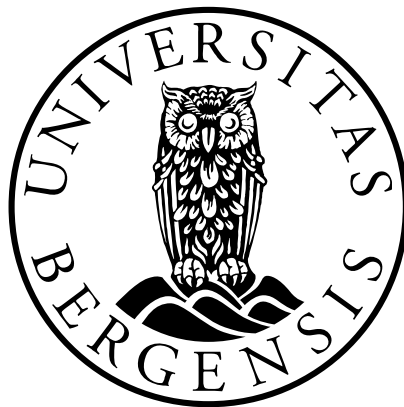


En rettslig analyse av
interesseavveiningen i GDPR artikkel 6
nr.1 bokstav f med fokus på Legelisten-
saken fra Personvernemnda

Uforholdsmessig store personvernulemper for leger?

Kandidatnummer: 180

Antall ord: 13954



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

03.06.2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Oppgavens tema	3
1.2 Aktualitet	4
1.3 Begrepsavklaring	5
1.4 GDPR – en introduksjon.....	6
1.4.1 Internett som publiseringsmedium	6
1.4.2 Historisk bakgrunn	6
1.4.3 Regler i form av forordning	7
1.5 Rettskilder og metode	8
1.6 Avgrensinger	10
1.7 Fremstillingen videre	10
2 GDPR - et rettslig rammeverk for behandling av personopplysninger	12
2.1 Forordningens formål	12
2.2 Artikkel 5 - de sentrale personvernprinsippene	13
2.3 Artikkel 6 – En liste ulike behandlingsgrunnlag	14
2.3.1 Artikkel 6 nr.1 bokstav f	15
2.3.2 Vilkår om berettiget interesse	16
2.3.3 Vilkår om nødvendighet.....	17
3 Interesseavveiningen	19
3.1 Introduksjon.....	19
3.2 Nærmere om balansetesten.....	20
3.2.1 Vektlegging av de berettigede interesser	20
3.2.2 Vektlegging av de konkrete personvernulempene	22
3.2.3 Vektlegging av personvern fremmende tiltak	22
3.2.4 Noen betraktninger til den konkrete avveiningen	23
4 Legelisten-saken.....	25
4.1 Introduksjon til saken	25
4.1.1 Faktum og saksgang	25
4.1.2 Partenes anførsler	26
4.1.3 Avgrensninger av analysen	26

4.2	Personvernemndas gjennomgang av saken	27
4.2.1	De relevante rettskilder	27
4.2.2	Den overordnede problemstilling.....	27
4.2.3	Personvernemndas gjennomgang av personvernulempene.....	28
4.2.4	Personvernemndas gjennomgang de berettigede interesser	28
4.3	Den konkrete interesseavveining.....	29
4.3.1	Avgrensinger og fremstillingsmetode	29
4.3.2	Leger som offentlige personer.....	30
4.3.3	Forbrukerinteresser og monopolsituasjonen	34
4.4	Legelistens personvern fremmende tiltak.....	35
4.4.1	Introduksjon	35
4.4.2	De konkrete tiltakene	36
4.4.3	Legers tilsvare mulighet	37
4.4.4	Legers reservasjonsrett.....	40
4.5	Avledede personvernulemper	41
5	Konklusjon	47
5.1	De innledende kapitlene	47
5.2	Oppgavens problemstilling i lys av Legelisten-saken	48
5.3	Noen avsluttende tanker	49
	Kildeliste	51

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

I denne oppgaven skal jeg analysere interesseavveiningen i General Data Protection Regulation (heretter kalt GDPR eller forordningen) artikkel 6 nr.1 bokstav f som behandlingsgrunnlag. Deretter skal jeg drøfte spørsmålet om leger må tåle uforholdsmessig store personvernulemper på bakgrunn av Legelisten-saken fra Personvernemnda. Avslutningsvis skal det foretas en nærmere drøftelse av GDPR sin rekkevidde i relasjon til mer avledede personvernulemper.

Introduksjon

Historisk sett har det aldri før vært enklere å utveksle informasjon mellom mennesker slik det er i dag. Hvis meninger ønskes formidlet over internett, er dette nærmest bare et tastetrykk unna. Det å ytre egne meninger er ikke lenger bundet av tilgangen til bestemte plattformer, arenaer, eller forum. Gjennom svært brukervennlige formidlingsplattformer som Facebook, Snapchat, Twitter og Reddit kan publisering av informasjon skje uten særlig begrensninger. I dag kan også pressen skilte med å være et velfungerende medium på internett for personer som ønsker å bidra med debattinnlegg, kommentarer, leserbrev, blogger og lignende.

Omfanget av informasjon som ønskes publisert, utgjør heller ikke en vesentlig begrensning i muligheten til å ytre seg. Det samme gjelder avstanden informasjonen må reise, hastigheten informasjonen reiser med og hvor tilgjengelig informasjonen er for omverden.

Enkeltpersoners meningsyttringer kan videre ha stor verdi for andre mennesker. Dette gjelder særlig formidling av informasjon som kan være til nytte for allmennheten. Også meninger som inneholder opplysninger om identifiserbare personer, altså personopplysninger, kan ha stor nytteverdi. Dette kan eksempelvis være personopplysninger egnet til å i en større medisinsk kartlegging av sykdommer, eller personopplysninger egnet til å belyse kritikkverdige forhold ved yrkesutøvelsen hos sentrale politikere. Offentliggjøring av brukervurderinger, kommentarer og andre relevante betraktninger om bestemte personers tjenesteytelse kan også ha stor nytteverdi.

Felles for disse eksemplene er at publisering av personopplysninger nødvendigvis innebærer at en håndterer og behandler informasjonen på forhånd. Etter norsk og internasjonal rett kreves det i slike sammenhenger at behandlingen skjer i tråd med hjemmel i lov eller at behandlingen har såkalt behandlingsgrunnlag.

Hvorvidt behandlingsgrunnlag foreligger, beror på en rekke forhold. Men det sentrale for lovligheten av slik behandling er ofte avveiningen av om behandlingen innebærer uforholdsmessig store ulemper for privatlivet til vedkommende informasjonen omhandler. For private personer kan det vanskelig sies at den rettslige tålegrensen ligger særlig høyt. Motsetningsvis, vil offentlige personer måtte tåle mer fordi informasjonen om disse ofte har mer samfunnsmessig nytteverdi.

Problemet oppstår imidlertid når enkelte personer innehar - i kraft av sitt yrke - en så spesiell rolle for samfunnet at vurderingskriteriene som normalt inngår i det rettslige kravet om behandlingsgrunnlag, ikke er like dekkende for deres situasjon som ved andres. Dette kan føre til at avveiningen får urimelige utfall for vedkommende det gjelder. Denne oppgaven har som mål å kaste lys over noen spesielle forhold som gjør seg gjeldende for behandling av personopplysninger knyttet enkeltlegers yrkesutøvelse.

1.2 Aktualitet

Generelt er oppgavens tema aktuelt på grunn av den enorme økningen av tilgang på informasjon i samfunnet gjennom internett og de uforutsette konsekvenser dette kan ha for enkelte grupper mennesker. Tematikken er også aktuell fordi den raske videreutviklingen av det vi på 1980 tallet begynte å omtale som «informasjonssamfunnet», medfører et økende behov for ulike former for nye rettslige reguleringer og derved juridisk nybrottsarbeid for å unngå store negative effekter for enkelt mennesker eller grupper av mennesker.

Når det gjelder internettjenester som fordrer publisering av brukervurderinger knyttet enkeltpersoners yrkesutøvelse, har slike tjenesters omfang og anvendelsesområde vært begrenset til et fåtall yrkesområder. Snekkere, elektrikere, rørleggere og andre profesjoner er yrker som samfunnet i stor grad har vært tjent med at er gjenstand for denne type tilsyn. Et aktuelt spørsmål er om dette kan generaliseres til alle yrkesgrupper.

Den enorme etterspørselen av informasjon har gjort at anvendelsesområde for tjenestene har utvidet seg. Legelisten.no setter dette på dagsorden da tjenesten tilbyr brukervurderinger av fastleger, kiropraktorer, tannleger, spesialistleger, gynekologer, psykologer og mer.¹ Jeg mener på bakgrunn av det relevante rettskildet bildet at svaret på spørsmålet på ingen måte er opplagt.

1.3 Begrepsavklaring

I den videre gjennomgangen vil relevante begrep som *personopplysninger*, *databehandling*, *behandlingsansvarlig*, og *den registrerte* avklares.

Etter GDPR artikkel 4 nr.1, skal personopplysninger forstås som «enhver opplysning» som kan anvendes for å identifisere en «fysisk person». En «fysisk person» må videre forstås til å være «en person som direkte eller indirekte kan identifiseres, særlig ved hjelp av en identifikator, f.eks. et navn, et identifikasjonsnummer, lokaliseringsopplysninger, en nettidetifikator eller ett eller flere elementer som er spesifikke for nevnte fysiske persons fysiske, fysiologiske, genetiske, psykiske, økonomiske, kulturelle eller sosiale identitet».

Denne fysiske personen som de behandlede opplysninger kan anvendes til å identifisere, vil i det videre omtales som den registrerte.

Med databehandling eller behandling menes «enhver operasjon eller rekke av operasjoner som gjøres med personopplysninger, enten automatisert eller ikke, f.eks. innsamling, registrering, organisering, strukturering, lagring, tilpasning eller endring, gjenfinning, konsultering, bruk, utlevering ved overføring, spredning eller alle andre former for tilgjengeliggjøring, sammenstilling eller samkjøring, begrensning, sletting eller tilintetgjøring» jf. artikkel 4 nr.2.

Behandlingsansvarlig dekker enhver fysisk eller juridisk person, offentlig myndighet, institusjon eller ethvert organ som behandler personopplysninger med et bestemt formål og bestemte midler som skal anvendes i denne behandlingen.

Begrepene vil i det følgende anvendes i tråd med hvordan disse defineres i GDPR artikkel 4.

¹ <https://www.Legelisten.no/om-oss> (Juni, 2018)

1.4 GDPR – en introduksjon

1.4.1 Internett som publiseringsmedium

Etter forordningens fortalepunkt 6 fremkommer det at:

«Rapid technological developments and globalisation have brought new challenges for the protection of personal data. The scale of the collection and sharing of personal data has increased significantly. Technology allows both private companies and public authorities to make use of personal data on an unprecedented scale in order to pursue their activities. Natural persons increasingly make personal information available publicly and globally. Technology has transformed both the economy and social life, and should further facilitate the free flow of personal data within the Union and the transfer to third countries and international organisations, while ensuring a high level of the protection of personal data.»

Et felt som utvilsomt har vært gjenstand for «[r]apid technological developments», er internett som publiseringsmedium. Det har aldri før vært mulig å offentliggjøre så mye data, på så kort tid, og til et så stort publikum som nå. Et positivt trekk ved utviklingen er at informasjon som er egnet til å opplyse samfunnet, nå omsider er langt mer tilgjengelig for folk flest.

Eksempelvis har tilfanget av relevant informasjon om legers yrkesutøvelse økt betraktelig fordi informasjonen er gjort tilgjengelig på internett. Dette har åpenbare positive sider all den tid forbrukerne gis bedre mulighet til å gjøre informerte valg av en eventuell fastlege. Men når utviklingen forserer uhemmet, etterlater dette ofte uregulerte tomrom som rettsreglene ikke er egnet til å dekke. Internett som medium for å formidle meninger til omverdenen og hvordan dette er regulert, utgjør dermed et tema som har behov for oppklaring.

1.4.2 Historisk bakgrunn

Etter EU-kommisjonen la frem forslag om ny personvernforordning i 2012, tok det fire år med forhandlinger før de sentrale organer i EU kom til enighet om vedtakelse av en ny personvernforordning i 2016. Den 27.april ble GDPR vedtatt og trådte i kraft 25.mai 2018 i samtlige medlemsland.² Det da-gjeldende direktiv om behandling av personopplysninger (dir.

² Europaparlamentets- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i

95/46/EU) måtte følgelig opphøre slik at den nye forordningen kunne erstatte denne når den skulle tre i kraft. For Norge sin del, ble forordningen samtidig tatt inn i EØS-avtalen, og Norge valgte å vedta supplerende regler i en ny Personopplysningslov³ den 20.juli 2018.⁴ Reglene etter personopplysningsloven vil imidlertid ikke behandles nærmere, da oppgaven i hovedsak tar utgangspunkt i GDPR og artiklene der.⁵

På tidspunktet da forslaget om forordning ble lansert, gjaldt som sagt EU-direktivet fra 1995 (dir. 95/46/EU). Vedtakelsen av dette direktivet er ansett som en historisk milepæl da det var det første EU-direktivet som fastsatte en rettslig skranke som knyttet seg til behandling av elektronisk informasjon. Direktivets hovedoppgave var å etterleve EUs grunnleggende formål gjennom regulering og balansering av to sentrale forhold. Det ene forholdet var beskyttelsen av en fundamental menneskerettighet, herunder beskyttelse av privatliv og særlig vern av personopplysninger, mens det andre forholdet knyttet seg til det interne markedet, herunder behovet for uhindret og fri flyt av informasjon på tvers av landegrenser.⁶

Internt i EU-organene kan det sies at det formelle opptrinnet til forslaget fra EU-kommisjonen var en rapport fra «The European Data Protection Supervisor» som ble oversendt i 2011. Rapporten het «*A comprehensive approach on personal data protection in the European Union*» og adresserte «[t]he need to clarify and specify the application of data protection policies to new technologies, in order to ensure that individuals' personal data are actually effectively protected». Selv om rapporten drøftet et bredt spekter av forskjellige problemer tilknyttet utdatert lovgivning, var det likevel en klar fellesnevner i det at teknologien hadde utviklet seg i et sånt tempo at lovgivningen i direktivet fra 1995 ikke lenger var egnet til å etterleve EUs sentrale formål.

