

Dansk persondataret



BENT OLE GRAM MORTENSEN (RED.)

Dansk persondataret

ExTuto
PUBLISHING
www.extuto.com

Bent Ole Gram Mortensen (red.), Carina Risvig Hamer, Daniel Hartfield-Traun, Lisa Hjerrild, Kent Kristensen, Jesper Kruse Markvart, Helene Arensbak Mørk, Jesper Løffler Nielsen, Ayo Næsborg-Andersen, Sten Schaumburg-Müller, Christian Højer Schjøler, Peter Starup, Jøren Ullits & Frederik Waage

Dansk persondataret

Første udgave, første oplag

Denne bog er udgivet i januar 2020 af EX TUTO PUBLISHING A/S. Grafisk tilrettelæggelse og sats af MERE.INFO A/S, som har anvendt LibreOffice/Linux samt skrifterne Baskerville Original og Cronos designet af henholdsvis FRANTIŠEK ŠTORM i 2000 og ROBERT SLIMBACH i 1996. JAN TRZASKOWSKI har stået for forlagsredaktion og TOVE MØGELVANG-HANSEN har været ansvarlig for korrekturlæsning. Bogen er trykt på Munken Pure 100 g/m² af NARAYANA PRESS, der ligger på Gyllingnæs syd for Odder. Indbindingen er udført af BUCHBINDEREI S.R. BÜGE GMBH i Celle. Bogen er fagfællebedømt.

Ex Tuto A/S er medlem af Forening for Boghaandværk, og vi støtter bæredygtig skovforvaltning ved at anvende FSC-certificeret papir.

Copyright © 2020 the editor and the authors

Printed in Denmark 2020

ISBN 978-87-420-0033-5

Ex Tuto Publishing A/S

Toldbodgade 55, 1.

DK-1253 København K

www.extuto.com



Udgivet med støtte fra

dreyersfond

Kapitelloversigt

DEL I: GENERELLE SPØRGSMÅL	1
1. Fra registerlov til databeskyttelsesforordning	3
<i>Bent Ole Gram Mortensen</i>	
2. Den centrale lovgivning på databeskyttelsesområdet	19
<i>Peter Starup</i>	
3. Hvornår er der tale om en personoplysning, og hvornår er det behandling af en sådan?	29
<i>Sten Schaumburg-Müller</i>	
4. Nærmere om persondatarettens dækning	41
<i>Sten Schaumburg-Müller</i>	
5. De overordnede principper for databehandling	55
<i>Ayo Næsborg-Andersen</i>	
6. Oplysningskategorier og behandlingsbetingelser	75
<i>Sten Schaumburg-Müller</i>	
7. Ytrings- og informationsfrihed	117
<i>Sten Schaumburg-Müller</i>	
8. Personbilleder	127
<i>Sten Schaumburg-Müller</i>	
9. Ansvarlighed og dokumentation	169
<i>Jesper Løffler Nielsen & Helene Arensbak Mørk</i>	
10. Ansvarssubjekter og aftaleregulering	177
<i>Jesper Løffler Nielsen & Helene Arensbak Mørk</i>	

11. Databeskyttelsesrådgiveren	191
<i>Lisa Hjerrild</i>	
12. Krav om konsekvensanalyse	203
<i>Lisa Hjerrild</i>	
13. De registreredes rettigheder	213
<i>Jøren Ullits, Ayo Næsborg-Andersen & Kent Kristensen</i>	
14. Sikkerhed og håndtering af databrud	229
<i>Daniel Hartfield-Traun</i>	
15. Tredjelandsoverførsler	255
<i>Jesper Løffler Nielsen & Helene Arensbak Mørk</i>	
16. Tilsynsmyndigheder og sanktioner	269
<i>Carina Risvig Hamer</i>	
DEL II: UDVALGTE RETSOMRÅDER	281
17. Persondatarettens anvendelse på forskningsprojekter	283
<i>Kent Kristensen & Jøren Ullits</i>	
18. Statistik	301
<i>Ayo Næsborg-Andersen</i>	
19. Behandlingen af personoplysninger ved domstolene	309
<i>Frederik Waage</i>	
20. Persondatabehandling i journalistisk øjemed	321
<i>Jøren Ullits & Sten Schaumburg-Müller</i>	
21. Kunstnerisk, litterær og akademisk virksomhed	343
<i>Sten Schaumburg-Müller</i>	
22. Markedsføring og personoplysninger	349
<i>Bent Ole Gram Mortensen</i>	
23. Forsyningsvirksomheder	367
<i>Bent Ole Gram Mortensen & Lisa Hjerrild</i>	
24. Geodata	377
<i>Lisa Hjerrild</i>	

25. Konkurrenceret	385
<i>Peter Starup & Jesper Kruse Markvart</i>	
26. Sundhedslovens behandlingsregler	429
<i>Kent Kristensen & Jøren Ullits</i>	
27. Forvaltningens samkøring af borgerdata	443
<i>Jøren Ullits</i>	
28. HR og persondataret	453
<i>Christian Højer Schjøler</i>	
Bibliografi	481
Stikordsregister	495

Kapitel 8

Personbilleder

Sten Schaumburg-Müller

8.1. Indledning

Et billede af en person er en oplysning. I daglig tale vil man typisk ikke bruge ordet “oplysning” om et billede, men i persondataretlig forstand er der klart tale om en oplysning. Efter GDPR artikel 4, nr. 1, er en “enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person [...]” en personoplysning, og et billede af en person indeholder netop information om personen i det omfang, denne er genkendelig. EU-Domstolen har flere gange understreget, at et personbillede er en personoplysning, senest i en sag, hvor en person optog fra egen afhøring på en politistation.¹

Som nærmere omtalt i kapitel 3 dækker også “behandling” over et bredt spektrum af aktiviteter, jf. legaldefinitionen² i GDPR artikel 4,

-
1. Se f.eks. EU-domstolens dom af 14. februar 2019 i sagen *Sergejs Bivids*, C-345/17. “Ifølge Domstolens praksis udgør et billede af en person, som er optaget af et kamera, en ‘personoplysning’ [...]” Dommen vedrører retstilstanden efter det tidligere persondatadirektiv, men der er ikke ændringer i opfattelsen af, hvad der udgør en personoplysning.
 2. En legaldefinition er en definition af et ord, som det bruges i denne bestemte lov. EU-lovgivning indeholder ofte en række legaldefinitioner, og dette gælder også GDPR, hvor en lang række begreber defineres nærmere i artikel 4. Det praktiske ved en sådan legaldefinition er, at man ikke efterfølgende behøver at gruble over, hvad der nu menes med f.eks. “oplysning” eller “behandling”. Det er nu defineret

nr. 2: “enhver aktivitet eller række af aktiviteter – med eller uden brug af automatisk behandling – som personoplysninger eller en samling af personoplysninger gøres til genstand for, f.eks. indsamling, registrering, organisering, systematisering, opbevaring, tilpasning eller ændring, genfindning, søgning, brug, videregivelse ved transmission, formidling eller enhver anden form for overladelse, sammenstilling eller samkøring, begrænsning, sletning eller tilintetgørelse.” Det at tage et fotografi er en behandling, at lagre det, at videresende det, at lægge det på nettet, at sammenstille med andre billeder osv. I Sergejs Buividsdommen udtaler EU-Domstolen det således: “[... Buivids] anvendte et digitalt fotokamera til at optage den omhandlede video. Der er tale om en videooptagelse af personer, som kontinuerligt bliver opbevaret på en optagerenhed, nemlig i nævnte kameras hukommelse. En sådan optagelse udgør dermed behandling af personoplysninger [...]” (pr. 35).³

Også den persondatabehandling, der er omfattet af tv-overvågningsloven, skal behandles efter persondataretten, jf. databeskyttelsesloven (DBL) § 2, stk. 4. Spørgsmål om, hvorvidt man overhovedet må foretage tv-overvågning er reguleret i tv-overvågningsloven, men er der tale om persondatabehandling i forbindelse med overvågningen, gælder alle persondatarettens regler. Se nærmere afsnit 8.7 om videregivelse af personbilleder fra tv-overvågning.

Persondataretten omfatter “behandling af personoplysninger, der helt eller delvis foretages ved hjælp af automatisk databehandling, og på anden ikke-automatisk behandling af personoplysninger, der er eller vil blive indeholdt i et register”, jf. GDPR artikel 2, stk. 1, og DBL § 1, stk. 2. Enhver “automatisk” behandling af personbilleder er således uden videre omfattet, hvilket betyder, at al behandling af personbilleder via et digitalt kamera er omfattet: at tage billedet, at lagre det, etc. Er der tale om ikke-automatisk behandling, træder persondatarettens regler kun i kraft, hvis billedet er eller vil blive omfattet af et register. At fotografere med et ikke-digitalt kamera eller at tegne eller male en

for denne lovs vedkommende, og uafhængigt af, hvordan ordet kunne forstås, og hvordan det bruges i daglig tale.

3. Domme fra EU-Domstolen og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) er ofte lange og deles ind i mindre afsnit, der forkortes “pr.” for “paragraph”.

person er derfor ikke uden videre omfattet af persondataretten, men det kan det blive: I det øjeblik et personbillede indgår i et register, er det omfattet af persondataretten uafhængigt af, om behandlingen foregår automatisk eller manuelt. Hvis personbilleder er gemt på en struktureret måde med mulighed for at søge ud fra bestemte kriterier, er der tale om et register, jf. GDPR artikel 4, nr. 6, og herefter vil også manuelle personbilleder, hvilket typisk kunne være fotografering med analogt kamera eller tegning mv. af en person, være omfattet af persondataretten. En tegners samling af portrættegninger vil således skulle leve op til persondatarettens regler, hvis samlingen er struktureret. Den behandling, der blot består i at lægge sine tegninger hulter-til-butler i skuffer og skabe, vil ikke være omfattet af persondataretten.⁴

Bemærk, at hvis en ikke-automatisk behandling af en oplysning – og herunder altså et personbillede – er sket på baggrund af en automatisk behandling, er behandlingen omfattet af persondataretten. Se her til UfR 2011.2343 H (Kommunen og alkoholmisbruget): En medarbejder i en kommune blev opsagt på grund af mistanke om alkoholmisbrug. Denne – følsomme⁵ – oplysning blev lagret elektronisk. En anden medarbejders videregivelse af oplysningen ud fra hukommelsen blev anset for omfattet af persondataretten, blot ud fra det faktum, at oplysningen var gemt på et tekstbehandlingssystem. Selve videregivelsen fra en menneskelig hukommelse er ikke “automatisk” i lovens forstand. Højesteret tager ikke stilling til, om videregivelsen pr. telefon i sig selv udgør en “automatisk” behandling, hvilket den kunne gøre, hvis telefonen er digital.⁶

Personbilleder reguleres en del andre steder i det retlige system. Straffelovens § 264 a bestemmer, at man ikke uberettiget må fotografere personer, der befinder sig på ikke frittilgængeligt sted, og § 264 d straffer både for den uberettigede videregivelse af billeder vedrørende private forhold og af billeder, der åbenbart kan forlanges unddraget en bredere offentlighed.⁷ Der er også forbud mod uden samtykke at bruge

4. Se nedenfor afsnit 8.2 om andre mulige undtagelser.

5. Se nærmere nedenfor afsnit 8.3.1, og denne bogs kapitel 6.

6. Se nærmere om spørgsmålet i kapitel 3.

7. Se nærmere herom i Nielsen m.fl. 2017 og Jakobsen & Schaumburg-Müller 2013, især kapitel 4.

personbilleder i politisk eller kommerciel reklame, jf. markedsføringslovens § 3, og Pressenævnet tager stilling til, om gengivelse af billeder er i overensstemmelse med god presseskik.⁸ Desuden gælder en ulovbestemt ret til eget billede.⁹ Disse områder behandles ikke nærmere her, men man skal være opmærksom på, at der gælder andre regler om personbilleder end de persondataretlige. Endvidere skal man være opmærksom på, at fotografen normalt vil have rettigheder efter ophavsretsloven, ikke til den personoplysning, der ligger i fotoet, men til det ophavsretligt beskyttede værk, der ligger i fotoet.¹⁰

Desuden gælder Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) i dansk ret, og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) har afsagt flere domme, der netop relaterer sig til brugen af personbilleder. I det omfang disse domme er relevante for forståelsen af persondataretten, er de inddraget i det følgende.

