

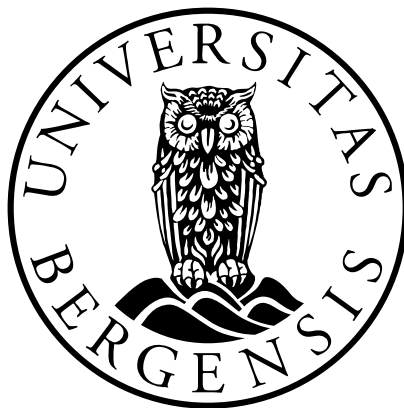
# **Kan en behandlingsansvarlig endre behandlingsgrunnlag etter GDPR artikkel 6 underveis i en behandling av personopplysninger?**

En analyse av den rettslige situasjonen ved et mulig bytte av opprinnelig valgt  
behandlingsgrunnlag for behandling av personopplysninger forankret i GDPR artikkel 6 1).

Med spesielt fokus på artikkel 6 nummer 1, bokstav a og bokstav f.

Kandidatnummer: 1

Antall ord: 13 448



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato 01.06.2018

## INNHALDSFORTEGNELSE.

1. Introduksjon.....	2
1.1 Tema for oppgaven.....	2
1.2 Behandlingens lovlighet.....	3
1.3 Temaets aktualitet.....	5
1.4 Avgrensning mot lignende bestemmelser .....	7
2 Metode og fremgangsmåte.....	8
2.1 De relevante kildene for problemstillingen .....	8
2.2 Bruken av ulike kilder .....	8
3 Den grunnleggende retten til privatliv .....	10
4 WP-gruppen .....	12
4.1 Den rådgivende gruppens relevans.....	12
4.2 WP-Gruppens sammensetning .....	13
4.3 Et nytt personvernråd med forordningen i Mai 2018 .....	14
5 Problematikken rundt endring av behandlingsgrunnlag .....	17
5.1 Introduksjon.....	17
5.2 Behandlingsgrunnlaget berettiget interesse i relasjon til samtykke .....	17
5.3 Når et samtykke blir trukket tilbake av den registrerte .....	21
5.3.1 En utfordring av samtykkets krav til frivillighet.....	26
5.4 GDPR artikkel 17, retten til å få personopplysninger slettet i kombinasjon med et samtykke som er trukket tilbake .....	29
5.5 Samtykkets samspill med andre behandlingsgrunnlag i GDPR artikkel 6.....	30
5.6 Endring av behandlingsgrunnlag i andre typetilfeller. ....	32
5.6.1 Avtale .....	32
5.6.2 Rettskrav .....	34
5.6.3 Lovpålagt plikt .....	34
5.7 Forholdet til formålprinsippet.....	35
5.8 Relasjonen til forordningens krav om dokumentasjon.....	37
5.9 Andre argumentasjonskilder med relevans for problemstillingen.....	39
6 Refleksjoner .....	42
7 Avslutning.....	44
8 Kildeliste.....	46
8.1 Internasjonale rettskilder. ....	46
8.2 Norsk Lov.....	47
8.3 Artikkel 29 Arbeidsgruppen .....	47
8.4 Datatilsyn.....	47
8.5 Domsavgjørelser.....	48
8.6 Rapporter .....	48
8.7 Litteratur.....	48
8.8 Artikler .....	49
8.9 Nettsider .....	49

# 1. Introduksjon

## 1.1 Tema for oppgaven

Den overordnede problemstillingen er om en behandlingsansvarlig kan endre behandlingsgrunnlag etter GDPR artikkel 6 1) underveis i en behandling av personopplysninger.

På tidspunktet denne masteroppgaven blir skrevet pågår en av historiens mest omfattende forandringer i regelverket om personopplysningsvern i EU. Den 25 mai trer ”Regulation 2016/679” kjent som ”The General Data Protection Regulation” (heretter GDPR/forordningen) i kraft.<sup>1</sup>

Forordningen er den største forandringen på rettsområdet på flere år. Regelverket for vern av personopplysninger ble sist oppdatert 24 oktober 1995 med ”Direktiv 95/46/EF”<sup>2</sup> (heretter direktivet/det tidligere direktivet).<sup>3</sup> GDPR bygger på tre elementer representert i artikkel 1; regler for vern av fysiske personer og deres personopplysninger i forbindelse med behandling, å beskytte de grunnleggende rettigheter og friheter for fysiske personer, særlig vern av personopplysninger og endelig å forsikre fri utveksling av personopplysninger i EU.<sup>4</sup>

GDPR omhandler personopplysningsvernet til den enkelte og i fortalens punkt 14 legges det klart til grunn at personopplysninger som gjelder foretak og juridiske personer ikke omfattes. En fysisk person under forordningen omtales som ”den registrerte”.<sup>5</sup> Etter definisjonen i artikkel 4 (1) er det enhver identifisert eller identifiserbar person som direkte eller indirekte kan identifiseres, særlig ved hjelp av en identifikator, for eksempel et identifikasjonsnummer.

---

<sup>1</sup> Grunnlagene i artikkel 6 omtales både som rettsgrunnlag og behandlingsgrunnlag i litteratur og praksis, betydningen er den samme og gjennom denne avhandlingen vil begrepet ”behandlingsgrunnlag” anvendes.

<sup>2</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>

<sup>3</sup> ”Direktivet om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger”

<sup>4</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1525776866138&uri=CELEX:31995L0046>

<sup>5</sup> jf. forordningens formål og mål i artikkel 1 nr. 1 og 2.

<sup>6</sup> ”Data subjects”.

For å behandle personopplysninger i henhold til GDPR må en behandlingsansvarlig påvise et lovlig behandlingsgrunnlag presentert i artikkel 6. Dette vil være utgangspunktet for avhandlingen.

## 1.2 Behandlingens lovlighet

Artikkel 6 1) introduserer seks grunnlag for lovlig behandling av personopplysninger. Bestemmelsen innledes med at;” processing shall be lawful only if and to the extent that one of the following applies”. Dette tolkes som at listen er uttømmende. Hovedforskjellen mellom de ulike grunnlagene i art. 6 (1) er de praktiske situasjonene de baseres på. Grunnlagene representerer ulike kontekster og i bokstav b) til e) er deres rekkevidde snevret inn til situasjoner der behandling anses legitimt. Eksempelvis i art. 6 1 b) hvor behandlingen av personopplysningene baserer seg på en kontrakt eller i art. 6 1 d) hvor det er vitale interesser for den fysiske personen som ønskes beskyttet.

Den naturlige språklige forståelsen av ”at least one” i artikkel 6 1) tilsier at bestemmelsen ikke bygger på hierarkisk struktur og at grunnlagene er alternative.<sup>9</sup> Språket i artikkelen indikerer at så lenge et av grunnlagene foreligger i den konkrete situasjonen kan behandling av personopplysninger skje med forankring i artikkel 6.

Som utgangspunkt krever forordningen at behandlingsgrunnlaget må være fastsatt forut for behandlingen av personopplysninger.<sup>10</sup> Dette henger nært sammen med formålsprinsippet i artikkel 5 1) b) som krever at personopplysninger som er innhentet må ha et spesifikt, eksplisitt og legitimt formål og ikke skal viderebehandles på en måte som er uforenlig med formålet.

---

<sup>7</sup> Behandling av personopplysninger, ”processing” er i forordningen definert som ” any operation or set of operations which is performed on personal data or on sets of personal data” med eksempler, bredt definert I artikkel 4 (2).

<sup>8</sup> En behandlingsansvarlig etter GDPR artikkel 4 7) en fysisk eller juridisk person eller annet organ som alene eller sammen med andre bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke midler som skal benyttes.

<sup>9</sup> Enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar person jf.art. 4 1)

<sup>10</sup> Formuleringen i foralepunkt 40 tilsier at behandlingsgrunnlagene er ment å være likestilte. Dette bekreftees også i WP-gruppens tidligere rådgivende retningslinjer om samtykke. Opinion 15/2011 WP187.

<sup>11</sup> Jf. GDPR artikkel 13 ”at the time when personal data are obtained”.

Article 29 Working Party Group (heretter WP-gruppen) bekrefter dette i deres utkast til rådgivende retningslinjer om samtykke.<sup>12</sup> De uttrykker at; ”the application of one of six bases must be established prior to the processing and in relation to a specific purpose”.<sup>13</sup> WP-gruppen var en selvstendig rådgivende gruppe og dens rolle vil bli nærmere forklart i det følgende, ettersom dens tolkninger er av relevans for problemstillingen.

Utgangspunktet med et bestemt behandlingsgrunnlag fremstår som en sikker løsning, men usikkerhet reiser seg dersom den konkrete situasjonen avviker fra dette utgangspunktet.

Dette reiser følgende viktige spørsmål; Kan man endre behandlingsgrunnlag dersom det første grunnlaget ikke lenger er relevant? Hvis et samtykke er trukket tilbake, kan en behandlingsansvarlig påvise et annet behandlingsgrunnlag og bytte til dette?

WP-gruppen presenterer<sup>14</sup> en situasjon hvor grunnlaget ’samtykke’ ikke lenger er gyldig eller trukket tilbake uten å presentere alternativer til en praktisk løsning på sin tolkning. De gir dermed ingen rådgivning for å fortsette behandling av personopplysningene i slike tilfeller. Videre uttrykker gruppen; ”The lawful basis cannot be modified in the course of processing. Hence, the controller cannot swap between lawful bases”.<sup>15</sup> I det reviderte utkastet<sup>16</sup> har gruppen fjernet første del av utsagnet og fortsetter med å si; ”the controller cannot swap from consent to other lawful bases”.<sup>17</sup> Dette er i skrivende stund WP-gruppens mest oppdaterte uttalelser på området.

I litteraturen<sup>18</sup> omtales også en mulig endring av behandlingsgrunnlag. Det uttales at; ”Iblant kan det oppstå spørsmål underveis i en behandling om det valgte rettslige grunnlaget er tilstrekkelig til å hjemle behandlingen. For eksempel kan det oppstå spørsmål om et innhentet samtykke tilfredsstillende forordningens krav. Det *må antas* at det i slike sammenhenger ikke er anledning til å bytte rettslig grunnlag, og velge et annet av de alternative rettslige grunnlagene i art.6 nr.1 til erstatning for det grunnlaget som ikke lenger synes tilfredsstillende” (min

---

<sup>12</sup> ”WP259 Guidelines on Consent under Regulation 2016/679. Adopted on 28 November 2017”, 22.

<sup>13</sup> Samme uttalelse også i revidert versjon av retningslinjen ”WP259.rev.01. ”Guidelines on Consent Under Regulation 2017/679. As last revised and adopted on April 10, 2018.”

<sup>14</sup> I de samme rådgivende retningslinjene som overfor.

<sup>15</sup> WP259, 22 siste del.

<sup>16</sup> WP259.rev.01.

<sup>17</sup> under punkt 6.

<sup>18</sup> Skullerud, Rønnevik, Skorstad og Pellerud (2018) s. 87

kursivering). Denne formuleringen tyder på at rettsstilstanden er usikker ved tolkningen av art. 6 1) sin ordlyd.

Interaksjonen mellom grunnlagene samtykke og berettiget interesse er spesielt interessant for problemstillingen.<sup>19</sup> WP-gruppen uttaler at det er ”not allowed” å undersøke om det foreligger en berettiget interesse som gyldig behandlingsgrunnlag på forhånd i situasjoner hvor det dukker opp problemer relatert til gyldigheten av et samtykke. Dette forklares som et forbud mot å ha et behandlingsgrunnlag som ”back-up” løsning ved problemer med det opprinnelige grunnlaget. Dette gjelder etter WP-gruppens syn både i situasjoner hvor et samtykke er trukket tilbake, men også hvor en behandlingsansvarlig ikke kan dokumentere et gyldig samtykke.

Flere advokatfirmaer og it-selskaper har stilt seg undrende til hva WP-gruppens tolkningsuttalelser i de rådgivende retningslinjene egentlig taler for, og hva en løsning eventuelt kan være.<sup>20</sup> Det synes ikke å være et klart svar på hvordan situasjonen skal løses og hvordan det kan fungere i praksis. Med grunnlag i GDPR’s vidtrekkende omfang<sup>21</sup> bør dette problematiseres og diskuteres. Utfordringen i oppgaven vil være å redegjøre for en mulig praktisk løsning.

### 1.3 Temaets aktualitet

Som nevnt innledningsvis knyttes relevansen av problemstillingen til den store endringen på området for personopplysningsvern ved ikrafttreddelsen av GDPR. De fleste personer har den siste tiden mest sannsynlig opplevd å motta mail eller SMS fra ulike aktører de har et forhold til angående oppdatering av deres personvern i henhold til GDPR. Dette viser det dynamiske aspektet av rettsområdet.

Det fremgår av fortalen til GDPR punkt 6 at: *“Rapid technological developments have brought new challenges for the protection of personal data. The scale of data sharing and collecting has increased dramatically. Technology allows both private companies and public*

---

<sup>19</sup> Jf. GDPR artikkel 6 1) a og f.

<sup>20</sup> Et eksempel er fra the Bird & Bird lawfirm:

<https://www.twobirds.com/en/news/articles/2018/global/article-29-working-party-guidelines-on-consent> Se også <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=700fa7f7-2b30-4c0a-9242-d9911d0225b3> hvor det uttales at dette er en ”off-situation” når GDPR er gjennomført.

<sup>21</sup> Jf. saklig-og geografisk virkeområde i artikkel 2 og 3.

*authorities to make use of personal data on an unprecedented scale in order to pursue their activities. Natural persons increasingly make personal information available publicly and globally. Technology has transformed both the economy and social life”.*<sup>22</sup>

Utdraget av fortalen forklarer behovet for et regelsett for behandling av personopplysninger. GDPR er på nåværende tidspunkt det mest oppdaterte og omfattende regelverket for vern og behandling av personopplysninger, og det er derfor relevant å diskutere mulige løsninger for behandlingsgrunnlagene.