1.4.3 Regler i form av forordning

Den brede enigheten rundt problematikkens aktualitet og behov for utbedring, kan videre ses på som en bærende grunn for beslutningen om å vedta det rettslige rammeverket i forordnings

forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [GDPR].

³ Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

⁴ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen). Inntatt i Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

⁵ Loven nevnes i kommentarene under punkt 1.4 om juridisk metode etter personopplysningslovens §1

⁶ Opinion on the Communication from the Commission on "A comprehensive approach on personal data protection in the European Union", OJ C 181/01, 22.06.2011, p.1

form, fremfor som et nytt direktiv. Dette poenget understrekes blant annet i fortalepunkt 7 i forordningens fortale der det fremgår at utviklingen av nytt lovverk «require a strong and more coherent data protection framework in the Union, backed by strong enforcement, given the importance of creating the trust that will allow the digital economy to develop across the internal market.»

En forordning blir etter Traktaten om den Europeiske Unions virkemåte (TEUV) artikkel 288 (3), beskrevet som bindende i sin helhet og med det grunnleggende trekk at den skal gjelde direkte slik den er skrevet i alle medlemsland jf. «directly applicable in all Member States». Dette skiller seg fra implementering av et direktiv, der gjennomføringen overlates til «[...]the national choice and methods» og der dette er bindende «as to the result to be achieved [...]». Ved forordnings form gis lite rom for noen gjennomføringsakt der medlemslandene selv velger hvordan direktivet skal manifestere seg i lovverket jf. artikkel 288(3). Forordningen skal med andre ord være gjeldende slik den er utarbeidet internt i EU-parlamentet, og skal være bindende i alle medlemslandene. Etter forordningen gjelder disse i EØS-sammenheng, og gjennomføres derfor i alle EFTA-landene, inkludert Norge.⁷

1.5 Rettskilder og metode

Ettersom regelverket i GDPR og personopplysningsloven er svært nytt, vil tilfanget av relevante rettskilder være begrenset. Og siden reglene i GPDR har så kort fartstid, har dette betydning for hvor fullstendig reglene er utpenslet gjennom praksis. Bestemmelsenes ordlyd og uttalelser i forordningens fortale vil følgelig få stor vekt i lovtolkningen. I mangel av rettspraksis vil også veiledende uttalelser fra Artikkel 29-gruppens retningslinjer og praksis fra Personvernemnda og Datatilsynet, tillegges stor vekt.

Forordningens fortale angir de overordnede formålene med forordningen slik de er utarbeidet av EUs lovgivende organer. Fortalepunktene beskriver også langt på vei hvordan bestemmelsene skal forstås. I den grad de kan forstås til å avvike ordlyden i forordningens

⁷ Jf. Skullerud mfl. *Personvernforordningen (GDPR) Kommentartutgave*, Oslo 2018, s.35.

bestemmelser, må det bemerkes at de ikke er rettslig bindende jf. blant annet C-345/13. I slike tilfeller går ordlyden foran.⁸

Frem til ikrafttredelsen av GDPR, utarbeidet Article 29 Working Party (heretter kalt Artikkel 29-gruppen) konkrete retningslinjer og anbefalinger om hvordan forordningen skal forstås og anvendes. Gruppen ble erstattet av European Data Protection Board (EDPB), også kalt Personvernrådet, som utleder sitt mandat fra GDPR art. 65. Selv om retningslinjene ikke er rettslig bindende jf. TEUV art.288 (5), har de likevel stor innflytelse på hvordan bestemmelsene bør tolkes. Når det gjelder retningslinjene gitt av EDPB, er disse langt på vei en videreføring av Artikkel 29-gruppens uttalelser. De eldre retningslinjene er uansett å rrelevant i fortolkningen av GDPR.

Siden både Personvernemnda og Datatilsynet er forvaltningsorgan, skal avgjørelsene i utgangspunktet regnes som forvaltningspraksis med liten rettskildemessig vekt.⁹ Men ettersom tilfanget av dommer knyttet GDPR er begrenset, vil praksis fra Datatilsynet og Personvernemnda likevel få stor betydning i denne oppgaven.

I forbindelse med artikkel 6 nr.1 bokstav f, vil tidligere rettspraksis fra EU-domstolen kunne vektlegges idet bestemmelsen langt på vei er en videreføring av dir. 95/46 art.7 bokstav f.¹⁰ Dette gjelder også praksis på bakgrunn av den tidligere personopplysningsloven av 2000, der de alternative behandlingsgrunnlagene var hjemlet i §8.¹¹

Juridisk litteratur vil anvendes i den grad det er relevant, men likevel med begrenset rettskildemessig vekt. Dette gjelder både internasjonal og norsk litteratur. Grunnloven vil ha stor rettskildemessig vekt der den trekkes inn. Det samme gjelder direkte anvendelse av Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK), i tillegg til praksis fra den Europeiske menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg.

Alminnelig juridisk metode skal anvendes i tolkningen av reglene i GDPR. Dette er fordi forordningen er inntatt i EØS-avtalen og etter Personopplysningslovens §1 skal denne «gjelde

⁸ C-345/13 avsnitt 31, der retten uttalte at fortalen «[...] has no binding legal force and cannot be relied on either as ground for derogating from the actual provisions of the act in question or for interpreting those provisions in a manner clearly contrary to their wording».

⁹ Datatilsynets funksjon er å påse at forordningens bestemmelser overholdes i Norge. Dersom forpliktelsene ikke etterleves, har Datatilsynet myndighet til å fatte rettskraftige vedtak jf. Personopplysningslovens §20 og forordningens art.51. Dersom vedtak fra Datatilsynet påklages, skal dette behandles av Personvernemnda jf. §22

¹⁰ Jf. Skullerud mfl. *Personvernforordningen (GDPR) Kommentartutgave*, Oslo 2018, s. 85.

¹¹ Jf. Skullerud mfl. *Personvernforordningen (GDPR) Kommentartutgave*, Oslo 2018, s. 81.

som lov». I tråd med EØS-avtalen og homogenitetsprinsippet, er norske rettsanvendere bundet til å vektlegge EU-rettslige rettskilder og fortolkningen av disse når reglene etter EØS-avtalen skal tolkes.¹² Dette innebærer også, som nevnt over, at EU-domstolens avgjørelser regnes å være en tungtveiende rettskilde ved tolkningen av GDPR.¹³

1.6 Avgrensinger

Andre behandlingsgrunnlag som følger av GDPR artikkel 6 nr.1 vil ikke drøftes nærmere av hensyn til relevans og oppgavens lengde. Dette gjelder i tillegg behandling for «særlige kategorier» av personopplysninger etter GDPR artikkel 9.¹⁴

I forbindelse med drøftelse av personvernulemper, skal oppgaven avgrenses mot behandling med utgangspunkt i GDPR art. 33 og art.34 om «risk analysis» eller «data protection assessment».¹⁵ Det vil også avgrenses mot senere rettspraksis og andre relevante rettskilder som kommer etter 3.juni, da dette utgjør innleveringsfristen for oppgaven.

1.7 Fremstillingen videre

I den videre gjennomgangen skal det først gis en kort introduksjon av GDPR som rettslig rammeverk med henblikk på forordningens formålsbestemmelse og generelle rekkevidde. Deretter skal det i del 3 gis en generell gjennomgang av artikkel 6 som samlethjemmel for de alternative behandlingsgrunnlagene i GDPR, før søkelyset rettes mot artikkelens bokstav f. Her skal bokstav f analyseres med fokus på de kumulative vilkårene og interesseavveiningen.

I del 4 skal Legelisten-saken i PVN-2018-14 fra Personvernemnda behandles og drøftes nærmere. Dette inkluderer en kort introduksjon av faktum i saken, før de relevante anførsler og nærmere avgrensninger og avklaringer redegjøres for. Deretter skal drøftelsen deles opp etter noen sentrale momenter Personvernemnda har vektlagt i saken som har relevans for oppgavens problemstilling.

¹² Fredrik Sejersted mfl. *EØS-rett, (2011) 3.utg. s.237.*

¹³ Jf. Artikkel 6 i EØS-avtalen og ODA(Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol) art.3.

¹⁴ GDPR artikkel 9 regulerer de særlig sensitive opplysninger.

¹⁵ GDPR artikkel 33 og 34

I del 5 vil det gis noen oppsummerende bemerkninger. Her inngår mine egne betraktninger knyttet de relevante rettskilder og Personvernemndas vurdering av saken og forholdet mellom disse. Til sist vil jeg komme med noen avsluttende tanker rundt temaet.

2 GDPR - et rettslig rammeverk for behandling av personopplysninger

2.1 Forordningens formål

GDPR art. 1 beskriver forordningens formål. Her følger i første avsnitt at: «Denne forordningen fastsetter regler om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger samt regler om fri utveksling av personopplysninger.»

GDPR kan ut fra en tolkning av ordlyden i art.1, leses som en videreføring av det tidligere personverndirektivet fra 1995, da denne hadde en tilsvarende formålsbestemmelse jf. Directive 1995/46 artikkel 1 «objective of the directive». Utover artikkel 1, utgjør forordningen likevel en betydelig utvidelse av personvernet og særlig i forbindelse med digitale personopplysninger og behandlingen av disse. Både nye og eldre tanker rundt temaet om personvern og teknologi har manifestert seg i artiklene, og kombinasjonen av dette gjør at forordningen anses å være vesentlig mer egnet for å regulere forhold tilknyttet digitalt personvern enn direktivet fra 1995. Men selv om brorparten av de forhold som tidligere falt på lovtomt område, nå kan anses å være dekket, har forordningen likevel utfordringer. Som oppgavens problemstilling søker å drøfte, gjelder dette særlig de personvernrettslige tvister der anvendelse av interesseavveiningen i artikkel 6. nr.1 bokstav f kommer på spissen.

Regelverk er ment å ivareta «fysiske personer[s]» personvern når informasjon om disse skal behandles. Det avgrenses derfor mot bedrifter og andre juridiske personer. Men som nevnt tidligere, er det ikke bare beskyttelse av personvern forordningen akter å effektivisere. Hensynet til personvern må balanseres med ett av EUs grunnleggende formål, nemlig om å effektivisere handel og styrke det interne markedet. Forordningens fortalepunkt 3, fastholder at forholdet mellom disse to hensynene må harmoniseres slik at forordningen ikke hindrer «the free flow of personal data between Member States».¹⁶ Men nøyaktig hvor dette skjæringspunktet befinner seg, kan likevel ikke konstateres med sikkerhet. Forordningens rekkevidde, og særlig utstrekningen av vernet for den registrertes interesser, kan ikke sies å

¹⁶ Fortalepunkt 9 redegjør for dette utgangspunktet ytterligere, og understreker igjen begrunnelsen for at det tidligere direktivet erstattes med en forordning.

være direkte avklart ut fra det øvrige rettskildebildet. Dette spørsmålet er videre relevant for problemstillingen og vil drøftes nærmere i punkt 4.5.

2.2 Artikkel 5 - de sentrale personvernsprinsippene

Artikkel 5 definerer de sentrale «Prinsipper for behandling av personopplysninger» etter GDPR. Etter art.5 nr.1 bokstav a, kreves at behandling av personopplysninger skal skje på en «lovlig, rettferdig og åpen» måte. Disse begrepene utgjør overordnede premisser som all behandling av personopplysninger i utgangspunktet må samsvare med. De øvrige bestemmelser i kapittel 2, herunder art.5 til 11, kan således oppfattes som en operasjonalisering av de overnevnte premissene. Prinsippene skal også forstås å ha relevans som «sentrale faktorer ved tolkningen» av forordningens øvrige bestemmelser.¹⁷

Ordlyden av «rettferdig» behandling, forutsetter at det foreligger formålmessig tilknytning mellom innhenting av data og det formålet dataene skal brukes til. Dette er for å sikre at behandlingen fremstår rimelig og rettmessig for den registrerte. Videre, skal ordlyden i «åpen» forstås til at behandlingen skal være forståelig og transparent slik at den registrerte kan gjøre informerte valg på bakgrunn av behandlingen.¹⁸ Artikkel 5 nr.2 oppfordrer til at behandlingsansvarlige skal demonstrere ansvarlighet ved å overholde prinsippene angitt i nr.1.

Sentralt for behandlingens lovlighet er også prinsippet om dataminimering etter art.5 nr.1 bokstav c. Prinsippet angir at personopplysninger bare skal behandles så lenge disse er nødvendig for å oppnå formålet. Dette er blant annet for å hindre behandling av overskuddsinformasjon. Videre vil prinsippet få betydning som viktig tolkningsbidrag i vurderingen av kravet om nødvendighet etter art.6 nr.1 bokstav f. Bestemmelsens øvrige krav til behandling etter art.1 nr.1 bokstav b-e vil ikke drøftes nærmere, da de mangler relevans for oppgavens problemstilling.

Det er særlig kravet om at behandling av personopplysninger krever hjemmel i lov som fremstillingen skal bygge videre på.¹⁹ For at behandlingen skal være lovlig etter forordningen,

¹⁷ Jf. Skullerud mfl. *Personvernforordningen (GDPR) Kommentarutgave*, Oslo 2018, s. 75 og 85

¹⁸ Jf. Skullerud mfl. *Personvernforordningen (GDPR) Kommentarutgave*, Oslo 2018, s. 75

¹⁹ Jf. «lovlig» artikkel 5 nr.1 bokstav a.

innebærer dette at *behandlingsansvarlige* må vise til et konkret *behandlingsgrunnlag* som kan legitimere behandlingen. Et slikt behandlingsgrunnlag kan finnes i GDPR artikkel 6.

