

UiO : **Det juridiske fakultet**

Offentlige myndigheters bruk av samtykke som rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger

Kandidatnummer: 208

Leveringsfrist: 01.06.2022

Antall ord: 29.977



Innholdsfortegnelse

1. Innledning	3
1.1. Om konteksten	3
1.2. Om problemstillingen	4
1.3. Om fremstillingen	5
2. Metode og sentrale rettskilder	5
2.1. EØS-rettslig metode ved fortolkning av EU-rettsakter	5
2.2. Forholdet til norsk lov	6
2.3. Fortale og forarbeider	7
2.4. Rettspraksis	7
2.4.1. EU- og EFTA-domstolene	7
2.4.2. Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen	8
2.4.3. Nasjonale domstoler	9
2.4.4. Særlig om dommer som omhandler Personverndirektivet	9
2.5. Uttalelser og vedtak fra tilsynsmyndigheter	10
2.6. Personvernrådets uttalelser	10
2.7. Grunnleggende rettigheter og friheter	10
2.7.1. Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen	10
2.7.2. Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter	11
3. Den generelle personvernforordningen	12
3.1. Innledning	12
3.2. Formål	12
3.3. Virkeområde	13
3.4. Sentrale aktører	13
3.4.1. Den registrerte	13
3.4.2. Behandlingsansvarlig	14
3.4.3. Databehandler	14
3.4.4. Offentlige myndigheter	15
3.4.5. Nasjonale tilsynsmyndigheter	15
3.4.6. Personvernrådet	16
3.5. Sentrale begreper	16
3.5.1. Personopplysning	16
3.5.2. Behandling	16
3.6. Grunnleggende prinsipper	16
4. Rettslig grunnlag for behandling	19
4.1. Innledning	19
4.2. Behandlingsgrunnlagene i personvernforordningen artikkel 6	19
4.3. Om «særlige kategorier av personopplysninger»	20
4.4. Viktigheten av å velge rett behandlingsgrunnlag	21

5. Samtykke etter personvernforordningen	22
5.1. Innledning	22
5.2. Frivillig	23
5.2.1. Betinget samtykke	23
5.2.2. Reell valgfrihet	24
5.2.3. Maktforholdet mellom partene	25
5.2.4. Negative konsekvenser	25
5.3. Spesifikt	25
5.4. Informert	26
5.5. Utvetydig	28
5.6. Uttrykkelig samtykke	28
5.7. Plikt til å påvise samtykke	29
5.8. Rett til å trekke tilbake samtykke	29
6. Offentlige myndigheter og den registrertes samtykke	30
6.1. Innledning	30
6.2. Forordningens ordlyd og begrensninger	30
6.3. Fortalen	31
6.4. Rekkevidden av «offentlige myndigheter»	32
6.5. Myndighetsutøvelse som utslagsgivende moment	35
6.5.1. Innledning	35
6.5.2. Rent administrative oppgaver	36
6.5.3. Myndighetsutøvelse	39
6.6. EMK og Pakten	41
6.7. Formål	43
6.8. Dybdeeksempel - Smittesporingsapplikasjoner	45
6.8.1. Innledning	45
6.8.2. Rettslig grunnlag for digital smittesporing	46
6.8.3. De norske appene	47
6.8.4. Samtykke som behandlingsgrunnlag i Smittestopp	48
6.9. Oppsummering av offentlige myndigheter og den registrertes samtykke	53
7. Samtykke som tilleggsgrunnlag	54
7.1. Innledning	54
7.2. Om samtykke som tilleggsgrunnlag og personvernforordningen	56
7.2.1. Samtykke til individuell plan etter velferdslovene	56
7.2.2. Samtykke til unntak fra taushetsplikt	57
7.2.3. Samtykke til deltakelse i befolkningsbaserte helseundersøkelser	59
7.3. Virkninger av samtykke som tilleggsgrunnlag	74
7.4. Oppsummering om samtykke som tilleggsgrunnlag	78
8. Oppsummering	78
9. Litteraturliste	80

1. Innledning

1.1. Om konteksten

Enhver har en grunnleggende rett til vern om sitt privatliv, som i norsk kontekst utledes av den Europeiske Menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8 og Grunnloven § 102. Retten til privatliv innebærer en negativ forpliktelse, som medfører at den enkelte skal ha frihet fra statlig inngripen¹, samt en positiv forpliktelse for staten til å påse at det finnes regelverk som sikrer at den enkelte kan håndheve sine rettigheter. Inngrep i rettigheten kan på nærmere angitte vilkår aksepteres, jf. EMK artikkel 8 nr. 2. For å være lovlig skal slike inngrep være «nødvendig» i et demokratisk samfunn, «foreskrevet i lov», og inngrepet skal være «forholdsmessig» sett opp mot de legitime interesser inngrepet forfølger, jf. EMK artikkel 8 nr. 2. Høyesterett har lagt til grunn at inngrep i retten til privatliv etter Grunnloven § 102 kan godtas der inngrepet har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig med hensyn til balansen mellom individets beskyttede interesser og de legitime samfunnsbehov som begrunner inngrepet.² Den Europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har videre fremholdt at behandling av personopplysninger er et inngrep i den enkeltes rett til privatliv, som for eksempel i *N.M og andre mot San Marino* der domstolen uttaler at «[...] the storing of data relating to the «private life» of an individual constitutes interference for the purposes of Article 8».³ Altså er retten til vern om egne personopplysninger en spesialisert del av retten til privatliv.

Vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger er en grunnleggende rettighet,⁴ der EMD har understreket at «[...] the protection of personal data is of fundamental importance to a person's enjoyment of his or her right to respect for private and family life, as guaranteed by Article 8 of the Convention».⁵ I utredningen *Individ og integritet — Personvern i det digitale samfunnet* legges det til grunn at «[d]et at personvernet er fastslått som en menneskerettighet, innebærer at tiltak som skal øke velferdsnivået eller sikkerheten i et samfunn alltid må vurderes opp mot spørsmålet om hvordan enkeltindividers menneskeverd og autonomi best blir ivaretatt».⁶ Personvern er altså ikke en absolutt rettighet, men en rettighet som må vektles mot andre rettigheter og samfunnsbehov for å vurdere om et inngrep er forholdsmessig,⁷ i likhet med øvrige rettigheter omfattet av retten til privatliv.⁸

¹ Kroon og andre mot Nederland, § 31

² Se f.eks. Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60 og Rt. 2014 s. 1104 avsnitt 28

³ *N.M og andre mot San Marino*, § 53

⁴ Personvernforordningens forale punkt 1

⁵ *M.L og W.W. mot Tyskland*, § 87

⁶ NOU 2009 :1 kapittel 4.2.5, side 40

⁷ Personvernforordningens foralepunkt 4

⁸ Jf. EMK art. 8, Grl. § 102

Gjennom Personvernforordningen har EU og EØS-statene satt rammene for når inngrep i den enkeltes rett til personopplysningsvern er lovlig, samt hvilke rettigheter den enkelte skal ha ved slikt inngrep. Personvernforordningen definerer nærmere rettslige grunnlag for lovlig behandling av personopplysninger, herunder det tilfelle at den opplysningene gjelder har samtykket til behandlingen.

Personvernforordningen legger noen begrensninger på behandling av personopplysninger som skal utføres av offentlige myndigheter. For eksempel er det tatt inn i forordningen et unntak i artikkel 6 bokstav f, som medfører at behandling ikke kan ha rettslig grunnlag i forfølgelse av et legitimt formål, når den behandlingsansvarlige er en offentlig myndighet som behandler personopplysningene som en del av utførelsen av sine oppgaver. I forordningens fortale er det videre understreket at behandling heller ikke bør kunne ha grunnlag i den registrertes samtykke når den behandlingsansvarlige er en offentlig myndighet.⁹ Det kan dermed reises spørsmål ved hvorvidt offentlige myndigheter har adgang til å behandle personopplysninger med rettslig grunnlag i den registrertes samtykke til behandlingen, samt den eventuelle rekkevidden av en slik adgang.

1.2. Om problemstillingen

Overordnet skal denne avhandlingen undersøke i hvilken utstrekning offentlige myndigheter kan benytte samtykke som rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger etter Personvernforordningen.

Offentlige myndigheter kan i praksis behandle et stort sett personopplysninger om den registrerte, i flere instanser, og informasjonen kan være bestemmende for hvilke rettigheter, plikter eller goder den registrerte skal få. Dermed er aktuelle spørsmål hvorvidt offentlige myndigheter kan innhente samtykke som oppfyller kravene i personvernforordningen artikkel 4 og 7, særlig hvorvidt kravet om frivillighet kan anses oppfylt, hva som i så tilfelle kjennetegner slike tilfeller, samt grensedragning mot tilfeller der samtykke ikke kan benyttes. For å gjennomføre denne vurderingen vil oppgaven gå dypere inn på eksempelet digital smittesporing i anledning koronapandemien, og den norske appen Smittestopp.

Norsk rett byr på flere eksempler der lov danner grunnlaget for offentlige myndigheters behandling av personopplysninger, samtidig som at loven stiller som vilkår at det skal innhentes et samtykke fra den registrerte selv. Jeg vil undersøke hvorvidt et lovgrunnlag med henvisning til et samtykke kan oppfylle forordningens krav til et gyldig samtykke, og hvorvidt dette er en praksis som er gunstig for den registrertes personvern. Forholdet til forordningens øvrige krav etter fortrinnsvis artikkel 5 og artikkel 13 skal også vurderes.

⁹ Personvernforordningens fortalepunkt 43

1.3. Om fremstillingen

For å svare på problemstillingene vil avhandlingen innledningsvis gjøre noen bemerkninger knyttet til metode og sentrale rettskilder, med særlig fokus på personvernforordningen og dens grunnleggende prinsipper, samt avklaring av sentrale begreper. I denne sammenheng vil oppgaven gå nærmere inn på hva som menes med begrepet samtykke, og personvernforordningens krav til et gyldig samtykke. Deretter vil jeg se nærmere på problemstillingene som reises der offentlige myndigheter benytter samtykke som behandlingsgrunnlag etter personvernforordningen, og hvorvidt en behandling som har grunnlag i nasjonal rett med henvisning til et samtykke kan være forenlig med forordningens system.

Målet med avhandlingen er å redegjøre for gjeldende rett. Eksempler og drøftelse vil i hovedsak omhandle offentlige myndigheter i Norge.

2. Metode og sentrale rettskilder

2.1. EØS-rettslig metode ved fortolkning av EU-rettsakter

Den sentrale rettskilden for å besvare avhandlingens problemstillinger er personvernforordningen, som er en EØS-rettsakt. Dette legger føringer for hvordan rettskildene skal forstås. Norge er ikke medlem av den Europeiske Union (EU), men part i EØS-avtalen som gir EFTA-statene tilgang til EUs indre marked.¹⁰ Dette innebærer at Norge ikke er bundet av alle EU-rettsakter, men av rettsaktene som innlemmes i EØS-avtalen. Personvernforordningen er blant rettsaktene som er innlemmet i EØS-avtalen. I det følgende gis en kort introduksjon til de metodiske kjennetegn som gjør seg gjeldende ved anvendelse av EØS-retten.

Vedleggene til EØS-avtalen gir oversikt over hvilke EU-rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen, og det er EØS-komiteen som har kompetanse til å endre vedleggene slik at nye rettsakter innlemmes.¹¹ Innlemmelse av nye rettsakter i EØS-avtalen krever enighet mellom EU og EFTA-statene, jf. EØS-avtalen artikkel 93 (2). Sammen med inkorporeringen av rettsakten gjøres også eventuelle særlige tilpasninger av EU-rettsakten til EØS-rettslig anvendelse.¹² Personvernforordningen er innlemmet i EØS-avtalen i vedlegg XI, med tilpasninger av definisjoner som «medlemsstater», som utvides til å også omfatte EFTA-statene.

¹⁰ E-1/03 ESA mot Island premiss 27

¹¹ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 50

¹² ibid.

For å realisere EØS-avtalens formål om medlemsstatenes deltakelse i EUs indre marked,¹³ er det viktig at regelverk fra EU-retten som utgangspunkt tolkes likt i EU- og EØS-rettslig sammenheng.¹⁴ Samarbeidet mellom EU og EØS-statene er beskrevet i fortalen til EØS-avtalen som dynamisk og ensartet. Med dynamisk, menes at EØS-avtalens innhold skal utvikle seg videre i takt med de underliggende EU-rettsaktene som medlemsstatene er forpliktet til. Ensartethet innebærer at EØS-retten skal fortolkes og forvaltes likt i EØS-statene, og likt som den underliggende EU-retten. Ensartetheten betegnes også som homogenitetsprinsippet.¹⁵

Å sikre ensartet fortolkning kan by på utfordringer innen EU-retten, som har 24 offisielle og likestilte språk.¹⁶ EØS-avtalen artikkel 129 bestemmer i tillegg at det skal utarbeides norske og islandske oversettelser som skal ha samme gyldighet som de øvrige versjonene. Innen EU-retten benyttes legaldefinisjoner i utstrakt grad,¹⁷ men der et begrep ikke er definert skal begrepets «meaning and scope [...] be determined by considering its usual meaning in everyday language, while also taking into account the context in which it occurs and the purposes of the rules of which it is part».¹⁸ For å sikre en ensartet fortolkning legger man ved fortolkning av EU-rettsakter redusert vekt på ordlyden alene og økt vekt på formål og kontekst sammenlignet med det som er alminnelig i norsk juridisk metode.¹⁹ Formål kan følge av rettsakten selv eller bli belyst av konteksten for en rettsakt. Konteksten omfatter gjerne øvrige EU-rettslige forpliktelser i traktater, forordninger eller direktiver, fortalene til slike EU-rettsakter, forarbeider og domstolspraksis.

2.2. Forholdet til norsk lov

Gjennom EØS-loven § 1 gjelder EØS-avtalens hoveddel som norsk lov. EU-rettsakter som er inntatt i avtalen i etterkant innlemmes i norske lovbestemmelser, eller inntas i sin helhet i norsk lov. Personvernforordningen er et eksempel på sistnevnte, ved at personopplysningsloven § 1 bestemmer at forordningen «gjelder som lov». EØS-forpliktelsene kan også få innvirkning på tolkningen av andre bestemmelser i norske lover eller forskrifter. Personvernforordningen vil for eksempel kunne ha relevans i tolkningen av bestemmelser i andre lover som omhandler behandling av personopplysninger.

¹³ EØS-avtalen artikkel 1 nr. 1

¹⁴ EØS-avtalen artikkel 1 nr. 2 bokstav e, andre leddsetning

¹⁵ Sejersted mfl. (2011) s. 87

¹⁶ Høgberg og Øyrehagen (2019) s. 404

¹⁷ *ibid.*

¹⁸ Sak C-201/13 *Deckmyn*, premiss 19

¹⁹ Høgberg og Øyrehagen (2019) s. 404.

Videre krever Personvernforordningen for enkelte behandlingsgrunnlag et supplerende rettsgrunnlag i nasjonal rett. Eksempler på slike bestemmelser fra norsk rett er reglene om etablering og bruk av helseregistre i Forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser kapittel 2 og lovfesting av rett til å behandle personopplysninger i forbindelse med opplæringstilbud hjemlet i barnehageloven § 47a.

2.3. Fortale og forarbeider

EU-rettsakters fortale er en del av konteksten ved fortolkning av rettsakten.²⁰ Innholdet kaster lys over bakgrunn, formål og begrunnelse for en rettsakt. Det er likevel verdt å bemerke at fortalen ikke er inntatt direkte som en del av rettsakten, og dermed «ikke er retlig bindende og ikke kan påberåbes til støtte for at fravige bestemmelserne i den pågældende retsakt eller for at fortolke dem i åbenbar strid med bestemmelsens ordlyd».²¹

EØS-avtalens protokoll 1 artikkel 1 legger føringer for hvordan fortaler skal behandles når EU-rettsakter tas inn i EØS-avtalen. Det understrekes at «innledningen» ikke er tilpasset EØS-avtalens formål, og at fortalen derfor kun har relevans «i den utstrekning de er nødvendige for en riktig fortolkning og anvendelse av rettsaktenes bestemmelser innenfor avtalens ramme». Homogenitetsprinsippet taler for at fortalen har relevans så langt den kan bidra til en enhetlig fortolkning av rettsakten.

Også andre forarbeider kan ha relevans ved fortolkning, som en del av konteksten til en rettsakt.²²

2.4. Rettspraksis

2.4.1. EU- og EFTA-domstolene

EØS-avtalen bestemmer fremgangsmåten for å sikre ensartet fortolkning av EU- og EØS-retten, og hvilke domstoler som skal sikre ensartet fortolkning av rettsaktene. I EØS-avtalens artikkel 105 nr. 2 legges ansvaret for å følge med på og sikre samsvar i domstolspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen til EØS-komiteen. EØS-avtalen artikkel 106 gir både EU-domstolen og EFTA-domstolen mandat til å tolke rettsakter som er en del av EØS-avtalen. Dersom det oppdages avvik mellom fortolkning av rettsakter i de to domstolene skal EØS-komiteen løse tvisten i tråd med bestemmelsene i artikkel 111, jf. EØS-avtalen art. 105 nr. 3.

²⁰ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 338

²¹ Sak C-345/13 *Karen Millen Fashions*, premiss 31

²² Fredriksen og Mathisen (2022) s. 339

Homogenitetsmålsettingen gjør domsavsigelser fra EU-domstolen viktig ved tolkningen av EU-retten også i Norge²³, og tilsier at det skal mye til å fravike EU-domstolens rettssetninger. EU-domstolens avgjørelser har formelt ikke en direkte bindende prejudikatsvirkning for andre domstoler, verken EU-domstolens senere avgjørelser eller nasjonale domstoler, men anses som en tungtveiende rettskilde.²⁴ EU-domstolen uttaler seg ofte med generelle rettssetninger, som er egnet til å ha overføringsverdi til lignende saker.²⁵ I sak E-907 *L'Oreal* (premiss 29) ga EFTA-domstolen klart uttrykk for at den vil følge EU-domstolens fortolkning uten nærmere begrunnelse dersom den avsier dommer som avviker fra EFTA-domstolens tidligere fortolkninger. Dette standpunktet bunner ut i at EØS-avtalens overordnede mål er homogenitet, og taler med tyngde for at EU-domstolens avgjørelser skal vektes tungt ved fortolkning av EU-rettsakter, også for EFTA-statene.

Som et grep for å sikre ensartet fortolkning av EU-rettsaktene har EU-retten en ordning med prejudisielle avgjørelser fra EU-domstolen angående fortolkning av traktatene og gyldighet og fortolkning av rettsaktene, jf. TEUV artikkel 267. Artikkel 267 (2) gir enhver medlemsstat rett til å legge spørsmål frem for domstolen når de står overfor et EU-rettslig tolkningsspørsmål.²⁶ Nasjonale domstoler som dømmer i siste instans har plikt til å fremlegge spørsmål for EU-domstolen, jf. art. 267 (3), med mindre domstolen er overbevist om at «der ikke foreligger noen rimelig tvivl om afgørelsen af det rejste spørgsmål».²⁷ Tilsvarende har EFTA-domstolen myndighet til å gi rådgivende uttalelser om fortolkning av EØS-avtalen, jf. ODA artikkel 34, men artikkel 34 hjemler ingen plikt til foreleggelse av spørsmål tilsvarende den i TEUV artikkel 267. Høyesterett har i flere saker slått fast at norske domstoler har rett og plikt til å foreta selvstendige vurderinger, men at det skal mye til å fravike en rådgivende uttalelse fra EFTA, da fortolkning av EØS-rettslige kilder er innenfor domstolens særlige kompetanse.²⁸

2.4.2. Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen

EMK artikkel 19 hjemler opprettelsen av en domstol (EMD) som skal overvåke etterlevelsen av konvensjonen. Videre i konvensjonens kapittel II beskrives prosessen for valg av dommere, og hvilken myndighet disse skal ha. Gjennom EMK artikkel 31 er domstolen gitt mandat til å gi rådgivende uttalelser, samt avgjøre spørsmål forelagt den i saker som gjelder mellom stater, jf. artikkel 33, eller fra enkeltpersoner, jf. artikkel 34.

²³ Sejersted mfl. (2011) s. 223

²⁴ Høgberg og Sunde (2019) s. 413

²⁵ Høgberg og Sunde (2019) s. 414

²⁶ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 293

²⁷ Sak 283/81 *CILFIT* premiss 16

²⁸ Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* s. 1821, fulgt opp i Rt. 2013 s. 258 *STX*, HR-2016-2554-P *Holship* og HR-2021-1453-S A (*NAV-saken*)

Dommer avsagt i konkrete saker er bindende for partene, jf. EMK artikkel 46 nr. 1. En antitetisk tolkning av ordlyden tilsier at avgjørelsene ikke blir bindende for andre, men i praksis vil dommene likevel få stor betydning, da like saker vil bedømmes likt dersom de skulle reises for domstolen.

2.4.3. Nasjonale domstoler

I EØS-avtalens artikkel 106 er det referert til nasjonale domstoler i siste instans i tillegg til EFTA- og EU-domstolene, og dermed har også nasjonale domstoler et ansvar for å sikre homogen fortolkning av relevante rettsakter. Dette medfører at Høyesterett har en rolle i kontroll med etterlevelse av EØS-retten i Norge.²⁹ EU-domstolen har fremhevet at lojalitetsplikten i avtalen, jf. TEU artikkel 4 (3), pålegger de nasjonale domstolene en plikt til å «anvende fællesskabsretten fuldt ud og til at beskytte de rettigheder, som fællesskabsretten tillægger private».³⁰ Det fremkommer videre av ODA artikkel 34 og uttalelsene i blant annet domsavsigelsen i Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* at Høyesterett har et selvstendig ansvar ved tolkning og anvendelse av EØS-rettslige kilder. Tilsvarende har også Høyesterett et ansvar for å fortolke og anvende rettskildene etter menneskerettskonvensjonen, all den tid dens bestemmelser er inntatt i norsk lov og Grunnloven.

Det synes ikke å være avsagt dommer med relevans for avhandlingens tema av norske domstoler, og oppgaven vil derfor ikke kommentere nærmere på nasjonale domsavsigelsers rettskildemessige vekt ved fortolkning av EU-rettsakter.

2.4.4. Særlig om dommer som omhandler Personverndirektivet

Bestemmelsene i personvernforordningen viderefører langt på vei bestemmelsene og prinsippene fra det tidligere direktiv 95/46/EF (personverndirektivet). I fortalet til personvernforordningen presiseres det at målene og prinsippene fra direktivet videreføres, men at den teknologiske utviklingen og fragmenterte gjennomføringen av direktivets vern i medlemsstatene hadde ført til et behov for at regelverket ble gjennomført som en forordning som gir ensartet gjennomføring i hele Unionen.³¹ Når personvernforordningens fortale selv peker på at forordningen i stor grad viderefører direktivets mål og prinsipper, bør også øvrige rettskilder om direktivet kunne videreføres, så langt de fortsatt er relevante og ikke er erstattet av nyere rettskilder. Dette gjelder også tolkninger som er kommet til uttrykk i rettspraksis om direktivet, der ordlyden fra direktivet er videreført i forordningen.

²⁹ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 286

³⁰ Sak 106/77 *Simmmenthal* premiss 21

³¹ Personvernforordningens fortale punkt 7-13

2.5. Uttalelser og vedtak fra tilsynsmyndigheter

Personvernforordningen krever at det opprettes instanser på nasjonalt og europeisk nivå med mandat til å føre tilsyn med etterlevelse av forordningen. Formålet med slike tilsynsmyndigheter er å sikre en ensartet fortolkning og etterlevelse av forordningens bestemmelser, jf. personvernforordningen artikkel 51. Forordningens artikkel 55 definerer tilsynsmyndighetenes kompetanse til å utføre oppgaver og myndighet som er tillagt dem gjennom forordningen, jf. artikkel 57 og 58.

Artikkel 57 gir en oversikt over de oppgaver nasjonale tilsynsmyndigheter er tillagt. Av særlig relevans i denne sammenheng er ansvaret for å føre tilsyn og håndheve etterlevelsen av direktivet, rådgi om forståelsen av direktivet, og behandle klager. Som en del av sin myndighet, beskrevet i artikkel 58, kan tilsynsmyndighetene utstede advarsler og irettesettelser, diverse pålegg, trekke tilbake sertifiseringer og gi ut overtredelsesgebyrer. Det fremgår ikke av forordningen hvilken rettskildemessig vekt pålegg, vedtak eller uttalelser fra tilsynsmyndigheter skal ha. I praksis vil slike kilder tillegges stor vekt av behandlingsansvarlige som ønsker å sikre at de ikke selv ilegges overtredelsesgebyrer.

2.6. Personvernrådets uttalelser

Det Europeiske personvernrådet består av lederne fra hver medlemsstats tilsynsmyndigheter, samt EUs tilsynsmyndighet, jf. personvernforordningen artikkel 70. Personvernrådet skal bidra til å sikre enhetlig anvendelse av forordningen, og skal som en del av sine oppgaver rådgi og utstede retningslinjer, anbefalinger og beste praksis innenfor flere av områdene forordningen dekker. Personvernforordningen er taus vedrørende hvilken rettskildemessig vekt personvernrådets rådgivende uttalelser, retningslinjer og anbefalinger skal ha, men det kan utledes av ordlyden at «retningslinjer» og «anbefalinger» ikke har noen direkte bindende virkning. Likevel er det verdt å bemerke at disse retningslinjene, anbefalingene og beste praksisene er utarbeidet av representanter for de nasjonale tilsynsmyndighetene, som i sin tur har mandat til å avholde tilsyn og vurdere etterlevelse sett opp mot de rådene og retningslinjene som er gitt. Det legges derfor til grunn at også Personvernrådets uttalelser i praksis vil tillegges stor vekt ved fortolkningen av forordningen.

2.7. Grunnleggende rettigheter og friheter

2.7.1. Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen

Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK eller menneskerettskonvensjonen) trådte først i kraft i 1953, og er senere utvidet med en rekke tilleggsprotokoller. Menneskerettskonvensjonen ble i 1999 tatt direkte inn i norsk lov gjennom lov om styrking av

menneskerettighetenes stilling i Norge (menneskerettsloven), og enkelte av rettighetene i konvensjonen er tatt inn i Grunnloven, herunder retten til privatliv.

EMK har relevans i denne avhandlingen fordi formålet med personvernforordningen er å beskytte den registrertes «rettigheter og friheter» ved behandlingen av personopplysninger. Det legges til grunn av Høyesterett i dommen HR-2016-2554-P *Holship* (111) at grunnrettigheter i EU- og EØS-retten omfatter EMK og andre internasjonalt anerkjente menneskerettighetsforpliktelser. Ståstedet er gjengitt og anerkjent av EMD i domstolens behandling av *Holship*-saken.³² Også i personvernforordningens fortalepunkt 41 er det henvist til praksis fra EMD som grunnlag for vurderingen av hvilke kriterier som gjelder for anvendelsen av rettsgrunnlag etter forordningen.

Menneskerettighetskonvensjonens artikkel 8, retten til privatliv, er særlig relevant ved fortolkningen av personvernforordningen. Artikkel 8 setter skranker for behandling av personopplysninger, når artikkelens andre ledd krever at inngrep i rettigheten skal være «foreskrevet i lov» og «nødvendig i et demokratisk samfunn» for ivaretagelse av legitime formål.

2.7.2. Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter

Pakten er gjennom Lisboa-traktaten artikkel 6 nr. 1 gitt status som «likeverdig med traktatene». Bestemmelsene i pakten er gjeldende rett innen EU, men ikke inntatt i EØS-avtalen, og dermed heller ikke inntatt i norsk lov. I innlemmelsen av personvernforordningen i EØS-avtalen er henvisningene til pakten fjernet.³³

Gjennom sin anerkjennelse som «likeverdig med traktatene» blir pakten bindende for EU-domstolen, og vil dermed kunne påvirke fortolkningen av bestemmelsene i personvernforordningen. Homogenitetsprinsippet taler videre for at de grunnleggende rettighetene som kommer til uttrykk i pakten ikke kan være svakere i EØS-statene enn i EU, og at begrepet «grunnleggende rettigheter» derfor bør tillegges den samme betydning ved fortolkning av EØS-rettsakter.³⁴ Rekkevidden av homogenitetsmålsettingen der pakten er tolkningsfaktor i EØS-rettslig sammenheng er omdiskutert i juridisk teori, og det kan antas at homogenitetsmålsettingen må avgrenses av EFTA-statenes suverenitet.³⁵ Det fremstår dog klart ut fra Høyesteretts og EMDs uttalelser i *Holship*-saken at de grunnleggende rettighetene

³² Fredriksen og Mathisen (2022) s. 83

³³ EØS-avtalen vedlegg XI, 5e bokstav i

³⁴ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 82

³⁵ Fredriksen (2013) s. 375

som tilsvarer rettighetene etter EMK er en del av EØS-retten.³⁶ I innledningen til pakten understrekes det at pakten og dens utøvelse skal ta hensyn til EMK og rettspraksis fra EMD, hvilket understreker at det er betydelig overlapp mellom rettighetene etter de to regelsettene.

