfatte de informationer, som er oplyst i direktivets artikel 10, men vil også afhænge af, hvornår og under hvilke omstændigheder der anmodes om samtykke.

Uanset om samtykket meddeles eller ej, er gennemsigtigheden i databehandlingen også en betingelse for retfærdighed, der har sin egen værdi, også efter at de første informationer er afgivet.

#### *Aktivitet/timing: måder at tilkendegive samtykke på*

Denne tredje dimension vedrører den måde, som kontrollen udøves på: På hvilke måder kan samtykke udtrykkes, og hvornår bør der anmodes om samtykke for at sikre, at det er et reelt samtykke? Disse spørgsmål har en afgørende indflydelse på den måde, som samtykke udøves og fortolkes på.

Selv om tidsfristen for indhentning af samtykke ikke er udtrykkeligt anført i direktivet, fremgår den helt klart indirekte af ordlyden af de forskellige bestemmelser, hvori det antydes, at samtykket som en generel regel skal gives, inden behandlingen indledes<sup>13</sup>. Indhentning af samtykke, inden behandlingen af oplysninger indledes, er en væsentlig betingelse for legitimeringen af oplysninger. Dette punkt behandles nærmere nedenfor i kapitel III.B vedrørende direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation.

Samtykket, der anses for den fysiske persons tilladelse til behandlingen af oplysninger vedrørende ham/hende, kan meddeles på forskellige måder: I artikel 2, litra h), nævnes "viljetilkendegivelse". Denne skal være utvetydig (artikel 7, litra a)), og udtrykkelig i forbindelse med følsomme oplysninger (jf. artikel 8). Det er imidlertid vigtigt at understrege, at samtykke afviger fra indsigelsesretten, som er omhandlet i artikel 14. Mens den registeransvarlige ifølge artikel 7, litra a), ikke kan behandle oplysninger, før han har opnået den registreredes samtykke, kan den registeransvarlige ifølge artikel 7, litra f), behandle oplysningerne, såfremt visse betingelser er opfyldt, og visse

---

<sup>13</sup> Som illustration kan nævnes, at den tyske udgave af direktivet (og den tyske lov om databeskyttelse) benytter begrebet "Einwilligung". Dette begreb defineres i den tyske retsplejelov som "forudgående accept".

sikkerhedsmekanismer har været taget i anvendelse, så længe den registrerede ikke har gjort indsigelse. Det hedder således i gruppens arbejdsdokument WP 114: "*Den kendsgerning, at et samtykke skal være en positiv handling, udelukker automatisk ethvert system, hvor den registrerede kun har ret til at gøre indsigelse, efter at overførslen har fundet sted*"<sup>14</sup>.

Af disse grunde bør indsigelsesretten, jf. direktivets artikel 14, ikke forveksles med samtykke. Sidstnævnte er et retligt grundlag for behandlingen af personoplysninger, jf. artikel 7, litra a), artikel 8, stk. 2, litra a), og artikel 26, stk. 1, eller forskellige bestemmelser i direktiv 2002/58/EF.

#### **II.4. Korrekt anvendelse af samtykke som retligt grundlag**

Der er behov for at understrege, at samtykke ikke altid er det primære eller mest fordelagtige middel til legitimering af behandlingen af personoplysninger.

Samtykke er undertiden et svagt grundlag for begrundelse af behandlingen af personoplysninger, og det taber sin værdi, når det udstrækkes eller begrænses for at tilpasse det situationer, som det aldrig var hensigten, at det skulle anvendes i. Det er af afgørende vigtighed at anvende samtykke "i den rette sammenhæng". Hvis samtykke anvendes under omstændigheder, det ikke er egnet til, fordi det er usandsynligt, at de elementer, der kendetegner et gyldigt samtykke, er til stede, vil det medføre stor sårbarhed og i praksis *svække* de registreredes stilling.

Denne tilgang er allerede blevet støttet af gruppen og af Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse i deres bidrag til drøftelserne vedrørende den nye databeskyttelsesramme. Det hedder navnlig: "*Det er ... ikke altid klart, hvad der udgør ægte, utvetydigt samtykke. Nogle registeransvarlige udnytter denne usikkerhed ved at anvende metoder, som ikke er egnet til at give ægte, utvetydigt samtykke*"<sup>15</sup> i strid med kravene i direktivets artikel 6. I lighed hermed bemærkede Artikel 29-Gruppen, at kompleksiteten af dataindsamlingspraksisser, forretningsmodeller, forbindelser med leverandørerne og teknologiske applikationer ofte er så stor, at det går ud over den enkeltes evne eller vilje til at træffe beslutninger om at kontrollere brugen og delingen af information gennem et aktivt valg ("*complexity of data collection practices, business models, vendor relationships and technological applications in many cases outstrips the individual's ability or willingness to make decisions to control the use and sharing of information through active choice*"<sup>16</sup>).

Det er derfor vigtigt at klarlægge grænserne for samtykke og at sikre, at alene samtykke, der forstås i overensstemmelse med loven, anses for gyldigt<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> WP 114 - Arbejdsdokument fra Artikel 29-Gruppen om en ensartet fortolkning af artikel 26, stk. 1, i direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995.

<sup>15</sup> Udtalelse fra Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse af 14. januar 2011 om Kommissionens meddelelse med titlen "En global metode til beskyttelse af personoplysninger i Den Europæiske Union".

<sup>16</sup> "The Future of Privacy: Joint contribution to the Consultation of the European Commission on the legal framework for the fundamental right to protection of personal data", 1. december 2009, WP 168.

<sup>17</sup> Udtalelse fra Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse af 14. januar 2011, opus citatum.

### **III. Analyse af bestemmelserne**

Der vil i denne analyse i kapitel III.A blive fokuseret på direktiv 95/46/EF. En række relevante dele af direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation (2002/58/EF) vil blive analyseret i kapitel III.B. Det skal bemærkes, at direktiverne ikke udelukker hinanden. De generelle betingelser for, at et samtykke er gyldigt i betydningen efter direktiv 95/46/EF, finder anvendelse i såvel offline- som online-situationer. I direktiv 2002/58/EF specificeres disse betingelser nærmere for en række udtrykkeligt kortlagte onlinetjenester og altid i lyset af databeskyttelsesdirektivets generelle betingelser.

#### **III.A Direktiv 95/46/EF**

Begrebet "den registreredes samtykke" er defineret i artikel 2, litra h), og anvendes derefter i artikel 7, 8 og 26. Samtykkets rolle er også nævnt i betragtning 30 og 45. Disse bestemmelser og alle relevante detaljer vil blive behandlet separat og i dette kapitel.

##### **III.A.1. Artikel 2, litra h)**

Ifølge artikel 2, litra h), forstås ved "den registreredes samtykke" *"enhver frivillig, specifik og informeret viljetilkendegivelse, hvorved den registrerede indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende selv, gøres til genstand for behandling"*. Denne definition indeholder forskellige centrale elementer, der vil blive behandlet nedenfor.

*"... enhver ... viljetilkendegivelse ... hvorved den registrerede indvilliger i ..."*

Der er i princippet ingen grænser for den form, et samtykke kan tage. Men for at et være gyldigt i henhold til direktivet bør samtykket udgøre en viljetilkendegivelse. Selv om det kan være en "hvilken som helst" form for viljetilkendegivelse, bør det være tydeligt, hvad der helt præcist kan være omfattet af definitionen af en viljetilkendegivelse.

Formen af en viljetilkendegivelse (dvs. den måde, hvorpå viljen tilkendegives) er ikke defineret i direktivet. Af fleksibilitetshensyn er "skriftligt" samtykke ikke medtaget i den endelige udgave. Det bør understreges, at direktivet omfatter "enhver" viljetilkendegivelse. Dette åbner mulighed for en bred forståelse af rækkevidden af en sådan viljetilkendegivelse. Viljetilkendegivelsen kunne som minimum bestå i enhver form for signal, som er tilstrækkeligt klart til, at det markerer den registreredes vilje, og er forståeligt for den registeransvarlige. Termene "viljetilkendegivelse" og "hvorved den registrerede indvilliger i" peger i retning af, at der er behov for en handling (i modsætning til en situation, hvor samtykket kunne udledes af mangel på handling).

Samtykke bør inkludere enhver viljetilkendegivelse, hvorved den registrerede *indvilliger*. Det kan inkludere en håndskreven underskrift i slutningen af et dokument, men også mundtlige udsagn, som tilkendegiver accept, eller en adfærd, hvoraf et samtykke med rimelighed kan udledes. Ud over det klassiske eksempel med en underskrift kan det at lægge et visitkort i en glasbowl derfor være omfattet af definitionen. Det samme gælder, hvis en person sender sit navn og sin adresse til en organisation for at indhente oplysninger fra denne. I dette tilfælde skal hans handling

forstås som udgørende et samtykke til behandlingen af sådanne oplysninger, for så vidt som handlingen er nødvendig for at behandle og besvare anmodningen.

Gruppen har i sin udtalelse om brug af lokaliseringsdata med henblik på at yde tillægstjenester (WP 115) vurderet, hvorledes personer bør sættes i stand til at samtykke i tjenester, som kræver, at de automatisk lokaliseres (f.eks. muligheden for at ringe til et bestemt nummer for at få oplysninger om vejret på det sted, hvor man befinder sig). I dette tilfælde er det blevet accepteret, at opkald til det relevante nummer er ensbetydende med, at brugerne samtykker i at blive lokaliseret, såfremt disse på forhånd informeres fuldt ud om behandlingen af deres lokaliseringsdata.

**Eksempel: Bluetooth-reklameskilte**

Der findes et nyt reklameværktøj bestående i skilte, som udsender meddelelser, hvori der opfordres til oprettelse af en Bluetooth-forbindelse til brug for fremsendelse af reklamemeddelelser til folk, som passerer tæt forbi. Meddelelserne sendes til folk, der har aktiveret Bluetooth-funktionen på deres mobiltelefon. Den blotte aktivering af Bluetooth-funktionen udgør ikke et gyldigt samtykke (Bluetooth-funktionen kunne f.eks. være blevet aktiveret til andre formål). Men hvis en person er informeret om tjenesten og nærmer sig få centimeter fra skiltet med sin mobiltelefon, er der i normal forstand tale om en viljetilkendegivelse. Dette viser, hvilke personer der reelt er interesseret i at modtage reklamerne. Alene disse personer bør antages at have indvilliget, og kun de bør modtage meddelelserne på deres telefon.

Det er tvivlsomt, om fraværet af adfærd - eller måske endnu bedre, passiv adfærd - også kan fortolkes som en viljetilkendegivelse under meget specifikke omstændigheder (dvs. en fuldstændig utvetydig sammenhæng). Begrebet "viljetilkendegivelse" er bredt, men det lader til at forudsætte, at der kræves en handling. Andre elementer af definitionen af samtykke og det yderligere krav i artikel 7, litra a), om, at samtykket skal være utvetydigt, støtter denne fortolkning. Kravet om, at den registrerede skal "indvillige", tyder på, at passivitet alene er utilstrækkelig, og at det kræver en eller anden form for handling, for at der kan være tale om samtykke, idet forskellige former for handlinger, som skal vurderes "ud fra sammenhængen", dog er mulige.

I praksis vil det i mangel af en aktiv adfærd fra den registreredes side være problematisk for den registeransvarlige at fastslå, om tavsheden betyder accept eller samtykke. F.eks. vil den registeransvarlige formentlig ikke have den nødvendige vished for at antage, at der foreligger samtykke i følgende tilfælde: Lad os forestille os en situation, hvor kun 10 % af kunderne besvarer et brev om, at der vil ske en overførsel af deres oplysninger, medmindre de gør indsigelse inden for to uger. I dette eksempel kan det betvivles, at de 90 %, som ikke har svaret, indvilligede i overførslen. I sådanne tilfælde har den registeransvarlige ingen klar viljetilkendegivelse med hensyn til de registreredes hensigt. Han har desuden ikke nogen dokumentation og kan derfor ikke bevise, at han har modtaget et samtykke. I praksis vil tvetydigheden af en passiv respons gøre det vanskeligt at opfylde direktivets krav.

"... frivilligt ..."

Et samtykke kan kun være gyldigt, hvis den registrerede er i stand til at foretage et reelt valg, og der ikke er nogen risiko for vildledning, intimidering, tvang eller væsentlige

negative konsekvenser, hvis han/hun ikke samtykker. Hvis konsekvenserne af meddelelsen af et samtykke undergraver personers valgfrihed, er samtykket ikke frivilligt. I direktivets artikel 8, stk. 2, litra a), bestemmes det, at forbuddet mod at behandle særlige kategorier af personoplysninger i visse tilfælde, som fastsættes nærmere af medlemsstaterne, ikke skal kunne ophæves ved den registreredes samtykke.

Som eksempel på ovenstående kan nævnes det tilfælde, hvor den registrerede er undergivet den registeransvarliges indflydelse, f.eks. i kraft af et ansættelsesforhold. I dette eksempel, kan den registrerede, selv om det ikke nødvendigvis altid er tilfældet, være i et afhængighedsforhold til den registeransvarlige - som følge af forholdets beskaffenhed eller særlige omstændigheder - og kunne nære frygt for at blive behandlet anderledes, hvis han/hun ikke indvilliger i databehandlingen.