2.3 Artikkel 6 – En liste ulike behandlingsgrunnlag

Etter artikkel 6 nr.1, er behandling av personopplysninger bare lovlig dersom behandlingen oppfyller ett av de alternative vilkårene oppgitt i bestemmelsens uttømmende liste.

Bestemmelsen lyder slik:

«Behandlingen er bare lovlig dersom og i den grad minst ett av følgende vilkår er

oppfylt:

- a) *den registrerte har samtykket til behandling av sine personopplysninger for ett eller flere spesifikke formål,*
- b) *behandlingen er nødvendig for å oppfylle en avtale som den registrerte er part i, eller for å gjennomføre tiltak på den registrertes anmodning før en avtaleinngåelse,*
- c) *behandlingen er nødvendig for å oppfylle en rettslig forpliktelse som påhviler den behandlingsansvarlige,*
- d) *behandlingen er nødvendig for å verne den registrertes eller en annen fysisk persons vitale interesser,*
- e) *behandlingen er nødvendig for å utføre en oppgave i allmennhetens interesse eller utøve offentlig myndighet som den behandlingsansvarlige er pålagt,*
- f) *behandlingen er nødvendig for formål knyttet til de berettigede interessene som forfølges av den behandlingsansvarlige eller en tredjepart, med mindre den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter går foran og krever vern av personopplysninger, særlig dersom den registrerte er et barn».*

De oppnevnte behandlingsgrunnlagene anses i stor grad som en videreføring av vilkårene for lovlig behandlingsgrunnlag i tidligere dir. 96/46 art.7 og personopplysningsloven av 2000 §8.²⁰ Videre må disse vilkårene være oppfylt så lenge behandlingen foregår, og så lenge formålet med behandlingen fortatt gjelder og er relevant jf. artikkel 5 bokstav b.

Behandlingsgrunnlagene må anses å være likestilt, jf. ordlyden i «minst ett» av vilkårene. Det kan diskuteres hvorvidt samtykke etter bokstav a kan forstås som det foretrukne

²⁰ Jf. Skullerud mfl. *Personvernforordningen (GDPR) Kommentartutgave*, Oslo 2018, s. 81.

behandlingsgrunnlaget fremfor de andre, men dette er ikke relevant for den videre gjennomgangen av temaet. I den videre fremstillingen skal det redegjøres nærmere for artikkel 6. nr.1 bokstav f, herunder interesseavveiningen som behandlingsgrunnlag.

2.3.1 Artikkel 6 nr.1 bokstav f

Interesseavveiningen etter bokstav f, utgjør den siste av de seks alternative behandlingsgrunnlagene i artikkel 6. Bestemmelsen lyder slik:

1) *«Behandlingen er bare lovlig dersom og i den grad minst ett av følgende vilkår er oppfylt:*

[...]

f) behandlingen er nødvendig for formål knyttet til de berettigede interessene som forfølges av den behandlingsansvarlige eller en tredjepart, med mindre den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter går foran og krever vern av personopplysninger, særlig dersom den registrerte er et barn».

Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden i bokstav f, kan det utledes at det her oppstilles tre kumulative vilkår som må være oppfylt for at behandling av personopplysninger kan være «lovlig». For det første må behandlingen være «nødvendig» for å oppnå det aktuelle formål med behandlingen. Videre må behandlingsansvarliges formål være knyttet opp mot «berettigede interesser». Og til sist må det foretas en interesseavveining eller en test for å avgjøre om den berettigede interessen er tilstrekkelig «aktverdig» slik at inngrep i den registrertes privatliv likevel kan anses legitimt.²¹

Denne forståelsen underbygges også i praksis fra EUs Court of Justice, der det i sak Sak C-13/16 Rīgas satiksme ble lagt til grunn at anvendelsen av tidligere artikkel 7(f) av dir.95/46 som tilsvarer artikkel 6(f), berodde på tre sentrale element. På avsnitt 62 uttaler retten at det kreves:

²¹ Jf. Skullerud mfl. *Personvernforordningen (GDPR) Kommentartutgave*, Oslo 2018, s. 85.

“the existence of a legitimate interest justifying processing (a); the prevalence of that interest over the rights and interests of the data subject (balancing of interests) (b); and the necessity of processing for the realisation of the legitimate interests (c).”

Bestemmelsen stiller dermed krav om tre forhold som må være til stede før behandlingen er lovlig. I den videre fremstillingen vil det gis en kort utredning om hva som ligger i disse vilkårene.

2.3.2 Vilkår om berettiget interesse

Ordlyden av formuleringen «berettiget interesse» tilsier etter en naturlig språklig forståelse at det stilles krav til behandlingsansvarlige om at det må foreligge en kvalifisert interesse som kan legitimere inngrep i en annens personvern. Utover dette gis det lite veiledning i ordlyden om hvilken type interesser som eventuelt er omfattet, eller hva som kan kvalifiserer disse som berettiget.

Bestemmelsen bærer imidlertid preg av å være svært vagt utformet, da dette kan antas å være uttrykk for at lovgiver har ønsket å gi bestemmelsen et særlig bredt nedslagsfelt med vide grenser for hva som kan utgjøre en berettiget interesse.

Videre kan det i lys av det overordnede siktemålet med artikkel 6 om «lovlig» behandling, etableres at interessen først og fremst ikke kan være knyttet til ulovlig virksomhet. Denne forståelsen underbygges av Artikkel 29-gruppens retningslinjer, der det følger at den aktuelle interesse som gjøres gjeldende av behandlingsansvarlige må være i overenstemmelse med nasjonal lovgivning og EU-rettslige forpliktelser.²²

Nærmere anvisninger om hva som kan utgjøre en berettiget interesse gis i forordningens fortale. Eksempler på interesser inkluderer sikkerhetsmessige hensyn, bekjempelse og forebygging av kriminalitet, helse og omsorg eller andre forhold som kan utledes fra mer generelle samfunnsmessige hensyn. Artikkel 29-gruppens retningslinjer gir også uttrykk for at interesser med grunnlag i ytrings- og informasjonsfrihet²³, sikkerhetsmessige hensyn, vitenskapelige-, akademiske-, og statiske hensyn, vil være omfattet som legitime interesser.²⁴

²² WP217, s. 25

²³ Grunnloven §100 og EMK art.10

²⁴ WP217, s. 25.

2.3.3 Vilkår om nødvendighet

Ordlyden av «nødvendig» tilsier at det her må foreligge en situasjon som gjør det påtrengende at behandlingen finner sted. Ordlyden kan dermed leses til at behandlingen først har formodningen for seg når målet med behandlingen ikke kan oppnås på andre måter enn på den som er angitt av behandlingsansvarlig jf. ordlyden av «nødvendig for *formål*».

Denne forståelse underbygges videre i fortalepunkt 39 i forordningen. Her følger det at personopplysninger «*should be processed only if the purpose of the processing could not reasonably be fulfilled by other means*». I den grad det finnes rimeligere alternative måter å behandle persondata på, må disse anvendes for at behandlingen kan anses lovlig etter artikkel 6.

Prinsippet om dataminimering, slik det fremkommer i forordningens art.5 nr.1 bokstav c, kan også tas til inntekt for at vilkåret om nødvendighet ikke bare skal forstås som et enkelt krav om behov for behandlingsansvarlige, men også at målet med behandlingen ikke skal kunne oppnås på andre måter.

At vilkåret skal tolkes strengt er i tillegg belyst gjennom praksis fra EU-domstolen og Personvernemda. I Taxisjåfør-saken var det tale om databehandling med formål om å oppdage og forebygge upassende samtaler over telefon mellom taxisjåfør og taxisentral. I forbindelse med vurderingen av nødvendighetsvilkåret, la Personvernemda til grunn at det i denne saken fantes alternative måter å oppnå målet med databehandlingen, og presiserte at man så langt det lar seg gjøre skal se til å ta i bruk så lite inngripende midler som mulig dersom disse er tilgjengelige og effektivt oppnår målet med behandlingen.²⁵

Følgelig er det klart at det i vurderingen av nødvendighetsvilkåret etter bokstav f, gjelder en rettslig skranke som begrenser lovlig databehandling til de tilfeller der den minst inngripende behandlingsmåten er anvendt og dette er rimelig å kreve av behandlingsansvarlige.

For øvrig skal vilkåret om «nødvendighet» tolkes og anvendes i tråd med hvordan tilsvarende vilkår om nødvendighet forstås ellers i EU-regelverket. Dette er for å sikre likt vern og ensartethet blant EU og EØS medlemslandene.²⁶

²⁵ PVN-2015-13

²⁶ Sak C-524/06 avsnitt 52.

3 Interesseavveiningen

3.1 Introduksjon

Dersom det kan konstateres at behandlingsansvarlige har berettigede interesser og behandlingen er å anse som nødvendig, kan behandling likevel bare skje så lenge «[...]den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter [ikke] går foran og krever vern av personopplysninger[...]».

Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden, må det her foretas en konkret og helhetlig avveining der behandlingsansvarliges berettigede interesser vurderes opp mot den registrertes «interesser eller grunnleggende rettigheter». Behandlingen er bare «lovlig» etter artikkel 6 nr.1 bokstav f, dersom behandlingsansvarliges berettigede interesser veier tyngre enn den registrertes interesser.

Av vesentlig betydning i denne vurderingen er utgangspunktet om at all behandling av noens personopplysninger grunnleggende sett utgjør et inngrep i vedkommendes personvern og privatliv. Ordlyden av «interesser og grunnleggende rettigheter» kan dermed forstås som en henvisning til det overordnede spørsmålet om hvor inngripende databehandlingen er for den registrerte. Jo mer inngripende behandlingen er, jo mer skjerpet blir terskelen for hva som kan anses som lovlig behandling.

Når det i ordlyden sondres mellom den registrertes «interesser» og «grunnleggende rettigheter», kan dette forstås til at det her åpnes for et bredt spekter av forskjellige hensyn og faktorer som er relevante. Av hensyn til mer overordnede systembetraktninger, kan det dessuten argumenteres for at tilfanget av aktuelle og relevante interesser for den registrerte er utvidet sammenlignet med det som gjelder behandlingsansvarlige. Denne forståelsen underbygges også i ordlyden, der begrepet «berettiget» er sløyfet og «interesser og grunnleggende rettigheter» står igjen. Rekkevidden av bestemmelsens virkeområde i relasjon til hvilke personvernulemper som kan anses relevante, skal problematiseres nærmere i gjennomgangen i punkt 4.5.

Ut over dette, gir bestemmelsens ordlyd lite veiledning til den konkrete interesseavveiningen. Det gis ingen anvisning om eksplisitte momenter som burde vektlegges - kun at interessene

skal veies opp mot hverandre i en balansetest. Den videre fremstillingen vil ta utgangspunkt noen sentrale element i interesseavveiningen, herunder berettigede interesser, konkrete personvernulemper og personvernforemmende tiltak, og hvordan disse kan vektlegges i avveiningen.

3.2 Nærmere om balansetesten

Det kan utledes fra artikkel 29-gruppens retningslinjer at interesseavveiningen ideelt sett bør deles inn i fire deler. Først må det etableres hvor betydelige og tungtveiende de berettigede interessene er. To sentrale momenter vil her være karakteren og kilden til de berettigede interessene. Deretter må det foretas en bedømmelse av hvilke personvernulemper som gjør seg gjeldende, før hensynene veies opp mot hverandre. Dersom utfallet av balansetesten byr på tvil, blir neste steg å vurdere hvorvidt eventuelle personvernforemmende tiltak – eller mangelen av slike, kan vektlegges for å tippe balansen i den ene eller andre retningen.

3.2.1 Vektlegging av de berettigede interesser

Som nevnt tidligere vil det her være av betydning dersom de berettigede interessene kan utledes fra grunnleggende rettigheter, som f.eks. ytringsfrihet. Ytrings- og informasjonsfriheten er rettigheter som ofte er blitt vurdert opp mot personvern hensyn. Dette knytter seg direkte til ytringsfrihetens sentrale funksjon i et demokratisk samfunn.

