

NOTAT

ISOBRO
Att. Mette Grovermann

E-mail: mg@isobro.dk

12. december 2018

Ref. nr.: 00520-001 tjo/tjo

Vedrørende optagelse af telefonsamtaler

1. Generelt

- 1.1 Som aftalt skal jer hermed vende tilbage med et overordnet notat vedrørende optagelse af telefonsamtaler og fastlæggelse af det relevante retsgrundlag herfor i persondataforordningen. Det juridiske grundlag for min vurdering er således de persondataretlige regler. Jeg kommer ikke nærmere ind på de strafferetlige regler, og jeg vil heller ikke berøre optagelse eller aflytning i kriminalitetsforebyggende øjemed.
- 1.2 Efter aftale med ISOBRO er der ikke nedenfor foretaget en fuldstændig gennemgang af relevante bestemmelser, principper og definitioner i persondataforordningen. Vi står selvsagt til rådighed for en uddybning heraf.
- 1.3 Notatet fokuserer på retsgrundlaget for behandling af oplysninger om den aktuelle eller potentielle bidragsyder og altså ikke på de medarbejdere, som der ligeledes behandles personoplysninger om som led i optagelse af telefonsamtalerne. Efter det for os oplyste, vil der typisk altid blive indhentes samtykke fra medarbejdere.

2. Juridisk grundlag for optagelse af telefonsamtaler

- 2.1 Optagelse af telefonsamtaler og den efterfølgende digitale lagring og behandling af sådanne er en behandling af personoplysninger omfattet af persondataforordningen. Enhver behandling af personoplysninger skal blandt andet være lovlig, rimelig og gennemsigtig, og der skal foreligge en egentlig hjemmel til behandlingen. Videre gælder der et generelt princip om dataminimering, og således må der ikke indsamles oplysninger, som ikke er nødvendige i forhold til det formål, hvortil de behandles. Den registrerede har

ligeledes krav på at modtage de oplysninger, som følger af persondataforordningens Art 13. Sådanne oplysninger skal give samtidighed med, at der foretages indsamling af oplysninger fra den registrerede. Det er den dataansvarlige, som skal sikre, at der er hjemmel til behandling af personoplysninger samt, at behandlingen i øvrigt er lovlig, rimelig og gennemsigtig samt begrænset til det nødvendige.

2.2 Det juridiske grundlag for optagelse af telefonsamtaler, hvori der ikke indgår særlige kategorier af personoplysninger - følsomme personoplysninger - vil enten være samtykke eller den dataansvarliges legitime interesser, jf. persondataforordningens Art 6 (1)(a) eller Art 6 (1)(f). Datatilsynet har tidligere afgivet forskellige udtalelser herom. Det bemærkes, at udtalelserne er afgivet i henhold til den tidligere persondatalov, men persondataforordningen medfører ikke umiddelbart nogen materielle ændringer i forståelsen eller anvendelsen af samtykke eller legitime interesser i forhold til optagelse af telefonsamtaler.

2.3 Anvendelsen af legitime interesser som hjemmelsgrundlag forudsætter dels identifikation af en legitim interesse hos den dataansvarlige, dels at behandlingen af personoplysningerne er nødvendig for opfyldelse af denne identificerede legitime interesse, og dels at der foretages en afvejning af, om den dataansvarliges legitime interesse går forud for den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder.

2.4 Optagelse af telefonsamtaler, hvori der indgår følsomme personoplysninger såsom fx helbredsoplysninger, forudsætter indhentelse af samtykke, idet der ikke i Art 9 i persondataforordningen er hjemmel til behandling af sådanne personoplysninger på basis af legitime interesser. Videre vil optagelse af telefonsamtaler, hvori der indgår oplysninger om CPR-nr., ligeledes forudsætte samtykke, idet der heller ikke i forhold til behandling af CPR-nr. foreligger en hjemmelsmulighed baseret på legitime interesser, jf. databeskyttelseslovens § 11, stk. 2 samt persondataforordningens Art 9.