Gruppen har i flere udtalelser nærmere undersøgt samtykkets begrænsninger i situationer, hvor det ikke kan afgives frivilligt. Dette var navnlig tilfældet i udtalelsen om elektroniske patientjournaler (WP 131), i udtalelsen om behandling af personoplysninger ved ansættelsesforhold (WP 48) og i udtalelsen om Det Internationale Antidopingagenturs behandling af oplysninger (WP 162).

Gruppen anførte i WP 131, at "*ved "frivilligt" samtykke menes en viljesbeslutning, som en person, der er ved sine evners fulde brug, har truffet uden nogen form for tvang af social, økonomisk, psykologisk eller anden art. Ethvert samtykke, der er afgivet under trussel om, at den pågældende ikke vil blive behandlet eller få en dårligere behandling, kan ikke anses for at være "frivilligt". Gruppen anførte videre, "at det er vildledende, hvis en erhvervsudøvende i sundhedssektoren, der er nødt til at behandle personoplysninger i et EPJ-system ... forsøger at begrunde dette under henvisning til patientens samtykke. Anvendelsen af samtykke skal begrænses til de tilfælde, hvor patienten har et reelt valg og som følge heraf uden at lide skade kan trække sit samtykke tilbage"*<sup>18</sup>.

Hvis databehandlingen fortsætter på et andet retligt grundlag, efter at samtykket er trukket tilbage, kan der rejses tvivl om den oprindelige anvendelse af samtykke som det oprindelige retlige grundlag. Hvis behandlingen kunne have fundet sted fra begyndelsen under anvendelse af dette andet grundlag, kunne det at bringe den pågældende i en situation, hvor han/hun anmodes om at afgive sit samtykke til behandlingen, nemlig anses for vildledende eller urimeligt ifølge sagens natur. Det ville være anderledes, hvis der forelå ændrede omstændigheder, f.eks. hvis der dukkede et nyt retligt grundlag op under behandlingen, f.eks. en ny lov til regulering af den pågældende database. Hvis dette nye grundlag gyldigt kan anvendes på databehandlingen, kan behandlingen fortsætte. Sådanne omstændigheder er imidlertid ikke hyppige i praksis. Samtykke kan i princippet anses for mangelfuldt, hvis ingen reel tilbagetrækning er tilladt.

Gruppen har indtaget en konsekvent holdning vedrørende fortolkningen af frivilligt samtykke i ansættelsessammenhæng<sup>19</sup>, nemlig at såfremt der anmodes om en

---

<sup>18</sup> I WP 162 om WADA nås frem til samme konklusion: "De sanktioner og konsekvenser, der vil blive pålagt, hvis en deltager skulle afvise at underkaste sig bestemmelserne i kodekset (f.eks. meddelelse af oplysninger om opholdssted), betyder, at gruppen ikke kan fastslå, at der på nogen måde afgives frit samtykke".

<sup>19</sup> WP 48 om behandling af personoplysninger ved ansættelsesforhold ("processing of personal data in the employment context"). WP 114 - Arbejdsdokument fra Artikel 29-Gruppen om en ensartet fortolkning af artikel 26, stk. 1, i direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 - er også relevante her.

arbejdstagers samtykke, og et manglende samtykke reelt eller potentielt er til skade for arbejdstageren, er samtykket ikke gyldigt i henhold til hverken artikel 7 eller artikel 8, eftersom det ikke gives frivilligt. Hvis arbejdstageren ikke har mulighed for at sige nej, er der ikke tale om et samtykke. Et vanskeligt område er dér, hvor et samtykke er en betingelse for ansættelse. Arbejdstageren kan i teorien nægte at give sit samtykke, men konsekvensen kan være, at vedkommende mister en jobmulighed. Under sådanne omstændigheder gives samtykket ikke frivilligt, og det er derfor ikke gyldigt. Situationen står endnu mere skarpt i de - hyppige - tilfælde, hvor alle arbejdsgivere kræver dette eller stiller en lignende betingelse for ansættelse.

**Eksempel: billeder på intranettet**

Samtykke i en ansættelsessammenhæng kan være gyldig, således som følgende eksempel viser: En virksomhed beslutter at etablere et intranet, hvor de ansattes navne og hovedopgaver figurerer. Hver enkelt ansat bliver spurgt, om han/hun kunne tænke sig at få sit billede uploadet i tilknytning til navnet. Ansatte, der ønsker at få deres billede uploadet, opfordres til at indsende et billede til en given adresse. Såfremt den ansatte modtager tilstrækkelige informationer, vil det, at han/hun fremsender et billede, blive anset for samtykke. Hvis virksomheden ligger inde med digitale billeder af de enkelte ansatte og anmoder om hver af disse samtykke til upload af billederne, vil det, at de enkelte ansatte klikker på en knap for at tilkendegive deres samtykke, også blive anset for et gyldigt samtykke. I begge tilfælde respekteres de ansattes valg med hensyn til, om deres billede skal forevises på intranettet eller ej, fuldt ud.

Ansættelsessammenhængen kræver en særlig analyse, idet de kulturelle og sociale aspekter af ansættelsesforholdet her spiller en rolle i samme grad som den måde, hvorpå databeskyttelsesprincipperne indgår i et samspil med anden lovgivning. Personoplysningerne kan i en ansættelsessammenhæng behandles med henblik på forskellige formål:

- Oplysninger, der er nødvendige, for at den ansatte kan udføre sine opgaver: anvendelse af artikel 7, litra b) - hensynet til opfyldelsen af en kontrakt.
- For at fastslå, om den ansatte er berettiget til at erhverve aktieoptioner: Det kunne enten ske på basis af et samtykke - artikel 7, litra a), eller anses for forbundet med de administrative aspekter af det kontraktmæssige ansættelsesforhold - artikel 7, litra b).
- Behandling af socialsikringsnummeret af hensyn til socialsikringsformål: artikel 7, litra c) - retlig forpligtelse eller eventuelt artikel 8, litra b) - forpligtelser i henhold til lovgivningen om arbejdskontrakter.
- Behandling af etniske oplysninger: I nogle lande kunne dette også være et krav, som var fastsat i lovgivningen om arbejdskontrakter - artikel 8, litra b), mens det i andre lande ville være strengt forbudt.

Selv om der kan være en stærk formodning om, at samtykket er svagt i sådanne sammenhænge, udelukker det ikke helt dets anvendelse, forudsat at der er tilstrækkelige garantier for, at samtykket reelt er frivilligt.

Selv om et underordnet forhold ofte er hovedårsagen til, at et samtykke ikke er frivilligt, kan andre kontekstuelle elementer have betydning for den registreredes beslutning. Der kan f.eks. være tale om en finansiell, en emotionel eller en praktisk dimension. Det, at indsamlingen af oplysninger foretages af en offentlig myndighed, kan også have en vis betydning for den registrerede. Det kan dog være vanskeligt at trække grænsen mellem et simpelt incitament og noget, der har en reel indflydelse på den registreredes frihed til at foretage et valg. Nedenstående eksempler tjener til at illustrere forskelligheden af de krav i form af indsats eller omkostninger, som borgerne stilles over for, og som kunne påvirke deres beslutning.

#### **Eksempel: elektroniske patientjournaler**

Der er i mange medlemsstater initiativer, som går i retning af at oprette elektroniske patientoversigtsjournaler. Dette vil give erhvervsudøvende i sundhedssektoren adgang til centrale informationer, uanset hvor patienten har behov for behandling.

- I det første scenarie er oprettelsen af patientoversigtsjournalen helt frivillig, og patienten vil fortsat modtage behandling, hvad enten han eller hun har indvilliget eller ej i oprettelsen af oversigtsjournalen. I dette tilfælde er samtykket til oprettelsen af oversigtsjournalen afgivet frivilligt, fordi der ikke vil være nogen ulemper for patienten, hvis samtykket ikke meddeles eller tilbageholdes.

- I det andet scenarie er der et mindre finansielt incitament til at vælge den elektroniske patientjournal. Patienter, der fravælger den elektroniske patientjournal, lider ingen ulemper, for så vidt som der ikke er ændrede omkostninger for dem. Det kan også her tages i betragtning, at det er frivilligt, om de vil vælge eller fravælge det nye system.

- I det tredje scenarie skal patienter, der afslår at være omfattet af e-sundhedsordningen, skulle betale væsentlige ekstraomkostninger i sammenligning med den tidligere takstordning, og behandlingen af deres aktpakke forsinkes væsentligt. Dette er ensbetydende med en klar ulempe for dem, der ikke samtykker, med det formål at bringe alle borgere ind under e-sundhedsordningen inden for en bestemt frist. Samtykket er derfor ikke tilstrækkelig frivilligt. Man bør derfor også undersøge forekomsten af andre legitime grunde til at behandle personoplysningerne eller foretage en nærmere analyse af anvendelsen af artikel 8, stk. 3, i direktiv 95/46/EF.



### **Eksempel: kropsscannere**

Anvendelsen af kropsscannere er voksende på visse offentlige steder, specielt i lufthavne ved indgangen til boardingområdet. I betragtning af at passageroplysningerne behandles i det øjeblik, hvor scanningen finder sted<sup>20</sup>, SKAL BEHANDLINGEN SKE I OVERENSSTEMMELSE MED ET AF DE RETLIGE GRUNDLAG, DER ER OMHANDLET I ARTIKEL 7. PASSAGERERNE FÅR UNDERTIDEN FORELAGT DET SOM EN VALGMULIGHED, OM DE VIL GÅ GENNEM KROPSSCANNEREN, HVORVED BEHANDLINGEN KAN BEGRUNDES VED DERES SAMTYKKE. Hvis en person nægter at gå gennem kropsscanneren, kan det imidlertid rejse mistanke eller udløse supplerende kontrol, f.eks. i form af kropsvisitation. Mange passagerer vil indvillige i at blive scannet, fordi de derved undgår eventuelle problemer eller forsinkelser, idet deres første prioritet er at komme om bord på flyet i rette tid. Et sådant samtykke er ikke tilstrækkelig frivilligt. Da det skal kunne godtgøres, at behandlingen er nødvendig (af hensyn til den offentlige sikkerhed), skal det retlige grundlag ikke findes i artikel 7, litra a), men i en retsakt - artikel 7, litra c) eller e) - med det resultat, at passagererne er forpligtet til at samarbejde. Grundlaget for kropsscanningen skulle således være lovgivningen. Denne lovgivning kunne stadig foreskrive et valg mellem scanning og kropsvisitation, idet dette valg dog kun ville blive tilbudt den pågældende supplementært som et led i ekstraforanstaltninger.

Den registeransvarliges natur kan også være afgørende, når det gælder valget af retligt grundlag for behandling af personoplysninger. Dette gælder navnlig registeransvarlige i den offentlige sektor, hvor behandlingen af oplysninger normalt er knyttet til opfyldelsen af en retlig forpligtelse, jf. artikel 7, litra c), eller udførelsen af en opgave i samfundets interesse, jf. artikel 7, litra e). Følgelig udgør anvendelsen af den pågældende persons samtykke til at legitimere databehandlingen ikke et egnet retligt grundlag. Dette er navnlig klart i tilfælde, hvor offentlige myndigheder, der besidder autoritative beføjelser - f.eks. retshåndhævende myndigheder, der handler inden for rammerne af deres kompetenceområde i forbindelse med politimæssige eller retslige aktiviteter - behandler personoplysninger. Politimyndighederne kan ikke anvende en persons samtykke i forbindelse med foranstaltninger, der ikke er hjemmel for, eller som ikke på anden måde er tilladt ifølge loven.

Det bør ikke desto mindre erkendes, at selv om det offentlige kan være retligt forpligtet til at behandle personoplysninger, har borgerne ikke altid pligt til at samarbejde. Der kan være tilfælde, hvor der tilbydes de registrerede "tillægstjenester", som de kan beslutte at benytte eller ej. Men i de fleste tilfælde er behandlingen i realiteten tvungen. Det er ofte ikke helt let at bestemme, hvorvidt offentlige myndigheders behandling af personoplysninger bygger på borgerens samtykke. Behandlingen af personoplysninger i den offentlige sektor indebærer derfor ofte hybridordninger, der kan føre til usikkerhed og misbrug, hvis den med urette begrundes med samtykke.

---

<sup>20</sup> Se brev af 11. februar 2009 fra formanden for Artikel 29-Gruppen, Daniel CALLEJA CRESPO, direktør i Generaldirektoratet for Energi og Transport, om kropsscannere, som svar på Kommissionens høring om konsekvenserne af brugen af kropsscannere ("the impact of the use of body scanners in the field of aviation security on human rights, privacy, personal dignity, health and data protection"). Tilgængelig på [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/workinggroup/wpdocs/2009-others\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/workinggroup/wpdocs/2009-others_en.htm).

Selv om samtykke i undtagelsestilfælde kan udgøre et gyldigt grundlag for det offentlige for behandling af personoplysninger, bør der i hver enkelt sag udføres en nøje kontrol for at vurdere, om samtykket reelt er tilstrækkelig frivilligt. Som det fremgår af følgende eksempler, udgør det retlige grundlag for legitimering af behandlingen opfyldelsen af en retlig forpligtelse, jf. artikel 7, litra c), og udførelsen af en opgave i samfundets interesse, jf. artikel 7, litra e), når det er en offentlig myndighed, der er den registeransvarlige.