Dersom inngrep i personvern gjøres som en utøvelse av ytringsfriheten, vil dette i seg selv veie tungt i interesseavveiningen. Men dette utgangspunktet må likevel nyanseres. Et sentralt spørsmål er om ytringene har allmenn interesse.²⁷ Avispubliseringer av inkriminerende detaljer rundt en høytstående politikers personlig bruk av penger, er informasjon samfunnet vil være tjent med å kjenne til. Samme gjelder også offentliggjøring av informasjon om en embetspersons kritikkverdige opptreden i forbindelse med sin yrkesutøvelse. På den annen side, gjelder ikke retten til publisering ubetinget. Dersom detaljene som publiseres ikke har noe relevans for egnetheten til politikeren, eller informasjonen tilknyttet embetspersoner kun inneholder personlige meninger om vedkommendes utseende, er det lite som tilsier at dette bør vernes. Et sentralt tema er dermed ytringenes verneverdighet. Dette beror på en rekke

²⁷ Se for eksempel *Radio France and Others v. France, Judgement of 30 March 2004, saksnummer 53984/00 avsnitt 33-45.*

forskjellige momenter, men blant disse er det særlig ytringens informasjonsverdi som har blitt tillagt stor vekt i rettspraksis fra EU-domstolen.²⁸

I ECtHR, *von Hannover v. Germany* (no.2), 2012, uttales blant annet at «*A fundamental distinction needs to be made between reporting facts capable of contributing to a debate in a democratic society, relating to politicians in the exercise of their official functions for example, and reporting details of the private life of an individual who does not exercise such functions.*».²⁹

Et annet moment knytter seg til sontringen mellom påstander om faktiske forhold («Facts») og såkalte verdivurderinger («Value judgements»). Dersom det viser seg at påstander om faktiske forhold ikke har noe grunnlag i virkeligheten, vil dette ha betydning for ytringenes verneverdig. Feilaktige påstander om faktiske forhold er ikke bare egnet til å påføre den registrerte ytterligere personvernulemper, men slike ytringer vil også ha svekket verdi for allmennheten. Verdivurderinger er derimot vanskeligere å bevise og vil ofte bære mer preg av å være subjektive meninger. Men også disse må kunne bevises til å ha et visst grunnlag i virkeligheten.³⁰

Videre kan det legges vekt hvorvidt ytringen fremmer eller bidrar til å styrke offentlige interesser. I artikkel 29-gruppens retningslinjer, må det tillegges vekt dersom behandlingsansvarlige «acts [...] not only in its own legitimate (e.g. business) interest, but also in the interests of the wider community» og at dette «can give more 'weight' to that interest.». Videre følger at «[t]he more compelling the public interest or the interest of the wider community, and the more clearly acknowledged and expected it is in the community and by data subjects that the controller can take action and process data in pursuit of these interests, the more heavily this legitimate interest weighs in the balance.»³¹ Hvor «compelling» behandlingen virker for samfunnet, eller om samfunnet på noen måte forventer at behandlingen finner sted, vil også være av betydning.³²

²⁸ Blant annet *Minelli v. Switzerland* (dec.), no. 14991/02

²⁹ Saksnummer 40660/08 og 60641/08

³⁰ Bjørnar Borvik, *Personvern og ytringsfrihet*, Bergen 2008, s. 171, se også *Jerusalem v. Austria*, 2001, saksnummer 26958/95 avsnitt 43.

³¹ WP217, s.35

³² WP217, s. 36

3.2.2 Vektlegging av de konkrete personvernulempene

Når det gjelder vektleggingen av personvernulempene for den registrerte, fremhever artikkel 29-gruppen noen sentrale momenter. For det første skal det legges vekt på karakteren av personopplysningene som behandles. Personopplysninger som er svært sensitive eller private vil etter forordningen ha et sterkt vern. Dette momentet kan imidlertid ikke vurderes i et vakuum. Måten dataene behandles på vil ha stor betydning i vurderingen av personvernulempene.³³ Hvorvidt personopplysningene offentliggjøres fullstendig eller er gjort tilgjengelig for et begrenset utvalg personer, spiller en vesentlig rolle for hvordan behandlingen oppleves for den registrerte. Sammenhengen dataene behandles i vil også kunne få betydning.

Forholdet mellom den registrerte og behandlingsansvarlige, er også relevant. Dette er blant annet relevant i forbindelse med den registrertes rimelige forventninger til behandlingsansvarlige og den konkrete databehandlingen. I tillegg, må det vektlegges dersom det kan konstateres et klart misforhold i status og makt mellom behandlingsansvarlige og den registrerte. Den registrertes status alene kunne være av betydning, herunder om den registrerte hører til en særlig utsatt gruppe eller lignende.³⁴

Avslutningsvis er det viktig å bemerke at formålet med artikkel 6 nr.1 bokstav f ikke er å forhindre personvernulempene fullstendig. Siktemålet med bestemmelsen er heller å avgrense mot behandling som påfører uproporsjonale personvernulempene for den registrerte.

3.2.3 Vektlegging av personvern fremmende tiltak

I tilfeller der avveiningen mellom de berettigede interesser og personvern hensynet byr på tvil, vil eventuelle personvern fremmende tiltak kunne få betydning. Dette omfatter tiltak som er egnet til å minimere personvernulempene for den registrerte. Eksempler på slike tiltak kan være tekniske eller organisatoriske tiltak, økt anonymisering av den registrerte, personvern fremmende design, økt åpenhet i behandlingen, ubetinget reservasjonsmulighet og andre «measures to empower data subjects».³⁵

³³ WP217, s. 39.

³⁴ WP217, s. 40.

³⁵ WP217, s. 42.

Videre vil det ha betydning om behandlingsansvarlige har innført tiltak før behandlingen begynner. Artikkel 6 nr.1 bokstav f var lenge oppfattet som et «attraktivt» behandlingsgrunnlag for behandlingsansvarlige som søkte å omgå de rettslige kravene for databehandling. Etersom innføring av personvern fremmende tiltak kan være ressurskrevende, vil behandlingsansvarlige være tjent med å spekulere i tiden frem til databehandlingens manglende personvern fremmende tiltak oppdages. Dersom reglene ikke opprettholder krav om innføring av slike tiltak før behandlingen begynner, og behandlingsansvarlige enkelt kan innrette seg eventuelle pålegg uten at dette faktisk straffer seg, utgjør dette et åpenbart problem i anvendelsen av reglene. Artikkel 29-gruppen adresserer problemet og fremhever «[t]o ensure protection from the start, and to avoid that the shifting of the burden of proof is circumvented¹¹³, it is important that steps are taken before the processing starts, and not only in the course of ex-post 'objection' procedures.». «Additional safeguards» må dermed forstås ut fra konteksten de gjennomføres ut fra.³⁶

3.2.4 Noen betraktninger til den konkrete avveiningen

I anvendelsen av artikkel 6 nr.1 bokstav f, er det viktig å reflektere over artikkelens rolle blant de øvrige behandlingsgrunnlagene. Artikkel 29-gruppen fremhever at bestemmelsen er ment å praktiseres med en stor grad av fleksibilitet i forbindelse med identifisering og vektlegging av de verneverdige interessene på begge sider. Det advares derfor mot å operere med presumpsjoner og forestillinger om hvilke hensyn som prinsipielt sett bør trumfe når disse settes opp mot hverandre. Behandlingsgrunnlaget legger opp til konkrete og helhetlige vurderinger som skal ta i betraktning «the dynamic nature of the relevant context».³⁷

Videre uttrykker artikkel 29-gruppen at det skal vektlegges hvorvidt behandlingsansvarlige på noen måte har demonstrert økt ansvarlighet og åpenhet jf. artikkel 5 nr.2 og bokstav a. Uttalelsene sikter her spesielt til demonstrering av ansvarlighet ved innføring av personvern fremmende tiltak også før behandlingen finner sted. Artikkel 29-gruppen fremhever at dette har en slagside mot forestillingen om artikkel 6 nr.1 bokstav f som et enklere behandlingsgrunnlag å oppnå lovlig behandling etter, sammenlignet med de øvrige behandlingsgrunnlagene. Dette begrunner også rollen til personvern fremmende tiltak i

³⁶ WP217, s. 53.

³⁷ WP217, s.51

interesseavveiningen, der dette er ment å motvirke feiloppfatningen og likestille behandlingsgrunnlagene.

4 Legelisten-saken

Særlig relevant i forbindelse med oppgavens problemstilling er Legelisten-saken fra 2018 i PVN-2018.14.³⁸ I det følgende skal saken gjennomgås med fokus på noen utvalgte momenter i interesseavveiningen som har relevans for oppgavens tema og problemstilling.

Det vil først gis en introduksjon av saken der faktum, saksgang, og relevante anførsler redegjøres for, før gjennomgangen avgrenses videre i punkt 4.1.3. Ut fra mine egne oppfatninger skal Personvernemndas konkrete vurderinger analyseres og drøftes fortløpende.

4.1 Introduksjon til saken

4.1.1 Faktum og saksgang

I juli 2015 kontaktet en tannlege (heretter A) Datatilsynet med påstand om at hennes personopplysninger hadde blitt behandlet på nettstedet Legelisten.no uten tilstrekkelig behandlingsgrunnlag.

Legelisten er en privat og kommersiell internettside som tilbyr diverse tjenester ut fra en omfattende oversikt over leger, tannleger, kiropraktorer, spesialistleger og psykologer. Nettstedet tilbyr blant annet muligheten for pasienter å legge igjen egne vurderinger av behandlingen man har mottatt av en konkret lege. Brukere av nettsiden tilbys i tillegg innsyn i tilbakemeldingene som gis av tidligere pasienter. Vurderingene gjøres tilgjengelig for allmennheten og knyttes tett opp til navngitt helsepersonell slik at nettstedet i praksis fungerer som et ratingsystem.

I klagen til Datatilsynet fremsatte A krav om at opplysningene om henne måtte slettes, men fikk kravet avslått av Datatilsynet i vedtak fra oktober 2016.³⁹ A klaget deretter vedtaket inn til Personvernemnda, som mottok og behandlet klagen i november før denne ble oversendt til Datatilsynet med anmodning om ny realitetsbehandling. Datatilsynet traff nytt vedtak i november 2018 der Legelisten ble pålagt å iverksette en rekke tiltak slik at behandlingen

³⁸ Personvernemndas referanse: 15/01355-39 TJU

³⁹ PVN-2018-14, punkt 3.

kunne anses å være i tråd med gjeldende rett etter personopplysningsloven.⁴⁰ Vedtaket omfattet 10 konkrete pålegg og blant disse var ett av påleggene at Legelisten måtte legge til rette en ubetinget reservasjonsrett fra å få sine personopplysninger behandlet. Vedtaket ble påklaget av Legelisten, og saken endte hos Personvernemnda som den 21.januar 2019 vedtok at Legelisten hadde tilstrekkelig behandlingsgrunnlag for å behandle As personopplysninger.⁴¹

4.1.2 Partenes anførsler

I tilknytning spørsmålet om behandlingsgrunnlag for behandlingen av helsepersonellets personopplysninger, gjorde Legelisten følgende anførsler gjeldende: For det første hadde Datatilsynet lagt til grunn uriktig faktum i sitt vedtak. Videre bygger vedtaket på feil forståelse av de rettslige spørsmålene knyttet behandlingsgrunnlag.

Datatilsynet mener på sin side at Legelisten mangler lovlig behandlingsgrunnlag for de subjektive opplysninger idet Legelisten.no ikke har lagt opp til en allmenn reservasjonsrett for helsepersonell.

Når det gjelder de objektive opplysningene, er Datatilsynet imidlertid enig i at Legelisten har en berettiget interesse i å behandle de objektive opplysningene, da disse må anses både *«lovlige og reelle, og behandlingen er nødvendig for å ivareta den berettigede interessen det er snakk om»*.⁴²

4.1.3 Avgrensninger av analysen

Den videre gjennomgangen av saken avgrenses heretter mot Personvernemndas behandling av anførsler og spørsmål som ikke er relevante for oppgavens problemstilling. Dette inkluderer behandling av spørsmål knyttet lovvalg, behandlingsansvarlige, journalistunntaket i Personopplysningsloven 2000 §7, drøftelsen av behandlingsgrunnlag for pasienters personopplysninger på nettstedet, og vurderingen av behandlingsgrunnlag for de objektive personopplysninger om leger og helsepersonell. Skillet mellom objektive- og subjektive

⁴⁰ Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) av 2018

⁴¹ PVN-2018-14, punkt 3.

⁴² PVN-2018-14, punkt 7.4

personopplysninger, illustreres i punkt 8.5 i saken.⁴³ Gjennomgangen vil dermed drøftes med utgangspunkt i spørsmålet om behandlingsgrunnlag for de subjektive personopplysningene av helsepersonell på Legelisten.no.⁴⁴

4.2 Personvernemndas gjennomgang av saken

4.2.1 De relevante rettskilder

Etter Personvernemnda har avklart de innledende spørsmålene om lovvalg, behandlingsansvarlig, journalistunntak og behandling av pasienters personopplysninger, rettes fokuset mot spørsmålet om behandlingsgrunnlag for de subjektive vurderingene av helsepersonell.⁴⁵ Personvernemnda har på dette tidspunkt avklart at GDPR får anvendelse jf. GDPR artikkel 2.

Personvernemnda introduserer behandlingsgrunnlaget i artikkel 6 nr.1 bokstav f kort, før adgangen for den registrerte å få sin informasjon slettet angis i artikkel 17 nr.1 bokstav c, sammenholdt med adgangen til å protestere behandling i artikkel 21.⁴⁶

4.2.2 Den overordnede problemstilling

Etter å ha utledet det rettslige utgangspunktet for vurderingen, formulerer Personvernemnda den nærmere problemstillingen. Det overordnede spørsmålet er om Legelisten har behandlingsgrunnlag for å behandle de subjektive vurderingene om helsepersonell fra ulike brukere. Denne vurderingen vil bero på en interesseavveining der «[...] personvernulempene må veies opp mot de berettigede interessene til Legelisten og til tredjepersoner som opplysningene utleveres til.»

⁴³ PVN-2018-14, punkt 8.5, «I den objektive kategorien inngår typisk navn, adresse, klinikknavn, kvalifikasjoner og opplysninger om reaksjoner fra Helsetilsynet. I den subjektive kategorien inngår de personlige vurderingene som ulike brukere velger å legge inn på nettstedet.»

⁴⁴ Personvernemndas punkt 8.5 om «behandlingsgrunnlag for å behandle personopplysninger om helsepersonell på nettstedet»

⁴⁵ Sakens punkt 8.5.