3. Datatilsynets praksis

3.1 Udtalelse af 27. januar 2004 (j.nr. 2002-215-0103 - vedlagt)

3.1.1 Datatilsynet udstak i denne sag ”*vejledende retningslinjer vedrørende optagelse af telefonsamtaler*”. Det fremgår af udtalelsen, at optagelse af almindelige (ikke-følsomme)

oplysninger vil kunne ske enten i medfør af Persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 1 (samtykkehjemlen), hvis den registrerede havde givet sit udtrykkelige samtykke dertil eller i medfør af persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7 (interesseafvejningsreglen), hvis behandlingen er nødvendig for, at den dataansvarlige kan forfølge en berettiget interesse, og hensynet til den registrerede ikke overstiger denne interesse. Datatilsynet udtalte videre, at det beror på en konkret interesseafvejning i det enkelte tilfælde og er afhængig af formålet med optagelserne, om der kan ske optagelse af telefonsamtaler uden samtykke fra de registrerede i medfør af § 6, stk. 1, nr. 7.

- 3.1.2 I samme udtalelse henviser Datatilsynet til en anden sag (uden angivelse af journalnummer), hvor optagelserne skulle bruges i forbindelse med uddannelse af medarbejdere. I denne udtalte Datatilsynet, at det var Tilsynets umiddelbare opfattelse, at optagelse og lagring af telefonsamtaler, som udgangspunkt burde baseres på et samtykke fra alle, der registreredes oplysninger om, jf. § 6, stk. 1, nr. 1. Datatilsynet kunne dog ikke udelukke, at der under ganske særlige omstændigheder kunne foreligge en berettiget interesse, der kunne nødvendiggøre optagelse uden samtykke, og hvor behandling kunne finde sted med hjemmel i interesseafvejningsreglen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7. Datatilsynet anbefalede, at selskabet enten baserede optagelse af telefonsamtaler på et samtykke fra såvel den enkelte medarbejder som den enkelte kunde - eller foretog anonymisering.
- 3.1.3 Videre og fortsat i samme udtalelse henviser Datatilsynet til endnu en sag (uden angivelse af journalnummer) om optagelse af telefonsamtaler. Denne vedrørte en banks optagelse af telefonsamtaler med bankens dealere vedrørende indgåelse af aftaler/handler med valuta, aktier, obligationer og andre finansielle ydelser - såkaldte strakshandler. Datatilsynet udtalte i denne sag, at det ikke kunne udelukkes, at en bank inden for rammerne af § 6, stk. 1, nr. 7, uden samtykke fra de registrerede ville kunne optage og registrere sådanne samtaler. Det var således Datatilsynets opfattelse, at det måtte tillægges betydning, at banken havde en interesse i senere at kunne dokumentere, hvorvidt der var blevet indgået en aftale. Det kunne også tillægges vægt, at de ansatte var bekendt med, at visse samtaler ville blive dokumenteret (optaget), og at der var telefoner til stede, hvorfra samtaler ikke ville blive dokumenteret. Endvidere kunne det efter Datatilsynets opfattelse tillægges en vis betydning, at det efter det oplyste var

kutyme i branchen at optage telefonsamtaler for at kunne dokumentere handler. Datatilsynet understregede dog, at der var tale om en umiddelbar vurdering baseret på de foreliggende oplysninger.

3.1.4 Ovenstående udtalelse indeholder ligeledes en generel kortfattet beskrivelse af oplysningsforpligtelsen som gælder overfor såvel medarbejdere som dem, der er i den anden ende af røret.

3.2 Udtalelse af 3. juli 2015 (j.nr. 2013-631-0053 - vedlagt)

3.2.1 Denne udtalelse bidrager ikke yderligere til belysning af eventuelt krav om samtykke, idet optagelse af telefonsamtaler ikke var genstanden for udtalelsen som sådan. Det fremgår således blot, at Datatilsynet dels finder det meget beklageligt, at Natur Energi A/S' kunder ikke var blevet oplyst om optagelsen af telefonsamtalerne samt, at der, efter at være udtalt kritik af Natur Energi A/S om en forudgående sikkerhedsbrist og flere andre forhold, var blevet indhentet skriftligt samtykke fra medarbejderne i Natur Energi A/S til brug for optagelse af telefonsamtaler med Natur Energis kunder og afslutningsvist, at Datatilsynet i øvrigt forbeholdte sig sin stillingtagen til Natur-Energi A/S' behandling af optagelser med samtaler fra kunderne i eventuelle fremtidige klage- eller tilsynssager.