**Eksempel: e-forvaltning**

Medlemsstaterne er i færd med at udvikle nye id-kort med elektroniske funktioner indbygget i en chip. Det er godt nok ikke tvungent at aktivere kortets elektroniske tjenester. Men hvis det ikke sker, vil brugeren kunne blive hindret i at få adgang til en række administrative tjenester, som det ellers ville være meget vanskeligt at få adgang til (onlineoverførsel af visse tjenester og nedsatte åbningstider). Det offentlige kan ikke påberåbe sig samtykke som det legitime grundlag for behandlingen. I dette tilfælde bør loven om udvikling af e-tjenester sammen med alle egnede sikkerhedsmekanismer udgøre det relevante grundlag.

**Eksempel: PNR-oplysninger**

Spørgsmålet om, hvorvidt passagerers samtykke gyldigt kan anvendes til at legitimere videregivelse af passagerlisteoplysninger ("PNR-oplysninger") fra de europæiske luftfartselskaber til de amerikanske myndigheder, har været genstand for diskussion. Gruppen mener, at passagerernes samtykke ikke kan afgives frivilligt, når luftfartsselskaberne er forpligtede til at overføre oplysningerne inden flyets afgang, hvorfor passagererne ikke har noget reelt valg, hvis de ønsker at flyve<sup>21</sup>. Det retlige grundlag er i dette tilfælde ikke passagerens samtykke, men snarere i overensstemmelse med artikel 7, litra c), de forpligtelser, der er fastlagt i den internationale aftale mellem EU og USA om behandling og overførsel af passagerlisteoplysninger (PNR-oplysninger).

**Eksempel: national folketælling**

Borgerne bliver under en national folketælling bedt om at besvare forskellige spørgsmål om deres erhvervmæssige situation. Besvarelsen af disse spørgsmål er tvungen. Folketællingen omfatter desuden et spørgsmål om, hvilke transportmidler borgeren benytter, hvor det tydeligt oplyses, at det er frivilligt, om den pågældende vil besvare det. Selv om der helt klart ikke er tale om noget frivilligt samtykke, når det gælder folketællingens hoveddel, står det borgeren frit for, om han/hun vil besvare det sidste valgfrie spørgsmål. Dette bør imidlertid ikke skjule det faktum, at det offentliges hovedsigte er at udsende spørgeskemaet for at opnå svar. Generelt set udgør samtykke ikke et gyldigt grundlag i denne sammenhæng.

"... specifikt ..."

Samtykket skal være specifikt for at være gyldigt. Med andre ord accepteres et generelt samtykke uden nærmere angivelse af det præcise formål med behandlingen ikke.

<sup>21</sup> Se udtalelse 6/2002 fra Artikel 29-Gruppen om videregivelse af passagerlisteoplysninger og andre oplysninger fra luftfartsselskaber til USA.

For at være specifikt skal samtykket være forståeligt. Der skal således klart og præcist henvises til databehandlingens omfang og konsekvenser. Samtykket kan ikke finde anvendelse på et uafgrænset sæt behandlingsaktiviteter. Det betyder med andre ord, at den sammenhæng, hvori samtykket finder anvendelse, er begrænset.

Samtykke skal gives i relation til de forskellige aspekter af behandlingen, som er klart fastlagt. Dette omfatter navnlig, hvilke oplysninger der behandles og til hvilke formål. Denne forståelse bør baseres på parternes rimelige forventninger. Et "specifikt samtykke" er derfor ifølge sin natur knyttet til den kendsgerning, at samtykket skal være informeret. Der er et krav om samtykkets granularitet med hensyn til databehandlingens forskellige elementer. Samtykket kan således ikke anses for at dække "alle de legitime formål", som den registeransvarlige forfølger. Samtykket skal referere til den behandling, der er rimelig og nødvendig i relation til formålet.

Det bør i princippet være tilstrækkeligt, at de registeransvarlige kun indhenter samtykke en enkelt gang for forskellige opgaver, hvis de falder inden for rammerne af den registreredes rimelige forventninger.

Domstolen traf for nylig en præjudiciel afgørelse<sup>22</sup> vedrørende artikel 12, stk. 2, i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation vedrørende behovet for et fornyet samtykke fra abonnenter, der allerede har indvilliget i at få deres personoplysninger offentliggjort i en nummerfortegnelse, i forbindelse med videregivelse af deres personoplysninger med henblik på offentliggørelse hos andre nummeroplysningstjenester. Domstolen fastslog, at i tilfælde, hvor abonnenten er blevet korrekt informeret om muligheden for, at hans/hendes personoplysninger videregives til et tredjepartsforetagende, og han/hun allerede har indvilliget i offentliggørelsen af disse oplysninger i en sådan nummerfortegnelse, er der ikke behov for fornyet samtykke fra abonnenten i forbindelse med videregivelse af de samme oplysninger, *hvis videregivelsen er underlagt den betingelse, at oplysningerne ikke kan anvendes til andre formål end dem, der lå til grund for deres indsamling med henblik på den første offentliggørelse (præmis 65).*

Der kan ikke desto mindre være behov for et særskilt samtykke, hvis den registeransvarlige agter at behandle oplysningerne til opfyldelsen af andre formål. Samtykke kunne f.eks. blive afgivet til dækning af såvel underretning af den registrerede om nye produkter som særlige reklamefremstød, da dette kunne anses for at falde inden for rammerne af den registreredes rimelige forventninger. Men der bør anmodes om et separat og supplerende samtykke, hvis den registeransvarlige ønsker at videregive den registreredes oplysninger til tredjeparter. Behovet for granularitet, når det gælder indhentningen af samtykke, bør vurderes fra sag til sag afhængigt af formålet/formålene eller modtagerne af oplysninger.

Det er værd at minde om, at behandlingen kan bygge på en række forskellige retlige grundlag. Nogle oplysninger kunne således blive behandlet, fordi de er nødvendige i

---

<sup>22</sup> Domstolens dom af 5. maj 2011, Deutsche Telekom AG (sag C-543/09). Denne sag indledtes med en anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesverwaltungsgericht om nummerfortegnelser på telekommunikationsområdet og navnlig fortolkningen af artikel 25, stk. 2, i forsyningspligt-direktivet (2002/22/EF) og artikel 12, stk. 2, i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation (2002/58/EF). Sagen har en klar forbindelse til den særlige rolle, som abonnentfortegnelser indtager i forsyningspligt-direktivet.

forbindelse med en kontrakt indgået med den registrerede, f.eks. med henblik på produktopfyldelse og servicestyling, og der kan være behov for et specifikt samtykke, ud over hvad der er nødvendigt for kontraktens opfyldelse, f.eks. for at vurdere den registreredes betalingssevne (credit scoring).

Gruppen har klargjort dette aspekt af samtykket i WP 131 om elektroniske patientjournaler (EPJ): "Specifikt" samtykke skal vedrøre en veldefineret konkret situation, hvor det er hensigten af behandle lægelige oplysninger. Den registreredes "generelle accept" af f.eks. indsamling af dennes lægelige oplysninger til en EPJ og en efterfølgende overførsel af disse tidligere og fremtidige oplysninger til erhvervsudøvende i sundhedssektoren, der er involveret i behandlingen, udgør ikke en samtykkeerklæring i betydningen i direktivets artikel 2, litra h).

Det samme ræsonnement anvendes i WP 115 om brug af lokaliseringsdata med henblik på at yde tillægstjenester: *"Med denne definition udelukkes det eksplicit, at der kan gives samtykke sammen med, at de almindelige vilkår og betingelser for den elektroniske kommunikationstjeneste accepteres. ... den registreredes samtykke [kan] afhængigt af den udbudte tjenestes type vedrøre en bestemt operation eller kan være ensbetydende med, at den registrerede indvilliger i at blive lokaliseret løbende."*

I den domstolsafgørelse, der er nævnt ovenfor i kapitel II under "samtykkets rolle", er der ifølge ræsonnementet også behov for, at samtykket er specifikt, selv om termen "specifik" ikke er udtrykkelig anvendt: *"Det er ... ikke tilstrækkeligt, at der i den pågældendes arbejdsaftale er henvist til en kollektiv overenskomst, der tillader en sådan overskridelse"*.

#### **Eksempel: sociale netværk**

Adgangen til sociale netværkstjenester er ofte betinget af accept af forskellige former for behandling af personoplysninger.

Der kan uden yderligere præciseringer eller alternative muligheder blive stillet krav til brugeren om, at han/hun indvilliger i at modtage adfærdsbaserede reklamer, hvis han/hun vil tilmelde sig en social netværkstjeneste. I betragtning af den betydning, som visse sociale netværk har fået, vil nogle kategorier af brugere (som f.eks. teenagere) acceptere at modtage adfærdsbaserede reklamer for at undgå risikoen for at blive delvist udelukket fra socialt samspil. Brugeren bør stilles i en situation, hvor han har mulighed for at afgive et frivilligt og specifikt samtykke om at modtage adfærdsbaserede reklamer uafhængigt af adgangen til den sociale netværkstjeneste. Et pop-up-vindue kunne tjene til at tilbyde brugeren en sådan mulighed.

Den sociale netværkstjeneste tilbyder mulighed for at anvende eksterne applikationer. Brugeren er i praksis ofte forhindret i at anvende en applikation, hvis han/hun ikke indvilliger i at fremsende sine oplysninger til udvikleren af applikationen til brug for forskellige formål, herunder adfærdsbaseret annoncering og videresalg til tredjeparter. I betragtning af at applikationen kan fungere, uden at det er nødvendigt, at der videregives nogen oplysninger til udvikleren af applikationen, slår gruppen til lyd for granularitet ved indhentningen af brugerens samtykke, dvs. at der indhentes et særskilt samtykke fra brugeren i forbindelse med videregivelsen af dennes oplysninger til udvikleren til disse forskellige formål. Der kunne anvendes forskellige mekanismer, som f.eks. pop-up-

vinduer, for at tilbyde brugeren muligheden for at vælge den anvendelse af oplysninger, som han indvilliger i (videregivelse til udvikleren, tillægstjenester, adfærdsbaseret annoncering, videregivelse til tredjeparter osv.).

Samtykkets specifikke karakter betyder også, at brugeren skal underrettes og bringes i en situation, hvor han/hun er i stand til at indvillige i den nye behandling af hans/hendes oplysninger, hvis de formål, med henblik på hvilke oplysningerne behandles af den registeransvarlige, på et tidspunkt ændrer sig. De meddelte oplysninger skal navnlig omhandle konsekvenserne af, at der gøres indsigelse mod de foreslåede ændringer.

"... informeret ..."

Det sidste element af definitionen af samtykke - men ikke det sidste krav, således som vi vil se nedenfor - er dets informerede karakter.

I direktivets artikel 10 og 11 foreskrives en oplysningspligt over for de registrerede. Oplysningspligten er derfor særskilt, men i mange tilfælde klart knyttet til samtykket. Mens et samtykke ikke altid efterfølger meddelelsen af informationer (et andet grundlag i artikel 7 kan anvendes), skal der altid foreligge informationer, inden der kan afgives et samtykke.

Dette betyder i praksis, at *"den registreredes samtykke [skal afgives] på grundlag af en vurdering og forståelse af den faktiske situation og følgerne heraf. Den pågældende patient skal på en klar og forståelig måde gives korrekte og fuldstændige oplysninger om alle relevante spørgsmål, navnlig i relation til direktivets artikel 10 og 11, såsom arten af de behandlede oplysninger, formålet med behandlingen, modtagerne af oplysningerne, såfremt disse videregives, og den registreredes rettigheder. Dette omfatter også kendskab til, hvad følgerne af ikke at give sit samtykke til den pågældende behandling er"*<sup>23</sup>.

Der vil i mange tilfælde blive indhentet samtykke på tidspunktet for indsamlingen af personoplysninger, når behandlingen indledes. I dette tilfælde er de informationer, der skal meddeles, sammenfaldende med, hvad der er oplyst i direktivets artikel 10. Der kan dog også blive anmodet om samtykke "downstream", når formålet med behandlingen ændrer sig. I så fald skal de informationer, der skal meddeles, fokusere på, hvad der er brug for i den specifikke sammenhæng i relation til formålet.

Informeret samtykke er især afgørende i forbindelse med videregivelse af personoplysninger til tredjelande, *"fordi det forudsætter, at den ... registrerede informeres behørigt om den særlige risiko, der består ved, at oplysninger vedrørende ham selv videregives til et land, der ikke sikrer en tilstrækkelig beskyttelse"*<sup>24</sup>.

Det kan fastslås, at der er to slags krav, som har til formål at sikre korrekte oplysninger:

<sup>23</sup> WP 131 - Arbejdsdokument vedrørende behandling af personlige sundhedsoplysninger i elektroniske patientjournaler (EPJ).

<sup>24</sup> WP 12 - Arbejdsdokument: Videregivelse af personoplysninger til tredjelande: anvendelse af artikel 25 og 26 i EU's databeskyttelsesdirektiv. Se også WP 114 - Arbejdsdokument fra Artikel 29-Gruppen om en ensartet fortolkning af artikel 26, stk. 1, i direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995.

