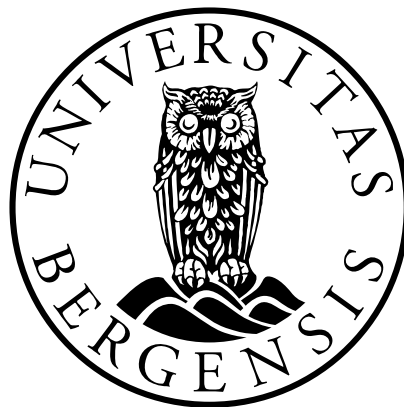


Myndighetsoverføring ved EUs personvernforordning

*EUs nye Databeskyttelsesråd, deres
oppgaver og myndighetsoverføring fra
Norge til EU*

Kandidatnummer: 72

Antall ord: 13134



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01. juni 2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema, problemstilling og aktualitet	3
1.2 Framgangsmåte og metode	4
2 Myndighetsoverføring til Kommisjonen	7
2.1 Innledning	7
2.2 Kommisjonens forskriftskompetanse	7
2.3 Dataoverføring til tredjeland	8
3 «One-stop-shop»-mekanismen og endringer i jurisdiksjon og geografisk virkeområde .	10
3.1 Innledning	10
3.2 Datatilsynets myndighet og personopplysningslovens geografiske virkeområde	10
3.3 Forfatningsrettslige konsekvenser av gjennomføring av «one-stop-shop»-mekanismen	12
4 Sammenhengsmekanismen	15
4.1 Innledning	15
4.2 Begrunnelsen for etableringen av Databeskyttelsesrådet.....	15
4.3 Forfatningsrettslige konsekvenser ved gjennomføring av sammenhengsmekanismen.....	17
5 Databeskyttelsesrådet som mellomstatlig konfliktløsningsorgan	19
5.1 Innledning	19
5.2 Konfliktløsning mellom to EU-stater.....	19
5.3 Konfliktløsning mellom en EFTA-stat og en EU-stat	21
6 Databeskyttelsesrådets oppgaver for harmoniserende tolkning	23
6.1 Innledning	23
6.2 Databeskyttelsesrådets uttalelser om nasjonal databehandling.....	23
6.3 Betydning av Databeskyttelsesrådets uttalelser etter artikkel 64 andre punkt.....	25
7 Databeskyttelsesrådets øvrige oppgaver	28
8 Norsk tilknytning til EU-byråer.....	30
8.1 Innledning	30
8.2 Modellene for myndighetsoverføring til EU-byråer	30
8.3 Modellene for myndighetsoverføring i praksis.....	33
8.4 EUs energibyrå ACER.....	35
8.5 ESA-modellen	36
8.6 Tilknytning til EUs finanstilsynsmyndigheter	38

8.7	Tilknytning til ACER ved EUs tredje energipakke	40
8.8	Har «ESA-modellen» blitt en standard for norsk tilknytning?	41
9	Databeskyttelsesrådet og domstolen	42
9.1	Innledning	42
9.2	Domstolprøving av Databeskyttelsesrådets uttalelser og avgjørelser	42
9.3	Overføring av domsmyndighet ved tilknytning til EU-byråer.....	45
9.4	EFTA-domstolens forhold til underliggende vedtak fattet av EU-byrå	46
9.5	Topilarsystemet og norske foretak og enkeltpersoners mulighet til reell domstolskontroll av vedtak	50
9.6	EFTA-domstolens forhold til EØS-komiteens avgjørelser	51
10	Avslutning.....	52
	Litteraturliste.....	54

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

I mai 2018 trer Europaparlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 (General Data Protection Regulation (GDPR), eller personvernforordningen) i kraft.

Personvernforordningen vil erstatte Direktiv 95/46/EF (personverndirektivet) og følgelig erstatte eller endre den norske gjennomføringen av direktivet som er lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven). Det følger flere materielle endringer av forordningen, men regelverket bygger videre på direktivet og viderefører i stor grad gjeldende norsk rett.¹

Forordningen er EØS-relevant. Arbeidet med å gjennomføre personvernforordningen i EØS-avtalen er i gang og hvis ikke annet fastsettes i forhandlingene vil Norge ha samme gjennomføringsfrist for forordningen som øvrige EU-land.²

Problemstillingen jeg forsøker å besvare i oppgaven er: hvilke forfatningsrettslige problemer kan gjennomføring av EUs nye personvernforordning i EØS-avtalen medføre for Norge og hvordan kan disse løses?

En av de største endringene som skjer ved personvernforordningen er at personvernreglene i EU og EØS vil bli totalharmonisert. Reglene er gitt som en forordning, slik at det vil bli lite rom for nasjonale tilpasninger eller variasjoner.³ Som ledd i harmoniseringen opprettes et nytt EU-byrå, European Data Protection Agency (EDPB eller Databeskyttelsesrådet).

¹ De materielle endringene som følger av den nye lovgivningen er i stor grad behandlet i teorien. Se <https://www.datatilsynet.no/Regelverk/EUs-personvernforordning/hva-betyr/> for en rask oversikt over de viktigste materielle endringene.

² <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2014/aug/forslag-til-personvernforordning/id2433856/>

³ Jiahong Chen redegjør i «How the best-laid plans go awry: the (unsolved) issues of applicable law in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, volum 6 nr. 4 2016 s. 310-323 for hvilke muligheter medlemsstatene har for å skape nasjonale endringer og variasjoner etter personvernforordningen og hvilke konsekvenser dette kan medføre. I artikkelen listes det opp 37 områder hvor forordningen åpner for nasjonale tilpasninger, endringer eller spesifiseringer. Et eksempel på et område som kan skape vesentlige nasjonale forskjeller er at statene kan bestemme hvilke andre sanksjoner enn bøter som skal benyttes og når disse eventuelt skal benyttes.

Databeskyttelsesrådet erstatter dagens Article 29 Working Party (Artikkel 29-gruppen).⁴ Rådet overtar en del av oppgavene til Artikkel 29-gruppen, men vil også få en rekke nye oppgaver. For å kunne utføre disse får Databeskyttelsesrådet langt mer myndighet.

Byrådet får oppgaver og myndighet for å sørge for lik anvendelse av forordningen i hele EU. Dette medfører myndighetsoverføring fra EU-statene til rådet. Disse gjennomgås i kapittel 3 til 7.

Myndighetsoverføringen fra EU-statene tilsier at myndighetsoverføring også må skje fra EFTA-statene. De fleste forfatningsrettslige utfordringene ved gjennomføring av forordningen knytter seg dermed til opprettelsen av Databeskyttelsesrådet og deres myndighet og oppgaver. Hvilken myndighet må Norge overføre som følge av at opprettelsen av byrådet, og hvordan skal denne myndighetsoverføringen skje?

1.2 Framgangsmåte og metode

I oppgavens første del redegjør jeg for oppgavene Databeskyttelsesrådet får som tilsier at myndighetsoverføring må skje og drøfter hvordan disse vil påvirke norske myndigheter, foretak og enkeltpersoner.

I oppgavens andre del redegjør jeg for hvordan myndighet vil overføres fra Norge. Jeg drøfter hvordan norske myndigheter, foretak og enkeltpersoner interesser og rettsikkerhet ivaretas ved myndighetsoverføringen. For å gjøre dette ser jeg på hvordan lignende myndighet tidligere har blitt overført til EU-byråer som EUs finanstilsyn og ACER, drøfter hvordan disse metodene fungerer i praksis og vurderer om de har ivaretatt norske interesser. Som ledd i dette vil jeg se på forholdet mellom Databeskyttelsesrådet og domstolen.

Det ligger en særlig metodisk utfordring i oppgaven ettersom det foreligger lite relevant rettspraksis da myndighetsoverføring til EU-byråer sjeldent kommer opp i rettssystemet. Videre byr ikke tolkningen av forordningen på store metodiske utfordringer siden forordningen ikke har trådt i kraft. Eventuelle praktiske utfordringer

⁴ Fo. 679/2016 fortalen punkt 139 og fo. 679/2016 artikkel 94 andre ledd.

ikke har kommet fram. Det er ikke avklart hvordan forordningen skal gjennomføres i EØS-avtalen og gjennomføringsavtalen kan dermed ikke tolkes.

De metodiske utfordringene i oppgaven knytter seg til tolkning av hvordan Norges øvrige tilknytning til lignende EU-byråer er i teorien og i praksis. Norsk tilknytning er i dag preget av formelle konstruksjoner og utfordringen er hvordan norsk rett skal forholde seg til disse. Rettskildebildet knytter seg til konstitusjonelle grunnprinsipper om norsk statsoppbygning og grenser til rettspolitik.

Som et metodisk grep for å besvare problemstillingen vil jeg benytte et eksempel (heretter kalt eksempelet) for å illustrere hvilken myndighet som overføres og hvilke forfatningsrettslige problemer dette kan skape.

En tysk internettbasert klesbutikk med hovedkontor i Tyskland, har lagd en applikasjon som gjør det lettere for kundene å handle. For at applikasjonen skal oppnå sine formål samler den inn og lagrer personopplysninger om kunden som leveringsinformasjon (navn, nummer, adresse og annen personalia), kredittkortinformasjon og kjøpshistorikk.

Selskapet opererer i flere europeiske land og den samme applikasjonen har blitt lansert i alle landene selskapet leverer klær til. For å spare penger ved driften av applikasjonen, samles alle personopplysningene i en database i Tyskland. Selskapet bruker og analyserer all informasjonen applikasjonen samler inn for å gi individuell markedsføring, sammenligne forbruksmønstre i de forskjellige landene og forsøke å effektivisere driften. Selskapet har opplyst om at informasjonen samles inn og brukes til disse formålene.

Selskapet har en liten nordisk salgs- og brukerstøttegruppe i Norge som har ansvar for salg, administrasjon og brukerstøtte i alle de nordiske landene.

Selskapet har brukt personopplysningene til andre formål enn det er gitt samtykke til, som for eksempel å spore kundene og gi rettede tilbud mot kunder når de er i kjøpesentre. Dette gjør at Datatilsynet ønsker å sanksjonere mot selskapet.

Etter dagens regelverk vil Datatilsynet kunne gripe inn direkte overfor selskapet.⁵ Reglene i personverndirektivet gjør at Datatilsynet mister denne muligheten.⁶ Myndigheten overføres til den tyske tilsynsmyndigheten og det europeiske Databeskyttelsesrådet. Dersom Datatilsynet er uenig med den utenlandske tilsynsmyndighetens håndtering av saken skal Databeskyttelsesrådet fungere som en konfliktløser mellom myndighetene og fatte en bindende avgjørelse i saken.⁷

Problemet med denne løsningen for Norge er at den utenlandske tilsynsmyndigheten vil ha stemmerett i Databeskyttelsesrådet, noe norske myndigheter trolig ikke vil få, og dermed medbestemmelsesrett i å avgjøre klagesaken.⁸ Ved å overføre beslutningsmyndigheten til EU-byrået er det også uavklart hvordan norske rettssubjekter skal oppnå reell domstolkontroll av vedtak som fattes overfor dem.⁹

Eksempelet vil bli brukt for å illustrere Datatilsynets mulighet til å gripe inn mot selskapet etter dagens regler og etter personvernforordningen. Det illustrerer også rollen og oppgavene til Databeskyttelsesrådet.

⁵ Se oppgavens punkt 3.2

⁶ Se oppgavens punkt 3.3

⁷ Se kapittel 5.

⁸ Se kapittel 8.

⁹ Se kapittel 9.

2 Myndighetsoverføring til Kommisjonen

2.1 Innledning

Gjennomføringen av personvernforordningen vil i tillegg til myndighetsoverføringen til Databeskyttelsesrådet innebære myndighetsoverføring til Kommisjonen. Kompetansen som overføres til Kommisjonen knytter seg i hovedsak til en begrenset forskriftskompetanse og regulering av overføring av personopplysninger til tredjeland.

2.2 Kommisjonens forskriftskompetanse

Det første utkastet til forordningen om hvordan konsistensmekanismen skulle fungere i praksis omfattet vide fullmakter til Kommisjonen. Den skulle gi forskrifter og å skape «soft law» i form av standardkontrakter og standard praksis.¹⁰ Datatilsynet stilte seg skeptisk til kompetansen Kommisjonen foreslo å gi seg selv.¹¹ Flere av EUs medlemsstater var også kritiske.¹²

Resultatet av kritikken var et kompromiss der mye av kompetansen ble tatt fra Kommisjonen, omformulert og overført til Databeskyttelsesrådet.¹³ Databeskyttelsesrådet ble godtatt som innehaver av denne kompetansen grunnet byråets sammensetning.

¹⁰ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) – COM/2012/011 final

¹¹ Datatilsynets høringsuttalelse, EU-kommisjonens forslag til nye personvernregler, 4. juli 2012, ref. 12/00398-2/CBR

¹² Orla Lynskey, *The 'Europeanisation' of Data Protection Law*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies (2016) s. 26. Se også fotnote 13.

¹³ Amnon Lehavi mfl., *The Human Right to Privacy and Personal Data Protection: Local-to-Global Governance in the Digital Era* - Preparatory document for LSGL Academic Conference Northwestern Pritzker School of Law, July 19, 2016, s. 8. Se også European Parliament legislative resolution of 12 March 2014 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)) (P7_TA(2014)0212). «Commission» erstattes med EDPB samtidig som språket blir nedtonet fra «criteria, conditions and appropriate safeguards» til «guidelines, recommendations and best practices»

Databeskyttelsesrådet struktureres etter artikkel 68 i forordningen og settes sammen av representanter for lederne for de nasjonale datatilsynene i EU-land. Kommisjonen har deltakerrettigheter i rådet, men ikke stemmerettigheter.¹⁴ Byrået er uavhengig av Kommisjonen og statene er mer komfortable med å overgi suverenitet til et slik EU-byrå, enn direkte til Kommisjonen.¹⁵

Ettersom forskriftskompetansen til Kommisjonen nå er kraftig begrenset, og av en høy teknisk karakter, dekkes ikke eventuell myndighetsoverføring til Kommisjonen videre i oppgaven.

2.3 Dataoverføring til tredjeland

Kommisjonen har etter forordningen også oppgaver i prosessen om hvilke land utenfor EU/EØS som kan motta og behandle personopplysninger innhentet i EU/EØS, såkalte tredjeland.

Kommisjonen skal godkjenne hvilke land personopplysninger kan sendes til.¹⁶ Dersom slik godkjennelse ikke foreligger, kan overføring likevel skje ved bruk av standardkontrakter utarbeidet av Kommisjonen.¹⁷ Kommisjonen har dermed vesentlig kontroll over hvilke stater norske selskaper kan avtale databehandling med, og hvordan dette skal gjøres.

Ordningen er tilnærmet lik den som gjeldender etter personopplysningsloven og personverndirektivet. Kommisjonen bestemmer om et tredjeland har tilstrekkelig vernenivå til å kunne motta personopplysninger.¹⁸ Kommisjonens beslutning gjelder i utgangspunktet også for EFTA-statene.¹⁹

¹⁴ Art. 68 punkt 5.

¹⁵ Se oppgavens punkt 8.2.