Aktualiteten vises også i utviklingen fra et direktiv<sup>23</sup> til en forordning.<sup>24</sup> Det tidligere direktivet inneholdt 34 artikler og GDPR utvider med 99 artikler som gjenspeiler relevansen i beskyttelse av personopplysninger. GDPR er langt mer detaljert enn direktivet og viktigheten av reguleringen bygger på dagens moderne samfunn og personopplysningsvernets utfordring i lys av internett og økt kommersialisering av personopplysninger.

Ikke bare vokser forordningens materielle omfang, men dets rettsvirkning er større. Forordningens umiddelbart bindende natur<sup>25</sup> i alle medlemsland<sup>26</sup> gjør det viktig å ha en harmonisert forståelse på tvers av landene og legger press på oppklaring av usikre situasjoner. Det påpekes i fortalens punkt 13 at for å hindre forskjeller mellom medlemslandene er det behov for en forordning for å skape rettssikkerhet.

Forordningens fokus på beskyttelse av fysiske personer er også relevant for oppklaring av usikkerheter. Enkeltindivider skal kunne lese forordningens regler og forstå egne rettigheter knyttet til beskyttelsen av deres personopplysninger.<sup>27</sup> Som nevnt i fortalen i punkt 11 er en tanke at; ”effective protection of personal data thorough the Union requires the strengthening and setting out in detail of the rights of data subjects and the obligations of those who process and determine the processing of personal data”. For å oppfylle slike mål er det relevant å

---

<sup>22</sup> Se også memorandum fra forslag til ny regulering ”COM/2012/011. Final”, s. 1.

<sup>23</sup> Direktiv 95/46/EF

<sup>24</sup> TEUV artikkel 16 2) som gir Europaparlamentet og rådet fullmakt til å fastsette regler for vern av fysiske personer. Se også fortalen punkt 12.

<sup>25</sup> TEUV artikkel 288 annet ledd.

<sup>26</sup> Jf. GDPR artikkel 99 2)

<sup>27</sup> Se fokus på dette fra det norske Datatilsynet hvor den registrertes styrkede krav på åpenhet med forordningen fremheves. <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-skjema/nye-personvernregler/hva-blir-nytt-med-forordningen/>

diskutere tolkningsuttalelsene til WP-gruppen. Og hvilket handlingsalternativ en behandlingsansvarlig har hvis et samtykke er trukket tilbake eller er ugyldig er av betydning.

I likhet med mange andre juridiske problemstillinger har heller ikke denne et klart ja-eller-nei-svar, men det burde være mulig å argumentere for en løsning som er praktisk gjennomførbar.

Oppgavens problemstilling springer ut av internasjonale kilder på mange ulike språk. Sitater og utdrag som er publisert på engelsk vil bli direkte sitert på engelsk i oppgaven. Dette gjøres for å beholde korrekt innhold og fordi den norske versjonen av forordningen er en uoffisiell oversettelse.<sup>28</sup>

#### **1.4 Avgrensning mot lignende bestemmelser**

Oppgavens tema er fokusert på behandlingsgrunnlagene i GDPR artikkel 6 og vil ikke gå inn på andre bestemmelser om behandlingsgrunnlag slik som artikkel 9. Artikkel 9 er situasjoner som minner om behandlingsgrunnlagene i artikkel 6, men omhandler følsomme personopplysninger som knytter seg mer direkte til andre grunnleggende menneskerettigheter.<sup>29</sup> Den sensitive naturen til personopplysningene beskyttet i artikkel 9 gjør vurderingene mer komplekse og sammensatte, av plasshensyn vil det derfor avgrenses fra disse under behandlingen av problemstillingen.

Det avgrenses også fra behandling av personopplysninger etter artikkel 10 som omhandler straffedommer og lovovertrедelser.

---

<sup>28</sup> <https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/regelverk-skjema/forordningen/uoffisiell-norsk-oversettelse-av-personvernforordningen.pdf>

<sup>29</sup> Eksempelvis EMK art. 9 Tanke-, samvittighets- og religionsfrihet, art 11 forsamlings- og foreningsfrihet og art.14 forbud mot diskriminering. Se også fortalen punkt 51.



## 2 Metode og fremgangsmåte

### 2.1 De relevante kildene for problemstillingen

Dette kapittelet vil drøfte noen av de metodiske utfordringene som reiser seg ved problemstillingen og hvordan forskjellige argumenter kan tilføre verdi til den helhetlige diskusjonen. En av de større utfordringene er mangel på rettsavgjørelser fra domstolene, som begrunnes i at GDPR i skrivende stund trer i kraft. Dette tilsier at praksis som ofte gir tolkningsveiledning ikke kan anvendes som kilde. Dermed blir det større fokus på forordningens tekst, dens fortale, juridiske artikler og litteratur og andre kilder som kan tilføre verdi til diskusjonen. Kildenes relevans vil også kort gjennomgås.

De mest tungtveiende rettskildene<sup>30</sup> i denne konteksten er Den Europeiske Unions Pakt om grunnleggende rettigheter (pakten)<sup>31</sup> og traktaten om den Europeiske unions virkemåte (TEUV), de anses som primærrett.<sup>32</sup> De grunnleggende rettighetene har en viktig rolle som utgangspunkt for regelverket<sup>33</sup> og fungerer som overordnede ”spilleregler” for hvilke tolkninger som vil være innenfor lovlige rammer.

### 2.2 Bruken av ulike kilder

Et interessant aspekt ved problemstillingen for oppgaven er at den presenterer ulike tolkninger av en konkret bestemmelse i forordningen. Forordningen som en sekundær rettskilde<sup>34</sup> er taus om en mulig endring av behandlingsgrunnlag.<sup>35</sup> Og det er interessant at WP-gruppen med rådgivende retningslinjer som regnes som soft law<sup>36</sup> diskuterer en utvidende tolkning av behandlingsgrunnlagene i artikkel 6. De rådgivende retningslinjene kan være overbevisende i sin fremstilling men anses ikke etter TEUV som en rettslig bindende kilde. De rådgivende retningslinjene fra WP-gruppen vil bli nærmere diskutert i det følgende kapitlet om gruppens sammensetning.

---

<sup>30</sup> Se TEU art. 6.

<sup>31</sup> ”The Charter” vil gjennom avhandlingen omtales med det offisielle norske navnet ”pakten”.

<sup>32</sup> Se også European Union Law, 93-94.

<sup>33</sup> Viser til fortalens punkt 1.

<sup>34</sup> TEUV artikkel 288.

<sup>35</sup> Se også European union Law, 92.

<sup>36</sup> Se TEUV artikkel 288, siste ledd. ”Rekommandasjoner og uttalelser skal ikke være bindende”. Se også European Union Law, 93.

I egenskap av å være en forordning implementeres GDPR direkte i medlemsstatenes lover om behandling av personopplysninger og vil ha bindende virkning. Til forskjell fra det tidligere direktivet hvor medlemsstatene kunne modifisere form og metode<sup>37</sup> vil denne reguleringen være bindende i sin helhet i alle medlemsstater.<sup>38</sup>

GDPR's innledende fortale er en historisk og administrativ bakgrunn til artiklene i forordningen og utdyper om de rettighetene som følger av den. Fortalen forklarer en rekke konsepter, prinsipper og vilkår i forordningen og bakgrunnen for disse. For eksempel blir alle sidene ved et gyldig samtykke mer utfyllende omtalt i fortalen enn i selve reguleringen.<sup>39</sup> På grunn av sin utdypende rolle er fortalen en viktig kilde for denne problemstillingen. Som nevnt i fortalens punkt 7, krever utviklingen i teknologi en sterk og koherent regulering og beskyttelse av personopplysninger i EU. Et fokus på gjennomsiktighet<sup>40</sup> skaper tillit mellom den behandlingsansvarlige og den registrerte. Dette er faktorer som spiller inn i viktigheten av å redegjøre uklare tolkninger og avklare hvilke grenser som gjelder for alle parter.

Litteratur, utsagn fra ulike datatilsyn og nettartikler vil bli brukt som supplerende informasjonskilder.

---

<sup>37</sup> TEUV artikkel 288, tredje ledd ”...overlate til myndighetene i medlemsstatene å bestemme formen og midlene for gjennomføringen”.

<sup>38</sup> TEUV artikkel 288, annet ledd ”Den skal være bindende i alle deler og komme direkte til anvendelse i alle medlemsstater”.

<sup>39</sup> Se fortale punkt 32, 42, 43.

<sup>40</sup> Se artikkel 5 1) a).

### 3 Den grunnleggende retten til privatliv

GDPR's fortale<sup>41</sup> uttaler at; *"The protection of natural persons in relation to the processing of personal data is a fundamental right. Article 8(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the 'Charter') and Article 16(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) provide that everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her."*

Artikkel 8 i pakten presenterer den direkte retten til personopplysningsvern som en grunnleggende rettighet og i annet ledd blir kravet om et lovlig behandlingsgrunnlag kodifisert.<sup>42</sup> Det presiseres at personopplysninger må bli behandlet *"fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law"*. GDPR artikkel 6 bygger videre på denne bestemmelsen ved å kreve lovlig grunnlag for behandling og har en slags direkte sikkerhetsventil i de grunnleggende rettighetene.

GDPR artikkel 4 (1) definerer begrepet *"personopplysninger"* og pakten bør tolkes dithen at det beskytter alle aspektene av personopplysninger som følger av definisjonen i artikkel 4 (1). I en tysk sak for EU-domstolen<sup>43</sup> påpekes det at beskyttelse av personopplysningers behandling ikke er en absolutt rettighet og at det kreves en vurdering sett i lys av samfunnet opplysningene brukes i. Dette er enda viktigere nå enn før, da teknologi og modernisering har blomstret frem og resulterer i at personopplysninger kommersialiseres i større grad og skaper et behov for et godt vern.

Artikkel 16 i TEUV ligner i sitt innhold på paktens artikkel 8 og poengterer Europaparlamentets og Europarådets ansvar for å fastsette regler om personvern ved behandling av personopplysninger. Oppgaven med å kontrollere at reglene overholdes legges til uavhengige myndigheter.<sup>44</sup> Bestemmelsen er bredt formulert og gir handlingsrom til å fastsette regler som opprettholder rettighetene.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> Fortalen punkt 1.

<sup>42</sup> [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf) s.10

<sup>43</sup> Court of Justice of the EU, judgment of 9.11.2010, Joined Cases C-92/09 and C-93/09 Volker und Markus Schecke and Eifert, i avsnitt 47 og 48.

<sup>44</sup> Eksempelvis tilsynsmyndighetenes ansvar jf. GDPR art. 51 i et samarbeid med Kommisjonen.

<sup>45</sup> Følger av en naturlig språklig forståelse av art. 16 annet ledd

Fortalens punkt 4 uttaler at retten til vern av personopplysninger må sees i sammenheng med betydningen det har i samfunnet og veies opp mot andre grunnleggende rettigheter.

Behovet for et sterkt personopplysningsvern i det moderne samfunnet er betydelig og møter stadig nye utfordringer ved grensene for vern av personopplysninger.<sup>46</sup> De grunnleggende rettighetene for de registrerte verner om flere sider av privatlivet<sup>47</sup> og vernet av disse bør stå sterkt i lys av samfunnets utvikling. Vernet av vår korrespondanse<sup>48</sup> er eksempelvis en grunnleggende rettighet som vil veie tungt i dagens samfunn fordi vi som enkeltindivider forventer at våre private liv forblir private.

Med de grunnleggende rettighetene som normativt grunnlag for beskyttelse ved behandling av personopplysninger vil det foreligge sikre rammer rundt behandlingen. Spesielt pakten art.8 og TEUV art. 16 vil ha en viktig rolle som bakenforliggende rettigheter under hele prosessen og forsterker personopplysningsvernet som grunnleggende rettighet i EU.<sup>49</sup> Når man diskuterer en usikkerhet i tolkningen av de rådgivende uttalelsene så diskuterer man samtidig hvilket utslag dette vil ha for enkeltindividets vern i forordningen. Pakten gir uttrykk for en rekke viktige juridiske prinsipper som må etterleves gjennom anvendelsen av GDPR. Med grunnlag i disse rettighetene vil det alltid foreligge en ekstra beskyttelse for individet som vil fremme muligheten for overprøvbarhet i enkeltsaker.

---

<sup>46</sup> Fortalens punkt 18, kan leses som at all vår korrespondanse med forbindelse til profesjonell- eller kommersiell aktivitet omfattes.

<sup>47</sup> Pakten artikkel 8 1) personopplysninger, TEUV artikkel 16 ”rett til vern av personopplysninger om vedkommendes selv”, EMK artikkel 8 ”rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse”

<sup>48</sup> EMK artikkel 8.

<sup>49</sup> se f.eks. Bygrave og Schartum (2016) s. 107.

## 4 WP-gruppen

### 4.1 Den rådgivende gruppens relevans

Denne avhandlingen reiser et spørsmål med grunnlag i WP-gruppens tolkning. For å kunne se på dens rådgivende uttalelser og betydningen av disse sammenlignet med forordningens ordlyd<sup>50</sup> er det nødvendig med en gjennomgang av gruppens sammensetning. WP-gruppen ble opprinnelig startet for det tidligere direktivet for personopplysninger. Dens oppgaver kom til uttrykk i direktivets artikkel 29 og er opprinnelsen for gruppens navn. WP-gruppen har jobbet som en selvstendig rådgivende gruppe som ikke reflekterer posisjonen og meningene til EU-kommisjonen.<sup>51</sup>

WP-gruppen har i flere år uttalt seg om viktige aspekter som omhandler beskyttelse av personopplysninger. Utkastet til den rådgivende retningslinjen om samtykke har betydning for den nye forordningen ved at retningslinjen er utformet med forordningen som tolkningsbase.<sup>52</sup> På gruppens nettside arkiveres alle deres rådgivende retningslinjer om hvordan forskjellige konsepter i forordningen bør tolkes.<sup>53</sup> For denne oppgaven er spesielt to av disse rådgivende retningslinjene relevante. Det er ”WP217. Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under article 7 of directive 95/46/EC” og den tidligere nevnte rådgivende retningslinjen om samtykke, WP259. Disse er interessante fordi likhetene mellom samtykke og berettiget interesse som behandlingsgrunnlag ofte er diskutert og vurdert av WP-gruppen.