- Informationernes kvalitet - Den måde, hvorpå informationerne meddeles (i et "almindeligt" sprog, uden anvendelse af jargon, forståeligt og synligt), er væsentlig for vurderingen af, om samtykket er "informeret". Den måde, hvorpå disse informationer bør gives, afhænger af konteksten, idet en almindelig bruger/gennemsnitsbruger bør kunne forstå den.

- Informationernes tilgængelighed og synlighed - informationerne skal meddeles personerne direkte. Det er ikke tilstrækkeligt, at informationerne er "tilgængelige" et eller andet sted. Domstolen har understreget dette i sin dom fra 2004<sup>25</sup>, hvori den henviser til en arbejdsaftale, som indeholdt betingelser, der ikke var angivet tydeligt i aftalen, men kun genstand for en henvisning. Informationerne skal være klart synlige (fontenes type og størrelse), iøjnefaldende og fyldestgørende. Der kan anvendes dialogbokse, hvor der gives specifikke informationer på det tidspunkt, hvor der indhentes samtykke. Som nævnt ovenfor i forbindelse med "specifikt samtykke" er onlineinformationsværktøjer især nyttige i relation til sociale netværkstjenester med henblik på at tilføre privacyopsætningerne en tilstrækkelig granularitet og klarhed. Lagdelte meddelelser kan også udgøre et nyttigt værktøj i denne forbindelse, da de bidrager til, at den rette information formidles på en let tilgængelig måde.

Som tiden går, kan der rejses tvivl om, hvorvidt et samtykke, som oprindeligt byggede på gyldige, tilstrækkelige informationer, fortsat er gyldigt. Af forskellige grunde ændrer folk ofte mening, fordi deres oprindelige valg var dårligt, eller som følge af ændrede omstændigheder, f.eks. det, at et barn bliver ældre<sup>26</sup>. De registeransvarlige bør derfor i henhold til forsvarlig praksis bestræbe sig på at tage en persons valg op til revision efter en vis tid, f.eks. ved at underrette den pågældende om hans/hendes aktuelle valg og tilbyde ham/hende muligheden for enten at bekræfte eller tilbagekalde sit samtykke<sup>27</sup>. Det relevante tidsrum vil naturligvis afhænge af sammenhængen og sagens omstændigheder.

#### **Eksempel: geografisk kriminalitetsanalyse**

En række politikorps overvejer at offentliggøre kort eller frigive andre oplysninger, der viser, hvor særlige typer af forbrydelser er blevet begået. Der er normalt indbygget sikkerhedsmekanismer i processen, som betyder, at der ikke offentliggøres nogen personoplysninger om ofre for en forbrydelse, fordi forbrydelsen kun er knyttet til forholdsvis brede geografiske områder. Nogle politikorps ønsker imidlertid at stedfæste forbrydelserne mere nøjagtigt i tilfælde, hvor ofret indvilliger heri. I så fald er det muligt at sammenkæde den registrerede mere præcist med det sted, hvor forbrydelsen er blevet begået. Ofret bliver imidlertid ikke informeret om, at identificerbare oplysninger om ham/hende vil blive frit offentliggjort på internettet, og om, hvorledes disse oplysninger kan blive anvendt. Et samtykke er derfor ikke gyldigt i dette tilfælde, fordi der er en mulighed for, at ofre ikke til fulde forstår, i hvilken udstrækning oplysningerne om dem offentliggøres.

Jo mere kompleks databehandlingen er, jo mere kan der forventes af den registeransvarlige. Jo vanskeligere det bliver for en gennemsnitsborger at overskue og

<sup>25</sup> Se fodnote 12 (kapitel II.2).

<sup>26</sup> "Working document 1/2008 on the protection of children's personal data", WP 147, 18. februar 2008.

<sup>27</sup> Artikel 29-Gruppen afgav en lignende henstilling i udtalelse om adfærdsbaseret annoncering på internettet (WP 171), vedtaget den 22.6.2010.

forstå alle elementer i databehandlingen, jo større bestræbelser bør den registeransvarlige udfolde for at bevise, at samtykket er indhentet på baggrund af specifikke, forståelige informationer.

Samtykke, som defineret i artikel 2, litra h), bør læses sammen med de supplerende krav, der er omhandlet længere fremme i direktivet. I artikel 7 tilføjes termen "utvetydig" til definitionens elementer, og i artikel 8 tilføjes termen "udtrykkelig", når behandlingen vedrører særlige kategorier af oplysninger.

### **III.A.2. Artikel 7, litra a)**

I henhold til direktivets artikel 7, litra a), udgør den registreredes utvetydige samtykke et retligt grundlag for behandlingen af personoplysninger. For at være gyldigt skal samtykket ud over at opfylde de kriterier, som er fastsat i artikel 2, litra h), også være *utvetydigt*.

For at samtykket er utvetydigt, må proceduren vedrørende indhentning og afgivelse af samtykke *ikke efterlade nogen tvivl* om den registreredes hensigt om at afgive samtykke. Med andre ord må den viljetilkendegivelse, hvorved den registrerede indvilliger, ikke give nogen plads for tvetydighed med hensyn til hans/hendes hensigt. Hvis der er nogen rimelig tvivl om personens hensigt, foreligger der tvetydighed.

Som nærmere beskrevet nedenfor, tvinger dette krav de registeransvarlige til at skabe pålidelige procedurer for de registreredes afgivelse af samtykke, nemlig ved enten at søge et klart og udtrykkeligt samtykke eller anvende visse typer af procedurer, der afføder de registreredes klart udledte samtykke. Den registeransvarlige skal også være tilstrækkeligt sikker på, at den person, der afgiver samtykket, rent faktisk er den registrerede. Dette er især relevant i tilfælde, hvor samtykket afgives pr. telefon eller online.

Et beslægtet emne vedrører beviset på samtykke. Registeransvarlige, der anvender samtykke, kan ønske eller have behov for at bevise, at samtykket er opnået, f.eks. i forbindelse med en tvist med den registrerede. De kan også i visse tilfælde blive afkrævet et sådant bevis i forbindelse med håndhævelsesforanstaltninger. De registeransvarlige bør følgelig og ifølge forsvarlig praksis skulle skabe og opbevare bevis for, at samtykket blev afgivet, dvs. at samtykket bør kunne verificeres.

Vi vil nu analysere følgende metoder til indhentning af samtykke og vurdere, om de afføder et utvetydigt samtykke.

Udtrykkelige udsagn, hvorved der tilkendes gives accept, som f.eks. en undertegnet aftale eller skriftlige udsagn om ønsket om at indvillige, er procedurer eller mekanismer, som er velegnede til afgivelse af et utvetydigt samtykke. Samtidig udgør de i princippet den registeransvarliges bevis for, at der er opnået samtykke.

#### **Eksempel: samtykke til regelmæssigt at modtage reklamemateriale med posten**

Et hotel anmoder gæster om at oplyse deres postadresse på en papirformular, hvis de ønsker at modtage reklamemateriale regelmæssigt med posten. Hvis den pågældende, efter at have afgivet adresseoplysningerne, underskriver formularen for at

tilkendegive, at han/hun indvilliger, udgør dette et utvetydigt samtykke. Samtykket vil i dette tilfælde både være udtrykkeligt og skriftligt. Denne procedurer sikrer den registeransvarlige et fyldestgørende bevis for at have modtaget samtykke fra alle kunder, for så vidt som han opbevarer alle de underskrevne formularer.

Imidlertid afføder ikke alle samtykkeformularer, der tilsyneladende er udtrykkelige, et samtykke. Dette spørgsmål blev behandlet i en nylig sag ved Domstolen (Volker und Markus Schecke mod Land Hessen), der vedrørte offentliggørelsen af navnene på modtagerne af forskellige EU-midler<sup>28</sup> og af de beløb, som de enkelte modtagere havde fået udbetalt. Generaladvokaten tog stilling til, om betingelserne for et utvetydigt samtykke var til stede i et tilfælde, hvor de pågældende havde underskrevet en erklæring med følgende ordlyd: "Jeg er bekendt med, at oplysninger om modtagere [af midler fra] EGFL og ELFUL og de beløb, som hver modtager har modtaget, skal offentliggøres i henhold til artikel 44a i forordning [...] nr. 1290/2005." Generaladvokaten udtalte: *At acceptere en forudgående meddelelse om, at der vil ske en form for offentliggørelse, er ikke det samme som at give et "utvetydigt" samtykke til en særlig form for detaljeret offentliggørelse. Det er heller ikke korrekt at beskrive det som en "frivillig og specifik viljetilkendegivelse" af ansøgernes ønsker i henhold til definitionen af den registreredes samtykke i artikel 2, litra h).* Hun konkluderede derfor, at ansøgerne ikke havde givet deres samtykke til behandlingen (dvs. offentliggørelsen) af deres personoplysninger i betydningen efter artikel 7, litra a), i direktiv 95/46/EF<sup>29</sup>.

Der kan også afgives udtrykkeligt samtykke i en onlinesituation. Som det er tilfældet i en offline-situation, findes der velegnede metoder til afgivelse af et utvetydigt samtykke, hvilket fremgår af følgende eksempel.

#### **Eksempel: onlinesamtykke for at blive tilmeldt et loyalitetsprogram**

Et hotels websted omfatter en reservationsformular, som giver gæsterne mulighed for elektronisk forhåndsreservation. Onlineformularen, hvor gæsterne indfører de ønskede datoer og betalingsrelaterede oplysninger, indeholder også en synlig rubrik, som kan afkrydses af dem, der ønsker, at deres oplysninger anvendes med henblik på tilmelding til et loyalitetsprogram. Afmærkning af boksen efter at have modtaget relevante oplysninger vil også udgøre et udtrykkeligt, utvetydigt samtykke, da det at afkrydse en rubrik er et klart nok signal til ikke at efterlade nogen tvivl om personens ønske om at blive tilmeldt loyalitetsprogrammet.

Et udtrykkeligt samtykke kan også afgives mundtligt gennem udsagn, der tilkendegiver accept. Der afgives et udtrykkeligt, mundtligt samtykke i følgende situation.

#### **Eksempel: mundtligt samtykke til modtagelse af reklamemateriale**

Lad os forestille os, at hotelreceptionisten ved check-ud spørger gæsterne, om de vil oplyse deres adresse, således at hotellet kan sende dem reklamemateriale. Personer,

<sup>28</sup> Den Europæiske Garantifond for Landbruget (EGFL) og Den Europæiske Landbrugsfond for Udvikling af Landdistrikter (ELFUL).

<sup>29</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat Sharpston fremsat den 17. juni 2010, Volker und Markus Schecke GbR, i de forenede sager C-92/09 og C-93/09. Det skal bemærkes, at Domstolen i dom af 9. november 2010 fastslog, at databehandling ikke var baseret på samtykke: "63. De omhandlede EU-retlige forskrifter, som begrænser sig til at fastsætte, at modtagerne af midler på forhånd skal underrettes om offentliggørelsen af deres oplysninger, har således ikke til formål at lade de omhandlede modtageres samtykke udgøre et grundlag for den behandling af personoplysninger, som de indfører."



der oplyser deres postadresse som svar på receptionistens anmodning og efter at have modtaget de relevante oplysninger, afgiver et udtrykkeligt samtykke. Det, at en person oplyser sin adresse, udgør en utvetydig viljetilkendegivelse af vedkommendes ønske. Den registeransvarlige kan imidlertid vælge at indføre mekanismer, der med større sikkerhed viser, at der er afgivet et samtykke.

Et utvetydigt samtykke kan under visse omstændigheder *udledes* af bestemte handlinger. Dette vil navnlig være tilfældet, når handlingerne fører til den umiskendelige konklusion, at der er afgivet et samtykke. Dette afhænger imidlertid af, om der er afgivet relevante informationer om databehandlingen (hvem den registeransvarlige er, hvad der er formålet med behandlingen osv.), som sætter den pågældende i stand til at træffe en afgørelse.

**Eksempel: samtykke til at blive fotograferet**

Lad os forestille os, at hotelreceptionisten ved check-in underretter gæsterne om, at der om eftermiddagen vil blive afviklet en fotosession i et af hotellets cafeterier. Udvalgte billeder vil indgå i reklamemateriale, specielt med henblik på papirbaserede hotelbrochurer. Hvis hotelgæsterne ønsker at blive fotograferet, vil de være velkomne i cafeteriet på det pågældende tidspunkt. For dem, der ikke ønsker at blive fotograferet, er der et andet cafeteria på hotellet til rådighed.

Hotelgæster, som - efter at være blevet informeret - beslutter at anvende cafeteriet under fotosessionen, må anses for at have givet deres samtykke til at blive fotograferet. Samtykket udledes af det faktum, at de anvender cafeteriet, hvor fotosessionen afholdes, på det pågældende tidspunkt. Det at anvende cafeteriet udgør en viljetilkendegivelse af personens ønsker, som i princippet kan anses for utvetydig, eftersom der næppe hersker nogen tvivl om, at den, der benytter cafeteriet, har ønsket at blive fotograferet. Det vil imidlertid være klogt af hotellet, om det skaffer sig dokumentbevis for det opnåede samtykke, for det tilfældes skyld, at der i en nær fremtid blev sat spørgsmålstegn ved gyldigheden af et sådant samtykke.