Paktens artikkel 7 understreker retten til respekt for privat- og familieliv, samt eget hjem og kommunikasjon. Videre beskriver artikkel 8 retten til respekt for egne personopplysninger, at personopplysninger må behandles for spesifiserte formål og med grunnlag i samtykke eller annet legitimt grunnlag foreskrevet av lov, og retten til å få tilgang til data om en selv. Innholdet i disse rettighetene er utdypet gjennom personvernforordningen. EØS-avtalens vedlegg XI punk 5b bokstav i fjerner personvernforordningens referanse til pakten, slik at denne ikke får direkte anvendelse i EØS-rettslig sammenheng.

3. Den generelle personvernforordningen

3.1. Innledning

Personvernkommissjonen definerer i utredningen *Individ og integritet — Personvern i det digitale samfunnet* kapittel 4.1.5 fra 2009 begrepet personopplysningsvern som «[...] regler og standarder for behandling av personopplysninger som har ivaretagelse av personvern som hovedmål. Reglens formål er å sikre enkeltindivider oversikt og kontroll over behandling av opplysninger om dem selv. Med visse unntak skal enkeltpersoner ha mulighet til å bestemme hva andre skal få vite om hans/hennes personlige forhold».

Europaparlaments- og rådsforordning 679/2016 *om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF* (personvernforordningen, også forkortet GDPR) trådte i kraft i Norge i juli 2018. I Norge er personvernforordningen gjennomført i norsk rett gjennom *lov om behandling av personopplysninger* (personopplysningsloven).

Personvernforordningen er det sentrale rettsgrunnlaget i denne avhandlingen.

3.2. Formål

Personvernforordningen har et todelt formål. For det første har forordningen som formål å sikre borgere innen EU/EØS sine rettigheter og friheter i forbindelse med behandling av personopplysninger, jf. personvernforordningen artikkel 1 nr. 1. Med rettigheter og friheter i denne sammenheng er det særlig retten til privatliv, jf. Paktens artikkel 7 og 8 og EMK artikkel 8 nr. 1, det siktes til, jf. forordningens fortalepunkt 1. Det fremholdes videre at det

³⁶ HR-2016-2554-P avsnitt (111) og *Landsorganisasjonen Norge (LO) og Norsk Transportarbeiderforening (NTF) mot Norge*, samt Fredriksen og Mathisen (2022) s. 83

særlig er retten til sikring av personopplysninger som skal vernes. For det andre skal forordningen ikke forhindre eller forby fri utveksling av personopplysninger innenfor EU eller til andre stater som kan tilby et tilstrekkelig beskyttelsesnivå.

3.3. Virkeområde

Personvernforordningen artikkel 2 og 3 definerer forordningens saklige og geografiske virkeområde. Angående det saklige virkeområdet bestemmer artikkel 2 nr. 1 at forordningen kommer til anvendelse på «helt eller delvis automatisert behandling av personopplysninger, og ikke-automatisert behandling av personopplysninger som inngår i eller skal inngå i et register». Grunnvilkåret for at forordningen kommer til anvendelse er altså at personopplysninger blir behandlet.

Hva som anses som «automatisert behandling» er ikke definert i forordningen, men det er lagt til grunn i juridisk teori at «...vilkåret er oppfylt når behandlingen skjer ved bruk av ulike former for informasjonsteknologi, hvor funksjoner for søk og sammenstilling gjør det mulig å gjenfinne personopplysninger ...».³⁷ Ikke-automatisert behandling må da forstås som manuell eller analog behandling, og andre leddsetnings bruk av «inngår i eller skal inngå i et register» tilsier at den manuelle behandlingen må ha en viss systematikk og mulighet til å finne tilbake til personopplysninger for at forordningens regler skal komme til anvendelse. Med andre ord er forordningen teknologinøytral med hensyn til hvilke metoder for behandling av personopplysninger som er omfattet av dens saklige virkeområde.

Om geografisk virkeområde følger det av artikkel 3 at behandling som utføres av en behandlingsansvarlig eller databehandler i Unionen, uavhengig av om selve behandlingen skjer i Unionen, er omfattet av forordningen. Uavhengig av hvor behandlingsansvarlig eller databehandler holder til får forordningen videre virkning når det behandles personopplysninger om registrerte som befinner seg i Unionen. Det samme gjelder når behandlingsansvarlig er etablert et sted utenfor Unionen der en «medlemsstats nasjonale rett får anvendelse i henhold til folkeretten».

3.4. Sentrale aktører

3.4.1. Den registrerte

I personvernforordningen benevnes de identifiserte eller identifiserbare fysiske personer hvis personopplysninger blir behandlet som «de registrerte», jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 2. Når personvernforordningen presiserer at det ikke bare er identifiserte, men også

³⁷ Skullerud mfl. (2018) art. 2 nr. 1

identifiserbare personer som omfattes av definisjonen, innebærer det at en person kan anses som registrert, selv om det er behov for tilleggsinformasjon for å identifisere personen. For at en person skal anses som «identifiserbar» er det ikke et krav om at én person eller instans sitter med alle opplysningene som er nødvendig for å gjennomføre identifiseringen av den registrerte.³⁸ Det er utdypet i forordningens fortale i punkt 26 at det «bør tas hensyn til alle midler som det med rimelighet kan tenkes at den behandlingsansvarlige eller en annen person kan ta i bruk for å identifisere vedkommende direkte eller indirekte» når man vurderer om en person er «identifiserbar». Videre er det presisert at det er fysiske personer som er registrerte, juridiske personers opplysninger vil dermed ikke være beskyttet av forordningens bestemmelser.

3.4.2. Behandlingsansvarlig

Den fysiske eller juridiske person, offentlige myndighet, institusjon eller annet organ som bestemmer formål og midler for behandling av personopplysninger har rollen som behandlingsansvarlig, jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 7. Forordningens artikkel 24 beskriver nærmere den behandlingsansvarliges ansvar for å gjennomføre «egne tekniske og organisatoriske tiltak» for å sikre og påvise etterlevelse av forordningens krav i forbindelse med behandling av personopplysninger. Ansvarsprinsippet nedfelt i personvernforordningen artikkel 5 nr. 2 pålegger den behandlingsansvarlige ansvaret for at personopplysninger behandles i samsvar med forordningen og dens prinsipper.

Det fremgår av definisjonen i artikkel 4 at en behandlingsansvarlig kan gjøre dette «alene eller sammen med andre», hvilket innebærer at to eller flere kan ha behandlingsansvar sammen for en konkret behandling. Artikkel 26 beskriver hvordan felles behandlingsansvar påvirker hvilken informasjon de registrerte har rett til å motta etter artikkel 13 og 14, samt at de registrerte kan henvende seg til hver enkelt av de behandlingsansvarlige for å få oppfylt sine rettigheter etter forordningen.

3.4.3. Databehandler

En Databehandler er den fysiske eller juridiske personen, offentlige myndighet, institusjon eller annet organ som behandler personopplysninger på vegne av en behandlingsansvarlig, jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 8. Bruk av databehandlere er nærmere regulert i artikkel 28, og forutsetter blant annet at behandlingsansvarlig og databehandler regulerer oppdraget i en databehandleravtale.

³⁸ Case C-582/14 *Breyer*, premiss 43

3.4.4. Offentlige myndigheter

Personvernforordningen gir ingen definisjon av begrepet «offentlig myndighet», og innholdet i begrepet må dermed bero på en fortolkning av forordningens bruk av begrepet. Ordlyden «offentlig» myndighet utelukker som utgangspunkt private aktører fra begrepet, men kan omfatte alle nivåer av offentlig finansierte institusjoner. Ordlyden «myndighet» tilsier at den offentlige instansen må ha en viss kompetanse til å faktisk utøve myndighet overfor befolkningen, altså ha mandat til å fatte vedtak eller beslutninger som kan ha betydning for den enkeltes rettigheter og plikter. En slik fortolkning finner støtte for talepunkt 47, der unntak fra adgangen til å benytte forfølgelse av legitim interesse begrunnes ved å henvise til offentlige myndigheter og utøvelsen av deres oppgaver. Myndighetsutøvelse er med andre ord et sentralt moment i vurderingen av om en aktør er en «offentlig myndighet» i forbindelse med tolkning av personvernforordningens bestemmelser. Henvisningen til utøvelsen av offentlige myndigheters oppgaver som sentralt vurderingsmoment, tilsier at også private bedrifter i enkelte tilfeller kanskje kan falle inn under begrepet, dersom de i en konkret kontekst behandler personopplysninger de har fått tilgang til gjennom delegert myndighet eller oppgaver fra det offentlige, for eksempel der en privat barnehage drives på vegne av en kommune, og selvstendig har ansvar for å utføre alle oppgaver som følger av barnehageloven på vegne av kommunen.

Offentlige myndigheter i Norge behandler til sammen et bredt spekter av personopplysninger, til dels for å bestemme den registrertes rettigheter etter annet lovverk enn personopplysningsloven. Store deler av behandlingsaktivitetene som offentlige myndigheter foretar seg utføres med sikte på å oppfylle lovbestemte plikter, for eksempel etter folketrygdloven, pasient- og brukerrettighetsloven, opplæringslova og barnehageloven.

Oppgaven vil foreta nærmere vurderinger av hvilke instanser eller funksjoner som kan anses som offentlige myndigheter der dette er relevant.

3.4.5. Nasjonale tilsynsmyndigheter

Personvernforordningen artikkel 51 pålegger medlemsstatene å opprette en offentlig instans som kan føre tilsyn med overholdelse av personvernforordningen. I Norge er denne myndigheten lagt til Datatilsynet gjennom personopplysningsloven § 20. Datatilsynet har mandat til å gi rådgivning om personvernforordningen og den norske personopplysningsloven, og kan blant annet ilegge økonomiske sanksjoner ved brudd på regelverket, jf. forordningens artikkel 57 og 58.

3.4.6. Personvernrådet

Det Europeiske Personvernrådet (heretter Personvernrådet) er opprettet i tråd med personvernforordningen artikkel 68. Personvernrådet skal bidra til samarbeid og enhetlig fortolkning av forordningen mellom de nasjonale tilsynsmyndighetene, ved å undersøke og gi uttalelser om «ethvert forhold med allmenn rekkevidde, eller som har virkning i fler enn én medlemsstat».³⁹

3.5. Sentrale begreper

3.5.1. Personopplysning

Personvernforordningen definerer i artikkel 4 nr. 1 at en personopplysning er «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person». At forordningen beskriver at opplysningen må relateres til en «fysisk person» innebærer at opplysninger om juridiske personer ikke har vern etter forordningen. Personene det siktes til her er de registrerte. EU-domstolen har tolket begrepet personopplysning vidt, og understreket i *Nowak*-dommen at bruken av begrepet «enhver opplysning» gjenspeiler at målet med lovgivningen er å gi begrepet et vidt omfang som ikke er begrenset til opplysninger som anses som sensitive eller private, men dekker både objektiv og subjektiv informasjon, også meninger eller vurderinger, så langt disse er «om» en registrert.⁴⁰ I *Nowak*-dommen ble en eksamensbesvarelse ansett som personopplysningene til studenten som hadde skrevet den.

3.5.2. Behandling

Behandling defineres som «enhver operasjon eller rekke av operasjoner som gjøres med personopplysninger», jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 2. Forordningen lister opp eksempler på typer behandlingsaktiviteter, som blant annet omfatter innsamling, lagring, organisering, endring, presentasjon og sletting av opplysninger. Det presiseres at både automatiserte og ikke-automatiserte operasjoner er behandlingsaktiviteter. Begrepet «behandling» er tolket i relativt vid forstand i *Google*-dommen, der EU-domstolen fant at søkemotoren Googles gjenfinning, organisering og presentering av informasjon som var allment tilgjengelig på internett var ansett som behandling, så fremt informasjonen inneholder personopplysninger.⁴¹

3.6. Grunnleggende prinsipper

Personvernforordningen og dens bestemmelser er basert på syv grunnleggende prinsipper, som følger av forordningens artikkel 5 nr. 1 bokstav a til g og artikkel 5 nr. 2.

³⁹ Personvernforordningen artikkel 64 andre avsnitt

⁴⁰ Sak C-434/16 *Nowak*, premiss 34

⁴¹ Sak C-131/12 *Google*, premiss 27 og 28

Behandling av personopplysninger skal være *lovlig, rettferdig og åpen*, jf. personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav a. For at behandling av personopplysninger skal være lovlig må det foreligge et behandlingsgrunnlag, som beskrevet i forordningens artikkel 6 eller 9. At behandlingen skal være rettferdig og åpen innebærer at det skal være knyttet en viss grad av transparens til behandlingen: Den registrerte bør først og fremst være kjent med at personopplysninger behandles, og få informasjon som oppfyller kriteriene stilt av art. 12, 13 og 14. Fortalepunkt 39 til forordningen understreker at det er en forutsetning for oppfyllelse av åpenhetskriteriet at informasjonen er enkelt tilgjengelig og gis på et klart og enkelt språk. Øvrige utslag av åpenhetskriteriet er for eksempel den registrertes rett til innsyn i egne personopplysninger etter personvernforordningen artikkel 15, og at den registrerte skal varsles om brudd på personopplysningssikkerheten som medfører en høy risiko for vedkommendes rettigheter og friheter, i tråd med forordningens artikkel 34.

Prinsippet om *formålsbegrensning*, jf. personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav b, innebærer at personopplysninger skal samles inn for «spesifikke, uttrykkelig angitte og berettigede formål», og at personopplysninger ikke skal benyttes til andre formål enn de ble samlet inn for. Prinsippet krever at den behandlingsansvarlige vurderer hva formålet med behandling er, og hvordan formålet kan nås, før behandlingen påbegynnes. Hva som er formålet med behandlingen er en del av informasjonen den registrerte skal motta før behandling påbegynnes, jf. art. 13 og 14. Å formulere formålet uttrykkelig, og informere om det, sikrer videre at den registrerte eller tilsynsmyndighetene kan etterprøve hvorvidt den behandlingsansvarlige har overholdt prinsippet om formålsbegrensning.

Prinsippet om *dataminimering* innebærer at personopplysninger som samles inn skal være «adekvate, relevante, og begrenset til det som er nødvendig for formålene de behandles for», jf. personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav c. I fortalepunkt 39 uttrykkes det at personopplysninger bare bør behandles «dersom formålet med behandlingen ikke med rimelighet kan oppfylles på en annen måte». Dermed kan man tolke dataminimeringsprinsippet dithen at man først må vurdere om det er nødvendig å behandle personopplysninger i det hele tatt. Hvis behandling er nødvendig, må den behandlingsansvarlige vurdere nøye hvilke opplysninger og hvilket omfang av opplysninger som minimum er nødvendig for å oppfylle formålet med behandlingen. Det skal ikke samles inn flere opplysninger enn det som er nødvendig.

Prinsippet om *riktighet* krever at personopplysninger skal være korrekte og oppdaterte, og at den behandlingsansvarlige gjennomfører «rimelige tiltak» for å sikre sletting eller retting av

opplysninger som er uriktige med hensyn til formålet, jf. personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav d. Prinsippet ligger til grunn for artikkel 16, som sikrer den registrerte rett til å kreve feilaktige personopplysninger rettet. Det er et sentralt poeng i prinsippet om riktighet at personopplysningene skal være riktig med hensyn til formålet de ble samlet inn for. I saken C-434/16 *Nowak* ble det med den begrunnelse understreket at retten til å få korrigert egne personopplysninger ikke ga en student rett til å korrigere feilaktige svar i en eksamensoppgave, selv om eksamensbesvarelsen ble ansett som studentens personopplysninger.⁴² Retten fant likevel at retten til å få personopplysninger rettet kunne vært aktuell for eksempel dersom feilen var at studentens eksamensbesvarelse var byttet om med en annen.⁴³

Personopplysninger skal videre lagres på en slik måte at de registrerte ikke kan identifiseres i lenger periode enn det som er nødvendig for å oppnå behandlingsformålet, jf. personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav e. Dette betegnes som prinsippet om *lagringsbegrensning*. Prinsippet henger nært sammen med den registrertes rett til å bli glemt, jf. personvernforordningen artikkel 17, men det skal ikke være nødvendig for den registrerte å be om å bli slettet dersom personopplysningene ikke lenger er nødvendige. Lagringsbegrensning kan gjennomføres ved at dataene anonymiseres, jf. ordlyden «ikke kan identifiseres», eller ved at opplysninger slettes. Det kan være svært teknisk krevende å gjennomføre en reell anonymisering, så i mange tilfeller vil sletting være det mest praktisk tilgjengelige alternativet.

Dernest skal behandlingen sikre ivaretagelse av personopplysningenes *integritet og konfidensialitet*, jf. personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav f. Et viktig moment er at behandlingen er underlagt et tilstrekkelig sikkerhetsnivå ut fra arten og omfanget av opplysninger og den teknologiske utviklingen, jf. personvernforordningen artikkel 32. Organisatoriske eller juridiske skranker, som adgangskontroll, rollestyring og taushets- eller konfidensialitetsklausuler, bidrar også til å overholde prinsippet.

Til sist følger det av artikkel 5 nr. 2 at det er den behandlingsansvarlige som har *ansvar* for at de øvrige prinsippene og forordningens bestemmelser er oppfylt ved behandling av personopplysninger. Dette betegnes som ansvarsprinsippet.

⁴² C-434/16 *Nowak*, Premiss 53

⁴³ Ibid. Premiss 54

4. Rettslig grunnlag for behandling

4.1. Innledning

Personvernforordningen krever at den som ønsker å behandle personopplysninger må ha et rettslig grunnlag for behandlingen, jf. prinsippet om lovlig behandling i forordningens artikkel 5 nr. 1. Forordningen oppstiller flere alternative rettslige grunnlag for når behandling av personopplysninger er lovlig.

4.2. Behandlingsgrunnlagene i personvernforordningen artikkel 6

Personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a til f bestemmer de alternative rettslige grunnlag for lovlig behandling av personopplysninger. Alternativet som følger av bokstav a er, som beskrevet nærmere i avhandlingens kapittel 5, at den registrerte selv har samtykket til behandlingen. Bokstav b bestemmer at behandlingen er lovlig dersom den er nødvendig i forberedelsen eller oppfyllelsen av en avtale. Dette alternativet vil være aktuelt der offentlige myndigheter opptrer på lik linje med andre aktører, for eksempel som en arbeidsgiver, innkjøper av varer og tjenester, eller tilbyder av betalbare tjenester som barnehageplass.

Bokstav c innebærer at behandling av personopplysning er lovlig når den er nødvendig for å oppfylle en «rettslig forpliktelse». Offentlige myndigheter, gjennom Stortingets lovgivende makt, bestemmer hvilke plikter som skal følge av lov, og tolker og vurderer hva som er nødvendig for å oppfylle lovkravene gjennom sin utøvende makt i forvaltningsapparatet. Som en del av lovgivningsprosessen blir det også opp til offentlige myndigheter å definere hvem som skal utføre lovbestemte plikter- offentlige myndigheter selv eller andre aktører. Lovpålagte plikter kan også følge av forskrift eller autoritative tolkninger av loven, som for eksempel en rettskraftig dom. Artikkel 6 bokstav e gir anvisning på at behandling er lovlig når den er nødvendig for å utføre oppgaver i allmennhetens interesse, eller der behandlingsansvarlig utøver offentlig myndighet. Videre krever bestemmelsen i artikkel 6 nr. 3 at behandling etter nr. 1 bokstav c og e må ha grunnlag i unionsretten eller nasjonal rett. Dette betyr at den behandlingsansvarlige må kunne påvise et supplerende rettsgrunnlag, i tillegg til forordningen, for å kunne gjennomføre en lovlig behandling av personopplysninger med grunnlag i bokstav c eller e. I forarbeidene til inkorporeringen av personvernforordningen i norsk rett legger departementet til grunn at «i alle fall lov- og forskriftsbestemmelser kan utgjøre supplerende rettsgrunnlag» og videre at de antar at også «vedtak fattet i medhold av lov eller forskrift omfattes, ettersom det også i disse tilfellene foreligger et lov- eller forskriftsgrunnlag».⁴⁴ I personvernforordningens fortalepunkt 45 presiseres det om det supplerende rettsgrunnlaget at det ikke er nødvendig at hver enkelt

⁴⁴ Prop. 56 LS (2017-2018) kap. 6.3.2

behandlingsaktivitet er lovfestet, men at formålet, oppgaven eller den allmenne interessen som forfølges bør fremkomme, samt om det er offentlige myndigheter selv eller andre som skal stå for behandlingen.

Artikkel 6 nr. 1 bokstav d bestemmer at behandling er lovlig der den er nødvendig for å sikre den registrerte eller annen fysisk person sine «vitale interesser». Eksempler kan være tilfeller der en person har behov for akutt helsehjelp, men ikke er i stand til å samtykke på grunn av bevisstløshet, psykose eller lignende. Fortalepunkt 46 understreker at grunnlaget bare kan benyttes når behandlingen er avgjørende for den registrerte eller andres liv, og at dette grunnlaget ikke bør benyttes dersom andre behandlingsgrunnlag kan være dekkende. Det påpekes videre i fortalepunkt 46 at vitale interesser ofte kan være overlappende med allmennhetens interesser, for eksempel ved behov for smittesporing under en epidemi eller håndtering av humanitære kriser eller naturkatastrofer.

Behandling er også lovlig der den er «nødvendig for formål knyttet til de berettigede interessene som forfølges av den behandlingsansvarlige [...]», jf. personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav f. Fortalepunkt 47 beskriver at en slik berettiget interesse kan foreligge når det er «et relevant og passende forhold mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige, f.eks. dersom den registrerte er kunde av den behandlingsansvarlige eller i vedkommendes tjeneste». Det understrekes i personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav f andre ledd at grunnlaget ikke kan benyttes av offentlige myndigheter «som ledd i utførelsen av deres oppgaver». I forordningens fortalepunkt 47 drøftes offentlige myndigheters bruk av av berettiget interesse som behandlingsgrunnlag, og det bemerkes at «[e]ttersom det er opp til lovgiveren ved lov å fastsette det rettslige grunnlaget for offentlige myndigheters behandling av personopplysninger, bør nevnte rettslige grunnlag ikke gjelde for behandling som offentlige myndigheter utfører i forbindelse med utførelse av de oppgavene de er tillagt».

4.3. Om «særlige kategorier av personopplysninger»

For personopplysninger som faller innenfor det forordningen definerer som «særlige kategorier» er utgangspunktet at behandling av slike opplysninger er forbudt, jf. personvernforordningen artikkel 9 nr. 1. Særlige kategorier av personopplysninger omfatter opplysninger om rase og etnisk opprinnelse, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning, behandling av biometriske og genetiske opplysninger med formål om å identifisere en person, informasjon om fagforeningsmedlemsskap og opplysninger om en persons seksuelle orientering og -forhold.

Behandling av særlige kategorier av personopplysninger er kun lovlig når et av unntakene fra forbudet kommer til anvendelse, jf. personvernforordningen artikkel 9 nr. 2 bokstav a til j. Unntaket som følger av bokstav a er den registrertes uttrykkelige samtykke. At samtykket skal være uttrykkelig er et skjerpet krav, sammenlignet med kravet om samtykke etter artikkel 6 nr. 1 bokstav a. Kriteriene er nærmere beskrevet i kapittel 5. Alternativet i bokstav b åpner for behandling når det er nødvendig for at den behandlingsansvarlige eller registrerte kan oppfylle sine rettigheter eller plikter innen rettsområdene arbeidsrett, trygderett og sosialrett. I norsk kontekst vil dette være relevant f.eks. der NAV har behov for kjennskap til en diagnose for å kunne vurdere om vilkårene for å tilkjenne sykepenger eller uføretrygd er oppfylt. I bokstav c åpnes det for at særlige kategorier av personopplysninger kan behandles når det er nødvendig for å verne den registrertes eller en annens vitale interesser og den registrerte av fysiske eller juridiske årsaker ikke selv er i stand til å samtykke. Dette alternativet kan være relevant for offentlige myndigheter som tilbyder av akuttmedisinsk hjelp til bevisstløse personer, eller i forbindelse med vedtak om tvungent psykisk helsevern for personer som gjennomgår en psykose.

Videre er behandling av særlige kategorier av personopplysninger lovlig dersom behandlingen utføres av en stiftelse hvis mål er av politisk, religiøs eller fagforeningsmessig art (alternativ d); når det er åpenbart at den registrerte selv har offentliggjort opplysningene som behandles (alternativ e); behandlingen er nødvendig for å fastsette, gjøre gjeldende eller eller forsvare rettskrav (alternativ f); behandlingen er nødvendig av hensyn til viktige allmenne interesser (alternativ g); behandlingen er nødvendig i forbindelse med forebyggende medisin eller arbeidsmedisin (alternativ h); behandlingen er nødvendig av allmenne folkehelsehensyn (alternativ i); eller behandlingen er nødvendig for arkivformål i allmennhetens interesse, for formål knyttet til vitenskapelig eller historisk forskning eller for statistiske formål (alternativ j). Blant disse unntakene er særlig alternativene som følger av bokstav g, h, i og j relevante for ulike offentlige instanser. Forordningen og dens fortale gir nærmere vurderingsgrunnlag for når de ulike alternativene er oppfylt.

Rettsgrunnlaget som er sentralt tema i denne avhandlingen er samtykke, jf. personvernforordningens artikkel 6 nr. 1 bokstav a og artikkel 9 nr. 2 bokstav a.

4.4. Viktigheten av å velge rett behandlingsgrunnlag

Formålet med at den behandlingsansvarlige skal dokumentere et behandlingsgrunnlag ved behandling av personopplysninger, er å sikre etterlevelse av personvernforordningens grunnleggende prinsipper. Å dokumentere grunnlaget for behandling sikrer transparens, ved at grunnlaget kan ettergås av den registrerte selv eller tilsynsmyndighetene. Hvilket grunnlag

behandlingen er tuftet på har også betydning for den registrertes rettigheter, da samtykke for eksempel krever at den registrerte har rett til å trekke samtykket tilbake.

På generelt grunnlag kan det å fremstille en behandling som om den er basert på den registrertes samtykke når rettsgrunnlaget i realiteten er et annet anses som en omgåelse av regelverket, og brudd på prinsippet om lovlig, rettferdig og transparent behandling, jf. personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav a. Greske tilsynsmyndigheter bøtela i 2019 firmaet Pricewaterhousecoopers Business Solutions SA (PWC BS) for å behandle personopplysninger på feil behandlingsgrunnlag jf. personvernforordningen artikkel 6 nr. 1, samt manglende transparens, jf. personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav a. Begrunnelsen for boten var at tilsynsmyndighetene mente PWC BS ga sine ansatte et feilaktig inntrykk av at personopplysninger ble behandlet på grunnlag av deres samtykke, mens det reelle rettsgrunnlaget var et annet, og at dette utgjorde et brudd på forordningens bestemmelser.⁴⁵

Den behandlingsansvarlige i den konkrete saken var ikke en offentlig myndighet, men avgjørelsen har likevel interesse for denne avhandlingens vedkommende. Forholdet mellom PWC BS som behandlingsansvarlig og deres ansatte som de registrerte er preget av stor grad av ubalanse mellom partene, fordi ansatte er i et avhengighetsforhold til selskapet der de er ansatt. Videre berører avgjørelsen tolkningen av grunnleggende prinsipper i personvernforordningen, som har overføringsverdi uavhengig av hvem den behandlingsansvarlige måtte være.

5. Samtykke etter personvernforordningen

5.1. Innledning

Det følger av personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og artikkel 9 nr. 2 at der er «den registrerte» som selv må samtykke til behandling av egne personopplysninger. Artikkel 8 presiserer reglene for barns samtykke til behandling av egne personopplysninger for informasjonssamfunnstjenester, der utgangspunktet i artikkel 8 nr. 1 siste setning er at den som har foreldreansvaret har rett til å samtykke til behandling av personopplysninger på vegne av barn under 16 år. Øvrige nasjonale regelverk kan videre kaste lys over hvem som er samtykkekompetente i en konkret kontekst.

Når samtykke skal være behandlingsgrunnlag for behandling av personopplysninger, jf. personvernforordningen artikkel 6 eller 9, må samtykket være «frivillig, spesifik[t], informert

⁴⁵ Oppsummering av greske tilsynsmyndigheters vedtak om overtredelsesgebyr for PWC

og utvetydig», jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 11. For å samtykke til behandling av særlige kategorier av personopplysninger etter artikkel 9, må samtykket i tillegg være «uttrykkelig». Videre må samtykket oppfylle kravene som stilles i personvernforordningen artikkel 7, som innebærer at samtykker må dokumenteres av den behandlingsansvarlige, og at den registrerte skal ha mulighet til å trekke sitt samtykke tilbake. Dersom kravene ikke er oppfylt er samtykket ugyldig, og kan ikke benyttes som behandlingsgrunnlag. Den behandlingsansvarlige må da enten ta grep for å sikre at det kan innhentes et gyldig samtykke, dokumentere et annet lovlig grunnlag for behandlingen, eller avstå fra å behandle personopplysningene.