Resten af kapitlet er struktureret som følger:

- Afsnit 8.2 behandler de situationer, hvor forordningen og databeskyttelsesloven ikke (eller næsten ikke) gælder ved behandling af personbilleder.
- Afsnit 8.3 behandler de tre hovedtyper af personoplysninger (henholdsvis særligt følsomme oplysninger, oplysninger om strafbare forhold og almindelige oplysninger) med særligt henblik på personbilleder. Uden en sådan kategorisering er det ikke muligt at finde den korrekte behandlingshjemmel.
- Afsnit 8.4 adresserer muligheden for at behandle særligt følsomme personbilleder, afsnit 8.5 muligheden for at behandle personbilleder vedrørende strafbare forhold, og afsnit 8.6 ser på behandlingsbetingelser for “almindelige” personbilleder, dvs. billeder, der hverken er særligt følsomme eller vedrører strafbare forhold.

8. Se f.eks. sag 2018-80-0144 med kritik af skoleklassebillede, der blev gengivet uden samtykke.

9. Se som eksempel videregivelse af billede af topløs, højgravid tv-værtinde, UfR 2010.2448 H (Digitale sexkrænkelser). Straffeloven er siden ændret (ved lov nr. 1719 af 27. december 2018), og forholdet vil nu være strafbart.

10. Ophavsretsloven §§ 1, 2 og 70.

- Endelig i afsnit 8.7 behandles den persondatabelhandling, der foregår i tilknytning til tv-overvågning.

8.2. Behandling uden for persondataretten

Persondataretten er, som det fremgår, bygget op på den måde, at udgangspunktet er meget omfattende, og at der fra dette udgangspunkt er en længere række undtagelser og modifikationer. Se nærmere denne bogs kapitel 3 og 4.

I dette afsnit behandles de undtagelser, der er mest relevante for personbilleder.

8.2.1. Politiundtagelsen

Kompetente myndigheders efterforskning mm. af strafbare forhold er ikke omfattet af hverken forordningen eller databeskyttelsesloven, jf. GDPR artikel 2, stk. 2 litra d, og DBL § 1, stk. 2, 2. pkt. På dette område gælder særlige regler, henholdsvis retshåndhævelsesloven¹¹ (RHL) og direktiv 2016/680.¹² For behandling af personbilleder betyder dette f.eks., at politiet kun må offentliggøre personbilleder af mistænkte under særlige betingelser,¹³ ligesom der er en længere række regler om politiets fotografering og forevisning af personfotos.¹⁴

Hvor der ikke er tale om strafferetlig efterforskning mv., gælder den almindelige persondataret. Offentliggørelse af personbilleder af ansatte hos politiet har ikke noget med den strafferetlige efterforskning at gøre og er ikke undtaget fra den almindelige persondataret.

Man skal også være opmærksom på, at denne undtagelse kun gælder “kompetente myndigheders” aktiviteter. Anden behandling af per-

11. Lov nr. 410 af 27. april 2017 om retshåndhævende myndigheders behandling af personoplysninger, retshåndhævelsesloven (RHL).

12. Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv (EU) 2016/680 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med kompetente myndigheders behandling af personoplysninger med henblik på at forebygge, efterforske, afsløre eller retsforfølge strafbare handlinger eller fuldbyrde strafferetlige sanktioner og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af Rådets rammeafgørelse 2008/977/RIA.

13. Retsplejelovens § 818, stk. 2.

14. Retsplejelovens §§ 791 a, 792, 792 b, 792 d, 792 f (om fotografering af sigtede mv.), §§ 814-817 om forevisning af bl.a. fotografier af mistænkte mv.

sonbilleder i en eller anden form for strafferetlig sammenhæng vil også høre under den almindelig persondataret, ofte under DBL § 8, der særskilt regulerer behandling af oplysninger om strafbare forhold, behandlet nedenfor afsnit 8.6. En forretningsdrivende, der tv-overvåger og fanger en (formodet) indbrudstyv på optagelsen, en privatperson, der lægger et billede op af en formodet forbryder, og en privatperson, der optager politifolk i aktion, vil alle være omfattet af den almindelig persondataret og altså ikke være undtaget efter “politiundtagelsen”, GDPR artikel 2, stk. 2 litra d, eller DBL § 1, stk. 2, 2. pkt.

8.2.2. Privat-undtagelsen

Persondataretten gælder ikke “for behandlinger af personoplysninger, som foretages af en fysisk person som led i rent personlige eller familiemæssige aktiviteter”, jf. GDPR artikel 2, stk. 2, litra c. I DBL § 1, stk. 2, 2. pkt., gentages, at heller ikke databeskyttelsesloven gælder i dette tilfælde. Undtagelsen er mere detaljeret behandlet i denne bogs kapitel 4, afsnit 3.

Selve det at tage et billede af en person med et digitalt kamera, en mobiltelefon eller andet, udgør en behandling af persondata, jf. ovenfor afsnit 8.1, men hvis fotograferingen kan siges at være en rent personlig eller familiemæssig aktivitet, vil den ikke være omfattet. Er der tale om fotografering i arbejdsøjemed, er undtagelsen ikke brugbar. Det samme gælder, hvis formålet er journalistisk, kunstnerisk eller litterært. Disse tilfælde har deres egen undtagelse, se nedenfor afsnit 8.2.3.

Hvis man derimod som privatperson tager et personbillede og i øvrigt ikke gør andet end at gemme det på eget udstyr og måske sender det til et par venner, vil aktiviteten falde under undtagelsen og dermed uden for persondataretten. I relation til selve fotograferingen er det uden betydning, om den fotograferede hører til fotografens venner eller familie. Det afgørende er den behandling, der sker. Er der kun tale om fotografering på eget apparat, og gør man det som privatperson, falder denne behandling uden for persondataretten i medfør af GDPR arti-

kel 2, stk. 2, litra c. Dette må også gælde, selvom fotograferingen foregår på offentlige steder.¹⁵

Hvis man derimod live-streamer til en åben hjemmeside, er der åbenlyst ikke tale om rent personlig eller familiemæssig aktivitet. Præcis hvor grænsen går, er ikke ganske klar. Det følger af GDPR, præambelens betragtning 18, at også sociale netværksaktiviteter og onlineaktiviteter kan falde under undtagelsen, men det understreges, at aktiviteterne under alle omstændigheder skal være rent personlige eller familiemæssige. Kun hvis onlineaktiviteten kan siges at være rent personlig eller familiemæssig, falder behandlingen udenfor. At dele et personbillede med at par venner eller familiemedlemmer må således falde under privat-undtagelsen, og det samme gælder opslag i en meget lille og lukket onlinegruppe. Har man hundreder af venner på sin Facebook-profil, må personbilleder, som lægges op, behandles efter alle persondatarettens regler.

8.2.3. Undtagelser for journalistik og kunstnerisk og litterær virksomhed

Disse undtagelser er mere systematisk behandlet i denne bogs kapitel 20 og 21. Enhver persondatabehandling, herunder således også behandling af personbilleder, der foretages i journalistisk øjemed eller i forbindelse med kunstnerisk eller litterær virksomhed, er undtaget efter DBL § 3, stk. 5-8. En fotograf, der tager billeder af personer til brug for medier, vil i denne aktivitet være undtaget, og det gælder selvfølgelig både fotograferingen og den efterfølgende behandling, herunder udvælgelse. Hvis fotografen efterfølgende vælger at dele billederne i sammenhænge, der ikke kan betragtes som journalistiske, vil i hvert fald denne deling falde ud af undtagelsen og ind i persondatarettens mange regler. Eftersom undtagelsen kun gælder for behandling, der

15. Indenfor *strafferetten* er det ved fotografering afgørende, hvor den fotograferede befinder sig. Hvis den fotograferede befinder sig på ikke frit tilgængeligt sted, er det som udgangspunkt strafbart at fotografere den pågældende, jf. STL 264 a. Efter *persondatarettens* er det ikke afgørende, hvor den fotograferede befinder sig, men hvilken behandling fotografen foretager. Er den personlig og familiemæssig, falder behandlingen uden for persondatarettens rækkevidde.

udelukkende foretages i journalistisk øjemed, kan en efterfølgende anden brug risikere at blokere for undtagelsen.

På samme måde med kunstnerisk og litterær virksomhed: En fotograf, der fotograferer til kunstbøger – det kunne være af malerier eller skulpturer af personer – vil falde under kunstner-undtagelsen,¹⁶ og en forfatter, der både skriver om og tager billeder af personer, vil i sådanne aktiviteter være undergivet litteratur-undtagelsen. Om den nærmere regulering heraf, se kapitel 21.

8.2.4. Ytringsfrihedsundtagelsen

Efter DBL § 3, stk. 1, gælder loven og forordningen ikke, hvis det ville være i strid med EMRK artikel 8 om privatlivets fred (se nærmere kapitel 7). EMD har i flere sager understreget, at personbilleder er mere indgribende end den blotte omtale.¹⁷ Langt de fleste af disse sager vedrører pressen og ville derfor allerede af den grund falde uden for det meste af persondataretten. Spørgsmålet er så, om der kan være situationer uden for det journalistiske, kunstneriske og akademiske område, hvor behandlingen af et personbillede ville være acceptabel efter ytringsfrihedsundtagelsen. Principielt kan det ikke afvises, men i praksis vil det kun helt undtagelsesvis kunne forekomme.

8.3. Hvilken type personoplysning

Der findes forskellige kategorier af personoplysninger, og det er vigtigt at få placeret en oplysning i den rigtige kategori, eftersom mulighederne for lovlig behandling netop afhænger af, hvilken kategori af personoplysning der er tale om.

Overordnet er der tre kategorier: (1) de særlige oplysninger, ofte kaldet følsomme eller særligt følsomme, (2) oplysninger vedrørende strafbare forhold og (3) resten, ofte refereret til som “almindelige” oplysninger. Hertil kommer et par andre kategorier, f.eks. CPR-nummer, men de er ikke relevante i forhold til personbilleder.

16. Bemærk, at der kan være ophavsretlige problemer forbundet med en sådan fotografering.

17. EMD-domstolens afgørelse af 6. april 2010, *Tumeola and others v. Finland*, pr. 70.

8.3.1. Følsomme oplysninger

Efter GDPR artikel 9, stk. 1, er det forbudt at behandle “personoplysninger om race eller etnisk oprindelse, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning eller fagforeningsmæssigt tilhørsforhold samt behandling af genetiske data, biometriske data med det formål entydigt at identificere en fysisk person, helbredsoplysninger eller oplysninger om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering.”

Stk. 2 indeholder en række undtagelser (se nærmere afsnit 8.5), men formuleringen angiver det principielle udgangspunkt, at behandling af disse særlige kategorier, som på dansk ofte kaldes følsomme oplysninger, ikke er tilladt. Nedenfor følger nærmere om, hvordan de enkelte kategorier kan være relevante i forhold til personbilleder

8.3.1.1. Race og etnisk oprindelse

Et personbillede vil normalt indeholde en oplysning om etnisk oprindelse.¹⁸ Ud fra et billede vil man få en oplysning om, hvorvidt der er tale om en person med f.eks. afrikansk, østasiatisk eller nordeuropæisk oprindelse. Imidlertid er det næppe således, persondataretten skal forstås. I GDPR betragtning 51 hedder det, at “behandling af fotografier [...] ikke systematisk [bør] anses for at være behandling af særlige kategorier af personoplysninger [...]”, og Datatilsynets udgangspunkt har hidtil været at behandle personbilleder ud fra reglerne om de almindelige oplysninger, ikke ud fra reglerne om de særligt følsomme. Dette må betyde, at personbilleder *normalt* ikke skal behandles som en følsom oplysning. På den anden side kan det ikke udelukkes, at et personbillede i særlige tilfælde kan anses for at udgøre en oplysning om etnisk oprindelse. Er der i sammenhængen et særligt fokus på etnisk oprindelse, vil et illustrerende personfoto kunne høre under den særligt følsomme kategori.

Desuden skal man være opmærksom på, at EMD ved flere lejligheder har understreget, at det at videregive et billede af en person er

18. Bestemmelsen taler om “race eller etnisk oprindelse”. I præambelen betragtning 51 angives, at ordet “race” ikke betyder, at teorier om, at der findes forskellige menneskeracer, accepteres. Da ordet “race” ikke synes at indeholde noget retligt retlig relevant, som ikke allerede er indeholdt i “etnisk oprindelse”, bruges kun dette sidste udtryk her.

mere indgribende end blot en omtale.¹⁹ Dette betyder *ikke*, at et personbillede hermed er en særligt følsom oplysning, men betragtningen skal inddrages, især når der skal ske en afvejning af de forskellige interesser. Se nærmere herom nedenfor afsnit 8.4.4.