3.3 Udtalelse af 27. august 2015 (j.nr. 2013-212-0144 - vedlagt)

3.3.1 Denne sag vedrørte en klage over optagelse af telefonsamtaler mellem klageren og Trefor A/S' kundeservice. Trefor A/S havde i forbindelse med sagen oplyst at:

- klager blev oplyst om optagelsen,
- det var ca. 20-25 % tilfældigt udvalgte telefonsamtaler, der blev optaget,
- optagelsen var med henblik på uddannelse og til brug for dokumentation af at serviceniveauet mellem Trefor A/S og deres databehandler, CGI Danmark, som varetog den telefoniske kundeservicefunktion, overholdt det aftalte kvalitetsniveau,
- samtalerne ligeledes blev optaget til dokumentation af produktbestillinger, til- og framelding og andre økonomiske transaktioner.

- 3.3.2 Datatilsynet lægger ud med at fastslå, at spørgsmålet om private virksomheders adgang til at foretage optagelse af telefonsamtaler skal vurderes efter den daværende persondatalovs § 6, stk. 1, nr. 1 (samtykke) og nr. 7 (interesseafvejning). Herefter gentager Datatilsynet sin grundlæggende opfattelse af, at optagelse og lagring af telefonsamtaler som udgangspunkt bør baseres på et samtykke fra alle, der registreres oplysninger om mm., at der foreligger ganske særlig omstændigheder, som begrunder optagelse med hjemmel i interesseafvejningsreglen i § 6, stk. 1, nr. 7. Det var Datatilsynets vurdering, at Trefor A/S ikke havde godtgjort, at der forelå omstændigheder, der nødvendiggjorde optagelse af samtalerne uden samtykke fra klageren. Med andre ord var Trefor A/S ikke kommet med nogen argumenter, som gjorde, at interesseafvejningen tippede over til fordel for virksomheden.
- 3.4 Ofte stillede spørgsmål - FAQ fra Datatilsynet - senest opdateret d. 22. november 2017 (vedlagt i uddrag)
- 3.4.1 Det fremgår af denne FAQ, som svar på spørgsmålet *"Må en virksomhed optage telefonsamtaler, fx ved kald til kundeservice eller lignende"*, at *"...en virksomhed som udgangspunkt kun kan optage telefonsamtaler fx til uddannelsesmæssige formål, hvis alle, som der registreres oplysninger om i forbindelse med samtalen, har givet samtykke hertil."*
- 3.5 Vi har i april/maj måned i år i forbindelse med en anden sag drøftet Datatilsynets holdning med Tilsynet og spurgt ind til yderligere praksis på området. Datatilsynet oplyste ved den lejlighed, at der er utallige (ikke-offentliggjorte) afgørelser om emnet, hvoraf der i de fleste tilfælde er stillet krav om samtykke. Typisk er sagerne foranlediget af en kundeklage og vedrører dermed primært krav om indhentelse af samtykke fra den kunde, hvis samtale bliver optaget. Datatilsynet oplyste endvidere, at det er Tilsynets klare holdning, at der skal indhentes samtykke fra alle medarbejdere i de tilfælde, hvor telefonsamtaler optages til brug for uddannelse og træning af medarbejdere.
4. **Særligt vedrørende almenvelgørende organisationer**
- 4.1 Generelt