5.2. Frivillig

5.2.1. Betinget samtykke

Personvernforordningen artikkel 7 nr. 4 krever at det i vurderingen av om samtykke er avgitt frivillig skal «tas størst mulig hensyn til blant annet om oppfyllelse av en avtale, herunder om yting av en tjeneste, er gjort betinget av samtykke til behandling av personopplysninger som ikke er nødvendig for å oppfylle nevnte avtale». Med andre ord er ikke et samtykke frivillig, dersom konsekvensen av å ikke samtykke er at man heller ikke mottar en ytelse man ellers er lovet.

Spørsmål om kravene til gyldig samtykke ble vurdert av EU-domstolen i sak C-61/19 *Orange Romania*. Saken gjaldt spørsmål forelagt EU-domstolen fra rumensk nasjonal domstol om hva som er tilstrekkelig for overholdelse av kravene om spesifikt, informert og frivillig samtykke. Dommen kommenterer i premiss 41 på problematikken knyttet til at oppfyllelse av en avtale forutsetter samtykke, og uttaler at «[...]in order to ensure that the data subject enjoys genuine freedom of choice, the contractual terms must not mislead him or her as to the possibility of concluding the contract even if he or she refuses to consent to the processing of his or her data. Without information of that kind, the data subject's consent to the processing of his or her personal data cannot be regarded as having been given freely [...]». Dommen konstaterer videre at kontraktsvilkårene benyttet av telekommunikasjonstilbyderen Orange Romania var egnet til å villedde de registrerte vedrørende konsekvensene av å ikke samtykke til behandling av personopplysninger.

Et annet eksempel på ugyldig samtykke på grunn av betinget ytelse finnes i Datatilsynets vedtak av 13.12.2021 der datingappen Grindr ble tilkjent overtredelsesgebyr for å behandle personopplysninger uten lovlig behandlingsgrunnlag. Behandlingen bestod i å dele personopplysninger om appens brukere med tredjeparter som benyttet opplysningene til automatisert markedsføring. Grindr selv hevdet at behandlingen hadde grunnlag i samtykke.

Datatilsynet uttrykker i sitt vedtak at de er enige med Grindr i at det korrekte behandlingsgrunnlaget ville vært samtykke, men at samtykket Grindr hevdet å basere behandlingen på ikke oppfylte kriteriene om å være «frivillig, spesifik[t], informert og utvetydig», i henhold til kravene i personvernforordningen artikkel 4, eller kriteriene i personvernforordningen artikkel 7. Det følger av vedtaket at Grindr hentet inn samtykke ved først å dele sin privacy policy, med en knapp som lot brukeren gå videre, og deretter vise brukeren et pop-up-vindu med teksten « accept the privacy policy» der brukeren kunne velge å akseptere eller avvise. Privacy Policyen beskrev at personopplysninger kunne deles med tredjeparter for markedsføringsformål. Dersom brukeren valgte å avvise, og altså ikke akseptere Grindr's Privacy Policy, fikk ikke brukeren videre tilgang til appen. Med andre ord forelå det ikke noen «reell valgfrihet» for brukeren fordi Grindr's «yting» av dating-appen var «betinget av samtykke til behandling av personopplysninger som ikke er nødvendig» for å levere eller benytte tjenesten.

At en ytelse ikke kan være betinget av at den registrerte samtykker vil være relevant der den registrerte skal inngå en avtale, eller motta en ytelse, fra offentlige myndigheter. Slike ytelser kan heller ikke fra offentlige myndigheters side forutsette behandling av personopplysninger hvis samtykke skal være behandlingsgrunnlaget.

5.2.2. Reell valgfrihet

Det beskrives i fortalepunkt 42 at frivillighet forutsetter at den registrerte har en «reell valgfrihet». Videre beskriver fortalepunkt 43 at samtykke ikke skal anses å være avgitt frivillig «dersom det ikke er mulig å gi separat samtykke for forskjellige behandlingsaktiviteter, selv om det er hensiktsmessig i det enkelte tilfellet». Personvernrådet understreker i sin veileder om samtykke at det ikke er tilstrekkelig at den registrerte kan velge å benytte en tjeneste fra en annen behandlingsansvarlig, i stedet for å benytte tjenesten som krever samtykke til en gitt behandling.⁴⁶ Reell valgfrihet forutsetter med andre ord at den registrerte har mulighet til å akseptere deler av behandlingen, men takke nei til andre behandlingsaktiviteter, hos hver enkelt tjenestetilbyder. Et slikt krav om granularitet må klart også gjelde der den behandlingsansvarlige er en offentlig myndighet.

Også mangel på reell frivillighet ble trukket frem som begrunnelse for hvorfor samtykke ble ansett ugyldig i Datatilsynets vedtak om overtredelsesgebyr til Grindr. Datatilsynet la vekt på at det ikke var differensiert mellom ulike behandlingsaktiviteter i appen, slik at brukeren ikke kunne akseptere behandlingen som var nødvendig for å benytte tjenesten, for eksempel ID til

⁴⁶ Veileder 05/2020 Punkt 38

pålogging, men likevel takke nei til behandlingen knyttet til markedsføringen. På den bakgrunn fant Datatilsynet at samtykke ikke var avgitt frivillig.

At frivillighet forutsetter både reell valgfrihet og granularitet er viktige momenter å ta med i vurderingen av offentlige myndigheters bruk av samtykke. Hvorvidt disse kriteriene kan oppfylles kan bidra til å legge føringer for hvilke tilfeller samtykke er et egnet behandlingsgrunnlag for offentlige myndigheter.

5.2.3. Maktforholdet mellom partene

Fortalens punkt 43 kommenterer videre at samtykke ikke bør utgjøre et gyldig behandlingsgrunnlag der «det er en klar skjevhet» mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige som gjør det «usannsynlig at samtykke er avgitt frivillig med hensyn til alle omstendigheter som kjennetegner den bestemte situasjonen». Som eksempel nevnes tilfeller der den behandlingsansvarlige er en offentlig myndighet. Hvordan fortelepunktet skal forstås, og hvor langt denne begrensningen for offentlige myndigheter skal trekkes, vil ha stor betydning for om offentlige myndigheter i det hele tatt kan oppfylle frivillighetskriteriet, og dermed benytte samtykke som behandlingsgrunnlag.

5.2.4. Negative konsekvenser

Fortalepunkt 42 beskriver at samtykke ikke er frivillig dersom den registrerte «ikke er i stand til å nekte å gi eller trekke tilbake et samtykke uten at det er til skade for vedkommende». Personvernrådets veileder om samtykke utdyper at begrepet skade i denne sammenheng omfatter negative eller ufordelaktige konsekvenser. Som eksempler nevnes tilfeller der tilbaketrekking av samtykke påfører den registrerte kostnader, eller medfører dårligere ytelse fra en app. Det kan også tenkes at dette punktet får betydning for offentlige myndigheter, på lik linje med andre aktører, all den tid et manglende samtykke for eksempel kan bidra til tregere informasjon eller behandlingstid i konkrete saker. Videre vil kriteriet medføre at samtykke ikke kan være behandlingsgrunnlaget for informasjon som er nødvendig å behandle for å kunne avgjøre om den registrerte har rett på en ytelse, i den grad et manglende samtykke i slike tilfeller vil medføre at den registrerte ikke kan motta ytelsen.

5.3. Spesifikt

Det følger av ordlyden i personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a at samtykke skal gis for «ett eller flere spesifikke formål». Det understrekes i Personvernrådets veileder om samtykke at spesifiseringen av formål skal bidra til å beskytte mot formålsutglidning. Dette momentet har nær sammenheng med prinsippet om formålsbegrensning, jf. personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 litra b.

Et samtykke kan dekke flere behandlingsaktiviteter, såfremt disse er nødvendige for å oppnå samme formål, jf. fortalepunkt 32 og Personvernrådets veileder om samtykke punkt 57. Derfor skal forespørsler om samtykke være granulert, altså be om spesifikke samtykker for hvert enkelt formål. Dette innebærer at den registrerte skal få muligheten til selv å bestemme hvilke formål de aksepterer behandling for og ikke, og det skal for eksempel være mulig å benytte en tjeneste uten å samtykke til alle forespurte formål. Granularitet er også nært forbundet med frivillig samtykke, som beskrevet ovenfor.

At samtykke er spesifikt forutsetter videre at forespørselen legges frem på en slik måte at den «tydelig kan skilles fra [...] andre forhold» dersom forespørselen gis skriftlig i sammenheng med annen informasjon, jf. personvernforordningen artikkel 7 nr. 2. Personvernrådet presiserer i veileder om samtykke at kravet innebærer at det skal gis spesifikk informasjon, som kan skilles fra øvrig informasjon, for hvert enkelt av de formål den behandlingsansvarlige ber om samtykke til å behandle personopplysninger for.

Kravet om et spesifikt samtykke kan neppe tenkes å by på andre utfordringer for offentlige myndigheter enn for andre behandlingsansvarlige.

5.4. Informert

Samtykke skal være «informert», jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 11. EU-domstolen tok stilling til informasjonskravet i *Orange romania*-saken. I premiss 40 i dommen konstaterer EU-domstolen at den behandlingsansvarlige skal «provide the data subject with information relating to all the circumstances surrounding the data processing [...]».⁴⁷ I punkt 42 i personvernforordningens fortale beskrives det at hensikten er «å sikre at den registrerte er kjent med at samtykke er gitt, og omfanget av det».

Det følger videre av fortalepunkt 42 at den registrerte som minimum skal «kjenne den behandlingsansvarliges identitet og formålene med behandlingen». Kravet ses i sammenheng med kravene som stilles til informasjonen om behandlingen den registrerte skal få etter personvernforordningens artikkel 12, 13 og 14, samt det overordnede prinsippet om åpenhet som følger av personvernforordningen artikkel 5 nr. i bokstav a. Personvernrådet poengterer likevel i sin veileder at et gyldig samtykke kan foreligge selv om ikke alle kravene til informasjon etter artikkel 13 og 14 er oppfylt.⁴⁸ I *Orange Romania* premiss 40 presiserer EU-domstolen at den behandlingsansvarlige som minimum skal gjøres kjent med «the type of

⁴⁷ Sak C-16/19 *Orange Romania*, premiss 40

⁴⁸ Personvernrådets veileder 05/2020 punkt 72

data to be processed, the identity of the controller, the period and procedures for that processing and the purposes of the processing».⁴⁹

Personvernforordningen artikkel 7 nr. 2 krever at forespørsler om samtykke gis i «en forståelig og lett tilgjengelig form og på et klart og enkelt språk». Personvernrådet beskriver i veileder om samtykke at for å oppfylle informasjonskriteriet bør budskapet tilpasses målgruppen for informasjonen, og formuleres på en måte som er lett forståelig for en gjennomsnittlig person, ikke bare for jurister.⁵⁰ Videre poengterer veilederen at formatet budskapet presenteres i har betydning. I elektronisk form bør forespørsler om samtykke presenteres kort og konsist, og skal ikke være «begravet» i øvrige avtalevilkår. Personvernrådet presiserer også at språk og format må tilpasses til målgruppen. Dette kriteriet kan tenkes å by på noen utfordringer for offentlige myndigheter, da deres tjenester er rettet mot hele befolkningen i ulike livsfaser og med ulike kompetanse.

Også mangel på informasjon ble trukket frem som problematisk i Datatilsynets vedtak om overtredelsesgebyr for Grindr.⁵¹ Under henvisning til kravene i art. 13 og 14 peker Datatilsynet på at den registrerte har rett på informasjon om mottakere av deres personopplysninger der det bes om samtykke til deling av personopplysninger med andre behandlingsansvarlige. Grindr's forespørsel inneholdt hele deres Privacy Policy, et dokument på over 3700 ord, der forespørselen om samtykke og informasjon om deling av personopplysninger utgjorde en mindre del. Datatilsynet påpeker i vedtaket at for å sikre et informert samtykke, skulle nøkkelinformasjonen vært fremhevet av Grindr, slik at den registrerte enklere kunne få vite hva de samtykket til. Videre oppfylte ikke den vedlagte Privacy Policy-en kravene i art. 13 og 14, da den ikke inneholdt informasjon om hvem mottakerne av opplysningene var, kun at «Third Party Advertising Companies» kunne behandle visse opplysninger i tråd med Grindr's Privacy Policy.

Den tolkningen som er lagt til grunn av Datatilsynet med hensyn til hvordan kravet om å sikre et informert samtykke kan ivaretas er generell for tolkning av personvernforordningen og har derfor relevans for alle behandlingsansvarlige som skal innhente samtykker digitalt, også der behandlingsansvarlig er en offentlig myndighet.

⁴⁹ Sak C-16/19 *Orange Romania*, premiss 40

⁵⁰ Personvernrådets veileder 05/2020 punkt 67 og 70

⁵¹ Datatilsynet, Vedtak om overtredelsesgebyr for Grindr LLC

5.5. Utvetydig

Et samtykke skal være en «utvetydig viljestyring fra den registrerte», jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 11. Fortalepunkt 32 beskriver en rekke eksempler på hvordan samtykke kan gis, herunder skriftlig, i analogt eller elektronisk format, muntlig, gjennom avkrysning av en boks ved besøk på en nettside eller annen erklæring eller handling som demonstrerer tydelig at den registrerte samtykker. Det presiseres i Persovernrådets veileder om samtykke at den registrerte må ha foretatt en bevisst handling for å samtykke.⁵² Fortalepunkt 32 beskriver videre at «taushet, forhåndsavkryssede bokser eller inaktivitet bør derfor ikke utgjøre et samtykke». Ved å passivt ha godtatt at behandling finner sted, vil det ikke foreligge en «utvetydig viljestyring», da det er uklart hvorvidt den registrerte faktisk har ment å samtykke. Dette innebærer at for eksempel konkludent atferd ikke kan anses å danne grunnlaget for et gyldig samtykke etter personvernforordningen.

Ettersom det oppstilles relativt konkrete alternativer for hvordan et utvetydig samtykke kan sikres er det ingen holdepunkter for at det skal by på andre utfordringer for offentlige myndigheter å oppfylle vilkåret enn for andre behandlingsansvarlige.

5.6. Uttrykkelig samtykke

For å behandle særlige kategorier av personopplysninger⁵³, gjennomføre automatisert behandling med virkninger for den registrertes rettigheter⁵⁴ med grunnlag i samtykke, eller overføre personopplysninger til tredjestat uten at vilkårene i art. 45 eller 46 er oppfylt⁵⁵, kreves det at samtykket som er avgitt av den registrerte er «uttrykkelig». Dette er et skjerpet krav sammenlignet med kriteriene som følger av artikkel 6 nr. 1 bokstav a som kun krever at den registrerte gir et «samtykke».

Personvernrådet beskriver i sin veileder om samtykke at et uttrykkelig samtykke forutsetter en tydeligere viljeserklæring enn det ordinære kravet til aktiv handling fra den registrerte.⁵⁶ Eksempler på handlinger som kan anses som uttrykkelig samtykke kan være at den registrerte signerer på en erklæring i fysisk eller elektronisk format, laster opp et bilde av en signert erklæring, eller bekrefter sitt samtykke gjennom en to-stepsprosess, som for eksempel å først svare bekreftende på en e-post, for deretter å bekrefte med en kode på SMS.⁵⁷

⁵² Personvernrådets veileder 05/2020 punkt 75

⁵³ jf. Personvernforordningen artikkel 9 nr. 2 litra a

⁵⁴ jf. Personvernforordningen artikkel 22 nr. 2 litra c

⁵⁵ jf. Personvernforordningen artikkel 49 nr. 1 litra a

⁵⁶ Personvernrådets veileder 05/2020 kapittel 4

⁵⁷ *ibid.*

I likhet med kravet om at samtykke skal være utvetydig, vil det antakelig heller ikke være forskjeller på offentlige myndigheter og andre behandlingsansvarlige her.

5.7. Plikt til å påvise samtykke

For behandling av personopplysninger med grunnlag i den registrertes samtykke må den behandlingsansvarlige kunne «påvise at den registrerte har samtykket», jf. personvernforordningen artikkel 7 nr. 1. Dette innebærer at den behandlingsansvarlige får en dokumentasjonsplikt, og må føre en oversikt over samtykkene de har innhentet.

Personvernrådet beskriver i sin veileder om samtykke at den behandlingsansvarlige står fritt til å velge en passende metode for å påvise samtykke, men at dokumentasjon av samtykker i seg selv ikke må medføre en overdreven behandling av ytterligere personopplysninger.⁵⁸ Personvernrådet presiserer videre at plikten til å påvise samtykke varer så lenge personopplysningene behandles. Etter at behandlingen er avsluttet skal ikke dokumentasjon tilknyttet samtykket lagres lenger enn det som er strengt nødvendig, eller i samsvar med et av unntakene i personvernforordningen artikkel 17 nr. 3. Unntakene som følger av artikkel 17 nr. 3 omfatter blant annet oppfyllelse av en rettslig interesse, arkivformål i allmennhetens interesse og hensyn til allmennhetens interesser innen området folkehelse. Disse unntakene har antakelig større relevans for offentlige myndigheter enn andre behandlingsansvarlige, da de har nær sammenheng med utøvelse av oppgaver som ofte er tillagt det offentlige. Derimot kan det tenkes at behandling av personopplysninger som er av en slik karakter at den er underlagt allmennhetens interesser på en måte som er omfattet av unntakene i artikkel 17 vil være hjemlet i nasjonal rett heller enn i den registrertes samtykke.

5.8. Rett til å trekke tilbake samtykke

Det følger av Personvernforordningen artikkel 7 nr. 3 at den registrerte når som helst skal ha rett til å trekke tilbake sitt samtykke, og at det skal være like enkelt å trekke samtykket tilbake som det var å avgi. Personvernrådet poengterer i veileder om samtykke at personvernforordningen ikke kan tolkes slik at tilbaketrekking må gjennomføres på akkurat samme måte som samtykket ble avgitt, men at det skal være tilsvarende enkelt.⁵⁹ For samtykker avgitt i elektronisk format skal tilbaketrekkingen skje i samme skjerm bilde som samtykke ble gitt, og tilbaketrekking skal skje kostnadsfritt, slik at ikke tilbaketrekkingen utgjør en unødvendig ulempe for den registrerte.⁶⁰ At tilbaketrekking er tilsvarende enkelt

⁵⁸ Personvernrådets veileder 05/2020 punkt 106

⁵⁹ Personvernrådets veileder 05/2020 punkt 113

⁶⁰ Personvernrådets veileder 05/2020 punkt 114

beskrives i veilederen at vil være oppfylt ved at det for eksempel innebærer like mange steg, og ved elektronisk samtykke skal tilbaketrekking kunne gjennomføres innenfor samme brukergrensesnitt som samtykke opprinnelig ble avgitt.

Forordningens artikkel 7 nr. 3 presiserer at tilbaketrekking av samtykke ikke skal «påvirke lovligheten av behandlingen som bygger på samtykket før det trekkes tilbake». Personvernforordningen art. 17 nr. 1 bokstav b bestemmer at når samtykke til behandling trekkes tilbake skal personopplysninger slettes, med mindre det foreligger et rettslig grunnlag for å fortsette å behandle enkelte opplysninger (f.eks. fortsatt lagring)⁶¹. Dette kan være tilfellet der tilbaketrekkingen bare gjaldt ett av flere samtykker som var avgitt, eller der deler av behandlingen har hatt et annet behandlingsgrunnlag enn samtykke. Etersom store deler av behandlingen som utføres av offentlige myndigheter er underlagt dokumentasjons- og arkiveringsplikt, for eksempel i forbindelse med utredning av enkeltvedtak, vil et samtykke til slik behandling etter sin art ikke kunne trekkes tilbake, og samtykke vil da antakelig heller ikke være et egnet rettslig grunnlag for slik behandling. Behandlingsansvarlig må da benytte et av de andre behandlingsgrunnlagene som følger av personvernforordningen artikkel 6 nr. 1.

6. Offentlige myndigheter og den registrertes samtykke

6.1. Innledning

For å kunne svare på i hvilken utstrekning offentlige myndigheter kan benytte samtykke som rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger etter personvernforordningen, er det nødvendig å se nærmere på forordningens ordlyd og begrensninger, fortalens uttalelser, og da særlig fortalepunkt 43, hvordan begrepet «offentlige myndigheter» skal forstås i forbindelse med samtykke som behandlingsgrunnlag, betydningen av faktisk myndighetsutøvelse, hvorvidt menneskerettslige bestemmelser kan kaste lys over vurderinger, bestemmelsens og forordningens formål, samt hva som kan trekkes ut av praksis i forbindelse med smittesporingsapplikasjonen Smittestopp.

6.2. Forordningens ordlyd og begrensninger

Personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav a åpner for at behandling av personopplysninger kan gjennomføres når «den registrerte har samtykket» til det. Et samtykke skal være en «frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljeserklæring», jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 11. Verken ordlyden i artikkel 6 eller definisjonen i artikkel 4 legger noen direkte begrensninger for hvilke behandlingsansvarlige som kan benytte samtykke som behandlingsgrunnlag. Dette til sammenligning med behandlingsgrunnlaget som fremkommer i

⁶¹ Personvernrådets veileder 05/2020 punkt 117

artikkel 6 nr. 1 bokstav f, forfølgelse av en berettiget interesse, der ordlyden i bestemmelsens andre ledd har inntatt en eksplisitt begrensning av offentlige myndigheters adgang til å benytte grunnlaget for behandling i utførelsen av sine oppgaver.

Forordningens bestemmelser lest i sammenheng, og rettsreglers fragmentariske karakter, taler for at forordningens ordlyd kan tolkes dithen at det er mer åpent for offentlige myndigheter å benytte samtykke som rettsgrunnlag enn forfølgelse av en berettiget interesse, da noe eksplisitt begrensning av samtykke som behandlingsgrunnlag ikke er tatt inn i forordningen. Enhver behandling med grunnlag i den registrertes samtykke forutsetter selvfølgelig at vilkårene for et gyldig samtykke er oppfylt.

6.3. Fortalen

Fortalen til personvernforordningen adresserer behandling av personopplysninger med grunnlag i den registrertes samtykke i fortalepunkt 43. I fortalen problematiseres tilfeller der det er en «klar skjevhet» mellom registrert og behandlingsansvarlig, og som eksempel nevnes særlig maktubalansen mellom den registrerte og behandlingsansvarlig når sistnevnte er en offentlig myndighet. Videre uttrykkes det at et samtykke ikke vil anses som gyldig der det foreligger slik skjevhet «[...] og det derfor er usannsynlig at samtykket er gitt frivillig med hensyn til alle omstendigheter som kjennetegner den bestemte situasjonen». Fortalepunktet peker altså på frivillighetskriteriet som det problematiske punktet for situasjoner preget av maktubalanse, og gir anvisning på en konkret helhetsvurdering av om situasjonen påvirker den registrertes frivillighet.

At det gis anvisning på en helhetsvurdering av de «forhold som kjennetegner situasjonen» innebærer at spørsmålet om hvorvidt offentlige myndigheter kan behandle personopplysninger med grunnlag i den registrertes samtykke ikke umiddelbart kan besvares bekræftende eller avkreftende. Fortalens poeng tilknyttet maktubalanse taler likevel sterkt for at tilfeller der maktubalansen er svært stor, for eksempel der behandling er nødvendig for å pålegge den registrerte en byrde som for eksempel strafferettslig forfølgelse, klart ikke kan oppfylle forordningens kriterier. Motsetningsvis utfører de offentlige en rekke oppgaver av mer administrativ art, der konklusjonen kanskje kan være det motsatte.

Med andre ord kan man tolke uttalelsen i fortalepunkt 43 slik at hvorvidt behandlingen er en del av utøvelsen av offentlig myndighet eller ikke er et sentralt moment som bør inngå i vurderingen av hvilke «omstendigheter som kjennetegner den bestemte situasjonen». En slik fortolkning taler for at en instans som er en del av «offentlige myndigheter» bør kunne bruke samtykke som rettslig grunnlag for behandling i en situasjon der de opptrer på lik linje med en

annen tjenestetilbyder, for eksempel i forbindelse med barnehage- eller skole drift, eller til utførelse av oppgaver av rent administrativ art (som beskrevet og drøftet nærmere i avhandlingens kapittel 6.5.). I tilfeller der oppgavene den offentlige myndigheten skal utøve er reell myndighetsutøvelse fremstår det nokså klart at samtykke ikke er et egnet behandlingsgrunnlag. Spørsmålet blir videre hvordan man gjennom helhetsvurderingen beskrevet i fortalepunkt 43 kan avdekke hvorvidt samtykke er egnet i de mellomliggende tilfeller, og hvor avgjørende vekt som skal legges på at behandlingsansvarlig er «offentlige myndigheter», eller utøvelsen av myndighet.

6.4. Rekkevidden av «offentlige myndigheter»

Som en del av helhetsvurderingen det gis anvisning på i fortalepunkt 43 vil en nyttig avklaring være hvordan man skal forstå betydningen og rekkevidden av begrepet «offentlige myndigheter». Det finnes ikke praksis knyttet til begrepet i fortalepunkt 43, men praksis knyttet til bruken av «offentlige myndigheter» i personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav f andre ledd kan bidra til å kaste lys over hvordan begrepet bør forstås. Det samme kan kontekst og formål med regelverket.

I personvernforordningen artikkel. 6 nr. 1 bokstav f andre ledd er det inntatt en begrensning av offentlige myndigheters adgang til å behandle personopplysninger med grunnlag i berettiget interesse for behandling som er «ledd i utførelsen av deres oppgaver». Det offentlige «oppgaver» favner om et bredt spekter, og innebærer alt fra rent administrative oppgaver, som beskrevet og drøftet i kapittel 6.5, tjenesteyting på lik linje med private aktører, for eksempel tilbydelse av plass i barnehage eller på eldre hjem, til oppgaver som er bestemmende for den registrertes rettigheter og plikter, for eksempel å fatte vedtak om byggetillatelse eller trygdegoder. Isolert sett fremstår ordlyden som å ha et vidt nedslagsfelt, da den avskjærer all behandling som er et «ledd» i utførelsen av offentlige myndigheters «oppgaver». Slik sett synes begrensningen å dekke hele spekteret av oppgaver, fra administrasjon til bestemmende vedtak.

I prop. 56 LS (2017-2018) avsnitt 6.3.1 vurderer departementet rekkevidden av ordlyden dithen at «[e]ttersom unntaket fra artikkel 6 nr. 1 bokstav f bare retter seg mot «offentlige myndigheter» og «deres oppgaver», legger departementet [...] til grunn at unntaket som utgangspunkt bare gjelder behandling av personopplysninger i forbindelse med utøvelse av offentlig myndighet. Det offentlige må altså ha samme adgang som private behandlingsansvarlige til å benytte artikkel 6 nr. 1 bokstav f i for eksempel kommersiell virksomhet eller i egenskap av å være arbeidsgiver». Med andre ord legger departementet til grunn at ordlyden «behandling som utføres av offentlige myndigheter som ledd i utførelsen av

deres oppgaver» skal forstås som myndighetsutøvelse i mer snever forstand. Datatilsynet (ved settedirektør) har også lagt til grunn en slik forståelse av begrepet i sitt *Vedtak i sak om Datatilsynets behandling av personopplysninger mv.* av 24.03.2020.⁶²

I fortalepunkt 43, der offentlige myndigheters adgang til å benytte samtykke som behandlingsgrunnlag vurderes, benyttes uttrykket «behandlingsansvarlig er en offentlig myndighet» (egen utheving). Her fremstår det mindre klart om det avgjørende er at behandlingen gjennomføres av en instans som «er» en offentlig myndighet, eller om det problematiske oppstår ved instansens utøvelse av offentlig myndighet. Dersom det avgjørende for bruken av samtykke er hvorvidt behandlingen er en del av utøvelsen av offentlig myndighet, taler det for at det kan trekkes et skille mellom organisasjoner eller funksjoner som er en del av det offentlige myndighetsapparatet, og utøvelse av myndighet. Mange av arbeidsoppgavene som er tillagt det offentlige er av mer administrativ og informativ karakter, og er ikke nødvendigvis naturlig å anse som myndighetsutøvelse. Dette taler for at problematikken først og fremst oppstår når en instans eller etat ved behandlingen av personopplysninger opptrer i sin rolle som offentlig myndighet, og at samtykke dermed kan benyttes som behandlingsgrunnlag i tilfeller der offentlige myndigheter opptrer på lik linje med andre private aktører, for eksempel som en arbeidsgiver, innkjøper eller tilbyder av tjenester.