¹⁶ Art. 45

¹⁷ Art. 46

¹⁸ Personopplysningsloven § 29 jf. personopplysningsforskriften § 6-1, personverndirektivet art. 25 (6) og EØS-komiteens beslutning nr. 83/1999.

¹⁹ Personopplysningsforskriften § 6-1

Hvis Datatilsynet godkjenner et land, eller godkjenner overføring til et land uten tilstrekkelig vernnivå, skal de rapportere dette til Kommisjonen. Dersom Kommisjonen er uenig og treffer et vedtak, skal Datatilsynet følge Kommisjonens beslutning.²⁰

EFTA-statene har mulighet til å reservere seg mot beslutningene Kommisjonen fatter.²¹ Dersom reservasjonsadgangen benyttes, skal saken behandles av EØS-komiteen for å finne en løsning.²² Schartum og Bygrave (2011) skriver at reservasjonsadgangen aldri har blitt benyttet, og det er lite trolig at den vil bli benyttet.²³ Kommisjonens beslutninger knyttet til overføring av personopplysninger til tredjeland er i realiteten bindende.

Ettersom ordningen etter dagens lovgivning og den som følger av personvernforordningen er tilnærmet lik, drøftes ikke myndighetsoverføringen som finner sted til Kommisjonen ytterligere i denne oppgaven. Ordningen vil trolig bli videreført som den er i dag.

²⁰ Personopplysningsforskriften § 6-2

²¹ Personopplysningsforskriften § 6-2

²² EØS-komiteens beslutning nr. 83/1999 artikkel 2 punkt 5e bokstav b.

²³ Dag Wiese Schartum og Lee Andrew Bygrave *Personvern i Informasjonssamfunnet*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 178 og fotnote 292

3 «One-stop-shop»-mekanismen og endringer i jurisdiksjon og geografisk virkeområde

3.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg bruke eksempelet til å forklare en av de mest vesentlige endringene ved personvernforordningen som har betydning for norsk myndighetsoverføring. Det er endringene i personvernreglens geografiske virkeområde og nasjonale tilsynsmyndigheters jurisdiksjon.

I det følgende sammenligner jeg hvordan geografisk virkeområde og jurisdiksjon er etter dagens regler og reglene i personvernforordningen. Jeg drøfter hvilken myndighet som overføres til Databeskyttelsesrådet og hvordan disse endringene påvirker norske myndigheters kompetanse og jurisdiksjon.

3.2 Datatilsynets myndighet og personopplysningslovens geografiske virkeområde

Dagens regelverk skaper en uklar og uoversiktlig situasjon om jurisdiksjon grunnet det fragmentariske regelverket i Europa. Situasjonen gjør det komplisert for foretak og myndigheter å finne ut hvilke regler som gjelder for databehandlingen. Bing bemerker problemet allerede i 1999.²⁴

Problemet med dagens regelverk kan illustreres ved eksempelet.

Dagens regulering av databehandling er personopplysningsloven. Det geografiske virkeområdet for personopplysningsloven reguleres etter § 4 og loven gjelder for alle firmaer som er etablert i Norge. Datatilsynet vil derfor ha kompetanse til å gripe inn mot selskapet.

²⁴ Jon Bing, "Data protection, jurisdiction and the choice of law", *Privacy Law and Policy Reporter*, 1999, bind 6, s. 92-98

Hadde selskapets nordiske etablering vært i Sverige, og ikke i Norge, ville situasjonen vært annerledes. Etter dagens regelverk ville de svenske reglene komme til anvendelse, ikke personopplysningsloven. Det svenske datatilsynet ville vært ansvarlig, selv for data som blir samlet inn om norske registrerte. Dagens regelverk legger opp til samarbeid mellom de nasjonale tilsynsmyndighetene i et slikt tilfelle.

Dersom det ikke samarbeides mellom de nasjonale tilsynsmyndighetene er det mulig for Datatilsynet å behandle saken personverndirektivet art. 28 (6). Dersom det dreier seg om norske registrerte kan Datatilsynet etter bestemmelsen anvende den nasjonale lovgivningen der firmaet er etablert og håndtere saken selv.

Direktivets oppbygning gjør det mulig for det norske Datatilsynet å gripe inn overfor selskaper som foretar databehandling av registrerte i Norge, uavhengig av hvor selskapet er plassert. Videre vil norske domstoler ha jurisdiksjon i saker hvor den registrerte befinner seg i Norge.²⁵

Dagens system gir Datatilsynet stor kontroll over databehandling som foregår overfor norske registrerte. Men behandlingen må i noen tilfeller reguleres av utenlandske lover.

Situasjonen er komplisert for selskapene. Databehandlingsansvarlige som er etablert i flere land må forholde seg til alle de ulike landenes jurisdiksjoner. Problemene knyttet til dette redegjøres for i forarbeidene til personopplysningsloven.²⁶

«En og samme behandlingsansvarlig kan være etablert i flere land samtidig, f.eks slik at et multinasjonalt selskap har avdelinger i Norge, Danmark og Tyskland. I så fall vil behandlingen av personopplysningene i de ulike landene reguleres av hhv den norske, danske og tyske loven»²⁷

At selskaper måtte forholde seg til alle de forskjellige nasjonale lovene ble avhjulpet ved at reglene lignet hverandre, alle regelsettene er basert på EUs personverndirektiv.

²⁵ Bing (1999) s. 8 og Luganokonvensjonen artikkel 5 og 16.

²⁶ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 104-105.

²⁷ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 104-105.

Men direktivet åpnet for vesentlige nasjonale tilpasninger og forskjellig håndhevelse av reglene. En av hovedgrunnene for forordningen er å rydde opp i situasjonen og forskjellene i håndhevelse som oppstod for nasjonale tilsynsmyndigheter, registrerte og databehandlere og behandlingsansvarlige.²⁸

3.3 Forfatningsrettslige konsekvenser av gjennomføring av «one-stop-shop»-mekanismen

«One-stop-shop»-mekanismen innføres som virkemiddel for å klargjøre dagens situasjon om jurisdiksjon og geografisk virkeområde.

I det følgende vil jeg redegjøre for hva «One-stop-shop»-mekanismen er, hvordan den vil fungere og hvilke konsekvenser endringen innebærer for norske myndigheter, foretak og enkeltpersoner.

Mekanismen er at databehandlere og enkeltpersoner kun trenger å forholde seg til én ledende nasjonal tilsynsmyndighet. Den «ledende tilsynsmyndighet» vil være det nasjonale datatilsynet til landet der databehandleren eller databehandlingsansvarlig har sin hovedvirksomhet eller eneste etablering. Tilsynsmyndigheten får hovedansvaret for å påse at behandlingen skjer etter reglene.²⁹

Hovedvirksomheten til et selskap regnes som det stedet i EU der den sentrale administrasjonen ligger, eller der beslutninger om formål, hjelpemidler og iverksetting av databehandling skjer.³⁰

Endringen skal gjøre det enklere for foretak og enkeltpersoner å vite hvilken tilsynsmyndighet og hvilke regler de skal forholde seg til. Mekanismen skal også gjøre det enklere for tilsynsmyndighetene å bestemme hvilke saker de har jurisdiksjon i og hvilket regelverk som skal anvendes.

²⁸ Commission Staff Working paper Impact Assessment (dokument 52012SC0072) punkt 3.2. Som Chen (2016) bemerker åpner også personvernforordningen for flere nasjonale tilpasninger og gir rom for forskjellig håndhevelse av regelverket. Det er derfor uklart om forordningen er egnet til å nå målet om likt regelverk og lik håndhevelse i hele EU/EØS.

²⁹ Art. 56 punkt 1

³⁰ Art. 4 avsnitt 16

For situasjonen i eksempelet medfører endringen at det tyske datatilsynet vil ha ansvaret for databehandlingen som skjer av norske registrerte, uavhengig om selskapets nordiske etablering ligger i Norge eller Sverige. Det norske datatilsynet sin mulighet til å gripe inn overfor databehandlingen til det tyske selskapet vil bli kraftig redusert.

Dette medfører at det tyske datatilsynet vil bli klageinstans for norske registrerte som mener databehandlingen av deres personopplysninger er rettstridig, eller som ønsker sletting eller retting av opplysningene. Klagen mottas etter reglene av det norske Datatilsynet, men det er det tyske tilsynet som vil fatte beslutningen om klagen skal tas til følge eller ikke.

Det norske Datatilsynet, og de nasjonale datatilsynene til de øvrige personene som blir berørt av databehandlingen, men som ikke befinner seg i landet der databehandleren eller databehandlingsansvarlig har sin hovedvirksomhet, betegnes som «berørte tilsynsmyndigheter».³¹ Et datatilsyn vil også betegnes som berørt dersom det har mottatt en klage.

Forordningen legger opp til et samarbeid mellom ledende tilsynsmyndighet og de berørte tilsynsmyndighetene etter artikkel 60. Etter regelverket skal de berørte tilsynsmyndighetenes meninger innhentes og tas med i vurderingen, men avgjørelsen fattes av den ledende tilsynsmyndigheten. Samarbeidsordningen minner om samarbeidsordningen som gjelder for grenseoverskridende behandling etter dagens regelverk.

Den nye strukturen for behandling av grenseoverskridende behandling får to materielle negative konsekvenser for norske rettssubjekter. Datatilsynet får gripe inn overfor færre databehandlere og behandlingsansvarlige. Datatilsynet har ikke mulighet til å agere overfor databehandlere og behandlingsansvarlige som er etablert i Norge og som utfører grenseoverskridende behandling, med mindre den norske etableringen er selskapets hovedetablering. Overgangen i tilsynsmyndighetens jurisdiksjon fra «etablert» til «hovedetablering» minsker Datatilsynets kontroll over databehandling av norske registrerte.

³¹ Art. 4 avsnitt 22

Videre videreføres ikke ordningen som fulgte av personverndirektivets artikkel 28 (6) i forordningen. Konsekvensen av dette er at Datatilsynet mister muligheten til å gripe inn overfor selskaper som driver databehandling av personer i Norge, men som ikke er etablert i landet.

Regelendringene vil på noen punkter være en forsterkning av norske registrertes beskyttelse. Primært vil behandlingssubjektenes beskyttelse styrkes i situasjonen der databehandleren, eller den databehandlingsansvarlige, ikke er etablert i Norge. Ettersom de nye personvernreglene er gitt som en forordning, vil regelverket til landet som regulerer prosesseringen av opplysningene til det norske behandlingssubjektet være det samme regelverket som i Norge. Der det tidligere kunne være forskjell i regelverkene, vil det nå kun være forskjell i tilsynsmyndighetens behandling.

Regelendringene vil også gjøre det enklere for norske databehandlere som foretar grenseoverskridende databehandling ettersom de nå kun trenger å forholde seg til det norske Datatilsynet og den norske loven som gjennomfører personvernforordningen.

4 Sammenhengsmekanismen

4.1 Innledning

Regelendringen markert ved eksempelet over viser «one-stop-shop»-mekanismen og en vesentlig innsnevring av nasjonale tilsynsmyndigheter sin kompetanse og jurisdiksjon. I dette kapittelet vil jeg redegjøre for hvorfor denne innsnevringen skjer, hvordan dette myndighetstapet kompenseres for og hvordan dette vil påvirke norske tilsynsmyndigheter sin kompetanse.

4.2 Begrunnelsen for etableringen av Databeskyttelsesrådet

Databeskyttelsesrådet etableres for at alle mekanismene for å avhjelpe de nasjonale tilsynsmyndighetene sitt tap av direkte kontroll fungerer som de skal og for at tapet av myndighet kompenseres for. I det følgende vil jeg redegjøre for begrunnelsen for etableringen av Databeskyttelsesrådet, og en oversikt over de viktigste oppgavene rådet vil ha som får konsekvenser for myndighetsoverføring.

Et av problemene som ble identifisert ved personverndirektivet var at reglene inneholdt mange vide formuleringer. Dette ga opphav til et uønsket stort spenn i de nasjonale lovverkene.³² Reglene er nå gitt som en forordning. Like regler skal sørge for like god beskyttelse uavhengig av hvilken nasjonal tilsynsmyndighet som har jurisdiksjon til å håndtere saken.³³

Videre er det blitt gitt strengere og klarere regler for samarbeid mellom de nasjonale tilsynsmyndighetene. Som redegjort for under kapittel 3 var samarbeid utgangspunktet for håndtering av grenseoverskridende behandling etter personverndirektivet. Denne reguleringen ble, av blant andre de nasjonale

³² Commission Staff Working paper Impact Assessment (dokument 52012SC0072) punkt 3.2 bokstav a.

³³ Fortalen punkt 13, Commission Staff Working paper Impact Assessment (dokument 52012SC0072) punkt 3.2 og Commission staff Working Paper Executive Summary of the Impact Assessment (document 52012SC0073) Punkt 6.2. Punktet omhandler "policy option 2" som er alternativet som her ble fulgt i den endelige forordningen. Fordelene bemerkes også i David Wright og Paul De Hert, *Enforcing Privacy: Regulatory, Legal and Technological Approaches*, 2016 s. 44

tilsynsmyndighetene, betegnet som lite effektiv. Et problem som ofte oppstod var at det ble fattet motstridende beslutninger om samme databehandling i forskjellige land.³⁴

Forskjellene i regelverk, praktisering av regelverk, ressurser og kompetanse hos de nasjonale tilsynsmyndighetene, sammen med en uoversiktlig situasjon, gjorde det også vanskelig for behandlingssubjektene å håndheve rettighetene sine.

Etter forordningens kapittel VII seksjon 1 stilles det krav til samarbeid mellom tilsynsmyndighetene og krav til når og hvordan involvering av berørte tilsynsmyndigheter skal skje. Dette er et ledd i sammenhengsmekanismen, som sammen med harmoniseringen av regelverket, er et forsøk på å bedre situasjonen. Databeskyttelsesrådet er et viktig ledd i mekanismen.

Rådet skal sørge for at regelverket tolkes og håndheves likt i alle medlemslandene. Eksempelet over viser at de nasjonale tilsynsmyndighetene i noen tilfeller mister direkte kontroll over tilsyn av databehandling i sin jurisdiksjon.³⁵ Orla Lynskey bemerker i sin artikkel "The 'Europeanisation' of Data Protection Law" at hensikten med forordningen er å ta kompetanse vekk fra de nasjonale tilsynsmyndighetene og å «eurofisere» personvernet.

Som nevnt over skal Databeskyttelsesrådet settes sammen av representanter for de nasjonale tilsynsmyndighetene for medlemslandene i Europa.³⁶ Statene beholder dermed noe kontroll over myndigheten som flyttes fra de nasjonale tilsynsmyndighetene til Databeskyttelsesrådet.

Databeskyttelsesrådet er klageinstans for de nasjonale tilsynsmyndighetene dersom de ikke kan enes om en behandling etter samarbeidsprinsippene i artikkel 60, 61 og 62.³⁷ Videre gis rådet mulighet til å styre databehandling ved sin kompetanse til å lage standardkontrakter, godkjenne grenseoverskridende praksis og ved å gi

³⁴ Commission Staff Working paper Impact Assessment (dokument 52012SC0072) punkt 3.2 bokstav b.