Underveis i skriveprosessen av denne avhandlingen ble det publisert en revidert versjon<sup>54</sup> av WP-gruppens uttalelse om samtykke og denne trekkes også inn som en relevant argumentasjonskilde. Forandringene er imidlertid ikke store og den reviderte versjonen er tilnærmet lik det første utkastet, relevante forskjeller vil påpekes gjennomgående i avhandlingen.

---

<sup>51</sup> [http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=59485](http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=59485)

<sup>52</sup> fremkommer av deler av tittelen på den rådgivende retningslinjen ”under regulation 2016/679”.

<sup>53</sup> [http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item\\_type=1360&tpa\\_id=6936](http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item_type=1360&tpa_id=6936) (3/4-2018).

<sup>54</sup> WP259.rev01.

## 4.2 WP-Gruppens sammensetning

Gruppen er sammensatt av representanter fra tilsynsmyndighetene i alle EU's medlemsland.<sup>55</sup> Representantene er ledere for, eller har viktige stillinger i, deres egen tilsynsmyndighet med lang erfaring og relevant praksis, men ikke nødvendigvis juridisk utdannelse eller direkte juridisk erfaring.<sup>56</sup> Medlemmenes ulike nasjonale- og akademiske bakgrunn gjør det til en kompetent gruppe selv om dens uttalelser og dokumenter er rådgivende<sup>57</sup> og ikke rettslig bindende. Sammensetningen gir gruppen kompetanse fra ulike rettskulturer med forskjellige erfaringer.

Advokatfirmaer og andre organisasjoner rundt om i verden refererer til gruppens uttalelser og rådgivende retningslinjer på egne nettsider for veiledning om personopplysningslovgivningen for enkeltpersoner og for næringslivet. Det kom til uttrykk fra EU-kommisjonen i år at datatilsyn i alle medlemsland vil referere til de rådgivende retningslinjene fra WP når forordningen trer i kraft og skal implementeres.<sup>58</sup>

Dette viser at rekkevidden til WP-gruppen er stor og de når ut til både organisasjoner, juridiske miljøer og enkeltpersoner. De rådgivende retningslinjene fra WP-gruppen innledes ofte med "these guidelines provide a thorough analysis of.." <sup>59</sup> et bestemt tema fra forordningen. Måten gruppen ordlegger seg på tilsier at det vil være en grundig gjennomgang av et tema innenfor personopplysningsvern og gjør deres rådgivende retningslinjer interessante som kilde og et bidrag til en harmonisert forståelse av regelverket.

Den nye forordningen vil medføre endringer også i den administrative strukturen, med betydning for WP-gruppen.

---

<sup>55</sup> jf. Direktiv 95/46/EF artikkel 29 nr.2

<sup>56</sup> Eksempel på de ulike representantene i WP-gruppen: [http://ec.europa.eu/justice/article-29/structure/data-protection-authorities/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/article-29/structure/data-protection-authorities/index_en.htm) ( besøkt 19-05/18)

<sup>57</sup> jf. artikkel 29 første punkt annet ledd i Direktiv 95/46/EF

<sup>58</sup> [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/data-protection-communication-com.2018.43.3\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/data-protection-communication-com.2018.43.3_en.pdf) s.7.

<sup>59</sup> Eksempel tatt fra introduksjonen av WP259

### 4.3 Et nytt personvernråd med forordningen i Mai 2018

Når forordningen trer i kraft 25. Mai vil den rådgivende WP-gruppen erstattes med "The European Data Protection Board" heretter "EDPB".<sup>60</sup> Sammen med "European Data Protection Supervisor" og EU-kommisjonen vil de nåværende medlemmene av WP-gruppen<sup>61</sup> bli et nytt og utvidet personvernråd. Det fremheves i fortalen<sup>62</sup> at det nye rådet skal være et uavhengig EU- organ for å bidra til en ensartet anvendelse av GDPR i medlemslandene.

EDPB vil ha en hevet kompetanse på området for vern av personopplysninger grunnet at den nye sammensetningen gir deres uttalelser større innflytelse og rettslig innvirkning. I følge GDPR artikkel 68 1) skal EDPB som et EU-organ anses som en juridisk person<sup>63</sup> og opptre uavhengig i utøvelse av myndighet og oppgaver.<sup>64</sup> Gruppen skal være ledende for rådgivning om behandling av personopplysninger, men også være delaktig i arbeidet for en harmonisert implementering og gjennomførelse av forordningen.<sup>65</sup> De skal arbeide for ensartet anvendelse av forordningen.<sup>66</sup>

GDPR artikkel 70 kodifiserer EDPB's oppgaver og i 70 nr. 3 fastsettes det at EDPB skal offentliggjøre sine uttalelser, retningslinjer, anbefalinger og beste praksis. Deres rolle utvides markant fra deres rolle under det tidligere direktivet.<sup>67</sup>

EDPB skal treffe bindende beslutninger i bestemte tilfeller jf. GDPR artikkel 65. Fortalens punkt 136 påpeker at personvernrådet gis myndighet til å treffe rettslig avgjørende beslutninger hvis det oppstår konflikter mellom medlemslandenes tilsynsmyndigheter, særlig om forordningen. Dette er en ny mekanisme under GDPR<sup>68</sup> og et viktig tilskudd til gruppens rådgivende rolle. Det følger av artikkel 72 at EDPB selv skal treffe avgjørelser med simpelt flertall blant rådets medlemmer.

---

<sup>60</sup> GDPR artikkel 68.

<sup>61</sup> artikkel 68 nr. 3 "the head of one supervisory authority of each member state".

<sup>62</sup> GDPR's fortale punkt 139

<sup>63</sup> Se artikkel 68 første ledd "legal body".

<sup>64</sup> Jf. GDPR artikkel 69.

<sup>65</sup> Se fortalen punkt 139.

<sup>66</sup> Jf. artikkel 70 1).

<sup>67</sup> Tidligere ansvarsråder i Direktiv 95/46/EF artikkel 30

<sup>68</sup> Var ikke en del av gruppens kompetanse under Direktiv 95/46/EF jf. art.29.

Den viktige rollen til EDPB bekreftes av EU-kommisjonen som uttaler at *”More than ever before, the European Data Protection Board will have to create a common data protection culture among all the national data protection authorities to ensure that the rules of the Regulation are interpreted consistently”*.<sup>69</sup>

EDPB vil dermed fortsette å være et informativt tilskudd, men med større gjennomslagskraft enn tidligere.<sup>70</sup> GDPR artikkel 69 2) fastsetter at EDPB ikke skal motta instruksjoner fra andre.

I forordningens fortale i punkt 139 og 140 trekkes det frem at EDPB er en erstatning for den tidligere gruppen, hvor det også vektlegges at de skal kunne virke som en rådgivende gruppe for EU-kommisjonen<sup>71</sup>. Dermed vil rådgivningen både være relevant for publikum, men også innad i EU vil gruppen ha en viktig rolle vedrørende tolkning og riktig anvendelse av GDPR.

EU-kommisjonen uttaler at; *“It is important to recall that, where questions regarding the interpretation and application of the Regulation arise, it will be for courts at national and EU level to provide the final interpretation of the Regulation.”*<sup>72</sup>

Dette fremhever viktigheten av at domstolene, både nasjonale og EU-domstolen, har siste ord i å oppklare uklarheter som oppstår i relasjon til GDPR. Det påpekes i fortalen<sup>73</sup> at tilsynsmyndighetenes kompetanse ikke bør omfatte domstolene i deres utøvelse av domsmyndighet. EU-domstolen har en viktig rolle i å overse at forordningen blir anvendt på riktig måte og at rettighetene overholdes.<sup>74</sup> En rådgivende gruppe kan være med på å gjøre forståelser og tolkninger mer harmoniserte, og ha en preventiv effekt som reduserer arbeidet for domstolene.

---

<sup>69</sup> [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/data-protection-communication-com.2018.43.3\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/data-protection-communication-com.2018.43.3_en.pdf) side 10.

<sup>70</sup> Jf. GDPR artikkel 70 1). e).

<sup>71</sup> GDPR fortale punkt 139 og 140. Samt artikkel 70 b) og c)

<sup>72</sup> [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/data-protection-communication-com.2018.43.3\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/data-protection-communication-com.2018.43.3_en.pdf) side 7.

<sup>73</sup> Punkt 20 i fortalen påpeker at domstolene må sikres sin uavhengighet når de utfører sine juridiske oppgaver, herunder å treffe avgjørelser.

<sup>74</sup> TEU artikkel 19 første ledd.



For hovedproblemstillingen i denne oppgaven vil det i fremtiden bli interessant hvilket standpunkt det nye personvernrådet tar. At EDPB har avgjørende myndighet i konflikter mellom tilsynsmyndighetene<sup>75</sup> gjør det interessant hvilken retning de velger å gå vedrørende tematikken rundt endring av behandlingsgrunnlag.

---

<sup>75</sup> GDPR fortale punkt 136.

## **5 Problematikken rundt endring av behandlingsgrunnlag**

### **5.1 Introduksjon**

I WP-gruppens utkast til rådgivende retningslinjer om samtykke trekkes muligheten for endring av behandlingsgrunnlag frem.<sup>76</sup> For det første i en situasjon hvor samtykket er trukket tilbake i samsvar med artikkel 7(3)<sup>77</sup> og for det andre tas samspillet mellom samtykke og andre behandlingsgrunnlag i artikkel 6 opp.<sup>78</sup> Dette er to situasjoner hvor problemstillingen kan oppstå og der de samtidig relaterer seg til hverandre grunnet den nære relasjonen mellom behandlingsgrunnlagene i artikkel 6.

I fortalen til forordningen nevnes ikke disse situasjonene og den forholder seg taus om en situasjon hvor et bytte av grunnlag gjøres mulig. Det ser ut til at dette først blir relevant når WP tolker artikkel 6 i sine rådgivende retningslinjer.<sup>79</sup>

Derfor er det i det videre interessant å se nærmere på de to situasjonene som fremheves i WP-gruppens tolkning og redegjøre for viktige sammenhenger mellom ulike behandlingsgrunnlag. Det vil først tas stilling til de ulike situasjonene separat, før det ved en sammenligning av de ulike momentene drøftes hvilke løsninger som kan være aktuelle i praksis, med innspill fra andre kilder.

### **5.2 Behandlingsgrunnlaget berettiget interesse i relasjon til samtykke**

For å bedre forstå på hvilken måte oppgavens problemstilling kan oppstå er interaksjonen mellom behandlingsgrunnlagene samtykke og berettiget interesse sentral og vil bli nærmere forklart i det følgende. Vurderingene som gjøres i forkant av disse behandlingsgrunnlagene er viktige for å finne det som best dekker den konkrete situasjonen i forholdet til den registrerte.

En behandlingsansvarlig kan ha problemer med å skille mellom situasjoner basert på samtykke versus berettiget interesse og hvilket av grunnlagene som egner seg best i det konkrete kundeforholdet. WP-gruppen uttaler i sin rådgivende retningslinje om berettiget

---

<sup>76</sup> s. 22-23.

<sup>77</sup> Se punkt 5.2, side 21.

<sup>78</sup> Under punkt 6.

<sup>79</sup> Se WP259, WP259.rev01. og Opinion 15/2011 WP 187.

interesse<sup>80</sup> at den presise meningen av behandlingsgrunnlaget i artikkel 6 1 f) og dets relasjon til de andre grunnlagene lenge har vært mer eller mindre uklare.

Begge behandlingsgrunnlagene krever en nærmere vurdering for å avgjøre deres gyldighet. Samtykket etter art. 6 1) a) er sammensatt av ulike vurderinger som må foreligge og hvis det er korrekt innhentet uttrykker det den registrertes frie vilje.<sup>81</sup> GDPR artikkel 4 (11) definerer gyldig samtykke som frivillig, spesifikt, informert og en utvetydig viljesytring. Helst i form av en erklæring eller tydelig bekreftelse fra den registrerte. Samtykket er et godt grunnlag som en direkte kommunikasjon fra den registrerte, men kun hvis det er gjort riktig i henhold til forordningen. Fortalen bekrefter viktigheten av disse faktorene ved å påpeke at den registrerte tydelig må gi uttrykk for å godta behandling.<sup>82</sup> I likhet med berettiget interesse er det vurderingsmomenter som må redegjøres for den enkelte registrerte, og som til sammen utgjør et gyldig samtykke og behandlingsgrunnlag.

Etter grunnlaget i art. 6 1) f) er behandlingen lovlig hvis den ”er nødvendig” for formål som er knyttet til en ”berettigede interesse” hos behandlingsansvarlig eller en tredjepart.

Bestemmelsen forutsetter en interesseavveining; balansetesten. WP-gruppens rådgivende retningslinjer om berettiget interesse påpeker at det ikke er en enkel test med to vektskåler, men en mer kompleks vurdering. De registrertes interesser og grunnleggende rettigheter og friheter veies opp mot interessene til den behandlingsansvarlige som ønsker å behandle personopplysningene.<sup>83</sup>

Balansetesten kan deles inn i tre ulike avveininger; en formålstest ved om behandlingsansvarlig forfølger en berettiget interesse, en nødvendighetstest og balanseringen av om den registrertes rettigheter overskrider behandlingsansvarliges berettigede interesse.<sup>84</sup>

WP-gruppen trekker frem fire ulike hovedtemaer som avgjør om den behandlingsansvarliges interesse er berettiget. Den omtaler disse hovedtemaene som ”key factors”<sup>85</sup> og det reflekterer viktigheten av interesseavveiningen. Temaene er at behandlingsansvarlig må fremlegge den

---

<sup>80</sup> Opinion 06/2014 WP217.

<sup>81</sup> Jf. art. 4 11)

<sup>82</sup> Fortalen punkt 32.