På den annen side kan det reises spørsmål ved hvorvidt offentlige myndigheter reelt kan opptre som noe annet enn offentlig myndighet, og om oppgaver tillagt en offentlig instans i det hele tatt kan sammenlignes med oppgaver som utføres av andre tjenestetilbydere. Særlig i et land som Norge, med et stort forvaltningsapparat som møter befolkningen på mange ulike arenaer i løpet av livet, er det relevant å stille spørsmål ved om oppgaver kan skilles fra tjenesteyteren. For den registrerte er neppe nyansene alltid synlige, og økt fokus på samarbeid mellom offentlige instanser⁶³ kan bidra til å styrke den registrertes oppfatning om at denne møter et stort forvaltningsapparat, ikke en tjenesteyter som leverer en konkret tjeneste. Med moderne teknologi digitaliseres prosesser og stadig flere systemer henter informasjon direkte fra folkeregisteret, skatteetaten og altinn. Slik deling av informasjon mellom etater kan være egnet til å gi den registrerte inntrykk av at også annen personinformasjon enkelt kan deles på tvers, hvilket kan så tvil om troverdigheten til en eventuell formålsbegrensning, og virke negativt på tilliten til systemet. Grensen for hvor offentlige myndigheter utøver reell myndighetsutøvelse eller ikke kan for den registrerte fremstå som svært uklar. Dermed vil et relevant spørsmål i vurderingen av om samtykke kan benyttes som behandlingsgrunnlag være

⁶² Datatilsynet, Vedtak i sak om Datatilsynets behandling av personopplysninger mv.

⁶³ Prop. 100 L (2020-2021) under 1 Hovedinnholdet med proposisjonen

hvorvidt et samtykke oppleves av den registrerte selv som å være informert og frivillig i den konkrete behandlingssituasjonen når den behandlingsansvarlige er en offentlig myndighet.

Hvis konklusjonen er at det avgjørende for om samtykke kan brukes er utførelsen av oppgaver som er tillagt offentlige myndigheter, vil regelen da også kunne omfatte private bedrifter som utfører oppdrag på vegne av offentlige myndigheter, for eksempel en privat bedrift som bistår med oppdrag i barneverntjenester. Gode grunner taler for en slik forståelse, da den registrerte ofte vil ha de samme rettigheter til behandling av egen sak, uavhengig av om en ytelse mottas direkte fra offentlige myndigheter, eller via en representant som oppgaven er delegert til. Hensynet til forutberegnelighet i møte med forvaltningen taler med tyngde for en slik forståelse.

Hvis konklusjonen på den annen side er at det avgjørende er om behandlingsansvarlig «er» en offentlig myndighet kan det reises spørsmål om hvilke regler som da vil gjelde for offentlig eide selskaper som driftes som privat. Videre vil det fremstå som uklart hvorvidt den registrerte da vil ha ulike rettigheter avhengig av om vedkommende mottar en tjeneste fra en behandlingsansvarlig som er offentlige myndigheter, eller en privat aktør som yter tjenesten på myndighetenes vegne. Dette taler for at når den behandlingsansvarlige er en privat bedrift som utøver offentlig myndighet i form av oppgaver den har fått delegert bør den behandlingsansvarlige være underlagt de samme strenge vurderinger som offentlig myndighet selv er når de utfører samme oppgave, da dette langt på vei sikrer forutberegnelighet i møte med forvaltningsapparat og offentlige tjenester for den registrerte. Tilsvarende kan det være problematisk for et offentlig eid selskap som driftes som privat dersom det var avskåret fra behandling av opplysninger med grunnlag i den registrertes samtykke fordi selskapet er en «offentlig myndighet», når selskapet ellers må konkurrere med privateide selskaper på samme vilkår.

Typetilfellene beskrevet ovenfor taler begge for at det bør være oppgavene som utføres, og hvorvidt disse er en utøvelse av offentlig myndighet, som avgjør om det kan sies å foreligge en maktubalanse, som referert i personvernforordningens fortalepunkt 43. Også der oppgaver utføres av offentlige myndigheter, finnes det eksempler på konkrete oppgaver som etter sin art ikke nødvendigvis oppleves som «myndighetsutøvelse». Eksempler på slike oppgaver kan være tilleggsservice eller ytelser, som for eksempel at ansatte i en barnehage tilbyr seg å dele bilder av barnehagebarna med deres foresatte. En slik oppgave bærer lite preg av myndighetsutøvelse, og fremstår som en mer uformell tilleggstjeneste, som har et begrenset formål, innebærer konkrete behandlingsaktiviteter og som det ikke vil ha noen negative konsekvenser å takke ja eller nei til for de foresatte. Med andre ord kan en slik behandling

være et godt eksempel på et tilfelle der samtykke er et egnet behandlingsgrunnlag, selv om den behandlingsansvarlige er en representant for offentlige myndigheter. Det innebærer at også de alminnelige begrensninger som gjelder for andre virksomheter, må gjelde for offentlige myndigheters bruk av samtykke som grunnlag for behandling. Som eksempel kan det nevnes maktubalansen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, som tilsier at en arbeidsgiver neppe kan innhente et gyldig samtykke fra sine arbeidstakere. En slik fortolkning samsvarer også godt med departementets argumentasjon vedrørende forståelsen av offentlige myndigheters oppgaver, jf. Prop. 56 LS (2017-2018), som gjengitt ovenfor.

Oppsummert taler flere momenter for at begrepet «offentlige myndigheter» slik det er benyttet i fortalepunkt 43 bør forstås som etater som utøver offentlig myndighet i forbindelse med den konkrete behandlingssituasjonen. Dette innebærer at instanser som formelt sett er offentlige myndigheter kan ha en adgang til å benytte samtykke som behandlingsgrunnlag, også for oppgaver som ikke bare er rent administrative, men for eksempel for enkle tjenester, eller i andre situasjoner der de opptrer på lik linje med andre aktører. Et moment i helhetsvurderingen det legges opp til i fortalepunkt 43 blir dermed hvorvidt behandlingssituasjonen det bes om samtykke til er preget av myndighetsutøvelse.

6.5. Myndighetsutøvelse som utslagsgivende moment

6.5.1. Innledning

Det danske datatilsyn har i sin *Vejledning om samtykke* gitt generelle bemerkninger om bruk av samtykke i forhold preget av maktubalanse, og særskilt der den behandlingsansvarlige er en offentlig myndighet. Her pekes det særlig på den situasjonen at den registrerte vil være i et avhengighetsforhold til de behandlingsansvarlige offentlige myndigheter, dersom den registrerte for eksempel skal søke om en tjeneste eller et gode, og at det ikke vil finnes andre alternativer enn å samtykke for den registrerte dersom vedkommende ønsker å motta ytelsen.

⁶⁴ Veilederen konkluderer deretter med at offentlige myndigheter «sædvanligvis ikke» vil kunne behandle personopplysninger med grunnlag i den registrertes samtykke, men åpner i neste avsnitt for at det kan tillates i visse situasjoner «hvor borgerens afvisning af at give samtykke er uden betydning for myndighedens sagsbehandling af en ydelse eller tilladelse til borgeren». ⁶⁵ Som eksempel trekkes administrative praksiser som å takke ja til å kontaktes via SMS eller e-post frem, altså oppgaver som er langt fra å fremstå som noen myndighetsutøvelse. Det danske datatilsynet skiller altså mellom myndighetsutøvelse i sin klareste forstand, som ikke kan utføres med grunnlag i samtykke, og offentlige myndigheters rent administrative oppgaver, som antakelig kan ha grunnlag i samtykke.

⁶⁴ Danske Datatilsynet *Vejledning om samtykke* punkt 2.3.1.

⁶⁵ *ibid.*

All den tid spørsmålet om offentlige myndigheters behandling av personopplysninger med grunnlag i den registrertes samtykke skal avgjøres ved en helhetsvurdering, der kontekst og reell myndighetsutøvelse er momenter som skal inngå, kan det reises spørsmål om det også finnes tilfeller der behandling som er en del av myndighetsutøvelse likevel kan ha grunnlag i samtykke, eller oppgaver av administrativ karakter som likevel er uegnet som samtykkebaserte. Det er klart at et slikt samtykke må kunne oppfylle alle forordningens øvrige krav.

6.5.2. Rent administrative oppgaver

Et eksempel på samtykke benyttet i forbindelse med en administrativ oppgave finnes på Statens Vegvesens nettsider. Når man bestiller time for å fornye førerkort via skjema på Statens Vegvesens nettside blir man bedt om å avgi «samtykke til lagring av personlige opplysninger» som er nødvendig for å identifisere hvem som har bestilt time og kunne komme i kontakt med vedkommende. Det opplyses om at opplysningene vil slettes «dagen etter at du har vært på trafikkstasjonen». Oppgaven som utføres i dette konkrete tilfellet synes å være av administrativ art, og samtykke bør ikke være utelukket som rettslig grunnlag på bakgrunn av at Statens Vegvesen er en offentlig myndighet, basert på den foregående drøftelsen. Videre må forordningens krav til samtykke være oppfylt for at behandlingsgrunnlaget lovlig kan benyttes.

I sin personvernerklæring, tilgjengelig på samme nettside, beskrives ikke samtykke som grunnlag for noen av behandlingsaktivitetene som Statens Vegvesen foretar seg. Derimot beskrives det at opplysningene behandles med grunnlag i lovverk og berettiget interesse.⁶⁶ Angående varighet av behandlingen fremkommer det i personvernerklæringen at opplysningene vil lagres så lenge de er nødvendige, og at Vegvesenet som regel må oppbevare opplysningene etter at saksbehandlingen er avsluttet, av hensyn til kravene i arkivlova. Det kommer ikke frem i personvernerklæringen hvordan opplysninger avgitt med grunnlag i samtykke behandles, og opplysningene som forøvrig gis i erklæringen virker å stå i en direkte motstrid med opplysningene som gis i samtykkeskjemaet. Ved innhenting av samtykke fremgår det heller ikke hvilke alternativer man har, dersom man ikke ønsker å samtykke til behandlingen av navn og kontaktopplysninger. Med andre ord foreligger ingen reell valgfrihet for den registrerte, hvilket innebærer at et samtykke ikke kan sies å være avgitt frivillig, og det fremstår som tvilsomt om kravet om at samtykke skal anses informert er oppfylt, med hensyn til motstriden mellom informasjonen som gis i registreringsskjemaet og

⁶⁶ Statens Vegvesen, Personvernerklæring

personvernerklæringen. Selv om situasjonen tilsynelatende åpner for at myndighetene kan benytte samtykke som behandlingsgrunnlag, må samtykket kunne oppfylle de øvrige kravene i forordningen, noe det neppe gjør i Statens Vegvesens tilfelle. Utfordringene ved dette spesifikke samtykket er ikke særlige for offentlige myndigheter, men kan by på utfordringer for andre behandlingsansvarlige også.

Et annet eksempel der offentlige myndigheter henviser til at de behandler personopplysninger med grunnlag i den registrertes samtykke finnes ved bestilling av Europeisk helsetrygdkort på Helse Norges nettsider. Også dette er en oppgave med administrativt preg, da slike kort utstedes uten unntak, så fremt rent objektive vilkår er oppfylt. Selve oppgaven med utstedelse av slike helsekort følger av lov, men den registrerte blir som en del av bestillingen av kortet bedt om å samtykke til automatisert behandling av sine personopplysninger. Samtidig med forespørsel om samtykke fra Helse Norge opplyses det om at man ved å velge automatisert behandling vil kunne forvente å motta forsikringsbeviset innen 10 virkedager, mens man ved å ikke samtykke, og dermed be om en manuell behandling må påregne en behandlingstid på inntil 6 uker. Samtykket fremstår som problematisk i forhold til forordningens krav av tre grunner:

For det første må behandlingsansvarlig for å kunne foreta en automatisk behandling, jf. personvernforordningen artikkel 22 nr. 2, be om den registrertes uttrykkelige samtykke, jf. bestemmelsens bokstav c. Et uttrykkelig samtykke krever etter forordningen mer enn det ordinære kravet om en aktiv handling, som beskrevet i denne avhandlingens kapittel 5.6. Samtykke gjennom avkrysning, som er den valgte løsningen på helsenorge.no, kan etter sin ordlyd være et uttrykkelig samtykke, men i tråd med uttalelsene fra Personvernrådet i deres veileder om samtykke, burde et uttrykkelig samtykke sikres ved signering av en erklæring eller en to stegs prosess for å verifisere samtykket. Helsenorge.no benytter kun en enkelt avkrysningsboks for samtykke. Automatisert behandling kan også hjemles i unionsretten eller medlemsstatens nasjonale rett, jf. personvernforordningen artikkel 22 nr. 2 bokstav b. I følge Helsedirektoratets egen personvernerklæring har direktoratet adgang til å gjennomføre automatisk behandling for flere personopplysninger med grunnlag i lov, og etter samtykke.⁶⁷ Behandling av søknader om Europeisk helsetrygdkort er spesifikt nevnt som eksempel på en automatisk behandling som gjennomføres med grunnlag i samtykke. Det er ikke kommentert på noen forskjell mellom tilfellene der samtykke er valgt som grunnlag og tilfellene der behandlingen har grunnlag i nasjonal eller europeisk rett, eller hvorfor man har valgt ulike

⁶⁷ Helsedirektoratet, Personvernerklæring

grunnlag i disse tilfellene. Det gis forøvrig heller ingen henvisning til hvilket lovgrunnlag som danner supplerende rettsgrunnlag for den øvrige behandlingen.

For det andre forutsetter et «uttrykkelig samtykke» at forordningens generelle krav til samtykke er oppfylt, i tillegg til det skjerpede kravet til klarheten i samtykket. Samtykket i dette konkrete tilfellet vil neppe kunne anses å oppfylle forordningens kriterier. Det kan klart sies at det medfører negative konsekvenser som problematisert i forordningens fortalepunkt 42 dersom den registrerte ikke samtykker, fordi behandlingstiden mer enn tredobles når man velger manuell behandling fremfor automatisk. Det følger av uttalelsen i fortalepunkt 42 og Personvernrådets veileder om samtykke at slike negative konsekvenser er til hinder for at samtykket kan anses å være avgitt frivillig. Videre er informasjonen som gis i forespørselen om samtykket svært kortfattet, og dekker ikke minimumskriteriene påpekt av EU-domstolen i *Orange Romania*-dommen og Personvernrådet i veileder om samtykke, som krever at informasjon om hvilke typer data som behandles, behandlingsansvarliges identitet, varighet og fremgangsmåte ved behandlingen og formålet med behandlingen.⁶⁸ Om hvilke typer data som behandles beskriver forespørselen at det «blant annet» vil behandles opplysninger om bosted, sivilstatus og statsborgerskap, hvilket tilsynelatende ikke er en uttømmende liste. Videre er forespørselen om samtykke taus med hensyn til varighet av behandlingen. Ved å trykke på et spørsmålsikon helt ytterst i skjermbildet og bla nederst til informasjonsteksten som dukker opp, finner man link til Helsedirektoratets personvernerklæring. Heller ikke denne gir mer utfyllende informasjon om hvilke opplysninger som behandles ved å velge automatisk behandling, eller om varigheten av behandlingen for det konkrete tilfellet. Videre inneholder Helsedirektoratets personvernerklæring nærmere 8000 ord, noe som i lys av Datatilsynets vedtak om overtredelsesgebyr for Grindr kan reise spørsmål ved om oppfyller kriteriet om at informasjonen skal være «forståelig og lett tilgjengelig» for en gjennomsnittlig registrert.⁶⁹ Dermed fremstår det som svært tvilsomt å hevde at samtykket kan være «informert».

For det tredje er det uklart om behandlingsgrunnlaget ved manuell behandling for samme formål er hjemlet i lov eller er ment å ha grunnlag i den registrertes samtykke. Det vil ikke være mulig å motta Europeisk Helsetrygdkort uten at de samme opplysningene behandles på en eller annen måte, da utdelingen forutsetter at gitte vilkår er oppfylt. Dermed foreligger det ingen reell frivillighet, fordi det ikke foreligger noen handlingsalternativer for den registrerte. Henvisningen til at vurderingstemaet er hvorvidt lovfestede vilkår er oppfylt gir grunn til å anta at grunnlaget for behandlingen kan være å utføre en oppgave foreskrevet i lov.

⁶⁸ Sak C-16/19 Orange Romania

⁶⁹Datatilsynet, Vedtak om overtredelsesgebyr for Grindr LLC

Eksemplene fra Vegvesenet og Helsenorge viser at selv for oppgaver av rent administrativ art er ikke nødvendigvis samtykke et egnet behandlingsgrunnlag for offentlige myndigheter, selv om det ut fra situasjonen prinsipielt kunne vært lovlig. I Vegvesenet sitt tilfelle kan samtykket etter sin art ikke trekkes tilbake, og i Helse Norge sitt tilfelle er samtykket neppe reelt frivillig da det ikke fremstår som å foreligge noen reelle alternativer til behandling, og det medfører negative konsekvenser for den registrerte om vedkommende ikke samtykker fordi behandlingstiden øker betydelig. Det fremkommer ikke av noen av de to nevnte personvernerklæringene om det er foretatt noen vurdering av om samtykke er et egnet behandlingsgrunnlag i det konkrete tilfellet. Det er heller ikke gitt noen forklaring på hvorfor de behandlingsansvarlige har valgt å benytte grunnlag i samtykke fremfor andre rettsgrunnlag, for eksempel utførelse av oppgave i allmennhetens interesse eller oppfyllelse av lovbestemt plikt, som ut fra konteksten fremstår som mulige alternativer. Eksemplene gir dermed lite innblikk i hva som vektlegges i en slik vurdering som fortalepunkt 43 gir anvisning på, men de understreker at det i alle tilfeller er avgjørende for bruk av samtykke som behandlingsgrunnlag at alle personvernforordningens krav oppfylles. Eksemplene illustrerer videre at hvorvidt en behandlingsaktivitet er preget av myndighetsutøvelse ikke kan være det eneste kriteriet som inngår i helhetsvurderingen etter fortalepunkt 43. Vurderingen bør ut fra eksemplene også omfatte hvorvidt andre skranker, som for eksempel lovfestet arkiv- eller dokumentasjonsplikt den offentlige myndigheten er omfattet av, forhindrer oppfyllelse av vilkårene til samtykke.

6.5.3. Myndighetsutøvelse

Fortalepunkt 43 peker på frivillighetskriteriet som det problematiske punktet for offentlige myndigheters anvendelse av samtykke som rettslig grunnlag for behandling. For at et samtykke skal være frivillig må det foreligge en reell valgfrihet (altså et alternativ), samtykket må være granulert slik at den registrerte kan velge å samtykke eller ikke til hvert enkelt formål ved behandlingen, og det må ikke kunne få noen negative konsekvenser for den registrerte dersom vedkommende velger å ikke samtykke. Det kan klart tenkes at samtlige av disse kriteriene kan være vanskelig å oppfylle i en situasjon preget av en offentlig myndighets myndighetsutøvelse overfor den registrerte.

En konkret behandlingsaktivitet som kan være egnet i enkelte tilfeller er deling av informasjon mellom etater. Deling er en behandlingsaktivitet, jf. definisjonen i personvernforordningen artikkel 4 nr. 2, og krever dermed et rettslig grunnlag etter personvernforordningen artikkel 6. For taushetsbelagte opplysninger etter forvaltningsloven stiller forvaltningsloven selv og andre velferdslover kriterier til når slike opplysninger kan

deles. Dermed vil slik behandling ha grunnlag i lov. Tilsvarende finnes det flere eksempler om samarbeid mellom etater i forbindelse med velferdslovgivningen, der lov kan danne grunnlag for en deling av opplysninger på tvers. Dette understrekes i Prop. 100 L s. 58 i kapittelet om lovpålagte samarbeidsavtaler der det påpekes at det «...i mange år har eksistert bestemmelser som krever eller forutsetter samarbeid mellom de ulike forvaltningsnivåene».

Det finnes likevel tilfeller der det kan være nyttig å dele informasjon mellom etater uten at denne behandlingen har et eksplisitt grunnlag i lov. For eksempel er det ofte behov for å behandle personopplysninger som en del av søknader som sendes til offentlige myndigheter om diverse goder, tiltak eller lignende. Det er klart at offentlige myndigheter har grunnlag i lov for innsamling og behandling av personopplysningene, og at resultatet av behandlingen kan være bestemmende for den registrertes rettigheter, og dermed er situasjonen klart preget av en maktubalanse. Informasjonen som samles inn, for eksempel informasjon om navn og bostedsadresse, sivilstatus, eller økonomisk situasjon, kan samles inn direkte fra den registrerte. Samtidig er all denne informasjonen tilgjengelig i folkeregisteret og hos skatteetaten, eller kanskje allerede samlet inn av en annen etat i en annen sammenheng, slik at informasjonen enkelt kan hentes derfra dersom det foreligger et behandlingsgrunnlag for delingen. Det kan tenkes at dette enklest kan oppnås ved å la den registrerte velge å samtykke til at informasjon hentes direkte fra for eksempel folkeregisteret og skatteetaten, heller enn at den registrerte må samle inn og sende dokumentasjon manuelt. Samtykket vil da være svært spesifikt, det er klart hva opplysningene skal brukes til, det vil ikke gi noen negative konsekvenser for den registrerte å unnlate å samtykke, og det finnes et reelt handlingsalternativ (samle inn og oversende opplysningene selv). Situasjonen kan også enkelt granuleres, ved at samtykket kan omfatte innsamling fra enkelte etater men ikke andre, eller dekke gitte kategorier av informasjon mens andre utelates og ettersendes manuelt. For et slikt tilfelle kan det altså tenkes at et gyldig samtykke kan avgis helt frivillig, selv om behandlingen vil være en del av en prosess som er myndighetsutøvelse.

Kjennetegn ved situasjonen er at selve delingen er en rent administrativ oppgave, selv om opplysningene det er snakk om skal benyttes i en kontekst som kan være preget av myndighetsutøvelse. Videre vil det å avgi et samtykke kunne forenkle den registrertes arbeid med å få ivaretatt egne rettigheter, da delingen kan gå hurtigere, og det enklere kan samles inn korrekt og oppdatert informasjon som krever mindre arbeid for den registrerte ved at offentlige etater deler nødvendige opplysninger direkte med hverandre.

6.6. EMK og Pakten

EMD har fastslått at behandling av personopplysninger er et inngrep i den enkeltes rett til privatliv, ved at «[...] the storing of data relating to the “private life” of an individual constitutes interference for the purposes of Article 8»⁷⁰ og at «the protection of personal data is of fundamental importance to a person’s enjoyment of his or her right to respect for private and family life, as guaranteed by Article 8 of the Convention».⁷¹ Retten til personvern er likevel ikke en absolutt rettighet, men skal ses opp mot sin funksjon i samfunnet og vektet mot andre grunnleggende rettigheter i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet.⁷²

Retten til privatliv inneholder en negativ forpliktelse, i form av at den skal gi borgerne frihet fra statens vilkårlige inngripen⁷³, samt en positiv forpliktelse for staten til å vedta og håndheve lovgivning som sikrer individets rettigheter etter konvensjonen. I saken *Axel Springer AG mot Tyskland* har EMD lagt til grunn at retten til privatliv «[...] covers personal information which individuals can legitimately expect should not be published without their consent».⁷⁴ Uttalelsen synliggjør at en behandling av opplysninger som ellers ville vært ansett som et inngrep, ikke lenger er inngripende når den registrerte selv har samtykket til behandlingen.⁷⁵

Samtykke skiller seg noe fra de andre behandlingsgrunnlagene i artikkel 6 ved at den registrerte har kontrollen over hvorvidt behandling kan finne sted eller ikke, mens de andre grunnlagene tillater den behandlingsansvarlige å ta i bruk den registrertes personopplysninger uavhengig av dennes vilje. Samtykke står dermed i en særstilling fordi det i tilfeller der det foreligger et reelt samtykke, antakelig ikke foreligger et inngrep i den registrertes rett til personopplysningsvern på samme måte som ved anvendelse av de andre behandlingsgrunnlagene.

Nettopp av denne grunn er det meningsfylt å oppstille strenge krav til hva som utgjør et gyldig samtykke, slik som også Personvernforordningen gjør. Hvis samtykket reelt skal kunne medføre at en behandling av en persons opplysninger ikke oppleves som et inngrep, må samtykket klart være avgitt frivillig, basert på korrekt, presis og forståelig informasjon, og det må foreligge en adgang for den registrerte til å ombestemme seg.

⁷⁰ *M.N. og andre mot San Marino*

⁷¹ *M.L. og W.W. mot Tyskland* premiss 87

⁷² Personvernforordningens fortalepunkt 4

⁷³ *Kroon og andre mot Nederland* premiss 31

⁷⁴ *Axel Springer AG mot Tyskland* § 83

⁷⁵ Merk at dommen i *Axel Springer AG mot Tyskland* gjelder sak fremlagt om EMK artikkel 10, og dens grense mot rettighetene etter artikkel 8, men det er lagt til grunn av EMD ved flere anledninger at det i saker som gjelder avveining mellom retten til privatliv og ytringsfriheten prinsipielt er uten betydning om saken er reist med utgangspunkt i artikkel 10 eller 8, jf. for eksempel *Von Hannover mot Tyskland* (nr. 2) premiss 106.

At den negative forpliktelsen etter EMK artikkel 8 skal beskytte borgerne mot inngripen i privatlivet fra offentlige myndigheter taler med tyngde for at det bør foreligge en særlig høy terskel for når et samtykke kan være gyldig der den behandlingsansvarlige er en offentlig myndighet.

Det er også verdt å bemerke at den registrertes rettigheter og friheter favner videre enn kun retten til privatliv. Også individets tanke- og samvittighetsfrihet, og rett til å handle i tråd med slike overbevisninger, er nedfelt i EMK i artikkel 9. Menneskerettsdomstolen uttrykker i *Eweida og andre mot Storbritannia* § 81 at tanke-, samvittighets- og religionsfriheten etter artikkel 9 dekker «views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance». Med andre ord skal enhver overbevisning som er bevisst, seriøs, sammenhengende og viktig for den berørte, være beskyttet etter artikkel 9, og det vil kreve at eventuelle inngrep kan forsvares som «nødvendige i et demokratisk samfunn», jf. artikkel 9 nr. 2. I spørsmål om behandling av personopplysninger som kan ha en grense til den registrertes moralske eller religiøse overbevisninger, kan det derfor argumenteres for at den registrertes rett til å følge egen overbevisning, jf. EMK artikkel 9 nr. 2, tilsier at beslutningen om behandling skal gjennomføres bør legges til den registrerte selv. Alternativt må det foretas en vurdering om et inngrep kan forsvares etter artikkel 9 nr. 2 i tillegg til artikkel 8 nr. 2. Et eksempel på dette kan være at foreldre til et skolebarn ønsker å gi sitt samtykke til at informasjon om barnets religiøst eller moralsk begrunnede kostholdsbehov skal fremkomme i et skoleadministrativt system, slik at behovet kan ivaretas i forbindelse med faglige eller sosiale arrangementer i regi av skolen. Andre religiøst eller moralsk begrunnede beslutninger, som for eksempel beslutninger om å ikke motta livreddende førstehjelp, motta blodoverføringer, bli organdonor eller donere kroppen til forskningsformål etter sin død, kan forøvrig være godt egnet til å innlemmes i for eksempel en pasientjournal eller annet helseregister etter den registrertes eget samtykke. Dersom samtykke til behandling av opplysningene ikke avgis, vil det være opp til familiemedlemmer eller andre pårørende å påse at den registrertes ønsker overholdes. Å benytte samtykke som behandlingsgrunnlag kan da ha en viktig signaleffekt overfor den registrerte, om at det er ens eget valg som skal være avgjørende i så mange tilfeller som mulig. I sin vurdering av *Ny lag om statlig ersättning för personskada orsakad av vaccin mot covid-19* har svenske tillsynsmyndigheter, Integritetsskyddsmyndigheten, tatt stilling til bruken av samtykke, og uttaler at «[e]n bestämmelse om samtycke kan utgöra en integritetshöjande åtgärd till förmån för den

enskilde».⁷⁶ Dermed er et relevant moment i helhetsvurderingen av om samtykke er et egnet behandlingsgrunnlag også hvilke rettigheter og friheter som blir berørt av behandlingen.

6.7. Formål

Formålet med personvernforordningen er å fremme vern av fysiske personers grunnleggende rettigheter og friheter med hensyn til behandlingen av deres personopplysninger, jf. personvernforordningen artikkel 1 nr. 1 og 2. For å oppnå dette formålet må forordningens grunnleggende prinsipper etterleves, jf. personvernforordningen artikkel 5. Herunder tilsier prinsippet om lovlighet, rettferdighet og åpenhet i behandlingen, at behandlingen skal være gjennomskiktig og forutsigbar for den registrerte, og at dette skal bidra til å skape tillit.