³⁵ Det er viktig å bemerke at forordningen styrker handlekraften til de nasjonale tilsynsmyndighetene, selv om deres jurisdiksjon innskrenkes. Nasjonale tilsynsmyndigheter gis blant annet muligheten til å bøtelegge foretak etter artikkel. 83.

³⁶ Art. 68

³⁷ Art. 65, se kapittel 5.

retningslinjer for nasjonale tilsynsmyndigheter.³⁸ Databeskyttelsesrådet besitter en nøkkelrolle for å få systemet med «sammenhengsmekanismen» og «one-stop-shop»-mekanismen til å fungere som tenkt i forordningen.³⁹

Databeskyttelsesrådets mulighet til å prøve vedtak fattet av nasjonale myndigheter skal også fungere som et sikkerhetsnett for eventuelle svakheter i vedtak fattet av ressursvake nasjonale tilsynsmyndigheter.

4.3 Forfatningsrettslige konsekvenser ved gjennomføring av sammenhengsmekanismen

Sammenhengsmekanismen skaper en problematisk situasjon for Norge. Forhandlingene om gjennomføring av personvernforordningen er ikke avsluttet⁴⁰ og det er uavklart hvordan Norges forhold til Databeskyttelsesrådet blir. Resultatet av norsk tiltreden til personvernforordningen blir trolig at Datatilsynet får begrenset sin kompetanse på lik linje som de øvrige europeiske tilsynsmyndighetene, uten å få kompensasjon i form av stemmerett i Databeskyttelsesrådet.

Problemstillingen er kjent for norske myndigheter. I sin høringsuttalelse skriver Datatilsynet:

«Datatilsynet mener et fullverdig norsk medlemskap i European Data Protection Board, må være et ufravikelig krav fra norske myndigheter for å kunne implementere det nye regelverket».⁴¹

Regjeringen har i sitt posisjonsnotat for gjennomføringen av forordningen i EØS-avtalen uttalt at de arbeider for å sikre fulle deltakerrettigheter i Databeskyttelsesrådet.⁴²

³⁸ Blant annet art. 64. Se kapittel 6.

³⁹ Orla Lysnkey, *The Foundation of EU Data Protection Law*, Oxford University Press 2015 s. 68 flg.

⁴⁰ I skrivende stund våren 2017

⁴¹ Datatilsynets høringsuttalelse, EU-kommisjonens forslag til nye personvernregler, 4. juli 2012, ref. 12/00398-2/CBR

⁴² <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2014/avg/forslag-til-personvernforordning/id2433856/>

Ved tilknytning til EU-byråer med lignende myndighet som Databeskyttelsesrådet har norske myndigheter fått deltakerrettigheter, men ikke stemmerett.⁴³ Norske myndigheter har i dag slik tilknytning til artikkel 29-gruppen, Databeskyttelsesrådets forgjenger. Blir dette videreført vil tilknytningen norske myndigheter får til Databeskyttelsesrådet bli deltakerrettigheter uten stemmerett.

Ved å bruke eksempelet kan det problematiske i denne situasjonen illustreres godt. I eksempelet har en tysk databehandlingsansvarlig sin hovedetablering i Tyskland og en delvis etablering i Norge. Etter de nye reglene vil den tyske tilsynsmyndigheten bli ledende tilsynsmyndighet. De vil ha overordnet styring over hvordan kontrollen med selskapets databehandling skal foregå. Dersom en norsk innbygger klager til Datatilsynet på behandlingen, skal klagen videreformidles til den tyske myndigheten som skal behandle den. Hvis det norske Datatilsynet hevder deres mening om tyske myndigheters behandling av saken ikke blir hørt, kan saken klages inn for Databeskyttelsesrådet. Rådet vil fatte en bindende avgjørelse i saken tilsynsmyndighetene er uenige om. I Databeskyttelsesrådet vil den tyske myndigheten være representert og ha stemmerett til å avgjøre spørsmålet. Det norske Datatilsynet vil trolig ikke ha stemmerett.

I de følgende kapitlene redegjør jeg for hvilke oppgaver og myndighet Databeskyttelsesrådet får for å sikre sammenheng og hvordan disse skal fungere i praksis, før jeg drøfter hvordan dette vil bli overfor norsk tilknytning.

⁴³ Eksempelvis ved norsk tilknytning til Den europeiske banktilsynsmyndigheten (EBA), Den europeiske tilsynsmyndigheten for forsikring og tjenestepensjon (EIOPA) og Den europeiske verdipapir- og markedstilsynsmyndigheten (ESMA) (samlet betegnet som «EUs finanstilsyn»), Sammenslutning av europeiske tilsynsmyndigheter for elektronisk kommunikasjon (BEREC) og Byrådet for samarbeid mellom reguleringsmyndigheter for energi (heretter «ACER»).

5 Databeskyttelsesrådet som mellomstatlig konfliktløsningsorgan

5.1 Innledning

Som ledd i sammenhengsmekanismen følger en av Databeskyttelsesrådets viktigste oppgaver for å sikre sammenheng av artikkel 65 i den nye forordningen. Etter bokstav a skal Databeskyttelsesrådet fatte bindende avgjørelser i tilfeller der det er oppstått en uenighet mellom nasjonale tilsynsmyndigheter.⁴⁴ Muligheten til å handle som konfliktløsningsorgan medfører en vesentlig myndighetsoverføring fra nasjonalt til overnasjonalt plan for EUs medlemsstater. I det følgende drøftes det hvilken makt Databeskyttelsesrådet får som følge av oppgaven, og hvilke forfatningsrettslige konsekvenser dette vil få ved norsk gjennomføring av direktivet.

5.2 Konfliktløsning mellom to EU-stater

Oppgaven som konfliktløser skiller Databeskyttelsesrådet fra dagens Artikkel 29-gruppen. Artikkel 29-gruppen grep ikke direkte inn i enkeltsaker slik Databeskyttelsesrådet får mulighet til å gjøre. For at Databeskyttelsesrådet skal gripe inn i en enkeltsak må vilkårene i artikkel 65 være oppfylt. Muligheten er ikke universell.

Databeskyttelsesrådet kan komme med en bindende uttalelse hvis en berørt tilsynsmyndighet i en sak etter artikkel 60 kommer med en relevant og begrunnet innsigelse mot et utkast til en avgjørelse fra den ledende tilsynsmyndigheten, eller den ledende myndigheten avslår en innsigelse som irrelevant og/eller ubegrunnet.

Denne ordningen gjør at de berørte tilsynsmyndighetene får mulighet til direkte å påvirke utfallet av saken. Dermed kompenseres ordningen for tilsynsmyndighetenes tap av direkte kontroll.

⁴⁴ Regelen omfatter tre tilfeller. De to andre er at Databeskyttelsesrådet etter bokstav b kan avgjøre hvilket av de berørte tilsynsmyndighetene som er ledende tilsynsmyndighet, og etter bokstav c kan komme med en bindende avgjørelse dersom en tilsynsmyndighet ikke har bedt om, eller følger, Databeskyttelsesrådets uttalelse i saker som nevnt i artikkel 64 punkt 1. Se kapittel 6.

Ordningen gjør også at Databeskyttelsesrådet vil få mulighet til å avgjøre saker med direkte virkning overfor foretak og enkeltpersoner. Databeskyttelsesrådets bindende avgjørelser rettes formelt kun mot den nasjonale tilsynsmyndigheten. Den nasjonale tilsynsmyndigheten fatter så et vedtak overfor foretaket eller enkeltpersonen basert på Databeskyttelsesrådets vedtak. Siden avgjørelsen er bindende for den nasjonale tilsynsmyndigheten vil den ikke ha kontroll over vedtaket som fattes overfor det private foretaket eller personen.⁴⁵ Databeskyttelsesrådet fatter derfor i realiteten et vedtak med direkte virkning overfor rettssubjekter.⁴⁶

Bindende avgjørelser som skal fattes for å løse tvister mellom nasjonale tilsynsmyndigheter etter artikkel 65 må fattes med to tredjedelers flertall. Dette kravet senkes til simpelt flertall dersom Databeskyttelsesrådet ikke klarer å fatte en avgjørelse med to tredjedelers flertall innen satte frister.⁴⁷

De nasjonale tilsynsmyndighetene vil ha muligheten til å anke Databeskyttelsesrådet sine avgjørelser inn for EU-domstolen etter artikkel 263 i TFEU. Denne muligheten reparerer ytterligere taper av direkte kontroll.⁴⁸

Databeskyttelsesrådet opprettes som et organ for å gjøre den ønskede effektiviseringen av personvernbeskyttelsen i EU mulig. Databeskyttelsesrådet skal sørge for lik anvendelse av regelverket og veie opp for kompetansen som tas fra de nasjonale tilsynsmyndighetene og dermed løse jurisdiksjonsproblemene.

Samlet skal endringene i regelverket og oppgavene til Databeskyttelsesrådet gi bedre beskyttelse for de registrerte. I tillegg skal det bli enklere for selskaper å drifte effektiv grenseoverskridende databehandling, ved å gjøre det enklere for både selskaper og tilsynsmyndigheter å forholde seg til regelverket.⁴⁹

⁴⁵ Art. 65 punkt 6 og Hielke Hijmans, *The European Union as Guardian of Internet Privacy: The Story of Art 16 TFEU*, 2016 s. 435 og 436.

⁴⁶ Siden Databeskyttelsesrådet sitt vedtak i realiteten gjelder direkte overfor rettssubjektet, og den nasjonale tilsynsmyndigheten har liten mulighet til å motsette seg en bindende avgjørelse, minner kopivedtaksordningen mellom EU-byråer og EFTAs overvåkningsorgan. Se kapittel 8.

⁴⁷ Art. 65 punkt 2 og 3.

⁴⁸ Se kapittel 9.

⁴⁹ <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/03/13-data-protection-council-agrees-general-principles-and-one-stop-shop-mechanism/>

5.3 Konfliktløsning mellom en EFTA-stat og en EU-stat

Databeskyttelsesrådets myndighet til å være konfliktløsningsorgan mellom nasjonale tilsynsmyndigheter skaper et særlig problem der en tilsynsmyndighet fra en EFTA-stat er uenig med en tilsynsmyndighet fra en EU-stat. Grunnet topilarsystemet⁵⁰ vil ikke Databeskyttelsesrådet kunne fatte en bindende avgjørelse overfor det norske Datatilsynet med mindre Datatilsynet har stemmerett i Databeskyttelsesrådet.⁵¹ Databeskyttelsesrådet vil dermed ikke kunne avgjøre en konflikt mellom en tilsynsmyndighet fra en EU-stat og en fra en EFTA-stat på grunn av manglende kompetanse.

Ved gjennomføring av EUs tredje energipakke i EØS-avtalen, og tilknytning til EU-byrået ACER, knytter Norge til seg et EU-byrå med oppgaver som mellomnasjonalt konfliktløsningsorgan tilsvarende Databeskyttelsesrådet. Tilknytningsmodellen som ble valgt er tilnærmet lik den som ble lansert for norsk tilknytning til EUs finanstillsynspakke.⁵²

Ved gjennomføringen blir problemet med ACERs manglende kompetanse til å binde Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) omgått ved at ACER fatter en beslutning overfor myndigheten fra EU-staten og at EFTAs overvåkningsorgan ESA fatter en bindende avgjørelse overfor NVE. EFTAs overvåkningsorgan sin avgjørelse baserer seg på et utkast skrevet av ACER, et såkalt kopivedtak.⁵³

⁵⁰ Se punkt 9.5.

⁵¹ I st.prp. 100 (1991-1992) s. 344-345 gis det uttrykk for at det i «tilsluttet» i Grunnlovens § 93 (nå § 115) ligger et krav om medlemskap til organer Norge kan overføre suverenitet til. Norge er ikke medlem av EU og kan derfor ikke overføre myndighet til EU-byråer som Databeskyttelsesrådet. Holmøyvik gir i «Grunnlova og avtalene med EU: Pragmatismens siger, det konstitusjonelle demokratiets tap» i *Det norske paradoks – Om Norges forhold til den europeiske union*, Oslo 2014, s. 42-74 (fotnote 18) uttrykk for at unntak kan «tenkast dersom Norge utan å vere formelt medlem er representert og deltek i EU-organet på lik linje med medlemmene». For suverenitetsavståelse til Databeskyttelsesrådet vil dette innebære stemmerett.

⁵² EØS-komiteens avgjørelser nr. 198/2016 til 206/2016. Se kapittel 8 for en nærmere gjennomgang.

⁵³ Se eksempelvis EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 artikkel 1 punkt 1 bokstav b romertall (i) – (vi)

Ordringen gjør at Norge formelt ikke avgir myndighet til EU-byrået, men den har en rekke problematiske sider ettersom EFTAs overvåkningsorgan mangler reell kontroll over vedtaket og det er usikkert om reell domstolskontroll av vedtakets gyldighet kan oppnås av EFTA-borgere.⁵⁴

⁵⁴ Se kapitlene 8 og 9 for en gjennomgang av ordningen og de problematiske sidene ved denne.

6 Databeskyttelsesrådets oppgaver for harmoniserende tolkning

6.1 Innledning

I tillegg til myndighetsoverføringen som skjer etter artikkel 65 ved Databeskyttelsesrådet sin rolle som konfliktløsningsorgan, vil rådet få myndighet gjennom sin mulighet til å gi uttalelser og godkjenne standardkontrakter og praksis. I det følgende vil jeg drøfte hvordan disse oppgavene vil utspille seg og hvilken myndighetsoverføring dette vil medføre.

6.2 Databeskyttelsesrådets uttalelser om nasjonal databehandling

Kompetansen til å gi uttalelser og å godkjenne standarder følger primært av artikkel 64.⁵⁵ Dersom nasjonale tilsynsmyndigheter skal utarbeide en liste over relevante behandlingsaktiviteter som krever konsekvensanalyse,⁵⁶ godkjenne en «code of conduct» som omfatter behandling i flere medlemsstater,⁵⁷ bestemme eller godkjenne standard kontraktklausuler for dataoverføring til tredjeland⁵⁸ eller skal godkjenne bindende virksomhetsregler⁵⁹ må de innhente en uttalelse fra Databeskyttelsesrådet.

Flere av oppgavene som følger av artikkel 64 gir i realiteten Databeskyttelsesrådet kompetanse til å fatte vedtak med direkte virkning overfor foretak. Databeskyttelsesrådet sin avgjørelse fattes kun overfor den nasjonale

⁵⁵ I tidlige utkast av forordningen lå mye av denne kompetansen hos Kommisjonen, og en del av den var strukturert som forskriftskompetanse. Grunnet motstand fra flere av EU-statene til den vidtspennende overnasjonale myndigheten dette ga til Kommisjonen, ble oppgavene flyttet over til Databeskyttelsesrådet. Se oppgavens kapittel 2.

⁵⁶ Art. 64 bokstav a

⁵⁷ Art. 64 bokstav b

⁵⁸ Art. 64 bokstav d og e.