8.3.1.2. Politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning

Som udgangspunkt er en persons politiske, religiøse eller filosofiske overbevisning en følsom oplysning om personen. Hvad billeder angår, skal man derfor være forsigtig f.eks. ved billedtransmission fra gudstjenester mv., idet personers religiøse overbevisning derved undergives en behandling. Datatilsynet har i et svar anbefalet, *at* kirkegængerne f.eks. ved opslag informeres om transmissionen, *at* der bør være mulighed for at vælge fra, f.eks. ved at områder ikke fotograferes, *at* personalet bør høres forinden (men altså ikke nødvendigvis med vetoet), og *at* der under alle omstændigheder skal indhentes samtykke fra involverede i forbindelse med dåb mv.²⁰ Svaret indeholder en afvejning af hensynet til personer, der ikke har mulighed for at komme i kirke, men som gerne vil følge gudstjenesten, og hensynet til de personer, hvis oplysninger om religiøs overbevisning bliver behandlet. I sagen var der tale om kirkens egen transmission i et lukket kredsløb. Er der tale om transmission til tv, gælder journalistundtagelsen (nærmere omtalt i denne bogs kapitel 20), og er der tale om optagelser til eget personlige eller familiemæssige brug, gælder privatundtagelsen. Som ovenfor nævnt rækker denne undtagelse ikke til oplæg på åbne sider eller sider med mange deltagere. Hvis en kirkegænger fotograferer i kirken, vil upload på Facebook og lignende skulle følge de samme retningslinjer, der gælder for kirken, jf. ovenfor.

Man skal også være opmærksom på, at forbuddet mod behandling ikke gælder, hvis den pågældende selv har offentliggjort oplysningen, se herom nedenfor afsnit 8.5.2. Spørgsmål om, hvorvidt deltagelse i politiske møder udgør en sådan selv-offentliggørelse, behandles i det nævnte afsnit.

19. Se f.eks. EMD-domstolens afgørelse af 6. april 2010, *Tumeola and others v. Finland*., pr. 70.

20. Datatilsynets afgørelse af 17. januar 2013 vedrørende Transmission af gudstjenester, j.nr. 2012-218-0006.

8.3.1.3. Fagforeningsmæssigt tilhørsforhold

Fagforeningsmæssigt tilhørsforhold er også en særligt følsom personoplysning. Offentliggørelser af billeder af medlemmer vil derfor være forbudt, medmindre der er en eksplicit behandlingshjemmel som f.eks. samtykke.

8.3.1.4. Genetiske og biometriske data

Genetisk materiale er ikke relevant i forhold til personbilleder.

Et personbillede er heller ikke i sig selv biometrisk, men kan være det, hvis det indgår i ansigtsgenkendelse, jf. GDPR artikel 4, nr. 14, og betragtning 51. Alle systemer, der anvender ansigtsgenkendelse, skal således kunne henvise til en bestemmelse i GDPR artikel 9 om de særligt følsomme persondata, for at behandlingen kan være lovlig.

8.3.1.5. Helbred

Man kan i vekslende omfang få noget at vide om en persons helbred via et billede. Brækkede fingre, arme og ben vil typisk være synlige på et billede, og det samme gælder brug af kørestol. Handicap er også en helbredsoplysning, jf. GDPR betragtning 35.

Spørgsmålet er imidlertid, om ethvert billede af en person f.eks. med armen i gips skal anses for en særligt følsom oplysning. Spørgsmålet er næppe helt afklaret, men man kan henvise til betragtning 51, hvorefter behandling af personbilleder ikke systematisk skal anses for at være behandling af særligt følsomme oplysninger. I overensstemmelse hermed er det formentlig rigtigst at sige, at ikke ethvert personbillede, der indeholder oplysninger om helbred, skal anses for særligt følsomt. Kun hvis der i forbindelse med personbilledet er særligt fokus på helbredet, bør billedet kategoriseres som følsomt.

8.3.1.6. Seksuelle forhold og seksuel orientering

Billeder af personer, der dyrker sex, er selvfølgelig omfattet, og det samme gælder formentlig for mere eksplicite nøgenbilleder. Derimod vil neutrale og upåfaldende nøgenbilleder næppe falde under den særlige kategori. Den praktiske betydning af kategoriseringen er ikke så stor. Videregivelse af et nøgenbillede vil ofte skulle behandles efter afvejningsreglen i GDPR artikel 6, stk. 1, litra f, og i forhold den afbil-

dedes interesser vil det være sværere at anse behandlingen af et nøgenbillede som legitim end behandlingen af et almindeligt personfoto.

Billeder af par vil normalt heller ikke være omfattet, selvom billedet kan siges at give oplysninger om seksuel orientering, helt åbenlyst om hetero- eller homoseksuel orientering. Også her må udgangspunktet være, at der blot er tale om almindelige personoplysninger, medmindre netop den seksuelle orientering er i fokus, f.eks. at de afbildede nu er sprunget ud som homoseksuelle.

8.3.2. Strafbare forhold

Det er i vidt omfang overladt til de enkelte stater at regulere behandlingen af straffedomme og lovovertrædelser, jf. GDPR artikel 10, og regulering i dansk ret findes i DBL § 8, der taler om “oplysninger om strafbare forhold”. Den danske term dækker bredt og omfatter både selve gerningen eller mistanke herom, den eventuelle straffesag, og efterfølgende oplysninger om afsoning og om den tidligere straffedom.

Før en eventuel straffesag vil personbilleder ofte være relevante i forbindelse med tv-overvågning. En forretningsdrivende kan have fanget en indbrudstyv på et overvågningskamera uden for butikkens åbningstid, og man kan via andres overvågningsfilm få viden om en person, der er under mistanke for at have begået en forbrydelse.²¹ Ofte vil det være en medfølgende tekst, der klassificerer oplysninger under kategorien “strafbare forhold”. Et billede af en person, der er set i nabolaget, er som udgangspunkt en almindelig personoplysning, men hvis der med billedet følger kommentarer som “Er denne mand pædofil?” eller “Hold øje med denne indbrudstyv”, vil der være tale om oplysninger, der hører under DBL § 8.

Billeder fra strafferetssager, normalt med medfølgende tekst, vil i persondataretlig henseende være omfattet af DBL § 8. Man skal her være opmærksom på, at retsplejeloven indeholder særskilt regulering af fotografering og filmoptagelse i forbindelse med retssager.²²

21. Se UfR 2019.1415 H (Retsforfølgning for et forhold, for hvilket tidligere var frifundet ved endelig dom, var i strid med forbuddet mod dobbelt strafforfølgning), nærmere omtalt nedenfor afsnit 8.7.

22. Retsplejelovens §§ 32-32 b, nærmere behandlet i bl.a. Jakobsen & Schaumburg-Müller 2016.

Endelig vil billeder f.eks. fra en afsoning også udgøre oplysning om strafbare forhold, og det samme gælder, hvis der bringes et billede i forbindelse med omtale af en tidligere straffedom.

Bemærk, at politiets efterforskning mv. *ikke* er omfattet af den almindelige persondataret, jf. ovenfor afsnit 8.2.1.

8.3.3. Almindelige personoplysninger

Hvis et personbillede ikke er omfattet af de særlige kategorier, dvs. særligt følsomme oplysninger eller strafbare forhold, skal billedet behandles efter GDPR artikel 6, jf. umiddelbart nedenfor.

8.3.4. Billeder fra tv-overvågning i kriminalitetsforebyggende øjemed

Denne kategori er ikke nævnt i databeskyttelsesloven, men fremgår af tv-overvågningsloven, der i § 4 c, stk. 1, regulerer videregivelsen af “personoplysninger, der optages i forbindelse med tv-overvågning”, hvilket netop typisk kunne være billeder af personer, fanget på en tv-overvågningsoptagelse. Kategorien omfatter kun de personoplysninger, der fremkommer ved tv-overvågning i form af lyd eller billeder, og kun hvis tv-overvågningen foretages i kriminalitetsforebyggende øjemed. Den sidste betingelse vil normalt være opfyldt, når der opstilles tv-overvågning i butikker eller private hjem. Kategorien omfatter derimod ikke de tilfælde, hvor en overvågning er opstillet for at kunne iagttage dyr, og hvor der tilfældigvis også kommer billeder (eller lyd) af et menneske med på optagelsen. I dette sidste tilfælde skal personoplysninger udelukkende behandles efter persondatarettens øvrige regler, jf. de ovenfor anførte kategorier.

8.4. Behandlingsbetingelser. Almindelige personoplysninger

GDPR artikel 6, stk. 1, litra a-f, opstiller de betingelser, der gælder, hvis man ønsker at behandle almindelige personoplysninger, dvs. de oplysninger, der ikke er særligt følsomme eller vedrører strafbare forhold. Betingelserne er ikke kumulative, dvs. blot én af betingelserne er opfyldt, vil en persondatabasebehandling være lovlig. I denne bogs kapitel

6 er betingelserne omtalt nærmere. Her ses kun på betingelserne i forbindelse med personbilleder.

8.4.1. Samtykke

Samtykke i persondataretten skal forstås som anført i GDPR artikel 4, nr. 11. Samtykke andre steder, f.eks. i strafferetten, følger ikke samme krav, men i nærværende sammenhæng er det persondataretten, det drejer sig om.

Bestemmelsen stiller følgende krav til et samtykke:

For det første skal der være om et frivilligt samtykke. Det lyder umiddelbart som en selvfølgelighed. Hvem har hørt om et tvungent samtykke? Men ideen er, at der skal ses på, om der nu også reelt er tale om frivillighed, og der lægges især op til en vurdering af styrkeforholdet. Hvis samtykket er bundet op i en række vilkår, der ikke er til forhandling, anses samtykket ikke for frivilligt.²³ For billeders vedkommende vil dette betyde, at f.eks. overdragelse af en altomfattende ret for f.eks. Facebook til at bruge billeder, således som dette fremgår et eller andet sted i virvaret²⁴ af betingelser, næppe er gyldig. Hvis man vil kunne kommunikere med de flere milliarder brugere, har man kun mulighed for at acceptere med et kryds, og man har ikke nogen reel mulighed for at gå til andre udbydere, fordi Facebook har et de facto monopol på sine ydelser.

Det samme kan gælde i forbindelse med ansættelser. Hvis en arbejdsgiver uden videre kræver, at den ansattes billede er offentligt tilgængeligt, er der reelt ikke tale om frivillighed, og kravet til samtykke efter persondataretten er ikke opfyldt. Se hertil præambelens pkt. 43, der i sidste sætning afviser gyldigheden af et samtykke, hvis opfyldelsen af en kontrakt gøres afhængig af samtykke, selv om et sådant samtykke ikke er nødvendigt for dennes opfyldelse. I et arbejdsforhold vil det være nødvendigt for arbejdsgiveren at have personlige oplysninger om den ansatte, f.eks. personnummer og bankoplysninger, men et personbillede er ikke nødvendigt, og det vil typisk slet ikke være nødvendigt at lægge personbilledet på en hjemmeside, der er tilgængelig

23. Artikel 29-Gruppen WP 259 rev.01, s. 5.

24. Se også nedenfor om krav til utvetydighed.

for alle. Ideen er, at der skal gives *særskilt* samtykke til brugen af personbilledet.

Dette leder over i *det andet krav*, nemlig at der skal være tale om en specifik tilkendegivelse. Hvis person A spørger person B, om han må tage et billede af hende, og hun siger ja, er det ikke særligt klart, hvad der er samtykket til. Nok er der givet samtykke til at tage billedet, men hvad indebærer det yderligere? At lægge på en åben Facebook-side? At bruge som blikfang i en reklame. De to sidste situationer er åbenlyst ikke omfattet af noget *specifikt* samtykke. Ideen er, at det må være klart, hvad billedet skal bruges til, eller sagt i mere persondataretlige termer: Hvilke behandlinger samtykkes der til?

Bemærk her, at persondataretten ikke i sig selv forbyder en efterfølgende behandling, som ikke oprindeligt var formålet med indsamlingen, her altså fotograferingen (se nærmere denne bogs kapitel 5). Men hvis behandlingsgrundlaget er samtykke, er dette slet ikke gyldigt, hvis det ikke er specifikt.