Forordningen og fortalen er taus med hensyn til hvordan prinsippet påvirker offentlige myndigheters grunnlag for behandling. EMKs krav om at inngrep i individets rettigheter skal være foreskrevet i «lov», samt ordinær praksis i forvaltningen med at vedtak som berører den enkeltes rettigheter skal begrunnes med henvisning til lov, jf. fvl. § 25, tilsier at prinsippet om lovlighet, rettferdighet og åpenhet i behandlingen best kan ivaretas ved at offentlige myndigheter benytter andre behandlingsgrunnlag enn samtykke. Også i fortalepunkt 47, der det kommenteres på begrensningen av offentlige myndigheters adgang til å behandle personopplysninger med grunnlag i forfølgelse av en berettiget interesse, uttales det at det er en oppgave for lovgiver å sikre behandlingsgrunnlag.

Formål som følger av lov eller forskrift vil være tilgjengelig for allmennheten, slik at det er synlig og forutsigbart for den enkelte hvilken behandling som kan finne sted. I tillegg er lovverk skapt gjennom en demokratisk prosess, som sikrer sporbarhet og gjennomskiktighet i de vurderingene som ligger til grunn for lovverkets bestemmelser, og avveiningen mellom individets rett på beskyttelse mot de formål som behandlingen er ment å ivareta. Prinsippet om formålsbegrensning innebærer et krav om at formålene personopplysninger samles inn for skal være berettiget. Dersom behandlingsgrunnlag følger av lov eller forskrift, vil behandlingens formål i større grad ha gjennomgått en demokratisk vurdering av hvorvidt formålet som forfølges av offentlige myndigheter er legitimt i den konkrete konteksten. At formålet er offentlig tilgjengelig gjennom lovverk medfører også at behandlingen enkelt kan ettergås, slik at den registrerte selv eller tilsynsmyndighetene kan fange opp eventuell formålsutglidning.

⁷⁶ IMY, Remissvar till *Ny lag om statlig ersättning för personskada orsakad av vaccin mot covid-19*

Det kan likevel reises spørsmål ved hvorvidt en streng fortolkning av henvisningene til lov er hensiktsmessig for å oppnå forordningens formål. For det første vil et utstrakt krav om at offentlige myndigheters behandling av personopplysninger må ha grunnlag i lov medføre at det i praksis ikke blir noen adgang for offentlige myndigheter til å behandle opplysninger med grunnlag i verken samtykke eller forfølgelse av berettiget interesse, jf. hhv. personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a og f. Dermed vil det kreves utstrakt bruk av lovgivning, og eventuelt også svært detaljert lovgivning for at offentlige myndigheter skal kunne utføre alle de oppgaver de er tillagt. I mange tilfeller vil dette være svært upraktisk, da lovgivningsprosessen tar tid. Et slikt krav vil antakelig også utgjøre et strengere krav til behandlingsgrunnlag enn det som følger av EMDs tolkninger av EMK artikkel 8, som kan forstås slik at når den registrerte selv har samtykket er ikke behandling av personopplysninger lenger et inngrep i retten til privatliv, som beskrevet ovenfor i avhandlingens kapittel 6.6.

Formålet med avgrensningen av offentlige myndigheters adgang til å behandle personopplysninger med grunnlag i den registrertes samtykke, slik det kommer til uttrykk i fortalepunkt 43, er å sikre at samtykker som avgis er reelt frivillige og ikke påvirket av den behandlingsansvarliges myndighet over den registrerte i den konkrete behandlingssituasjonen. Dette formålet bør kunne ivaretas ved bruk av samtykke som behandlingsgrunnlag for enkelte av offentlige myndigheters oppgaver, der det fremstår klart for de registrerte at de står overfor et fritt valg. Avhandlingen har i det foregående vist til eksempler på behandlingssituasjoner der dette prinsipielt bør være mulig. Å legge beslutningsmyndigheten hos den registrerte selv der vilkårene for samtykke kan oppfylles kan være positivt for personvernet, også der behandlingsansvarlig er en offentlig myndighet. Videre kan det å legge beslutningsmyndigheten til den registrerte selv være egnet til å oppnå personvernforordningens formål om å sikre den registrertes rettigheter og friheter i forbindelse med behandling av personopplysninger i enkelte tilfeller. Det henvises til drøftelsen i avhandlingens kapittel 6.6., der det fremkommer at hvilke rettigheter som berøres er et relevant moment i vurderingen av om et samtykke kan og bør benyttes som behandlingsgrunnlag. Hvilke rettigheter som berøres vil også være relevant ved vurderingen av hvilken løsning som best ivaretar forordningens formål om å verne om fysiske personers rettigheter.

Dette innebærer at forordningens formål og prinsipper ikke står i veien for at offentlige myndigheter kan benytte samtykke som behandlingsgrunnlag i de tilfeller der dette er egnet til å ivareta den registrertes rettigheter og friheter, og forordningens krav til gyldig samtykke kan oppfylles.

6.8. Dybdeeksempel - Smittesporingsapplikasjoner

6.8.1. Innledning

Med utbruddet av koronapandemien i 2020 fikk flere lands myndigheter en stor oppgave tilknyttet smittesporing. I norsk kontekst følger plikten til smittesporing av Smittevernloven § 3-6 som bestemmer at «en lege som har sikker kunnskap eller har mistanke om en allmennfarlig smittsom sykdom som skyldes overføring av smitte fra en person til en annen, skal foreta smitteoppsporing dersom dette er gjennomførbart og hensynet til smittevernet krever det. Legen skal i så fall spørre den smittede om hvem smitten kan være overført fra, om når og på hvilken måte smitteoverføringen kan ha skjedd og om hvem han eller hun kan ha overført smitten til». Etter bestemmelsens tredje ledd kan ansvaret for smittesporingen overføres til kommunelegen. Etter utbruddet av koronapandemien ble det raskt igangsatt flere forsøk på å etablere digitale løsninger som kunne bistå i arbeidet med å spore smittespredning i befolkningen, gjennom ulike typer apper. Dette foranlediget en global og offentlig debatt om personopplysningsvern.

Smittesporing er et nyttig og nødvendig verktøy i bekjempelsen av spredning av alvorlige sykdommer. Likevel er sporing av den enkeltes daglige bevegelser og kontakter svært inngripende overfor den det gjelder. Det kan ganske enkelt tenkes situasjoner der informasjon om en persons bevegelser, kontakter eller bekreftede korona-smitte ment for smittesporingsformål, kan brukes til andre formål enn de ble samlet inn for. Lokasjonsdata fra den registrertes telefon kan urettmessig brukes til å undersøke om portforbud, maksimalt antall turer utendørs eller lignende restriksjoner er overholdt. Informasjon om smitte og lokasjon eller bevegelsesmønster kan urettmessig brukes til å undersøke om karanteneplikt blir overholdt. Opplysninger om noens kontaktnett kan gi innsikt i en private relasjoner, og kan for eksempel avdekke utroskap, som kan misbrukes til utpressing eller lignende, eller opplysningene kan urettmessig benyttes i etterforskningsøyemed. Informasjon om at en person er smittet kan også danne grunnlag for diskriminering, hets eller lignende dersom informasjonen havner på avveie.

At informasjon fra smittesporingsapper faktisk ble benyttet på en inngripende og urettmessig måte, finnes det også konkrete eksempler på, som blant annet ble avdekket i Amnesty Internationals analyse av flere lands apper, fra juni 2020. Det mest oppsiktsvekkende eksempelet er kanskje Bahrains app, som gjennom en standardinnstilling koblet alle brukere til å være med i et tilfeldig uttrekk for å bli ringt opp av det nasjonale TV-programmet *Are you at home?*, som på direktesendt TV ringte og sjekket om privatpersoner var hjemme i tråd med

myndighetenes anbefalinger.⁷⁷ Norske Smittestopp versjon 1 (heretter Smittestopp 1) ble også trukket frem som en versting i rapporten, basert på appens utstrakte bruk av lokasjonsdata som en del av sporingen.

6.8.2. Rettslig grunnlag for digital smittesporing

Både Personvernrådet og flere lands nasjonale tilsynsmyndigheter har gitt rådgivende uttalelser om behandlingsgrunnlag for behandling av personopplysninger i smittesporingsapper. I Personvernrådets veileder om bruk av lokasjonsdata og kontaktsporingsverktøy i forbindelse med Covid-19 avsnitt 29 poengteres det at det for smittesporingsapper i de fleste tilfeller vil være anledning til å hjemle behandlingen i grunnlaget «nødvendig for å utføre en oppgave i allmennhetens interesse», jf. personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav e. Norske Smittestopp 1 er et eksempel på en smittesporingsapp med slik hjemmel. Personvernrådet presiserer i veilederens avsnitt 24 at behandling i appene bare kan legitimeres dersom det er frivillig, men i avsnitt 32 understrekes det at dersom det skal benyttes andre grunnlag enn «oppgave i allmennhetens interesse», for eksempel den registrertes samtykke til behandlingen, må den behandlingsansvarlige sikre at forordningens strenge krav er oppfylt.⁷⁸

Svenske tilsynsmyndigheter, Integritetsskyddsmyndigheten (IMY), ga i 2020 også en generell kommentar om rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger til digital smittesporing, som ikke var foranlediget av noen konkret forespørsel. Uten å gi noen nærmere begrunnelse slår IMY fast at «Riksdagen kan behöva se till att det finns tillräcklig lagstiftning till stöd för dessa åtgärder».⁷⁹ Med andre ord legger IMY til grunn at digital smittesporing i regi av offentlige myndigheter bør ha grunnlag i lov. En annen interessant uttalelse i artikkelen, fremkommer i neste avsnitt, der IMY beskriver at dersom private aktører vil utvikle smittesporingsapper som innhenter personopplysninger kreves samtykke fra den registrerte. Heller ikke denne uttalelsen er begrunnet, men det er særlig to innfallsvinkler som kan begrunne denne vurderingen. På den ene siden kan uttalelsen forstås som at IMY tar skillet mellom offentlige myndigheter og private aktører, slik det kommer til uttrykk i personvernforordningens fortalepunkt 43, bokstavelig, og mener at en privat aktør kan ha grunnlag for å benytte et samtykke til denne oppgaven, mens offentlige myndigheter ikke kan gjøre det samme på grunn av maktubalansen i forholdet til den registrerte. På den andre siden kan uttalelsen tolkes dithen at dersom det allerede finnes en smittesporingsapp utviklet av offentlige myndigheter, og en privat aktør utvikler en konkurrerende applikasjon, vil plutselig

⁷⁷ Amnesty International *Bahrain, Kuwait and Norway contact tracing apps among most dangerous for privacy*

⁷⁸ Personvernrådets veileder 04/2020

⁷⁹ Integritetsskyddsmyndigheten *Digital Smittspårning*

vilkårene for å behandle opplysninger basert på samtykke være oppfylt, fordi man oppnår større grad av valgfrihet ved at den registrerte har flere tjenester å velge mellom.

Den norske smittesporingsappen Smittestopp 1 ble først utviklet med grunnlag i forskrift om digital smittesporing og epidemikontroll i anledning av utbrudd av Covid-19. Forskriften § 2 andre ledd siste punktum bestemmer at bruk av applikasjonen skal være «frivillig». I forarbeidene til forskriften beskrives det rettslige grunnlaget for behandling som varetakelse av en oppgave i allmennhetens interesse, jf. personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav e, og at det rettslige grunnlaget for behandling av særlige kategorier av personopplysninger, her helseopplysninger, er at det er nødvendig av allmenne folkehelsehensyn, jf. personvernforordningen artikkel 9 nr. 2 bokstav i.⁸⁰ I Statsrådsforedraget om forskriften understrekes det at behandling i den norske appen skal være frivillig for den registrerte men at «[i]nformasjon til brukerne skal imidlertid ikke utformes slik at det fremstilles som om brukeren gir sitt samtykke til behandling av personopplysninger». Det oppgis ingen konkret begrunnelse for påstanden, men den kan ses i sammenheng med at departementet uttrykker skepsis til å basere behandlingen på den registrertes samtykke «[g]itt en uavklart og alvorlig situasjon» som kan medføre at den enkelte kan «føle seg presset til å delta, og det kan være vanskelig å sette seg inn i alle konsekvensene av å bli sporet på denne måten». Uttalelsen peker på utfordringer knyttet til oppfyllelse av både frivillighetskriteriet og informasjonskriteriet ved innhenting av et eventuelt samtykke. Likevel benytter den senere versjonen av appen, Smittestopp 2, samtykke som rettsgrunnlag for behandling av personopplysninger.

6.8.3. De norske appene

Personvernrådet presiserer i sin veileder om bruk av lokasjonsdata og kontaktsporingsverktøy i forbindelse med Covid-19 i avsnitt 8 at smittesporingsapper ikke bør spore den enkeltes bevegelsesmønster, men heller kartlegge informasjon om nærhet. IMY uttrykker i sin uttalelse at det er positivt at mange europeiske land benyttet anonymiserte data i smittesporingen.⁸¹ Smittestopp 1 baserte sporing og varslinger på lokasjonsdata hentet fra GPSen på brukerens mobiltelefon. Appen hadde også et formål om å benytte informasjon om smitte til statistikk. Behandling av personopplysninger i Smittestopp 1 ble avsluttet i juni 2020, etter at Datatilsynet varslet at de ville fatte vedtak om å stanse behandlingen av personopplysninger i appen. I sitt *Vedtak om midlertidig forbud mot å behandle personopplysninger - appen Smittestopp* trakk Datatilsynet frem at det ikke var dokumentert i tilstrekkelig grad at informasjonen appen samlet inn var begrenset til det som var nødvendig for å oppnå

⁸⁰ PRE-2020-03-27-475 Kapittel 2 *Vurdering*, under *Særlig om personvern*

⁸¹ Integritetsskyddsmyndigheten, *Digital smittespårning*

formålene, herunder ble det særlig pekt på om bruken av lokasjonsdata var nødvendig for smittesporing.⁸² Det ble videre pekt på at det ikke kunne dokumenteres noen nytteverdi for appen, da varslingsfunksjonaliteten kun var tilgjengelig i testkommuner, mens appen var tilgjengeliggjort for nedlasting over hele landet. Basert på disse momentene ble ikke behandling av personopplysninger i Smittestopp 1 ansett som et forholdsmessig inngrep i den enkeltes rett til personvern. Datatilsynet gir også en mer generell uttalelse, i forbindelse med at appen behandlet opplysninger for flere formål: Selv om appen ikke behandlet opplysninger med grunnlag i den registrertes samtykke, burde det vært mulig for den registrerte å velge om de ville delta i hvert av formålene separat.

Høsten 2020 annonserte Folkehelseinstituttet (FHI) at de ville lansere en ny versjon av smittesporingsappen, Smittestopp 2, basert på rammeverk utviklet av Google og Apple, som samlet inn Bluetooth-data i stedet for lokasjonsdataene som ble benyttet i første versjon av appen.⁸³ Den valgte tekniske løsningen for Smittestopp 2 er langt mindre inngripende overfor den registrerte, da det kun samles «nøkler» som knytter den registrertes bluetooth til andre brukeres bluetooth, uten at det er mulig å koble personene sammen, eller til en lokasjon. Denne teknologien tillater varsling om smitte uten at det er nødvendig å samle store mengder data om den enkeltes bevegelser, og anses derfor som mindre inngripende overfor den registrerte.

Smittestopp 2 behandler personopplysninger med grunnlag i den registrertes samtykke, jf. personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a. Før den registrerte kan dele informasjon om bekreftet koronasmitte må vedkommende avgi et nytt samtykke, som sikrer at det er gitt uttrykkelig samtykke til behandling av helseopplysninger, jf. personvernforordningen artikkel 9. nr. 2 bokstav a. Dermed ble det heller ikke vedtatt noen ny forskrift om digital smittesporing.⁸⁴

6.8.4. Samtykke som behandlingsgrunnlag i Smittestopp

Det fremgår av møtereferat tilgjengelig på FHIs hjemmesider, at det i møte mellom FHI og Datatilsynet ble drøftet spørsmål om hvilket rettsgrunnlag Smittestopp 2 burde baseres på: Forskrift og frivillighet, eller samtykke.⁸⁵ I referatet beskrives det at Datatilsynet kommenterer på spørsmålet om maktubalanse, som trekkes frem i personvernforordningens fortalepunkt 43, at «større inngrep medfører større maktubalanse mellom myndighetene og brukerne. Dersom

⁸² Datatilsynet, *Vedtak om midlertidig forbud mot å behandle personopplysninger - appen Smittestopp* kapittel 2 og kapittel 4

⁸³ NOU 2021: 6 kap. 17.3.3 *Appen Smittestopp*

⁸⁴ NOU 2021:6 kap. 17.3.3 *Appen Smittestopp*

⁸⁵ Datatilsynet, *Møtereferat og tilbakemelding* av 14.08.2020

inngrepet er mindre, er også risikoen for en slik maktubalanse mindre». ⁸⁶ I sin tilbakemelding, vedlagt referatet, gir ikke Datatilsynet en konkret anbefaling vedrørende valg av rettsgrunnlag for behandlingen, men peker på utfordringer tilknyttet begge behandlingsgrunnlag. For samtykke påpeker Datatilsynet at forordningen stiller flere krav til et gyldig og informert samtykke, og at det er viktig at dersom behandlingen skal ha grunnlag i samtykke må dette avgis ved nedlasting av appen. For behandling med grunnlag i forskrift peker Datatilsynet på viktigheten av å hindre formålsutglidning må hensyntas, samt at varigheten av en slik forskrift bør reguleres.

De nevnte momentene trekkes frem i FHIs vurdering av personvernkonsekvenser (DPIA) for bruk av den nye versjonen av Smittestopp, under vurderingen av samtykke som behandlingsgrunnlag. ⁸⁷ DPIAen for Smittestopp 2 peker også på Personvernrådets veileder om bruk av lokasjonsdata og kontaktsporingsverktøy i forbindelse med Covid-19, der det er understreket at kriteriene oppstilt av personvernforordningen for et gyldig samtykke er strenge, og tar deretter for seg hvert enkelt av vilkårene og vurderer om de er oppfylt.

Vilkåret om frivillig samtykke ved behandling i Smittestopp 2

Til spørsmålet om maktubalanse poengterer FHI i sin DPIA at siden den registrertes plikter eller rettigheter etter smittevernregelverket, herunder retten «til informasjon og personlig smittevernveiledning», ikke på noen måte påvirkes av om vedkommende har lastet ned appen eller ikke, kan ikke behandlingen sies å være knyttet til noen faktisk myndighetsutøvelse. Videre i sin vurdering peker FHI på at appen gir reell valgfrihet, fordi appen aktivt må lastes ned, det ikke påvirker den registrertes rettigheter på noen måte om vedkommende har lastet ned appen eller ikke, og at den registrerte hele tiden vil ha mulighet til å ombestemme seg. Som grunnlag for vurderingen av at valget om å unnlate å laste ned appen ikke fører til negative konsekvenser peker FHI på erfaringer fra Smittestopp 1, og økt kunnskap om personvern i befolkningen på bakgrunn av den offentlige debatten rundt appen og spørsmål om digital smittesporing. Avslutningsvis trekker FHI frem at Smittestopp 2 behandler så få personopplysninger som mulig, og at dette sammenholdt med erfaringene fra første versjon av appen, er tilstrekkelig til at kravet om frivillighet er oppfylt.

Denne vurderingen av hvorvidt frivillighetskriteriet er oppfylt fremstår relativt kortfattet og ensidig med hensyn til at det er nettopp frivillighetskriteriet som trekkes frem som problematisk i personvernforordningens fortalepunkt 43. Det drøftes ikke hvorvidt FHI skal anses som en offentlig myndighet i tråd med begrensningen som følger av fortalepunkt 43, og

⁸⁶ *ibid.*

⁸⁷ Folkehelseinstituttets DPIA Smittestopp 2, Avsnitt 5.1

foretas ingen helhetsvurdering av hvorvidt det foreligger en “maktubalanse”. Det er verdt å bemerke seg at FHI er et offentlig organ, smittesporing er en lovfestet oppgave som er tillagt det offentlige, mistenkt eller bekreftet smitte utløste under pandemien karanteneplikt, og FHI hadde en svært fremtredende rolle under pandemien, blant annet gjennom deltakelse på pressekonferanser side om side med statsministeren og helseministeren. Selv om FHI på selvstendig grunnlag ikke har hatt adgang til å fatte enkeltvedtak som er bestemmende for den registrertes rettigheter og plikter, har de under pandemien klart fremstått som en offentlig myndighet med en betydelig grad av innflytelse. For den registrerte kan FHIs rolle og innflytelse på beslutningstakere ha vært klart egnet til å fremstille FHI som en utøvende del av offentlig myndighet, på en slik måte at det kan sies å foreligge en maktubalanse mellom FHI som behandlingsansvarlig for Smittestopp, og den registrerte som bruker av appen.

Vurderingene i FHIs DPIA er forøvrig lite juridiske, og i stor grad basert på erfaringer fra Smittestopp 1, som få valgte å laste ned. Lav nedlastingsrate i den første utgaven av appen kan like gjerne ha hatt sammenheng med at appen i realiteten aldri kom lenger enn til testfasen, og dermed kun var tilgjengelig med full funksjonalitet i tre testkommuner, som at dette er et tegn på reell frivillighet. Denne begrensningen i funksjonalitet var også noe av bakgrunnen for at Datatilsynet vedtok midlertidig forbud mot behandling av personopplysninger i Smittestopp 1.⁸⁸ Det fremstår mangelfullt å legge avgjørende vekt på erfaringene gjort gjennom en slik test, uten å kommentere på begrensningene knyttet til prosjektet.

Videre pekes det på offentlig debatt rundt bruk av smittesporingsapplikasjoner og problemstillingene tilknyttet personvern, og at befolkningen dermed har en økt bevissthet rundt personvern og egne rettigheter innenfor dette rettsområdet. I den sammenheng kan det bemerkes at pandemien har vist at flere grupper i den norske befolkning ikke skaffer sin informasjon fra tradisjonelle norske medier,⁸⁹ og at det utgjør en klar begrensning at mange av de som er potensielle brukere av appen ikke nødvendigvis har fått innblikk i denne debatten. Denne begrensningen er ikke kommentert på i FHIs vekting av argumentet i DPIAen om Smittestopp 2. Samtidig kan mediedekningen, for eksempel gjennom Amnestys rapport om temaet der den norske appen i sin første versjon ble trukket frem som en av de minst personvernvennlige, bidra til å skape et bilde av at manglende nedlasting kan medføre negative konsekvenser for den registrerte. Gjentatte oppfordringer fra sentrale myndighetspersoner på pressekonferanser og lignende kan også bidra til å skape et opplevd press på å bruke appen. Bruk av appen kan gi en opplevd følelse av at brukeren kan «kjøpe

⁸⁸ Datatilsynet, *Vedtak om midlertidig forbud mot å behandle personopplysninger - appen Smittestopp*

⁸⁹ Folkehelseinstituttet, Kapittel 6, under punktet Årsaker i tre innvandregrupper, under Kommunikasjon

friheten tilbake», ved at det skapes rom for mer bevegelse i offentligheten dersom man har sikkerheten appen tilbyr, i stedet for å sitte isolert i eget hjem. Alle disse momentene taler for at erfaringen tilknyttet Smittestopp 1 kan ha skapt et opplevd press for den registrerte, som kan hindre reell frivillighet ved avgivelse av samtykke. Videre kunne det også vært drøftet hvorvidt erfaringen med Smittestopp 1 var tillitsvekkende for befolkningen generelt, all den tid appen ble stanset av Datatilsynet for å være uforholdsmessig inngripende, samt hvordan en slik manglende tillitt kan påvirke opplevelsen av et fritt valg om å samtykke til behandlingen i Smittestopp 2.

Et faktisk moment som i ettertid kan kaste lys over FHIs vurdering av erfaringer med Smittestopp 1 er at antall nedlastinger av den nye versjonen av appen. Pr. 6. februar 2022 var 1.300.500 brukere⁹⁰, om lag 24% av den norske befolkningen.⁹¹ FHI beskriver selv på sin nettside at de ikke kan si med sikkerhet hvor mange av de som har lastet ned appen som er aktive brukere, men anslo i midten av januar 2022 at 1,1 millioner brukere benyttet appen aktivt, hvilket tilsvarer ca 25.000 færre enn antall nedlastinger pr. 15. januar samme år.⁹² Tallet tar ikke høyde for at deler av befolkningen ikke hadde mulighet til å laste ned appen, basert på alder, funksjonsnivå og digital kompetanse, så andelen kan være høyere for den delen av befolkningen som hadde mulighet til å laste ned appen. Det er likevel tydelig at det er langt fra hele den norske befolkningen som har lastet ned Smittestopp 2, noe som kan tale for at det foreligger en oppfatning blant befolkningen om at det er frivillig å ta i bruk appen. Det er dog ikke gode holdepunkter for å si noe om hva som er grunnlaget for verken høy eller lav nedlastingsrate, eller den enkeltes valg om å samtykke. Dette kan ha blitt påvirket av individuelle forhold som tillit til myndighetene, smittetrykk i de ulike delene av landet, digital kompetanse, hvor man søker nyheter eller lignende.

Vilkåret om spesifikt samtykke ved behandling i Smittestopp 2

I FHIs DPIA presiseres det at kravet om spesifikt samtykke pr. formål med behandling er dekket ved at samtykke gis i to trinn: Ett ved nedlasting av appen for innsamling av kontaktnøkler, og ett for å melde om smitte. FHI påpeker selv at kravet om spesifikt samtykke avgrenser myndighetenes adgang til å benytte personopplysningene til andre formål, og at dersom det på et senere tidspunkt blir aktuelt å f.eks. koble norske Smittestopp opp mot felles europeisk knutepunkt, skal det innhentes et eget samtykke for den nye behandlingen.

Vilkåret om informert samtykke ved behandling i Smittestopp 2

⁹⁰ Folkehelseinstituttet, *Nøkkeltall fra Smittestopp*

⁹¹ Basert på SSBs folketall pr. tredje kvartal 2021, tall hentet fra nettsiden 07.02.2022: <https://www.ssb.no/befolkning/folketall/statistikk/befolkning>

⁹² Folkehelseinstituttet, *Nøkkeltall fra Smittestopp*:

Det fremgår av referat fra møtet mellom FHI og Datatilsynet av 14.08.2020 at Datatilsynet påpeker at bruk av samtykke som rettslig grunnlag for behandlingen krever at «personvernerklæringen gjør det mulig for brukerne å forstå rekkevidden av hva man takker ja til», og peker videre på at muligheten til å forstå har nær sammenheng med kompleksiteten i behandlingen, hvilke data som behandles og hvor inngripende behandlingen totalt sett blir for den registrerte.⁹³

FHI beskriver i sin DPIA at det ikke er mulig å avgi samtykke før appen er lastet ned, og brukeren kan trykke på «godkjennerknappen». For å ivareta informasjonskravet er derfor personvernerklæring for appen tilgjengelig i Google Play/AppStore, og kan leses uten nedlasting av appen, samt at informasjon og forespørsel om samtykke gis i appen før den starter behandling av opplysninger.

FHIs vurdering av kravet til et informert samtykke er behandlet i sammenheng med kravet om utvetydighet. Den samlede vurdering synes å legge størst vekt på at samtykket skal være utvetydig, og kommenterer ikke på hvordan informasjonen skal oppfylle kriteriene om å gis i «en forståelig og lett tilgjengelig form og på et klart og enkelt språk», jf. personvernforordningen artikkel 7 nr. 2. Det fremstår dermed uklart om det er vurdert hvordan format og formulering av informasjonen er egnet til å møte en befolkning med ulike forutsetninger for å forstå både den juridiske og tekniske informasjonen som gis opp appen. Særlig informasjon om hvordan Smittestopp 2 skiller seg fra Smittestopp 1 med hensyn til valgt teknologisk løsning er svært nyttig informasjon for den som skal ta stilling til om de ønsker å starte behandlingen. Samtidig er slik teknisk informasjon normalt lite «forståelig og lett tilgjengelig» for den gjengse nordmann. En annen viktig forskjell mellom de to appene er at Smittestopp 2 ikke samler data til statistiske formål, slik Smittestopp 1 gjorde.

Vilkåret om utvetydig samtykke ved behandling i Smittestopp 2

At samtykket skal være utvetydig, ivaretas i Smittestopp 2 ved at den registrerte trykker på en knapp med teksten «Jeg samtykker», på bunnen av en personvernerklæring som forklarer hva behandlingen i appen vil gå ut på. FHI vurderer i sin DPIA at dette er tilstrekkelig til å ivareta kriteriet.

At brukeren i tillegg har måttet aktivt laste ned appen på telefonen taler også for at samtykket er utvetydig.

⁹³ Datatilsynet, *Vedtak om midlertidig forbud mot å behandle personopplysninger - appen Smittestopp*

Vilkåret om uttrykkelig samtykke ved behandling i Smittestopp 2

Selv om den registrerte har samtykket til behandling i Smittestopp 2, oppfyller ikke dette samtykket vilkåret om «uttrykkelig» samtykke som kreves for å behandle helseopplysninger, jf. personvernforordningen artikkel 9 nr. 2 bokstav a. For å ivareta vilkåret opererer appen med samtykke i to trinn, som beskrevet i FHIs DPIA, punkt 5.1. For å registrere i appen at man er smittet må den registrerte samtykke på nytt, til en kort erklæring som beskriver den konkrete prosessen for å varsle andre brukere om at de er nærkontakt.