⁵⁹ Art. 64 bokstav f

tilsynsmyndigheten, men denne har liten mulighet til å motsette seg Databeskyttelsesrådets vedtak.⁶⁰

Hvis Databeskyttelsesrådet gir en uttalelse om et tema skal den nasjonale myndigheten ta «videst mulig hensyn» til denne. Dersom den nasjonale tilsynsmyndigheten ikke følger Databeskyttelsesrådet sin uttalelse, kan rådet fatte en bindende avgjørelse i saken etter artikkel 65.⁶¹

Et eksempel på dette er at Databeskyttelsesrådet skal uttale seg om godkjenning av et foretaks bindende virksomhetsregler. Uttalelsen vil kun få virkning overfor det enkelte foretaket. Den nasjonale tilsynsmyndigheten har i realiteten liten mulighet til å gjøre noe med vedtaket ettersom Databeskyttelsesrådet kan gjøre uttalelsen om til en bindende avgjørelse.⁶²

Felles for de fleste typene vedtak som er underlagt uttalelser fra Databeskyttelsesrådet er at de får eller kan få innvirkning på databehandling som skjer i flere stater eller på grenseoverskridende behandling. Databeskyttelsesrådet er gitt kompetanse til å komme med uttalelser i disse tilfellene for å sørge for lik anvendelse i alle medlemsstatene og for å kompensere for de nasjonale tilsynsmyndighetenes tap av direkte myndighet over eget territorium. Kompetansen er ansett som nødvendig å gi til Databeskyttelsesrådet for at de nye kravene til samarbeid, sammenhengsmekanismen og «one stop shop»-mekanismen fungerer som tenkt etter det nye regelverket.⁶³

Men Databeskyttelsesrådet gis også kompetanse til å uttale seg om vedtak som kun gjelder innad i jurisdiksjonen til den nasjonale tilsynsmyndigheten. Dette gjelder tilsynsmyndighetens liste over behandlingsaktiviteter som krever konsekvensanalyse.⁶⁴

⁶⁰ Se punkt 9.2

⁶¹ Art. 64 punkt 7 og 8, art. 65 bokstav c og Hijmans (2016) s. 411.

⁶² Bestemmelsenes ordlyd som tilsier at Databeskyttelsesrådet kun fatter vedtak overfor nasjonale tilsynsmyndigheter er derfor noe kunstig og misvisende. Siden Databeskyttelsesrådets avgjørelser kan få direkte betydning overfor private foretak, har disse fått mulighet til direkte å prøve Databeskyttelsesrådets vedtak ved EU-domstolen. Se fortalens avsnitt 143 og oppgavens kapittel 9 for en nærmere drøftelse.

⁶³ Fortalen punkt 135 og 136.

⁶⁴ Art. 64 bokstav a

6.3 Betydning av Databeskyttelsesrådets uttalelser etter artikkel 64 andre punkt

Databeskyttelsesrådet sin kompetanse til å gi uttalelser utvides ved artikkel 64 andre punkt. Det er uklart hvilken rettslig betydning det får at Databeskyttelsesrådet gir en uttalelse etter bestemmelsen. Hvilken rettslig betydning uttalelsene får har betydning for om og hvilken eventuell myndighet som overføres fra norske myndigheter ved gjennomføring av personverndirektivet.

Etter artikkel 64 andre punkt kan enhver tilsynsmyndighet, Databeskyttelsesrådet eller Kommisjonen kreve at:

«ethvert almenngyldigt spørsmål eller ethvert spørsmål, der har virkninger i mere end én medlemsstat, drøftes af Databeskyttelsesrådet med henblik på en udtalelse, navnlig hvis en kompetent tilsynsmyndighed ikke opfylder forpligtelserne vedrørende gensidig bistand, jf. artikel 61, eller vedrørende fælles aktiviteter, jf. artikel 62».

Slik ordlyden i bestemmelsen er formulert får Databeskyttelsesrådet vid mulighet til å gi uttalelser. «Ethvert allmenngyldig spørsmål» eller «any matter of general application» er en vid formulering som gir lite veiledning til hvilke begrensninger som ligger i Databeskyttelsesrådet sin kompetanse til å gi uttalelser i etter artikkelen. Hvilken myndighet som eventuelt overføres til Databeskyttelsesrådet er derfor usikker.

Bestemmelsen gir potensielt Databeskyttelsesrådet mulighet til å uttale seg i enkeltsaker som nasjonale tilsynsmyndigheter behandler, dersom de finner at det er et «allmenngyldig spørsmål».

Fortalen gir lite veiledning for hvor langt Databeskyttelsesrådet sin kompetanse rekker etter bestemmelsen. Etter avsnitt 135 og 136, som omhandler Databeskyttelsesrådet sin rett til å gi uttalelser og bindende avgjørelser, følger det kun at simpelt flertall er tilstrekkelig for å gi en uttalelse og at de uttalelsene er en del av sammenhengsmekanismen.

At bestemmelsen gjelder uttalelser som et ledd i sammenhengsmekanismen gir lite veiledning. Som drøftet over skal sammenhengsmekanismen skape lik tolkning og anvendelse av forordningen i alle statene den har anvendelse.⁶⁵ Den eneste skranken for anvendelse av artikkel 64 andre punkt som følger av dette, er at spørsmålet Databeskyttelsesrådet skal uttale seg om har mulighet til å få innvirkning på anvendelsen av forordningen i flere stater eller for personer i flere stater.

Denne begrensningen kan også leses ut av ordlyden «allmenngyldig spørsmål» og eksemplifiseringen av vedtakstyper som følger av punktets siste ledd.

Fortalens veiledning for hensikten og formålet med uttalelser og den vide ordlyden i bestemmelsen, taler dermed for at myndigheten etter bestemmelsen kan omfatte nasjonale enkeltvedtak. Dette gjelder dersom Databeskyttelsesrådet finner at vedtaket kan få implikasjoner for anvendelsen av forordningen i andre stater, eller for databehandling som omfatter personer i flere stater. Slike implikasjoner kan tenkes å omfatte praksis eller tolkning av forordningens bestemmelser.

Diskusjonen rundt Databeskyttelsesrådet sin kompetanse til å uttale seg knytter seg, på lik linje som fortalen og forarbeidene, til Databeskyttelsesrådet sin kompetanse etter artikkel 64 første ledd bokstav a-f. Hvilken myndighet som gis til Databeskyttelsesrådet etter artikkel 64 andre ledd er derfor uklar utover begrensningene som er bemerket over. Dette skaper et usikkerhetsmoment i hvilken myndighet som eventuelt overdras fra Norge ved implementering av forordningen i EØS-avtalen. Dette burde avklares i EØS-komiteens avtaleforslag.

Et annet usikkerhetsmoment som knytter seg til hvilken kompetanse Databeskyttelsesrådet får etter artikkel 64 andre ledd er betydning av at Databeskyttelsesrådet gir en uttalelse.

Som drøftet over skal de nasjonale tilsynsmyndighetene ta størst mulig hensyn til Databeskyttelsesrådet sine uttalelser som gis etter artikkel 64 første ledd da disse kan bli gjort bindende etter prosessen i artikkel 65 dersom de ikke følges.⁶⁶ Bestemmelsene gjelder kun for uttalelser gitt i kraft av artikkel 64 første ledd. Tilsvarende bestemmelser finnes ikke for 64 andre ledd.

⁶⁵ Se kapittel 4.

⁶⁶ Art. 64 punkt 7 og 8.

Hvilken betydning en uttalelse etter artikkel 64 andre ledd har er ikke regulert i forordningen. Spørsmålet er heller ikke drøftet i fortalen eller i forarbeidene til bestemmelsen.

Uavhengig av hvilken selvstendig betydning Databeskyttelsesrådet sin uttalelse får, skal den legges til grunn ved prøving av vedtak ved nasjonale domstoler på lik linje som en bindende avgjørelse.⁶⁷ Dette gjelder også for uttalelser etter artikkel 64 første ledd.

Hielke Hijmans gir i sin bok «The European Union as Guardian of Internet Privacy: The Story of Art 16 TFEU»⁶⁸ uttrykk for at uttalelsenes sterke vekt gjør at de omfattes av begrepet «avgjørelse» etter TFEU art. 263. Dermed vil de kunne angripes i og prøves av EU-domstolen.⁶⁹

De fleste av Databeskyttelsesrådet sine uttalelser i saker etter artikkel 64 kan bli omgjort til bindende vedtak dersom de nasjonale tilsynsmyndighetene ikke følger dem. Videre kan ingen av uttalelsene overprøves av nasjonale domstoler, kun av EU-domstolen.

Uttalelsene til Databeskyttelsesrådet har i realiteten stor betydning, og artikkel 64 andre ledd gir i utgangspunktet Databeskyttelsesrådet en vid mulighet til å uttale seg om et stort spekter av saker. Grunnet den vide formuleringen og den manglende drøftelsen av bestemmelsen i forordningens forarbeider, er det uklart hvilken myndighet som vil bli overført til Databeskyttelsesrådet ved gjennomføring av forordningen i EØS-avtalen. Slik bestemmelsen er utformet i dag gis Databeskyttelsesrådet potensielt kompetanse til å gripe direkte inn i enkeltsaker overfor foretak eller privatpersoner.

⁶⁷ Art. 78 jf. fortalen punkt 143. Se oppgavens kapittel 9.

⁶⁸ Hijmans (2016) S. 435.

⁶⁹ Se kapittel 9.

7 Databeskyttelsesrådets øvrige oppgaver

I tillegg til oppgavene etter artikkel 65 og muligheten til å godkjenne praksis etter 64, har Databeskyttelsesrådet i oppgave å lage retningslinjer, henstillinger og beste praksis på en rekke områder. Disse følger primært av forordningens artikkel 70 første ledd bokstav a-y.

I det følgende vil jeg redegjøre for noen av disse og hvilken myndighetsoverføring disse kan medføre.

Retningslinjene, anbefalingene og den beste praksisen som Databeskyttelsesrådet skaper har ingen rettslig bindende effekt etter forordningen, og medfører derfor ikke en formell myndighetsoverføring til byrået ved gjennomføring i EØS-avtalen. Men grunnet Databeskyttelsesrådets rolle i å sørge for ensartet anvendelse av forordningen vil trolig beslutningene rådet fatter etter artikkel 70 få stor betydning for hvordan forordningen anvendes, og dermed for hvordan praksis blir også i Norge.

Flere av retningslinjene, anbefalingene og den beste praksisen Databeskyttelsesrådet kan gi, kan få betydning for norske borgere og selskaper.

Databeskyttelsesrådet skal blant annet gi retningslinjer for hvordan de nasjonale tilsynsmyndighetene skal utøve sin myndighet og oppgaver som følger av artikkel 58 og for fastsettelse av administrative bøter etter artikkel 83.⁷⁰ Dette betyr at Databeskyttelsesrådet får vesentlig innvirkning på hvordan Datatilsynet skal forholde seg til norske selskaper og personer og hvordan disse eventuelt skal bøtelegges.⁷¹

Videre har Databeskyttelsesrådet mulighet til å undersøke ethvert spørsmål vedrørende anvendelsen av forordningen og utstedte retningslinjene, anbefalingene eller en beste praksis for å fremme ensartet anvendelse av reglene.⁷² Dette viser hvor vidtrekkende Databeskyttelsesrådets kompetanse til å danne «soft law» er.

⁷⁰ Art. 70 bokstav k.

⁷¹ Hva retningslinjene skal innebære er ikke drøftet i fortalen eller forarbeidene.

⁷² Art. 70 bokstav e.

Det er som nevnt over ikke knyttet noen formell makt til Databeskyttelsesrådets retningslinjer, anbefalinger eller beste praksis ettersom det ikke er knyttet noen rettslige følger ved fravikelse av praksisen.

Hvilken betydning Databeskyttelsesrådets «soft law» vil få, og hvor hyppig denne vil bli brukt, er usikkert og blir trolig til ved Databeskyttelsesrådets praksis. Hvilken reell myndighetsoverføring dette medfører er derfor også uavklart.

8 Norsk tilknytning til EU-byråer

8.1 Innledning

Databeskyttelsesrådet får flere oppgaver som kan påvirke norske foretak og enkeltpersoner. I noen tilfeller får Databeskyttelsesrådets bestemmelser i realiteten direkte virkning overfor foretak. Det blir derfor nødvendig å sørge for at norske interesser ivaretas ved avgjørelsene til Databeskyttelsesrådet og å sikre reell domstolskontroll av vedtakene for norske foretak og borgere ved gjennomføring av personverndirektivet i EØS-avtalen.

I det følgende drøftes det hvordan Norge har tilknyttet seg lignende EU-byråer tidligere med blikk på om dette sikrer norsk innflytelse på vedtakene.

8.2 Modellene for myndighetsoverføring til EU-byråer

Forhandlingene mellom EFTA-statene og EU om gjennomføringen av personvernforordningen er ikke fullført. Det er derfor uklart hvilken kompetanse som vil bli overført til Databeskyttelsesrådet og hvordan dette vil skje. Det har imidlertid i de siste årene blitt gjennomført flere direktiver og forordninger fra EU i EØS-avtalen som har omfattet tilknytning til EU-byråer med lignende kompetanse som Databeskyttelsesrådet får.

I det følgende vil jeg gjennomgå hvordan myndighetsoverføringen har blitt gjort i disse tilfellene for å se hvilke modeller som tidligere har blitt valgt og konsekvensen av dette. Gjennomgangen kan gi en pekepinn på hvilke modeller som kan benyttes for myndighetsoverføringen til Databeskyttelsesrådet og hvor reell suverenitetsavståelsen kan bli.

Det Europeiske Databeskyttelsesrådet er som redegjort for tidligere et «agency», altså et EU-byrå. Databeskyttelsesrådet føyer seg dermed til en voksende rekke av EU-byråer. Flere har betegnet denne trenden som en «agencification» av EU.⁷³

Egeberg og Trondal gir i sin artikkel «Agencification of the European Union Administration Connecting the Dots» en begrunnelse for trenden med økende bruk av EU-byråer.⁷⁴

«Developed during the last couple of decades, ‘agencification’ of the EU administration may be regarded as a compromise between functional needs for the supply of more regulatory capacity at the European level, on one hand, and member states’ reluctance to transfer executive authority to the European Commission (Commission), on the other (Kelemen 2002).»⁷⁵

EU-byråene opprettes for at EUs medlemsstater kan overføre myndighet til EU som er nødvendig for å oppnå de ønskede målene, men likevel beholde mer kontroll over myndigheten som overføres enn hvis myndigheten ble gitt til Kommisjonen.

Dette virker også å være grunnen til opprettelsen av Databeskyttelsesrådet. Modellen med å overføre myndighet til et EU-byrå ble valgt framfor å overføre myndighet fra EUs medlemsstater til Kommisjonen. Som drøftet i kapittel 2 hadde tidligere utkast av forordningen stor grad av myndighetsoverføring til Kommisjonen. Dette ble endret til myndighetsoverføring til Databeskyttelsesrådet etter klager fra flere nasjoner.