⁴⁶ Ettersom dette er rettsvirkningene A ønsker å utløse, er det naturlig at Personvernemnda angir dette helt innledningsvis.

4.2.3 Personvernemndas gjennomgang av personvernulempene

Personvernemnda presiserer innledningsvis at det relevante for denne vurderingen er «om behandlingen av personopplysninger hos Legelisten skjer i helsepersonellets interesser og samtidig innenfor det formål som opprinnelig var vedtatt ved forhandlingen, eller om behandlingen har negative følger for helsepersonellet som omtales».

Det legges til grunn at det ikke er «noen tvil» om at det vil publiseres negative vurderinger som kan oppleves belastende eller krenkende for helsepersonellet det gjelder.

Personvernemnda fremhever i tillegg at ulempene kan oppleves særlig belastende idet helsepersonell har begrensede muligheter til å møte negative omtale. Selv om det i Legelisten.no er lagt til en kommentarfunksjon for legene, vil denne være reservert for informasjon som ikke er taushetsbelagt. Dette momentet vil behandles nærmere under.

Videre fremhever Personvernemnda at de aktuelle ulempene som hefter ved behandlingene setter rammene for interesseavveining. Interessene som motiverer behandlingen må være kvalifiserte og behandlingen må være nødvendig for at informasjonen kan behandles jf. artikkel 6 nr.1.

4.2.4 Personvernemndas gjennomgang de berettigede interesser

Personvernemnda tar utgangspunkt i retten til ytringsfrihet etter EMK artikkel 10 og Grunnlovens §100 og fremhever at «friheten til å fremsette ytringer er en grunnleggende rettighet». Subjektive vurderinger må likestilles med enhver annen ytring, og skal derfor i utgangspunktet vernes og nyte et stort handlingsrom.

I tråd med ytringsfriheten, følger også informasjonsfriheten etter EMK artikkel 10 og §100 i Grunnloven. Det klare utgangspunktet er da, slik Personvernemnda ser det, at det i norsk helserett finnes en lovfestet rettighet om at den enkelte borger har rett til fritt valg av helsetjenester. En sentral komponent av denne retten omhandler pasienters informasjonsfrihet. Dette innebærer utveksling av erfaringer knyttet mer spesifikke deler av helsevesenet. Og dersom dette skal være en reell rettighet, burde personopplysninger være tilgjengelig for pasienter slik at de kan gjøre et informert valg.

Personvernemnda mener Nettstedet Legelisten.no bidrar til å utvide informasjonsgrunnlaget for pasienters valg av helsepersonell, i tillegg til at de subjektive vurderingene fra pasienter

nyter sterkt vern av ytringsfriheten. Legelistens berettigede interesser hjemles dermed i grunnleggende menneskerettigheter, noe som i tidligere praksis fra Personvernemnda er lagt stor vekt på.⁴⁷

De berettigede interesser som gjøres gjeldende, knytter seg også til det som omtales som «public Interests/the interests of the wider community» i artikkel-29 gruppens retningslinjer.⁴⁸ Informasjonen som utveksles kan bidra til at potensielle pasienter kan foreta et mer informert valg knyttet hvilken fastlege de mener passer dem best. Legelisten kan også potensielt yte et positivt bidrag for samfunnet all den tid det for helsepersonells yrkesutøvelse kan virke skjerpene når vissheten om å få sitt eget arbeid vurdert og kommentert, er mer tilstede. Dette må forstås som noe samfunnet, leger og pasienter i utgangspunktet er godt tjent med.⁴⁹

Frem til dette punktet er Personvernemnda samlet i sin forståelse av saken og de relevante rettskilder. Men i den konkrete interesseavveiningen deler Personvernemnda seg i flertall og mindretall. Flertallet mener Legelisten har behandlingsgrunnlag for å behandle de subjektive meningene på Legelisten.no, mens mindretallet er uenige i den konkrete interesseavveiningen og vektleggingen av de relevante momentene.

4.3 Den konkrete interesseavveining

4.3.1 Avgrensinger og fremstillingsmetode

Den videre analysen begrenses til et bestemt utvalg momenter som er egnet til å belyse forhold som er relevant for oppgavens problemstilling. Det vil trekkes et skille mellom generelle momenter og momenter på bakgrunn av Legelistens personvern fremmende tiltak. Dette begrunnes i at momentene har forskjellige funksjoner i interesseavveiningen, som vist over.⁵⁰

De generelle momentene inkluderer momentet om offentlig person og forbrukerinteresser og monopolsituasjon. Momenter på bakgrunn av personvern fremmende tiltak inkluderer legers tilsvarsmulighet og legers reservasjonsrett.

⁴⁷ PVN-2005-03 og PVN-2007-05

⁴⁸ WP217, s.35

⁴⁹ Forbrukerrådets redegjørelse nevnt i Datatilsynets vedtak 15/01355-39/TJU

⁵⁰ Se kapittel 3.2 og særlig 3.2.3

Videre vil det den nærmere rekkevidden av personvernets virkeområde i relasjon til mer avledede personvernulempet drøftes som et eget moment i kapittel 4.5.

Drøftelsen av hvert enkelt moment vil i stor grad baseres på flertallets og mindretallets oppfatning av faktum, deres behandling av det konkrete momentet, det rettslige autorisasjonsgrunnlag for vektlegging av momentet, og mine egne tanker om temaet og forholdet mellom de øvrige omdreiningspunktene.

4.3.2 Leger som offentlige personer

Etter flertallets oppfatning må opplysningene som fremkommer i kommentarene på Legelisten.no forstås å knytte seg til helsepersonellens yrkesutøvelse som offentlige personer og ikke til deres privatliv.

Uten at flertallet gjennomgår de konkrete opplysninger på Legelisten.no nærmere, henviser flertallet til et utklipp generelle uttalelser fra artikkel 29-gruppens retningslinjer i WP-225 og til en tidligere sak behandlet av Personvernemnda (PVN-2018-07) der dette momentet ble behandlet.⁵¹

Her utledes at et sentralt moment i interesseavveiningen er hvorvidt den registrerte har en rolle i «the public life» eller utgjør en «public figure». Hva som utgjør en «public figure» eller hvem som har en rolle i «the public life», defineres nærmere i sak PVN-2018-07. Her angis, med henvisning til Datatilsynets uttalelser, at det siktes til blant annet personer med «høytstående verv, som ministre, politikere eller direktører. [...] kjente forretningspersoner eller personer i regulerte yrker som advokater, leger eller lignende».

Flertallet konstaterer videre at det ikke er grunnlag for å differensiere «graden av offentlig person» ut fra de forskjellige grupper av helsepersonell som er opplistet på nettstedet. Det fremheves videre at «hvordan [helsepersonell] utøver sin helsetjeneste er et viktig samfunnsmessig tema» og presiserer at det må foretas en konkret helthetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Flertallet subsumerer deretter helsepersonell innunder begrepet «offentlig person», og legger til grunn at disse må tåle større personvernulempet enn private personer.

⁵¹ Saken gjaldt en blogger som hadde publisert opplysninger om hvordan en tidligere seksjonsleder i en statlig virksomhet hadde opptrådt. Den registrerte ønsket sletting av søketreff på søkemotoren Google der disse opplysningene dukket opp.

Det følger av langvarig internasjonal rettspraksis at det rettslig sett sondres mellom private og offentlige personer i konteksten av personvern. Grensedragningen mellom private- og offentlige personer har i rettspraksis vært ansett å ha særlig vekt i avveiningen mellom ytringsfrihet og retten til privatlivets fred jf. blant annet *Von Hannover v. Germany (no.2)* fra 2012.⁵²

Det klare rettslige utgangspunktet er at offentlige personer i alminnelighet er forventet å tåle større personvernulemper enn private individer. Men dette gjelder likevel ikke uforbeholdent og uavhengig av karakteren av opplysninger og graden av «offentlig person».

I forbindelse med momentet knyttet offentlige personer, er det etter mitt skjønn relevant å vise til mindretallets kommentarer til enkelte uttalelser funnet på Legelisten.no.

Mindretallet bemerker at de på bakgrunn av en «forholdsvis overfladisk gjennomgang» av opplysningene på nettstedet, er gjort kjent med at flere av de subjektive vurderingene inneholder personkarakteristikker som «dårlig», «usikker», «kald», «lite empatisk», «egensentrert». Mindretallet mener slike opplysninger konstituerer betydelige personvernulemper all den tid disse knyttes direkte opp mot navngitt helsepersonell og gjøres offentlig synlig for helsepersonellens familie og venner. Dette poenget belyser etter mitt skjønn en vesentlig mangel i flertallets avveining.

Selv om flertallet må antas å være kjent med karakteren av de subjektive vurderingene, unnlater de likevel å drøfte dette nærmere. Flertallets fokus synes hovedsakelig å konsentreres rundt spørsmålet om tannleger faktisk kan regnes som offentlige personer. Og etter en generell gjennomgang, legger flertallet til grunn at graden av offentlig person klart er tilstede i denne saken.

Det synes utvilsomt ut fra flertallets forståelse av de relevante rettskilder, at tannleger og utøvere av legevirke generelt, må regnes som «public figure[s]» i kraft av sitt yrke. Flertallet begrunner dette grundig, og fremhever generelt at når utøvere av legevirke er tilegnet et klart mandat for disponering av verdifulle offentlige goder, har de dermed også rolle i samfunnet som offentlig person. Flertallet viser til DPAs (Data Protection Authorities) liste av kriterier for bedømmelse av offentlige personer gjengitt i artikkel-29 gruppens retningslinjer, der det

⁵² *von Hannover v. Germany (no.2)*, 2012, saksnummer 40660/08 og 60641/08, også nevnt i WP225, s.12. Avveiningen mellom ytringsfrihet og privatlivets fred har klar overføringsverdi til interesseavveiningen i art.6 nr.1 bokstav f.

fremkommer at: «members of the (regulated) professions can usually be considered to fulfil a role in public life». ⁵³

Imidlertid følger det av Data Protection Authorities' vurderingskriterier for offentlige personer at «[...] *public figures also have a right to privacy, albeit in a limited or modified form*», og at det gjelder «*a basic distinction between a person's private life and their public or professional persona*».

Etter DPAs punkt nr.5 må det derfor spørres om «[...] *the data relate[s] to the working life of the data subject?*».

Etter en naturlig forståelse av ordlyden her kan det utledes at ikke all informasjon om offentlige personer uten videre er lovlig å behandle. Et sentralt spørsmål i vurderingen er dermed om de konkrete personopplysningene om helsepersonellet på Legelisten.no knytter seg til forhold som er relevant for å bedømme helsepersonellens yrkesutøvelse (jf. ordlyden av «public professional persona»).

Videre kommer det frem i artikkel 29-gruppens retningslinjer at man i vurderingen av om informasjonen er relevant i yrkessammenheng, må vektlegge «*the nature of the data subject's work and the legitimate interest of the public in having access to this information through a search on his or her name.*». ⁵⁴

Hvorvidt enkelte opplysninger kan regnes som relevant for bedømmelsen av en offentlig person, avhenger av hvilken kapasitet den aktuelle offentlige personen fyller jf. DPAs punkt nr.2. For helsepersonell generelt, kan det rimeligvis antas at forskjellige typer personkarakteristikker vil ha forskjellig grad av relevans for ulike grupper helsepersonell. En kritisk og saklig evaluering av en spesialistleges yrkesutøvelse, vil ikke nødvendigvis være like dekkende for en kiropraktor eller tannlege. I tillegg vil samfunnets behov for at informasjonen gjøres tilgjengelig, øke i samsvar med graden av relevans den konkrete omtalen av helsepersonellet har.

Flertallet legger til grunn at det er «forskjellige kategorier av helsepersonell som er oppført på Legelisten, herunder fastleger, avtalespesialister, spesialistleger, tannleger, psykologer og

⁵³ WP225, s.13

⁵⁴ *Ibid.*,

kiropraktorer, men ser likevel ikke grunn til å sondre mellom disse til tross for at de selv mener «graden av offentlig person varierer noe for de ulike gruppene.».

Ettersom mindretallet synes å betrakte personkarakteristikkene som kvalifiserte personvernulemper, virker derfor flertallets vurdering mer ufullstendig på dette punkt. Flertallet legger til grunn at personvernulempene i denne saken ikke er tilstrekkelig tungtveiende, uten å gå nærmere inn på de konkrete personvernulempene. Dette begrunnes med at helsepersonell generelt må regnes som offentlige personer som «ivaretar viktige samfunnsinteresser knyttet befolkningens helse, og hvordan de utøver sin helsetjeneste er et viktig samfunnsmessig tema». Selv om flertallet tilsynelatende anerkjenner at «graden av offentlig person» kan variere, ser de likevel bort fra dette. Dette gjøres også uten å ta stilling til omtalens relevans for helsepersonellens yrkesutøvelse.

I forbindelse med vurderingen om offentlig person, er det også interessant at flertallet unnlater å ta eksplisitt stilling til spørsmålet om hvordan dataene behandles på. Med dette siktes det spesielt til hvor tilgjengelig og offentlig personopplysningene gjøres ved publisering.

Mindretallet bemerker på sin side at «[når] Legelisten har valgt å ikke benytte personvernøkende teknologi til å skjerme de subjektive vurderingene fra utlevering til søkemotorer» vil dette innebære at «vurderingene ikke bare finnes hos Legelisten, men [de vil] også dukke opp på søkerresultatsiden når det gjøres et generelt søk på Internett på personens egennavn også når søket ikke er relatert til personens profesjon.».