For det tredje skal samtykket være informeret. Dette krav ligger på en måde allerede i kravet om specifikation: Den samtykkende må være informeret om den påtænkte brug, herunder også om en mulig fremtidig brug, som fotografen kunne tænkes at ville benytte.

For det fjerde skal samtykket være utvetydigt. Det er således ikke tilstrækkeligt, at fotografen troede, at der var samtykke, f.eks. fordi den fotograferede ikke reagerede. Det utvetydige skal fremgå af en egentlig erklæring eller en "klar bekræftelse". En erklæring behøver ikke være skriftlig, men efter artikel 7, stk. 1, er det den dataansvarliges ansvar at kunne påvise samtykke. En klar bekræftelse kan ligge i, at den fotograferede tydeligt på billedet tilkendegiver gerne at ville fotograferes. I en sådan situation vil det være spørgsmålet om specifikation, der giver problemer. Den fotograferede, der tydeligvis har stillet sig op til fotografering eller smiler til fotografen, har nok givet samtykke, men til hvad?

I sammenhæng hermed bestemmer GDPR artikel 7, stk. 2, at hvis samtykket indgår i en erklæring, der også vedrører andre forhold, skal samtykket fremstå klart og i let forståelig form. Sådan som f.eks. Facebooks vilkår er formuleret p.t. (august 2019), opfylder de næppe betingelsen, og erklæringen vil på dette punkt derfor ikke være gyldig.

Man kan desuden overveje, om det at lægge et billede på Facebook eller Instagram indeholder et samtykke til videredeling. Spørgsmålet er her andre brugeres ret til at viderelede, ikke det sociale medies rettigheder. Eftersom det er en kernefunktion på disse sociale medier at dele, er det nærliggende at antage, at der foreligger en eller anden form for samtykke til videredeling.²⁵

Hvorvidt der foreligger et gyldigt samtykke i persondatarettens forstand, afhænger dels af den involverede jura – se umiddelbart ovenfor om kravene frivillig, specifik, informeret og utvetydig – dels af de faktiske forhold. En person, der afværgende holder hænderne op foran kameraet og ryster på hovedet, har klart ikke samtykket til fotografering, hvorimod den, der tydeligvis smiler til fotografen og stiller sig i positur, samtykker (i hvert fald til fotograferingen).

Sådan som Facebook p.t. (august 2019) er indrettet, kan brugeren vælge mellem forskellige indstillinger, når f.eks. et billede lægges op:

Vælges “bestemte venner” sendes der kun til udvalgte modtagere, og disse kan se, at forsendelsen er “brugerdefineret”. Her synes der ikke at kunne indfortolkes noget samtykke til videredeling fra modtagerens side.

Vælges “offentligt”, der har underteksten “alle både på og uden for Facebook”, er det nærliggende at forstå dette som et samtykke til videredeling både inden for Facebook og uden for. Handlingen er *frivillig*,²⁶ den er *informeret*, idet brugere af Facebook kender delingsfunktionen, og den er *utvetydig*, idet brugeren har foretaget en bestemt handling. Hvorvidt den er *specifik*, er mere tvivlsomt: Har brugeren ved at lægge et billede ud til hele offentligheden samtykket til andet og mere, end at alle må se billedet? Efter nærværende forfatters vurdering kan man netop ved brugen af et socialt medie indfortolke et vist ønske om deling, hvilket må indebære, at almindelig videredeling er lovligt efter persondataretten. Anden brug, som f.eks. brug til reklame, politiske budskaber er ikke tilladt.

25. Johnsen 2016.

26. I princippet kan der selvfølgelig forekomme situationer, hvor den pågældende bliver tvunget til at dele. I så fald vil frivillighedskravet ikke være opfyldt, og der foreligger ikke et gyldigt samtykke.

Ved vurderingen af, om der foreligger et persondataretligt samtykke, kan også indholdet af meddelelsen spille en rolle. Søger afsenderen en bolig, og afgives her en række personoplysninger som navn, billede, alder, beskæftigelse og budgetramme, synes det naturligt at indfortolke et samtykke til videredeling, idet ønsket må være at nå ud til så mange som muligt.

Fremgår det derimod, at afsenderen ikke ønsker indholdet videresendt, måske er der tale om en fejl, at funktionen “offentlig” blev aktiveret, taler dette imod et gyldigt samtykke.

Det skal understreges, at her kun tages stilling til det persondataretlige, dvs. at videredeling er lovligt i forhold til de personoplysninger, der er lagt op på Facebook ved brug af funktionen “offentlig”. Fotos er tillige ophavsretligt beskyttede, og der henvises til ophavsretlige fremstillinger med hensyn til lovlig brug af ophavsretligt beskyttet materiale.²⁷

Det skal endvidere understreges, at her kun er taget stilling til de almindelige personoplysninger. Er der tale om særligt følsomme oplysninger, gælder tillige et krav om udtrykkelighed, hvilket er behandlet nedenfor afsnit 8.5.1.

Vælges “venner”, kan man formentlig forstå dette som et samtykke til videredeling *inden for* Facebook. I fravalget af “offentlig” ligger en specificering: Oplysningerne og billedet må videregives, men netop ikke til offentligheden og derfor ikke ud over Facebook. Det samme må gælde, hvis funktionen “Venner undtagen [...]” anvendes: lovligt samtykke til deling inden for Facebook.

På Instagram kan man (p.t.) vælge mellem “offentlig” og “privat”. Vælges funktionen “offentlig”, må der gælde det samme som ovenfor anført ved Facebook: Der er givet samtykke til almindelig videredeling (men ikke til andre former for brug til reklame eller andet). Vælges “privat”, er der næppe givet et persondataretligt gyldigt samtykke til videredeling.

På SnapChat forsvinder billederne igen, og der kan ikke indfortolkes noget samtykke til videredeling.

27. Efter ophavsretslovens § 1 eller § 70. Om ophavsret og sociale medier, se Johnsen 2016.

Kravene til samtykke spiller sammen med de andre regler i persondataretten. En fotograf, der udelukkende fotograferer til eget personlige eller familiemæssige brug, behøver ikke samtykke, eftersom en sådan aktivitet helt falder uden for det regulerede område, jf. GDPR artikel 2, stk. 2, litra c (behandlet mere indgående i bogens kapitel 4). På samme måde vil en fotograf, der fotograferer til medier typisk falde uden for persondatarettens regler,²⁸ da der er tale om persondatabehandling i journalistisk øjemed. Der kan således ikke stilles krav om samtykke (eller en anden behandlingsbetingelse), hvis der er tale om behandling af personfotos udelukkende til journalistisk brug. Og er der tale om modelfoto, hvor der typisk ligger en modydelse, f.eks. betaling, vil forholdet høre under litra b om opfyldelse af en kontrakt, jf. nedenfor afsnit 8.4.2.

Et samtykke kan trækkes tilbage, jf. artikel 7, stk. 3. En tilbagetrækning af et samtykke har ikke tilbagevirkende kraft. Den behandling, der hidtil er sket på baggrund af et lovligt samtykke, er fortsat lovlig. Men hvis behandlingen udelukkende baseres på samtykke, må enhver fremtidig behandling ophøre. Dette gælder f.eks. opbevaring af et personbillede på en offentligt tilgængelig hjemmeside. Trækkes samtykket tilbage, og er dette det eneste gyldige behandlingsgrundlag (se om de øvrige nedenfor afsnit 8.4.2-8.4.4), må behandlingen ophøre. Retten til tilbagetrækning skal oplyses ved påbegyndelsen af behandlingen, dvs. ved selve fotograferingen, og det skal være lige så let at trække samtykket tilbage, som det var at give det. Fotografen kan ikke forlange, at tilbagetrækningen gives på en ganske bestemt måde, som f.eks. under anvendelse af en bestemt formular eller kun via et svært tilgængeligt sted på fotografens hjemmeside.

Man skal være opmærksom på, at der gælder yderligere krav til samtykke ud over persondatarettens mange detaljer: Et samtykke skal være afgivet af en person, der retligt set er i stand til at give samtykke. I juridisk sprogbrug kaldes dette *habilitet*. Der henvises til kapitel 6, afsnit 6.4.1.

28. Eller rettere: de fleste. Se nærmere bogens kapitel 3.

8.4.2. Opfyldelse af en kontrakt

Opfyldelse af en kontrakt udgør en selvstændig behandlingsbetingelse. Det virker umiddelbart overbevisende. Hvis et bureau betaler en model for billeder til brug i en annoncekampagne, er der tale om en kontrakt, og det har så den virkning, at man skal finde den persondataretlige behandlingshjemmel i GDPR artikel 6, stk. 1, litra b. Men i eksemplet kan man sagtens se et samtykke: Modellen samtykker til brug af en personoplysning, her i form af billeder. Er det så ikke litra a om samtykke, vi skal bruge?

I svaret på dette spørgsmål indgår, at der ikke er tale om et enten-eller, men at der er et vist overlap mellem samtykke og kontrakt.²⁹ Netop ved indgåelse af en kontrakt indgår et samtykke – uden samtykke giver det ikke mening at tale om en kontrakt – og er der personoplysninger involveret, skal der ud over de rent kontraktsretlige regler³⁰ tillige tages hensyn til de persondataretlige.³¹ Dette betyder, at det samtykke, der nødvendigvis indgår i en kontrakt, skal fortolkes i overensstemmelse med persondatarettens regler om samtykke i de tilfælde, hvor kontrakten angår personoplysninger, herunder personbilleder.

Den væsentligste forskel på samtykke og kontrakt er derfor, at samtykket til enhver tid kan tilbagekaldes, jf. artikel 7, stk. 3, mens dette ikke uden videre er tilfældet, når der er tale om en kontrakt. Når et bureau har betalt en model for billeder til brug i reklame, duer det ikke, at modellen uden videre efterfølgende kan kræve, at bureauet

29. Artikel 29-Gruppen WP 187, afsnit II.2, “Role of concept: ground for lawfulness”. Bemærk, at Artikel 29-Gruppen WP 187 vedrører det nu ophævede persondatadirektiv, men Artikel 29-Gruppen WP 259 rev.01 henviser til den tidligere “Opinion”, jf. Artikel 29-Gruppen WP 259 rev.01, note 9, s. 4, netop hvad kontraktforhold angår.

30. Herunder aftalelovens regler om indgåelse og gyldighed af en kontrakt på formuerettens område.

31. “This means, for instance, that to assess the validity of a contract in the context of Article 7(b) of the Directive [kontraktsreglen, svarer til GDPR artikel 6, stk. 1, litra b], civil law requirements will have to be taken into account. In addition to the application of the general conditions for the validity of consent under civil law, the consent required in Article 7(a) [samtykkereglen, svarende til GDPR artikel 6, stk. 1, litra a] must also be interpreted taking into account Article 2(h) of the Directive [definition af samtykke, svarende til GDPR artikel 4, nr. 11]”, jf. Artikel 29-Gruppen WP 187, afsnit II.2, s. 6.

ikke må bruge eller sælge billederne, samtidig med at modellen beholder betalingen. Spørgsmålet om, hvorvidt modellen har nogen ret til at opsige eller ophæve aftalen, reguleres et andet sted i det juridiske univers, kontraktsretten eller aftaleretten,³² og skal ikke nærmere behandles her. I persondataretlig henseende er det afgørende, at et samtykke uden videre kan tilbagekaldes, mens dette ikke gælder for en kontrakt.

Spørgsmålet er herefter, hvordan man skelner mellem et samtykke og en kontrakt – et spørgsmål, der trænger sig på, hvis kontrakten går ud på, at den ene part må bruge den anden parts personoplysninger, f.eks. i form af billeder. Persondataforordningen er ikke klar på dette punkt. Dette skyldes muligvis, at det, man har haft i tankerne ved formulering af artikel 6, stk. 1, litra b, er de situationer, hvor det i forbindelse med en kontrakt er nødvendigt at foretage en vis behandling af personoplysninger. Er der f.eks. tale om en arbejdskontrakt, er hovedydelse henholdsvis arbejde og løn, mens arbejdsgiveren typisk må kunne behandle visse personoplysninger, f.eks. i forbindelse med indberetning til skattevæsenet. Her skal litra b anvendes. Hvis arbejdsgiveren også ønsker at kunne lægge billeder af de ansatte på hjemmesiden, har dette ikke så meget med hovedydelse at gøre – arbejde og betaling – og dette forhold reguleres af litra a om samtykke, herunder de skrappe betingelser: Er det nu også frivilligt, at den ansatte giver arbejdsgiveren ret til at lægge billeder op?