Trenden med økt bruk av EU-byråer skaper et problem for Norge. Dette fører til økt myndighetsoverføring fra det nasjonale plan i EU-statene til EU. Ettersom medlemsstatene, som påpekes av Egeberg og Trondal, er restriktive med å overføre myndighet til Kommisjonen opprettes EU-byråer som Databeskyttelsesrådet. EU-byråene gir i teorien medlemsstatene mer kontroll over myndigheten som overføres enn ved tilsvarende myndighetsoverføring til Kommisjonen. Dette kan illustreres ved rådets sammensetning.

⁷³ Morten Egeberg og Jarle Trondal allerede i 2007 I "National Agencies in the European Administrative Space: Government driven, Commission driven or networked?", *ARENA Working Paper*, nr. 17 2007. Se også Lynskey (2016) romtall III, bokstav b, punkt 3 og Hijmans (2016) s. 345.

⁷⁴ ARENA Working Paper 3/2016

⁷⁵ Kelemen, R.D. (2002) er henvisning til Kelemen, R.D. 'The politics of 'Eurocratic 'structure and the new European agencies', *West European Politics*, 25 (4): 93-118

Databeskyttelsesrådet er satt sammen av representanter for de nasjonale tilsynsmyndighetene til medlemsstatene og Kommisjonen har kun deltakerrett. Hijmans påpeker at byråene operer mellom Unionen og medlemsstatene, og ettersom medlemsstatene har mer kontroll over byråene hjelper de å skape en «institusjonell balanse» mellom EU og medlemsstatene.⁷⁶

Problemet for Norge er at norske myndigheter ikke får kontroll over myndigheten som skal overføres til EU-byrået på lik linje som EU-nasjonene gjør gjennom ordningen med EU-byråder. For Norge er situasjonen lik uavhengig av om myndigheten overføres til et byrå eller direkte til Kommisjonen.

Ettersom den mekanismen EUs medlemsstater benytter for å ivareta kontroll over myndighetsoverføring til EU ikke er mulig å gjennomføre for Norge, må vi finne alternative mekanismer for å ivareta kontroll over myndighet som overføres til EU-byråene. Hittil er det blitt benyttet flere modeller for å løse dette.

I NOU 2012:2 (Europautredningen) redegjøres det for hvilke modeller som hittil er benyttet for å møte grunnlovens formelle regler om suverenitetsoverføring:

«I de senere år har dette kommet opp stadig oftere i forbindelse med spørsmål om norsk tilknytning til EU-byråder, og kurven er fortsatt skarpt stigende. Sakene har utløst betydelig arbeid med å finne løsninger, og det er ikke noen fast mal for hvordan de er håndtert. Men grovt sett kan sakene deles i tre kategorier:

- Byrået (eller Kommisjonen) treffer vedtak, som ikke får formell virkning for norske aktører - i stedet forplikter Norge seg til å treffe et likelydende vedtak - enten selv eller gjennom EØS-komiteen.
- Byrået (eller Kommisjonen) treffer vedtak - men ikke formelt mot Norge - i stedet får ESA kompetanse til å treffe tilsvarende vedtak mot Norge
- Byrået (eller Kommisjonen) får kompetanse til å treffe vedtak med virkning for norske myndigheter og/eller rettssubjekter.»⁷⁷

⁷⁶ Hijmans (2016) s. 433 – 434 med videre henvisning til Ellen Vos i: Michelle Everson mfl., EU Agencies in between Institutions and Member States, Kluwer Law International 2014, på side 29-30

⁷⁷ NOU 2012:2 s. 240-242 (pkt. 11.3.6)

De modellene som er valgt har blitt møtt med kritikk, blant annet på grunn av EFTAs overvåkningsorgan eller norske myndigheters manglende reelle domstolskontroll⁷⁸ og faktisk kontroll over vedtaket.

Ettersom det kun er disse tre modellene som er benyttet, er det sannsynlig at en av disse tre vil benyttes for myndighetsoverføringen til Databeskyttelsesrådet. I det følgende vil jeg redegjøre for hvor modellene har blitt benyttet og hvilke konsekvenser som følger av at de forskjellige modellene benyttes.

8.3 Modellene for myndighetsoverføring i praksis

I Europautredningen belyses eksempler hvor myndighetsoverføring har skjedd til EU-byråer. De første eksemplene som benyttes er EUs godkjenning av legemidler (1999), REACH-forordningen (2005) og EASA-forordningen av 2004.⁷⁹ I disse tilfellene ble det valgt modeller der myndighet ble overdratt direkte til EU-byrået, eller norske myndigheter fattet et likelydende vedtak. Myndigheten som ble overdratt ble betegnet som lite inngripende og det ble vektlagt beslutningenes tekniske karakter og snevre anvendelsesområder.⁸⁰

I etterkant av EUs økning av EASAs formelle myndighet,⁸¹ ble det vedtatt en ordning der EFTAs overvåkningsorgan fikk formell beslutningskompetanse til å fatte likelydende vedtak som EASA mot norske rettssubjekter.⁸² Denne modellen har i senere tid utviklet seg til å bli den dominerende for norsk tilknytning til EU-byråer i forhold til deres vedtakskompetanse.

Modellen der den formelle vedtakskompetansen ligger hos EFTAs overvåkningsorgan har blitt benyttet ved norsk tilknytning til EUs finansstilsynspakke⁸³ og EUs tredje energipakke, der EU-byrået ACER ble opprettet.⁸⁴

⁷⁸ Se kapittel 9.

⁷⁹ Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1592/2002 om felles regler for sivil luftfart og om opprettelse av et europeisk byrå for flysikkerhet (EASA)

⁸⁰ NOU 2012:2 punkt 11.3.6.

⁸¹ Forordning (EF) nr. 216/2008

⁸² NOU 2012:2 punkt 11.3.6

⁸³ Prop. 100 S (2015-2016) punkt 9.

⁸⁴ EU/EØS-nytt - 15. mars 2017 <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/EU-EOS-informasjon/EU-EOS-nytt/2017/eueos-nytt---15.-mars-2017>

Europalov.no omtaler modellen som er benyttet for vedtak som fattes av ACER for «ESA-modellen» og bemerker at den er tilnærmet lik modellen som ble vedtatt i forbindelse med EUs finanstilsyn.⁸⁵

Modellen er også av EØS-komiteen blitt besluttet brukt for Norges tilknytning til Pediatriforordningen. Denne skiller seg fra de øvrige ved at myndigheten ligger hos Kommisjonen og ikke hos et EU-byrå.⁸⁶

Modellen benyttes både ved tilfeller der kompetansen ligger hos Kommisjonen og der kompetansen ligger hos et EU-byrå. Stortingsbiblioteket publiserte nylig en oversikt over kommende saker som mulig omfatter myndighetsoverføring til EU.⁸⁷ Oversikten viser 16 saker hvor det enten opprettes et eget EU-byrå som Databeskyttelsesrådet, eller hvor Kommisjonen får direkte myndighet. Ti av sakene som listes opp som sikre at kommer. I seks av disse arbeides det visstnok for å få gjennomført en ordning med kopivedtak. Forhandlingene forut for personvernforordningen er den eneste der det arbeides for fulle deltakerrettigheter i EU-byrådet.

I faktaarket listes opp tidligere tilfeller der grunnlovens §§ 115 eller 26 har blitt benyttet for å godkjenne myndighetsoverføring til EU. Det listes opp 17 tilfeller. Dette viser en kraftig økning i frekvensen av saker der det kreves myndighetsoverføring. Dette er en naturlig følge av EUs økende bruk av byråer som Databeskyttelsesrådet og en økende sentralisering av EU-makt ved myndighetsoverføring innad i EU til Kommisjonen.⁸⁸ For tiden er det over 30 desentraliserte EU-byråer som implementerer policyer og fatter avgjørelser for EUs medlemsland.⁸⁹ Databeskyttelsesrådet blir ett av disse.

Utviklingen viser en tendens av mer sentralisert og overnasjonal EU-kontroll som medfører at Norge i stadig hyppigere grad må forholde seg til EU-byråer som Databeskyttelsesrådet. Faktaarket, sett sammen med de siste tilfellene der Norge har knyttet seg til et EU-byrå gjennom EØS-avtalen, viser også at «ESA-modellen» i stadig større grad er den foretrukne tilknytningsmodellen. Dette kan tyde på at det er

⁸⁵ <http://europalov.no/politikkdokument/tredje-energimarkedspakke/id-2441>

⁸⁶ EØS-komiteens beslutning nr. 92/2017

⁸⁷ https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/eu_open/faktaark_myndighetsoverforing.pdf

⁸⁸ Lynskey (2016) romertall III, bokstav b, punkt 3.

⁸⁹ https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/decentralised-agencies_en

i ferd med å utvikle seg en standardisert tilknytningsmetode for Norge til EU-byråer som gjennomføres ved kopivedtak etter «ESA-modellen».

Databeskyttelsesrådet sine oppgaver og kompetanse har mange likhetstrekk med ACER og EUs finanstilsyn.⁹⁰ Likhetene sammenholdt med den økende bruken av «ESA-modellen» gjør at modellen trolig benyttes for å gjennomføre personvernforordningen i EØS-avtalen.

8.4 EUs energibyrå ACER

«ESA-modellen» kan eksemplifiseres med den nylig vedtatte gjennomføringen av EUs tredje energipakke⁹¹ i EØS-modellen og tilknytningen til EU-byrået ACER.⁹² Det er flere likhetstrekk mellom kompetansen som Databeskyttelsesrådet og ACER vil ha.

ACER vil på samme måte som Databeskyttelsesrådet ha mulighet til å fatte bindende vedtak om samarbeid mellom regulatoriske myndigheter for mellomnasjonale samarbeidsprosjekter.⁹³ De vil kun ha kompetanse til å fatte avgjørelser overfor nasjonale myndigheter og ikke overfor foretak eller enkeltpersoner.

Videre får EFTA-statene fulle deltakerrettigheter i ACER, men ikke stemmerett.⁹⁴ Det er denne tilknytningen Norge i dag har til Artikkel 29-gruppen, forløperen til Databeskyttelsesrådet, og det er trolig denne tilknytningen Norge får til rådet.⁹⁵

⁹⁰ Se punkt 8.6 og 8.7

⁹¹ Se EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 side 1 og 2 for oversikt over lovgivningen i EUs tredje energipakke

⁹² EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017

⁹³ Forordning 713/2009 art. 17

⁹⁴ EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017. Blant annet artikkel 1 punkt 1 bokstav b punkt (iii).

⁹⁵ Som skrevet i innledningen er ikke forhandlingene mellom EØS og EU avsluttet, og hvordan forholdet mellom Databeskyttelsesrådet og Norge blir er uavklart. Regjeringen uttaler at de arbeider for fulle deltakerrettigheter i rådet. <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2014/aug/forslag-til-personvernforordning/id2433856/>

EØS-komiteen har vedtatt gjennomføring av EUs tredje energipakke i EØS-avtalen.⁹⁶ Stortingsbiblioteket oppsummerte forslaget til tilpasningene slik:

«Norge har fått to tilpasninger som er relevant for spørsmålet om myndighetsoverføring:

EFTAs overvåkingsorgan (ESA) får myndighet til å fatte vedtak som gjelder EØS/EFTA-land. ESAs vedtak skal baseres på et utkast fra ACER. ESA fastsetter deretter en frist for når den norske regulatoren (Norges vassdrags- og energidirektorat, NVE) må komme med sine synspunkt. NVE kan be ESA om å vurdere vedtaket på nytt. ESA skal da videresende denne anmodningen til ACER, som skal overveie å utarbeide et nytt utkast. Det nye utkastet skal deretter sendes ESA.

Alle vedtak utarbeidet av ACER og fattet av ESA, skal kun være rettet mot den nasjonale regulatoren (NVE).»⁹⁷

Dette er en kopivedtaksordning etter «ESA-modellen» ettersom EFTAs overvåkingsorgans vedtak i realiteten er en kopi av ACER sine vedtak. Dette er problematisk fordi «ESA-modellen» i realiteten har flere konstitusjonelle svakheter. Disse redegjøres det for under.

8.5 ESA-modellen

I Europautredningen bemerkes det at det foreligger en formell myndighetsoverføring til EFTAs overvåkingsorgan ved bruk av «ESA-modellen». Utredningen drøfter ikke om det også foreligger en reell myndighetsoverføring til EU ved å benytte modellen. I dette kapitlet vil jeg drøfte de forholdene ved myndighetsoverføringen som tilsier at det foreligger en reell myndighetsoverføring til EU, til tross for at modellen formelt sett oppfyller grunnlovens regler om suverenitetsavståelse.⁹⁸

⁹⁶ EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017

⁹⁷ EU/EØS-nytt - 15. mars 2017 <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/EU-EOS-informasjon/EU-EOS-nytt/2017/eueos-nytt---15.-mars-2017/>

⁹⁸ Halvard Haukeland Fredriksen, «Best i klassen? EØS-Norge sett utenifra», *Nytt norsk tidsskrift*. nr. 2 2015 s. 147-162 på s. 157 med videre henvisning til Fredriksen og Mathisen «EØS-rett», 2. utgave, Bergen 2014 s. 305

Som redegjort for over baserer «ESA-modellen» seg på at EFTAs overvåkningsorgan fatter et likelydende vedtak som det EU-byrået fatter. Dette gjør at modellen tilsynelatende har demokratiske og konstitusjonelle svakheter.

I dokument 8:104 S (2015-2016)⁹⁹ oppsummeres mye av kritikken mot «ESA-modellen». Holmøyvik og Fredriksen kritiserer ordningen ved EUs finanstilsyn med at «(...) ESA skal ikke gjøre annet enn å strø sand på EU-tilsynenes innstillinger».¹⁰⁰ Smith kommenterer om samme ordning at «Løysinga regjeringa vil ha Stortinget med på er mest ei reint formalistisk omgåing av krava for myndighetsoverføring i Grunnlova».¹⁰¹

Bakgrunnen for kritikken av ordningen er at Holmøyvik, Fredriksen og Smith mener at EFTAs overvåkningsorgan ikke har noen reell innvirkning på vedtakene de fatter.

Spørsmålet som må stilles for å bestemme om modellen er tilfredsstillende eller ikke er hvilken kontroll EFTAs overvåkningsorgan har over vedtaket, altså om EFTAs overvåkningsorgan har en reell mulighet til å endre eller å ikke vedta det EU-byrået har bestemt.

Dersom det foreligger en reell kontroll over vedtaket, foreligger det i realiteten en myndighetsoverføring til EFTAs overvåkningsorgan, heller enn en myndighetsoverføring til EU. Hvis EFTAs overvåkningsorgan ikke har noen reell kontroll virker modellen kun å fungere som en omgåelse av de formelle reglene for suverenitetsavståelse. Ved reell kontroll hos EFTAs overvåkningsorgan er «ESA-modellen» mindre konstitusjonell problematisk ettersom norske myndigheter er et fullverdig medlem av EFTA, noe vi ikke er i EU.