- 4.1.1 Vi har ikke umiddelbart kunne identificere nogle afgørelser eller udtalelser fra Datatilsynet, som relaterer sig til optagelse af telefonsamtaler mellem en almenvælgørende organisation og en aktuel eller potentiel bidragyder. Således synes alle de offentliggjorte udtalelser fra Datatilsynet at vedrøre samtaler mellem kommercielle virksomheder og kunder/forbrugere.
- 4.1.2 ISOBRO har udarbejdet et kortfattet notat om optagelser af telemarketing samtaler. I notatet redegør ISOBRO for, hvorledes almenvælgørende organisationer kan siges at indtage en særlig stilling i samfundet samt hvilke hensyn der, som en konsekvens af denne særstilling, i henhold til ISOBRO muligvis kan tale for anvendelse af interesseafvejningsreglen som hjemmel til optagelse af telefonsamtaler med potentielle eller aktuelle bidragydere. Notatet er vedlagt. Der har ligeledes været afholdt møde mellem undertegnede og ISOBRO samt repræsentanter fra Dansk Røde Kors til afklaring og uddybning af de forskellige forhold relateret til organisationernes virke.
- 4.1.3 De almenvælgørende organisationer, der er relevante i forhold til nærværende notat, er de organisationer, der er godkendt i henhold til ligningslovens § 8 A. Gældende for disse organisationer er følgende, jf. ligningslovens § 8 A, stk. 2:
- ”Det skal af vedtægter, fundats el. lign. fremgå, at formålet er almenvælgørende, dvs. at midlerne alene kan anvendes til støtte for en videre kreds af personer, som er i økonomisk trang eller har vanskelige økonomiske forhold, eller til et formål, som ud fra en i befolkningen almindeligt herskende opfattelse kan karakteriseres som nyttigt, og som kommer en vis større kreds til gode, eller at der er tale om et trossamfund. Det skal tilsvarende fremgå, at et likvidationsprovenu eller overskud ved opløsning skal tilfalde en anden vælgørende forening m.v.”*
- 4.1.4 Ifølge ISOBRO ligger det i direkte forlængelse af kravet om det almenvælgørende formål, at organisationerne netop skal indsamle midler til opfyldelse af deres almenvælgørende formål. Bidrag er fradragsberettiget op til et vist beløb for bidragyderen.
- 4.1.5 De almenvælgørende organisationer er underlagt Indsamlingsnævnets kompetence. Der gælder etiske retningslinjer for organisationernes indsamlinger, og der etableret klagemulighed til Indsamlingsnævnet for så vidt angår de indsamlinger, der er omfattet af indsamlingsloven. I tillæg hertil har ISOBRO etableret egne etiske retningslinjer og et

særskilt branchenævn, der behandler klager over indsamlinger, der ikke er omfattet af indsamlingsloven.

4.1.6 Det er min forståelse, at det primære fokus for organisationerne i forbindelse med optagelse af telefonsamtaler er optagelse af de udgående samtaler. Typisk vil der være tale om en samtale mellem en organisation og en potentiel bidrager, som ikke nødvendigvis har nogen forudgående historik, fx i forbindelse med hvervning af medlemmer. Der kan også være tale om samtaler mellem en organisation og en person, som tidligere har givet et bidrag til den pågældende organisation. Fælles for begge typer af opkald er, at det er organisationen, som så at sige "vil have noget" - det er ikke modtageren af opkaldet, som har "brug for noget".

4.2 Organisationernes stilling i samfundet

4.2.1 Almenvælgørende organisationerne har en særlig stilling i samfundet. De udfører ikke deres opgaver med henblik på afkast til dem selv, men derimod overordnet set i samfundets interesse derved, at de hjælper en række forskelligartede samfundsgrupper, som er stillet økonomisk vanskeligt, eller de virker til formål, som ud fra en i befolkningen almindeligt herskende opfattelse kan karakteriseres som nyttige, alternativt at der er tale om et trossamfund.

4.3 Formål - uddannelse og kvalitetssikring

4.3.1 Det overordnede formål med de almenvælgørende organisationers optagelse af telefonsamtaler er ifølge ISOBRO at sikre veluddannede "phonere". Dette rummer efter det oplyste flere lag. For det første er det helt afgørende, at tonen og dialogen er ordentlig og i overensstemmelse med de etiske retningslinjer gældende for de almenvælgørende organisationer. Organisationerne er indbyrdes afhængige her, idet den, der er genstand for et opkald, typisk ikke umiddelbart efter et "dårligt" opkald husker eller skelner mellem, om det var den ene eller den anden organisation - erfaringsmæssigt efter det oplyste husker vedkommende bare, at det var nogen, som ville samle penge ind. En dårlig oplevelse med bare en dårlig "phoner" falder således potentielt negativt tilbage på alle organisationerne. For det andet, og idet organisationerne i udgangspunktet forsøger at "sælge" noget, som folk ikke nødvendigvis instinktivt har brug for eller vil have, så

forudsættes der et højt kompetenceniveau hos "phonerne", og den løbende uddannelse af disse er således helt afgørende.

