



Datatilsynet og Digitaliseringsstyrelsen

Sendt til: kfo@datatilsynet.dk med kopi til akpe@datatilsynet.dk og Nanped@digst.dk.

23. januar 2025

Høringssvar over udkast til vejledning "Brug af cookies og lignende teknologier"

Danske Advokater takker for muligheden for at afgive høringssvar. Dette høringssvar er udarbejdet i samarbejde med Danske Advokaters fagudvalg for IT-ret og Danske IT-advokater.

Overordnede bemærkninger

Indledningsvist skal Danske Advokater bifalde, at Digitaliseringsstyrelsen og Datatilsynet samarbejder om at udarbejde en fælles vejledning om emnet. I takt med at digitale teknologier og data bliver mere og mere intensivt reguleret år for år, bliver det endnu mere vigtigt at sikre koordinering og samarbejde mellem de relevante myndigheder. Dette budskab fremgår da også af en nylig udtalelse fra EDPS (European Data Protection Supervisor) med overskriften "*Towards a Digital Clearinghouse 2.0*".¹

Vi ønsker i dette høringssvar at fremhæve enkelte centrale forhold, som vi henstiller til, bliver taget op til fornyet overvejelse, herunder særligt i relation til følgende:

- samspillet mellem de to omhandlede regelsæt (GDPR og cookiebekendtgørelsen / ePrivacy-direktivet),
- vigtigheden og værdien af databeskyttelse gennem design og standardindstillinger (jf. GDPR artikel 25) samt
- de potentielle negative konsekvenser af udkastets indskrænkende fortolkning af muligheden for at benytte interesseafvejningsreglen fremfor samtykke.

Målet med dette høringssvar er at bidrage konstruktivt til udformning af en regulering, der understøtter både de samfundsmæssige og teknologiske muligheder, samtidig med at potentielle risici håndteres på en effektiv og proportionel måde.

Generelle bemærkninger til samspillet mellem GDPR og cookiebekendtgørelsen / ePrivacy-direktivet

Generelt er vejledninger velegnede til at mindske den juridiske kompleksitet på et givent område, blandt andet ved at bidrage med udfyldning af bredt formulerede regler og krav. Disse fordele kan dog kun opnås, hvis vejledningen rent faktisk bidrager med konkrete svar og mere juridisk klarhed.

¹ [Towards a Digital Clearinghouse 2.0 | European Data Protection Supervisor](#), dateret 15. januar 2025.



I dette tilfælde berører vejledningen nogle emner, som efter vores opfattelse er præget af stor juridisk kompleksitet, som desværre ikke i tilstrækkelig grad afspejles i vejledningen.

For det første omtaler vejledningen blot "cookiebekendtgørelsen" uden en nærmere konkretisering heraf. Vi anbefaler derfor, at der foretages en konkret henvisning til "Bekendtgørelse nr. 1148 af 09/12/2011 om krav til information og samtykke ved lagring af eller adgang til oplysninger i slutbrugeres terminaludstyr".

Dernæst bør det tillige fremgå, at den omhandlede bekendtgørelse implementerer ePrivacy-direktivet², nærmere bestemt direktivets artikel 5, stk. 3. Denne EU-retlige baggrund har relevans i flere sammenhænge, herunder da Databeskyttelsesrådet (EDPB) har udgivet flere vejledninger om fortolkning af ePrivacy-direktivet, bl.a. og senest d. 16. oktober 2024, hvor den endelige udgave af en vejledning om netop artikel 5, stk. 3, blev offentliggjort.³

Anvendelsesområdet for interesseafvejningsreglen i relation til direkte og/eller målrettet markedsføring

Herudover finder vi anledning til at kommentere på vigtigheden af, at vejledningen ikke efterlader læserne med et indtryk af, at enhver form for dataindsamling om brugere på nettet kræver samtykke.

Dette budskab fremgår i udgangspunktet af udkastets side 8 under overskriften "Behandlingsgrundlag", hvor både samtykke og interesseafvejningsreglen nævnes som mulige behandlingsgrundlag, uden at betone det ene fremfor det andet. Derimod efterlader den blå kasse på side 10 med overskriften "I detaljen" et helt andet indtryk, idet der bl.a. fremgår følgende:

"Brugen af denne såkaldte interesseafvejningsregel forudsætter en konkret vurdering. Du skal konkret afveje din legitime interesse i at behandle oplysningerne mod brugernes interesse i, at oplysningerne ikke behandles.

Det bemærkes også, at interesseafvejningsreglen ikke almindeligvis vil kunne udgøre et behandlingsgrundlag til brug for målrettet markedsføring på baggrund af oplysninger om brugernes adfærd på tværs af tjenester og lokation ved hjælp af cookies og lignende teknologier. I de tilfælde vil det korrekte behandlingsgrundlag derimod være samtykke fra brugerne."

I en fodnote henvises der til "eksempel 10 i Datatilsynets vejledning om direkte markedsføring".

Vi anbefaler, at dette væsentlige emne konkretiseres yderligere i den endelige udgave af vejledningen. Eksempelvis kan det med fordel nævnes, at præambelbetragtning 47 i GDPR generelt åbner op for en

² [Direktiv - 2002/58 - EN - EUR-Lex](#) af 12. juli 2002.