Øvrige momenter

Et annet moment som kjennetegner situasjonen og kan tale for at samtykke kan benyttes, men som ikke er trukket frem i FHIs vurdering, er at smittevern i løpet av pandemien har vist seg å for mange være et moralsk spørsmål, hvilket har blitt synlig gjennom diverse demonstrasjoner mot smitteverntiltak.⁹⁴ Retten til å følge egen moralsk overbevisning, jf. EMK artikkel 9, kan i et slikt tilfelle også tale for at samtykke bør velges som behandlingsgrunnlag, slik at det er klart at den registrerte selv kan velge om behandlingen skal finne sted eller ikke. Menneskerettsdomstolen uttrykker i *Eweida og andre mot Storbritannia* § 81 at tanke-, samvittighets- og religionsfriheten etter EMK artikkel 9 dekker «views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance». Å benytte samtykke i en kontekst preget av en slik moralsk splittelse i befolkningen kan også bidra til å styrke tilliten til offentlige myndigheter, ved at de er transparente og velger det behandlingsgrunnlaget som oppleves minst inngripende overfor den registrertes private sfære.

6.9. Oppsummering av offentlige myndigheter og den registrertes samtykke

Oppsummert er det ikke holdepunkter for å oppstille noe absolutt forbud for offentlige myndigheter til å benytte samtykke som behandlingsgrunnlag ved behandling av personopplysninger, og det fremstår ut fra sammenhengen i personvernforordningen som rimelig at det bør være en noe videre adgang for offentlige myndigheter til å benytte samtykke enn berettiget interesse som behandlingsgrunnlag. Det skal sannsynligvis svært mye til for at behandling med grunnlag i samtykke kan være lovlig der behandlingsaktiviteten er utøvelse av offentlig myndighet, men eksempler er ikke utenkelig. For oppgaver av en klart administrativ art, eller der offentlige myndigheter opptrer på lik linje med andre aktører, fremstår det nokså klart at et gyldig samtykke kan innhentes. Fortalepunkt 43 forutsetter at det foretas en helhetsvurdering av hvorvidt samtykke er et egnet behandlingsgrunnlag for et konkret formål eller behandlingsaktivitet, der det bør legges særlig vekt på hvorvidt frivillighetskriteriet kan oppfylles i den bestemte konteksten. Vurderingsmomenter som kan

⁹⁴ Se for eksempel NRK Urix 20.3.2021 (sist besøkt 6.3.2022): <https://www.nrk.no/urix/demonstrasjoner-mot-koronahandtering-flere-steder-i-europa-1.15426129>

inngå i den konkrete vurderingen fortalepunkt 43 gir anvisning på er hvorvidt behandlingsaktiviteten er tilknyttet utøvelsen av offentlig myndighet eller en oppgave som utføres på lik linje med andre aktører, hvor synlig dette forholdet fremstår for den registrerte, samt om det er kjennetegn ved situasjonen som tilsier at den registrerte selv bør ha det avgjørende ordet i hvorvidt behandling skal finne sted.

Datatilsynet var raskt ute med å varsle om at de ville vedta stansing av Smittestopp 1, men har ikke fattet noe tilsvarende vedtak om Smittestopp 2, som kan tale for at samtykkene som er gitt til behandling i appen bør oppfattes som gyldige. Denne forståelsen styrkes av at Datatilsynet som en del av sin tilbakemelding til FHI i Møtereferat og tilbakemelding av 20.08.2020 påpeker at deres pågående kontrollsak gjelder aktiviteten smittesporing, og at også den nye appen skal følges opp som en del av kontrollsaken.⁹⁵ Dette taler for at kjennetegn ved vurderingene gjort rundt Smittestopp 2 og bruken av samtykke vil kunne ha overføringsverdi ved senere vurderinger av om behandling gjennomført av offentlige myndigheter kan ha grunnlag i samtykke.

Kjennetegn ved vurderingen knyttet til samtykke til smittesporing har oppsummeringsvis vektlagt hvorvidt den faktiske situasjonen fra myndighetenes ståsted har vært preget av reell myndighetsutøvelse. Vurderingen har i liten grad vurdert de registrertes subjektive ståsted, og hvorvidt det for dem kan fremstå som om situasjonen er preget av myndighetsutøvelse. Dermed kan man trekke ut av vurderingen at strengt objektive forhold bør vektlegges i størst grad. Videre har gjennomgangen av FHIs DPIA vist at det er adgang til å legge stor vekt på erfaringer med faktiske forhold, selv om slik erfaring er av begrenset omfang. Et siste moment, som er trukket frem av både Datatilsynet som en mangel i Smittestopp 1 og av FHI som en styrke i Smittestopp 2, er viktigheten av granularitet for reell frivillighet. Skal offentlige myndigheter legge beslutningen om behandling hos den registrerte selv, må de med andre ord også sikre at den registrerte kan velge å bare akseptere deler av behandlingen, selv der behandlingsgrunnlaget ikke er samtykke.

7. Samtykke som tilleggsgrunnlag

7.1. Innledning

For behandling av personopplysninger med rettslig grunnlag i personvernforordningens artikkel 6 nr. 1 bokstav c eller e krever forordningen at det foreligger et supplerende rettsgrunnlag i nasjonal rett. Det finnes flere tilfeller i norsk rett der lov- eller forskriftstekst som utgjør et slikt supplerende rettsgrunnlag henviser til at behandlingen kun er lovlig dersom

⁹⁵ Datatilsynet, *Vedtak om midlertidig forbud mot å behandle personopplysninger - appen Smittestopp*

den registrerte har samtykket. At de ulike bestemmelsene benytter ordlyden «samtykke» i en kontekst der det skal behandles personopplysninger, kan tale for at personvernforordningens krav til et gyldig samtykke kommer til anvendelse. Verken personvernforordningens bestemmelser eller fortale tar stilling til spørsmålet om samtykkekrav kan være hjemlet i et supplerende rettsgrunnlag. Samtidig er det ikke presisert at det er samtykket som skal være behandlingsgrunnlag etter personvernforordningen for den konkrete behandlingen, som en gjennomgang av konkrete eksempler i det følgende vil vise. Dermed fremstår det som uklart hva som er virkningen av en slik bruk av samtykke.

Det danske datatilsynet har i sin *Vejledning om samtykke* i punkt 2.3.1 om *ulige forhold mellem partene* uttalt at «[o]ffentlige myndigheder er i flere tilfælde underlagt bestemmelser, som stiller krav om “samtykke” fra borgeren. I disse tilfælde skal myndigheden imidlertid være opmærksom på, at selvom det kan følge af lovgivningen, at der kræves “samtykke”, er det ikke nødvendigvis ensbetydende med, at der er tale om et samtykke i databeskyttelsesforordningens forstand. Et sådant “samtykke” vil ofte udgøre en garantiforskrift for borgerne, men ikke grundlaget for selve behandlingen af personopplysninger». Det danske datatilsynet legger altså til grunn at slike generelle henvisninger til samtykke i lovteksten ikke nødvendigvis skal forstås som et samtykke i personvernforordningens forstand, og at de normalt heller ikke skal utgjøre grunnlaget for offentlige myndigheters behandling. Heller ikke i den danske veilederen er det tatt stilling til om nasjonal lovhjemmel kan benyttes til å oppstille et samtykkekrav som ikke nødvendigvis samsvarer med kravene i personvernforordningen. Dersom bestemmelsene om behandlingsgrunnlag med supplerende rettsgrunnlag ikke lukker for en slik bruk av samtykke, reises spørsmålet om det er andre skranker i personvernforordningen som kan være til hinder for en slik bruk.

I det videre vil denne avhandlingen ta utgangspunkt i tre eksempler hentet fra norsk lov- og forskriftstekst. Det første eksempelet finnes i barnevernloven § 3-2a, og forskrift om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator § 17, som har hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven og spesialisthelsetjenesteloven, som forutsetter at det «foreligger samtykke» eller at brukeren «har samtykket» før det utarbeides individuell plan for en bruker. Videre har flere lovbestemmelser unntak fra taushetsplikt dersom den opplysningene gjelder har samtykket, herunder offentlighetsloven, forvaltningsloven, arbeids- og velferdsforvaltningsloven, sosialtjenesteloven, helsepersonelloven, helse- og omsorgstjenesteloven, spesialisthelsetjenesteloven, krisesenterlova, barnevernloven og pasient- og brukerrettighetsloven. Det andre eksempelet er derfor hentet fra forvaltningslovens bestemmelser om taushetsplikt, med tilgrensende lovbestemmelser. Det

tredje eksempelet finnes i forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser § 2-4, der det fremkommer at «det kreves samtykke fra hver enkelt deltaker» for å delta i befolkningsbaserte helseundersøkelser, og at dette samtykket må samsvare med definisjonen gitt i personvernforordningen artikkel 4 nr. 11. Forskriften er hjemlet i helseforskningsloven.

Disse tre eksemplene er valgt fordi de alle er et supplerende rettsgrunnlag etter forordningen, som direkte henviser til innhenting av samtykke i ordlyden, og fremstår som typiske eksempler på et slikt tilleggsvilkår. Videre finnes det relevante utredninger eller veiledere knyttet til disse konkrete bestemmelsene, som kan bidra til å belyse problemstillingen.

7.2. Om samtykke som tilleggsgrunnlag og personvernforordningen

7.2.1. Samtykke til individuell plan etter velferdslovene

Flere av de norske velferdslovene gir anvisning på at brukere eller pasienter har rett på en individuell plan på nærmere angitte vilkår, og at det kreves samtykke fra vedkommende for å opprette disse. Regelverket rundt individuelle planer er samkjørt i forskrift om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator. Forskriftens § 17 bestemmer at «individuell plan skal ikke utarbeides uten samtykke fra pasienten eller brukeren [...]». Ordlyden «samtykke», en kontekst der resultatet av et samtykke er at det skal behandles personopplysninger, og det faktum at forskriften er av nyere dato (fra 2011), taler for at gjeldende personvernregelverks krav til samtykke bør innfortolkes.

I Prop. 100 L (2020–2021) om *endringer i velferdstjenestelovgivningen* presenteres departementets vurderinger i forbindelse med samhandlingsplikten mellom etater, og koordinering av individuelle planer. I kapittel 4, som primært behandler spørsmål om taushetsplikt og personopplysninger, gis det noen generelle uttalelser om forholdet til personvern i behandlingen som følger av samarbeid mellom etater. Individuelle planer er et samhandlingsverktøy for å koordinere tjenester mellom etater, og vurderingen i proposisjonen kan slik sett kaste lys over forståelsen av forskriftens vilkår om «samtykke». Departementet beskriver i kapittel 4.1.2 at «[d]en enkelte tjenestelov gir rettslig grunnlag for å behandle opplysninger etter forordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav c og e». Videre understrekes det i kapittel 4.4.2 at at «[s]elv om samarbeidet mellom tjenestene bygger på samtykke og frivillighet fra foreldrene og barnets side, legger departementene til grunn at samtykke etter artikkel 6 nr. 1 i personvernforordningen ikke vil være egnet som behandlingsgrunnlag for den behandlingen av personopplysninger som forslagene i denne lovproposisjonen forutsetter».

I denne vurderingen er altså samtykket det henvises til et tillegg til et annet behandlingsgrunnlag, ikke behandlingsgrunnlaget. At dette samtykket anses å «ikke [...] være egnet som behandlingsgrunnlag» kan også forstås som at samtykket ikke nødvendigvis skal eller vil kunne oppfylle vilkårene for et gyldig samtykke etter personvernforordningen. Verken forskriften eller proposisjonen oppstiller kriterier for hva som utgjør et gyldig tilleggssamtykke.

I Helsedirektoratets nasjonale veileder om rehabilitering, habilitering, individuell plan og koordinator gis det uttalelser om forståelsen av samtykke i forbindelse med individuell plan etter forskrift om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator § 17. I veilederens kapittel 13 beskrives det at samtykkeerklæringer i forbindelse med individuelle planer bør gi informasjon om (1) hvilke opplysninger det er aktuelt å utveksle, og eventuelt presiseringer om opplysninger som ikke skal deles; (2) hvem opplysningene skal deles med; og (3) hvordan opplysningene skal brukes og konsekvensene av dette. Videre fremholdes det at det skal være mulig å trekke samtykket tilbake. Disse kriteriene sammenfaller i stor grad med personvernforordningens kriterier til samtykke, og fremstår noe motstridende med kapitlets påfølgende henvisning til pasient- og brukerrettighetslovens definisjon av samtykke og veilederens behandling i kapittel 5, der det blant annet presiseres at stilltiende samtykke og konkludent atferd kan utgjøre samtykke. Stilltiende aksept og konkludent atferd vil ikke være egnet til å oppfylle personvernforordningens krav om at samtykke skal være «utvetydig».

Totalt sett fremstår det som om samtykke det gis anvisning på i forskrift om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator § 17 ikke er ment å oppfylle kravene stilt av personvernforordningen for å være gyldige, men er en tilleggsgaranti for å sikre frivillighet og samarbeid med den registrerte.

7.2.2. Samtykke til unntak fra taushetsplikt

Det følger av forvaltningsloven § 13 at enhver som utfører tjeneste i et forvaltningsorgan er underlagt taushetsplikt om «noens personlige forhold» om de blir kjent med gjennom sitt arbeid. Det følger videre av forvaltningsloven § 13 a første ledd nr. 1 at opplysninger kan unntas fra taushetsplikten når den opplysningene gjelder «samtykker» til det. Ordlyden i forvaltningsloven definerer ikke hvilke kriterier som gjelder for et slikt samtykke.

Opplysninger om «noens personlige forhold» er etter en normal språklig forståelse av ordlyden personopplysninger, men definisjonen fremstår noe snevrere enn å omfatte alle opplysninger som kan anses som personopplysninger i personvernforordningens forstand.

Forvaltningsloven § 13 andre ledd bestemmer at «som personlige forhold regnes ikke fødested, fødselsdato og personnummer, statsborgerforhold, sivilstand, yrke, bopel og arbeidssted, med mindre slike opplysninger røper et klientforhold eller andre forhold som må anses som personlige», hvilket er en kraftig innskrenkning av begrepet «personlige forhold», sammenlignet med personvernforordningens definisjon av personopplysninger som dekker «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar person». Det er klart at samtlige av opplysningene som listes opp i forvaltningsloven § 13 andre ledd anses som personopplysninger etter forordningen. Videre dekker taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 også opplysninger av forretningsmessig art, som klart faller utenfor personvernforordningens vern så langt opplysningene gjelder juridiske personer. Det er altså klart at de to regelverkene gjelder ulike sett opplysninger.

Da personvernforordningen er vedtatt langt senere i tid enn forvaltningsloven er ikke spørsmålet om personvernforordningens krav til samtykke skal gjelde tatt stilling til i forarbeider eller utredninger om taushetsplikten. Regelverkets alder, sammenholdt med at reglene gjelder et annet sett av opplysninger enn de som er vernet etter personvernforordningen taler for at også begrepet samtykke skal forstås på en annen måte i forvaltningsloven og tilgrensende bestemmelser.

I veilederen *Rettleiar til offentleglova* utgitt av daværende Justis- og politidepartementet beskrives gjeldende rett for samtykke til unntak av taushetsplikt etter offentleglova i kapittel 6.2.5.2.⁹⁶ Veilederen ble sist oppdatert i 2010, og det er ikke publisert tillegg til veilederen i etterkant av ikrafttreddelsen av ny personopplysningslov i 2018. Veilederen tar heller ikke stilling til spørsmålet om innfortolkning av krav til samtykke stilt av tidligere personvernregelverk. I det nåværende Justis- og beredskapsdepartementets utkast til ny veileder er forholdet mellom taushets-/opplysningsplikt og personvernforordningen drøftet kort. Det påpekes at opplysninger om noens personlige forhold alltid vil være personopplysninger, og at disse bare kan deles dersom slik deling er «nødvendig og ikke utgjør et uforholdsmessig inngrep overfor den opplysningen gjelder».⁹⁷

Pasient- og brukerrettighetsloven hjemler også taushetsplikt for enkelte opplysninger, og forholdet mellom unntak fra taushetsplikt og krav til samtykke er beskrevet i Helsedirektoratets veileder om *Rehabilitering, habilitering, individuell plan og koordinator*.⁹⁸ I utredningen om samtykke henvises det til helselovenes bestemmelser om samtykke, og

⁹⁶ Justis- og beredskapsdepartementet, *Rettleiar til offentleglova*, kapittel 6.2.5.2.

⁹⁷ Justis- og beredskapsdepartementet, *Taushetsplikt, opplysningsrett og opplysningsplikt. En veileder*, s. 20

⁹⁸ Helsedirektoratet, *Nasjonal veileder om rehabilitering, habilitering, individuell plan og koordinator*, kapittel 5

understrekes blant annet at konkludent atferd er den vanligste formen for samtykke i helsesektoren. Konkludent atferd er ikke tilstrekkelig til å oppfylle personvernforordningens krav om et «utvetydig» samtykke. Veilederen taler altså for andre kriterier til begrepet samtykke, enn de som følger av personvernforordningen. Under punktet *generelt om taushetsplikten* henviser veilederen dog også til forvaltningslovens bestemmelser om taushetsplikt, hvilket taler for at heller ikke begrepet samtykke i forvaltningslovens sammenheng er ment å følge personvernforordningens krav til gyldig samtykke.

7.2.3. Samtykke til deltakelse i befolkningsbaserte helseundersøkelser

Bakgrunn for forskriften

Forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser trådte i kraft parallelt med personvernforordningen i norsk rett. Forskriften er ment å gi rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger i helseundersøkelser som allerede eksisterte før ikrafttredelsen av forordningen, og som tidligere hadde grunnlag i konsesjoner fra datatilsynet, samt å regulere etableringen av nye slike helseundersøkelser.⁹⁹

Rettslig grunnlag for behandlingen

I forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser § 2-4 kreves det at den enkelte deltaker «samtykker» til behandling av helseopplysninger og biologisk materiale. I statsrådsforedrag om forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser kapittel 3.3 om samtykke er det fremhevet at samtykke ikke er behandlingsgrunnlaget for behandlingen, men personvernforordningens artikkel 6 nr. 1 bokstav e, oppgave i allmennhetens interesse.¹⁰⁰ Samtykket det refereres til skal i følge statsrådsforedraget være i «samsvar med forordningens krav til gyldig samtykke», men er et «tiltak for å sikre den registrertes grunnleggende rettigheter og interesser, jf. artikkel 9 nr. 2 bokstav j og artikkel 89 nr. 1». Både artikkel 6 nr. 1 bokstav e og artikkel 9 nr. 2 bokstav j krever at det foreligger et supplerende rettsgrunnlag i unionsretten eller nasjonal rett. Forskriften danner et slikt supplerende rettsgrunnlag.

Personvernforordningen artikkel 9 nr. 2 bokstav j hjemler behandling av helseopplysninger når det er nødvendig for vitenskapelige eller statistiske formål i allmennhetens interesse. Slik behandling må «omfattes av nødvendige garantier i samsvar med denne forordning for å sikre den registrertes rettigheter og friheter» og de øvrige kriteriene for slik behandling gis nærmere innhold gjennom artikkel 89 nr. 1. Artikkel 89 legger særlig vekt på oppfyllelse av den registrertes rettigheter etter forordningen, og beskriver at unntak fra de registrertes rettigheter

⁹⁹ Datatilsynet, *Høringssvar - Forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser - Helse- og omsorgsdepartementet*, s. 4

¹⁰⁰ PRE-2018-04-27-645 kapittel 3.3

må hjemles i unionsretten eller nasjonal rett, i tråd med bestemmelsene i artikkelen nr. 2 og 3. For opplysninger samlet inn til vitenskapelig forskning eller statistiske formål kan det etter personvernforordningen fastsettes begrensninger i retten til innsyn, jf. artikkel 15, retten til retting, jf. artikkel 16, retten til begrenset behandling, jf. artikkel 18 og retten til å protestere på behandling, jf. artikkel 21. Slike unntak må fastsettes i unionsretten eller nasjonal rett for å kunne komme til anvendelse. Det er ikke fastsatt slike unntak i forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser.

Også i denne sammenheng fremstår det som klart at samtykke er et tillegg, eller en «garantiforskrift», som har som formål å forbedre ivaretakelsen av de registrertes rettigheter i forbindelse med behandlingen. Dermed er forskriftens henvisning til «samtykke» ikke ment å være et samtykke i personvernforordningens forstand.

Kan samtykket oppfylle forordningens kriterier?

Forskriftens ordlyd henviser til at samtykket må være i henhold til personvernforordningens artikkel 4 nr. 11, altså frivillig, informert, spesifikt og utvetydig. Av statsrådsforedraget, kapittel 3.3, fremkommer det at samtykket skal være «i samsvar med forordningens krav til gyldig samtykke», hvilket krever at også kravene i artikkel 7 er oppfylt, samt at kravet om et «uttrykkelig» samtykke for behandling av helseopplysninger kommer til anvendelse, jf. artikkel 9 nr. 2 bokstav a.

Vilkåret om frivillighet

Det følger av forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser § 2-5 andre ledd bokstav m at deltakere i helseundersøkelser skal informeres om at deltakelse i helseundersøkelsen er frivillig før de avgir sitt samtykke til deltakelse. I statsrådsforedraget som danner grunnlag for forskriften er det ikke foretatt noen vurderinger av hvorvidt de samtykker som er avgitt kan oppfylle personvernforordningens krav til frivillighet, jf. personvernforordningens artikkel 4 nr. 11.

Frivillighet forutsetter at den registrerte har en reell valgfrihet, hvilket det fremstår ganske klart at de registrerte har i forbindelse med forespørsel om å delta i befolkningsbaserte helseundersøkelser, ved at de enkelt kan takke nei til å delta i undersøkelsene. De registrerte vil også ha adgang til å takke ja til å være med i enkelte undersøkelser, men nei til andre, dersom de skulle bli forespurt om å delta ved flere anledninger. De registrerte kan også trekke tilbake sitt samtykke og avslutte deltakelse i undersøkelser som har grunnlag i forskriften. Det er heller ingen avtale eller ytelse som er avhengig av at den registrerte samtykker, utover at de registrerte kan befinne seg i en situasjon der de må samtykke til å motta helsehjelp. Ytelsen av

helsehjelp, og samtykke til å motta dette, avhenger ikke av om det samtidig avgis samtykke til å delta i helseundersøkelser etter forskriften. Dette er et moment som må kommuniseres tydelig for den registrerte, slik at de ikke frykter for at å avstå fra å samtykke til behandling av personopplysninger er sammenfallende med å avstå fra medisinsk behandling. Her kan særlig ordbruken «samtykke til behandling» oppleves forvirrende for personer som ikke har juridisk bakgrunn eller særlig kjennskap til personvernregelverket.

Det kan tenkes at en registrert kan frykte at det vil medføre negative konsekvenser å avstå fra å samtykke, for eksempel at man ikke får adgang til å prøve eksperimentelle eller nye medisiner. Her er det verdt å bemerke at forskriftens § 1-2 definerer virkeområdet til forskriftshjemlede undersøkelser, som primært fremstår som å være av kartleggende art for utbredelse av gitte fenomener i befolkningen. På FHIs hjemmesider beskrives tidligere landsomfattende helseundersøkelser, som blant annet har sett på høyde og vekt fordelt i befolkningen, hjerte- og karundersøkelser på befolkningsnivå og lignende.¹⁰¹ For å sikre at det er klart for den registrerte at det ikke vil kunne medføre negative konsekvenser å tilbakeholde sitt samtykke, bør dette fremkomme klart i informasjonen som gis. Forskriftens § 2-5 andre ledd bokstav c, som krever at deltakerne skal gis informasjon om hvilke praktiske konsekvenser det har å samtykke til deltakelse, fremstår som et egnet virkemiddel for å sikre korrekt informasjon og oppfatning av situasjonen.

Det siste momentet som må tas med i vurderingen av samtykkets frivillighet, er om behandlingssituasjonen er preget av noen maktubalanse mellom registrert og behandlingsansvarlig. Personvernforordningens fortale punkt 43 trekker frem maktubalansen der behandlingsansvarlig er en offentlig myndighet som problematisk for et samtykkes frivillighet, og gir anvisning på en konkret vurdering av om frivillighet kan foreligge i den aktuelle situasjonen. Som drøftet i kapittel 6 i avhandlingen er grad av myndighetsutøvelse i forbindelse med behandlingen et sentralt moment i vurderingen, men andre spesifikke kjennetegn ved situasjonen kan også være utslagsgivende.

Forskriftens § 1-2 første ledd bokstav d beskriver at de «dataansvarlige» etter forskriften kan være FHI, universitet eller høgskole med medisinsk eller helsefaglig utdanning, eller helseforetak med universitetsfunksjon. Begrepet dataansvarlig benyttes i helselovgivningen, og er den som «er ansvarlig for behandling av helseopplysninger», jf. Helseregisterloven § 2 bokstav d. Definisjonen henviser videre til personvernforordningens definisjon av behandlingsansvarlig. I denne sammenhengen vil det altså være FHI, universiteter, høgskoler

¹⁰¹ Folkehelseinstituttet, tilgjengelig på:

<https://www.fhi.no/div/helseundersokelser/landsomfattende-helseundersokelser-lhu/om-helseundersokelsene/>

eller helseforetak som er den behandlingsansvarlige, eller som har et felles behandlingsansvar. I norsk kontekst er det staten som er eier av de fleste slike institusjoner, hvilket taler for at det for den registrerte kan fremstå som de står overfor en offentlig myndighet i en slik behandlingssituasjon.

FHI opptrer i mediebildet som et talerør på vegne av offentlige myndigheter, og kan dermed fremstå utad som en «offentlig myndighet». FHIs vurderinger danner i stor grad grunnlaget for myndighetenes vurderinger og implementering av tiltak knyttet til befolkningens helse, noe som ble svært synlig i media i forbindelse med pressekonferanser under koronapandemien. Samtidig kan man merke seg at FHI i liten grad fatter vedtak eller utfører andre oppgaver som reelt er direkte bestemmende for den enkelte nordmanns rettigheter eller plikter. De fleste norske universiteter og høyskoler er også statlig eid, og fatter en rekke vedtak som er bestemmende for befolkningen, blant annet hvem som kommer inn på gitte utdannelse, hvilken karakter den enkelte skal få, og hvorvidt den enkelte har rett på tilpassede rammer for undervisning eller eksamen. I en slik kontekst foreligger det en myndighetsutøvelse som kan oppleves av den registrerte selv som en maktubalanse, men det er mer tvilsomt om institusjonene kan sies å utøve makt i forbindelse med opprettelsen av helseregistre og forskning som benytter disse. Helseforetak er langt på vei i en lignende stilling: De gir oppfølging, hjelp og råd til den enkelte, og har en bestemmende makt med hensyn til hvem som har rett på en gitt form for helsehjelp, oppfølging, tilrettelegging eller ulike typer medisinsk behandling. Med andre ord er det til dels avhengig av den konkrete situasjonen om den behandlingsansvarlige er en offentlig myndighet i de tilfeller som faller inn under forskriftens virkeområde. Dermed kan det ha betydning for utfallet av vurderingen i hvilken kontekst det fremsettes forespørsel om deltakelse i et slikt helseregister.

I forbindelse med utarbeidelsen av Smittestopp 2 ga Datatilsynet i møte med FHI veiledning om bruk av samtykke som behandlingsgrunnlag, der den behandlingsansvarlige er en offentlig myndighet.¹⁰² I den forbindelse pekte Datatilsynet på at kompleksiteten i behandlingen har nær sammenheng med potensiell maktubalanse i et behandlingsforhold, og at jo mer kompleks og inngripende en behandlingsaktivitet er, jo større er maktubalansen mellom offentlige myndigheter og den registrerte.

Behandling av personopplysninger til forskningsformål, slik det er forutsatt i forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser, kan ha en svært kompleks karakter. Det illustreres i forskriftens § 2-5 som beskriver hvilken informasjon som skal gis om behandlingen, at det er

¹⁰² Datatilsynet, *Møtereferat og tilbakemelding* av 14.08.2020

mange faktorer som spiller inn, for eksempel hvordan opplysningene skal brukes, om de kan sammenstilles med informasjon fra andre register, om den registrerte vil bli kontaktet for innsamling av ytterligere informasjon osv. Bildet blir ytterligere komplekst ved at man på tidspunktet for innsamling av opplysningene ikke vet nøyaktig hvilke studier som kan finne sted i fremtiden, og dermed ikke kan angi helt presist hva opplysningene vil benyttes til, utover at de vil benyttes til ulike forskningsformål. Slik kompleksitet kan gjøre det svært krevende for den registrerte å forstå hva de faktisk samtykker til, og mangel på forståelse kan utfordre frivilligheten. Informasjon og granularitet kan antakelig i stor grad bidra til å avhjelpe problematikken knyttet til komplekse behandlingsaktiviteter.

