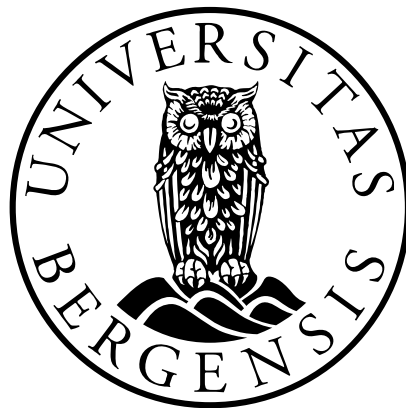


Berettigede interesser som grunnlag for behandling av personopplysninger, med særlig henblikk på profilering

*En rettslig analyse av GDPR artikkel 6 nr. 1
bokstav f*

Kandidatnummer: 54

Antall ord: 14912



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling	4
1.2 Avgrensning av oppgaven	5
1.3 Kort om GDPR og bakgrunnen for reglene.....	6
1.4 Kilder og metode	7
1.5 Den videre fremstillingen	9
2 GDPR som skranke for å behandle personopplysninger	11
2.1 Behandling av personopplysninger krever rettslig grunnlag.....	11
2.2 Profilerings er nytt for personvernreglene	13
3 Vilkårene i artikkel 6 nr. 1 bokstav f	15
3.1 Introduksjon.....	15
3.2 Behandlingsansvarliges berettigede interesser	16
3.2.1 Ordlyden favner vidt.....	16
3.2.2 Behandlingsansvarlig skal ta hensyn til den registrertes forventninger	17
3.2.3 Problemet med å vurdere den registrertes forventninger.....	18
3.2.4 Tilknytning mellom behandlingsansvarlig og den registrerte	18
3.2.5 Oppsummering av berettigede interesser	20
3.3 Nødvendighetsvilkåret.....	20
3.4 Hva er forskjellen mellom formål og interesser i forordningen?	23
3.5 Interesseavveiningen	24
3.5.1 Innledende om avveiningen.....	24
3.5.2 De motstående interessene.....	24
3.5.3 Ordlyden gir liten veiledning om momentene.....	25
3.6 En balansetest i fire steg.....	26
3.6.1 Strukturen i vurderingen.....	26
3.6.2 Vurdering av behandlingsansvarliges berettigede interesser.....	27
3.6.3 Virkningen for den registrerte	28
3.6.4 Tiltak for å minimere inngrepet i personvernet	31
3.6.5 Endelig balansetest	32
3.6.6 Oppsummering om interesseavveiningen.....	34
3.7 Oppsummering om art. 6 nr. 1 bokstav f.....	34
4 Profilerings etter art. 6 nr. 1 bokstav f	36
4.1 Innledende om problematikken	36
4.2 Nærmere om elementene i profilerings.....	37
4.2.1 Det må være en automatisert behandling	37
4.2.2 Det må være behandling av personopplysninger.....	37
4.2.3 Formålet med profileringsen må være å evaluere personlige forhold om en fysisk person	39

4.3	Interesseavveiningen ved profilering	40
4.3.1	Innledning	40
4.3.2	Behandlingsansvarliges berettigede interesser	40
4.3.3	Virkningen for den registrerte	41
4.3.4	Tiltak for å minimere inngrepet i personvernet	45
4.3.5	Endelig balansetest	46
4.4	Oppsummering om profilering etter art. 6 nr. 1 bokstav f	47
5	Avsluttende bemerkninger	48
Kildeliste		50
Internasjonale kilder		50
Lovgivning og traktater		50
EU-domstolens rettspraksis		50
Article 29 Working Party		51
Norske rettskilder		52
Lovgivning		52
Forarbeid		52
Rettspraksis		52
Praksis fra Personvernemnda		52
Juridisk litteratur		53
Andre kilder		53
Datatilsynets rapporter		53

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgaven handler om behandlingsgrunnlaget *berettigede interesser* etter GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav f, og i hvilken utstrekning denne bestemmelsen gir hjemmel for å behandle personopplysninger. I oppgaven skal også spørsmålet om berettigede interesser som grunnlag for *profilering* drøftes, som innebærer at personopplysninger behandles for dermed å kunne gjøre antagelser om den enkelte personens behov og preferanser.¹

For å belyse problemstillingens aktualitet kan det vises til følgende eksempel: Peder Ås skal bestille pizza.² Han oppgir navn og adresse sammen med bestillingen slik at pizzaselskapet kan levere pizzaen hjem til han. Pizzaselskapet lagrer kontaktopplysningene og noen dager senere mottar Peder rabattkuponger for lignende produkter fra pizzaselskapet i posten.