Mindretallets betraktninger er på dette punktet i tråd med artikkel 29-gruppens retningslinjer. Retningslinjene fremhever blant annet at «the way the data are being processed» utgjør et viktig element i bedømmelsen av personvernulempene for den registrerte.⁵⁵ Det presiseres videre at det sentrale er hvorvidt publiseringen innebærer at den registrertes opplysninger blir gjenstand for uproporsjonalt mye offentlig eksponering.

Flertallets vektlegging av legers rolle i det offentlige liv, synes på dette punkt å ha klare svakheter fordi utgangspunktet mangler nyansering. Det tas ikke stilling til at personopplysningene som publiseres av Legelisten.no gjøres allment tilgjengelig gjennom Google og lignende søkemotorer. Og selv om en slik utlevering teknisk sett er vanskelig å

⁵⁵ WP217, s. 39.

forhindre, burde dette fått betydning i flertallets vektlegging. Virkingene dette har for leger spesielt vil redegjøres for i kapittel 5.

4.3.3 Forbrukerinteresser og monopolsituasjonen

Flertallet tillegger hensynet til forbrukerinteresser stor vekt i interesseavveiningen. Det konstateres at «[...] publiseringen[e] er en relevant kilde til informasjon om andre pasienters erfaringer med helsepersonellet» og at «tjenesten [derfor] bidrar til å ivareta viktige forbrukerhensyn.».

Før Datatilsynets vedtak i oktober 2016, mottok Datatilsynet notat om redegjørelse av forbrukerhensynene fra Forbrukerrådet. Dette notatet viser også Personvernemnda til i sin gjennomgang i punkt 6. i vedtaket.

I interesseavveiningen legger flertallet vekt på at de «subjektive vurderinger fra brukere vil ha stor betydning for at forbrukere skal kunne foreta et informert valg av fastlege.». Flertallet kvalifiserer momentet ytterligere ved å fremheve at Legelisten.no er eneste tjeneste i Norge som tilbyr denne type «oversiktlige brukervurderinger». Potensielle pasienters mulighet til å tilegne seg relevant informasjon om Norges helsepersonell, hviler dermed på Legelistens mulighet til å behandle disse opplysningene.

Det er liten tvil om at forbrukerhensyn spiller sentral rolle i denne saken. Like opplagt er det også at argumentasjon på bakgrunn av forbrukerhensyn utgjør en vesentlig del av den totale begrunnelsen for databehandlingen. Likevel kan det reises spørsmål om argumentet knyttet monopolsituasjonen uten videre kan tas til inntekt som begrunnelse for databehandling, slik Personvernemnda synes å gjøre.

Som både mindretallet og flertallet påpeker, har operasjonaliseringen av internettjenesten klare personvernrelaterte svakheter. Dette gjelder blant annet systemets manglende formelle skranker for kommentering, moderering/filtrering av brukervurderinger og særlig legers reelle mulighet til replikk, som jeg skal komme tilbake til senere. Så lenge disse svakheterne er tilstede, vil argumentet knyttet monopolsituasjonen være toegget.

På den ene side, nyter samfunnet og forbrukerne godt av at det i alle fall finnes én aktør som formidler denne type informasjon - både slik at forbrukerne kan gjøre et informert valg av fastlege, men også for å belyse eventuelle kritikkverdige forhold. På den annen side, vil det en

slik monopolsituasjon være særlig viktig at den eneste formidleren påser at informasjonen som publiseres er tilstrekkelig kvalitetssikret.

For den enkelte lege vil det være av stor betydning at det som publiseres på Legelisten.no reflekterer seriøse, saklige, informative meninger samtidig som de relaterer til seg til legens yrkesutøvelse. Men når det kun finnes en tilgjengelig informasjonskanal, vil ufiltrerte og usaklige subjektive vurderinger få urimelig stort utslag for legens omtale, ettersom dette ikke vil balanseres ut fra andre kilder. Hvorvidt en leges omtale er utelukkende positiv eller negativ, vil dessuten i stor grad være vilkårlig, all den tid det heller ikke stilles noen krav til hvem som kommenterer.

Når sannsynligheten for at de subjektive vurderingene ikke reflekterer de faktiske forhold er såpass tilstede, vil også verdien av informasjonen for samfunnet svekkes.

Dersom systemet ikke kan garantere for, eller i det minste bidra til å lempe risikoen for slike kommentarer, vil dette kunne medbringe betydelige personvernulemper for leger og helsepersonell. Etter mitt skjønn, fremstår det derfor som en mangel i flertallets drøftelse at monopolsituasjonen ikke nyanseres ut fra svakhetene i systemet til Legelisten.no.

4.4 Legelistens personvernforemmede tiltak

4.4.1 Introduksjon

Formålet med den videre fremstillingen er å drøfte Legelistens implementering av personvernforemmede tiltak i databehandlingen. Det skal først gis en liste av de konkrete personvernforemmede tiltak Legelisten har innført. Flertallets oppfatning og vurdering tilknyttet disse skal deretter kort oppsummeres, før det rettslig autorisasjonsgrunnlaget for vektleggingen avklares videre. Deretter skal et utvalg av Legelistens personvernforemmede tiltak drøftes ut fra mine egne betraktninger rundt de angitte omdreiningspunktene.

4.4.2 De konkrete tiltakene

I Datatilsynets vedtak fra oktober 2016, gis det en grundig redegjørelse av Legelistens kvalitetssikring knyttet behandling av personopplysninger.

For å kvalitetssikre informasjonen som publiseres på Legelisten, er det innført et system av retningslinjer som Legelistens moderatorer skal arbeide ut fra. I forbindelse med de subjektive vurderingene angis det blant annet at brukere ikke kan sende inn mer enn én vurdering pr. behandler. I tillegg forbys innsending av vurderinger på veiene av andre, selv om Legelisten ikke har noen metode for å vite om dette skjer eller ikke. Ifølge Datatilsynet angir også retningslinjene hva som skal regnes som upassende, useriøs eller uholdbare kommentarer, til tross for at Legelisten likevel ikke «har et system som gjør det mulig å oppdage alle tilfeller med avvik». Legelistens mulighet til å foreta kontroll og utøve sin moderatorfunksjon, vil også reduseres når brukerne som leverer inn vurderinger fremstår som anonyme.

Datatilsynet har hatt kontakt med både enkeltleger og Den norske legeforeningen. Mye av grunnlaget for Datatilsynets bemerkninger på dette punkt bygger på deres erfaringer rundt temaet.

Det uttrykkes blant annet at «Legelisten ikke har noen måte å vite om personen som legger igjen vurderinger, faktisk har vært pasient hos vedkommende lege». Fra dette kan det utledes at Legelisten.no i liten grad stiller formelle krav til hvem som legger igjen vurdering. Videre vil upassende innlegg bare unntaksvis fjernes dersom det etter Legelistens egne skjønn finnes tilstrekkelig grunnlag for det.

Legelisten har også innført en begrenset reservasjonsrett for helsepersonell. Leger eller annet helsepersonell har en formell mulighet til å be Legelisten fjerne alle vurderinger av dem. Men dette kan unntaksvis bare skje dersom det ut fra Legelistens skjønn er tilstrekkelig grunnlag for det. Dette utgjør derfor en svært begrenset reservasjonsrett til det som i realiteten er behandling av opplysninger som direkte knytter seg til deres navn, yrkesutøvelse og person.

Videre er det i Legelisten innført en mulighet for leger til å svare på vurderingene om dem. Men selv om tiltaket tilsynelatende fremstår personvern fremmende, illustrerer det et forhold som synes å være symptomatisk for Legelistens gjennomgående problemer knyttet personvern fremmende tiltak.

Flertallets syn

Personvernemndas flertall legger vekt på at de subjektive vurderingene av helsepersonell er underlagt «en viss kontroll av Legelisten». Det vises videre til at Legelisten har implementert en moderatorfunksjon som skal forhindre at nettstedet blir en «useriøs gapestokk». Til sist slutter flertallet seg til Forbrukerrådets oppfatning om at forbrukere av lignende ratingsider, forholder seg saklig og seriøse. Flertallet konstaterer på denne bakgrunn at kvalitetssikringen på Legelisten.no er tilfredsstillende gjennomført, og behandler ikke momentet ytterligere.

Det rettslige utgangspunktet

Det kan ikke utledes direkte fra ordlyden i artikkel 6 nr.1 bokstav f at personvern fremmende tiltak kan vektlegges i interesseavveiningen. Momentet dukker først og fremst opp i Artikkel 29-gruppens retningslinjer. Her følger at «Member Statas have developed a number of useful factors to be considered when carrying out the balancing test.», hvorpå «additional safeguards applied by the controller to prevent any undue impact on the data subjects» er en av disse faktorene.⁵⁶

Behovet for og vekten av de konkrete personvern fremmende tiltak, avhenger av om man i den nærmere interesseavveiningen kommer frem til at omstendighetene rundt databehandlingen gjør at behandlingen etter lovens krav ikke er «lovlig nok» jf. art.5 nr.1 bokstav a og art. 6 nr.1.

Artikkel 29-gruppens retningslinjer konstaterer at dersom avveiningen mellom de berettigede interesser og den registrertes rettigheter viser seg å være uproblematisk, skal det ikke legges nevneverdig vekt på momentet. Motsetningsvis, vil denne type tiltak være egnet til å «tippe vektskålen» i favør av behandlingsansvarlige.

4.4.3 Legers tilsvarsmulighet

Ut fra et rent kvantitativt perspektiv, kan det vanskelig sies at Legelisten ikke etterlever de rettslige forpliktelser som påhviler behandlingsansvarlig etter GDPR. Som nevnt over, har de iverksatt en omfattende mengde tiltak. Det er heller ikke tvil om at Legelisten både har hatt vilje og intensjon om å minimere personvernulempene databehandlingen medfører. Problemet

⁵⁶ WP217, s.33

oppstår imidlertid når systemet og de konkrete tiltakene ikke virker effektivt i tråd med det bakenforliggende formålet.

I denne sammenheng er det relevant å se til Legelistens implementering av tilsvarsmulighet for leger. Flertallet påpeker i sin drøftelse at tiltaket vil ha begrenset verdi i praksis. Dette begrunnes i at leger og helsepersonell er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Leger vil derfor i betydelig grad være avskåret fra å imøtegå negativ omtale fordi dette nødvendigvis innebærer berøring av taushetsbelagte opplysninger. Tiltaket fremstår således lite effektivt all den tid leger ikke har noen reell mulighet til å forsvare seg.

Det kan dermed reises spørsmål om det er rettskildemessig grunnlag for å oppstille kvalitative krav til de konkrete tiltakene når disse vektlegges i interesseavveiningen.

Forordningens fortalepunkt 71 virker å være den eneste rettskilde som i noen grad berører temaet mer spesifikt. Det følger blant annet av fortalepunkt 71 at:

«In order to ensure fair and transparent processing in respect of the data subject, taking into account the specific circumstances and context in which the personal data are processed, the controller should [...] implement technical and organizational measures appropriate to ensure, in particular, that factors which result in inaccuracies in personal data are corrected and the risk of errors is minimized, secure personal data in a manner that takes account of the potential risks involved for the interests and rights of the data subject and that prevents, inter alia, discriminatory effects on natural persons [...] or that result in measures having such an effect.»⁵⁷

Behandlingsansvarlige oppfordres her til å implementere tiltak som er kvalitativt egnet til å sikre at de konkrete personvernulempene minimeres så langt dette er rimelig å kreve jf. «the controller should» og «measures appropriate to ensure».

Denne forståelsen underbygges videre i artikkel 29-gruppens retningslinjer. I tilknytning den konkrete balansetesten, legger gruppen vekt på at det er «The use of safeguards alone is of course not sufficient to justify any kind of processing in all contexts. Further, the safeguards in question must be adequate and sufficient, and must unquestionably and significantly reduce

⁵⁷ Official Journal of the European Union, L 119, 4.mai 2016, fortalepunkt 71.

the impacts on data subjects.».⁵⁸ Følgelig er det av stor betydning for interesseavveiningen at tiltakene er adekvate og egent til å redusere personvernulempene for den registrerte.

Artikkel 5 nr.1 bokstav f er også relevant. Her følger at personopplysninger skal:

«behandles på en måte som sikrer tilstrekkelig sikkerhet for personopplysningene, herunder vern mot uautorisert eller ulovlig behandling og mot utilsiktet tap, ødeleggelse eller skade, ved bruk av egnede tekniske eller organisatoriske tiltak («integritet og konfidensialitet»)»

Etter en naturlig språklig forståelse kan det leses at bestemmelsens overordnede formål er å sikre at personopplysninger skal behandles på en forsvarlig måte. Videre kan ordlyden av «ved bruk av egnede tekniske eller organisatoriske tiltak» forstås som en oppfordring til behandlingsansvarlige å påse at de personvernforenne tiltak rent kvalitativt er egnet til å oppnå formålet med tiltakene.

Videre følger det av art.5 nr.1 bokstav d at opplysninger som behandles skal være «korrekte» og at det må «[...]treffes ethvert rimelig tiltak for å sikre at personopplysninger som er uriktige med hensyn til formålene de behandles for, uten opphold slettes eller rettes».

Ordlyden av «treffes ethvert rimelig tiltak» tilsier at det spiller en stor rolle hvorvidt behandlingsansvarlige har iverksatt tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer slik at personvernulempene som allerede hefter ved behandlingen, kan minimeres.