Som allerede nævnt, finder de samme krav, herunder kravet om et utvetydigt samtykke, anvendelse i såvel offline- som onlinesituationer. Gruppen gør dog opmærksom på, at risikoen for et tvetydigt samtykke nok er større i en onlinesituation, hvilket kræver en særlig opmærksomhed. Det næste eksempel viser et tilfælde, hvor et samtykke afledt af en bestemt handling (deltagelse i et onlinespil) ikke opfylder kravene til et gyldigt samtykke.

**Eksempel: onlinespil**

En udbyder af onlinespil kræver, at spillerne oplyser alder, navn og adresse for at kunne deltage i onlinespillet (fordeling af spillerne efter alder og adresse). Webstedet indeholder en besked, som er tilgængelig via et link (idet det imidlertid ikke er nødvendigt at have klikket på linket og åbnet beskeden for at kunne deltage i spillet), hvilket indikerer, at spillerne ved at anvende webstedet (og således afgive oplysninger) indvilliger i, at deres oplysninger behandles, således at udbyderen af spillet og tredjeparter kan tilsende dem reklamemateriale.

At skaffe sig adgang til og at deltage i et spil er ikke ensbetydende med at afgive et

utvetydigt samtykke til viderebehandling af ens personoplysninger til andre formål end deltagelse i spillet. Deltagelse i et spil indebærer ikke, at den pågældende har til hensigt at indvillige i anden behandling, end hvad der er nødvendigt for at spille. Adfærd af denne type udgør ikke en utvetydig viljetilkendegivelse af en persons ønske om, at hans/hendes oplysninger anvendes i markedsføringsøjemed.

#### **Eksempel: standardprivacyopsætninger**

Det sociale netværks standardopsætninger, som brugerne ikke nødvendigvis behøver adgang til for at benytte netværket, aktiverer hele "venners venner"-faciliteten, og betyder, at den enkelte brugers personoplysninger kan ses af alle "venners venner". Brugere, der ikke ønsker, at deres oplysninger ses af "venners venner", skal klikke på en knap. Forholder de sig passive, eller undlader de at udføre den handling, som består i at klikke på en knap, anser den registeransvarlige dem for at have indvilliget i, at deres oplysninger kan ses. Det er imidlertid stærkt diskutabelt, om det ikke at klikke på knappen betyder, at de pågældende i almindelighed indvilliger i, at deres oplysninger kan ses af alle venners venner. På grund af usikkerheden om, hvorvidt den manglende handling skal tolkes som et samtykke, kan det ikke at klikke ikke betragtes som et utvetydigt samtykke.

Ovenstående eksempel illustrerer et tilfælde, hvor personen forholder sig passiv (f.eks. manglende handling eller "tavshed"). Et utvetydigt samtykke passer dårligt ind i procedurerne til indhentning af samtykke baseret på manglende handling eller tavshed fra personernes side. En parts tavshed eller manglende handling har en iboende tvetydighed (den registrerede kunne have haft til hensigt at samtykke eller kunne blot ikke have haft til hensigt at udføre handlingen). Følgende eksempel er en yderligere illustration af dette.

Der er tvetydighed i den situation, hvor personer antages at have givet samtykke, hvis de ikke har besvaret et brev, hvori de underrettes om, at undladelsen af at svare betyder, at de samtykker. I situationer af denne type rejser den individuelle adfærd (eller snarere manglen på en sådan) alvorlig tvivl om, hvorvidt personen har ønsket at tilkendegive sin accept. Det forhold, at personen ikke udførte en positiv handling, udgør ikke grundlag for at konkludere, at han/hun afgav sit samtykke. Kravet om et utvetydigt samtykke er derfor ikke opfyldt. Som yderligere illustreret nedenfor, vil det desuden være meget vanskeligt for den registeransvarlige at fremlægge bevis for, at personen har meddelt sit samtykke.

Gruppen har fastslået, at samtykke baseret på personers tavshed i forbindelse med udsendelse af e-mails som led i direkte markedsføring ikke er foreneligt med reglerne: "*Stiltiende samtykke til at modtage sådan post er ikke foreneligt med definitionen af samtykke i direktiv 95/46/EF* ..... På tilsvarende vis er f.eks. forud afkrydsede rubrikker på websteder heller ikke forenelige med definitionen i direktivet"<sup>30</sup>. Følgende eksempel underbygger dette synspunkt:

<sup>30</sup> Udtalelse 5/2004 om uanmodet kommunikation med henblik på markedsføring, jf. artikel 13 i direktiv 2002/58/EF, vedtaget den 27. februar 2004 (WP 90).

**Eksempel: ugyldigt samtykke til yderligere anvendelser af kundeoplysninger**

En onlinedetailboghandler sender en e-mail til sine loyalitetsprogramkunder, hvor han underretter dem om, at deres oplysninger vil blive videregivet til et reklamefirma, der har til hensigt at anvende dem til markedsføringsformål. Brugerne får to uger til at besvare e-mailen i. De får at vide, at undladelse af at svare vil blive betragtet som samtykke til videregivelsen. Mekanismer af denne type, hvor et samtykke udledes af udebleven reaktion fra kunder, afføder ikke et gyldigt, utvetydigt samtykke. Det er ikke muligt ud fra et udeblevet svar med sikkerhed at forvise sig om, at personer har indvilliget i videregivelse.

Det følger af ovenstående, at registeransvarlige som følge af kravet om, at samtykket skal være *utvetydigt*, i realiteten ansøres til at indføre procedurer og mekanismer, der ikke efterlader nogen tvivl om, at der er givet samtykke, enten på baggrund af en udtrykkelig handling udført af den registrerede, eller fordi det klart udledes af en handling udført af den registrerede.

Som nævnt ovenfor, bør de registeransvarlige i henhold til forsvarlig praksis overveje at indføre relevante foranstaltninger og procedurer, der viser, at der er afgivet et samtykke. Jo mere kompliceret det miljø, de opererer i, er, jo flere foranstaltninger vil være nødvendige for at sikre, at samtykket er verificerbart. Disse oplysninger bør stilles til rådighed for databeskyttelsesmyndigheden, hvis denne anmoder herom.

**III.A.3. Artikel 8, stk. 2, litra a)**

Der foreskrives i direktivets artikel 8 en særlig beskyttelse af "*særlige kategorier af oplysninger*", der ifølge deres natur anses for at være meget følsomme. Behandlingen af sådanne oplysninger forbydes, medmindre mindst en af flere anførte undtagelser finder anvendelse. Ifølge artikel 8, stk. 2, litra a), gælder forbuddet ikke, hvis den registrerede har afgivet sit *udtrykkelige samtykke* til behandlingen.

I retlig forstand forstås ved "explicit consent" (udtrykkeligt samtykke) det samme som "express consent" (udtrykkeligt samtykke). Udtrykket omfatter alle situationer, hvor personer får forelagt et forslag om at indvillige i eller afvise en særlig anvendelse eller offentliggørelse af deres personoplysninger, og hvor de besvarer spørgsmålet aktivt enten mundtligt eller skriftligt. Et udtrykkeligt samtykke afgives normalt skriftligt med en håndskreven underskrift. Der vil f.eks. være tale om et udtrykkeligt samtykke, når de registrerede underskriver en samtykkeformular, hvori det klart er anført, hvorfor den registeransvarlige ønsker at indsamle og viderebehandle personoplysninger.

Selv om et udtrykkeligt samtykke traditionelt afgives skriftligt - enten på papir eller i elektronisk form - således som det er illustreret ovenfor i kapitel III.A.2, er det ikke nødvendigvis således, idet det også kan afgives mundtligt. Dette bekræftes af den kendsgerning, at kravet om, at samtykket afgives skriftligt, således som det oprindeligt blev foreslået i artikel 8, blev fjernet i den endelige udgave af direktivet. Imidlertid kan et mundtligt samtykke - således som det er illustreret i samme kapitel - være vanskeligt at bevise, og de registeransvarlige rådes derfor til i praksis af bevismæssige grunde at benytte skriftligt samtykke.

Kravet om, at et samtykke skal være udtrykkeligt, betyder, at et samtykke, der er udledt, normalt ikke opfylder kravet i artikel 8, stk. 2. Det er i denne forbindelse værd at minde om Artikel 29-Gruppens udtalelse om elektroniske patientjournaler<sup>31</sup>, hvori det hedder: "*I modsætning til bestemmelserne i direktivets artikel 7 skal der gives **udtrykkeligt** samtykke i tilfælde af følsomme personoplysninger og derfor også i forbindelse med EPJ. Løsninger, der giver mulighed for fravalg, opfylder ikke kravet om, at samtykket skal være "udtrykkeligt"*".

**Eksempel: lægelige oplysninger til brug for forskning**

Situationen, hvor en patient, der af en klinik underrettes om, at hans/hendes patientjournal vil blive videregivet til en forsker, medmindre han/hun gør indsigelse (ved at ringe til et nummer), opfylder ikke kravet til et udtrykkeligt samtykke.

Som nævnt ovenfor i kapitel II.A.2, kan personer afgive et udtrykkeligt samtykke mundtligt og skriftligt, idet de udfører en bekræftende handling, hvorved de indvilliger i en form for databehandling. Et udtrykkeligt samtykke kan i en onlinesituation afgives ved elektroniske eller digitale signaturer. Det kan imidlertid også afgives ved klikbare knapper afhængig af konteksten, ved fremsendelse af bekræftende e-mail, ved at klikke på ikoner osv.<sup>32</sup> Procedurer, der indebærer en bekræftende handling fra en persons side, er udtrykkeligt anerkendt i betragtning 7 i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation, hvori det hedder: "*Samtykke kan gives ved ethvert passende middel, der muliggør en frit givet, specifik og informeret angivelse af brugerens ønsker, herunder ved at afkrydse en rubrik, når man besøger et internetwebsted"*.

Et samtykke behøver ikke at være registrerbart for at være gyldigt. Det er imidlertid i den registeransvarliges interesse at sikre sig et bevis. Styrken af det bevis, som skabes af en specifik mekanisme, kan naturligvis variere og i større eller mindre grad dokumentere samtykket. Et samtykke, der er blevet opnået via en klikbar knap med personens identitet understøttet af en e-mail-adresse, vil have langt mindre beviskraft end en tilsvarende proces, der f.eks. understøttes af registrerbare samtykkemekanismer<sup>33</sup>. Behovet for et stærkt bevis vil også afhænge af, hvilken type af oplysninger der indsamles og af formålet. Der vil således ikke være behov for en elektronisk signatur i forbindelse med samtykke til modtagelse af reklamemateriale, mens en sådan vel nok vil være nødvendig i forbindelse med samtykke til onlinebehandling af visse typer af finansielle oplysninger. Et udtrykkeligt samtykke

<sup>31</sup> WP 131 - Arbejdsdokument vedrørende behandling af personlige sundhedsoplysninger i elektroniske patientjournaler (EPJ).

<sup>32</sup> Denne fortolkning falder i tråd med EU-lovgivningen, hovedsagelig vedrørende elektronisk handel og den bredere anvendelse af digitale signaturer, som har krævet, at medlemsstaterne ændrer den lovgivning, der indeholder formelle krav, om at dokumenter skal være "skriftlige" og "håndskrevne", således at deres elektroniske modstykker accepteres på lige fod, hvis visse betingelser er opfyldt.

<sup>33</sup> Se i denne forbindelse f.eks. den græske og tyske lovgivning vedrørende kravene om afgivelse af samtykke ad elektronisk vej, hvor det kræves, at samtykket registreres på en sikker måde, at brugeren eller abonnenten til enhver tid har adgang dertil, og at samtykket til enhver tid kan tilbagekaldes (artikel 5, stk. 3, i den græske lov 3471/2006 om beskyttelse af personoplysninger i den elektroniske kommunikationssektor, artikel 13, stk. 2, i den tyske lov om teletjenester, artikel 94 i den tyske lov om telekommunikation og artikel 28, stk. 3, litra a), i den tyske forbundslov om databeskyttelse).

afgivet i en onlinesituation bør nødvendigvis være registrerbart, så det er tilgængeligt og kan anvendes som senere reference<sup>34</sup>.

I lyset af ovenstående vil onlineregistreringsformularer, som udfyldes af personer med deres identifikationsoplysninger og deres accept af databehandlingen, blive anset for at opfylde kravet til et udtrykkeligt samtykke, forudsat at alle øvrige krav er opfyldt. Med henblik f.eks. på åbningen af en onlinepatientjournal indeholdende personoplysninger kan patienterne afgive deres samtykke ved at meddele deres kontaktoplysninger og afkrydse en særlig rubrik for at tilkendegive deres samtykke. Anvendelsen af stærkere autentifikationsmetoder - f.eks. anvendelsen af digitale signaturer - vil naturligvis give samme resultat og skabe et stærkere bevis<sup>35</sup>.

Medlemsstaterne kan i visse tilfælde beslutte, at en given databehandling skal legitimeres på baggrund af samtykke og nærmere anføre typen af samtykke. Medlemsstaterne kan f.eks. beslutte, at borgerne, når de ansøger om et sygesikringsbevis med adgang til en anamnese og tilmelder sig online, skal underskrive med en særlig digital signatur. Denne løsningsmodel sikrer, at samtykket er udtrykkeligt. Den giver også den registeransvarlige mere sikkerhed for, at han kan føre bevis for personens samtykke.