<sup>83</sup> Se fortalen punkt 47.

<sup>84</sup> Illustreres av det britiske datatilsynet; <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basis-for-processing/legitimate-interests/>

<sup>85</sup> Uttalelse på s. 33 i den overnevnte rådgivende retningslinjen.

konkrete berettigede interessen, deretter må innvirkningen for den registrerte legges til grunn, det tredje temaet er ”provisional balance” som omhandler å overholde generelle prinsipper og rettigheter ved forordningen og endelig kan det foreligge ekstra sikkerhetsventiler som kan legges til grunn av den behandlingsansvarlige, eksempelvis større bruk av anonymisering.

Den registrertes rettigheter og friheter fremgår av pakten artikkel 8 og TEUV artikkel 16 som nevnt innledningsvis, og andre generelle og grunnleggende rettigheter som gjelder for enkeltindivider. Artikkel 8 annet ledd beskytter blant annet den viktige retten til en rettferdig behandling og vil ha betydning i vurderingen av om den behandlingsansvarliges interesser veier tyngre enn den registrertes. Et annet eksempel på grunnleggende rettigheter som må tas i betraktning i interesseavveiningen er menneskerettighetene presentert i EMK som også innebærer viktige og elementære rettigheter på enkeltindividets side.

En hovedforskjell mellom de to grunnlagene<sup>86</sup> følger direkte av forordningens tekst ved at samtykke ikke stiller et nødvendighetskrav, til forskjell fra den berettigede interessen som krever at behandlingen må være ”necessary”. Nødvendighetskravet setter rammer for i hvilke tilfeller berettiget interesse kan anvendes som behandlingsgrunnlag. WP-gruppen trekker frem uttalelser<sup>87</sup> fra en dom for den Europeiske Menneskerettsdomstolen<sup>88</sup> som diskuterer betydningen av ”necessary” i et demokratisk samfunn<sup>89</sup> og viser at fleksibiliteten til begrepet er begrenset.

Behandlingsansvarlig må påvise at den berettigede interessen i å behandle opplysningene er nødvendig i den konkrete situasjonen. Etersom berettiget interesse som behandlingsgrunnlag ikke krever enighet fra den registrerte må balansetesten skje på initiativ fra behandlingsansvarlig.<sup>90</sup> Nødvendighetskravet gjør også at den ansvarlige må påvise at deres mål med behandlingen ikke kan oppnås på andre måter.<sup>91</sup> Dersom det faktisk foreligger en berettiget interesse i situasjonen har det nådd opp til terskelen og vil utgjøre et sikkert alternativt grunnlag.

---

<sup>86</sup> Artikkel 6 1) a) og f)

<sup>87</sup> I Opinion 06/2014 WP217 omtaler dom på s. 11, fotnote 23.

<sup>88</sup> Silver & Others v. United Kingdom 25 mars, avsnitt 97 a).

<sup>89</sup> det uttales at nødvendig ikke er synonymt med uunnværlig, men heller ikke har fleksibiliteten til uttrykk som ordinært, brukbart, akseptabelt eller ønskelig.

<sup>90</sup> Uttales av WP-gruppen i de rådgivende retningslinjene som nevnt over.

<sup>91</sup> Se fortalen punkt 39 – personopplysninger bør behandles bare dersom formålet med behandlingen ikke med rimelighet kan oppnås på annen måte.

Et eksempel på en situasjon hvor det kan være nødvendig å oppbevare personopplysninger om den registrerte er ansatte-mapper. Disse inneholder forskjellig informasjon om den ansatte, som navn og adresse, kredittinformasjon, familierelasjoner, arbeidsattester og ellers viktige opplysninger for arbeidsgiver. Slike ansatte-mapper kan være et eksempel på en situasjon hvor arbeidsgiver har en berettiget interesse i å behandle personopplysningene. Arbeidsgiver kan i slike tilfeller forankre sin aktivitet artikkel 6 1) f), men må uansett gjennom en interesseavveining.

Berettiget interesse som grunnlag åpner ikke for at den registrerte kan trekke tilbake noe, slik som ved et samtykke jf. art 7 3). Men den registrerte har en mulighet til å protestere på en behandling med grunnlag i art. 6 1) f). Etter artikkel 21 1) må all behandling av opplysningene opphøre ved en slik protest med mindre den behandlingsansvarlige fremlegger tvingende berettigede grunner som veier tyngre enn den registrertes rettigheter og friheter. Protesten kan skje ”at anytime” i følge art. 21 1).

På bakgrunn av dette kan ’berettiget interesse’ egne seg som et alternativt grunnlag man endrer til underveis i prosessen og den registrerte vil fortsatt ha en mulighet til å motsi seg behandlingen.

Det kan diskuteres om berettiget interesse eller samtykke er det beste grunnlaget i spesifikke situasjoner og det kan bero på størrelsen av den behandlingsansvarliges firma og kunderegisterets omfang. Et stort firma med mange kunder har naturlig nok ikke samme kapasitet til å samle inn samtykker fra alle de registrerte kundene som muligens ett mindre firma kan. Dette kan også ha innvirkning på om det er forsvarlig å ha et alternativt behandlingsgrunnlag som ”back-up” eller ikke.

Samtykke kan i noen tilfeller fremstå som skjørere for den behandlingsansvarlige grunnet retten for den registrerte til å trekke det tilbake på et hvilket som helst tidspunkt.<sup>92</sup> Dette er en faktor som spiller inn og trekker i retning av at det vil kunne være en sikkerhet for den behandlingsansvarlige å ha berettiget interesse som ”back-up” særlig i tilfeller hvor behandlingen av personopplysningene er veldig betydningsfull.

---

<sup>92</sup> Jf. retten i GDPR artikkel 7 (3) ”at any time”.

Man kan se for seg et rekrutteringsfirma som behandlingsansvarlig; et selskap som brukes for å finne nye ansatte. For å kunne gjennomføre dette arbeidet effektivt trenger rekrutteringsfirmaet å oppbevare personopplysninger som for eksempel en cv, navn, adresser, telefonnumre og fødselsdatoer for deres deltakere. For de registrerte er dette til deres egen fordel fordi de har mulighet for ansettelse og deltar frivillig.

Det kan være flere mulige behandlingsgrunnlag i en slik situasjon. Med samtykke som grunnlag vil behandlingsansvarlig her måtte innhente frivillige og informerte samtykker<sup>93</sup> fra alle deltakere for hvert formål deres personopplysninger var tenkt å brukes for. Eksempelvis ville det vært relevant å hente inn deres samtykke for utsendelse til aktuelle arbeidsgivere. Det er ikke en klar situasjon, men både samtykke og berettiget interesse kunne utgjort et behandlingsgrunnlag.

Ved å anvende berettiget interesse som behandlingsgrunnlag må rekrutteringsselskapet gjennomgå balanseringstesten; etablere og bevise det gyldige behandlingsgrunnlaget. I denne situasjonen vil den berettigede interessen for selskapet være å behandle personopplysninger for å tilby jobber til deltakerne. Det er sannsynlig at rekrutteringsselskapet er avhengig av personopplysningene for å gjennomføre jobben. Dette gjør at rekrutteringsselskapet som behandlingsansvarlig har berettiget interesse og behandlingen vil være nødvendig for at de skal kunne gjennomføre sitt arbeid.<sup>94</sup>

Koblingen mellom de to grunnlagene, at de begge bygger på konkrete vurderinger og at berettiget interesse i mange tilfeller utgjør et godt alternativ gjør det interessant å se nærmere på situasjonene trukket frem av WP-gruppen i dens rådgivende retningslinjer.

### **5.3 Når et samtykke blir trukket tilbake av den registrerte**

En av situasjonene som tas opp av WP-gruppen er når den registrerte har avgitt et samtykke, men dette trekkes tilbake. GDPR artikkel 7 3) lovfester retten til å trekke tilbake et gitt samtykke og hjemler at den registrerte på ethvert tidspunkt under behandlingen kan gjøre dette. Konsekvensen er at den behandlingsansvarlige må stoppe all aktivitet som baserte seg

---

<sup>93</sup> I samsvar med GDPR artikkel 4 (11)

<sup>94</sup> Nødvendig i samsvar med kravene i GDPR artikkel 6 1) f).

på det opprinnelige samtykket. I praksis betyr dette at behandlingen som skjedde forut for at samtykket ble trukket tilbake vil være lovlig men at å fortsette behandling vil være i strid med forordningen.

Muligheten for å trekke tilbake et gitt samtykke spiller en viktig rolle i GDPR. Som forankret i artikkel 7 3) siste setning skal det være like lett å trekke tilbake<sup>95</sup> et samtykke som det var å avgi det. Dette tilsier at den registrerte ikke skal gjennom en tungvint prosess i å kontakte behandlingsansvarlig for å stoppe videre behandling. Retten til å trekke tilbake et samtykke var ikke forankret i det tidligere direktivet og forankringen i GDPR gjenspeiler hvor viktig en slik mulighet er for den registrerte.

Det kan være ulike grunner til hvorfor den registrerte vil trekke tilbake sitt samtykke, men som de har rett til, kan det skje uavhengig av den behandlingsansvarlige. Førsteintrykket av retten til å trekke tilbake et samtykke fremstår som sikker og trygg for den registrerte og gir en mulighet til å angre på noe man ikke lenger ønsker.

På en annen side reflekterer ikke et samtykke som er trukket tilbake nødvendigvis den behandlingsansvarliges behov eller ansvar for å oppfylle sine forpliktelser. For et selskap kan det foreligge en interesse eller nødvendighet i å oppbevare opplysningene som baserte seg på samtykket.

Et eksempel på en situasjon hvor et samtykke er trukket tilbake for personopplysninger som den behandlingsansvarlige har interesse av, er ved et klientforhold hos advokatfirmaer. Sett at klienten hos en advokat trekker tilbake sitt samtykke for behandling av bestemte personopplysninger, men de samme opplysningene er nødvendige for et annet forhold den registrerte også har hos advokatfirmaet. Da vil det oppstå en situasjon hvor personopplysningene for behandlingsansvarlig, her advokatfirmaet, fortsatt er av interesse men det fra den registrertes side er trukket tilbake.

WP-gruppen uttaler<sup>96</sup> i utkastet til den rådgivende retningslinjen vedrørende et samtykke som trekkes tilbake at; ”if there is no other lawful basis justifying the processing” så skal

---

<sup>95</sup> Den registrerte skal informeres om dette jf. artikkel 13 2) c) og 14 2) d)

<sup>96</sup> Punkt 5.2 ”withdrawal of consent”

personopplysningene slettes. Men ved å ordlegge seg slik de gjør i denne tolkningen virker det som at det er en åpning for å bytte til et annet behandlingsgrunnlag. Ettersom forordningen er taus om mulighet for endring av behandlingsgrunnlag underveis er det interessant at WP-gruppen tolker bestemmelsen i artikkel 6 utvidende.

Det er en fare for at forordningen blir for rigid og formalistisk dersom det ikke finnes muligheter til å gjøre vurderinger om et bytte i den konkrete situasjonen. Dersom et samtykke trekkes tilbake må man enten gjøre en ny vurdering av forholdet mellom den behandlingsansvarlige og den registrerte for å finne et nytt og passende grunnlag. Hvis ikke må en annen praktisk løsning som å lage rom for to behandlingsgrunnlag på forhånd kunne legges til grunn. Regler som i sin form er for rigide og formalistiske vil være vanskeligere for enkeltpersoner å forstå fordi de innebærer bakenforliggende tolkninger og rettspraksis som legger til grunn deres egentlige mening. Dette er ikke fordelaktig i en forordning som skal verne behandling av personopplysninger på en klar og forståelig måte.<sup>97</sup>

WP-gruppen fortsetter redegjørelsen med å vurdere hva som skjer når en registrert trekker tilbake sitt samtykke<sup>98</sup> og hvilke muligheter en behandlingsansvarlig har i dette tilfellet. Gruppen påpeker at; ”they cannot silently migrate from consent (which is withdrawn) to this other lawful basis”. Det fremstår som at WP-gruppens tolkning ikke åpner for en løsning ved endring til et annet behandlingsgrunnlag. Spørsmålet er imidlertid om gruppens tolkning stenger helt for en slik løsning.<sup>99</sup>

Terminologien fremstår som tydelig og gir et inntrykk av at gruppen har en bestemt tanke bak uttalelsen, som om det er fastsatte regler som tolkes og at et bytte av grunnlag ikke er lov. Men som tidligere nevnt er både tidligere direktiv og GDPR taus om en slik løsning og det fremstår derfor som en uttalelse fra WP-gruppen uten innspill fra andre parter eller med forankring i konkrete kilder.

---

<sup>97</sup> Krav om at all informasjon som rettes mot den registrerte eller allmennheten skal være kortfattet, lett tilgjengelig og enkel å forstå jf. fortalen punkt 58 bør også gjelde for forordningens tekst så langt det lar seg gjøre.

<sup>98</sup> I samsvar med artikkel 7(3).

<sup>99</sup> Sitatet stemmer overens med den reviderte uttalelsen i WP259.rev01. s.23 og tilsier at det fortsatt er av betydning.



For å bedre forstå WP-gruppens tolkning av- og uttalelser om dette temaet har jeg undersøkt en tidligere rådgivende retningslinje fra gruppen knyttet til direktivet. Spesielt i den rådgivende retningslinjen som omhandler samtykke<sup>100</sup> fra 2011 omtales tematikken om lovlige behandlingsgrunnlag. Spørsmål om følgene av et samtykke som er trukket tilbake tas opp sammen med problematikken vedrørende endring av grunnlag.

WP-gruppen uttaler at; *“If, once consent is withdrawn, the data processing continues based on another legal ground, doubts could be raised as to the original use of consent as the initial legal ground: if the processing could have taken place from the beginning using this other ground, presenting the individual with a situation where he is asked to consent to the processing could be considered as misleading or inherently unfair. It would be different if there were a change of circumstances, for example if a new legal basis were to appear in the course of the processing, such as a new law regulating the database concerned. If this new ground can validly apply to the data processing, the processing can go on. However, in practice such circumstances are not frequent. In principle, consent can be considered to be deficient if no effective withdrawal is permitted”*.