Litteraturen er også konsekvent i at bestemmelsene må gjelde vidt da kravet til sikkerhet er svært sentralt. Dette begrunnes i at «[f]orordningen forutsetter at teknologiens muligheter til å ivareta personvernet, skal utnyttes».⁵⁹

Det virker med dette klart at det er rettskildemessig grunnlag for å oppstille kvalitative krav til de konkrete personvernforenne tiltakene når disse vektlegges i interesseavveiningen.

For helsepersonell og særlig leger må det være klart at visse personvernforenne tiltak slik som tilsvaremulighet, ikke kan anses egnet som effektive i tråd med sitt formål når denne muligheten ikke er reell. Når det ut fra de relevante rettskilder virker å være sentralt at tiltakene ikke bare kvantitativt er tilstede, men også kvalitativt virker slik de er ment, fremstår det dermed som en svakhet i flertallets vurdering at de i svært liten grad vektlegger de

⁵⁸ WP217, s.31

⁵⁹ Jf. Skullerud mfl. *Personvernforordningen (GDPR) Kommentrutgave*, Oslo 2018, s. 71.

kvalitative manglene Legelistens personvern fremmende tiltak innehar. Flertallet nevner at tiltaket vil ha begrenset verdi, men legger likevel ikke særlig vekt på dette.

4.4.4 Legers reservasjonsrett

Flertallet viser til at 20% av fastlegene umiddelbart reserverte seg fra å få sine opplysninger behandlet etter Datatilsynet fattet vedtak om generell reservasjonsrett. Flertallet mener på bakgrunn av denne utviklingen at en generell reservasjonsrett vil redusere informasjons- og nytteverdien av nettstedet. I tillegg vil utviklingen være uheldig av hensyn til forbrukerne.⁶⁰ Den begrensede reservasjonsretten som opprinnelig var praktisert, mener flertallet derfor er tilstrekkelig.

Mindretallet bemerker imidlertid at den begrensede reservasjonsretten i seg selv utgjør en personvernulempe. Legelistens praksis forutsetter at legene må begrunne reservasjonen ut fra en egenerklæring om svært personlige forhold. Det er videre fullstendig opp til Legelistens skjønn om begrunnelsen er god nok.

Det rettslige utgangspunktet for vektleggingen av den registerets reservasjonsadgang, kan indirekte utledes fra GDPR art.21 nr.1 sammenholdt med art.17 om retten til sletting.

Artikkel 29-gruppen angir at en ubetinget reservasjonsrett kan være avgjørende i interesseavveiningen dersom den provisoriske balansetesten ikke gir et klart svar. Det uttales at: «Additional measures may include, for example, providing an easily workable and accessible mechanism to ensure an unconditional possibility for data subjects to opt-out of the processing.».⁶¹

Videre kan det leses at «[t]he more widely applicable the mechanism for opt-out and the more easy it is to exercise it, the more it will contribute to tipping the balance in favour of the processing to find a legal ground in Article 7(f).».

Selv om behandlingsansvarlige ikke plikter å innføre en ubetinget reservasjonsrett, skal det likevel vektlegges hvorvidt reservasjonsretten er enkel å praktisere, om den egnet til å ivareta

⁶⁰ Se punkt 4.3.2

⁶¹ WP217, s.41

den registrertes interesser, og om den i kombinasjon med de øvrige personvern fremmende tiltak, sikrer at den registrerte ikke påføres uproporsjonale personvernulemper.

Videre kan det vises til gjennomgangen av legers tilsvarsrett i punkt 4.4.3. Ut fra gjennomgangen av de relevante rettskilder behandlet på dette punkt, fastholdes at personvern fremmende tiltak bare skal vektlegges i den grad de er effektive og formålstjenlige.

I forlengelsen av dette, kan artikkel 29-gruppens retningslinjer forstås å legge opp til at egnetheten ikke bare må bedømmes ut fra tiltakenes mer spesifikke formål, men også ut fra den overordnede personvernrettslige situasjonen for den registrerte. Etter mitt skjønn vil det være hensiktsmessig å se til hvorvidt og i hvilken grad de øvrige personvern fremmende tiltakene, eller mangelen av disse, påvirker situasjonen for den registrerte.

Særlig retten til å reservere seg, vil her få stor betydning. For legers anliggende vil situasjonen allerede være anstrengt all den tid tilsvarsmuligheten ikke er reell. Muligheten til å reservere seg vil dermed bli et særlig trykkpunkt, fordi personvernulempene allerede er betydelige.

I likhet med mindretallet, mener jeg derfor den begrensede reservasjonsretten ikke er tilstrekkelig egnet til å sikre at personvernulempene er proporsjonale med gjennomføringen av behandlingen. I kombinasjon med de øvrige personvern fremmende tiltakene, er det lite som tilsier at disse på en effektiv måte begrenser personvernulempene hos den registrerte.

4.5 Avledede personvernulemper

Introduksjon

I det videre skal det fokuseres på forordningens materielle rekkevidde med særlig henblikk på adgangen til å vektlegge bredere samfunnsmessige interesser på den registrertes side i interesseavveiningen etter art.6 nr.1 bokstav f. Temaets aktualitet tydeliggjøres i flertallets gjennomgang av interesseavveiningen og spesielt behandlingen av problematikken om legers faglige integritet.⁶²

⁶² Samfunnsmessige argumenter/momentene skal i den videre gjennomgangen forstås som argumenter utledet fra samfunnets mer overordnede interesser. Dette er interesser som ikke primært gjelder den individuelle part i en sak, men som relaterer seg til samfunnet som helhet. Eksempler på slike hensyn er blant annet rettssikkerhet, ivaretagelse av demokratiske verdier, domstolenes uavhengighet, utbedring av helsetilbud osv.

Problematikkens utgangspunkt

Flertallet fremhever i interesseavveiningen at flere leger sammen med Den norske legeforeningen «har vist til helsepersonellens særskilte rolle i samfunnet som portvoktere for en del goder, og at de i mange sammenhenger må ta upopulære avgjørelser i strid med en pasients ønske». Legene har videre vist til at «frykten for negative vurderinger i verste fall kan påvirke helsepersonellens beslutning» fordi «upopulære avgjørelser i strid med pasienters ønsker kan utløse negative vurderinger på nettstedet, selv om legen har opptrådt korrekt ut fra en faglig vurdering».

Flertallet ser ikke grunn til å legge «avgjørende» vekt på momentet, og begrunner dette med at helsepersonell er profesjonelle i sin yrkesutøvelse. De mener det må forventes at «helsepersonell skal bestrebe å treffe sine avgjørelser på grunnlag av faglige gode vurderinger uten å la seg presse av sine brukere».

Personvernemnda kan forstås til at de erkjenner risikoen for redusert faglig integritet hos leger som en egen personvernulempe innunder interesseavveiningen. Denne erkjennelsen støttes også i Datatilsynets opprinnelige vedtak der det vektlegges at «vurderinger på nettet [kan derfor] utfordre helsepersonells faglige integritet».⁶³

Det er også rimelig å anta ut fra flertallets uttalelser at argumentasjonen taler til fordel for den registrerte og at den derfor kan tas til inntekt for at leger bør ha en ubetinget reservasjonsrett. Men når legene eller Den norske legeforeningen ikke selv er part i saken, kan det spørres om argumentasjonen har relevans for saken om As personvern.

Dersom det kan sannsynliggjøres at Legelistens databehandling har uheldige konsekvenser for legers faglig integritet, aktualiserer dette følgende problemstilling: Hvilke personvernrelatert konsekvenser av databehandlingen er for avledet til at de ikke kan innlemmes som moment i interesseavveiningen.

Spørsmålet er relevant fordi konsekvensene flertallet tar stilling til, ikke rammer As private interesser primært. Vektlegging av dette momentet synes heller å være egnet til å verne om mer overordnede samfunnsinteresser.

⁶³ Datatilsynets vedtak av 08.11.2017, ref. 15/01355-39/TJU, s.20

I den videre gjennomgangen vil det drøftes hvorvidt det foreligger rettskildemessig grunnlag for å inkludere denne type konsekvenser som personvernulemper i interesseavveiningen.

Mine betraktninger om problematikken

Det er lite som tyder på at flertallets argumentasjon på dette punkt er rettslig fundert.

Utgangspunktet synes å være legers bekymringer knyttet Legelistens praksis og konsekvensene av denne. Det kan heller ikke vises til anførsler fra A som relaterer seg til problemet. Verken flertallet eller Datatilsynet hjemler momentet i en relevant rettskilde.

Etter forordningens formålsbestemmelse i art.2, sammenholdt med legaldefinisjonene i art.4, og lovens saklige virkeområde etter art.3, må det klare rettslige utgangspunkt være at loven kun er ment å verne om «personopplysninger» om «en identifisert eller identifiserbar[e] fysisk person («den registrerte»).

Ut fra ordlyden skal det avgrenses mot interesser som ikke umiddelbart kan utledes fra den registrerte, herunder mer avledede konsekvenser av databehandlingen. Samfunnsmessige hensyn kan dermed antas å være utelatt, i alle fall i relasjon til ivaretagelsen av noen andre enn den registrertes interesser.

Det kan likevel problematiseres om dette også gjelder med utgangspunkt i interesseavveiningen i art.6 nr.1 bokstav f. Et relevant spørsmål er da om man i bedømmelsen av personvernulempene for den registrerte, har adgang til å vektlegge konsekvenser som treffer ut over den registrertes person alene.

I artikkel 29-gruppens retningslinjer kommer det frem at:

«The notion of the 'interests' of the data subjects is defined even more broadly as it does not require a 'legitimacy' element. If the data controller or third party can pursue any interests, provided they are not illegitimate, the data subject, in turn, is entitled to have all categories of interests to be taken into account and weighed against those of the controller or third party, as long as they are relevant within the scope of the Directive.»⁶⁴

⁶⁴ WP217, s.49

Ordlyden av «entitled to have all categories of interests to be taken into account», tilsier i utgangspunktet at mer avledede konsekvenser av behandlingen også kan tas med i betraktningen. Ordlyden må imidlertid leses til at dette uansett begrenser seg til interesser som er «relevant within the scope of the Directive.».

Hva som kan anses relevant innenfor «the scope of the Directive» kan ikke utledes direkte av art.3 om forordningens saklige virkeområde. Det blir derfor relevant å se til en nærmere redegjørelse av de relevante personvernulemper for den registrerte.

I artikkel 29-gruppens retningslinjer gis det nærmere veiledning i hvordan de konkrete personvernulempene kan bedømmes når interesseavveiningen skal foretas. Her følger under «the assessment of the impact» at «[t]he Working Party emphasises that it is crucial to understand that relevant «impact» is a much broader concept than harm or damage to one or more specific data subjects.». Videre følger det at «impact» dekker «any possible (potential or actual) consequences of the data processing.».

Relevante negative konsekvenser inkluderer «more broadly, situations where there is a risk of damaging the reputation, negotiating power, or autonomy of the data subject». Ordlyden av «autonomy of the data subject» tilsier at det vil være av betydning dersom den registrerte ser seg nødt til å endre adferdsmønstre.

Det må også tillegges vekt dersom «continuous monitoring/tracking» resulterer i at den registrerte blir gjenstand for en såkalt «chilling effect», hvor den registrerte begrenser sitt handlingsmønster til en slik grad at han i realiteten gjør seg selv handlingslammet i frykt for konsekvenser av monitoreringen.

Ut fra retningslinjene er det rimelig å slutte at personvernulemper må tolkes vidt. Hva som kan innfortolkes som personvernulempe, virker ikke å være underlagt strenge bånd. Men de relevante rettskilder nevner likevel ikke eksplisitt at samfunnsmessige hensyn kan tas i betraktning. Det er også grunn til å være varsom med å tolke loven utvidende, ettersom lovens formål også er å sikre uhindret og fri flyt av informasjon jf. art.1. Dersom spekteret av interesser på den registrertes side blir for vidt, vil dette ha betydning for informasjonsflyten jf. artikkel 1.

Heller ikke praksis kan tas til inntekt som veiledning i forbindelse med adgangen til å vektlegge disse hensynene. I det begrensede antallet dommer som har kommet i tiden hvor

GDPR har vært virksomt, har fokuset i hovedsak vært å definere det nærmere omfanget av berettigede interesser for databehandling.

Dersom behandlingen påvirker legers faglige integritet negativt, vil dette kunne ha uheldige konsekvenser for det generelle helsetilbudet i Norge. Behovet for å verne disse interessene blir følgelig aktualisert.

Selv om det vanskelig kan sies noe sikkert om denne type hensyn er vernet av GDPR-forordningen, er det uansett interessant at Personvernemnda i det hele tatt erkjenner problematikken i interesseavveiningen. Personvernemnda tar i sin vurdering stilling til dette som om det utgjør en relevant konsekvens av behandlingen.

Flertallet fremhever videre at Legelistens behandling av subjektive vurderinger kan ha en positiv virkning på legers yrkesutøvelse. Ut fra plasseringen av dette momentet innunder interesseavveiningen, er det rimelig å anta at momentet knytter seg til den nærmere vurderingen av de konkrete personvernulempene.

Slike betraktninger kan hjemles i artikkel 29-gruppens retningslinjer. Det fremkommer i WP217 at «In assessing the impact of the processing, both positive and negative consequences should be taken into account». Ut over de klare personvern fremmende tiltak innført av behandlingsansvarlige, skal også forhold som ellers kan virke formildende på de aktuelle personvernulempene, inkluderes i interesseavveiningen.