³ [Guidelines 2/2023 on Technical Scope of Art. 5\(3\) of ePrivacy Directive | European Data Protection Board](#), dateret 16. oktober 2024.



bred anvendelse af interesseafvejningsreglen i GDPR artikel 6, stk. 1, litra f). Det fremgår tillige af Datatilsynets ”*vejledning om direkte markedsføring*” (dateret juni 2023), at interesseafvejningsreglen generelt er anvendelig i relation til direkte markedsføring, se bl.a. side 10-15. Hertil kommer, at EU-Domstolen i en dom dateret 4. oktober 2024 har slået fast, at også kommercielle interesser kan tillægges vægt i forbindelse med gennemførelsen af en interesseafvejning.

En relevant nuancering kan hentes fra Datatilsynets vejledning ”*Behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende*” (dateret februar 2020), som den nye vejledning formodes at skulle erstatte. I denne forbindelse er særligt scenarie 1 på side 10 af væsentlig relevans, idet det her anføres, at behandlingsgrundlaget *legitim interesse* under visse omstændigheder kan anvendes lovligt i en markedsføringskontekst. Dette scenarie kan således tjene som et fortolkningsbidrag ved vurderingen af anvendelsesmulighederne for legitim interesse inden for rammerne af den nye vejledning.

Vi bemærker også at legitim interesse kan være relevant hjemmel for opsamling og behandling af data i forbindelse med indsamling af statistiske data samt detektering eller hindring af misbrug eller for andre sikkerhedstiltag.

Endeligt kan mitigerende foranstaltninger, f.eks. dataminimering, pseudonymisering, kryptering, mv., medvirke til øget databeskyttelse og dermed også en øget mulighed for at benytte interesseafvejningsreglen som behandlingsgrundlag.

Hvis ikke ovennævnte nuancer medtages i den endelige vejledning, er der en risiko for, at samtykke vil blive anvendt bredt og ukritisk, også bredere end de bagvedliggende regler tilsiger. Det kan have en række negative konsekvenser, både for virksomheders kommercielle interesser, men også for den reelle, praktiske databeskyttelse. Der foreligger omfattende forskning, der indikerer, at en overdreven og unødvendig anvendelse af samtykke kan føre til det fænomen, der betegnes som ”*samtykke træthed*” (”consent fatigue”, red.). Dette medfører, at værdien af det afgivne samtykke gradvist udhules, idet brugere i stigende grad bliver afkrævet at give samtykke i alle mulige slags sammenhænge, herunder på hjemmesider, applikationer, digitale tjenester, IoT-enheder, mv. Hyppigheden og omfanget af disse samtykkeanmodninger kan resultere i, at brugernes opmærksomhed og kritiske stillingtagen til samtykkets indhold reduceres, hvilket potentielt kan underminere det formål, som samtykkekravet er tiltænkt at varetage.

Vigtigheden af Databeskyttelse gennem Design og Standardindstillinger

I forlængelse af forrige afsnit anbefaler vi tillige, at der i vejledningen medtages et særskilt afsnit om vigtigheden og værdien af sikre ”*Databeskyttelse gennem Design og Standardindstillinger*” i forbindelse med brugen af cookies og lignende teknologier. Dette krav følger således af GDPR artikel 25, og til eksempel skriver Datatilsynet følgende i den tidligere nævnte vejledning om ”*Direkte markedsføring*” fra 2023:

”Du skal planlægge dine markedsføringsaktiviteter, så du kan tage højde for databeskyttelsesreglerne, før aktiviteterne påbegyndes. I den forbindelse skal du følge en tilgang, som bygger på databeskyttelse gennem design og gennem standardindstillinger, jf.



databeskyttelsesforordningens artikel 25, og som tager højde for databeskyttelsesreglerne allerede fra begyndelsen. Det indebærer bl.a., at du allerede fra start skal overveje, hvordan du tilrettelægger din markedsføringsaktivitet, så du opnår dit formål ved behandling af færrest muligt personoplysninger, samt overveje hvordan du faciliterer de registreredes mulighed for at gøre indsigelse.”

Et tilsvarende budskab kunne passende medtages i den nye vejledning, herunder med en fremhævelse af, at jo større en indsats den dataansvarlige ligger i at sikre eksempelvis dataminimering, pseudonymisering, kryptering, løbende sletning, mv., jo større vil råderummet være i relation til at kunne anvende interesseafvejningsreglen i scenarier, hvor et samtykke formelt set ikke er påkrævet ifølge ePrivacy-direktivet. Og i scenarier, hvor et samtykke rent faktisk skal/bliver indhentet, vil det tillige være relevant at efterleve GDPR artikel 25 i forbindelse med opsætning af samtykkeløsningen.

Afsluttende bemærkninger

Opsummerende er det vores opfattelse, at udkastet til vejledningen ikke i tilstrækkeligt omfang afspejler kompleksiteten af det emne, den dækker, herunder samspillet mellem de bagvedliggende retskilder. Dette understreges da også af, at det netop er ovenstående emner, som har ført til, at udkastet til ePrivacy-forordning fra 2017 aldrig er blevet vedtaget. På EU-parlamentets hjemmeside ”Legislative Train” beskrives de kuldsejlede forhandlinger om forordningen på følgende måde:⁴

“Among the issues discussed: the need to clarify the relationship between e-Privacy and the GDPR; privacy settings; the legal grounds for data processing other than consent, as well as the applicability of the new rules to service providers assisting competent authorities for national security purposes, and the concept of public interests as a basis justifying restrictive measures”

Danske Advokater står gerne til rådighed for uddybende spørgsmål eller dialog.

Med venlig hilsen

Charlotte Hvid Olavsgaard
Juridisk konsulent

⁴ [Legislative Train Schedule](#)