Utdraget gjelder det tidligere direktivet, men det er likheter både mellom kravene til et samtykke før og nå, behandlingsgrunnlagene<sup>101</sup> og generelle likheter i personopplysningsvernet.<sup>102</sup> Dette gjør at uttalelsen er relevant og en gyldig kilde til informasjon og argumentasjon.

Det kan stilles spørsmål ved verdien av å ha et samtykke som opprinnelig behandlingsgrunnlag hvis den behandlingsansvarlige også kan ha et annet grunnlag ferdig behandlet for bruk. Uttalelsen kan leses som om WP-gruppen har tenkt at muligheten for å endre til et annet grunnlag når samtykket trekkes tilbake vil undergrave konseptet 'samtykke' i forordningens forstand.<sup>103</sup>

Uttalelsen har noen gode poenger og tanken om at et behandlingsgrunnlag som samtykke mister sin styrke er en interessant tolkning. Dersom man har et samtykke som er gyldig og samtidig en berettiget interesse, begge klare på forhånd, så kan det argumenteres for om man i

---

<sup>100</sup> Opinion 15/2011 WP187, s.13.

<sup>101</sup> Nå i artikkel 6 og i det tidligere direktivet i artikkel 7.

<sup>102</sup> GDPR 2016/679

<sup>103</sup> Samtykke etter kravene i artikkel 4 (11) og 7.

en slik situasjon burde velge det ene grunnlaget og ikke åpne for det andre. Men i likhet med utkastet til den rådgivende retningslinjen for samtykke<sup>104</sup> gis ingen konklusjon på en praktisk løsning.

Saken har flere sider enn bare dette. Artikkel 6 åpner ikke for et hierarki med sin nåværende formulering, men heller en allsidig vurdering av hva som er passende og praktisk i et konkret valg av behandlingsgrunnlag.<sup>105</sup> I noen tilfeller vil et samtykke utgjøre et mer passende grunnlag, og i andre ikke. Eksempelvis kan en større bedrift med stor kundemasse måtte basere seg på andre grunnlag enn samtykke, som berettiget interesse, fordi det er tidkrevende og økonomisk enklere for dem å gjennomføre.

Et samtykke etter GDPR skal som tidligere nevnt være et uttrykk for den registrertes frie vilje og genuine valg, ikke en balansert avveining av den behandlingsansvarliges interesser. Både i tilfellet hvor det i ettertid oppdages ugyldighet eller samtykket er trukket tilbake vil den behandlingsansvarlige risikere å stå uten rettsgrunnlag. Dette er et tilfelle hvor en løsning med et på forhånd valgt alternativt behandlingsgrunnlag ville kunne gjøre at behandling mulig. Og det kunne ha fungert som en god løsning med et ”back-up” behandlingsgrunnlag.

Dersom dette skal være en mulig løsning bør det alternative grunnlaget være redegjort for på samme tidspunkt som det opprinnelige samtykket blir gitt.<sup>106</sup> WP-gruppen fremhever viktigheten av å informere den registrerte i forkant av behandlingen, og dette burde gjelde også for et mulig alternativt grunnlag.<sup>107</sup>

Men det er ikke gitt at en slik løsning vil fungere og det er flere faktorer som kan være utfordrende for gjennomføringen. Det er hensiktsmessig å se på om løsningen med et alternativt behandlingsgrunnlag kan ha innvirkning på selve samtykket som i utgangspunktet skal innhentes. Kravet om at samtykket må være frivillig<sup>108</sup> er spesielt interessant for problemstillingen.

---

<sup>104</sup> WP259

<sup>105</sup> Det har tidligere vært diskutert om samtykket var det foretrukne rettsgrunnlaget, men verken forordningen eller fortalen har holdepunkter for dette. Se Skullerud, Rønnevik, Skorstad og Pellerud (2018) s. 86

<sup>106</sup> Jf. GDPR artikkel 13 1) c) og 14 1) c).

<sup>107</sup> ”it is very important that controllers assess the purposes for which data is actually processed and the lawful grounds on which it is based prior to collecting the data”. WP259 s. 22.

<sup>108</sup> Jf. art. 4 11)

### 5.3.1 En utfordring av samtykkets krav til frivillighet

Fortalens punkt 42 omhandler blant annet kravet til samtykkets frivillighet og påpeker at det kreves reell valgfrihet og mulighet for at vedkommende skal kunne nekte å gi eller trekke tilbake samtykket uten at det er til skade for den registrerte.

Et eksempel er en sportsklubb som tar bilder av sine utøvere til klubbens nettsider og hver enkelt utøver blir bedt om å samtykke til publiseringen av bildet. Forutsetningen for samtykkets frivillighet er at utøveren ikke føler seg tvunget til å samtykke og har mulighet til å nekte publisering av sitt bilde uten følger som for eksempel utestengelse eller andre straffer i sportsklubben.<sup>109</sup>

WP-gruppen diskuterer de ulike kravene til et samtykke i art. 4 11) og påpeker at frivilligheten springer ut av om den registrerte har et reelt valg, om den opplever negative konsekvenser eller føler seg forpliktet til å samtykke. Det er en viktig vurdering for å kunne påvise at samtykket reflekterer den registrertes eget ønske og sammen med de andre kravene til samtykke gjør det gyldig.

Om den registrerte har et reelt valg ved en løsning med en mulig endring til et alternativt behandlingsgrunnlag henger tett sammen med samtykkets krav til informasjon jf. art. 4 11). Der samtykke anvendes som behandlingsgrunnlag skal den registrerte informeres om hvem den behandlingsansvarlige er og formålet med behandlingen personopplysningene skal brukes til.<sup>110</sup> ”Informasjonen må sette den registrerte i stand til å overskue konsekvensene av å avgi et samtykke”.<sup>111</sup>

I et tilfelle hvor det er snakk om en mulig endring av behandlingsgrunnlag vil den behandlingsansvarlige måtte informere om muligheten for dette samtidig som ellers relevant informasjon.<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> Eksempel hentet fra det Danske datatilsynets dokumenter om samtykke.

[https://www.datatilsynet.dk/fileadmin/user\\_upload/dokumenter/Vejledning\\_om\\_samtykke\\_formateret\\_.pdf](https://www.datatilsynet.dk/fileadmin/user_upload/dokumenter/Vejledning_om_samtykke_formateret_.pdf)

<sup>110</sup> Se fortalen punkt 42.

<sup>111</sup> Skullerud, Rønnevik, Skorstad og Pellerud (2018) s. 81.

<sup>112</sup> Inkludert informasjon om at samtykket kan trekkes tilbake på ethvert tidspunkt jf. art. 7 3).

Fortalens punkt 43 fremhever at ved skjevhet mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige bør ikke samtykke utgjøre et gyldig behandlingsgrunnlag.

Et eksempel som kan illustrere en slik utfordring knyttet til krav om frivillighet er på en arbeidsplass som WP-gruppen trekker frem.<sup>113</sup> Her vil arbeidstaker stå underordnet arbeidsgiver og det skjeve styrkeforholdet utfordrer muligheten til å oppnå frivillighet. Det kan være fare for at den ansatte ikke tør å nekte arbeidsgiver et samtykke uten å oppleve frykt for negative følger.

Situasjonen på en arbeidsplass er spesiell fordi det skjeve styrkeforholdet er tydelig og skiller seg litt fra denne situasjonen. Ved en mulig løsning med et alternativt behandlingsgrunnlag vil det være en mer underliggende fare for at den registrertes frie vilje svekkes av at behandlingsansvarlig presenterer et alternativt grunnlag for behandlingen. Spørsmålet er derfor om det faktisk kan innhentes et frivillig samtykke dersom det innhentes sammen med informasjon om et alternativt behandlingsgrunnlag.

WP-gruppen uttaler ikke hvor terskelen skal settes for hva som anses som tilstrekkelig frykt for negative konsekvenser hos den registrerte og som dermed undergraver frivilligheten i samtykket. Det fremstår som logisk at det må foreligge en viss grad av fare for påvirkning hos den registrerte før det kan anses som en negativ konsekvens. Men også en negativ innflytelse eller pressfølelse for den registrerte bør være relevant for vurderingen. Det bør bero på hvor enkelt samtykket gis, hvor presset situasjonen er og etter mitt syn bør ikke terskelen for hva som er negativ påvirkning settes for høyt.

At frivillighet er implementert som en del av definisjonen i artikkel 4 (11) tilsier at det er et sentralt element for samtykket. Og det fremhever viktigheten i en vurdering av om den registrerte føler seg presset til å samtykke.

Å skulle konstatere at et alternativt grunnlag er en direkte negativ konsekvens som eksempelvis en prisøkning for en tjeneste eller utestengelse fra en klubb er vanskelig. Men det kan allikevel foreligge momenter som gjør at frivilligheten utfordres for den registrerte. I fortalens punkt 43 påpekes det at ved klar skjevhet bør det bero på en vurdering ut fra

---

<sup>113</sup> i punkt 3.1.1

omstendighetene rundt.<sup>114</sup> En slik vurdering burde også legges til grunn for andre situasjoner hvor det er uklart om det foreligger frivillighet.

Det er mulig at den registrerte ikke påvirkes negativt av informasjonen om mulig endring av behandlingsgrunnlag sammen med muligheten for å trekke tilbake samtykket og det bør tas i betraktning hvem den behandlingsansvarlige er. Herunder hvilken type rolle den har og hvilken innvirkning behandlingen har for den registrerte. Det kan antas at en registrert oppfatter en slik situasjon som tvingende hvis det er en mer personlig relasjon enn til forskjell fra tilfeller hvor man kan distansere seg mer fra behandlingsansvarlig. For eksempel et større firma enn et mindre firma som den registrerte har en mer jevnlig kontakt med og muligens flere forbindelser med.

Kravet til et frivillig samtykke må sees i sammenheng med de øvrige kravene i art. 4 11)<sup>115</sup> og i lys av prinsippet om en gjennomsiktig behandling.<sup>116</sup> Det er de ulike kravene som sammensatt gir et gyldig samtykke.

En registrert som får muligheten til å samtykke men samtidig et forbehold om at behandlingsansvarlig vil kunne endre behandlingsgrunnlag dersom man senere trekker tilbake samtykket, kan føle et press på å måtte avgi samtykke. Dette vil da ikke være den registrertes frie vilje fordi ytre omstendigheter spiller inn. Den registrerte skal informeres om sin rett til å trekke tilbake et samtykke samtidig som det innhentes<sup>117</sup> og det vil kunne undergrave muligheten for denne retten hvis den registrerte får det presentert i en slik sammenheng.

I tillegg til kravene for samtykket og hvordan det kan påvirke muligheten for et alternativt behandlingsgrunnlag er det også andre rettigheter i GDPR som utfordrer muligheten for å bytte behandlingsgrunnlag underveis i prosessen.

---

<sup>114</sup> Fortale punkt 43 ” circumstances of that specific situation”

<sup>115</sup> Se også WP259, punkt 3.3, s 13.

<sup>116</sup> Prinsippet om gjennomsiktighet, ”transparency” i artikkel 5 1) a).

<sup>117</sup> jf. Artikkel 7 3) tredje setning.

#### **5.4 GDPR artikkel 17, retten til å få personopplysninger slettet i kombinasjon med et samtykke som er trukket tilbake**

Forordningens artikkel 17 1) regulerer den registrertes rett til ”å bli glemt ”og den behandlingsansvarliges plikt til dette. Artikkelen omhandler ulike forhold som medfører at personopplysningene må slettes dersom et av de følgende alternativene i artikkelen er oppfylt jf. 17 1) a-f og 2. Grunnen til at denne retten har sammenheng med et samtykke som er trukket tilbake er koblingen i 17 1) b). Bestemmelsen sier at den behandlingsansvarlige skal slette personopplysningene dersom den registrerte trekker tilbake samtykket<sup>118</sup> som er gitt i henhold til artikkel 6 1) a) og ”where there is no other legal ground for the processing”.

Ordlyden introduserer spørsmålet om det foreligger et annet grunnlag for behandlingen og nevner ikke et nytt formål. Det ser ikke ut som at formuleringen av bestemmelsen stenger for en mulighet til å bytte til et annet grunnlag for den konkrete behandlingen når samtykket er trukket tilbake. I fortalens punkt 65 påpekes det at denne retten særlig gjelder der hvor en registrert har trukket tilbake sitt samtykke.

Artikkel 17 kan etter mitt syn tolkes som en åpning for å endre behandlingsgrunnlaget underveis i behandlingen i situasjoner hvor samtykket er trukket tilbake. Behovet i slike situasjoner kan være en interesse for behandlingsansvarlig som gir tungtveiende grunner for at behandling er nødvendig.<sup>119</sup>

Det må likevel bemerkes at 17 1) b) ikke representerer en absolutt rett til sletting av opplysninger, det må kunne påvises et annet grunnlag etter det tilbaketrunkne samtykket. Basert på denne forståelsen av regelen fremstår det som at artikkelen menes som en rettighet basert på en og samme behandling uten en endring i formål.

Denne forståelsen er ikke en direkte analogisk tolkning av artikkelen og dens rettigheter, men det faktum at andre grunnlag er nevnt som en mulighet i artikkelen kan tas til inntekt for at det ikke er helt utelukket med en endring av grunnlag.

---

<sup>118</sup> I samsvar med artikkel 7 (3).

<sup>119</sup> For eksempel berettiget interesse jf. 6 1) f).

En eventuell mulighet for endring av det valgte behandlingsgrunnlaget kan begrunnes i samspillet mellom grunnlagene i artikkel 6 1), som også reiser en rekke utfordringer.