⁹⁹ Representantforslag fra stortingsrepresentantene Trygve Slagsvold Vedum, Marit Arnstad og Liv Signe Navarsete om en uavhengig juridisk betenkning om suverenitetsavståelse over tilsyn av finansmarkedet i Norge og forholdet til Grunnloven

¹⁰⁰ Eirik Holmøyvik og Halvard Haukeland Fredriksen, «Formaljus i finans», artikkel i Dagens Næringsliv, 12.06.2016

¹⁰¹ Nationen 24. mai 2016

8.6 Tilknytning til EUs finanstilsynsmyndigheter

I EØS-komiteens beslutning av 30 september 2016¹⁰² redegjøres det for tilpasningene som gjøres for reglens innlemmelse i EØS-avtalen og hvordan forholdet mellom beslutningene til EFTAs overvåkningsorgan og EUs finanstilsyn blir.

Av beslutningen følger det at Den Europeiske Banktilsynsmyndigheten (EBA) skal ha deltakerrettigheter, uten stemmerett, i EFTAs overvåkningsorgan og at de skal utarbeide utkast til vedtakene EFTAs overvåkningsorgan skal fatte.

I proposisjonen for norsk tilknytning til EUs finanstilsyn redegjør departementet for EFTAs overvåkningsorgan sitt forhold til vedtak fattet av EUs tilsynsmyndighet:¹⁰³

«EFTAs overvåkingsorgans vedtak skal treffes basert på utkast utarbeidet av den relevante EU-tilsynsmyndigheten. Et slikt utkast er av ikke-bindende karakter, og utgjør ikke i seg selv noen utøvelse av myndighet overfor private aktører i EØS/EFTA-statene. Utkastet fra EU-tilsynsmyndigheten er heller ikke rettslig bindende for EFTAs overvåkingsorgan som sådan. Det er en underliggende forutsetning i den fremforhandlede modellen, at EFTAs overvåkingsorgan kort tid etter mottak av et slikt utkast fra den relevante EU-tilsynsmyndigheten vil fatte et likelydende eller tilnærmet likelydende vedtak. Det foreligger imidlertid ingen formell rettslig forpliktelse for EFTAs overvåkingsorgan til å fatte et slikt vedtak. Det må derfor kunne legges til grunn at EFTAs overvåkingsorgan i prinsippet står rettslig fritt til å ikke fatte et vedtak. Løsningen innebærer derfor formelt sett ikke noen overføring av myndighet til EU-pilaren».¹⁰⁴

Det er formelt sett ikke overføring av myndighet til EU, men regelverket viser at EFTAs overvåkningsorgan har lite kontroll over hvilke vedtak som faktisk blir fattet. Dette oppstår som følge av den underliggende forutsetningen om at EFTAs overvåkningsorgan skal fatte et likelydende vedtak.

¹⁰² EØS-komiteens beslutning nr. 199/2016

¹⁰³ «Stortinget ga 13. juni 2016 samtykke til norsk deltakelse i EØS-komiteebeslutninger om innlemmelse i EØS-avtalen av, og tilpasninger til, EU-rettsaktene som etablerer EUs finanstilsynssystem (EBA, EIOPA, ESMA og ESRB) og enkelte andre EU-rettsakter på finansmarkedsområdet med tilknytning til EUs finanstilsynssystem. Vedtaket var i samsvar med regjeringens forslag i Prop. 100 S (2015-2016).» <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/beslutning-i-eos-komiteen-om-eus-finanstilsyn/id2513206/>

¹⁰⁴ Prop. 100 S (2015-2016) kapittel 9

Hvor reell EFTA sin mulighet til å avstå fra å fatte, eller fatte differensierende vedtak, er ikke avklart utover at det ikke foreligger en «formell rettslig forpliktelse». Realiteten i muligheten må avklares i praksis, men EFTAs overvåkningsorgan har ennå ikke motsatt seg et vedtak fra et EU-byrå og prøvd muligheten.

Dersom EFTAs overvåkningsorgan er uenig med et av EUs finanstilsyn om håndhevelse av forordningens bestemmelser, herunder uenigheter om vedtaksforslag fra EU-byrådet til EFTAs overvåkningsorgan, skal lederen for EU-byrådet og EFTAs overvåkningsorgan møtes for å forsøke å løse konflikten. Dersom dette ikke løser konflikten, eller hvis en av partene ønsker det, kan saken behandles av EØS-komiteen for å finne en løsning.¹⁰⁵

EØS-komiteen skal behandle konflikten i henhold til artikkel 111 i EØS-avtalen. Konfliktløsningsmekanismen har svakheter.¹⁰⁶ Beslutninger av EØS-komiteen må være enstemmig og dersom EU-domstolen skal anvendes for å løse konflikten må begge parter samtykke.¹⁰⁷ Dette medfører at det ikke er mulig å fremtvinge en løsning ved EØS-komiteen som konfliktløsningsorgan hvis ingen av partene ønsker å gi etter.

Ved konfliktløsning via EØS-komiteen er det usikkert hvordan en påvirket privat part vil ha mulighet til å få domstolskontroll av vedtaket, ettersom hverken EFTA-domstolen eller EU-domstolen har kompetanse til å prøve EØS-komiteens vedtak.¹⁰⁸

Hvorvidt myndighetsoverføringen i realiteten skjer til EU, og om «ESA-modellen» ved tilknytningen til EUs finanstilsyn er en omgåelse av kravene for suverenitetsavståelse, beror på hvor reell EFTAs overvåkningsorgan sin mulighet til å fatte differensierende vedtak fra EBA og de øvrige finanstilsynene fra EU er. Denne muligheten er ikke prøvd tidligere.

¹⁰⁵ EØS-komiteens beslutning Nr. 199/2016, 200/2016, 201/2016, 203/2016 og 206/2016.

¹⁰⁶ Halvor Haukeland Fredriksen og Christian Franklin, «Of pragmatism and principles: The EEA Agreement 20 years on», *Common Market Law Review*, nr. 52 2015, s. 629 – 684 s. 679

¹⁰⁷ EØS-avtalen art. 93 og 111

¹⁰⁸ Se oppgavens punkt 9.6

8.7 Tilknytning til ACER ved EUs tredje energipakke

Som drøftet under punkt 8.4 er forhandlingene om norsk tilknytning til EUs tredje energipakke og ACER ferdig. EØS-komiteen har vedtatt gjennomføring av avtalen i EØS-avtalen.¹⁰⁹

EFTAs overvåkningsorgan har i realiteten lite mulighet til å motsette seg eller endre beslutningene fattet av ACER. De har ikke beslutningsmyndighet i avgjørelsene som fattes av ACER, og vedtakene EFTAs overvåkningsorgan skal fatte baserer seg på utkast fra ACER.¹¹⁰

Dersom den nasjonale tilsynsmyndigheten er uenig med avgjørelser fattet av EFTAs overvåkningsorgan, skal EFTAs overvåkningsorgan videreformidle dette til ACER, som skal vurdere om de vil gjøre om sitt vedtak.¹¹¹ Det er dermed ikke EFTAs overvåkningsorgan selv som revurderer vedtaket.¹¹²

Dersom EFTAs overvåkningsorgan er uenig med ACER sitt utkast til vedtak, skal uenigheten løses av EØS-komiteen.¹¹³

Forslaget er skrevet, på samme måte som beslutningen om gjennomføring av EUs finanstilsynspakke, med en forutsetning om at EFTAs overvåkningsorgan skal fatte et likelydende vedtak.¹¹⁴

Hvis EFTAs overvåkningsorgan er enig med ACER sin avgjørelse, kan deres beslutning ankes av staten eller andre juridiske personer til EFTA-domstolen.¹¹⁵ Det er ikke avklart i innstillingen til Rådet hvordan EFTA-domstolen skal forholde seg til den underliggende beslutningen fattet av ACER eller ACERs klageinstans.¹¹⁶

¹⁰⁹ EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017

¹¹⁰ EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017. Blant annet artikkel 1 punkt 1 bokstav b punkt iv.

¹¹¹ EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017, artikkel 1 punkt 1 bokstav b punkt i – vi

¹¹² Den nasjonale tilsynsmyndigheten (NVE) kan prøve EFTAs overvåkningsorgan sitt vedtak for EFTA-domstolen. Se kapittel 9.

¹¹³ Dette følger blant annet av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017, artikkel 1, bokstav b, punkt v. Ordlyden er tilnærmet lik den som følger av EØS-komiteens beslutninger i forhold til konfliktløsning mellom EFTAs overvåkningsorgan og EUs finanstilsyn. Se oppgavens punkt 8.6.

¹¹⁴ EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017. Blant annet artikkel 1 punkt 1 bokstav b punkt iv.

¹¹⁵ EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017, artikkel 1 punkt 1 bokstav b punkt vi.

¹¹⁶ Se kapittel 9 om forholdet til domstolen

Ved å benytte denne modellen konkluderer Justisdepartementets lovavdeling at det ikke foreligger noen myndighetsoverføring i grunnlovens forstand, ettersom ACER via EFTAs overvåkningsorgan, kun fatter vedtak overfor norske myndigheter og ikke overfor private parter slik EUs finanstilsyn gjør via EFTAs overvåkningsorgan.¹¹⁷

Ettersom EFTAs overvåkningsorgan skal basere sine vedtak på utkast fra ACER og ikke har mulighet til å endre disse vedtakene uten å ta saken til EFTA-domstolen eller EØS-komiteen, har EFTAs overvåkningsorgan liten selvstendig innflytelse på vedtakene. ACER skal også ha deltakerrettigheter i EFTAs overvåkningsorgan.

I realiteten vil vedtakene som fattes av ACER være direkte gjeldende for norske myndigheter. Myndighetsoverføringen til ACER blir på samme måte som ved myndighetsoverføringen til EUs finanstilsyn i realiteten en ren myndighetsoverføring til EU-byråer ettersom EFTAs overvåkningsorgan ikke har noen selvstendig kontroll over vedtakene. Den konstitusjonelle svakheten ved ordningen består fremdeles.

8.8 Har «ESA-modellen» blitt en standard for norsk tilknytning?

Som vist over har ordningen med kopivedtak etter «ESA-modellen» blitt benyttet ved flere anledninger i nyere tid uten at den konstitusjonelle svakheten ved ordningen har blitt løst. Utviklingen viser også at «ESA-modellen» benyttes ved EU-byråer som har myndighet på mer allmenne områder, som finans, der de tidligere ble benyttet på byråer som i stor grad fattet vedtak av teknisk karakter.

Det kan virke som om «ESA-modellen» er blitt en standard for norsk tilknytning til EU-byråer ettersom modellen benyttes i større grad der det er tilfeller av myndighetsoverføring til Kommisjonen eller andre EU-byråer. Ettersom ordningen har blitt brukt ved myndighetsoverføring til EU-byråer med lignende kompetanse som Databeskyttelsesrådet, blir trolig ordningen benyttet for myndighetsoverføring etter personvernforordningen.

¹¹⁷ https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/eu_open/energimarkedspakken_grunnloven_2016.pdf

9 Databeskyttelsesrådet og domstolen

9.1 Innledning

En annen problematisk side ved norsk tilknytning til personvernforordningen og Databeskyttelsesrådet er forholdet mellom Databeskyttelsesrådets avgjørelser og kompetansen til norske domstoler. Det er også uavklart om tilknytning til personvernforordningen gir norske myndigheter, selskaper og privatpersoner mulighet til reell domstolsprøvelse av eventuelle vedtak.

Etter personvernforordningen kan avgjørelser fra Databeskyttelsesrådet kun prøves av EU-domstolen. For Norge skaper denne ordningen et særlig problem ettersom vi ikke har tilgang til EU-domstolen. En situasjon der Databeskyttelsesrådet sin avgjørelse ikke kan overprøves av Datatilsynet eller den norske domstolen grunnet manglende tilgang til EU-domstolen vil ikke være akseptabel. Dersom norsk tilknytning skjer etter «ESA-modellen» har lignende problemstillinger blitt håndtert tidligere.

I dette kapitlet vil jeg redegjøre for hvordan uttalelsene og avgjørelsene til Databeskyttelsesrådet skal prøves etter personvernforordningen. Jeg vil også vurdere hvordan muligheten til kontroll og overprøving av vedtak for norske myndigheter, selskaper og privatpersoner gjennom domstolen har blitt ivaretatt tidligere, og om disse løsningene gir tilstrekkelig reell tilgang til domstolskontroll for å ivareta rettsikkerheten.

9.2 Domstolprøving av Databeskyttelsesrådets uttalelser og avgjørelser

Databeskyttelsesrådets avgjørelser og uttalelser fattes kun overfor nasjonale tilsynsmyndigheter.¹¹⁸ Det er kun den nasjonale tilsynsmyndigheten som fatter vedtak overfor privatpersoner og selskaper. Dette tilsier at Databeskyttelsesrådets

¹¹⁸ Art. 64 og 65.

avgjørelser og uttalelser kun gir rettigheter og plikter til den nasjonale tilsynsmyndigheten. Men i realiteten er dette ikke tilfellet.¹¹⁹

Ettersom det kun er den nasjonale tilsynsmyndigheten sin avgjørelse, og ikke Databeskyttelsesrådet sin, som retter seg mot rettssubjektet (selskapet eller privatpersonen) har i utgangspunktet disse kun tilgang til å angripe den nasjonale tilsynsmyndigheten sin avgjørelse. Databeskyttelsesrådet sin avgjørelse retter seg ikke mot subjektet, som er et vilkår for å prøvd avgjørelsen ved EU-domstolen.¹²⁰ De har kun tilgang til den nasjonale domstolen ettersom denne er verneting for den nasjonale tilsynsmyndigheten sitt vedtak.¹²¹

Den nasjonale domstolen har kompetanse til å overprøve den nasjonale tilsynsmyndighetens avgjørelse,¹²² men ikke den delen av vedtaket som gjennomfører en avgjørelse av Databeskyttelsesrådet, dersom gyldigheten av Databeskyttelsesrådets avgjørelse er omtvistet.¹²³ Domstolen skal da forelegge spørsmålet for EU-domstolen som skal ta stilling til gyldighetsspørsmålet om Databeskyttelsesrådets avgjørelse er gyldig.

Men etter avsnitt 143 i forordningens fortale kan enhver fysisk og juridisk person og tilsynsmyndighet prøve avgjørelser fra Databeskyttelsesrådet ved EU-domstolen etter reglene i TFEU art. 263. Retten til domstolsprøving etter TFEU art. 263 gjelder for «an act addressed to that person or which is of direct and individual concern to them». Som nevnt over gjelder avgjørelsene til Databeskyttelsesrådet kun overfor den nasjonale tilsynsmyndigheten. Dette skaper en tilsynelatende motstrid mellom retten som følger av fortalens avsnitt 143 og vilkåret for domstolsprøving etter TFEU art. 263. Det er dermed uklart om fysiske og juridiske personer har mulighet til å prøve vedtakene etter TFEU art. 263 siden Databeskyttelsesrådets avgjørelser ikke er adressert til dem eller direkte gjelder dem.

¹¹⁹ Hijmans (2016) s. 435.

¹²⁰ TFEU art. 263.

¹²¹ Art. 78.

¹²² Art. 78.

¹²³ Fortalen punkt 143.