I Datatilsynets uttalelse gjengitt ovenfor påpekes det kort at et annet moment av betydning er hvor inngripende behandlingsaktiviteten er overfor den registrerte. I konteksten befolkningsbaserte helseregister behandles opplysninger tilknyttet den registrertes helse, altså særlige kategorier av personopplysninger, som gjennom personvernforordningen er underlagt et særskilt vern. Behandling av særlige kategorier av personopplysninger er underlagt slikt vern, fordi behandlingen prinsipielt anses som mer inngripende enn behandling av mindre sensitive personopplysninger. Innsamlingen av personopplysninger kan oppleves inngripende for den registrerte, i den grad innhenting av biologisk materiale og svar på spørreskjemaer beslaglegger den registrertes tid, og eventuelt også kan oppleves smertefullt. Dersom personopplysninger kan utledes av det genmaterialet som er innhentet, for eksempel informasjon om en spesifikk diagnose, vil behandlingen kunne oppleves inngripende så lenge den varer, all den tid opplysningene kan føres tilbake til den registrerte. Kjennskap til konkrete diagnoser kan få konsekvenser for den registrertes rettigheter og friheter om slike opplysninger kommer på avveie, for eksempel i form av hets eller diskriminering dersom den konkrete diagnosen er skambelagt eller stigmatisert.

Hvor inngripende behandlingen er, vil med andre ord komme an på de konkrete opplysningene som skal samles inn, samt hvilke tiltak som iverksettes for å minimere inngrepet behandlingen utgjør overfor de registrerte. Behandlingen må i alle tilfeller kunne anses forholdsmessig etter en avveining av den registrertes rett til personvern sett opp mot de formål som forfølges med behandlingen, jf. personvernforordningen fortalepunkt 4. At deltakelse er frivillig, kan være et moment som bidrar til å minimere den registrertes opplevelse av at behandlingen er inngripende.

Fra uttalelser i prop. 56 LS (2017-2018) avsnitt 6.3.1 som gjengitt og drøftet i avhandlingens kapittel 6.4. er det klart at departementet tolker personvernforordningen dithen at ubalansen i maktforholdet primært oppstår når behandlingen av personopplysninger har sammenheng med

utøvelse av offentlig myndighet. Utøvelse av offentlig myndighet forekommer der det offentlige utfører de oppgaver og det ansvar de er tillagt, og særlig der de fatter vedtak eller beslutninger som har betydning for den enkeltes rettigheter og plikter. Eksempler på utøvelse av myndighet spenner fra frihetsberøvelse i form av fengsling eller andre strafferettslige reaksjoner, til vedtak som er bestemmende for rettigheter, som for eksempel rett til trygdegoder eller byggetillatelser.

Det fremstår ganske klart at samtykke til å la egne opplysninger inngå i en helseundersøkelse ikke vil påvirke den registrertes rettigheter eller friheter overfor offentlige myndigheter. De som behandler slike opplysninger gjør det med hensikt om å oppnå kunnskap om befolkningens helse, og er andre deler av myndighetsapparatet enn de som for eksempel fatter vedtak om uføretrygd, foreldrepermisjon eller andre velferdsgoder knyttet til helse. Konteksten for samtykker i tråd med forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser er i liten grad preget av utøvelse av offentlig myndighet.

Etter forholdene bør et samtykke kunne oppfylle forordningens krav om frivillighet, forutsatt at kompleksiteten i behandlingen, samt hvordan dette vil påvirke den registrerte, er klargjort i forbindelse med avgivelse av samtykket. Konteksten for innhenting av samtykke kan også påvirke utfallet av en konkret vurdering- det bør fremstå klart for den registrerte hvilken rolle den offentlige instansen har i den konkrete konteksten, og at et unnlatt samtykke ikke har sammenheng med den aktuelle offentlige instans sin myndighet til å fatte bestemmende vedtak eller på annen måte påvirke den registrertes rettigheter eller plikter.

Vilkåret om informert samtykke

Personvernforordningen krever at samtykke skal være informert. I rettspraksis er det lagt til grunn at det som minimum skal informeres om hvilke data som behandles, behandlingsansvarliges identitet, varighet og prosedyrer for behandlingen og behandlingens formål.¹⁰³ Forskriften stiller krav til hvilken informasjon som skal gis om behandlingen i § 2-5.

Bestemmelsens andre ledd bokstav b krever at den registrerte skal motta informasjon om hvilke opplysninger og hva slags humant biologisk materiale som skal behandles. Humant biologisk materiale kan inneholde personopplysninger, og nærmere bestemt helseopplysninger, da for eksempel DNA kan spores tilbake til den registrerte, og ulike prøver eller test svar kan gi informasjon om den registrertes helsetilstand, for eksempel påviste

¹⁰³ Orange Romania, premiss 40

sykdommer, risikofaktorer eller genetisk predisposisjon til arvelige sykdommer. Forskriftsbestemmelsen bør dermed være tilstrekkelig til å sikre at forordningens krav om at det skal informeres om «hvilke data som behandles» er oppfylt.

Forskriftens § 2-5 andre ledd bokstav d krever at det informeres om hvem som er «dataansvarlig». Dermed er personvernforordningens krav om at den registrerte skal være informert om den behandlingsansvarliges identitet oppfylt.

Forskriftsbestemmelsens bokstav g krever at det skal informeres om hvor lenge helseopplysninger og humant biologisk materiale skal oppbevares, og den registrerte vil dermed være informert om varighet av behandlingen i henhold til forordningens krav. Behandlingens formål skal informeres om etter krav i forskriftsbestemmelsens bokstav b.

De øvrige kriteriene i forskriftsbestemmelsen bidrar til å gi informasjon om «prosedyren» for behandlingen. Det stilles krav om informasjon angående hva undersøkelsen i praksis vil innebære for deltakeren, hvor opplysninger hentes fra, om opplysningene skal sammenstilles med andre registre, og i så fall hvilke, hvordan informasjon fra undersøkelsen vil bli formidlet, og om deltakeren vil kontaktes for tilleggsundersøkelser.

Samtykke etter forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser § 2-4 kan altså oppfylle personvernforordningens kriterier om at et gyldig samtykke skal være «informert».

Vilkåret om spesifikt samtykke

At et samtykke skal være spesifikt, medfører at den registrerte skal kunne velge å samtykke eller ikke til hver enkelt av formålene med en forespurt behandling. Slik forskriften er lagt opp bør den enkelte uten problemer kunne samtykke til å delta i én undersøkelse, eller bidra med gitte opplysninger, men ikke andre.

Forskriften gir i § 2-5 dog anvisning på at den registrerte skal informeres om «hvordan helseopplysningene og humant biologisk materiale skal tilgjengeliggjøres og behandles på andre måter», jf. første ledd bokstav i, og «om helseopplysningene kan sammenstilles med andre registre og hvilke registre det kan sammenstilles med», jf. bestemmelsens andre ledd bokstav j. Hjemlene synes å åpne for en relativt bred adgang til videre behandling av personopplysningene som den registrerte gir fra seg, hvilket kan tyde på at samtykket som avgis er relativt bredt. Den registrertes rett til informasjon er videre søkt ivaretatt i bestemmelsens tredje ledd, der det fremgår at «[d]eltakerne skal informeres jevnlig om undersøkelsen, blant annet om hvordan helseopplysninger og humant biologisk materiale

brukes». Sammenholdt med retten til å trekke sitt samtykke tilbake, vil den registrerte ha gode forutsetninger for å motsette seg behandling de ikke ønsker at egne opplysninger skal benyttes til, men en slik «opt-out» fremgangsmåte fremstår lite forenelig med personvernforordningens krav om at samtykker skal være spesifikke til behandlingsformålet.

Antakelig vil det i praksis være avgjørende for om kriteriet anses oppfylt etter personvernforordningen hvor spesifikt eller vidt formulert formålet er, og hvor god og spesifikk informasjonen er med hensyn til hvilke typer undersøkelser data fra helseundersøkelsen videre kan benyttes i.

Vilkåret om utvetydig samtykke

Personvernforordningen krever at et samtykke skal være utvetydig. Det medfører at det skal være klart for den registrerte at vedkommende har samtykket, og hva samtykket gjelder. Forskriften om befolkningsbaserte helseundersøkelser § 2-5 fjerde ledd bestemmer at den behandlingsansvarlige skal bruke etablerte løsninger som helsenorge.no eller tilsvarende for å innhente samtykker. Slike løsninger, der deltakeren selv aktivt må logge inn og avgi samtykke, medfører at det fremstår som en klar viljestyring når samtykke er avgitt.

Forskriften er taus med hensyn til formuleringen av selve forespørselen om samtykke, men dersom den behandlingsansvarliges informasjonsplikt etter personvernforordningen og forskriften § 2-5 andre ledd er overholdt i sammenheng med en forespørsel som eksplisitt ber om deltakerens samtykke, vil antakelig samtykket kunne anses som utvetydig.

For behandling av helseopplysninger krever personvernforordningen artikkel 9 nr. 2 at samtykket er *uttrykkelig*. Personvernrådet beskriver i sin veileder om samtykke at dette kriteriet kan overholdes ved at den registrerte signerer på en mer eksplisitt erklæring, eller ved å gi en ekstra bekreftelse på sitt samtykke, for eksempel ved å bekrefte via e-post eller sms. Disse fremgangsmåtene bør kunne ivaretas ved forespørsler om samtykke via helsenorge.no, slik forskriften legger opp til. Forskriften selv oppstiller dog ikke noen kriterier eller anvisninger på hvordan kravet om uttrykkelig samtykke skal ivaretas i denne sammenheng.

Vilkåret om mulighet for å trekke samtykket tilbake

Til sist krever personvernforordningen artikkel 7 nr. 3 at den registrerte når som helst skal kunne trekke tilbake sitt samtykke til behandling. Forskriftens § 2-5 bokstav m bestemmer at retten til tilbaketrekking, samt informasjon om hvordan samtykke trekkes tilbake, er blant informasjonen som skal gis i forbindelse med forespørsel om samtykke.

Videre oppstiller forskriften krav til tilbaketrekkingen i § 2-7. Her fremkommer det at ved tilbaketrekking av et samtykke må pågående forskning på den registrertes personopplysninger eller humane biologiske materiale opphøre. Den registrerte kan ha også rett til å kreve at eget humant biologisk materiale destrueres, samt at personopplysninger slettes eller utleveres innen 30 dager. I bestemmelsens andre ledd begrenses virkningen av tilbaketrekking av samtykke, ved at det understrekes at opplysninger eller materiale som er anonymisert, samt materiale eller opplysninger som er bearbeidet og inngår i et annet produkt eller utførte analyser, fortsatt lovlig kan behandles. Bestemmelsen samsvarer godt med personvernforordningens artikkel 7 nr. 3 der det presiseres at tilbaketrekking av samtykke ikke påvirker lovligheten av behandling som fant sted før samtykket ble trukket tilbake.

Bruken av helsenorge.no og tilsvarende løsninger for innhenting av samtykke, som forskriften legger opp til, er et godt utgangspunkt for å sikre at den registrerte kan se og eventuelt trekke samtykket tilbake. Løsningen kan videre bidra til at deltakeren selv får ført kontroll med om den etterfølgende behandlingen samsvarer med samtykket som er avgitt, og ellers bidra til at den behandlingsansvarlige overholder sin plikt etter personvernforordningen til å *dokumentere* at det er innhentet samtykke.

Konklusjon

Generelt sett fremstår det som om forordningens krav til et gyldig samtykke kan oppfylles for behandling i befolkningsbaserte helseregister, alt etter en konkret vurdering av forholdene ved en bestemt behandling. Samtykkets rekkevidde vil avgrenses av de konkrete formål og øvrige informasjon som er kommunisert til den registrerte på innsamlingstidspunktet.

Kan behandlingen oppfylle øvrige krav i forordningen?

Selv om samtykke i tråd med forskriften etter forholdene kan oppfylle forordningens krav til et samtykke, kan det reises spørsmål ved om forordningen forøvrig setter skranker for en slik bruk av samtykke som tillegg til det egentlige rettsgrunnlaget for behandling av personopplysninger i befolkningsbaserte helseundersøkelser. Forskriften § 2-1 krever oppfyllelse av personvernforordningen artikkel 5, som beskriver prinsippene som ligger til grunn for personvernforordningen. Spørsmålet blir dermed om noen av prinsippene hindrer at samtykke kan brukes som et tilleggsgrunnlag slik det gjøres i forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser.

Lovlighet, rettferdighet og åpenhet

Prinsippet om lovlighet, rettferdighet og åpenhet krever først og fremst at behandlingen har et lovlig behandlingsgrunnlag etter forordningens artikkel 6, og eventuelt at et av unntakene til

forbud om behandling av særlige kategorier av personopplysninger, i artikkel 9 nr. 2, kommer til anvendelse på behandlingen. For befolkningsbaserte helseundersøkelers vedkommende, foreligger det flere potensielle grunnlag som kan gjøres gjeldende. I statsrådsforedraget om forskriften fremheves det at det er oppgave i allmennhetens interesse, jf. personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav e, og vitenskapelige eller statistiske formål, jf. forordningens art. 9 nr. 2 bokstav j, som er behandlingsgrunnlag for person- og helseopplysninger i forbindelse med slike helseregistre som forskriften hjemler. Begge grunnlagene krever et supplerende rettsgrunnlag i nasjonal rett, som gis av forskriften om befolkningsbaserte helseundersøkelser. Som demonstrert av drøftelsen ovenfor, er det etter omstendighetene også mulig å innhente gyldig samtykke, slik at behandlingen kunne tenkes å ha rettslig grunnlag i den registrertes samtykke, jf. personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav a og art. 9 nr. 2 bokstav a. Datatilsynet har i sitt hørings svar til forskriften stilt spørsmål ved hensiktsmessigheten av forskriftsregulering, da behandlingen gjennom forskriften uansett avhenger og begrenses av samtykket som er gitt og informasjonen som lå til grunn for samtykket.¹⁰⁴ Dermed kan behandlingen hjemles direkte i personvernforordningen, og det er uklart hva forskriften bidrar med. Om lovlighet kritiserer Datatilsynet videre at departementet ikke har vurdert lovligheten av foresattes samtykker på vegne av barn eller andre uten samtykkekompetanse, i forhold til den (da) nye personvernforordningen.

Datatilsynet trekker videre frem at forskriften legger for stor vekt på den registrertes samtykke, og kritiserer departementets uttalelser i høringsnotatet for å unyansert legge til grunn at samtykke veier opp for potensielle ulemper behandlingen kan medføre for den registrerte.¹⁰⁵ Datatilsynet presiserer at de er «[...] grunnleggende uenig i at det automatisk og kategorisk legges til grunn at samtykker som anses som tilstrekkelige ut fra krav til behandlingsgrunnlag innebærer at det ikke medfører potensielle ulemper å delta». Det er særlig manglende avveining mellom nytteverdien av behandlingen opp mot potensielle ulemper som mangler, og som er særlig relevant for de tilfeller der samtykker er avgitt av andre enn den registrerte selv. Som eksempel trekkes det frem samtykker avgitt bakover i tid av foresatte på vegne av sine barn, og samtykker som avgis på vegne av de som har mistet sin samtykkekompetanse på grunn av demens eller andre svekkelser.

Viktigheten av å vurdere nytteverdien opp mot potensielle ulemper har sammenheng med det gjennomgående forholdsmessighetsprinsippet i EU/EØS-retten, og kan trekkes opp mot personvernforordningens prinsipp om rettferdig behandling. Det er ikke tatt inn noen

¹⁰⁴ Datatilsynet, 2017, *Hørings svar - Forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser - Helse- og omsorgsdepartementet*

¹⁰⁵ Datatilsynet, *Hørings svar - Forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser - Helse- og omsorgsdepartementet*, s. 6

bestemmelse om vurdering av personvernkonsekvenser i forskriften etter høringen. For at behandlingen skal være i tråd med forordningens prinsipper, må nytteverdien av behandlingen veies opp mot risikoen for den registrertes personvern, en plikt som kan utledes direkte fra forordningens grunnleggende prinsipper, og som er utdypet i forordningens fortale punkt 4. I fortalen understrekes det at retten til personvern ikke er ubegrenset, men at all behandling av personopplysninger skal tjene menneskeheten, og at inngrep i personvernet må ses i sammenheng med behandlingens funksjon i samfunnet og veies mot den registrertes rettigheter i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet. Det er ikke tvilsomt at økt kunnskap om sykdommer, helsetilstander, og deres utbredelse i samfunnet vil kunne tjene menneskeheten, og at behandlingen av slik informasjon kan være forholdsmessig sett opp mot inngrepet behandlingen utgjør overfor den registrerte. Det kan dog ha en negativ virkning på praksis at en forholdsmessighetsvurdering ikke er tatt inn som et kriterie i forskriften, når den ellers fremstår som relativt utfyllende med hensyn til hvordan en befolkningsbasert helseundersøkelse kan opprettes og videreføres. Det vil dermed kreve personvernrettslig kompetanse hos de som skal opprette slike register, som sikrer at de også foretar en forholdsmessighetsvurdering i tråd med personvernforordningens øvrige krav, for å sikre overholdelse av rettferdighetsprinsippet ved den konkrete behandlingen.

Når personvernforordningen krever at behandlingen er åpen, har prinsippet nær sammenheng med den registrertes rett til informasjon, som er nærmere utdypet i kapittel III om den registrertes rettigheter. Når informasjonen samles inn fra den registrerte selv, som vil være tilfellet ved innsamling av biologisk materiale eller svar på spørreundersøkelser, er det forordningens artikkel 13 som definerer hvilken informasjon den registrerte har rett til å motta.

Det kreves mer informasjon for å oppfylle informasjonskravet etter artikkel 13, enn for at et samtykke skal anses «informert» i henhold til artikkel 4 nr. 11. Forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser § 2-5 går i likhet med artikkel 13 noe lenger i retten til informasjon enn minimumskravet for å sikre et informert samtykke, men omfatter for eksempel ikke krav om at det skal opplyses om behandlingsgrunnlaget for behandlingen, jf. personvernforordningen art. 13 nr. 1 bokstav c, hvem opplysningene skal deles med, jf. art. 13 nr. 1 bokstav e, eller hvorvidt opplysningene skal overføres til en tredjestat eller internasjonal organisasjon (dersom det er relevant), jf. art. 13 nr. 1 bokstav f.

De ovennevnte kriteriene fra artikkel 13 legger til en viss grad begrensning på den videre bruken av de innsamlede opplysningene, all den tid informasjonen skal gis «på tidspunktet for innsamlingen av personopplysningene». Hensikten med å etablere registre, slik forskriften

legger opp til, er at de skal kunne inngå i en database som kan benyttes til studier i senere tid, som ikke nødvendigvis er kjent på tidspunktet opplysningene samles inn. Det fremstår krevende for den behandlingsansvarlige å kunne gi tilstrekkelig presis informasjon om behandlingens formål, hvem opplysningene kan deles med og om det er aktuelt med overføringer, samtidig som informasjonen skal ta høyde for en ukjent fremtidig tilstand. I fortalen til personvernforordningen punkt 33 drøftes kort problematikken som knytter seg til brede samtykker i forbindelse med forskningsformål. Fortale konkluderer med at slike brede formål bør kunne aksepteres, med den begrensning at den registrertes samtykke gjelder «visse områder innen vitenskapelig forskning» og disse er i samsvar med «anerkjente etiske standarder». Det kan videre by på store utfordringer for den behandlingsansvarlige å gi tydelig og lettfattelig informasjon om behandlingsgrunnlaget, og forholdet mellom forskrift, de reelle behandlingsgrunnlagene, og den registrertes samtykke til deltakelse i helseundersøkelsen.

Datatilsynet gir en nøye gjennomgang av forskriften og kravet til informasjon i sitt høringssvar.¹⁰⁶ Datatilsynet peker på helsenorge.no som en praktisk løsning for å kunne gi de registrerte løpende informasjon om bruk av helseregistrene, og påpeker at løpende informasjon om for eksempel hvilke undersøkelser den registrertes personopplysninger er benyttet i er «et grunnleggende premiss for at brede samtykker kan anses gyldige over tid». Med andre ord stilles det omfattende krav til åpenhet, og at informasjonen skal være enkelt tilgjengelig for den registrerte. Det understrekes også at forskriftens § 2-5 sitt avvik fra informasjonskravene i personvernforordningen kan utgjøre en strid med personvernregelverket dersom forskriftens bestemmelse tolkes som en uttømmende oversikt over hvilken informasjon som skal gis.

Selv om behandling i henhold til forskriftens bestemmelser kan anses lovlig, vil den behandlingsansvarlige etter omstendighetene kunne få problemer med å oppfylle prinsippene om en åpen og rettferdig behandling, og særlig problemer med å gi den registrerte tilstrekkelig informasjon i tråd med kravene i personvernforordningen artikkel 13. Det er da særlig informasjon om forholdet mellom de to behandlingsgrunnlagene forskrift og samtykke, og den ukjente fremtidige behandlingen, som fremstår problematisk med hensyn til åpenhetskriteriet.

Formålsbegrensning

¹⁰⁶ Datatilsynet, 2017, *Høringssvar - Forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser - Helse- og omsorgsdepartementet*, s. 7

Prinsippet om formålsbegrensning er ment å sikre den registrerte en forutberegnelighet med hensyn til hvilke formål personopplysninger er samlet inn for, samt en etterprøvbarhet med hensyn til om den reelle behandlingen har vært i tråd med de kommuniserte formålene.

Det gis adgang til vide formål etter forskriften om befolkningsbaserte helseundersøkelser, da forskriftens formål er å «legge til rette for befolkningsbaserte helseundersøkelser som skal bidra til kunnskap om befolkningens helse». Selv om hver enkelt helseundersøkelse vil kunne ha et mer spesifikt formål, må likevel formålet angis relativt vidtstrekkende, for å sikre at opplysningene som samles inn kan benyttes til senere behandling i helserelaterte undersøkelser som ikke er kjent på innsamlingstidspunktet. Forskriftens § 2-5 andre ledd bokstav i og j kan tolkes dithen at det til dels er rom for videre behandling, ved at det skal informeres om dersom opplysningene «kan» benyttes på bestemte måter, med en «opt-out»-mulighet for deltakerne, som i følge forskriften §§ 2-5 tredje ledd og 2-7 skal motta informasjon underveis i behandlingen, og når som helst kan trekke sitt samtykke tilbake.

Formålsbegrensning kan ivaretas ved bredt formulerte formål, men det krever bevissthet og kompetanse fra behandlingsansvarlig, og god informasjon til den registrerte. Det er også adgang etter forordningen til å innhente personopplysninger til flere formål samtidig, så lenge disse blir tydelig informert om, og den registrerte kan velge å samtykke eller ikke for hvert enkelt formål. I forbindelse med utarbeidelsen av FHI's smittesporingsapp Smittestopp 2, uttalte Datatilsynet i tilbakemelding til FHI at ved behandling med grunnlag i forskrift kan det myndighetene selv endre varighet og formål med behandlingen av personopplysninger.¹⁰⁷ Datatilsynet pekte videre på viktigheten av å forhindre formålsutglidning ved slik behandling.

Ved bruk av samtykke som behandlingsgrunnlag vil ikke formålet med behandlingen kunne endres uten at det innhentes nytt samtykke fra den registrerte. Adgangen til vide formål og videre behandling som finnes i forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser kan kanskje forklares i denne konteksten med at det reelle behandlingsgrunnlaget ikke er samtykke, men hjemlet i forskriften. Dette fremstår problematisk, da det kan utgjøre en omgåelse av regelverket. Prinsippet om formålsbegrensning gjelder uavhengig av behandlingsgrunnlag, men det er uklart hvilken videre behandling som kan aksepteres basert på samtykkene som avgis med grunnlag i forskriften, og det uklart hvordan formålsbegrensningen skal oppfylles. Forskriften inneholder heller ingen bestemmelser som regulerer videre behandling ved endring av forskriften eller behandlingsformål.

¹⁰⁷ Datatilsynet, *Møtereferat og tilbakemelding* av 14.08.2020

Samtidig kan unnlatelsen av å definere et behandlingsformål i forskriften være et bevisst valg, slik at formålet med den enkelte behandling vil avhenge av hvilke formål som ble informert om i forespørselen om samtykke fra den registrerte. Dermed blir det ingen konkurrerende formål, og den behandlingsansvarlige kan ikke ensidig endre formålet uten å innhente nytt samtykke, dersom samtykket er gyldig. Det er likevel uklart hva virkningen vil være dersom myndighetene endrer forskriften, og legger inn nye behandlingsformål der. Samtykkene ville klart ikke kunne danne behandlingsgrunnlag for slike nye formål, men det er samtidig forskriften som skal være det reelle grunnlaget for behandlingen.

Totalt sett fremstår det uklart hvordan formålsbegrensningen skal overholdes i en situasjon der behandlingen har to separate behandlingsgrunnlag, og problemstillingen ikke er hensyntatt i regelverket som ligger til grunn for behandlingen. Formålsbegrensning kan opprettholdes, men dette krever bevissthet og kompetanse hos den behandlingsansvarlige, og det ville vært en fordel med hensyn til den registrertes personvern, om det ble inntatt forskriftsbestemmelser om hvordan formålsbegrensningen skal ivaretas med hensyn til reelt behandlingsgrunnlag sammenholdt med kravet om samtykke til behandling, og behandlingsansvarliges eventuelle ønsker om å behandle opplysningene for nye formål.

Dataminimering

Prinsippet om dataminimering krever at det ikke samles inn flere personopplysninger enn det som er nødvendig for at den behandlingsansvarlige skal kunne oppfylle formålet med behandlingen. hvilke personopplysninger som er nødvendige har altså en nær sammenheng med hvordan formålet for behandlingen er formulert.

Når formålet med en behandling er vidt formulert, og det er uklart hvilken adgang den behandlingsansvarlige har til å utvide formålet, blir det også utfordrende å vurdere hvilke opplysninger som er nødvendige for å nå dette formålet. Dermed kan det bli utfordrende å sikre at det ikke samles inn flere personopplysninger enn det som er strengt nødvendig.

Arten av behandling, i form av at opplysninger samles til fremtidige helseundersøkelser, legger også opp til at kan være hensiktsmessig å samle inn flere opplysninger enn det som kanskje er strengt nødvendig. Dersom man ønsker å undersøke forekomsten av en helsetilstand, for eksempel en bestemt diagnose, i befolkningen, kan også en rekke andre faktorer være interessante for fremtidig forskning. Det kan for eksempel være interessant å se på forekomst basert på alder, kjønn, landsdeler og sosial bakgrunn. På sikt kan man videre tenke seg at det kunne vært interessant å også se på ulike risikofaktorer for slike diagnoser, for eksempel røyking, kostholds- og alkoholvaner, eller sammenheng med andre diagnoser. Med

et vidt formulert formål, og et ukjent antall fremtidige behandlingsaktiviteter, blir det utfordrende å trekke en nedre grense for hvilke opplysninger som er «nødvendige» for å oppnå formålet. Dette ligger kanskje i forskningens natur, slik at det er akseptabelt å anse slike opplysninger som «nødvendige» for å oppnå et forskningsrettet formål.

Riktighet

Prinsippet om riktighet medfører at personopplysningene som behandles skal være riktige med hensyn til det formål de ble samlet inn for. Riktighet i forbindelse med forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser skal sikres ved at forskriften § 3-1 krever at det gjennomføres kvalitetskontroll av opplysningene som samles inn. Videre åpnes det gjennom § 2-5 andre ledd bokstav p for at det kan samtykkes til å bli kontaktet for senere innhenting av flere opplysninger. Dette bør i prinsippet også kunne omfatte innhenting av oppdaterte opplysninger.

Lagringsbegrensning

Prinsippet om lagringsbegrensning innebærer at personopplysninger skal slettes når formålet med behandlingen har opphørt. Formålet med å samle personopplysninger i et register som skal benyttes til befolkningsbaserte helseundersøkelser av ulik art er antakelig av en langvarig art, og det er ikke gitt at dette formålet vil opphøre.

Forskriften inneholder ingen bestemmelse som direkte begrenser varigheten av behandling i slike register, men bestemmer i § 4-7 at opplysningene kan behandles så lenge de er nødvendige med hensyn til formålet de er samlet inn for, «med mindre annet følger av samtykket». Hvor lenge personopplysninger skal oppbevares er en av detaljene forskriften krever at det opplyses om ved forespørsel om samtykke til innsamling, jf. § 2-5 andre ledd bokstav g, og varigheten av lagringen bør slik sett alltid kunne utledes av samtykket. Videre gir forskriften den registrerte rett til å kreve at opplysninger om seg selv kan slettes ved å trekke tilbake sitt samtykke til behandling, jf. § 2-7.