#### **III.A.4. Artikel 26, stk. 1**

Ifølge artikel 26, stk. 1, litra a), udgør den registreredes utvetydige samtykke en undtagelse fra forbuddet mod at videregive oplysninger til tredjelande, der ikke sikrer et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau. Ovenstående betragtninger vedrørende artikel 7, litra a), finder også anvendelse her. Det betyder, at samtykket ud over at opfylde kravene til et gyldigt samtykke i henhold til artikel 2, litra g), også skal være utvetydigt.

Artikel 29-Gruppen har udfoldet mange bestræbelser på at yde vejledning om anvendelsen af direktivets artikel 25 og 26, herunder samtykkeundtagelsen. Det er i denne forbindelse værd at minde om gruppens udtalelse WP 12<sup>36</sup>, når det gælder betydningen af et utvetydigt samtykke: "*Eftersom samtykket skal være utvetydigt, vil enhver tvivl om, hvorvidt samtykket er givet, også gøre undtagelsen uanvendelig. Dette vil sandsynligvis betyde, at mange situationer, hvor samtykket er givet (f.eks. den registrerede er blevet bekendt med videregivelsen og ikke har gjort indsigelse), ikke vil kunne falde ind under denne undtagelse*".

I lyset af ovenstående er der større sandsynlighed for, at der opnås et utvetydigt samtykke, når personer udfører en bekræftende handling for at tilkendegive deres accept

---

<sup>34</sup> Det falder uden for rammerne af denne udtalelse at analysere de tekniske betingelser, der skal være opfyldt af elektroniske dokumenter og digitale signaturer, for at de kan tillægges samme beviskraft som deres håndskrevne modstykker. Dette er et spørgsmål, der rækker ud over databeskyttelseslovgivningen, og som er blevet reguleret på EU-plan.

<sup>35</sup> Dette er fordi anvendelsen af visse typer af digitale signaturer (avancerede elektroniske signaturer, der er baseret på et kvalificeret certifikat, og som genereres af en anordning til generering af sikker signatur) automatisk formodes at have samme retlige beviskraft som skriftlige signaturer.

<sup>36</sup> WP 12 - Arbejdsdokument: Videregivelse af personoplysninger til tredjelande: anvendelse af artikel 25 og 26 i EU's databeskyttelsesdirektiv, vedtaget den 24. juli 1998.

af videregivelsen, f.eks. ved at underskrive en samtykkeformular eller udføre andre handlinger, der klart støtter den konklusion, at der er afgivet et samtykke.

I WP 114<sup>37</sup> om anvendelsen af samtykke i forbindelse med dataoverførsler anførte gruppen, at "*samtykke ikke er egnet til at give passende langsigtede rammer for de registeransvarlige i tilfælde af repeterede eller endog strukturelle overførsler for den pågældende behandling. I særdeleshed hvis overførslen er en integrerende del af den primære behandling (f.eks. centralisering af en verdensomspændende database for menneskelige ressourcer, der løbende og systematisk skal forsynes for at kunne fungere), kan de registeransvarlige havne i en vanskelig situation, hvis blot én af de registrerede efterfølgende beslutter at trække sit samtykke tilbage. Strengt taget må oplysninger vedrørende en fysisk person, der har trukket sit samtykke tilbage, ikke længere overføres. Hvis dette ikke sker, vil overførslen fortsat finde sted delvis på grundlag af den registreredes samtykke, men det vil være nødvendigt at finde en alternativ løsning (kontrakt, bindende virksomhedsregler osv.) for de oplysninger, der vedrører de registrerede, der har trukket deres samtykke tilbage. Det kan således være en "falsk god løsning" at henholde sig til den registreredes samtykke, og det, der i første omgang kan forekomme enkelt, kan vise sig i realiteten at være en kompleks og byrdefuld løsning.*"

### **III.A.5. Samtykke afgivet af personer uden fuld rets- og handleevne**

Direktiv 95/46/EF indeholder ingen særlige regler om indhentning af samtykke fra personer uden fuld rets- og handleevne, herunder børn. Det er vigtigt, at der tages hensyn hertil ved revisionen af databeskyttelsesdirektivet. Ud over de spørgsmål, der er rejst ovenfor, frembyder samtykke fra disse personer sine egne, særlige problemer.

Hvad børn angår, varierer betingelserne for afgivelse af et gyldigt samtykke fra medlemsstat til medlemsstat. Artikel 29-Gruppen har ved flere lejligheder gjort sig tanker om spørgsmålet om børns samtykke og undersøgt national praksis<sup>38</sup>.

Tidligere arbejde viser, at når børns samtykke skal indhentes, er det ifølge retlige krav nødvendigt at opnå barnets og den retlige repræsentants samtykke eller alene barnets, hvis dette allerede er myndigt. Alderen, hvor den ene eller den anden regel finder anvendelse, varierer. Der findes ingen harmoniserede procedurer til konstatering af et barns alder.

Manglen på generelle regler herom medfører en fragmenteret tilgang og manglende anerkendelse af behovet for en særlig beskyttelse af børn under særlige omstændigheder på grund af disses sårbarhed, og fordi det skaber retsikkerhed specielt med hensyn til den måde, hvorpå børns samtykke opnås.

---

<sup>37</sup> Arbejdsdokument om en ensartet fortolkning af artikel 26, stk. 1, i direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995, vedtaget den 25.11.2005.

<sup>38</sup> WP 147 - "Working Document 1/2008 on the protection of children's personal Data (General guidelines and the special case of schools)"; WP 160 - Udtalelse 2/2009 om beskyttelse af børns personoplysninger (Generelle retningslinjer og særtilfældet skoler).

Gruppen mener, at denne mangel på harmonisering har konsekvenser for retssikkerheden. Hvis betingelserne for umyndiges opnåelse af tilladelse til at udøve deres rettigheder på EU-plan blev harmoniseret, specielt, hvad angår aldersgrænsen, ville det helt sikkert afføde en ekstra sikkerhed. Gruppen er imidlertid klar over, at dette meget vel vil falde uden for rammerne af databeskyttelse, da det mere generelt berører civilretlige spørgsmål. Gruppen henleder Kommissionens opmærksomhed på dette problemkompleks.

Artikel 29-Gruppen mener desuden, at børns og andre personer uden fuld rets- og handleevnes interesser ville være bedre beskyttet, hvis direktivet indeholdt supplerende bestemmelser specielt vedrørende indsamlingen og viderebehandlingen af deres oplysninger. Disse bestemmelser kunne fastlægge de omstændigheder, under hvilke der er behov for den retlige repræsentants samtykke sammen med eller i stedet for den umyndiges samtykke, samt de omstændigheder, under hvilke det ikke bør være muligt at anvende samtykke som grundlag for legitimeringen af behandlingen af personoplysninger. Bestemmelserne skulle også fastlægge kravet til anvendelsen af onlinemekanismer til aldersverifikation. Der findes forskellige mekanismer og grænser. F.eks. kunne aldersverifikation i stedet for at være underlagt en enkelt regel baseres på en fremgangsmåde med en glidende skala, hvorved den mekanisme, der skal anvendes, ville afhænge af omstændighederne, f.eks. typen af behandling (formålene), hvorvidt behandlingen er særlig risikofyldt, typen af indsamlede oplysninger, anvendelsen af oplysningerne, (hvorvidt oplysningerne vil blive offentliggjort eller ej) osv.

### **III.B. Direktiv 2002/58/EF**

Det nyligt ændrede direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation (direktiv 2002/58/EF)<sup>39</sup> udgør en særlov i forhold til direktiv 95/46/EF, for så vidt som det foreskriver en sektorspecifik ordning om privatlivets fred og elektronisk kommunikation. Hovedparten af direktivets bestemmelser finder anvendelse på udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester (f.eks. udbydere af telefoni, internettjenesteudbydere osv.).

I en række af bestemmelserne i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation er samtykket det retlige grundlag for, at udbyderne af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester kan behandle oplysninger<sup>40</sup>. Dette er f.eks. tilfældet med anvendelsen af trafik- eller lokaliseringsdata.

Artikel 29-Gruppen finder det nyttigt at kommentere udvalgte aspekter vedrørende anvendelsen af samtykke i medfør af direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation. I den forbindelse vil vi behandle følgende fem emner:

---

<sup>39</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25. november 2009 om ændring af direktiv 2002/22/EF om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, direktiv 2002/58/EF om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor og forordning (EF) nr. 2006/2004 om samarbejde mellem nationale myndigheder med ansvar for håndhævelse af lovgivning om forbrugerbeskyttelse, 18.12.2009.

<sup>40</sup> Ved trafikdata forstås data, der behandles med henblik på befordring af kommunikation på et elektronisk kommunikationsnetværk eller med henblik på fakturering i tilknytning til denne kommunikation, herunder data vedrørende kommunikationens rutning, varighed og tidspunkt.

a) Definitionen og den overordnede betydning af samtykke i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation i relation til direktiv 95/46/EF. Dette baserer sig på artikel 2, stk. 2, litra f), i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation.

b) Spørgsmålet om, hvorvidt det i forbindelse med brud på kommunikationshemmeligheden (f.eks. for at overvåge eller opfange en telefonsamtale) er nødvendigt at indhente samtykke fra den ene af parterne i udvekslingen af kommunikationen eller dem begge). Dette er omhandlet i artikel 6, stk. 3, og artikel 5, stk. 1.

c) Spørgsmålet om tidspunktet for, hvornår samtykket skal indhentes. Dette er omhandlet i forskellige bestemmelser i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation, herunder artikel 5, stk. 3, artikel 6 og artikel 13.

d) Anvendelsesområdet for af indsigelsesretten og sondringen mellem den og samtykke. Denne sondring kan analyseres efter artikel 13 i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation.

e) Muligheden for at trække sit samtykke tilbage, således som det udtrykkeligt er foreskrevet i artikel 6, stk. 3, og artikel 9, stk. 3 og 4, i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation.

### **III.B.1. Artikel 2, litra f) - Samtykke i relation til direktiv 95/46/EF**

*"brugers eller abonnents samtykke"*

Det hedder udtrykkeligt i artikel 2 i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation, at definitionerne i direktiv 95/46/EF skal finde anvendelse i forbindelse med direktiv 2002/58/EF. Det hedder i artikel 2, litra f), at "*samtykke givet af bruger eller abonnent svarer til den registreredes samtykke i direktiv 95/46/EF*".

Det betyder, at i alle tilfælde, hvor der kræves et samtykke i henhold til direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation, er kriterierne til fastsættelse af, om et samtykke er gyldigt, de samme som dem, der er fastsat i direktiv 95/46/EF, nemlig definitionen i artikel 2, litra g), og den særlige bestemmelse, som er indføjet i artikel 7, litra a). Det synspunkt, at et samtykke i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation skal forstås under henvisning til artikel 2, litra g), og artikel 7, litra a), sammenholdt, bekræftes i betragtning 17<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Det hedder heri: "I dette direktiv bør samtykke ... have samme betydning som den registreredes samtykke, således som defineret og yderligere fastlagt i direktiv 95/46/EF".



### **III.B.2. Artikel 5, stk. 1 - Hvorvidt samtykke er nødvendigt fra en eller to parter**

*"... de pågældende brugeres samtykke ..."*

Artikel 5, stk. 1, i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation beskytter kommunikationshemmeligheden ved at forbyde enhver form for opfangning eller overvågning af kommunikationer uden alle berørte brugeres samtykke.

I dette tilfælde kræves i artikel 5, stk. 1, samtykke fra "*alle berørte brugere*", med andre ord begge parter i udvekslingen af en kommunikation. Samtykke fra en af parterne er ikke nok.

I forbindelse med udarbejdelsen af udtalelse 2/2006<sup>42</sup> så Artikel 29-Gruppen nærmere på en række tjenester, der indebar screening af e-mail-indhold og i visse tilfælde sporing af, om e-mails åbnes. Gruppen udtrykte betænkelighed ved, at en af parterne i udvekslingen af kommunikationen ikke var underrettet i forbindelse med sådanne tjenester. For at disse tjenester opfylder kravet i artikel 5, stk. 1, er det nødvendigt at indhente samtykke fra begge parter i udvekslingen af kommunikationen.

### **III.B.3. Artikel 6, stk. 3, artikel 9, artikel 13 og artikel 5, stk. 3 - Tidspunktet for, hvornår et samtykke er påkrævet**

*"... har fået klare og fyldestgørende oplysninger ..."*

Af forskellige bestemmelser i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation fremgår det enten udtrykkeligt eller indirekte, at der skal indhentes samtykke inden behandlingen. Dette er i tråd med direktiv 95/46/EF.

Artikel 6, stk. 3, i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation indeholder en udtrykkelig henvisning til den pågældende abonnents eller brugers forudgående samtykke og foreskriver en forpligtelse til at afgive informationer og indhente forudgående samtykke inden behandlingen af trafikdata med henblik på markedsføring af elektroniske kommunikationstjenester eller levering af tillægstjenester. For visse typer af tjenester kan samtykke indhentes fra abonnenten på det tidspunkt, hvor denne abonnerer på tjenesten. I andre tilfælde kan det være muligt at indhente samtykket direkte fra brugeren. En tilsvarende fremgangsmåde anvendes i henhold til artikel 9 vedrørende behandlingen af lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata. Tjenesteyderen skal informere brugerne eller abonnenterne - *inden han indhenter deres samtykke* - om, hvilken type af lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, der *vil blive* behandlet. I artikel 13 fastsættes et krav om at indhente forudgående samtykke fra abonnenterne i forbindelse med anvendelsen af automatiserede opkaldsordninger uden menneskelige indgreb, fax eller e-mail med henblik på direkte markedsføring.