Om dette forholdet mellom Databeskyttelsesrådets avgjørelser, fortalens avsnitt 143 og TFEU art. 263 bemerker Hijmans at «this provision [TFEU art. 263] must be interpreted under the Plauman case law.^{124]} Persons may be individually concerned by a decision even if they are not the addressees thereof. It is safe to say that where the EDPB will take a binding decision in individual cases, the data controllers and processors, as well as probably the data subjects, are directly affected, even though this decision is not addressed to them».¹²⁵

Som nevnt tidligere, og som Hijmans bemerker, vil i flere tilfeller Databeskyttelsesrådet sine avgjørelser i realiteten gjelde direkte for private foretak ettersom den nasjonale tilsynsmyndigheten ikke har en reell mulighet til å påvirke vedtaket.¹²⁶ Enkeltpersoner og foretak vil derfor ha tilgang til å prøve vedtak fattet av Databeskyttelsesrådet direkte for EU-domstolen i tråd med fortalens avsnitt 143.

Selv om avgjørelsene kun kan prøves av EU-domstolen, legger personvernforordningen opp til to måter å få prøvd Databeskyttelsesrådets avgjørelser på. Enten ved direkte søksmål til EU-domstolen eller via søksmål av den nasjonale tilsynsmyndigheten.

Hijmans argumenterer også for at Databeskyttelsesrådets uttalelser etter artikkel 64 vil ha så stor betydning at disse kan regnes som en avgjørelse etter TFEU art. 263 og prøves på lik linje som en bindende avgjørelse.¹²⁷

¹²⁴ Sak 25/62, Plaumann v Commission, EU:C:1963:17

¹²⁵ Hijmans (2016) s. 435

¹²⁶ Norske myndigheter deler ikke Hijmans tolkning av personvernforordningen. I en oppdatering av EØS-notatet vurderer regjeringen at vedtak fra Databeskyttelsesrådet kun rettes mot tilsynsmyndigheter. Dermed foreligger det ingen myndighetsoverføring og tilknytning reiser ingen spørsmål om grunnlovens § 115. Konklusjonen til myndighetene er i tråd med ordlyden i forordningen, men er vanskelig å forene med fortalens 143. Se <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/EU-EOS-informasjon/EU-EOS-nytt/2017/eueos-nytt---25.-april-2017/>

¹²⁷ Hijmans (2016) s. 435

9.3 Overføring av domsmyndighet ved tilknytning til EU-byråer

Ved norsk tilknytning til EU-byråer gjennom EØS avtalen har det blitt benyttet forskjellige metoder for å sikre norske myndigheter, foretak og enkeltpersoner tilgang til domstolskontroll av vedtakene som har blitt fattet av EU-byrået eller EFTAs overvåkningsorgan.

Ved den første tilknytningen til EASA-forordningen i 2005 og ved tilknytning til Det europeiske kjemikaliebyrået i Helsinki (ECHA) fikk EU-byråenes vedtak direkte virkning overfor norske foretak og EU-domstolen fikk overført domsmyndighet.¹²⁸ Felles for begge tilknytningene er at vedtakene fattet av EU-byråene var av høyst teknisk karakter.¹²⁹

Ved senere tilknytning til EU-byråer som EUs finanstilsyn, ACER og «den nye EASA» har «ESA-modellen» blitt benyttet.¹³⁰ Ettersom Databeskyttelsesrådet sin rolle og dets oppgaver har store likhetstrekk med disse byråene og vedtakene ikke er av en teknisk karakter slik vedtakene til ECHA er, vil trolig denne tilknytningsformen benyttes ved gjennomføring av personvernforordningen i EØS-avtalen.

Myndighetsoverføringen til EFTAs-overvåkningsorgan ved «ESA-modellen» medfører en parallell myndighetsoverføring til EFTA-domstolen. EFTA-domstolen får en tilsvarende oppgave overfor EFTAs overvåkningsorgan som EU-domstolen har overfor EU-byrået.¹³¹

EFTA-domstolens rolle kan illustreres ved tilknytningen til EUs tredje energipakke med ACER og EUs finanstilsynspakke og de medfølgende EU-byråene.

I EØS-komiteens beslutning¹³² om gjennomføring av EUs tredje energipakke i EØS-avtalen har EFTA-domstolen blitt gitt domsmyndighet til å prøve vedtak fattet av

¹²⁸ Eirik Holmøyvik, «Sikker konstitusjonell praksis»? Grunnlova og Noregs avtaler om suverenitetsoverføring» *Nytt Norsk Tidsskrift* 2013 s. 117-125

¹²⁹ EASA-forordningen har senere blitt endret og tilknytningen følger i dag «ESA-modellen». Se kapittel 8.

¹³⁰ Se kapittel 8.

¹³¹ Prop. 100 S (2015-2016) pkt. 5.4.2.

¹³² EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017

EFTAs overvåkningsorgan etter ODA artikkel 36 og 37.¹³³ Dette tilsvarer rollen EU-domstolen har overfor vedtak fattet av ACER.

EFTA-domstolens kompetanse i gjennomføringen av EUs finanstilsynspakke, er noe annerledes enn etter forslaget til gjennomføring av energipakken, men den følger de samme prinsippene.¹³⁴ EFTA-domstolen får kompetanse til å prøve vedtakene fattet av EFTAs overvåkningsorgan. De overtar da oppgaven EU-domstolen, eller klagenemden, har overfor det relevante EU-byrået.¹³⁵

Dersom «ESA-modellen» følges for norsk tilknytning til personvernforordningen vil trolig EFTA-domstolen få samme oppgaver overfor EFTAs overvåkningsorgan, som EU-domstolen har overfor Databeskyttelsesrådet.¹³⁶

Tilknytningsmodellen medfører flere uavklarte problemer knyttet til EFTA-domstolens prøving. Noen av spørsmålene er generelle for modellen, men personverndirektivet reiser også noen særlige problemer i tilknytning til den nå vante modellen med domsmyndighetsoverføring til EFTA-domstolen.

9.4 EFTA-domstolens forhold til underliggende vedtak fattet av EU-byrå

Fredriksen og Franklin redegjør i sin artikkel «Of pragmatism and principles: The EEA Agreement 20 years on»¹³⁷ for flere av de problematiske sidene ved «ESA-modellen» ved den økende bruken av EU-byråder som Databeskyttelsesrådet. Blant disse bemerkes at EFTA-domstolen kan være tilbakeholden med å overprøve den underliggende avgjørelsen fra EU-byrået.

¹³³ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol, (i lov nr. 109 av 27. november 1992 (EØS-loven))

¹³⁴ EFTA-domstolen får ved visse tilfeller kompetanse til å overprøve EFTAs overvåkningsorgan etter ODA art. 35 om overprøving av sanksjoner ilagt av EFTAs overvåkningsorgan. Denne bestemmelsen er ikke relevant for domsmyndighet over EFTAs overvåkningsorgans eventuelle beslutninger fattet i samsvar med ACER eller Databeskyttelsesrådet ettersom disse organene, og dermed eventuelt ikke EFTAs overvåkningsorgan, vil ha sanksjonsmyndighet. Ved tilknytning til Den Europeiske Verdipapir- og Markedstilsynsmyndighet (ESMA) vil EFTA-domstolen også overta rollen til en klagenemd tilknyttet ESMA.

¹³⁵ EØS-komiteens beslutning nr. 205/2016. Også bestemmelsene nr. 203/2016 og nr. 206/2016.

¹³⁶ Se punkt 9.2

¹³⁷ Fredriksen og Franklin (2015)

Det eventuelle problemet kan illustreres med et eksempel med utgangspunkt i at «ESA-modellen» benyttes for norsk tilknytning til personvernforordningen og EFTAs overvåkningsorgan overtar oppgavene Databeskyttelsesrådet besitter.

Dersom et norsk foretak ønsker å opprette bindende virksomhetsregler for å gjøre personopplysningsflyten innad i konsernet enklere, må reglene godkjennes av Datatilsynet.¹³⁸ Etter personvernforordningen må Datatilsynet oversende sitt utkast til vedtak til EFTAs overvåkningsorgan for godkjenning. EFTAs overvåkningsorgan kommer med en uttalelse om Datatilsynet sin avgjørelse som baserer seg på en uttalelse fra det europeiske Databeskyttelsesrådet.¹³⁹ Datatilsynet fatter så dette vedtaket overfor det norske foretaket. Ettersom EFTAs overvåkningsorgan i realiteten har liten mulighet til å motsette seg beslutningen fra EU-byrået,¹⁴⁰ og Datatilsynet har liten mulighet til å motsette seg avgjørelsen fra EFTAs overvåkningsorgan,¹⁴¹ har i realiteten EU-byrået fattet et vedtak direkte overfor det norske foretaket.¹⁴²

Hvis det norske foretaket ønsker å klage på vedtaket kan de føre sak mot Datatilsynets vedtak for norske domstoler,¹⁴³ eller overfor EFTAs overvåkningsorgan i EFTA-domstolen.¹⁴⁴ Dersom systemet med domstolskontroll fra personvernforordningen gjennomføres likt i EØS-avtalen med den eneste endringen at EFTA-domstolen får domsmyndighet heller enn EU-domstolen, vil ikke den norske domstolen ha kompetanse til å overprøve vedtaket fattet av EFTAs overvåkningsorgan. De må i så fall henvise saken til EFTA-domstolen.¹⁴⁵

Det er usikkert hvordan dette vil bli ved gjennomføring av forordningen i EØS-avtalen. Ved tidligere tilfeller der det har skjedd domsmyndighetsoverføring til EFTA-domstolen som ledd i tilknytning til EU-byråder har dette ikke medført

¹³⁸ Art. 47

¹³⁹ Art. 64. Se kapittel 6 og kapittel 8.

¹⁴⁰ Se kapittel 8.

¹⁴¹ Uttalelsen kan få bindende virkning overfor Datatilsynet, se art. 64 jf. 65 og oppgavens kapittel 6. Datatilsynet har mulighet til selv å prøve vedtaket for EFTA-domstolen. Saken vil i det tilfellet stå likt som om foretaket selv prøvde saken ettersom det tilfellet der Datatilsynet prøver vedtaket gyldighet ikke vil endre EFTA-domstolen sitt forhold til Databeskyttelsesrådet sin avgjørelse.

¹⁴² Som nevnt i fotnote 126 har regjeringen konkludert med at Databeskyttelsesrådet kun fatter vedtak rettet mot Datatilsynet, og ikke mot enkeltpersoner eller foretak.

¹⁴³ Art. 78

¹⁴⁴ ODA art. 36

¹⁴⁵ Etter art. 78 jf. Fortalen punkt 143 har en nasjonal domstol ikke kompetanse til å prøve gyldigheten av Databeskyttelsesrådets avgjørelse. Denne må forelegges for EU-domstolen.

foreleggelsesplikt for norske domstoler. Men disse tilfellene skiller seg vesentlig fra personvernforordningen på punktet for domstolkontroll.

Ved EUs finanstilsynspakke har EFTAs overvåkningsorgan fått kompetanse til å fatte vedtak med direkte virkning for norske foretak. Disse vedtakene kan kun bringes inn for EFTA-domstolen og ikke norske domstoler.¹⁴⁶ Spørsmålet om foreleggelsesplikt kommer derfor ikke opp.

Ved tilknytning til EUs tredje energipakke fatter EFTAs overvåkningsorgan kun vedtak med virkning overfor NVE.¹⁴⁷ NVE vil kun kunne prøve disse ved EFTA-domstolen.¹⁴⁸ Norske domstoler er, på samme måte som ved tilknytning til EUs finanstilsynspakke, ikke involvert og spørsmålet om foreleggelsesplikt kommer ikke opp.

Begge regelverkene skiller seg fra personvernforordningen ved at nasjonale domstoler aldri er involvert, slik de vil være etter forordningen. Etter forordningen artikkel 78 skal vedtak fattet av nasjonal tilsynsmyndighet kunne prøves av nasjonal domstol.

Det er uavklart om gjennomføring av personvernforordningen i EØS-avtalen vil medføre foreleggelsesplikt for norske domstoler. Dersom norske domstoler ikke får foreleggelsesplikt blir de i teorien gitt muligheten til å overprøve et underliggende vedtak fattet av EFTAs overvåkningsorgan. Dette vil skape en skjevhet ved EFTA-statenes nasjonale domstolars kompetanse i forhold til kompetansen til EUs medlemsstaters nasjonale domstoler. Denne skjevheten gjør det lite trolig at EU vil akseptere en ordning der norske domstoler ikke har foreleggelsesplikt for EFTA-domstolen der de må ta stilling til gyldigheten til et underliggende vedtak fattet av EFTAs overvåkningsorgan.

For at domstolskontrollen ved EFTA-domstolen skal være reell, må EFTA-domstolen kunne prøve alle sider av EFTAs overvåkningsorgan sitt vedtak, inkludert det underliggende vedtaket fattet av Databeskyttelsesrådet. Dersom EFTA-domstolen ikke prøver vedtaket fra Datatilsynet vil det norske foretaket stå uten mulighet til reell

¹⁴⁶ Prop. nr. 166 L (2015-2016) kapittel 3 jf. Prop. nr. 100 S (2015-2016) punkt 2.4.5

¹⁴⁷ Lovavdelingens «Grunnlovsvurdering - tredje energimarkedspakke» av 25.04.2016

¹⁴⁸ EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017. Blant annet artikkel 1 punkt 1 bokstav b punkt vi.

domstolsprøving av vedtaket fattet mot dem, siden dette vedtaket i realiteten er fattet av Databeskyttelsesrådet.¹⁴⁹

Utgangspunktet for EFTA-domstolen sin kompetanse ved vedtak fattet av EFTAs overvåkningsorgan etter tilknytningen til EUs finanstilsynspakke og EUs tredje energipakke er ODA art. 36.

Etter ordlyden i art. 36 andre ledd har EFTA-domstolen ingen begrensninger i sin kompetanse til å prøve vedtaket fattet av EFTAs overvåkningsorgan, inkludert det underliggende vedtaket fattet av EU-byrået. Løsningen er dermed i utgangspunktet uproblematisk for Norge. Den gir i teorien norske rettssubjekter en fullgod domstolkontroll av vedtaket. Det kan stilles spørsmål til om EFTA-domstolen i praksis vil benytte seg av denne mulighet til å gå mot vedtaket fattet av EU-byrået.

EFTA-domstolen har i stor grad utvist lojalitet til EU og EU-domstolen.¹⁵⁰ Lojaliteten kommer ofte til uttrykk ved at EFTA-domstolen behandler saken slik EU-domstolen har behandlet lignende saker, eller at de avgjør saken slik de tror EU-domstolen ville gjort. Det er til en viss grad forutsatt i EØS-avtalen at EFTA-domstolen skal følge den dynamiske utviklingen i EU-domstolen.¹⁵¹

Å prøve EU-byrået sitt vedtak er en oppgave EU-domstolen har eksklusivt.¹⁵² Etersom EFTAs overvåkningsorgans vedtak de facto er fattet av EU-byrået, kan EFTA-domstolen komme i en situasjon der de i realiteten må ta stilling til et vedtak fattet av EU-byrået, og dermed gripe inn i EU-domstolens kompetanseområde. EFTA-domstolen har tidligere har vært tilbakeholden med å sette seg opp mot EU-domstolen. Dette kan tyde på at EFTA-domstolen ikke vil være villig til å overprøve den delen av EFTAs overvåkningsorgan sitt vedtak som bygger på vedtaket fra EU-byrået.