5. Juridisk vurdering

5.1 De to umiddelbare hjemmelsgrundlag er som også beskrevet ovenfor enten samtykke eller den dataansvarlige organisations legitime interesser. Hertil kommer at behandlingen skal være i overensstemmelse med de generelle principper herunder principperne om lovlighed, rimelig og gennemsigtighed samt dataminimeringsprincippet.

5.2 Legitime interesser

5.2.1 Anvendelsen af legitime interesser som hjemmelsgrundlag forudsætter, at behandlingen (altså optagelserne) er nødvendig for, at den dataansvarlige (organisationen) kan forfølge en legitim interesse, og at den registreredes (den potentielle eller aktuelle bidragsydere) interesse eller grundlæggende rettigheder eller frihedsrettigheder, der kræver beskyttelse af personoplysninger, ikke går forud herfor. Uddannelse og kvalitetssikring er uden tvivl legitime interesser, men baseret på Datatilsynets praksis, er der meget, som taler for, at afvejningen som den helt klare hovedregel altid vil falde ud til fordel for den registrerede. Det er således meget svært at godtgøre, at det er nødvendigt for uddannelse og kvalitetssikring at telefonsamtaler optages uden samtykke.

5.2.2 Det er min vurdering, at der skal meget tungtvejende grunde til optagelse af telefonsamtaler uden samtykke fra de registrerede til uddannelsesmæssige formål. Hertil kommer, at formålet - altså uddannelse - muligvis kunne opfyldes med mindre indgribende midler, fx mulighed for at en kollega lytter med på en ny medarbejders x-antal første kald. Til dette skal dog bemærkes, at organisationerne som følge af deres følsomhed umiddelbart slet ikke tåler en fejlmargen, hvorfor det ikke vil være tilstrækkeligt kun at monitorere de første kald.

5.2.3 Optagelserne vil primært vedrøre udgående kald, hvor den person, der er genstand for opkaldet, ikke er i noget afhængighedsforhold til den almenvelgørende organisation. Med afhængighedsforhold sigtes der til en form for kommerciel afhængighed, som kan begrunde en større forståelse for optagelse af telefonsamtalen, og derigennem en større vilje til at give sit samtykke. Det kan i hvert fald ikke udelukkes, at selve det at skulle

bede om samtykke som det første, når organisationen ringer op, vil medføre en sådan barriere, at man slet ikke når til at tale medlemskab eller bidrag. Herved kan der muligvis argumenteres for, at organisationerne slet ikke har mulighed for at udføre indsamlingsaktiviteter i et tilstrækkeligt omfang. Alternativt, hvis samtykke ikke gives, er der risiko for, at det bydende nødvendige kvalitetsniveau i samtalen ikke kan sikres. Et andet hensyn, som også kan tale til fordel for, at interesseafvejningen muligvis kan falde ud til fordel for organisationerne, er, at det er en tungt reguleret sektor som samtidig er ekstrem sårbar overfor klager og påstande om uetisk opførsel. Uddannelse og kvalitetssikring i donationsøjemed er således helt afgørende. Organisationerne skal nødvendigvis nyde en høj grad af tillid i samfundet, for at de kan indsamle midler. Denne indsamling er nødvendig for, at organisationerne kan varetage deres primære formål, og kommer i øvrigt også til udtryk i flere af organisationernes vedtægter. Tilliden er betinget af mange faktorer, herunder organisationernes kontakt til omverdenen og forvaltningen af deres midler. Det er muligt, at hensynet til at bevare denne tillid, herunder ved kontrol af "phonere", hvilket bedst kan varetages ved optagelse af telefonsamtaler, kan tale for, at organisationernes interesse bør gå forud for den registreredes.