Anderledes er situationen, når hovedydelsen er persondata, som det f.eks. er tilfældet med fotomodelaftaler. Skal det behandles som et samtykke efter litra a eller en kontrakt efter litra b? Som nævnt er persondataforordningen ikke klar, hvad dette spørgsmål angår, og man kan formentlig opstille følgende relevante momenter:

Hvis den ene parts ydelse udelukkende eller væsentligst udgør en personoplysning, som f.eks. ved modelaftaler, taler dette for at betragte forholdet som en kontrakt. Dette medfører, at samtykket ikke blot ensidigt kan tilbagekaldes, men må bero på aftalen. Er der derimod tale om en aftale, der væsentligst går ud på udveksling af andre ydelser, eller hvor personoplysninger kun udgør en (mindre) del af den ene parts ydelse, taler dette for at behandle forholdet efter reglerne om samtykke

32. Se f.eks. Andersen & Madsen 2017, kapitel 2.

med den virkning, at dette kan tilbagekaldes ensidigt af den, der får sine personoplysninger behandlet.

Hvis der er en modydelse, typisk i form af betaling, for retten til at udnytte personoplysninger, her i form af personbilleder, vil dette også tale for, at der er tale om en kontrakt. Situationer, hvor en fotograf spørger en person, om han må tage et billede, men uden at der er nogen modydelse involveret, synes mest oplagte at behandle efter reglerne om samtykke. I daglig tale ville man næppe bruge ordet “kontrakt” om en sådan situation, og der er heller ikke tale om en aftale i aftalelovens forstand, der netop kun regulerer aftaler på formuerettens område,³³ altså hvor der er kommercielle ydelser involveret.

Parternes rolle kan formentlig også spille en rolle. Der er forskel på, om en af vennerne tager billeder til en fest, eller om man stiller op til fotografering hos et modelbureau. Den første situation trækker i retning af at bruge samtykke-reglerne, mens den anden kan trække i retning af kontrakt. Man skal dog være opmærksom på, hvad situationen drejer sig om. Er der tale om “prøve”-fotografering hos et modelbureau, synes det mest oplagt at bruge reglerne om samtykke. Personen stiller op til fotografering med henblik på en mulig fremtid som model og har derved samtykket til netop denne brug. Samtykket kan trækkes tilbage, og bureauet må herefter ikke benytte billederne og har formentlig en forpligtelse til at slette de optagne billeder på grund af reglerne om dataminimering, GDPR artikel 5, stk. 1, litra c. Sker der en betaling til modellen, er det mere oplagt at bruge kontraktsreglen, således at samtykket ikke entydigt kan tilbagekaldes.

Hvis parterne selv bruger termen “kontrakt”, kan dette også have betydning. Traditionen i dansk ret er dog, at overskrifter og bestemte begreber ikke uden videre bestemmer. Man kan ikke gøre noget til et testamente, blot ved at kalde det et testamente, hvis indholdet ikke har noget med et testamente at gøre, og man kan heller ikke gøre noget til en kontrakt, blot ved at kalde det en kontrakt, hvis indholdet intet har med kontrahering at gøre. Men brugen af termerne kan selvfølgelig angive noget om, hvad parten eller parterne intenderede at gøre.

33. Den fulde titel på aftaleloven er netop “lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område”, jf. lovbekendtgørelse nr. 193 af 2. marts 2016.

Datatilsynet har i en afgørelse³⁴ netop afvist, at en model kunne tilbagekalde sit samtykke, og Datatilsynet argumenterer hovedsageligt ud fra formuleringen af de oprettede dokumenter:

“Ved vurderingen heraf har Datatilsynet lagt vægt på, at det fremgår af aftalen, at der er tale om en ‘Universal Adult Model Release for all Agencies’, at aftalen ‘Shall be binding upon me my heirs, legal representatives and assigns’, og at du ved at skrive under på aftalen har bekræftet, at ‘I hereby affirm that I am over the age of majority and have the right to contract in my own name’.”

Afgørelsen er måske rigtig, men begrundelsen er ikke særligt overbevisende. Blot det, at der står “binding”, er åbenlyst ikke nok til at bringe forholdet fra samtykkekravene over i kontraktkravene. I så tilfælde kunne enhver skriftlig formulering af samtykke blot angive, at aftalen er bindende, og dermed bringe forholdet ud af de skrappe krav til samtykke. Heller ikke formuleringen “I [...] have the right to contract in my own name” siger noget særligt om, hvorvidt der er tale om en kontrakt eller et samtykke. Også et samtykke kræver, at den pågældende har kompetence til at samtykke og ikke f.eks. er mindreårig.

Det mest påfaldende ved afgørelsen er, at det ikke er oplyst, hvorvidt modellen har fået betaling, eller hvad modydelsen skulle bestå i. Efter nærværende forfatters vurdering må der til en kontrakt høre en gensidig udveksling af ydelser, f.eks. brug af modelfoto mod vederlag.

8.4.3. Mindre relevante behandlingsbetingelser

Artikel 6, stk. 1, litra c, d og e indeholder bestemmelser, der kun sporadisk har interesse i forbindelse med personbilleder.

“Behandling er nødvendig for at overholde en retlig forpligtelse, som påhviler den dataansvarlige”, jf. litra c, er næppe relevant overhovedet. Der er næppe situationer, hvor det er retligt påkrævet, at der behandles personbilleder.

“Behandling er nødvendig for at beskytte den registreredes eller en anden fysisk persons vitale interesser”, jf. litra d, kunne være rele-

34. Datatilsynets afgørelse af 10. september 2018 vedrørende Klage over manglende sletning, j.nr. 2018-31-0118.

vant i de (heldigvis) sjældne tilfælde, hvor pårørende finder det nødvendigt at bringe en efterlysning af en forsvundet. I persondataretlig henseende er det uden betydning, om den pågældende er død eller levende, eftersom beskyttelsen varer i 10 år efter vedkommende død, jf. DBL § 2, stk. 5.

Det er også svært at forestille sig, at litra e kunne have nogen betydning for personbilleder: "Behandling er nødvendig af hensyn til udførelse af en opgave i samfundets interesse eller som henhører under offentlig myndighedsudøvelse, som den dataansvarlige har fået pålagt". Politiet, som har mulighed for bl.a. at offentliggøre personbilleder efter retsplejelovens § 818, stk. 2, men politiets efterforskning er ikke reguleret af persondataforordningen eller databeskyttelsesloven, men af retshåndhævelsesloven³⁵ og EU-direktiv 2016/680.³⁶ Se kort herom kapitel 4, afsnit 4.2.

8.4.4. Afvejningsreglen

Er der blot tale om almindelige personoplysninger, giver artikel 6, stk. 1, litra f, en mere generel mulighed for, at private kan behandle personoplysninger, herunder personbilleder. Bestemmelsen er, som så mange andre bestemmelser i persondataretten, noget kringlet formuleret:

"Behandling er nødvendig for, at den dataansvarlige eller en tredje-
mand kan forfølge en legitim interesse, medmindre den registreredes
interesser eller grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, der
kræver beskyttelse af personoplysninger, går forud herfor, navnlig
hvis den registrerede er et barn."

35. Lov nr. 410 af 27. april 2017 om retshåndhævende myndigheders behandling af personoplysninger, retshåndhævelsesloven (RHL).

36. Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv (EU) 2016/680 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med kompetente myndigheders behandling af personoplysninger med henblik på at forebygge, efterforske, afsløre eller retsforfølge strafbare handlinger eller fuldbyrde strafferetlige sanktioner og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af Rådets rammeafgørelse 2008/977/RIA.

Det følger af teksten umiddelbart efter det citerede, at reglen kun kan benyttes af private. Offentlige myndigheder er henvist til andre regler.³⁷

Ideen i afvejningsreglen er, at man skal modstille den legitime interesse, der kan være i at behandle en personoplysning, f.eks. at videregive et personbillede, mod den afbildedes interesse.

Hvordan foretages en sådan afvejning? Følgende må tages i betragtning:

Bestemmelsen opererer med en særlig beskyttelse af børn, jf. “navnlig hvis den registrerede er et barn”. Det særlige behov for beskyttelse understreges flere steder i forordningen, f.eks. præambelens nr. 38: “Børn bør nyde særlig beskyttelse af deres personoplysninger”.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) har flere gange bemærket, at videregivelse af et personbillede typisk er en mere intens form for persondatabehandling: “The publication of a photograph must, in the Court’s view, in general be considered a more substantial interference with the right to respect for private life than the mere communication of the person’s name”.³⁸ Dette indebærer, at selvom en omtale er velbegrundet, er videregivelse af et personbillede det ikke nødvendigvis.

Her skal man være opmærksom på, at europæisk menneskeret gælder som en del af dansk ret.³⁹ Desuden har EU-Domstolen, som er den autoritative domstol i spørgsmål om EU-retten, herunder persondataforordningen, netop understreget, at praksis fra EMD skal indtages ved afvejningen af den dataansvarliges og den registreredes rettigheder.⁴⁰

I en sag om offentliggørelse af billeder optaget med skjult kamera har EMD tillagt det afgørende betydning, om personbillederne stam-

37. F.eks. GDPR artikel 6, stk. 1, litra e: “Behandling er nødvendig af hensyn til udførelse af en opgave i samfundets interesse eller som henhører under offentlig myndighedsudøvelse, som den dataansvarlige har fået pålagt.”

38. EMD dom af 10. februar 2009, *Eerikäinen and others v Finland*, pr. 70, og i samme retning *Gourgenidze (Gurgenidze) v Georgien* 17. oktober 2006, hvor det netop var viderebringelse af personfotoet, som var krænkende i en sag, der i øvrigt var af offentlig interesse.

39. Ved lov 285 af 29. april 1992 blev EMRK inkorporeret i dansk ret.

40. EU-domstolens afgørelse af 14. februar 2019 i sagen *Sergejs Bivids*, C-345-17, pr. 66.

mer fra offentligt tilgængelige områder eller ej.⁴¹ For afvejningsreglen må dette indebære, at billeder fra offentlige steder i højere grad kan behandles efter afvejningsreglen i artikel 6, stk. 1, litra f, end billeder fra private steder.

Når det drejer sig om offentliggørelse af personbilleder, har EMD opstillet en række relevante kriterier. Her skal man være opmærksom på, at persondataretten ikke kun omfatter offentliggørelse, men enhver form for behandling, der ikke af andre grunde er undtaget, f.eks. fordi behandlingen er rent personlig og familiemæssig. Men kriterierne er relevante:⁴²

1. Er billedet med til at belyse et emne af offentlig interesse?

Et billede fra en offentlig begivenhed, en koncert, et sportsarrangement, en politisk begivenhed mv. har offentlig interesse, mens det ikke har nogen offentlig interesse, at en person ser speciel ud eller at to personer er kærester mv.⁴³

2. Er der tale om en kendt person?

En kendt person må tåle mere. Dette betyder ikke, at kendte personer helt frit kan afbildes, men det betyder, at personer, hvis billede i forvejen er kendt, ikke helt i samme grad har samme beskyttelsesbehov.

3. Hvad fortælles med billedet?

Der er forskel på et billede, der viser en begejstret tilskuer, og et billede, der viser en surt udseende person eller en person, der er i gang med mere private forehavender.

4. Form, indhold og konsekvenser

Dette er en noget bred kategori, men især vurdering af konsekvenser af en offentliggørelse kan være vigtig. Bliver den afbildede beskrevet som den grimme eller mest underlige, taler

41. EMD dom af 28. februar 2018, *Alpha v Grækenland*, pr 64. EMD bruger udtrykket "public space". Der var tale om en offentligt tilgængelig spillehal.

42. EMD dom af 7. februar 2012, *Von Hannover v Tyskland*, pr. 108-113.

43. Se om "offentlig interesse", Jakobsen & Schaumburg-Müller, 2013, s. 98-99 o.a.s.

dette for beskyttelse af den afbildede i hvert fald imod offentliggørelse og anden behandling af billedet.

5. Forholdene ved selve fotograferingen

Er der tale om egentlig paparazzi-fotografering, hvor en person forfølges, taler dette for en beskyttelse af den afbildede. Det samme gør, hvis den afbildede befinder sig et sted, hvor man ikke normalt regner med at blive fotograferet, en øde strand f.eks. Omvendt hvis den afbildede befinder sig et sted med mange mennesker. Eftersom næsten alle har et kamera ved hånden, bliver der fotograferet meget, og på offentlige steder med en del mennesker må man påregne at kunne blive fotograferet.