Integritet og konfidensialitet

Forskriften § 4-5 stiller krav til informasjonssikkerhet som utfyller den generelle bestemmelsen i personvernforordningen artikkel 32. Her stilles konkrete krav, som for eksempel at personnummer og andre direkte personidentifiserbare kjennetegn skal separeres, og oppbevares kryptert, jf. bestemmelsens andre ledd. I bestemmelsens fjerde ledd kreves det at kun personer med tjenstlig behov kan få tilgang til identifiserende opplysninger i registeret.

Ansvar

Personvernforordningen understreker at det er den behandlingsansvarlige som har ansvar for å påse at forordningens bestemmelser etterleves i forbindelse med en konkret behandling av personopplysninger. Med hensyn til de utfordringer som knytter seg til oppfyllelse av forordningens prinsipper for forskriften og dens samtykker, vil det kreve kompetanse og tett oppfølging fra den behandlingsansvarlige for å klare å etterleve sitt ansvar.

7.3. Virkninger av samtykke som tilleggsgrunnlag

At samtykkene skal utgjøre en «garantiforskrift», jf. det danske datatilsynets veileder, samsvarer godt med de formålene som følger av norske myndigheters forarbeidsuttalelser, om at samtykket skal være et virkemiddel for å sikre den registrerte frivillighet og medvirkning. Også i norsk kontekst finnes det andre regelsett med henvisning til samtykke der det er gjort klart at det foreligger egne vilkår til hva samtykket skal inneholde, som er uavhengige av personvernforordningens krav. For eksempel følger det av åndsverkloven § 104 at enhver har rett til eget bilde, og at dette ikke kan publiseres uten den avbildede persons samtykke. Et bilde kan anses som en personopplysning etter personvernforordningen, men likevel fremholdes det i juridisk litteratur at det ikke foreligger noen formkrav til et samtykke etter åndsverkloven.¹⁰⁸ Også andre steder i åndsverkloven, for eksempel i § 75 om arvede rettigheter og publisering av åndsverk, fremholdes det at både uttrykkelig og stilltiende samtykke kan aksepteres, hvilket understreker at samtykke i åndsverkloven skal forstås annerledes enn samtykke etter personvernforordningen.

Felles for flere bestemmelser om samtykke som tilleggsgrunnlag i norsk kontekst er at de ofte er å finne i lovverket der det offentlige opptrer i grensen mellom myndighet og tjenesteyter, og der situasjonen kan være egnet til å fremstå noe utydelig for den registrerte med hensyn til hvilken rolle offentlige myndigheter opptrer i. For eksempel er barnevernet en offentlig myndighet som er tillagt mandat til å iverksette svært inngripende tiltak overfor borgerne, herunder omsorgsovertakelse av barn. Samtidig er konteksten for Barnevernloven § 3-2a at barnevernet kan bistå et barn og dets foresatte med å etablere og følge opp en individuell plan, som skal koordinere oppfølging og tjenester det enkelte barn har behov for. Omsorgsovertakelse er klart utøvelse av offentlig myndighet, men utarbeidelsen og oppfølgingen av en individuell plan bærer i større grad preg av å kunne være en tjenesteyting. Samtidig er det ikke gitt at situasjonen knyttet til slik tjenesteyting oppleves av den registrerte som noe annet enn myndighetsutøvelse, all den tid tjenesten utføres av en offentlig myndighet med mandat til å fatte svært inngripende vedtak. Grensen mellom offentlige myndigheters roller som myndighet og tjenesteyter kan videre fremstå som uklar. Dersom det ikke

¹⁰⁸ Aakre, Fagermæs og Rieber-Mohn, *Åndsverkloven med kommentarer*, s. 500

samtykkes til å utarbeide en individuell plan kan det tenkes at det på sikt vil være nødvendig å iverksette en annen oppfølging av mer inngripende art, fordi konsekvensen av at det ikke opprettes noen plan kan være at et barn ikke får en oppfølging som møter deres behov. Situasjonen blir ikke mindre uklar ved at krav om «samtykke» ikke skal forstås likt i de ulike lovbestemmelsene.

Statsrådsforedraget til forskrift om digital smittesporing og epidemikontroll i anledning av utbrudd av Covid-19 understreker at «[i]nformasjon til brukerne skal imidlertid ikke utformes slik at det fremstilles som om brukeren gir sitt samtykke til behandling av personopplysninger», selv om behandling i applikasjonen skulle være frivillig. Med andre ord ble det viktig å presisere at en behandling kan være frivillig uten at dette betyr at behandlingen har rettslig grunnlag i den registrertes samtykke, og det ble lagt til grunn at det vil medføre negative konsekvenser dersom dette poenget kommuniseres på en uklar eller misvisende måte. Avgjørelsen om bot fra det greske datatilsynet overfor PWC understreker også at det er negativt med hensyn til gjennomsiktighetsprinsippet at det er uklart for den registrerte hva som er grunnlaget for behandling av personopplysninger.¹⁰⁹ Å fremstille en behandling som om den er basert på den registrertes samtykke, når det ikke er tilfellet, kan også danne grunnlag for en praksis som kan vanne ut kriteriene for bruk av samtykke.

Samtykke som tilleggsgrunnlag gjør det uklart hvilke virkninger slikt samtykke skal ha: Flere av utredningene og lovforarbeidene som tar opp spørsmålet fremhever at personvernforordningens krav til samtykke skal gjelde, men kommenterer eller konkluderer i liten grad med hvordan dette skal oppnås i praksis. Derunder fremgår det krav om at samtykket skal kunne trekkes tilbake for å være gyldig. Samtidig er behandlingen, for eksempel utarbeidelsen av en Individuell Plan, et forvaltningsdokument som kan være underlagt arkivlova og arkiveringsplikt, og barnevernet og andre institusjoner har i alle tilfeller en utrednings- og dokumentasjonsplikt. Dermed kan et slikt tilleggssamtykke etter sin art ikke trekkes tilbake, da tilbaketrekking ikke vil medføre opphør av behandling, og samtykkene kan derfor ikke oppfylle personvernforordningens krav slik det er lagt til grunn. Dette er en problemstilling som det synes som om verken lovgiver eller forvaltningen har tatt stilling til.

En utbredt bruk av begrepet samtykke i lovtekst, og løse henvisninger til personvernforordningen eller korte drøftelser av sammenhengen i forarbeider, kan også bidra til å skape en praksis der man aksepterer samtykker som i realiteten ikke kan oppfylle

¹⁰⁹ Oppsummering av greske tilsynsmyndigheters vedtak om overtredelsesgebyr for PWC

personvernforordningens krav. At samtykke kan være krevende å gjennomføre korrekt synliggjøres blant annet i eksemplene hentet fra Vegvesenet og Helsenorgeres nettsider, som beskrevet i avhandlingens kapittel 6.5.2. En utbredt praksis med å vektlegge mangelfulle samtykker vil i realiteten åpne for omgåelse av regelverket, da man over tid aksepterer en tilsidesettelse av enkelte av kravene til samtykke. Slik omgåelse av regelverket utgjør brudd på forordningens prinsipper, og særlig prinsippet om lovlig og åpen behandling, jf. personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav a, som understreket av det greske datatilsynets vedtak om overtredelsesgebyr til PWC.¹¹⁰

Videre bidrar bruken av begrepet samtykke, i ulike kontekster uten at det er gitt noen nærmere definisjon, til at rettssituasjonen fremstår uklar. Det fremstår for øvrig utydelig hvilke kriterier som gjelder for slike tilleggssamtykker. Selv der lovteksten selv henviser til kravene stilt av personvernforordningen fremstår det uklart hvordan offentlige myndigheter kan sikre oppfyllelse av alle vilkårene, all den tid det faktisk foreligger en maktubalanse mellom registrert og offentlige myndigheter som behandlingsansvarlig. En uklar situasjon knyttet til hvilket innhold og rettigheter som følger av de lovbestemte samtykkene, kan ha en negativ virkning på forutberegneligheten i de registrertes rettsstilling, og dermed også den registrertes mulighet til å utøve sine rettigheter under forordningen.

Forarbeidsuttalelsene det er referert til ovenfor synes å være omforent om at et tilleggssamtykke skal tjene til to formål. For det første skal samtykket understreke at den registrertes deltakelse i en bestemt type behandlingsaktivitet er frivillig, og at den registrerte har en medbestemmelsesrett i den myndighet som kan utøves. For det andre skal samtykket bidra til å sikre at den registrerte får informasjon om behandlingen og om sine rettigheter som registrert.

Formålene som kommer til uttrykk synes langt på vei å kunne ivaretas med andre grep, som følger personvernforordningens system. For formålet om å sikre at den registrerte gis informasjon stiller personvernforordningen artikkel 12-14 tydelige krav til hvilken informasjon den registrerte har rett til å få ved behandling av personopplysninger, og når slik informasjon skal gis. Disse bestemmelsene gjelder også der behandlingen har annet grunnlag enn den registrertes samtykke. Formålet kan tenkes oppnådd på en rekke andre måter, og er det behov for å dokumentere at informasjonen er mottatt kan det for eksempel kreves at det innføres teknologiske løsninger der den registrerte bekrefter at informasjonen som gir er «lest og forstått», eller «OK». Et slikt grep ville vært innenfor personvernforordningens krav,

¹¹⁰ Oppsummering av greske tilsynsmyndigheters vedtak om overtredelsesgebyr for PWC

samtidig som man unngår usikkerhet rundt hva det faktisk er ytret aksept til. Eksempelene gjengitt i avhandlingens kapittel 6.5.2, hentet fra Vegvesenet og Helsenorge, understreker videre at innhenting av samtykke ikke automatisk sikrer at den registrerte gis korrekt og tydelig informasjon.

Formålet om å sikre frivillighet i behandlingen fra den registrerte er best ivaretatt ved at den registrerte aktivt gir sin tilslutning til at behandlingen skjer, og et samtykke fremstår som et egnet virkemiddel, da frivillighet er et av vilkårene for å avgi et gyldig samtykke. I sin DPIA om behandling i Smittestopp 2 trekker FHI frem det faktum at behandlingen ikke skulle være utslag av noen medbestemmelsesrett som et argument for hvorfor behandlingen kunne anses som frivillig. Dette argumentet taler i sin tur mot at samtykke avgitt med formål om å sikre den registrertes medbestemmelse, slik som er tilfellet der samtykke er et lovbestemt tilleggsgrunnlag, kan overholde frivillighetskriteriet etter personvernforordningen artikkel 4 nr. 11. Videre kan det stilles spørsmål ved om også dette formålet kunne vært oppnådd på andre måter, og om andre fremgangsmåter kunne vært mer hensiktsmessige. Også formålet om frivillighet kan langt på vei ivaretas ved at den registrerte gis informasjon, for eksempel om hvilke alternativer som finnes til behandling, samt forklaring av hvilke mekanismer som er på plass for å sikre at det ikke vil gi negative konsekvenser om man velger å ikke delta i en bestemt behandlingsaktivitet. Her kan det være verdt å bemerke Datatilsynets konklusjon i vedtaket om stansing av behandling av personopplysninger i Smittestopp, der det påpekes at forskriftens mål om frivillighet ikke var oppfylt, fordi det ikke var tilstrekkelig granularitet i valgene om behandling. For å oppnå et slikt formål, må det være adgang til å velge å bidra til hver enkelt aktivitet eller behandlingsformål, dersom samtykket skal være et egnet virkemiddel til å sikre frivillig deltakelse.

For å unngå uklarheter og risikoen for omgåelse av regelverket kunne det vært hensiktsmessig om lovverket benyttet en annen ordlyd enn «samtykke», der hensikten er å sikre frivillig deltakelse. For eksempel kunne man benyttet ordlyd som «det er frivillig», «beslutningen skal tas i samråd med brukeren», eller «brukeren har rett til å medvirke i beslutningen». Dermed ville man klarere få frem at formålet er å legge inn en mekanisme som skal sikre den registrertes frivillighet og samarbeid i en konkret kontekst. Alternativt kunne et enkelt grep være å henvise eksplisitt til personvernforordningens samtykkebestemmelser for de tilfeller der det er ønskelig at samtykkene skal etterleve forordningens krav, eller innta en legaldefinisjon av begrepet samtykke i den konkrete lov- eller forskriftstekst der det er aktuelt. Henvisning til personvernforordningen forutsetter dog at det er gitt noen uttalelser om hvordan man har vurdert at kravene kan oppfylles, med hensyn til maktubalanse, arkivplikt eller andre faktorer som kan påvirke oppfyllelsen av vilkårene.

Det fremholdes i personvernforordningens fortalepunkt nr. 8 at «når det i denne forordning fastsettes at det kan innføres presiseringer eller begrensninger av dens regler gjennom medlemsstatenes nasjonale rett, kan medlemsstatene, i den grad det er nødvendig av hensyn til sammenhengen og for å gjøre nasjonale bestemmelser forståelige for de personer de får anvendelse på, innarbeide elementer fra denne forordning i sin nasjonale rett». Med andre ord skal presiseringer og tillegg som følger av nasjonal rett være oppklarende og nyttige for den registrerte for å være i samsvar med forordningen. Uttalelsen fra fortalen taler dermed for at lovgiver ikke bør benytte tilleggssamtykker uten at sammenhengen med personvernforordningen klarlegges nærmere. Der andre løsninger, som i større grad har en klar sammenheng med forordningen, foreligger, bør lovgiver velge denne.

7.4. Oppsummering om samtykke som tilleggsgrunnlag

Samtykker som tilleggsgrunnlag finnes som regel i lovverk som pålegger offentlige instanser forpliktelser, men det varierer i hvilken grad den behandlingsaktivitetene det skal samtykkes til kan anses som myndighetsutøvelse. Dette må bero på en konkret vurdering av den aktuelle behandlingsaktiviteten og konteksten for forespørsel om samtykke. Alt etter forholdene kan et slikt tilleggssamtykke oppfylle forordningens krav til samtykke og generelle prinsipper for behandling av personopplysninger.

Bruken av samtykke som tilleggsgrunnlag synes å skulle tjene to hovedformål: Sikre den registrerte frivillig deltakelse eller medbestemmelsesrett i en konkret behandlingsaktivitet, og sikre at den registrerte mottar tilstrekkelig informasjon. Samtidig bidrar slik bruk av samtykkebegrepet til stor grad av uklarhet hva gjelder virkning og konsekvenser. Det foreligger videre en risiko for at bruken av samtykker kan bidra til en negativ praksis, og på sikt en fortolkning av personvernforordningen som i realiteten blir en omgåelse av regelverket. Et samtykke kan etter forholdene være et egnet virkemiddel til å oppnå de beskrevne formålene, men det er flere holdepunkter for at andre mekanismer i personvernforordningen kan oppnå de samme formålene uten at det oppstår risiko for de nevnte negative konsekvenser.

8. Oppsummering

Denne avhandlingen har i de foregående kapitler gitt en gjennomgang av personvernforordningens krav til et gyldig samtykke, hva som skal forstås med begrepet “offentlige myndigheter” i forbindelse med behandling av personopplysninger, og hvorvidt vilkårene for et gyldig samtykke under personvernforordningen kan oppfylles av en offentlig myndighet på generell basis, og mer konkret i de tilfeller der samtykke utgjør et tilleggsgrunnlag i lov- eller forskriftstekst.

Avhandlingen har kommet frem til at personvernforordningen ikke avskjærer offentlige myndigheter fra å benytte den registrertes samtykke som behandlingsgrunnlag, men at det må vurderes om alle vilkårene for et gyldig samtykke kan oppfylles i den konkrete behandlingssituasjonen. Det kan ikke svares kategorisk bekreftende eller avkreftende på hvorvidt ulike situasjoner er egnet til å benytte samtykke som behandlingsgrunnlag, men noen konkrete momenter bør inngå i helhetsvurderingen av behandlingssituasjonen.

Samtykke må i utgangspunktet være et passende behandlingsgrunnlag, også dersom den behandlingsansvarlige ikke hadde vært en offentlig myndighet. Dette innebærer at behandlingssituasjonen bør være preget av liten eller ingen grad av maktubalanse. Det må være klart for den registrerte at det er samtykke som skal være behandlingsgrunnlaget, og informeres tydelig om hvor den registrerte kan henvende seg for mer informasjon eller for å trekke samtykket tilbake. Det fremstår fra norsk praksis som om det er adgang til å basere vurderingene av hvorvidt samtykke er et egnet behandlingsgrunnlag og om vilkårene kan oppfylles i en konkret situasjon på praksis og erfaringer fra lignende behandlingssituasjoner. I enkelte tilfeller, for eksempel der behandlingsaktiviteten man søker å gjennomføre har en side til moralske eller religiøse spørsmål, kan den registrertes eget samtykke være det rettsgrunnlaget som best ivaretar den registrertes personvern, ved at det gir den registrerte rom til å følge egen moralske eller religiøse overbevisninger.

Samtykke som tillegg til behandlingsgrunnlag i nasjonal rett kan i en konkret kontekst oppfylle personvernforordningens krav til samtykke, men praksisen kan medføre en risiko for utvanning eller omgåelse av forordningens krav, og kan skape en negativ praksis der det åpnes for behandling med grunnlag i samtykker som ikke oppfyller vilkårene. Dersom samtykke skal være et tilleggsgrunnlag må alle vilkårene for gyldig samtykke i personvernforordningen kunne oppfylles, ellers bør man klargjøre at det ikke er snakk om et samtykke i forordningens forstand, men heller en medbestemmelsesrett eller et frivillighetsvilkår. Dette kan oppnås for eksempel ved å bruke ordlyd som «frivillig deltakelse», «etter godkjenning fra deltakeren» eller lignende.

9. Litteraturliste

Juridisk litteratur

Sejersted, Fredrik mfl., *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget 2011

Fredriksen, Halvard Haukeland «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», *Jussens Venner* årgang 48 nr. 6 (2013), s. 371-399

Skullerud mfl., *Personvernforordningen (GDPR) Kommentartutgave*, 1. utgave, Oslo: Universitetsforlaget 2018

Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen, *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo: Universitetsforlaget 2019

Aakre, Fagernæs og Rieber-Mohn, *Åndsverkloven med kommentarer*, 1. utgave, Oslo: Gyldendal Akademisk 2021

Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund, *EØS-rett*, 4. utgave, Bergen: Fagbokforlaget 2022

Lover, forskrifter og traktater

Lover

1814	Lov av 17.05.1814	Kongeriket Norges Grunnlov
1967	Lov av 10.02.1967	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
1992	Lov av 17.07.1992 nr. 100	Lov om barneverntjenester (barnevernloven)
	Lov av 27.11.1992 nr. 109	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
	Lov av 04.12.1992 nr. 126	Lov om arkiv (arkivlova)
1994	Lov av 05.08.1994 nr. 55	Lov om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven)
1997	Lov av 28.02.1997 nr. 19	Lov om folketrygd (folketrygdloven)
1998	Lov av 17.07.1998 nr. 61	Lov om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova)
1999	Lov av 21.05.1999 nr. 30	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
	Lov av 02.07.1999 nr. 61	Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven)
	Lov av 02.07.1999 nr. 63	Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)
	Lov av 02.07.1999 nr. 64	Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)
2005	Lov av 17.06.2005 nr. 64	Lov om barnehager (barnehageloven)

2006	Lov av 16.06.2006 nr. 20	Lov om arbeids- og velferdsforvaltningen (arbeids- og velferdsforvaltningsloven)
2008	Lov av 20.06.2008 nr. 44	Lov om medisinsk og helsefaglig forskning (helseforskningsloven)
2009	Lov av 19.06.2009 nr. 44	Lov om kommunale krisesentertilbud (krisesenterlova)
	Lov av 18.12.2009 nr. 131	Lov om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen (sosialtjenesteloven)
2011	Lov av 24.06.2011 nr. 30	Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)
2014	Lov av 20.06.2014 nr. 43	Lov om helseregistre og behandling av helseopplysninger (helseregisterloven)
2018	Lov av 15.06.2018 nr. 38	Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)
	Lov av 15.06.2018 nr. 40	Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)

Forskrifter

2011	Forskrift av 16.12.2011 nr. 1256	Forskrift om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator
2018	Forskrift av 27.04.2018 nr. 645	Forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser
2020	Forskrift av 27.03.2020 nr. 475	Forskrift om digital smittesporing og epidemikontroll i anledning av utbrudd av Covid-19

Traktater og internasjonale avtaler

TEU/ TEUV	Konsoliderte utgaver av traktaten om Den europeiske union og traktaten om Den europeiske unions virkemåte [Norsk oversettelse], lastet ned fra: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/europa/lisboatraktat/lisboatraktaten_komplett_korrigert_m_forside.pdf
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller, Roma 04.10.1950
EØS- avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Porto 02.05.1992
ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, Porto 02.05.1992

Forarbeider og utredninger

2009	NOU 2009: 1	Individ og integritet Personvern i det digitale samfunnet
2011	PRE-2011-12-16-1256	Forskrift om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator. Kongelig resolusjon. Statsråd Anne-Grete Strøm-Erichsen.
2016	Prop. 56 LS (2017-2018)	Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 2016/679 (generell personvernforordning) i EØS-avtalen
2018	PRE-2018-04-10-556	Endring av forskrift om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator – definisjon av habilitering og rehabilitering. Kongelig resolusjon. Statsråd Bent Høie
	PRE-2018-04-27-645	Forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser Kongelig resolusjon. Statsråd Bent Høie
2020	PRE-2020-03-27-475	Forskrift om digital smittesporing og epidemikontroll i anledning utbrudd av Covid-19 Kongelig resolusjon. Statsråd Bent Høie
2021	Prop.100 L (2020–2021)	Endringer i velferdstjenestelovgivningen (samarbeid, samordning og barnekoordinator)
	NOU 2021: 6	Myndighetenes håndtering av koronapandemien Rapport fra Koronakommisjonen

Domsregister

Norges Høyesterett

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger 1)

Rt. 2013 s. 258 (STX)

HR-2016-2554-P (Holship)

HR-2021-1453-S (NAV-saken)

Den Europeiske Menneskerettsdomstolen

Kroon og andre mot Nederland EMD, Strasbourg, 27.10.1994

Axel Springer AG mot Tyskland EMD, Strasbourg, 07.02.2012

Von Hannover mot Tyskland (nr. 2) EMD, Strasbourg, 07.02.2012

Eweida og andre mot Storbritannia EMD, Strasbourg, 27.05.2013

M.N. og andre mot San Marino EMD, Strasbourg, 07.07.2015

M.L. og W.W. mot Tyskland EMD, Strasbourg, 28.06.2018

Landsorganisasjonen i Norge og Norsk
Transportarbeiderforbund mot Norge EMD, Strasbourg, 10.06.2021

EU-domstolen

C-106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato
mot Simmenthal SpA ECLI:EU:C:1978:49

C-283/81 Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mot
Helsedepartementet ECLI:EU:C:1982:335

C-131/12 EU-domstolen Google Spania SL og Google Inc. mot Agencia Española de Protección de Datos og Mario Costeja González	ECLI:EU:C:2014:317
Sak C-201/13 — Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW mot Helena Vandersteen og andre	ECLI:EU:C:2014:2132
C-582/14 Patrick Breyer mot Tyskland	ECLI:EU:C:2016:779
C-434/16 Peter Nowak mot personvernkommissjonen	ECLI:EU:C:2017:994
Sak C-61/19 Orange Romania SA mot Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal	ECLI:EU:C:2020:901

EFTA-domstolen

E-9/07 L'Oreal Norge mot Per Aarskog AS og andre

E-1/03 ESA mot Island

Fra tilsynsmyndigheter og Personvernrådet

Datatilsynet, Vedtak om midlertidig forbud mot å behandle personopplysninger - appen Smittestopp, referansenr.: 20/02058-15, lastet ned fra:

<https://www.datatilsynet.no/contentassets/ae1905a8b88d4d869f1e059b60be35fd/Vedtak-om-midlertidig-forbud-mot-a-behandle-personopplysninger.pdf>

Datatilsynet, Administrative Fine - Grindr LLC, referansenr.: 20/02136-18, lastet ned fra:

<https://www.datatilsynet.no/contentassets/8ad827efefcb489ab1c7ba129609edb5/administrativ-e-fine---grindr-llc.pdf>

Datatilsynet vedtak i sak om datatilsynets behandling av personopplysninger mv., referansenr.: 19/02450-16

Personvernrådet, Oppsummering av greske tilsynsmyndigheters avgjørelse om overtredelsesgebyr for PriceWaterhouseCooper BC, lastet ned fra:

https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/company-fined-150000-euros-infringements-gdpr_en

Personvernrådets veileder *05/2020 on consent under regulation 2016/679*, lastet ned fra:

https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf

Personvernrådets veileder *04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak*, lastet ned fra:

https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-042020-use-locati-on-data-and-contact-tracing_en

Danske datatilsynet *Vejledning om samtykke*, lastet ned fra:

<https://www.datatilsynet.dk/media/6562/samtykke.pdf>

Integritetsskyddsmyndighetene, *Digital Smittspårning*, tilgjengelig på:

<https://www.imy.se/verksamhet/dataskydd/dataskydd-pa-olika-omraden/covid-19-och-person-uppgifter/digital-smittsparning/>

Integritetsskyddsmyndighetene, 2021, Remissvar till Ny lag om statlig ersättning för personskada orsakad av vaccin mot covid-19, tilgjengelig på:

<https://www.imy.se/remissvar/ny-lag-om/>

Offentlig tilgjengelige dokumenter

Amnesty International, 2020,, *Bahrain, Kuwait and Norway contact tracing apps among most dangerous for privacy* (Sist sjekket 01.11.21), tilgjengelig på:

<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/06/bahrain-kuwait-norway-contact-tracing-apps-danger-for-privacy/>

Folkehelseinstituttet, Personvernerklæring Smittestopp, tilgjengelig på:

<https://www.fhi.no/om/smittestopp/personvern/>

Folkehelseinstituttet, *DPIA Smittestopp 2*, Lastet ned fra:

<https://www.fhi.no/contentassets/93841455d6554ccb869f3a2fe362b9f6/vedlegg/presentasjoner/pdf/dfa---smittestopp-versjon-2-03.12.2020.pdf>

Folkehelseinstituttet, *Nøkkeltall Smittestopp 2*, lastet ned fra:

<https://www.fhi.no/om/smittestopp/nokkeltall-fra-smittestopp/>

Statistisk sentralbyrå, *Befolkningstall*, lastet ned fra:

<https://www.ssb.no/befolkning/folketall/statistikk/befolkning>

Folkehelseinstituttet om landsomfattende helseundersøkelser, tilgjengelig på:

<https://www.fhi.no/div/helseundersokelser/landsovfattende-helseundersokelser-lhu/om-helseundersokelsene/>

Statens Vegvesen, Personvernerklæring, lastet ned fra:

<https://www.vegvesen.no/om-oss/om-organisasjonen/personvern/statens-vegvesens-personvernerklaering/>

Justis- og beredskapsdepartementet (tidligere justis- og politidepartementet), 2010, *Rettleiar til offentleglova*, lastet ned fra:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/rettleiar-til-offenntleglova/id590165/>

Helsedirektoratet, 2015, *Nasjonal veileder om rehabilitering, habilitering, individuell plan og koordinator*, sist oppdatert 2020, lastet ned fra:

<https://www.helsedirektoratet.no/veiledere/rehabilitering-habilitering-individuell-plan-og-koordinator>

Datatilsynet, 2017, *Høringssvar - Forskrift om befolkningsbaserte helseundersøkelser - Helse- og omsorgsdepartementet*, lastet ned fra:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forskrift-om-befolkningsbaserte-helseundersokelser/id2567409/?uid=f796d5ab-0dc1-40b4-9530-4b0b64e72887>

Helsedirektoratet, 2019, Personvernerklæring (sist faglig oppdatert 04. november 2021, sist besøkt 07. mars 2022), Lastet ned fra:

<https://www.helsedirektoratet.no/om-oss/om-nettstedet/personvernerklaering>

Datatilsynet, *Møtereferat og tilbakemelding*, 14.08.2020, lastet ned fra:

<https://www.fhi.no/contentassets/93841455d6554ccb869f3a2fe362b9f6/vedlegg/motereferater/motereferat-og-tilbakemelding-datatilsynet-fhi-140820.pdf>

Justis- og beredskapsdepartementet, 2021, *Taushetsplikt, opplysningsrett og opplysningsplikt. En veileder*, lastet ned fra:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/2f0aa4fc39004edba35b8027fe80be16/veileder-om-taushetsplikt-opplysningsrett-og-opplysningsplikt.pdf>

NRK Urix, 2021, Demonstrasjoner mot koronahåndtering flere steder i Europa, (sist besøkt 6.3.2022), tilgjengelig på:

<https://www.nrk.no/urix/demonstrasjoner-mot-koronahandtering-flere-steder-i-europa-1.15426129>

Folkehelseinstituttet, 2021, Covid-19 blant innvandrere i Norge, vurdering av tiltak og erfaringer fra felt, delrapport 1, lastet ned fra:

<https://www.fhi.no/contentassets/087a4ff0980d41fa9eaa318291e48637/2021-07-05-innvandre-re-vurdering-av-tiltak-og-erfaringer-fra-felt.pdf>