Artikel 5, stk. 3, indeholder en særregel om lagring af oplysninger eller opnåelse af adgang til oplysninger på en brugers terminaludstyr, herunder med det formål at spore brugerens onlineaktiviteter. Selv om der ikke i artikel 5, stk. 3, anvendes termen

---

<sup>42</sup> Udtalelse 2/2006 om beskyttelse af privatlivets fred i relation til tilrådighedsstilling af e-mailscreeningstjenester, vedtaget den 21.2.2006 (WP 118).

"forudgående", er dette en klar og indlysende konklusion ud fra formuleringen af bestemmelsen.

Det giver god mening, hvis et samtykke indhentes, inden behandlingen af oplysninger indledes. Ellers ville den proces, der gennemføres i tidsrummet fra processens start indtil det øjeblik, hvor samtykket er opnået, være ulovlig som følge af manglende retligt grundlag. Desuden ville i sådanne tilfælde al behandling af oplysninger, som allerede havde fundet sted, være ulovlig af samme grund, hvis personen nægtede sit samtykke.

Det følger af ovenstående, at uanset hvornår et samtykke er *påkrævet*, skal det afgives inden det tidspunkt, hvor processen indledes. Indledningen af processen uden forudgående opnåelse af samtykke er kun lovlig, når databeskyttelsesdirektivet eller direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation - snarere end at kræve samtykke - foreskriver et alternativt grundlag og henviser til retten til at gøre indsigelse eller modsætte sig behandlingen. Disse mekanismer adskiller sig klart fra samtykke. I disse tilfælde kan behandlingen allerede være indledt, og personen har ret til at gøre indvendinger eller nægte det.

Et eksempel på dette findes i artikel 5, stk. 3, i det tidligere direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation, hvori det hedder at (understregningen er tilføjet): "*anvendelse af elektroniske kommunikationsnet med henblik på lagring af oplysninger eller med henblik på at opnå adgang til oplysninger, der er lagret i en abonnents eller brugers terminaludstyr, kun er tilladt på betingelse af, at abonnenten eller brugeren får klare og fyldestgørende oplysninger, bl.a. om formålet med behandlingen i overensstemmelse med direktiv 95/46/EF og ret til at nægte den registeransvarlige en sådan behandling.*" Dette bør sammenholdes med den nye ordlyd af artikel 5, stk. 3, i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation som ændret ved direktiv 2009/136/EF<sup>43</sup>, hvori det hedder, at "(...) *lagring af oplysninger eller opnåelse af adgang til oplysninger, der allerede er lagret i en abonnents eller brugers terminaludstyr, kun er tilladt på betingelse af, at abonnenten eller brugeren har givet sit samtykke hertil (...)*". Konsekvenserne af denne ændring af ordlyden af artikel 5, stk. 3, er opridset i Artikel 29-Gruppens udtalelse 2/2010 om adfærdsbaseret annoncering på internettet<sup>44</sup>. Forskellen mellem afvisning og samtykke er også uddybet i det næste kapitel.

I mange tilfælde, hvor direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation eller databeskyttelsesdirektivet foreskriver muligheden for at afvise behandlingen af personoplysninger, er det fordi det retlige grundlag for den oprindelige databehandling bygger på andre retlige grundlag end samtykke, som f.eks. en gældende kontrakt. Dette belyses yderligere i næste kapitel, hvori artikel 13 i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation kommenteres.

---

<sup>43</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25. november 2009 om ændring af direktiv 2002/22/EF om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, direktiv 2002/58/EF om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor og forordning (EF) nr. 2006/2004 om samarbejde mellem nationale myndigheder med ansvar for håndhævelse af lovgivning om forbrugerbeskyttelse. EØS-relevant tekst, EUT L 337 af 18.12.2009, s. 11-36.

<sup>44</sup> Udtalelse af 22. juni 2010, WP 171: Spørgsmålet om, hvorvidt samtykke kan udtrykkes gennem "anvendelse af passende browserindstillinger eller andre applikationer" [betragtning 66 i direktiv 2009/136/EF] er udtrykkeligt omhandlet i punkt 4.1.1 i WP 171.

### **III.B.4. Artikel 13, stk. 2 og 3 - Indsigelsesretten og hvorledes indsigelse adskiller sig fra samtykke**

"... kunderne klart og utvetydigt har mulighed for at afvise ..."

I artikel 13 i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation foreskrives anvendelsen af samtykke til lovlige udsendelse af elektroniske meddelelser som led i direkte markedsføring. Denne bestemmelse bygger på et standardprincip og en særregel.

Hvad angår anvendelsen af automatiske opkaldsmaskiner, telefaxapparater og elektronisk post, kræver det et forudgående samtykke fra den registrerede.

Hvis modtageren af en reklamehenvendelse er en eksisterende kunde, og henvendelsen har til formål at fremme tjenesteyderens egne eller tilsvarende produkter eller tjenester, kræves der ikke samtykke, men sikkerhed for, at kunden "*får mulighed for at afvise en sådan anvendelse*", jf. artikel 13, stk. 2. I betragtning 41 redegøres for grunden til, at lovgiveren i dette tilfælde ikke kræver samtykke: "*Det er inden for rammerne af et eksisterende kundeforhold rimeligt at tillade brug af elektroniske adresseoplysninger til udbud af tilsvarende produkter eller tjenester*". Kontraktforholdet mellem kunden og tjenesteyderen er således i princippet det retlige grundlag, der tillader den første henvendelse via e-mail. Kunden bør imidlertid have mulighed for at afvise yderligere henvendelser. Som gruppen allerede har anført: "*Denne mulighed bør gives fortsat og gratis med hver efterfølgende direkte markedsføringsmeddelelse med undtagelse af eventuelle omkostninger ved fremsendelse af en nægtelse*"<sup>45</sup>.

Der bør sondres mellem behovet for samtykke og denne indsigelsesret. Som illustreret ovenfor i kapitel III.A.2, opfylder samtykke baseret på en persons passivitet, f.eks. ved forud afkrydsede rubrikker, ikke kravene til et gyldigt samtykke i henhold til direktiv 95/46/EF. Den samme konklusion gælder browseropsætninger, der som standard ville acceptere målretning mod brugeren (gennem anvendelse af cookies). Dette er tydeliggjort i den nye ordlyd af artikel 5, stk. 3, som er citeret ovenfor i kapitel III.B.3. Disse to eksempler lever navnlig ikke op til kravene om en utvetydig viljetilkendegivelse. Det er vigtigt, at den registrerede får mulighed for at træffe en beslutning og at udtrykke denne, f.eks. ved selv at afkrydse en rubrik under hensyntagen til formålet med databehandlingen.

Gruppen konkluderede i sin udtalelse om adfærdsbaseret annoncering, at det er "*af stor betydning, at browsere leveres med standardindstillinger, som beskytter personoplysninger. Det betyder med andre ord, at de skal leveres med indstillingen 'ingen accept og overførsel af tredjepartscookies'*". For at supplere dette og gøre det mere effektivt skal browserne kræve, at brugerne gennemfører en guide om beskyttelse af personoplysninger, når de installerer eller opdaterer browseren, og give dem en nem mulighed for at udøve deres valg under brugen"<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Udtalelse 5/2004 om uanmodet kommunikation med henblik på markedsføring, jf. artikel 13 i direktiv 2002/58/EF, vedtaget den 27.2.2004.

<sup>46</sup> Udtalelse af 22.6.2010, WP 171, opus citatum.

### **III.B.5. Artikel 6, stk. 3, artikel 9, stk. 3 og 4 - Muligheden for at trække et samtykke tilbage**

" ... mulighed for på et hvilket som helst tidspunkt at trække sit samtykke tilbage ..."

Muligheden for at trække et samtykke tilbage, som er underforstået i direktiv 95/46/EF, er taget op i en række bestemmelser i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation. Dette blev udtrykkeligt påpeget i gruppens udtalelse om brug af lokaliseringsdata med henblik på at yde tillægstjenester<sup>47</sup>:

*"Efter artikel 9 i direktiv 2002/58/EF kan personer, der har givet samtykke til behandling af lokaliseringsdata ud over trafikdata, trække deres samtykke tilbage og skal have mulighed for ved brug af en simpel, gebyrfri anordning midlertidigt at forhindre, at disse data behandles. Gruppen betragter disse rettigheder - som i sig selv giver ret til at afvise behandling af lokaliseringsdata - som afgørende på grund af lokaliseringsdatas følsomme natur. Gruppen mener, at det er en forudsætning for at kunne udøve disse rettigheder, at personerne bliver informeret, ikke kun når de begynder at abonnere på en tjeneste, men også når de anvender den. Når en tjenesteydelse kræver løbende behandling af lokaliseringsdata, finder gruppen, at tjenesteudbyderen jævnligt bør underrette den berørte person om, at hans eller hendes terminaludstyr er blevet eller vil blive lokaliseret eller kan lokaliseres. Dette vil gøre det muligt for denne person at udøve sin ret til at trække sit samtykke tilbage efter artikel 9 i direktiv 2002/58/EF, hvis han eller hun ønsker dette."*

Som allerede nævnt ovenfor, indebærer dette, at tilbagetrækning er fremadrettet og ikke gælder for databehandling, der allerede har fundet sted i det tidsrum, hvor oplysningerne blev lovligt indsamlet. Beslutninger, der er truffet, eller processer, der allerede er gennemført på grundlag af disse oplysninger, kan derfor ikke uden videre annulleres. Men hvis der ikke er noget andet retligt grundlag for yderligere lagring af oplysningerne, bør den registeransvarlige slette disse.

## **IV. Konklusioner**

Denne udtalelse omhandler den retlige ramme vedrørende anvendelsen af samtykke efter direktiv 95/46/EF og direktiv 2002/58/EF. Udtalelsen tjener et dobbelt formål: Den tjener for det første til at afklare de eksisterende retlige krav og illustrere, hvorledes disse virker i praksis. Samtidig anstilles overvejelser om, hvorvidt den gældende ramme fortsat er egnet på baggrund af de mange nye måder, som personoplysninger behandles på, eller om, hvorvidt en revision af denne ramme er nødvendig.

### **IV.1. Afklaring af de centrale aspekter af den nuværende ramme**

I artikel 2, litra h), i direktiv 95/46/EF defineres samtykke som "*enhver frivillig, specifik og informeret viljetilkendegivelse, hvorved den registrerede indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende selv, gøres til genstand for behandling*". I direktivets artikel 7 vedrørende de retlige grundlag for behandlingen af

---

<sup>47</sup> Udtalelse 5/2005 om brug af lokaliseringsdata med henblik på at yde tillægstjenester, vedtaget den 25.11.2005 (WP 115).

personoplysninger fastsættes, at et *utvetydigt* samtykke udgør et af sådanne retlige grundlag. Ifølge artikel 8 kræves et *udtrykkeligt* samtykke som retligt grundlag for behandlingen af følsomme oplysninger. I henhold til artikel 26, stk. 1, i direktiv 95/46/EF og forskellige bestemmelser i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation kræves samtykke til gennemførelsen af særlige databehandlingsoperationer inden for deres anvendelsesområde. De betragtninger, der anlægges i denne udtalelse, tjener til at klarlægge de forskellige elementer af denne retlige ramme i forbindelse med bestræbelserne på at gøre det lettere for interessenterne i almindelighed at anvende denne.

### ***Elementer/betragtninger af generel art***

- Samtykke udgør et af de seks retlige grundlag for behandlingen af personoplysninger (et ud af fem, hvad angår følsomme oplysninger). Det er et vigtigt grundlag, da det giver den registrerede en vis kontrol med behandlingen af hans/hendes oplysninger. Et samtykkes relevans som katalysator for en persons autonomi og selvbestemmelse afhænger af, at det anvendes i den rette sammenhæng og med de nødvendige elementer.
- Generelt set finder den retlige ramme i direktiv 95/46/EF anvendelse i alle sammenhænge, hvor der søges samtykke, uafhængigt af om det sker offline eller online. Den samme regel gælder f.eks., når et byggefirma anmoder kunden om at tilmelde sig en loyalitetsordning via en papirformular, og når samme firma gør dette via sin hjemmeside. Hertil kommer, at der i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation fastlægges en række databehandlingsoperationer, som kræver samtykke. De vedrører hovedsagelig behandlingen af oplysninger i tilknytning til leveringen af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester. De krav, der stilles i direktiv 2002/58/EF, for at samtykket er gyldigt, er de samme som i direktiv 95/46/EF.
- Situationer, hvor registeransvarlige anvender samtykke som et retligt grundlag for behandlingen af personoplysninger, bør ikke forveksles med situationer, hvor den registeransvarlige baserer behandlingen på andre retlige grundlag, der giver personen indsigelsesret. Dette kan f.eks. være tilfældet, når behandlingen bygger på den registeransvarliges "legitime interesser", jf. artikel 7, litra f), i direktiv 95/46/EF, hvor personen dog har ret til at gøre indsigelse, jf. artikel 14, litra a), i direktiv 95/46/EF. Et andet eksempel er, når en registeransvarlig udsender e-mail til eksisterende kunder for at fremme egne eller tilsvarende produkter eller tjenester, hvor modtagerne imidlertid har ret til at gøre indsigelse i medfør af artikel 13, stk. 2, i direktiv 2002/58/EF. I begge tilfælde har den registrerede ret til at gøre indsigelse mod behandlingen, hvilket ikke er det samme som samtykke.
- Anvendelse af samtykke til behandling af personoplysninger fritager ikke den registeransvarlige fra hans pligt til at opfylde de øvrige krav, som er fastsat i den retlige ramme vedrørende databeskyttelse, f.eks. efterlevelse af proportionalitetsprincippet, jf. artikel 6, stk. 1, litra c), opretholdelse af behandlingssikkerheden, jf. artikel 17, osv.
- Et gyldigt samtykke forudsætter, at personen har rets- og handleevne til at afgive et samtykke. Reglerne vedrørende rets- og handleevnen til at afgive et samtykke er ikke harmoniseret og kan derfor variere medlemsstaterne imellem.