Datatilsynet har opstillet lignende kriterier: “Ved vurderingen af, om der kan ske offentliggørelse af et billede på baggrund af en interesseafvejning, kommer det bl.a. an på karakteren af billedet, herunder hvor og hvorfor billedet er taget, i hvilken sammenhæng billedet indgår, og hvad der er formålet med offentliggørelsen. Det er afgørende, at de personer, der er på billedet, ikke med rimelighed kan føle sig udstillet, udnyttet eller krænket [...]”⁴⁴

Tidligere opererede Datatilsynet med en sondring mellem portrætbilleder, dvs. billeder af en eller et par enkelte, og situationsbilleder, hvor fokus ikke er på den enkelte afbildede, men på situationen, f.eks. publikum ved en koncert. Denne sondring er nu afskaffet, men det er klart, at det har betydning, om den afbildede fylder hele billedet eller er en bifigur i et hjørne.

Som det fremgår, er der ikke få enkelte, skarpe kriterier for, hvornår et personbillede kan behandles efter afvejningsreglen i artikel 6, stk. 1, litra f. Her er det vigtigt, at den dataansvarlige foretager overvejelser over, om afvejningsreglen kan begrunde, at et personbillede behandles.

Afvejningsreglen i artikel 6, stk. 1, litra f dækker i sagens natur alle mulige områder, hvor en behandling kan opveje den afbildedes interesse.

44. Datatilsynet 2019a, tilgået 18. oktober 2019.

I en sag om et *forsikrings-selskabs overvågning* af en forsikret har Datatilsynet anvendt afvejningsreglen og fundet, at et forsikrings-selskab kan have legitime grunde til at indsamle oplysninger og herunder fotografere en person, der har fået en større invaliditetsforsikring udbetalt, hvis der er mistanke om forsikringssvindel.⁴⁵ I sagen understreges det – selvfølgelig, kunne man sige – at dataminimeringsprincippet gælder, og at der derfor er grænser for, hvilke oplysninger der kan indsamles og især bevares. Endvidere kommer Datatilsynet – mærkværdigvis, kunne man sige – med en udtalelse om, at fotografering, der er strafbar efter straffelovens § 264 a, også er i strid med persondataretten. Problemet med udtalelsen er, at straffelovens § 264 a forbyder enhver uberettiget fotografering af personer, der befinder sig på ikke frit tilgængeligt sted, herunder også fotografering til privat og til journalistisk brug, aktiviteter der (stort set) falder helt uden for persondataretten, jf. ovenfor.

Blandt mulighederne for at behandle særligt følsomme oplysninger finder vi GDPR artikel 9, stk. 2, litra e, der tillader “behandling vedrører personoplysninger, som tydeligvis er offentliggjort af den registrerede”, her omtalt som *selvoffentliggørelse*. Spørgsmålet er, om der gælder en tilsvarende regel på området for ikke-følsomme oplysninger. På den ene side kan man argumentere imod, eftersom der netop ikke i artikel 6 er en tilsvarende regel. På den anden side kan man argumentere for, eftersom der er strammere regler for behandling af de særligt følsomme oplysninger. Det ville virke ulogisk, hvis kun den særligt følsomme oplysning kunne videregives ud af flere oplysninger, som den pågældende selv har offentliggjort. Svaret ligger formentlig et sted imellem: Selvoffentliggørelse indgår som et moment i afvejningen. Hvis en person f.eks. på sin åbne Facebook-profil fortæller, at hun er med i et nærmere angivet politisk parti, og også fortæller, hvor hun bor, vil videregivelsen af oplysningen om det politiske tilhørsforhold være lovlig efter artikel 9, stk. 2, litra e, mens videregivelse af adresseoplysningen må undergives en vurdering efter artikel 6, stk. 1, litra f. Ofte vil adressen ikke være relevant, og heller ikke når man i andre sammenhænge behandler den pågældendes politiske tilhørsforhold.

45. Datatilsynets afgørelse 14. februar 2014 vedrørende Behandling af personoplysninger i forbindelse med forsikringssag, j.nr. 2012-213-0047.

Man kan også tale om “semi-journalistisk virksomhed”, en betegnelse, der her bruges om den behandling af personoplysninger, der kan have offentlighedens interesse, men hvor journalistundtagelsen ikke kan bruges, f.eks. fordi behandlingen ikke udelukkende er journalistisk. Her kunne man forestille sig, at det efter afvejningsreglen ville være acceptabelt at optage og videregive et billede af en politiker, der er kendt for at gå ind for et forbud mod salg af alkohol, når denne ses en sen nattetime uden for et værtshus i stærkt beruset tilstand. Eller man kunne forestille sig et billede fra en offentlig begivenhed, der pludselig får en uventet udvikling, og hvor billedet eller videosekvensen kan bruges til nærmere at dokumentere, hvad der foregik. Som ovenfor nævnt har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol understreget, at billeder, der kan bidrage til en debat af offentlig interesse, er særligt beskyttelsesværdige under EMRK artikel 10.⁴⁶

Man skal dog her være opmærksom på, at ikke alt, der er interessant, kan siges at være af offentlig interesse. Der er formentlig en del, der ville være interesseret i pikante billeder af kendte personer, men videregivelse af nøgenbilleder vil sjældent, om nogensinde, kunne legitimeres efter artikel 6, stk. 1, litra f. Det samme gælder billeder fra ulykker mv. Ofte vil en *omtale* heraf klart have offentlig interesse, mens en *videregivelse af billeder* af brækkede ben, løsrevne arme, døde personer mv. *ikke* kan legitimeres efter artikel 6, stk. 1, litra f. En sådan videregivelse af billeder vil også være strafbar efter straffelovens § 264 d. Det samme gælder live streaming mv. af overfald eller mord, men i så tilfælde skal man anvende reglerne for strafbare forhold, jf. DBL § 8, omtalt nærmere nedenfor afsnit 6.

Under alle omstændigheder må den dataansvarlige – fotografen eller andre – være opmærksom på de persondataretlige problemer, der er forbundet med videregivelsen af personbilleder, og afvejningsreglen i artikel 6, stk. 1, litra f, er netop en afvejningsregel, der ikke kan bruges til at legitimere alle mulige former for personbilledbehandling. Den dataansvarlige må foretage en afvejning, *inden* persondatabehandlingen finder sted.

46. Se f.eks. de to principielle domme EMD dom af 7. februar 2012, *Von Hannover v Tyskland*, og EMD dom af 7. februar 2012, *Axel Springer v Tyskland*; begge afsagt af Storkammeret.

Som ovenfor antydet gælder afvejningsreglen ikke for offentlige myndigheder, jf. tilføjelsen: “Første afsnit, litra f), gælder ikke for behandling, som offentlige myndigheder foretager som led i udførelsen af deres opgaver.” Bestemmelsen er ny, idet det tidligere var muligt også for offentlige myndigheder at benytte denne behandlingshjemmel. Forbuddet synes begrundet i, at offentlige myndigheder skal have en klar hjemmel for persondatabehandling og ikke bare i det konkrete tilfælde kan foretage et skøn. I dansk sammenhæng forekommer forbuddet mindre oplagt, eftersom danske myndigheder er underlagt et generelt krav om saglighed. Offentlige myndigheder er herefter henvist til de øvrige bestemmelser, herunder især litra c om retlig forpligtelse og litra e om opgaver i samfundets interesse (se herom kapitel 6, afsnit 6.4.3, 6.4.5 og 6.4.6). Hvis offentlige myndigheder ønsker at offentliggøre billeder fra egne begivenheder, såsom konferencer, årsmøder mv., kan dette formentlig antages at være i samfundets interesse, men kun i det omfang, der vises situationsbilleder (jf. herom ovenfor).

Endelig skal man selvfølgelig være opmærksom på, om de persondataretlige regler overhovedet finder anvendes. Således er behandling til rent personlig og familiemæssig brug slet ikke omfattet af persondatarettens mange regler.⁴⁷ Ved upload på Instagram, Facebook mv. vil det være afgørende, om der er tale om en lille lukket kreds – aktiviteten falder helt uden for persondataretten – mens upload på en helt åben side eller en side med mange venner skal følge persondatarettens mange regler, herunder artikel 6, stk. 1, litra f. Også persondatabehandling i journalistisk øjemed falder stort set uden for persondataretten, og det samme gælder kunstnerisk og litterær virksomhed.⁴⁸

8.5. Behandlingsbetingelser. Følsomme personoplysninger

Er der tale om de særlige personoplysninger, der er nævnt i GDPR artikel 9 – ofte kaldet følsomme eller særligt følsomme oplysninger – skal man ind i artikel 9, stk. 2, for at finde en brugbar behandlingshjemmel. Lovteknisk har man formuleret artikel 9 lidt anderledes end artikel 6: Efter artikel 6 er behandling af almindelige personoplysninger kun lovlig, hvis en af de følgende betingelser er opfyldt (se herom ovenfor

47. Jf. GDPR artikel 2, stk. 2, litra c, nærmere omtalt kapitel 4, afsnit 4.3.

48. Behandler nærmere i kapitlerne 20 og 21.

afsnit 4). Artikel 9 formulerer det skrapere: Behandling af de særligt følsomme oplysninger er simpelthen forbudt efter stk. 1, hvorefter stk. 2 opremser de tilfælde, hvor det alligevel ikke er forbudt. En tilkendegivelse af, at behandling af de særligt følsomme oplysninger kræver meget klar hjemmel.

8.5.1. Samtykke

Ligesom ved de almindelige oplysninger er det en mulighed for lovlig persondatabehandling, at den, hvis data behandles, har givet samtykke. Der gælder de samme regler, herunder ikke mindst at samtykket skal være frivilligt, specifikt, informeret og utvetydigt, jf. artikel 4, nr. 11 (behandlet nærmere overfor afsnit 8.4.1.). Der er dog to forskelle:

For det første kræver et samtykke til behandling af følsomme oplysninger, at samtykket er “udtrykkeligt”, jf. artikel 9, stk. 2, litra a. Dette skærper kravet til den måde, på hvilken samtykket kan anses for givet.⁴⁹ Det kan være ved underskrift, og ved digitalt samtykke, at der etableres en totrinsmodel med klik og efterfølgende bekræftelse pr. mail eller sms. Et udtrykkeligt samtykke kan i princippet også foreligge mundtligt, men man skal være opmærksom på, at det altid er den dataansvarliges ansvar at kunne påvise samtykket, jf. artikel 7, stk. 1, herunder også, at det foreligger udtrykkeligt.

Ved brug af sociale medier kan kravet om “udtrykkeligt” også blive relevant. Hvis delingsfunktionen ligger implicit i det sociale medie, hvilket f.eks. er tilfældet med LinkedIn, kan samtykke til videregivelse nok siges at være frivilligt, specifikt, informeret og utvetydigt, men synes ikke at være “udtrykkeligt”, hvorfor upload på LinkedIn ikke kan indeholde samtykke til videregivelse af særligt følsomme oplysninger. Man må derfor se sig om efter andre behandlingsgrundlag, og her er selvoftentliggørelsesreglen nærliggende, se nedenfor afsnit 8.5.2. Hvis delingsfunktionen aktivt vælges som f.eks. på Facebook, må samtykket siges tillige at være “udtrykkeligt”. Vælger man på Facebook at dele “offentligt”, vil dette normalt være tilstrækkeligt til at udgøre et lovligt samtykke også efter artikel 9, stk. 2, litra a.

49. Artikel 29-Gruppen WP 259 rev.01, afsnit 4, “Obtaining explicit consent”.

For det andet giver artikel 9, stk. 2, litra a, medlemsstaterne mulighed for at lovgive således, at samtykke til nærmere angivet behandling ikke er tilstrækkelig. Danmark har ikke udnyttet denne mulighed.

8.5.2. Selvoftentliggørelse

Efter artikel 9, stk. 2, litra e, er det lovligt at behandle følsomme oplysninger, "som tydeligvis er offentliggjort af den registrerede".