¹⁴⁹ Fredriksen og Mathisen bemerker i «EØS-retten» 2014 (s. 305) at det ikke er opplagt at ordningen er i tråd med EMK art. 6 om retten til rettferdig rettergang, ettersom norske domstoler og EFTA-domstolen trolig vil være tilbakeholden med å overprøve EU-byrået sin avgjørelse.

¹⁵⁰ Fredriksen og Franklin (2015) punkt 8 og 9, og Halvor Haukeland Fredriksen «Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2009 s. 507-576 punkt 4.6

¹⁵¹ NOU 2012:2 pkt. 10.6

¹⁵² Art. 78 og fortalens punkt 143.

Problemet kan særlig komme på spissen i det Fredriksen og Franklin beskriver som «going first»-senarioet. Hvis en sak som nevnt i eksempelet gjelder en prinsipiell del av godkjenning av bindende virksomhetsregler som ennå ikke er prøvd i EU-domstolen, vil ikke EFTA-domstolen ha praksis fra EU-domstolen å lene seg på. Det blir da usikkert hvordan EFTA-domstolen da vil forholde seg til det underliggende vedtaket fra EU-byrået.

I europautredningen blir det redegjort for at EFTA-domstolen ofte er strengere enn EU-domstolen «i den forstand at den har tolket avtalen på en måte som har gitt nasjonale myndigheter i EFTA-statene mindre rettslig handlingsrom på noen områder enn den EU-domstolen har gitt EU-statene».¹⁵³ At EFTA-domstolen ofte tolker EØS-avtalen strengere enn EU-domstolen illustrerer EFTA-domstolen sin tilbakeholdenhet ved å motsette seg EU.

9.5 Topilarsystemet og norske foretak og enkeltpersoners mulighet til reell domstolskontroll av vedtak

Eksempelet over illustrerer også et annet problem med domstolstrukturen i EØS-avtalen som blir stadig mer tyngende ved EUs økte bruk av byråer. EØS-avtalen og forholdet mellom EFTA og EU bygger på topilarsystemet, der EU-pilaren og EFTA-pilaren er helt adskilt:

«Løsningen innebærer at det er to domstoler som kan tolke EØS-avtalen. De nokså få gangene EØS-spørsmål oppstår i EU-statene går disse til EU-domstolen. EØS-saker som oppstår i EFTA-statene går til EFTA-domstolen. Skottene mellom de to domstolene er tette. Hver domstol har jurisdiksjon kun over sin pilar. Søksmål mot ESA, eller mot for eksempel norske myndigheter, kan bare anlegges for EFTA-domstolen, aldri for EU-domstolen. Omvendt kan EFTA-domstolen ikke behandle saker anlagt av eller mot EU-institusjonene eller EU-stater. Domstolene er formelt uavhengige, men samtidig ligger det i hele systemet at EFTA-domstolen skal følge

¹⁵³ NOU 2012:2 pkt. 10.6

utviklingen i rettspraksis i EU-domstolen, for på den måten å sikre «dynamisk og ensartet» tolkning av EØS-avtalen. Det har den i praksis også gjort.»¹⁵⁴

De vannrette skottene mellom pilarene gjør at norske foretak og enkeltpersoner ikke får mulighet til å prøve vedtak direkte mot EU-domstolen. Ved eksempelet over vil ikke det norske foretaket direkte kunne prøve vedtaket fra Databeskyttelsesrådet, til tross for at dette i realiteten har fått direkte virkning overfor selskapet. Dersom EFTA-domstolen ikke gir fullgod prøving av vedtaket får ikke norske rettssubjekter like godt rettsvern som foretak og borgere i EU.

9.6 EFTA-domstolens forhold til EØS-komiteens avgjørelser

Eksempelet under punkt 9.4 kan også illustrere et annet problem. At foretaket tar saken for domstolen er ikke den eneste muligheten å prøve vedtaket på.

Datatilsynet kan ta saken for EFTA-domstolen, men da oppstår samme problemet som om foretaket skulle gjort det ettersom EFTA-domstolen fremdeles må ta stilling til den underliggende avgjørelsen fra EU-byrået.

EFTAs overvåkningsorgan kan også motsette seg vedtaket.¹⁵⁵ Da vil konfliktløsningsmekanismen i EØS-komiteens beslutninger slå ut og konflikten mellom EFTAs overvåkningsorgan og EU-byrået løses av EØS-komiteen.

EØS-komiteen operer mellom EFTA-pilaren og EU-pilaren. Dette resulterer i at verken EFTA-domstolen eller EU-domstolen har kompetanse til å overprøve EØS-komiteens beslutning.¹⁵⁶ For det norske foretaket som vedtaket retter seg mot resulterer dette i at selskapet vil stå uten reell mulighet til domstolskontroll av vedtaket som fattes mot dem. EFTAs overvåkningsorgans vedtak fattes på bakgrunn av en beslutning fra EØS-komiteen. EFTA-domstolen vil ikke ha kompetanse til å prøve den underliggende beslutningen fra EØS-komiteen, ettersom den befinner seg utenfor EFTA-pilaren. Det er ikke sikkert ordningen oppfyller foretakets rettigheter etter EMK art. 6 ettersom EØS-komiteens avgjørelse ikke kan overprøves.

¹⁵⁴ NOU 2012:2 punkt 10.6

¹⁵⁵ Se kapittel 5 for konfliktløsningsmekanismen mellom EFTAs overvåkningsorgan og EU-byråer.

¹⁵⁶ Fredriksen og Mathisen (2014) s. 207-208

10 Avslutning

Databeskyttelsesrådet har oppgaver og kompetanse som tilsier at de vil få innflytelse over personvernregulering i Norge ved gjennomføring av personverndirektivet i EØS-avtalen. Den stadig hyppigere bruken av «ESA-modellen», og mangel på et etablert alternativ til denne, tilsier at denne modellen vil bli brukt. Tilknytningsmodellen medfører at det formelt ikke vil skje en myndighetsoverføring fra Norge til EU ved gjennomføringen av forordningen. Modellens virkning i praksis tilsier derimot at det vil skje en myndighetsoverføring i realiteten ved norsk gjennomføring av personvernforordningen.

Norges tilknytning til EU-byråer er preget av en formalistisk tilnærming, det formelle blir verdsatt høyere enn det reelle. Så lenge det formelle er i orden, er overføringen uproblematisk.

De formelle kravene er etablert for å sikre norsk kontroll over myndigheten vi avstår. Det paradoksale er at modellene for myndighetsoverføring som er blitt utviklet for å ivareta norsk kontroll, i realiteten medfører at vi får mindre kontroll over myndigheten som overføres. Modellen har fungert fram til nå ettersom myndighetsoverføringen i stor grad har knyttet seg til tekniske, snevre områder.

Utviklingen i EU går mot en stadig økende bruk av EU-byråer som Databeskyttelsesrådet. Disse blir etablert for stadig mer generelle områder som finans og personvern. Dette gjør at modellens svakheter blir satt mer under press i tiden som kommer. Det er usikkert om modellen vil kunne takle en eventuell uenighet mellom EFTA-statene og EU dersom dette skulle oppstå. Ved dagens ordning virker det å være vanskeligere å overkomme svakheter ved det formelle, enn ved det reelle i myndighetsoverføringen.

Gjennomføring av personvernforordningen styrker norske enkeltpersoner sitt vern i tilfellene der selskaper ikke er etablert i Norge og gjør det enklere for norske myndigheter og foretak å forholde seg til personvernreglene ved grenseoverskridende behandling.

Men gjennomføring etter «ESA-modellen» medfører at norske foretak og enkeltpersoner i visse tilfeller får svekket sin mulighet til reell kontroll av vedtak som fattes overfor dem. Dette er i forhold til dagens regelverk og hvordan situasjonen er for EU-borgere og EU-baserte foretak der Databeskyttelsesrådet involverer seg.

Å gi EFTA-borgere lik tilgang til EU-domstolen som EU-borgere, å gi EFTA-statene stemmerett i EU-organene eller fullt EU-medlemskap er løsninger som ville avhjulpet de reelle svakhetene ved dagens tilknytningsmodell. Men dette vil medføre myndighetsoverføring som vil gå på bekostning av de formelle skrankene for myndighetsoverføring.

Litteraturliste

Lover, forskrifter, direktiver, forordninger og traktater

Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (Personopplysningsloven)

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), herunder Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA-avtalen)

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Forskrift 15. desember 2000 nr. 1265 om behandling av personopplysninger (Personopplysningsforskriften)

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 679/2016 (Personvernforordningen)

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 713/2009 (EUs tredje energipakke)

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 216/2008 om felles regler for sivil luftfart og om opprettelse av et europeisk byrå for flysikkerhet

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1592/2002 om felles regler for sivil luftfart og om opprettelse av et europeisk byrå for flysikkerhet

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF (Personverndirektivet)

Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal C 326, 26/10/2012

Forarbeider og offentlige dokumenter

Prop. nr. 100 S (2015-2016)

Prop. nr. 166 L (2015-2016)

NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU

Ot.prp. nr. 92 (1998-1999)

St.prp. nr. 100 (1991-1992)

SEC/2012/0072 final, Commission Staff Working paper Impact Assessment (dokument 52012SC0072)

SEC/2012/0073 final, Commission staff Working Paper Executive Summary of the Impact Assessment (dokument 52012SC0073)

COM/2012/011 final, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)

TA/2014/0212/P7 – European Parliament legislative resolution of 12 March 2014 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD))

EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017

EØS-komiteens beslutning nr. 92/2017

EØS-komiteens beslutning nr. 206/2016

EØS-komiteens beslutning nr. 203/2016

EØS-komiteens beslutning nr. 201/2016

EØS-komiteens beslutning nr. 200/2016

EØS-komiteens beslutning nr. 199/2016

EØS-komiteens beslutning nr. 83/1999

Dokument 8:104 S (2015-2016) – Representantforslag fra stortingsrepresentantene Trygve Slagsvold Vedum, Marit Arnstad og Liv Signe Navarsete om en uavhengig juridisk betenkning om suverenitetsavståelse over tilsyn av finansmarkedet i Norge og forholdet til Grunnloven

Rettsavgjørelser:

Sak 25/62, Plaumann v Commission, EU:C:1963:17

Litteratur

Bing, Jon, "Data protection, jurisdiction and the choice of law", *Privacy Law and Policy Reporter*, 1999, bind 6, s. 92-98

Chen, Jiahong, «How the best-laid plans go awry: the (unsolved) issues of applicable law in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, volum 6 nr. 4 2016 s. 310-323.

Egeberg, Morten og Jarle Trondal, "Agencification of the European Union Administration Connecting the Dots", *ARENA Working Paper 3*, 2016

Egeberg, Morten og Jarle Trondal, "National Agencies in the European Administrative Space: Government driven, Commission driven or networked?", *ARENA Working Paper 17*, 2007

Fredriksen, Halvard Haukeland, «Best i klassen? EØS-Norge sett utenifra», *Nytt norsk tidsskrift nr. 2*, 2015 s. 147-162

Fredriksen, Halvor Haukeland og Christian Franklin, «Of pragmatism and principles: The EEA Agreement 20 years on», *Common Market Law Review*, nr. 52 2015, s. 629 – 684

Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utgave, (Bergen 2014)

Fredriksen, Halvor Haukeland, «Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2009 s. 507-576

Hijmans, Hielke, *The European Union as Guardian of Internet Privacy: The Story of Art 16 TFEU*, (2016)

Holmøyvik, Eirik og Halvard Haukeland Fredriksen, «Formaljus i finans», *Dagens Næringsliv* 12. juni 2016

Holmøyvik, Eirik, «Grunnlova og avtalene med EU: Pragmatismens siger, det konstitusjonelle demokratiets tap» i *Det norske paradoks – Om Norges forhold til den europeiske union*, Erik Oddvar Eriksen og John Erik Fossum (red.) (Oslo 2014) s. 42-74.

Holmøyvik, Eirik, «Sikker konstitusjonell praksis»? Grunnlova og Noregs avtaler om suverenitetsoverføring. *Nytt Norsk Tidsskrift* 2013 s. 117-125

Lehavi, Amnon mfl., "The Human Right to Privacy and Personal Data Protection: Local-to-Global Governance in the Digital Era", forberedende dokument for LSGL Academic Conference Northwestern Pritzker School of Law July 19, 2016.

Lynskey, Orla, "The 'Europeanisation' of Data Protection Law", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (2016)

Lynskey, Orla, *The Foundation of EU Data Protection Law*, Oxford University Press 2015

Schartum, Dag Wiese og Lee Andrew Bygrave, *Personvern i Informasjonssamfunnet*, 2. utgave (Oslo 2011)

Smith, Eivind i «Synest regjeringa har gått for langt», *Nasjonen* 24. mai 2016

Wright, David, Paul De Hert, *Enforcing Privacy: Regulatory, Legal and Technological Approaches*, Springer International Publishing AG, 2016

Nettressurser og lenker

Datatilsynet	Høringsuttalelse av 4. juli 2012: https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/05_hoeringer/2012/12_-00398-2-horingsuttalelse---eu-kommisjonens-forslag-til-nye-personvernregler-474308_7_1.pdf
Datatilsynet	Oppsummering av materielle endringer ved personvernforordningen: https://www.datatilsynet.no/Regelverk/EUs-personvernforordning/hva-betyr/
EU-kommisjonen	Desentraliserte EU-byråer: https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/decentralised-agencies_en
Det europeiske råd	Det europeiske råds presseuttalelse 114/15 av 13 mars 2015: http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/03/13-data-protection-council-agrees-general-principles-and-one-stop-shop-mechanism/
Europalov.no	Progresjonsoppdatering for gjennomføring av EUs tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen: http://europalov.no/politikkdokument/tredje-energimarkedspakke/id-

2441

- Regjeringen Posisjonsnotat for gjennomføring av personvernforordningen:
<https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2014/aug/forslag-til-personvernforordning/id2433856/>
- Regjeringen Beslutning i EØS-komiteen om EUs finanstilsyn:
<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/beslutning-i-eos-komiteen-om-eus-finanstilsyn/id2513206/>
- Regjeringen Lovavdelingens grunnlovsvurdering for EUs tredje energipakke:
https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/eu_open/energimarkedspakken_grunnloven_2016.pdf
- Stortinget EU/EØS-nytt - 15. mars 2017: <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/EU-EOS-informasjon/EU-EOS-nytt/2017/eueos-nytt---15.-mars-2017>
- Stortinget Faktaark for myndighetsoverføring fra Norge til EU:
https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/eu_open/faktaark_myndighetsoverforing.pdf
- Stortinget EU/EØS-nytt 25. april 2017: <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/EU-EOS-informasjon/EU-EOS-nytt/2017/eueos-nytt---25.-april-2017>
- Stortinget EU/EØS-nytt 18. januar 2017: <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/EU-EOS-informasjon/EU-EOS-nytt/2017/eueos-nytt---18.-januar-2017>