## 5.5 Samtykkets samspill med andre behandlingsgrunnlag i GDPR artikkel 6

Som nevnt innledningsvis er det ulike situasjoner som problematiseres av WP-gruppen i deres utkast til rådgivende retningslinjer om samtykke og videreføres i den reviderte utgaven av utkastet. I tillegg til problematikken med et samtykke som er trukket tilbake fremhever også WP-gruppen; ”interaction between consent and other lawful grounds in article 6 GDPR.”<sup>120</sup> Dette bygger videre på situasjonen hvor et samtykke er trukket tilbake eller problemer er oppstått ved gyldigheten av det.

Gruppen påpeker viktigheten av å legge til grunn det relevante behandlingsgrunnlaget i forkant av å innhente personopplysningene.<sup>121</sup> Og de uttaler at; ”the lawful basis cannot be modified in the course of processing” uten å forankre dette i andre kilder. Tolkningen er interessant for problemstillingen fordi det vil stenge for all endring underveis i prosessen dersom det skal tas på ordet. I den reviderte versjonen av utkastet<sup>122</sup> er utsagnet gjort om til en uttalelse som sier at; ”the controller cannot swap from consent to other lawful bases”.<sup>123</sup> Og tilsier at gruppen holder på sin tolkning av de lovlige behandlingsgrunnlagene.

Det som er interessant er at gruppen i det hele tatt åpner for en slik tolkning ut fra en ordlyd i artikkel 6 som mer eller mindre er taus om endringsmuligheter. Dersom det skal tolkes dithen at WP-gruppen mener det er forbudt å endre på behandlingsgrunnlaget underveis i behandlingen bør dette begrunnes med klare holdepunkter. Spørsmålet er derfor om interaksjonen mellom grunnlagene tilsier at en slik tolkning bør legges til grunn for forståelsen av artikkel 6.

I punktet for interaksjonen mellom samtykke og de ulike behandlingsgrunnlagene uttaler gruppen at; ”under the GDPR, controllers that ask for a data subject’s consent to the use of personal data shall in principle not be able to rely on the other lawful bases in Article 6 as a

---

<sup>120</sup> WP259, punkt 6.

<sup>121</sup> Se eksempelvis WP259 s.22. ”As mentioned earlier in these guidelines, it is very important that controllers assess the purposes for which data is actually processed and the lawful grounds on which it is based prior to collecting the data.”

<sup>122</sup> WP259.rev01.

<sup>123</sup> Se under punkt 6 i WP259.rev01.

”back-up”. Det virker imidlertid som at det foreligger en endring innad i WP-gruppens tolkningsuttalelser mellom det opprinnelige utkastet og det reviderte hvor dette utsagnet er fjernet. Her presenteres det som at det i prinsippet ikke skal kunne anvendes et alternativt grunnlag der hvor det opprinnelig er innhentet et samtykke som er trukket tilbake eller ikke er gyldig.<sup>124</sup>

Men selv om WP-gruppen presenterer en tolkning som tilsier at man ikke bør kunne operere med et alternativt grunnlag, eller i revidert utkast ikke uttaler det, kommer den med en uttalelse som konkret omhandler et alternativ til samtykket. Det sies; ”for example, it is not allowed to retrospectively utilize the legitimate interest basis in order to justify processing where problems have been encountered with the validity of consent”.<sup>125</sup> Her presenteres og konstateres situasjonen nærmest som en klar regel og tolkningen av bestemmelsen er vid. Konflikten som kan anses å foreligge i deres tolkningsuttalelser og at det ikke forankres i ytterligere kilder taler for at det ikke stenges helt for et bytte til andre behandlingsgrunnlag underveis.

GDPR åpner opp for en mulighet til å bruke de samme personopplysningene ved behandling for andre formål enn de opprinnelige, med forbehold om at de nye formålene ikke er uforenlige.<sup>126</sup> WP-gruppen uttaler videre at ”as a general rule, a processing activity for one specific purpose cannot be based on multiple lawful bases”. Uttalelsen kan anses litt unyansert når det i realiteten kan være flere behandlingsgrunnlag som egner seg i et bestemt tilfelle for det samme formålet. Det kan settes spørsmålstejn ved hvorfor en endring i formål underveis i behandlingen gjøres mulig i forordningen, men ikke muligheten for endring av behandlingsgrunnlag.

I den reviderte retningslinjen om samtykke påpeker WP-gruppen at; ”Sending out the message that data will be processed on the basis of consent, while actually some other lawful basis is relied on, would be fundamentally unfair to individuals”. Det er tydelig at WP-gruppen veier individets interesse mot den behandlingsansvarliges og påpeker et viktig poeng.

---

<sup>124</sup> eksempelvis på grunn av utfordringer ved en av de andre kravene til samtykke i art. 4 11)

<sup>125</sup> Utsagnet er identisk i begge de rådgivende retningslinjene.

<sup>126</sup> Denne retten springer ut av formålsprinsippet i GDPR artikkel 5 b) siste setning.



Men på en annen side knytter problemstillingen i oppgaven og diskusjonene seg til en mulig løsning hvor den registrerte på tidspunktet for innhenting av opplysningene<sup>127</sup> blir informert om at en endring i behandlingsgrunnlag vil kunne skje. Det er naturlig å tolke det dithen at det ikke vil være ”fundamentally unfair” når det er snakk om en løsning hvor den registrerte blir informert på forhånd.<sup>128</sup>

WP-gruppens utvidende tolkning tilsier at det bør være en vurdering på tematikken ved om man kan endre behandlingsgrunnlag underveis når samtykket trekkes tilbake. Og det foreligger til dels gode grunner for en slik løsning.

## **5.6 Endring av behandlingsgrunnlag i andre typetilfeller**

Selv om denne avhandlingen er mye fokusert på endringsmulighet ved et opprinnelig samtykke kan det være relevant å se på andre typetilfeller hvor endring i grunnlag kan vurderes. Likheten mellom andre grunnlag i artikkel 6 enn bare samtykke kan illustrere hvilken mulighet det foreligger for å endre behandlingsgrunnlag.

### **5.6.1 Avtale**

Eksempelvis kan en situasjon med ønske om endring av grunnlag også oppstå ved avtale<sup>129</sup> som behandlingsgrunnlag.<sup>130</sup> Uten at den følgende situasjonen er diskutert av WP-gruppen anser jeg den som et relevant eksempel for å illustrere samspillet mellom det å endre et formål for behandlingen av personopplysninger og det å endre behandlingsgrunnlag for opplysningene. Det viser at i noen sammenhenger er det ikke kun et samtykke som muligens kan erstattes med en berettiget interesse.

I nærmere bestemte situasjoner kan man på forhånd forutsette en berettiget interesse for den behandlingsansvarlige. Fortalen i punkt 47, uttaler at; ”the processing of personal data strictly necessary for the purposes of preventing fraud also constitutes a legitimate interest”.

---

<sup>127</sup> GDPR artikkel 13 1).

<sup>128</sup> I henhold til informasjonskravet jf. art. 4 11)

<sup>129</sup> En avtale er etter alminnelig språklig forståelse en skriftlig eller muntlig enighet mellom den registrerte og behandlingsansvarlig om en tjeneste eller gode basert på tilbud og aksept.

<sup>130</sup> Forankret i GDPR artikkel 6 1) b). Bestemmelsen beskriver behandling av personopplysninger som er nødvendig i forbindelse med en avtale eller hvor behandlingen foregår med en intensjon om å inngå en avtale.

Man kan se for seg en kunde som ønsker å ta opp lån og må inngå en avtale med banken. For å kunne ta opp lån krever låneavtalen gjerne personopplysninger som navn, sivilstatus, telefonnummer og adresse, men også kredittopplysninger om kunden slik at grunnlaget for lånet kan legges til grunn. Etter hvert som lånet skal nedbetales slutter kunden med innbetalinger og nekter å fortsette. Man står dermed overfor et avtalebrudd fra kundens side.

Dette er en situasjon som utenfra kan se ut som en god grunn til å ha en mulighet for å bytte behandlingsgrunnlag underveis i behandlingen. En slik åpning i regelverket ville gjort det mulig for banken som behandlingsansvarlig å oppbevare kundens personopplysninger for å unngå å gi lån til den samme kunden ved en senere anledning og risikere avtalebrudd eller betalingsproblematikk.

Hvis man ser nærmere på denne situasjonen så foreligger den berettigede interessen for banken fortsatt fordi det er viktig for banken med sikre og troverdige systemer slik at virksomheten fungerer optimalt. I samsvar med uttalelsen i fortalen som tidligere sitert<sup>131</sup> vil en slik behandling av personopplysningene etter avtalebrudd kunne være med på å forebygge bedrageri.

Det interessante er at situasjonen i realiteten endrer seg. Bankens opprinnelige intensjon er å behandle personopplysninger for å kunne gi kunden et tilpasset lån, men nå som det foreligger avtalebrudd er det opprinnelige formålet også svekket. Nå er retningen skiftet og det viktige for banken er blitt å forsikre seg mot at den samme kunden igjen får ta opp lån eller andre tjenester og begår forsøk på bedrageri. Bankens formål endres til et ønske om å beskytte seg selv, og dette gjør at man kan endre behandlingsgrunnlag til berettiget interesse.

---

<sup>131</sup> Fortalen punkt 47.

## 5.6.2 Rettskrav

Det kan også tenkes en situasjon hvor den behandlingsansvarlige har oppfylt en avtale med den registrerte men har en interesse i å beholde opplysningene for å sikre seg ved eventuelle følger, som for eksempel en reklamasjon på det avtalen gikk ut på.

Eksempelet illustrerer retten som følger av artikkel 17 3) e) om at 17 1) og 2) ikke får anvendelse dersom behandlingen er nødvendig for ”å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare rettskrav”. Dette kan være en situasjon hvor den behandlingsansvarlige har en berettiget interesse i å oppbevare opplysningene for senere behov. Men her endres i realiteten formålet for behandlingen av personopplysningene, som da åpner for endring av behandlingsgrunnlaget.

## 5.6.3 Lovpålagt plikt

Det kan også tenkes situasjoner hvor samtykket er trukket tilbake men bedriften har en lovpålagt plikt jf. artikkel 6 c) til å fortsette oppbevaringen av opplysningene som samtykket var grunnlag for. En situasjon der det kan være behov for den behandlingsansvarlige å beholde personopplysninger er ved mulig bokettersyn fra ligningsmyndighetene.<sup>132</sup> Bokføringsloven setter dokumentasjonskrav til opplysninger for at bedriften senere skal kunne bevise sin aktivitet.<sup>133</sup>

Eksemplene overfor viser at behandling av personopplysninger avhenger både av behandlingsgrunnlaget og formålsprinsippet, og at disse er vanskelige å separere. Situasjonene hvor formålet ikke endres overhodet virker sjeldne.

Denne nære relasjonen kan være bakgrunnen for at WP-gruppen uttaler restriksjoner mot endring av grunnlag ved et opprinnelig samtykke.<sup>134</sup> Det kan være mer komplekst enn hva ordlyden i GDPR artikkel 6 tilsier. Som påpekt flere steder gjennom avhandlingen fremmes det i forordningen at behandling av personopplysninger må skje for et bestemt formål. Dette

---

<sup>132</sup> <https://www.visma.no/blogg/varsel-om-bokettersyn-hva-gjor-du-na/> ( 22/05-2018)

<sup>133</sup> Bokføringsloven § 2, se også § 4 nr. 6 og 8 for spesifikke bokføringsprinsipper knyttet til dokumentasjon og § 10 krav til den konkrete dokumentasjonen.

<sup>134</sup> Som sitert tidligere i kapittelet, fra utkast til rådgivende retningslinje om samtykke WP259 og revidert versjon WP259.rev01.

kommer til uttrykk gjennomgående og for eksempel også i kravet om et spesifikt samtykke.<sup>135</sup> Derfor er det relevant å trekke inn betydningen av formålsprinsippet.

## 5.7 Forholdet til formålsprinsippet

Formålsprinsippet presenteres i en egen prinsippbestemmelse i artikkel 5 1) b), men er også implementert i behandlingsgrunnlagene i artikkel 6 1) a) og f) som begge krever at behandlingen skjer for et bestemt formål.

Artikkel 5 1) b) har en viktig betydning for oppgavens problemstilling. Formålsprinsippet krever at innhenting av personopplysninger må skje for ”specified, explicit and legitimate purposes” og setter en terskel for hvilke type formål som godtas og hvor tydelig disse må være. Kravet om et legitimt formål kan trolig også knyttes til at det må samsvare med generelle etiske normer.<sup>136</sup>

Bestemmelsen inneholder også en restriksjon for formålsprinsippet ved å begrense behandlingen til kun det som er forenlig med det på forhånd bestemte formålet for behandlingen.<sup>137</sup> Dette tilsier at formålet for innhenting av personopplysninger må være tydelig på hvilke formål opplysningene skal anvendes for og ha klare avgrensninger for å unngå innhenting av personopplysninger som ikke tjener direkte til formålet.<sup>138</sup> Fortalen i punkt 39 påpeker at; ”in particular, the specific purposes for which personal data are processed should be explicit and legitimate and determined at the time of the collection of the personal data”.

Kravene som artikkel 5 b) stiller til en formålsbegrensning vil i praksis være med på å sikre at den registrerte har kunnskap om hva deres personopplysninger brukes til. Det begrenser behandlingen til kun det opplyste formålet og gir den registrerte en tillitsfølelse til at den behandlingsansvarlige opptrer ansvarlig.<sup>139</sup>

---

<sup>135</sup> artikkel 4 11) ”specified” se også rådgivende retningslinje om samtykke punkt 3.2

<sup>136</sup> Bygrave & Schartum (2016) s. 115, 3.7.3

<sup>137</sup> ”not further processed in a manner that is incompatible with those purposes” artikkel 5 b).

<sup>138</sup> Jf. prinsippet om dataminimering i art. 5 c).

<sup>139</sup> I henhold til ansvarsprinsippet i artikkel 5 2) ”accountability”.