Men i likhet med argumentet knyttet legers faglige integritet, er argumentet om positiv virkning på legers yrkesutøvelse også å regne som et samfunnsmessig argument. Ut fra flertallets vurdering, kan det dermed virke som at adgangen og vekten av samfunnsmessige hensyn i bedømmelsen av personvernulempene, bestemmes av hvorvidt hensynene som vektlegges er i den registrertes favør eller ikke. På denne bakgrunn, virker flertallets vektlegging av momentet kunstig, all den tid momentet om faglig integritet ikke tillegges særlig vekt.

Avslutningsvis kan et vises til artikkel 29-gruppens rådføring om at interesseavveiningen ikke må underlegges strenge bånd. Her fremheves at balansetesten må holdes fleksibel og at den reflekterer «both the perspectives of the controller and the data subject, and the dynamic nature of the relevant context.». Gruppen anfører at det vil være uheldig for samtlige aktører dersom balansetesten var gjenstand for forutinntatte og prinsipielle oppfatninger om hvilke

interesser som er berettiget eller hvilke personvernulemper som er verneverdig.⁶⁵ Dette kan tas til inntekt for at konteksten skal tillegges stor vekt i avveiningen. Og dersom det foreligger klare samfunnsmessige hensyn som taler for et særlig vern av den registrerte, burde dette få betydning, selv om dette ikke er interesser som GDPR hovedsakelig er ment å verne.

⁶⁵ WP217 s.51. Avsnittet som refereres til befinner seg under kapittel 4 om «Recomendations» der artikkel 29-gruppen angir forslag til videre utarbeiding av artikkel 7(tidligere artikkel 6.) med fokus på noen sentrale punkter. Dette har imidlertid ingen betydning for vekten av uttalelsene i forbindelse med artikkel 6 i GDPR.

5 Konklusjon

5.1 De innledende kapitlene

Ett av hovedformålene i oppgaven har vært å redegjøre for artikkel 6 nr.1 bokstav f som behandlingsgrunnlag. Denne gjennomgangen inkluderer en generell drøftelse av de sentrale vilkår for lovlig behandling av personopplysninger i tillegg til en mer konsentrert gjennomgang av den nærmere interesseavveiningen i bokstav f. Her har målet vært å gi en generell drøftelse av de sentrale momenter og hvordan disse kan vektes.

Min analyse av GDPR viser at den bærer preg av å være et ungt legislativt rammeverk. Etter GDPR artikkel 1 er formålet med forordningen å sikre forsvarlig behandling av personopplysninger samt å legge forholdene til rette for fri informasjonsfrihet. Artikkel 6 nr.1 bokstav f skal forstås i sammenheng med prinsippene i artikkel 5, som i fellesskap gir et bredt rom for tolkning.⁶⁶ Til dette kan det innvendes at et for åpent spillerom kan bidra til å redusere forutberegneligheten for både den registrerte og den behandlingsansvarlige. Artikkel 29-gruppen fastholder imidlertid at dette var hensikten med utformingen av artikkelen, og at interesseavveiningen ikke skal være bundet av strenge bånd.⁶⁷ En slik tilnærming har formodningen for seg all den tid rettsstilstanden fortsatt er uoversiktlig. I tillegg er behovet for et fleksibelt rammeverk som er egnet til å håndtere uforutsette forhold er fortsatt tilstede. Så lenge internett og andre formidlingsplattformer er under konstant utvikling, vil det stadig måtte skje oppdateringer og justeringer dersom regelverket blir for rigid. En slik tilnærming vil være ressurskrevende, noe som både kan resultere i urimelige avgjørelser, i tillegg til svekket forutberegnelighet for de aktører reglene påvirker.

Videre kan det påpekes at det øvrige rettskildene tilknyttet forordningen har enkelte mangler i sin veiledende funksjon. Fortalen gjengir ofte bare artiklens ordlyd og kan sjelden leses til å angi annet enn visse relevante hensyn en bør ta i betraktning. Retningslinjene er imidlertid mer til hjelp på dette punkt. Manglende praksis vil også være en forklaring på forordningen uoversiktlig.

⁶⁶ Se punkt 2.2 og 2.3

⁶⁷ Se punkt 3.2.4

Et bøtemiddel på dette er at bestemmelsene er gjennomført i forordningsform. Dette innebærer blant annet at reglene skal være likt utformet på tvers av medlemslandene innad i EU- og EØS-samarbeidet.

5.2 Oppgavens problemstilling i lys av Legelisten-saken

Oppgaven hadde videre til formål å diskutere spørsmålet om lege- og helsepersonellyrket må tåle større personvernulemper enn andre. Spørsmålet skulle drøftes i lys av Legelisten-saken fra Personvernemnda.

For å svare på spørsmålet, kan det vises til redegjørelsen av interesseavveiningen etter artikkel 6 nr.1 bokstav f samt analysen av Legelisten-saken. Jeg mener denne gjennomgangen langt på vei kan tas til inntekt for å svare bekreftende på spørsmålet. Her vises blant annet at det for legers vedkommende gjør det seg gjeldende enkelte spesielle forhold som setter denne yrkesgruppen i en utsatt personvernrettslig stilling.

For det første, mener jeg dette vises i flertallets behandling av momentet om «offentlig person». Flertallet unnlater blant annet å vektlegge at ikke alle kapasiteter i legevirke involverer samme grad av offentlig person. I forbindelse med spørsmålet om ytringenes verneverdighet, kan det på bakgrunn av rettspraksis utledes krav om at ytringene knyttet offentlig person må ha en klar relevans for yrkesutøvelsen hos vedkommende som omtales. Når flertallet ikke vurderer den konkrete tannleges virke opp mot de konkrete subjektive vurderingene lagt igjen på Legelisten, kan det vanskelig konstateres med rimelig sikkerhet hvorvidt ytringene faktisk er relevante for yrkesutøvelsen hos den registrerte. Dette utgjør følgelig en klar svakhet i flertallets vurdering.

Det er også av betydning for legers personvern at de ikke kan sies å ha de samme mulighetene til å korrigere feilinformasjon som er publisert om de på ratingsider som Legelisten.no. Dette fordi et eventuelt tilsvarende nødvendigvis innebærer at legen utleverer taushetsbelagt informasjon. På denne bakgrunn mener jeg det bør stilles kvalitative krav til tiltakenes effektivitet og formålstjenlighet i relasjon til behandlingsansvarliges personvern fremmende tiltak. I forlengelsen av dette er det også en svakhet i rettskildene at disse ikke eksplisitt fremhever og autoriserer vektlegging av slike betraktninger i interesseavveiningen. Etter mitt skjønn rammer dette leger og helsepersonell spesielt fordi deres situasjon fortøner seg annerledes enn

andre yrker jf. drøftelse av faglig integritet. Flertallet unnlater også å inkludere denne type betraktninger i sin vurdering, noe som etter mitt skjønn er en åpenbar svakhet.

Videre er et sentralt spørsmål i oppgaven om GDPR kan tas til inntekt for å verne interesser som ikke umiddelbart kan utledes fra den registrerte rettssfære. Problematikken knytter seg til GDPRs rettslige virkeområde i relasjon til mer avledede konsekvenser av de aktuelle personvernulemper. Etter mitt skjønn er det uklart om rettskildene kan leses til å gi støtte for en slik forståelse. Dette må blant annet avveies ut fra formålsbestemmelsen i GDPR.

Samlet sett mener jeg imidlertid det kan argumenteres for at legers spesielle rolle som «portvoktere» av viktige velferdsgoder, bør tillegges vekt i retning av økt personvern innunder interesseavveiningen. Dette fordi legevirke i liten grad baserer seg på å blidgjøre klientene, slik eksempelvis snekkere eller andre anbudsbaserte yrker i stor grad gjør. Fornuftig og faglig begrunnet forvaltning av viktige velferdsgoder er en sentral del av legegjerningen. Og dersom insentivene blir sterke nok og leger premieres med god omtale ut fra hvor pasientvennlige beslutningene deres er, kan dette bidra til at samfunnet i realiteten får et dårligere helsetilbud, til tross for at den tilgjengelige informasjonen om legene begrenses. Når flertallet bemerker at det finnes tilsynsmyndigheter som vil sikre at dårlig legepraksis oppdages og utbedres, kan jeg vanskelig se at dette er et forhold som i realiteten bedrer legenes personvernrettslige stilling. I lys av både den begrensede reservasjonsretten Legelisten tilbyr og den manglende tilsvarsretten, virker det mer nærliggende å forstå dette heller som et forhold som setter leger i en enda mer presset situasjon.

På bakgrunn av denne analysen, kan det etter mitt skjønn argumenteres for at leger og annet helsepersonell utsettes for uforholdsmessig store personvernulemper i lys av interesseavveiningen etter bokstav f. Jeg mener også det kan argumenteres for at verken Personvernnemnda i Legelisten-saken eller de relevante rettskildene kan leses til å ta tilstrekkelig høyde for legers spesielle situasjon.

Imidlertid, er det viktig å være bevist på at analysen kun tar utgangspunkt i én enkelt sak fra Personvernnemnda. Det er sjeldent grunnlag for å generalisere mye ut et så begrenset materiale, og man bør være varsom med å kritisere Personvernnemndas beslutninger all den tid det kan være ulike årsaker for hvorfor Personvernnemnda har besluttet slik de gjør.

5.3 Noen avsluttende tanker

Ettersom ordlyden i artikkel 6 nr.1 bokstav f gir begrenset veiledning rundt de tiltenkte forhold artikkelen omfatter, kan dette være problematisk i forhold til yttergrensene for hvilke argumenter og hensyn bestemmelsen faktisk autoriserer. Noe veiledning kan selvfølgelig leses i formålsbestemmelsen og fortalen, men disse er også svært vide og åpne i sin ordlyd. I forbindelse med leger, kan det som vist over, argumenteres for at problematikken er spesielt aktuell her. I tillegg vil den generelle utformingen svekke forutberegneligheten for behandlingsansvarlige og den registrerte.

Likevel, kan disse betraktningene nyanseres ut fra den konkrete konteksten bestemmelsene er gitt i. Personvern er på ingen måter noe nytt rettsområde som først har dukket opp dette tiåret. Reglene i GDPR kan forstås som et nødvendig produkt av nåtidens teknologiske utvikling. Det må derfor antas at reglene er bevist utformet på en måte som gjør de egnet til å henge med utviklingen videre. Denne oppfatningen støttes også i artikkel 29-gruppens uttalelser, der det fremheves at interesseavveiningen i artikkel 6 nr.1 bokstav f bør forbli fleksible og vid i sin utforming. At bestemmelsen ikke inneholder uttømmende lister av typetilfeller eller kan leses til å posisjonere seg prinsipielt i den ene eller andre retningen, kan derfor forstås som et utslag av denne oppfatningen. Til tross for at dette kan ha uheldige konsekvenser, må det likevel være av vesentlig betydning at lovverket er godt tilpasset den videre utviklingen.

Kildeliste

Norske rettskilder

Lovgivning:

- Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
- Lov 14. april 2000 nr. 3 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) (opphevet).
- Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).
- Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814

Praksis fra Personvernemnda:

- PVN-2015-13 Taxisjåfør-saken
- PVN-2018-14 Legelisten-saken
- PVN-2005-03
- PVN-2007-05

Praksis fra Datatilsynet:

- Datatilsynets vedtak av 08.11.2017, ref. 15/01355-39/TJU

Juridisk litteratur:

- Skullerud, Åste Marie Bergseng (mfl.), Cecilie Rønnevik, Jørgen Skorstad, Marius Engh Pellerud, *Personvernforordningen (GDPR), Kommentartutgave*, Oslo 2018. Universitetsforlaget.
- Bjørnar Borvik, *Personvern og ytringsfridom*, Bergen 2008.
- Fredrik Sejersted mfl. *EØS-rett*, Oslo 2011 3.utg.

Annet

- Notat fra Forbrukerrådet funnet i <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2018/02/20180221-ke-Legelisten-notat.pdf>

Internasjonale rettskilder

Lovgivning og traktater:

- Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Inntatt i lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
- Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA).
- Traktaten om Den europeiske unions virkeområde (TEUV). Treaty on the Functioning of the European Union. 2012/C 326/01.
- Europaparlamentets- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 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 (generell personvernforordning) (GDPR)

- Europaparlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger. (opphevet)
- Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

Personvernforordningens fortale:

- Official Journal of the European Union, L 119, 4.mai 2016.

Rettspraksis fra EU-domstolen:

- Sak C-524/06, Heinz Huber, 2008 ECLI:C:2008:724
- Sak C-345/13, Karen Millen Fashions, 2014 ECLI:C:2014:2013
- Sak C-13/16, Rīgas satiksme, 2017 ECLI:C:2017:336

Rettspraksis fra Menneskerettsdomstolen i Strasbourg:

- *von Hannover v. Germany* (no.2), 2012, saksnummer 40660/08 og 60641/08
- *Minelli v. Switzerland*, 2005, saksnummer 14991/02
- *Radio France and Others v. France*, 2004, saksnummer 53984/00
- *Jerusalem v. Austria*, 2001, saksnummer 26958/95

Article 29 Working Party:

- *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/45/EF*, Adopted on 9 April 2014, WP217
- *Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on «Google Spain and inc v. Agencia Espanol de protection de datos (AEPD) and Mario Costeja Gonzalez» C-131/12*, Adopted on 26 November 2014, WP225
- *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*, Adopted on 28 November 2017, As last Revised and Adopted on 10 April 2018, WP259.
- *Opinion 15/2011 on the Definition of consent*, Adopted on 13 July 2011, WP187

Annet:

- The European Data Protection Supervisor, *Opinion on the Communication from the Commission on "A comprehensive approach on personal data protection in the European Union"*, OJ C 181/01, 22.06.2011