For at kunne anvende denne bestemmelse kræves det *for det første*, at offentliggørelsen er foretaget *af den registrerede*. Dette betyder, at det ikke er tilstrækkeligt, at en oplysning er offentliggjort, f.eks. i et medie, offentliggørelsen skal komme fra den pågældende selv. For lovligt at kunne behandle en følsom personoplysning efter denne bestemmelse må den dataansvarlige derfor kunne påvise, at offentliggørelsen er sket af den registrerede og ikke af andre. En avisomtale af en person og dennes politiske opfattelse *kan* derfor give mulighed for viderebehandling af den følsomme oplysning, men kun hvis det er klart, at det netop er den pågældende, der selv har røbet forholdet f.eks. i et interview. En avisomtale, der udelukkende bygger på andre kilder, giver derfor ikke mulighed for (videre)behandling efter selvoftentliggørelsesreglen, og dette gælder, selvom avisomtalen er lovlig efter journalist-undtagelsen.

For det andet kræves, at oplysningen er *offentliggjort*. Hvis A sender et billede af sig selv og sin nye kæreste til B, kan B ikke videregive billedet med hjemmel i selvoftentliggørelsesreglen. I nogle tilfælde vil videregivelse kunne ske på grund af andre regler, herunder især artikel 2, stk. 2, litra c, hvis der er tale om en rent privat eller familiemæssig aktivitet. Lægges et billede med følsomme oplysninger på Facebook, Instagram eller lignende, opstår det spørgsmål, om der er tale om en offentliggørelse i artikel 9, stk. 2, litra e's forstand. Her må der sondres mellem åbne og lukkede profiler. Upload på en åben profil er oplagt en offentliggørelse, mens der ved lukkede profiler formentlig må ses på antallet af "venner" og på, hvor let adgangen er. Over hundrede venner og med adgang i realiteten for alle, må der være tale om offentliggørelse. Er der derimod tale om en mindre, eksklusiv gruppe, udgør upload ikke en offentliggørelse.⁵⁰

50. Betænkning 1565/2017, s. 197, Waaben & Nielsen 2015, s. 290.

For det tredje skal man være opmærksom på, at GDPR skærper kravet i forhold til den tidligere formulering i direktivet og persondataloven: Oplysninger skal nu “tydeligvis” være offentliggjort af den registrerede. Dette må f.eks. indebære, at et billede, der bringes i forbindelse med et interview, ikke nødvendigvis opfylder betingelserne. Forestiller man sig f.eks. et interview med en person, hvor denne fortæller om sin opvækst og ungdom, illustreret med et billede, hvor den pågældende vises aktiv i en politisk organisation, er dette billede ikke “tydeligvis” offentliggjort af den pågældende, medmindre det f.eks. angives i artiklen, at den pågældende har videregivet billedet til offentliggørelse.

Selvoftentliggørelsesreglen rejser spørgsmål i forbindelse med deltagelse i offentlige begivenheder af religiøs eller politisk art: Hvis man deltager i en politisk demonstration, er det så en oplysning, der “tydeligvis er offentliggjort af den registrerede” med den virkning, at man kan videregive et billede af den pågældende fra den pågældende demonstration? Og offentliggør en kirkegænger sin religiøse tro ved at deltage i en gudstjeneste med den virkning, at oplysningen, herunder et billede, kan videregives?

Man skal her være opmærksom på, at selvoftentliggørelsesreglen i artikel 9, stk. 2, litra e, slet ikke er relevant, hvis der er tale om journalistisk eller personlig og familiemæssig aktivitet. Disse aktiviteter er (stort set) ikke omfattet af persondataretten. Spørgsmålene pånøder sig især ved upload af billeder på f.eks. Facebook og Instagram, men kan også være relevante i forbindelse med organisationers registrering af f.eks. politiske modstandere.

På spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en oplysning, der “tydeligvis er offentliggjort af den registrerede”, må sammenhængen tillægges betydning. Er der tale om en offentlig demonstration, er ideen netop, at man demonstrerer sin mening offentligt – med den virkning, at et billede af den pågældende fra demonstrationen som udgangspunkt kan behandles og herunder videregives som følge af artikel 9, stk. 2, litra e. Går man derimod i kirke eller i moske, eller går man til et politisk møde, sker dette som udgangspunkt ikke for at demonstrere sin religiøse eller politiske opfattelse, men for at kunne udøve sin tro eller for at få dækket sin interesse for politiske spørgsmål. I sådanne tilfælde bør man ikke kunne bruge artikel 9, stk. 2, litra e, som grundlag for en persondatabehandling i form af videregivelse af personbilleder.

Dette gælder formentlig også for billeder fra f.eks. konfirmationer i kirken: Ganske vist er der tale om, at konfirmanderne offentligt tilkendegiver deres tro, men der er fortsat et betydeligt element af egentlig trosudøvelse ud over den offentlige proklamation, hvortil kommer, at konfirmanderne typisk er omkring 14 år og i retlig henseende er at betragte som børn, der “bør nyde særlig beskyttelse af deres personoplysninger”, jf. GDPR betragtning nr. 38.

8.6. Behandlingsbetingelser. Oplysninger om strafbare forhold

Oplysninger om strafbare forhold er overladt til national lovgivning, jf. GDPR artikel 10, og for Danmarks vedkommende finder vi den relevante regulering i DBL § 8.⁵¹ Denne bestemmelse sonder mellem behandling for offentlige myndigheder (stk. 1 og 2) og privates behandling (stk. 3 og 4). Eftersom “kompetente myndigheder med henblik på at forebygge, efterforske, afsløre eller retsforfølge strafbare handlinger eller fuldbyrde strafferetlige sanktioner” helt er undtaget forordningens og databeskyttelseslovens regler, jf. GDPR artikel 2, stk. 2, litra d, og ud fra den antagelse, at andre myndigheders brug af personbilleder om strafbare forhold er meget begrænset, behandles her kun privates brug af personbilleder. Her er § 8 af en eller anden grund opdelt i privates behandlinger, jf. stk. 3, og privates videregivelse, jf. stk. 4. Eftersom videregivelse også er en behandling, jf. GDPR artikel 4, nr. 2, forekommer opdelingen ikke overbevisende. Formuleringerne i de to bestemmelser er stort set identiske, og den eneste praktiske betydning synes at være, at der skal refereres til § 8, stk. 4, hvis situationen drejer sig om videregivelse.

Der er i realiteten tre relevante muligheder for behandling af personoplysninger om strafbare forhold:

8.6.1. Samtykke

Der gælder samme krav for samtykke til behandling (herunder videregivelse) af oplysninger om strafbare forhold, se ovenfor afsnit 8.4.1, og

51. På de relevante områder identisk med den tidligere bestemmelse i persondatalovens § 8. Se også ovenfor under afsnit 8.3.2.

på samme måde som ved de følsomme oplysninger kræves der “udtrykkeligt samtykke”, se ovenfor afsnit 8.5.1.

8.6.2. Vægtet afvejning

Efter stk. 3 kan behandling ske, “hvis det er nødvendigt til varetagelse af en berettiget interesse og denne interesse klart overstiger hensynet til den registrerede”. Efter stk. 4 kan videregivelse ske, “når det sker til varetagelse af offentlige eller private interesser, herunder hensynet til den pågældende selv, der klart overstiger hensynet til de interesser, der begrunder hemmeligholdelse”. Der synes ikke at være nogen reel forskel på de to formuleringer, der lægger op til, hvad man kunne kalde en vægtet afvejning: Behandling af en strafbar oplysning, f.eks. i form af et overvågningsbillede fra et indbrud i en butik uden for åbningstiden, kan kun ske, hvis der er hensyn, der “klart” overstiger den registreredes – her den afbildedes – interesser. Videregivelse til politiet falder oplagt ind under denne kategori. Indeholder et billede en oplysning om en strafbar handling, kan der foretages anmeldelse til politiet, og billedet kan videregives.

I forarbejderne til bestemmelsen lægges der op til, at afvejningsbestemmelsen kun undtagelsesvist kan finde anvendelse,⁵² og der gives ikke i øvrigt eksempler på, hvornår en sådan vægtet afvejning kunne lovliggøre videregivelsen af et personbillede. Normalt vil det derfor ikke være lovligt at offentliggøre et billede fra et overvågningskamera, selvom der er tale om en person, der tydeligvis er fanget på fersk gerning med fingrene nede i butikkens guldsmykker.

En sag, der har fået en del omtale i medierne, kan være belysende. Sagen er gengivet i UfR 2019.1415 H (Retsforfølgning for et forhold, for hvilket tiltalte tidligere var frifundet ved endelig dom, var i strid med forbuddet mod dobbeltstrafforfølgning). En ti-årig pige udsættes for en blotter. Moren anmelder episoden til politiet og skriver nærmere om denne på en Facebook-side, “Hjælper hinanden”, herunder en beskrivelse af gerningsmanden, der bl.a. var iført røde sko, rødt bælte og rød kasket. Moren får lov at gennemse det lokale supermarkeds tv-overvågning, identificerer manden og tager et billede, som hun dagen efter lægger på Facebook-siden. På den baggrund genkendes manden,

52. Betænkning 1565/2017, s. 238-239.

og en taxachauffør foretager en privat anholdelse. Manden tilstår og får en bøde på 2.500 kr., mens moren efterfølgende præsenteres for en bøde på 5.000 kr. for overtrædelse af persondataloven.

Den efterfølgende retlige behandling består i, at moren først tiltales efter en bestemmelse, der kriminaliserer videregivelse af tv-overvågningsbilleder.⁵³ Eftersom hun ikke har foretaget nogen tv-overvågning, frifindes hun. Herefter tiltales hun efter persondatalovens § 8, der svarer til DBL § 8. Hun dømmes i by- og landsret. Landsretten overvejer nøje, om videregivelsen er berettiget efter den vægtede afvejningsregel, men finder, at dette ikke er tilfældet. Landsretten lægger bl.a. vægt på, at moren på Facebook-siden bl.a. skrev: “jeg vil skide højt og flot på hans følelser”, et udsagn, der ikke indikerer, at moren som dataansvarlig har foretaget nogen som helst afvejning.

Sagen ankes til Højesteret, der *afviser* sagen med den begrundelse, at moren én gang var frifundet for forholdet, hvorfor man ikke kan slæbe hende i retten igen for samme forseelse. Højesteret tager således ikke stilling til det persondataretlige, men udelukkende det principielle i, at en frifindelse forhindrer, at man som borger kan generes med yderligere strafferetlige tiltag for samme handling.

Man kan ikke afvise, at der kan forekomme tilfælde, hvor en videregivelse af et overvågningsbillede kan være berettiget efter den vægtede afvejningsregel. Det kan dog kun være undtagelsesvis, og der skal foreligge særlige omstændigheder. Et tænkt eksempel kunne være, at politiet helt afviser at behandle en berettiget anmeldelse, hvorefter den dataansvarlige efter en nøje overvejelse muligvis kan begrunde en offentliggørelse i den vægtede afvejningsregel, jf. DBL § 8, stk. 4.

8.6.3. Andre grunde – især selvoftentliggørelse

Efter DBL § 8, stk. 5, kan behandling af oplysninger om strafbare forhold endvidere ske, hvis en af betingelserne om de følsomme oplysninger er opfyldt. Som ovenfor nævnt, afsnit 8.5.2, kan en følsom oplysning behandles, hvis den “tydeligvis er offentliggjort af den registrerede”. Det samme gælder så for behandling af strafbare oplysninger. Har en tidligere indsat offentliggjort et foto, der viser, at han var indsat,

53. Dagældende persondatalovs § 26 a, stk. 1, nu tv-overvågningslovens § 4 c, stk. 1. De nugældende regler er omtalt nedenfor afsnit 8.7.

kan dette billede viderebehandles med hjemmel i § 8, stk. 5. Om de nærmere betingelser for anvendelse af selvoffentliggørelsesreglen henvises til afsnit 8.5.2 ovenfor.

8.7. Personbilleder og tv-overvågning⁵⁴

Når der er tale om tv-overvågning, gælder persondatarettens regler, jf. DBL § 2, stk. 4. Hertil kommer tv-overvågningsloven (TVOL),⁵⁵ der dels regulerer spørgsmålet om, hvornår der overhovedet må foretages tv-overvågning, og dels regulerer den efterfølgende brug af lyd og billedoptagelser med personoplysninger. I det følgende omtales, hvad tv-overvågning består i, afsnit 8.7.1, en kort oversigt over, hvornår der må etableres tv-overvågning, afsnit 8.7.2, og endelig i afsnit 8.7.3 behandles spørgsmålet om begrænsninger i den efterfølgende behandling af lyd og billedoptagelser med personoplysninger. I hvert afsnit vil der blive koblet til de relevante persondataretlige regler.