Den naturlige språklige forståelsen av bestemmelsen i artikkel 5 b) tilsier at dersom en behandlingsansvarlig har et nytt formål med behandlingen av personopplysninger må det nye formålet være forenlig med det opprinnelige, og gir uttrykk for at dersom dette ikke er oppfylt kan ikke behandling skje på samme grunnlag. Prinsippets språklige forståelse legger til grunn at formålet for innhenting av personopplysninger må være klar og identifisert på forhånd før behandlingen,<sup>140</sup> og i det minste på tidspunktet for innhenting av opplysningene. I likhet med behandlingsgrunnlagene i artikkel 6 og kravet til et på forhånd informert behandlingsgrunnlag.

I fortalens punkt 50 kommer det til uttrykk at det foreligger en viss mulighet for å endre formål. Det vurderes hvor mye en behandlingsansvarlig kan endre formålet for behandling av personopplysninger uten å måtte finne og legge til grunn et nytt gyldig grunnlag. Fortalen sier at i slike situasjoner går vurderingen ut på om det nye formålet er forenlig med det opprinnelige og på denne bakgrunnen kan også behandlingsgrunnlaget beholdes slik det var. Som et utgangspunkt er det behandlingsansvarliges nye formål som må måles opp mot det opprinnelige for å undersøke forenligheten, og deretter behovet for et nytt behandlingsgrunnlag. Dette synes forsvarlig og som en logisk løsning dersom likhetene er store nok.

At behandlingsansvarlig kan endre et formål for behandlingen tilsier at det burde åpnes opp for å endre behandlingsgrunnlaget underveis i behandlingen i situasjoner hvor det anses nødvendig, slik som illustrert ved et samtykke som er trukket tilbake. Når kravene for å endre formål er at formålene må være forenlige, kan man spørre seg hvorfor man ikke kan operere med en lignende løsning for de lovlige behandlingsgrunnlagene.

Akkurat som at to formål kan være forenlige, kan man argumentere for at også to behandlingsgrunnlag har en slik egenskap. At berettiget interesse i noen tilfeller kunne ha erstattet et samtykke som er tilbaketrasket, taler for at det burde være en åpning for å endre grunnlag underveis.

Med utgangspunkt i formålprinsippet kan det argumenteres for at dersom formålet endres er det et behov for å klarlegge det konkrete behandlingsgrunnlaget på nytt. Men samtidig at

---

<sup>140</sup> Ligger i ordlyden av specified og explicit purposes at dette må uttales på forhånd.

dersom formålet forblir det samme bør det i situasjoner hvor samtykket er tilbaketrasket kunne være mulig å endre grunnlag. Bevisbyrden bør ligge på den behandlingsansvarlige, slik som ved balansetesten for en berettiget interesse.

På en annen side trekker formålsprinsippet også frem en interessant vurdering som sett tidligere i eksempelet med banken som ønsket å beholde kundens opplysninger som beskyttelse mot bedrageri.<sup>141</sup> Eksempelet går ut på at formålet ofte er helt bestemmende for om man kan bytte behandlingsgrunnlag underveis. For som det er illustrert i eksempelet med banken kan det være nok med et lite skifte i formål som gjør at man vanskelig kan skille behandlingsgrunnlaget fra formålet.

Muligens kan endringen av behandlingsgrunnlaget styres med en forenlighetsvurdering. Dersom det nye formålet er forenlig med det gamle kan det være en mulighet for å endre behandlingsgrunnlag når det opprinnelige ikke lenger er gyldig eller eksisterer, som eksempelvis ved et samtykke som er trukket tilbake. Uavhengig av hvilken løsning som skal kunne legges til grunn må behandlingsansvarlig sørge for tilstrekkelig dokumentasjon.

## **5.8 Relasjonen til forordningens krav om dokumentasjon**

Hvis personopplysningsbehandlingen baserer seg på samtykke kreves det dokumentasjon av dette, som nå er forankret i forordningens artikkel 7 1).<sup>142</sup> Dokumentasjonskravet tilsier at behandlingsansvarlig må kunne demonstrere at den registrerte har avgitt samtykke til personopplysningsbehandlingen.<sup>143</sup> Det kan også til en viss grad kreve nedtegning av kommunikasjonen med den registrerte.<sup>144</sup> Kravet fremgår eksplisitt av artikkel 7 1) ” the controller shall be able to demonstrate that the data subject has consented to processing”.

Hvis den registrerte har samtykket til behandling av sine personopplysninger skal dokumentasjonen inneholde hvilken informasjon den registrerte har fått forut for samtykket

---

<sup>141</sup> I samsvar med ”prevention of fraud” i tråd med GDPR’s fortale i punkt 47.

<sup>142</sup> Schartum & Sætre s.77.

<sup>143</sup> Se også fortale punkt 42

<sup>144</sup> ” Documented: keep records to demonstrate what the individual has consented to, including what they were told, and when and how they consented.” Uttalt i ICO sin veileder om samtykke. <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/consent/whats-new/>

slik at kravet om et spesifisert samtykke overholdes.<sup>145</sup> Ettersom samtykket ikke har et bestemt formkrav, men må bekreftes av ”a statement or by a clear affirmative action”<sup>146</sup> skal dokumentasjonen tilpasses deretter. Dette bekreftes av WP-gruppen som påpeker at GDPR ikke har bestemmelser<sup>147</sup> for hvordan dokumentasjonen skal gjennomføres.

Dokumentasjonskravet gir uttrykk for viktigheten av en gjennomslutlig prosess, og forutsetter en sikkerhet ved at behandlingsansvarlig ved senere anledning kan påvise at behandlingen er skjedd i overensstemmelse med forordningen.

Kravet i artikkel 7 1) knytter seg til samtykke, men også for de andre behandlingsgrunnlagene gjelder et krav til at behandlingsansvarlig dokumenterer sin aktivitet og vurderinger. Dette følger av den generelle bestemmelsen om protokollføring i GDPR artikkel 30 første ledd.<sup>148</sup> Det foreligger uttalelser<sup>149</sup> som støtter at det bør gjelde et dokumentasjonskrav for behandlingsgrunnlagene generelt og spesielt for berettiget interesse i artikkel 6 1) f).<sup>150</sup>

I relasjon til å kunne bytte behandlingsgrunnlag underveis i behandlingen vil kravet om dokumentasjon være et viktig element. Dette fordi det vil kunne demonstrere at en balansetest er utført for berettiget interesse og at samtykke også er innhentet på lovlig vis.

Dokumentasjon i slike situasjoner vil være med på å skape forutberegnelighet for den registrerte og etterprøvbarhet for behandlingsansvarlig,<sup>151</sup> og dermed åpne mer opp for muligheten til å kunne benytte seg av et ”back up” behandlingsgrunnlag.

Den negative siden ved en slik løsning i relasjon til dokumentasjonskravet er muligens arbeidsmengden for den behandlingsansvarlige og hvor mye dokumentasjon som skal kreves. Det kan være utfordrende å dokumentere tilstrekkelig for å oppnå etterprøvbarhet i situasjoner

---

<sup>145</sup> I samsvar med kravene i artikkel 4 (11) og artikkel 7 1)

<sup>146</sup> Jf. Artikkel 4 (11).

<sup>147</sup> WP259 side 20 ”The GDPR does not prescribe exactly how this must be done. However, the controller must be able to prove that a data subject in a given case has consented”.

<sup>148</sup> Bestemmelsen gjelder for bedrifter med over 250 ansatte jf. artikkel 30 5) men utgjør en god rutine og viser behovet for et generelt fokus på dokumentasjon.

<sup>149</sup> <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basis-for-processing/> i sjekklisten produsert av ICO er det fremhevet som et eget punkt som et eget krav å kunne dokumentere avgjørelsen om hvilket behandlingsgrunnlag som er gjeldende.

<sup>150</sup> <https://www.twobirds.com/~media/pdfs/gdpr-pdfs/23--guide-to-the-gdpr--legitimate-interests.pdf?la=en> Et eksempel på kravet til å ha dokumentasjon for den berettigede interessen med interesseavveining, skrevet av det britiske advokatfirmaet Bird & Bird.

<sup>151</sup> Særlig ved undersøkelse fra en tilsynsmyndighet jf. art 58.

med to behandlingsgrunnlag, i tilfellet med berettiget interesse og samtykke vil innholdet ha et visst omfang.

Men dersom løsningen skal være at man har et ”back-up” grunnlag vil dette være til behandlingsansvarliges fordel, og bør dermed ikke anses for urimelig å måtte fremlegge en mer omstendelig dokumentasjon.

## 5.9 Andre argumentasjonskilder med relevans for problemstillingen

For å få et mer nyansert syn på problemstillingen og ulike praktiske muligheter har jeg undersøkt informasjon fra datatilsyn i EU’s medlemsland. Det britiske datatilsynet ”the British Information Commission Officer”, (ICO) <sup>152</sup> har omfattende uttalelser om GDPR som forordning og behandlingsgrunnlagene i artikkel 6.

ICO driver en nettside<sup>153</sup> hvor det hyppig publiseres informative artikler om forordningen, tolkninger og veiledende tekster for enkeltpersoner og for organisasjoner som skal opptre som behandlingsansvarlig. De forklarer prinsipper og redegjør for krav som må overholdes for å være i samsvar med GDPR. Spesielt interessant for denne oppgaven er deres side om ”lawful basis for processing”.<sup>154</sup> Det er relevant å se hvilke uttalelser ICO har for et mulig bytte av behandlingsgrunnlag i situasjoner hvor samtykke er trukket tilbake<sup>155</sup> eller ikke lenger gyldig av andre grunner.

Som utgangspunkt konstaterer ICO det som tidligere er nevnt om å måtte velge et behandlingsgrunnlag forut for behandlingen og sier at ”you should not swap to a different lawful basis at a later date without good reason”.<sup>156</sup> Måten de ordlegger seg på gir ved første øyekast inntrykk av at det åpnes for en mulighet til å endre behandlingsgrunnlag underveis i prosessen så lenge man har en god grunn. Det bemerkes at deres uttalelse på dette punktet ikke er knyttet til utsagn fra forordningen eller fortalen selv, og knytter seg heller ikke direkte til andre utenforliggende kilder.

---

<sup>152</sup> Beskrivelse av deres arbeidsoppgave på hjemmesiden. ”The UK’s independent authority set up to uphold information rights in the public interest, promoting openness by public bodies and data privacy for individuals.” <https://ico.org.uk/about-the-ico/who-we-are/>

<sup>153</sup> <https://ico.org.uk>

<sup>154</sup> <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basis-for-processing/>

<sup>155</sup> i samsvar med artikkel 7 (3).

<sup>156</sup> Under punktet ”at a glance” på deres side om lovlige grunnlag.



Videre uttrykker ICO at det vil kunne virke urettferdig for den registrerte og at det kan bryte med prinsippet om gjennomsiktighet og ansvarlighet dersom man skal kunne bytte mellom ulike behandlingsgrunnlag.<sup>157</sup> Gjennomsiktighet i behandlingen har en viktig rolle i forordningen og skal sammen med prinsippet om rettferdighet utgjøre en trygg behandling.<sup>158</sup> Derfor bør det ikke være mulighet for en endring i behandlingsgrunnlag dersom det er til fare for å bryte med den registrertes tillit og rettigheter etter de overordnede prinsippene.<sup>159</sup>

ICO uttrykker også at; ”you might consider that more than one basis applies, in which case you should identify and document all of them from the start”. Dette er i overensstemmelse med tidligere drøftelser og at det mest forsvarlige i en situasjon hvor endring av behandlingsgrunnlag aksepteres er å identifisere og redegjøre for grunnlagene fra starten av. En slik gjennomføring gjør at behandlingsansvarlig vil være i tråd med prinsippene som beskytter den registrerte.

ICO presenterer et eksempel for hvorfor behandlingsansvarlig bør bestemme seg for et behandlingsgrunnlag; ”A company decided to process on the basis of consent, and obtained consent from individuals. An individual subsequently decided to withdraw their consent to the processing of their data, as is their right. However, the company wanted to keep processing the data so decided to continue the processing on the basis of legitimate interests.

*Even if it could have originally relied on legitimate interests, the company cannot do so at a later date – it cannot switch basis when it realized that the original chosen basis was inappropriate (in this case, because it did not want to offer the individual genuine ongoing control). It should have made clear to the individual from the start that it was processing on the basis of legitimate interests. Leading the individual to believe they had a choice is inherently unfair if that choice will be irrelevant. The company must therefore stop processing when the individual withdraws consent.”*

Dette illustrerer en situasjon hvor samspillet mellom samtykke og berettiget interesse som behandlingsgrunnlag er synlig. Det er ingen direkte referanse til WP-gruppens tolkninger i

---

<sup>157</sup> I delen kalt ”When should we decide on our lawful basis?” på deres side om lovlige grunnlag.

<sup>158</sup> Jf. artikkel 5 1) a)

<sup>159</sup> I GDPR artikkel 5.

uttalelsen, men det ser ut til at de til en viss grad vektlegger de samme momentene når det gjelder muligheten for et bytte av behandlingsgrunnlag. Det eneste tilfellet ICO åpner for en klar mulighet til å endre behandlingsgrunnlag er når formålet endres, selv under behandlingen.

Det fremstår i utdraget overfor som at ICO på samme måte som WP-gruppen<sup>160</sup> setter spørsmålstegn ved bruk av samtykke som behandlingsgrunnlag i utgangspunktet dersom en berettiget interesse uansett kan påvises av den behandlingsansvarlige.

---

<sup>160</sup> Som sett i Opinion 15/2011 WP187

## 6 Refleksjoner

EU-kommisjonen<sup>161</sup> uttaler, med henvisning til pakten i artikkel 8 og TEUV artikkel 16 at; ”The new Regulation will strengthen the protection of the individual’s right to personal data protection, reflecting the nature of data protection as a fundamental right for the European Union”.