- 5.2.4 Det er min vurdering, at der er mange forhold, som adskiller de almenvælgørende organisationer fra de "almindelige" kommercielle virksomheder, der har været genstand for Datatilsynets tidligere udtalelser. Omvendt er det klart med udgangspunkt i Datatilsynets eksisterende praksis, at der næsten skal uoverstigeligt meget til førend, at optagelse af telefonsamtaler kan baseres på interesseafvejningsreglen. Forudsat at organisationerne i forbindelse med opfyldelse af deres oplysningsforpligtelse i medfør af Art 13 er indstillede på dér telefonisk, at give den potentielle bidragyder mulighed for at gøre indsigelse mod forsat behandling og lagring af telefonsamtalen samt, at sørge for efterfølgende anonymisering af de samtaler, hvis behandling der ikke gøres indsigelse imod, så er det min vurdering, at det ikke kan udelukkes, at interesseafvejningen kan falde ud til fordel for de almenvælgørende organisationer, og at samtalerne kan optages med hjemmel i interesseafvejningsreglen i Art 6 (1)(f).

5.3 Samtykke

- 5.3.1 Anvendelsen af samtykke som hjemmelsgrundlag forudsætter, at samtykket lever op til betingelserne for et gyldigt samtykke. Samtykke er i persondataforordningens Art 4 (1) defineret som *"Enhver, frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse, hvorved den registrerede ved erklæring eller klar bekræftelse indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende, gøres til genstand for behandling."*
- 5.3.2 Formålet med et samtykke er blandt andet at give de registrerede et valg og ikke mindst kontrol over personoplysninger om dem selv. Et samtykke anses derfor ikke for at være afgivet frivilligt, hvis den registrerede ikke har et reelt eller frit valg. I kravet om et specifikt samtykke ligger, at samtykke skal være konkretiseret i den forstand, at det klart og utvetydigt fremgår, hvad det er, der meddeles samtykke til. Det skal af et meddelt samtykke fremgå, hvilke typer af oplysninger der må behandles, hvem der kan foretage behandling af oplysningerne, og til hvilket formål behandlingen kan ske. I kravet om, at samtykket skal være informeret, ligger, at den registrerede skal være klar over, hvad det er, vedkommende meddeler samtykke til. Endelig er det et krav, at den registrerede, inden samtykke gives, oplyses om, at samtykket kan trækkes tilbage.
- 5.3.3 Det er organisationen, som har bevisbyrden for, at der er indhentet et gyldigt samtykke. Generelt bemærkes, at det ikke vil være rimeligt, hvis det er helt umuligt at komme i kontakt med en organisation, som man fx har et bidragyderforhold til uden, at man fx skal møde fysisk op eller sende et fysisk brev. Såfremt der ikke er tilsvarende kommunikationsmuligheder for dem, som ikke ønsker at samtykke, så er det muligt, at samtykket i sig selv ikke vil blive anset for frivilligt.
- 5.4 Følsomme oplysninger
- 5.4.1 Optagelse af telefonsamtaler, hvori der indgår følsomme personoplysninger såsom fx helbredsoplysninger, forudsætter som også tidligere nævnt indhentelse af samtykke, idet der ikke i Art 9 i persondataforordningen er hjemmel til behandling af sådanne personoplysninger på basis af legitime interesser. Videre vil optagelse af telefonsamtaler, hvori der indgår oplysninger om CPR-nr., ligeledes forudsætte samtykke, jf. databeskyttelseslovens § 11, stk. 2 samt persondataforordningens Art 9.
- 5.5 Øvrige krav

5.5.1 Uanset hvilken hjemmel optagelse af telefonsamtaler baseres på, så skal behandlingen - herunder også indsamlingen - leve op til de generelle principper i persondataforordningens Art 5 og ligeledes overholde reglerne om den dataansvarliges oplysningsforpligtelse. For så vidt angår oplysningsforpligtelsen henviser jeg til rettighedsvejledningen, som er udgivet af Datatilsynet og, som er tilgængelig på Datatilsynets hjemmeside.

--oo0oo--

Såfremt ovenstående giver anledning til spørgsmål eller kommentarer, så står vi selvfølgelig til rådighed.

København, den 12. december 2018


Tanja Blichfeldt Johnsen
Advokat, partner