- Personer, der har givet samtykke, skal kunne trække deres samtykke tilbage og dermed hindre yderligere behandling af deres oplysninger. Dette bekræftes også i direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation, hvad angår særlige databehandlingsoperationer, som bygger på samtykke, f.eks. behandlingen af lokaliseringsdata ud over trafikdata.
- Et samtykke skal afgives, inden behandlingen af personoplysninger indledes, men behovet herfor kan også opstå i løbet af behandlingen, hvis der optræder et nyt formål. Dette understreges i forskellige bestemmelser i direktiv 2002/58/EF enten ved kravet "forudgående" (f.eks. artikel 6, stk. 3) eller ved bestemmelsernes ordlyd (f.eks. artikel 5, stk. 3).

### *Særlige elementer i den retlige ramme, der vedrører samtykke*

- For at et samtykke er gyldigt, skal det være *frivilligt*. Det betyder, at der ikke må være nogen risiko for vildledning, intimidering eller væsentlige negative konsekvenser for den registrerede, hvis han/hun ikke samtykker. Databehandling i en ansættelsessammenhæng, hvor der er et underordningsforhold, og i forbindelse med offentlige tjenester, f.eks. inden for sundhedsområdet, kan kræve en nøje vurdering af, om der er tale om et frivilligt samtykke fra de ansattes/borgernes side.
- Et samtykke skal være *specifikt*. Et generelt samtykke uden bestemmelse af de præcise mål opfylder ikke kravet. I stedet for at oplysningerne er undergivet kontraktens almindelige bestemmelser, er det her nødvendigt at anvende særlige samtykkekláusuler, der er adskilt fra de generelle betingelser og vilkår.
- Et samtykke skal være *informeret*. I direktivets artikel 10 og 11 oplistes typen af informationer, som nødvendigvis skal tilstilles de pågældende. Under alle omstændigheder skal disse informationer være tilstrækkelige til at sikre, at de pågældende kan foretage velinformerede beslutninger om behandlingen af deres personoplysninger. Behovet for, at samtykket er "informeret", afføder to yderligere krav. For det første skal den måde, hvorpå informationerne meddeles, sikre, at der anvendes et egnet sprog, således at de registrerede forstår, hvad de samtykker i og til hvilke formål. Dette beror på sammenhængen. Anvendelse af en alt for kompliceret retlig eller teknisk jargon lever ikke op til kravene i lovgivningen. For det andet skal de informationer, der meddeles brugerne, være klare og tilstrækkeligt synlige, så brugerne ikke overser dem. Informationerne skal afgives direkte til de pågældende. Det er ikke tilstrækkeligt, at de blot er tilgængelige et eller andet sted.
- Hvad angår måden, hvorpå et samtykke skal meddeles, kræves i artikel 8, stk. 2, litra a), et *udtrykkeligt* samtykke til behandlingen af følsomme oplysninger, dvs. et aktivt svar - mundtligt eller skriftligt - hvorved den pågældende udtrykker ønske om, at hans/hendes oplysninger behandles med henblik på bestemte formål. Et samtykke kan derfor ikke opnås ved anvendelsen af en forud afkrydset rubrik. Den registrerede skal udføre en positiv handling, der tilkendegiver samtykke, og skal have frihed til ikke at samtykke.
- Vedrørende andre oplysninger end følsomme oplysninger kræves i artikel 7, litra a), at samtykket er *utvetydigt*. Kravet om "utvetydighed" kræver, at der anvendes mekanismer til opnåelse af samtykke, som ikke efterlader nogen tvivl om, at det er personens hensigt at meddele sit samtykke. I praksis sætter dette krav de registeransvarlige i stand til at anvende forskellige typer af mekanismer til

indhentning af samtykke strækkende sig fra udsagn, der tilkendegiver accept (udtrykkeligt samtykke) til mekanismer, som bygger på handlinger, der tjener til at tilkendegive samtykke.

- Samtykke baseret på en persons passivitet eller tavshed vil normalt ikke udgøre et gyldigt samtykke, især i en onlinesituation. Dette er et spørgsmål, der navnlig opstår i forbindelse med anvendelsen af standardopsætninger, som det kræves, at den registrerede ændrer, hvis han/hun skal afvise behandlingen. Dette er f.eks. tilfældet med anvendelsen af forud afkrydsede rubrikker eller internetbrowseropsætninger, der som standard er indstillet til at indsamle oplysninger.

## **IV.2. Vurdering af den nuværende ramme og et eventuelt behov for ændringer**

### **Generel vurdering**

Gruppen mener, at den nuværende ramme for databeskyttelse udgør et velgennemtænkt sæt regler, der fastsætter betingelserne for, at et samtykke er gyldigt med henblik på at legitimere databehandling. Dette finder anvendelse i såvel offline- som onlinesituationer. Mere specielt kan følgende bemærkes:

Det lykkes for rammen at afveje en række hensyn. På den ene side sikrer den, at kun et ægte, informeret samtykke anses for gyldigt. I denne forbindelse er kravet i artikel 2, litra h), om, at samtykket skal være frivilligt, specifikt og informeret, relevant og tilfredsstillende. På den anden side udgør dette krav ikke en spændetrøje, men giver snarere tilstrækkelig fleksibilitet, og der undgås særregler af teknologisk art. Dette illustreres i samme artikel 2, litra h), hvori samtykke defineres som en viljetilkendegivelse fra den registreredes side. Dette giver tilstrækkeligt spillerum med hensyn til de måder, hvorpå en sådan viljetilkendegivelse kan ske. Artikel 7 og 8, hvori der henholdsvis kræves et utvetydigt og udtrykkeligt samtykke, opfylder på udmærket vis behovet for en afvejning mellem de to hensyn, idet de tillader fleksibilitet og undgår alt for stramme strukturer, samtidig med at beskyttelsen sikres.

Dette resulterer i en ramme, som, hvis den anvendes og gennemføres korrekt, er i stand til at holde trit med de mange forskellige databehandlingsoperationer, som den teknologiske udvikling ofte afføder.

I praksis er det imidlertid som følge af manglende ensartethed medlemsstaterne imellem ikke altid let at fastslå, hvornår der er behov for samtykke, og mere specifikt hvilke krav der er nødvendige for, at et samtykke er gyldigt, herunder hvordan de konkret skal anvendes. Gennemførelsen på nationalt plan har resulteret i forskellige tilgange. Der blev mere specifikt under drøftelserne i Artikel 29-Gruppen op til denne udtalelse kortlagt en række mangler, som er nærmere beskrevet nedenfor.

### **Eventuelle ændringer**

- Begrebet "utvetydigt samtykke" bidrager til udformningen af en ordning, der ikke er alt for stiv, men giver en effektiv beskyttelse. Selv om dette har potentiale til at hidbringe en fornuftig ordning, bliver betydningen heraf desværre ofte misforstået eller simpelthen overset. Selv om ovenstående tilkendegivelser og eksempler bør bidrage til at forbedre retssikkerheden og beskyttelsen af de pågældendes rettigheder, når samtykke anvendes som et retligt grundlag, ser det ud til, at ovennævnte situation kræver en række forbedringer.

- Mere specifikt mener Artikel 29-Gruppen, at selve ordlyden ("utvetydigt") ville nyde godt af en yderligere tydeliggørelse som et led i revisionen af den overordnede ramme vedrørende databeskyttelse. 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 behandlingen (samtykke baseret på tavshed), ikke i sig selv udgør et utvetydigt samtykke. Dette gælder især i en onlinesituation.
- Ud over ovennævnte tydeliggørelse foreslår Artikel 29-Gruppen følgende:
  - i. *For det første* bør der i definitionen af samtykke i artikel 2, litra h), indføjes termen "utvetydig" (eller tilsvarende) for at understrege, at kun et samtykke, der bygger på udsagn eller handlinger, som tilkendegiver accept, udgør et gyldigt samtykke. Ud over at bringe øget klarhed ville dette bringe begrebet "samtykke" efter artikel 2, litra h), på linje med kravene om et gyldigt samtykke efter artikel 7. Hertil kommer, at betydningen af termen "utvetydig" kunne blive præciseret i en betragtning i den fremtidige retlige ramme.
  - ii. *For det andet* skal de registeransvarlige inden for rammerne af en generel ansvarlighedsforpligtelse kunne bevise, at der er opnået samtykke. Hvis bevisbyrden styrkes, således at det kræves af de registeransvarlige, at de beviser, at de rent faktisk har opnået den registreredes samtykke, vil de være tvunget til at indføre standardmetoder og -mekanismer, der gør, at de kan indhente og bevise, at der er tale om et utvetydigt samtykke. Typen af mekanismer vil afhænge af sammenhængen og bør tage hensyn til forhold og omstændigheder ved behandlingen og ganske særlig de risici, der er forbundet med denne.
- Artikel 29-Gruppen er ikke overbevist om, at den retlige ramme som en generel regel bør kræve et udtrykkeligt samtykke for alle typer af behandlinger, herunder dem, der på nuværende tidspunkt er omfattet af direktivets artikel 7. Den mener, at et utvetydigt samtykke, der ikke kun omfatter udtrykkeligt samtykke, men også samtykke, som følger af utvetydige *handling*er, bør udgøre den krævede standard. Dette valg giver de registeransvarlige mere fleksibilitet ved indhentningen af samtykke, og den generelle procedure vil blive hurtigere og mere brugervenlig.
- En række aspekter af den retlige ramme, som finder anvendelse på samtykke, er udledt af ordlyden og af reglernes tilblivelse eller er blevet til gennem retspraksis og udtalelser fra Artikel 29-Gruppen. Det ville give større retssikkerhed, hvis sådanne aspekter udtrykkeligt blev indbygget i den nye lovramme vedrørende databeskyttelse. Følgende punkter kunne komme i betragtning:
  - i. Indføjelser af en udtrykkelig klausul, der fastslår personers ret til at trække deres samtykke tilbage.
  - ii. En styrkelse af det standpunkt, at et samtykke skal afgives, inden behandlingen indledes, eller inden enhver yderligere anvendelse af oplysningerne til formål, som ikke er dækket af et oprindeligt



- samtykke, hvor der ikke findes noget andet retligt grundlag for behandlingen.
- iii. Indføjelser af udtrykkelige krav til informationernes kvalitet (forpligtelse til at afgive informationer om databehandlingen på en måde, der er forståelig i et klart og almindeligt sprog) og informationernes tilgængelighed (forpligtelse til, at informationerne er synlige, iøjnefaldende og direkte tilgængelige). Dette er af afgørende betydning for, at personer kan træffe informerede beslutninger.
- Endelig kunne der med hensyn til personer uden rets- og handleevne indføjes bestemmelser, der sikrer en øget beskyttelse:
    - i. En afklaring af, under hvilke omstændigheder der kræves samtykke fra umyndiges forældre eller retlige repræsentanter, herunder angivelse af den aldersgrænse, under hvilken et sådant samtykke vil være obligatorisk.
    - ii. Indførelse af en forpligtelse til at anvende aldersverifikationsmekanismer, der varierer afhængigt af omstændighederne, f.eks. barnets alder, typen af behandling, spørgsmålet om, hvorvidt der er særlige risici forbundet med denne, og om, hvorvidt oplysningerne vil blive opbevaret af den registeransvarlige eller blive gjort tilgængelige for tredjeparter.
    - iii. Et krav om, at oplysningerne tilpasses børn, for så vidt som dette ville gøre det nemmere for børn at forstå, hvad det betyder, når der indsamles oplysninger fra dem, og dermed lettere for dem at afgive samtykke.
    - iv. Særlige sikkerhedsmekanismer, der kortlægger databehandlingsaktiviteter, f.eks. adfærdsbaseret annoncering, hvor samtykket ikke bør udgøre et muligt grundlag for legitimering af behandlingen af personoplysninger.

Artikel 29-Gruppen vil tage spørgsmålet om samtykke op til fornyet behandling. Det kan herunder navnlig tænkes, at de nationale databeskyttelsesmyndigheder og gruppen på et senere stadium beslutter at udstikke retningslinjer for en udbygning af denne udtalelse med flere praktiske eksempler på anvendelsen af samtykke.

Udfærdiget i Bruxelles, den 13. juli 2011

*På gruppens vegne*

*Formanden  
Jacob KOHNSTAMM*