Et fokus gjennom oppgaven har derfor vært å vurdere den registrertes rettigheter etter forordningen opp mot den behandlingsansvarliges plikter. For en behandlingsansvarlig vil det være viktig å avklare usikre tolkninger for å vite at de opptrer innenfor de lovlige rammene av forordningen. En tvetydig tolkning utfordrer den behandlingsansvarliges mulighet til å opppre tillitsvekkende og ansvarsbevisst<sup>162</sup> overfor den registrerte.<sup>163</sup>

Som tidligere påpekt er en mulighet for endring av behandlingsgrunnlag ikke nødvendigvis en snarvei for en behandlingsansvarlig på grunn av vurderingene som kreves for de konkrete grunnlagene. Det kan være mer tidkrevende og vanskelig gjennomførbart i praksis å fremlegge to behandlingsgrunnlag. Det er også vanskelig å opprettholde tilstrekkelig informasjon for både samtykke<sup>164</sup> og for den alternative berettigede interessen.<sup>165</sup> Spesielt fordi mengden informasjon som på forståelig måte skal kommuniseres til den registrerte øker. Dette taler i mot å ha et alternativt behandlingsgrunnlag som ”back-up” løsning.

På en annen side må den behandlingsansvarlige gjøre vel så mange vurderinger hvis løsningen er å starte på nytt med den samme registrerte. Eksempelvis hvis samtykket er trukket tilbake må behandlingsansvarlig gjennomføre en helhetlig vurdering på om det foreligger en berettiget interesse først etter at samtykket er trukket tilbake. Det kan være komplisert og tidkrevende fordi den registrerte som utgangspunkt da er motvillig til behandlingen.

Et interessant moment er at uttalelsene fra WP-gruppen om samtykke revidert i april 2018 ikke skiller seg stort fra uttalelsene adoptert i 2017. Og at det fortsatt i punktet om et

---

<sup>161</sup> COM(2018). 43. Final. s.1.

<sup>162</sup> I samsvar med prinsippene i artikkel 5 1) og 2)

<sup>163</sup> Se også den behandlingsansvarliges ansvar i GDPR artikkel 24.

<sup>164</sup> ”Informed” jf. GDPR Artikkel 4 (11)

<sup>165</sup> Jf. Artikkel 13 1) d) ”de berettigede interessene som forfølges av den behandlingsansvarlige”

samtykke som er trukket tilbake og om interaksjonen mellom samtykket og de andre grunnlagene i artikkel 6 ikke konkluderes med hva en praktisk løsning er, eller hvordan det skal tolkes ut fra forordningen.

Dersom løsningen er å legge WP-gruppens uttalelser til grunn og ikke åpne for endring av behandlingsgrunnlag underveis bør dette være en del av forordningens tekst for å gjøre det mer forutberegnelig. Forordningens ordlyd slik den er i dag<sup>166</sup> gir ikke veiledning eller holdepunkter for hva som skal innfortolkes og kan virke uklar. Med gjennomsiktighet i behandling av personopplysninger som et viktig moment<sup>167</sup> kombinert med verdien av personopplysninger bør den registrertes rettigheter stå i fokus.<sup>168</sup> I introduksjonen til pakten uttales det om EU at;” It places the individual at the heart of its activities”. Det store fokuset på individets personopplysningsvern og tidvis forbrukervern ser man både i de grunnleggende rettighetene men også gjennomgående i GDPR.

---

<sup>166</sup> ”at least one of the following applies”

<sup>167</sup> Se fortale punkt 39.

<sup>168</sup> Fortalen punkt 2, hensikt å bidra til fysiske personers velferd er med på å styrke dette argumentet.

## 7 Avslutning

Avhandlingen har med utgangspunkt i problemstillingen gjennomgått ulike sider ved lovlig behandling av personopplysninger. Det har blitt sett nærmere på hvilke muligheter det er for å ha et alternativt behandlingsgrunnlag og å endre til dette underveis i behandlingen, særlig hvor samtykke er det opprinnelige grunnlaget. Det er spesielt tre punkter som har utmerket seg som viktige for konklusjonen.

For det første er det viktig å følge forordningens ordlyd og faktisk innhente samtykke fra den registrerte som oppfyller gyldighetskravene i artikkel 4 (11) og 7. Usikkerheten ved om det frivillige samtykket forstyrres av løsningen med et alternativt behandlingsgrunnlag er et tungtveiende moment. Samtykket skal være et grunnlag som gir den registrerte mer kontroll over hva som skjer med sine personopplysninger og en sikkerhet i at det er reversibelt<sup>169</sup> jf. artikkel 7 3). De tidligere uttalelsene fra WP-gruppen<sup>170</sup> om risikoen for å undergrave konseptet 'samtykke' er av betydning. Hvis samtykke er innhentet på legitimt vis, er det et solid behandlingsgrunnlag fordi det uttrykker fri vilje og konkretiseres ned til spesifiserte handlinger og formål. Samtykke gir den registrerte mer kontroll over situasjonen og en bør derfor ikke risikere dets frivillighet ved å introdusere endring til alternative behandlingsgrunnlag.

For det andre er det et poeng at ordlyden i artikkel 6 1) ikke eksplisitt åpner for et bytte underveis i behandlingen. At forordningen i seg selv ikke nevner en slik løsning i sin ordlyd eller i fortalen, selv på bakgrunn av at WP-gruppen ved to anledninger har diskutert en slik mulighet<sup>171</sup> kan antyde at det er en løsning som ikke ønskes i forordningen. Dette taler for å ikke tillate en endring i behandlingsgrunnlag underveis i prosessen.

Endelig må det vektlegges at det er en nær tilknytning mellom bytte av behandlingsgrunnlag og endring av formål for behandlingen. Viktigheten av formålsprinsippet gjenspeiles av eksplisitte krav til et spesifikt formål gjennomgående i forordningen.<sup>172</sup> I det tidligere eksempelet om banken som vil beskyttes mot bedrageri gjenspeiles den nære relasjonen mellom formål og lovlig behandlingsgrunnlag. Den behandlingsansvarlige befinner seg trolig

---

<sup>169</sup> Se også WP259 utkast til rådgivende retningslinje om samtykke, 6.

<sup>170</sup> Fra Opinion 15/2011 WP187

<sup>171</sup> WP259 og i WP187

<sup>172</sup> jf. artikkel 5 b) c) d) og e) i tillegg til eksplisitt formålkrav i artikkel 6 1) a) og f).

på tynn rettslig grunn hvis han eller hun forsøker å endre behandlingsgrunnlag uten at en endring i formålet skjer.

Argumentene trekker i sin helhet i retning av å ta WP-gruppens tolkningsuttalelser og forordningens taushet til inntekt for at en endring i behandlingsgrunnlag underveis i behandlingen ikke kan gjennomføres etter GDPR. Det vil bli interessant å se i hvilken retning dette området utvikler seg i tiden etter at forordningen er trådt i kraft og spørsmål reiser seg for domstolene. Med bakgrunn i formålsprinsippet og faren for å undergrave den registrerte sin frivillighet sammenholdt med de overordnede målene om en forordning som sikrer enkeltindividers velferd,<sup>173</sup> vil ikke løsningen med et alternativt behandlingsgrunnlag stå i samsvar med forordningen.

Med holdepunkt i de nevnte argumentene konkluderer jeg med at en behandlingsansvarlig ikke bør tillates å endre behandlingsgrunnlag underveis i en behandling etter GDPR artikkel 6 1).

---

<sup>173</sup> Fortalen punkt 2.

## 8 Kildeliste

### 8.1 Internasjonale rettskilder

**Personvernforordningen** - *Regulation 679/2016 of The European Parliament and of The Council on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC. (General Data Protection Regulation)*. 27 April 2016.

Tilgjengelig på: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2016.119.01.0001.01.ENG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0001.01.ENG)

Norsk uoffisiell oversettelse tilgjengelig på:

<https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/regelverk-skjema/forordningen/uoffisiell-norsk-oversettelse-av-personvernforordningen.pdf>

**Direktiv 95/46/EF** - *Europaparlamentets- og rådsdirektiv av 24 oktober 1995 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger.*

Tilgjengelig på: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1526725325554&uri=CELEX:31995L0046>

**Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter** - *Charter of Fundamental rights of the European Union*. 2000/C 364/01.

Tilgjengelig på: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf)

**Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen ("EMK")** *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. 4. november 1950.

Tilgjengelig på: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf)

Norsk versjon: [https://lovdata.no/pro/#document/NL/lov/1999-05-21-30/KAPITTEL\\_emk](https://lovdata.no/pro/#document/NL/lov/1999-05-21-30/KAPITTEL_emk)

**Traktaten om den Europeiske Unions virkemåte ("TEUV")**. *Treaty on the Functioning of the European Union*. 2012/C 326/01

Tilgjengelig på: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>

Norsk: <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/europa/lisboatraktat/konsolidert-traktaten-virkemaate.pdf>

## 8.2 Norsk Lov

Bokføringsloven. *Lov om bokføring*. 19 november 2004 nr. 73. Sitert fra Lovdata.

Tilgjengelig på: <https://lovdata.no/pro/#document/NL/lov/2004-11-19-73?searchResultContext=1324>

## 8.3 Artikkel 29 Arbeidsgruppen

**A29 WP259** - *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*. Adopted on November 2017. Tilgjengelig på: [https://iapp.org/media/pdf/resource\\_center/wp29\\_consent-12-12-17.pdf](https://iapp.org/media/pdf/resource_center/wp29_consent-12-12-17.pdf)

**A29 WP259.rev 01.** - *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679. As last Revised and Adopted on 10 April 2018.*

Tilgjengelig på: [http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=623051](http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051)

**A29 WP217 Opinion 06/2014** - *on the Notion of Legitimate Interests of the Data Controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*. 09.04.2014. Tilgjengelig på:

[http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf)

**A29 WP187 Opinion 15/2011**- *on the definition on consent*. 13.07.2011. Tilgjengelig på:

<http://www.pdpjournals.com/docs/88081.pdf>

## 8.4 Datatilsyn

### Det danske datatilsynet

Tilgjengelig på: <https://www.datatilsynet.dk>

### Det britiske datatilsynet

Tilgjengelig på: <https://ico.org.uk>



<https://ico.org.uk/about-the-ico/who-we-are/>

## Det norske datatilsynet

Tilgjengelig på: [www.datatilsynet.no](http://www.datatilsynet.no)

### 8.5 Domsavgjørelser

Court of Justice of the European Union, judgment of 9.11.2010, Joined Cases C-92/09 and C-93/09 *Volker und Markus Schecke and Eifert* . Avsnitt 47 og 48.

Tilgjengelig på: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0092>

European Court of Human Rights. *Silver & Others v. United Kingdom*. Avsnitt 97 a).

Tilgjengelig på: <https://www.legal-tools.org/doc/98f52e/pdf/>

### 8.6 Rapporter

Forslag til ny regulering. 25.01.2012. *COM/2012/011. Final 1. 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)*

Tilgjengelig på: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52012PC0011>

Kommunikasjon fra EU-kommisjonen til Parlamentet *COM 2018. 43 final. Brussel 24.01.*

2018. Tilgjengelig på: [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/data-protection-communication-com.2018.43.3\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/data-protection-communication-com.2018.43.3_en.pdf)

### 8.7 Litteratur

Bygrave, A. Lee og Schartum, Dag Wiese. *Personvern i informasjonssamfunnet. En innføring i vern av personopplysninger*. 3.utgave. Fagbokforlaget 2016.

Horspool Margot, Humphreys Matthew & Wells-Greco, Michael. *European Union Law*. 9th edition, Oxford University Press 2016.

Skullerud, Åste Marie Bergseng, Rønnevik, Cecilie, Skorstad, Jørgen og Pellerud, Marius Engh. *Personvernforordningen (GDPR). Kommentartutgave*. 1. utgave. Universitetsforlaget. 2018.

## 8.8 Artikler

Schartum, Dag Wiese, og Sætre, Kjetil Wick. *Samtykke til å behandle personopplysninger i offentlig forvaltning. Gjennomgang av reglene om samtykke etter personopplysningsloven og forslag til samtykkerutine som felles IKT komponent*. 2/2016. Særlig kapittel 7.

Tilgjengelig på: [http://www.complexserien.net/sites/complexserien/files/CompLex\\_2-16\\_web.pdf](http://www.complexserien.net/sites/complexserien/files/CompLex_2-16_web.pdf)

### Artikkel om behandlingsgrunnlag fra dansk datatilsyn

[https://www.datatilsynet.dk/fileadmin/user\\_upload/dokumenter/Vejledning\\_om\\_samtykke\\_formateret\\_.pdf](https://www.datatilsynet.dk/fileadmin/user_upload/dokumenter/Vejledning_om_samtykke_formateret_.pdf)

### Hayes Solicitors om WP-gruppen og samtykke

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=700fa7f7-2b30-4c0a-9242-d9911d0225b3>

(besøkt 06-03/18)

## 8.9 Nettsider

### WP-gruppen:

[www.ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=50083](http://www.ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=50083) (besøkt 3/4-2018)

[http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item\\_type=1360&tpa\\_id=6936](http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item_type=1360&tpa_id=6936) (besøkt 3/4-2018)

[http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=59485](http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=59485) (besøkt 10-04/18)

### Advokatfirma Bird & Bird:

<https://www.twobirds.com/en>

[https://www.twobirds.com/~/\\_media/pdfs/gdpr-pdfs/23--guide-to-the-gdpr--legitimate-interests.pdf?la=en](https://www.twobirds.com/~/_media/pdfs/gdpr-pdfs/23--guide-to-the-gdpr--legitimate-interests.pdf?la=en) (besøkt 07-04/18)

<https://www.twobirds.com/en/news/articles/2018/global/article-29-working-party-guidelines-on-consent> (besøkt 07-04/18)

[http://ec.europa.eu/justice/article-29/structure/data-protection-authorities/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/article-29/structure/data-protection-authorities/index_en.htm) (besøkt 19-05/18)

<https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-skjema/nye-personvernregler/hva-blir-nytt-med-forordningen/> (besøkt 5-05/18)

**Visma:**

<https://www.visma.no/blogg/varsel-om-bokettersyn-hva-gjor-du-na/> (besøkt 22/05-2018)

**ICO:**

<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/consent/whats-new/> (besøkt 25/5-18)

<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basis-for-processing/> (besøkt 13-04/18)

<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basis-for-processing/legitimate-interests/> (besøkt 13-04/18)