8.7.1. Hvad er tv-overvågning

Tv-overvågning defineres i TVOL § 1, stk. 2:

“Ved tv-overvågning forstås vedvarende eller regelmæssigt gentagen personovervågning ved hjælp af fjernbetjent eller automatisk virkende tv-kamera, fotografiapparat eller lignende apparat. Lovens regler om tv-overvågning finder tilsvarende anvendelse på opsætning af sådant apparat med henblik på overvågning.”

Dette betyder *for det første*, at apparater, der opsættes f.eks. for at se, hvordan det står til med stærefamilien i den opsatte stærekasse, ikke er omfattet af loven. Hvis man opsætter overvågning for at beskytte sine husdyr mod ulve, vil dette heller ikke være omfattet af tv-overvågningsloven. I tilfælde af, at et menneske kommer med på optagelsen, vil der være tale om persondatabehandling.

54. Afsnit 8.7 er i nogen grad identisk med afsnit 6 i “Nyt kapitel om medier og persondata”, et supplerende kapitel om persondata til bøgerne Jakobsen & Schaumburg-Müller 2013 og Jakobsen & Schaumburg-Müller 2016.

55. Lovbekendtgørelse 1190/2007 som ændret ved lovene 713/2010, 422/2011, 736/2014, 1728/2016 og 506/2018.

For det andet indebærer § 1, stk. 2, at der skal være tale om automatisk optagelse. En person, der fotograferer rigtigt meget, bliver ikke omfattet af tv-overvågningsloven, men af bl.a. straffelovens (STL) regler om fotografering, især STL § 264 a. Omvendt behøver tv-overvågningen ikke foregå konstant. Det er tilstrækkeligt, at den foregår regelmæssigt, f.eks. med billeder op til hver halve time, jf. UfR 2005.2979 V (Læsø havn). Det er heller ikke en betingelse, at der samtidig foretages optagelse (lagring), idet kameraovervågning med monitorer også er omfattet.

For det tredje er selve opsætningen af et kamera med henblik på overvågning omfattet af forbuddet, jf. § 1, stk. 2, 2. pkt.

Hvorvidt lydoptagelse er omfattet, er næppe ganske klart. Efter den tidligere lov blev det antaget, at tv-overvågning kun angik det visuelle.⁵⁶ Nu regulerer § 4 c imidlertid efter sin ordlyd både billed- og lydoptagelse, og det mest nærliggende må være at antage, at det så gælder hele loven og ikke kun den enkelte paragraf. Den praktiske virkning er ikke af stor betydning. Hvis man f.eks. opsætter lydoptagelsesudstyr for at fange en solsorts sang, vil dette ikke være omfattet af tv-overvågningsloven, jf. kravet om “personovervågning”. Hvis der i optagelsen kommer (genkendelige) menneskestemmer med, må enhver efterfølgende behandling vurderes efter persondataretten. Hvis man derimod opsætter et apparat til at optage andres samtaler, må dette skulle følge kravene i tv-overvågningsloven. Endvidere bemærkes, at lydoptagelse uden egen deltagelse normalt vil være strafbar efter STL § 263, stk. 2, nr. 2.

8.7.2. Hvem må foretage tv-overvågning hvor?

For *private* gælder det, at de som udgangspunkt ikke må foretage tv-overvågning af “gade, vej, plads eller lignende område, som benyttes til almindelig færdsel”, jf. TVOL § 1, stk. 1. Der er undtagelser fra dette forbud, jf. § 2, kort omtalt nedenfor.

Man skal her være opmærksom på to forhold, der kan være lidt forvirrende.

For det første betyder “private” alle, som ikke udøver offentlig myndighed, dvs. privatpersoner, virksomheder, foreninger mv. En bank, der

56. Waaben & Nielsen 2015, s. 421.

ønsker at tv-overvåge ved en kontantautomat, og et benzinselskab, der ønsker at overvåge ubemandede tankstationer, er således "private" i tv-overvågningslovens forstand.

For det andet sondrer tv-overvågningsloven mellem forskellige steder: På "gade, vej, plads eller lignende område, som benyttes til almindelig færdsel" må private som udgangspunkt ikke tv-overvåge. På "steder eller lokaler, hvortil der er almindelig adgang", må private gerne tv-overvåge, men der er krav om skiltning, TVOL § 3. Det samme gælder arbejdspladser. Hertil kommer, hvad man kunne kalde rent private steder, hvor der hverken er almindelig færdsel eller almindelig adgang, og som ikke er en arbejdsplads. Denne kategori omfatter privates overvågning af egen lejlighed, overvågning af hus med have og overvågning af butikker uden for åbnings- og arbejdstid. Denne sidste kategori er ikke direkte omtalt i tv-overvågningsloven, men det følger indirekte, at tv-overvågning her er tilladt. Noget andet er selvfølgelig den videre brug af tv-overvågningsbilleder. Det spørgsmål behandles nedenfor afsnit 8.7.3.

Tv-overvågningsloven gælder sammen med andre love. Således indeholder straffeloven et forbud mod at optage andres samtaler, STL § 263, stk. 2, nr. 2, og fotografering mv. af andre personer på ikke frit tilgængeligt sted er strafbart efter STL § 264 a. Sidstnævnte bestemmelse kriminaliserer også iagttagelse ved hjælp af et apparat. Desuden er der selvfølgelig hele persondataretten med databeskyttelsesloven og -forordningen (GDPR). Her skal man blandt meget andet være opmærksom på privatundtagelsen i GDPR artikel 2, stk. 2, litra c, hvorefter behandling af personoplysninger, der foretages af en fysisk person som led i rent personlige eller familiemæssige aktiviteter, ikke er omfattet af persondatarettens regler. Undtagelsen gælder således ikke firmaer og foreninger, der ikke er fysiske personer, eller sagt på en anden måde er firmaers overvågning på f.eks. en arbejdsplads tilladt efter tv-overvågningsloven, mens de personoplysninger, der fremkommer herved, skal behandles efter persondatarettens mange regler. Der er også strikte krav til det personlige og familiemæssige. EU-Domstolen har i en tidligere sag fundet, at privat overvågning af egen indgang ikke faldt under undtagelsen, når tv-overvågningen rakte ind over offentlig vej og ind-

gangen til genboens hus.⁵⁷ Her er der god overensstemmelse mellem tv-overvågningsloven og persondataretten: Tv-overvågning af offentlig vej er som udgangspunkt ikke tilladt, TVOL § stk. 1, og sker der behandling af personoplysning, f.eks. ved at personer kommer med på overvågningsbilledet, skal denne behandling være i overensstemmelse med persondataretten regler.

Man kan overveje, hvorfor privatpersoners fotografering af personer på offentlige steder falder under undtagelsen i GDPR artikel 2, stk. 2, litra c,⁵⁸ mens dette ikke er tilfældet for tv-overvågning. Forskellen på de to situationer er imidlertid, at tv-overvågning er en mere intens og indgribende foranstaltning. Det giver således god mening at sige, at tv-overvågning af offentligt rum ikke kan være omfattet af undtagelsen i artikel 2, stk. 2, litra c, mens den langt mere sporadiske fotografering af personer i det offentlige rum ikke er nær så indgribende, hvorfor selve fotograferingen falder under privat-reglen i artikel 2, stk. 2, litra c.

Hvad angår forbuddet mod privates tv-overvågning af gade, vej, mv., er der i § 2 en længere række specifikke undtagelser. Dette gælder f.eks. erhvervmæssig overvågning af overdækkede butiksområder, hæveautomater og egne facader mv. Der er knyttet delvist forskellige betingelser til undtagelserne: Der skal normalt skiltes, men der er undtagelser fra dette krav, og i nogle tilfælde må der kun overvåges uden billedfiksering. Se nærmere i de forskellige bestemmelser i §§ 2 og 3.

Offentlige myndigheder må efter tv-overvågningsloven gerne foretage tv-overvågning – normalt med skiltning, jf. § 3 a – men andre love mv. skal naturligvis overholdes, herunder også forvaltningslovens regler, inklusive almindelige sagsbehandlingsregler og normer for god forvaltningsskik. Hertil kommer persondata- og strafferettens regler. Det ligger uden for nærværende fremstilling at give et mere indgående kendskab til de forskellige regler og de forskellige aktører. Der henvises til lovens til tider detaljerede bestemmelser og til speciallitteraturen.

57. EU-domstolens afgørelse af 11. december 2014 i sagen *Frantisek Rynes*, C-212/13. Dommen er afsagt efter det tidligere persondatadirektiv, men det samme må antages at gælde efter den nugældende forordning.

58. Se om dette ovenfor afsnit 8.2.2.

8.7.3. Hvad må man bruge optagelser til?

Den videre behandling af personoplysninger reguleres af især § 4 c, der i stk. 1 bestemmer, at billed- og lydoptagelser optaget i kriminalitetsforebyggende øjemed – hvilket er tilfældet for langt det meste tv-overvågning – kun må videregives, i tre tilfælde: (1) hvis der er udtrykkeligt samtykke fra de(n) registrerede, (2) hvis det følger af anden lov, eller (3) hvis videregivelsen sker til politiet i kriminalitetsforebyggende øjemed.

Hvad “udtrykkeligt samtykke” angår, er det en betingelse, vi kender fra persondataretten, og der henvises til afsnittene 8.4.1 og 8.5.1 ovenfor.

Hvad “anden lov” angår, kommer persondataretten i form af GDPR og databeskyttelsesloven ind i billedet. Indeholder overvågningsbilleder (eller lydoptagelser) personoplysninger, må man kategorisere oplysningen: Er der tale om en særligt følsom oplysning, en oplysning om strafbare forhold eller blot en almindelig oplysning? Og herefter må det afgøres, om der foreligger en lovhjemmel til persondatabehandlingen.

Et oplagt eksempel på en strafbar handling foreligger, hvor en indbrudstyv er fanget på optagelser i guldsmedebutikken uden for åbningstiden. Her skal DBL § 8, stk. 4, anvendes, jf. ovenfor afsnit 8.6.2. Videregivelse andet end til politiet vil normalt ikke være lovligt.

Som eksempel på følsomme oplysninger kunne man nævne en stedfars optagelse af steddatteren på badeværelset.⁵⁹ Behandlingen af sådanne billeder skal leve op til kravene i GDPR artikel 9 for at være lovlige, se nærmere ovenfor afsnit 8.5.

Eksempel på en almindelig personoplysning kunne være, at en tv-overvågning på privat grund fanger en god ven på vej ind på grunden for at ringe på. Viderebehandlingen af et sådant billede skal opfylde en af betingelserne i GDPR artikel 6, f.eks. samtykke eller afvejningsreglen, se nærmere ovenfor afsnit 8.4.

59. Et sådant tilfælde forslå i EMD *Söderman v Sverige* 12. nov. 2013 [GC]. Problemet var, at en sådan optagelse ikke var strafbar efter svensk ret, hvilket EMD fandt, udgjorde en krænkelse af EMRK artikel 8 om beskyttelse af privatlivets fred. En tilsvarende optagelse ville være strafbar i Danmark efter STL § 264 a.

Endelig er der den tredje tilladte behandling: *videregivelsen "til politiet i kriminalitetsopklarende øjemed"*. Reglen er helt i overensstemmelse med DBL § 8, stk. 4, og ville gælde allerede i medfør af TVOL § 4 c's henvisning til anden lov, men nu har den fået sin egen bestemmelse for en sikkerheds skyld.

Med § 4 c er der tillige tilladt en ordning, hvorefter erhvervsdrivende kan dele billeder af (formodede) gerningsmænd. Der er dog en række betingelser knyttet hertil: Der skal være tale om grovere kriminalitet (af "ikke bagatelagtig karakter", som det hedder i stk. 2, nr. 1), der skal være foretaget en anmeldelse af den kriminelle handling, der skal være grund til at tro, at de pågældende vil foretage en "ligeartet kriminalitet" mod kredsen af de erhvervsdrivende, og delingen må kun foregå inden for et lukket netværk, hvor få har adgang, jf. stk., nr. 1-4.

"Billed- og lydoptagelser med personoplysninger, der optages i forbindelse med tv-overvågning i kriminalitetsforebyggende øjemed" skal som udgangspunkt slettes efter 30 dage, jf. TVOL § 4 c, stk. 4, med nogle undtagelser, der nærmere er beskrevet i stk. 5.