Det samme scenarioet kunne også utartet seg slik: Peder bestiller pizza og oppgir navn og adresse for hjemlevering. Samtidig har pizzaselskapet lagret en oversikt over tidligere bestillinger, og pizzaselskapet har også tilgang til Peders nettleaserlogg, samt GPS- og lokasjonsdata fra mobiltelefonen hans. En egen programvare kan analysere dataen og forutsi Peders preferanser for ulike produkter, når det er sannsynlig at Peder gjør kjøp, når han er villig til å betale mer for produktene og når han blir påvirket av ulike rabatter og tilbud. På bakgrunn av all denne informasjonen kan pizzaselskapet sende målrettet markedsføring i samsvar med Peders preferanser, både som post i postkassen, på mail og som reklame på sosiale medier, mobilapplikasjoner og internett for øvrig. Reklamen kan også fininnstilles til å dukke opp på tidspunkt hvor sannsynligheten er stor for at Peder kjøper pizza basert på en annonse på relevante nettsider på mobiltelefonen hans.

Eksemplet belyser spennet i måten personopplysninger behandles på. Folk flest vil kanskje reagere mindre på det første scenarioet fordi det oppleves mindre inngripende i deres privatliv. Realiteten er nok heller at et flertall bedrifter benytter seg av profilering slik siste del av eksemplet viser, ut fra en antagelse om at analyse av personopplysninger gir større

¹ Definisjonen av profilering i GDPR behandles under punkt 2.2 og 4.2.

² Eksemplet er hentet fra Artikkel 29-gruppen *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*, (Heretter WP217) s. 31-33.

sannsynlighet for kjøp av eksempelvis pizza. Har bedrifter rett til å foreta slik profilering skissert i eksemplet? Og i så fall, i hvilken utstrekning kan de gjøre det?

Pizzaselskapet kan anføre at de har en *berettiget interesse* av å samle inn Peders personopplysninger for å sikre at Peder kjøper pizza hos dem igjen. Kan GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f tjene som rettslig grunnlag for å behandle Peders personopplysninger i denne situasjonen? Hvordan slår interesseavveiningen etter art. 6 nr. 1 bokstav f ut for de to eksemplene skissert ovenfor? Hvilke momenter inngår i interesseavveiningen og hvilken vekt skal disse ilegges? Dette er sentrale spørsmål som skal drøftes i denne oppgaven.

Fremstillingen av oppgaven er todelt – den skal først ta for seg berettigede interesser som behandlingsgrunnlag, jf. GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f og deretter ta for seg profilering i henhold til dette behandlingsgrunnlaget.

1.2 Avgrensning av oppgaven

Hovedformålet med oppgaven er en nærmere analyse av interesseavveiningen i art. 6 nr. 1 bokstav f, samt profilering etter dette behandlingsgrunnlaget. De andre behandlingsgrunnlagene behandles derfor ikke. Videre er det egne rettsgrunnlag for behandling av såkalte «særlige kategorier» av personopplysninger i art. 9, som angår eksempelvis opplysninger om en persons helse eller religiøse oppfatning, og det avgrenses også mot disse av hensyn til oppgavens lengde.

Profilering er inntatt som del av bestemmelsen i art. 22 om automatiserte avgjørelser, men dette skal ikke drøftes nærmere i oppgaven, utover der det kan kaste lys over interesseavveiningen for profilering etter art. 6 nr. 1 bokstav f.

Det avgrenses også mot eventuell rettspraksis eller andre relevante rettskilder som kommer etter 1. desember 2018, da det i lys av innleveringsfristen ikke vil være anledning til å behandle disse i oppgaven.

1.3 Kort om GDPR og bakgrunnen for reglene

Den 27. april 2016 ble Personvernforordningen³ (heretter GDPR eller forordningen) formelt vedtatt i EU, og den trådte i kraft for medlemslandene 25. mai 2018.⁴ Forordningen ble innlemmet i EØS-avtalen⁵ ved ny, norsk personopplysningslov⁶ som trådte i kraft 20. juli 2018.⁷ Forordningen opphever personverndirektivet fra 1995⁸, og den nye personopplysningsloven opphever personopplysningsloven av 2000.⁹

Bakgrunnen for, og aktualiteten av det nye regelverket er beskrevet i forordningens fortale punkt 6: «Den raske teknologiske utviklingen samt globaliseringen har skapt nye utfordringer med hensynet til vern av personopplysninger. Omfanget av innsamlingen og utvekslingen av personopplysninger har økt betraktelig». Videre heter det i punkt 7 at den teknologiske utviklingen «krever en sterk og mer sammenhengende ramme for vern av personopplysninger i Unionen støttet av en streng håndheving av reglene, ettersom det er viktig å skape den nødvendige tillit som vil gjøre at den digitale økonomien kan utvikle seg i det indre marked».

I forlengelsen av fortalepunkt 7 kan det kort bemerkes at GDPR er innført som en forordning, fremfor et direktiv slik personverndirektivet var. En forordning er «binding in its entirety» og skal være «directly applicable in all Member States», jf. TEUV¹⁰ art. 288 (2). Forordninger sikrer derfor ensartede regler i alle EU-medlemslandene fordi det ikke kreves særskilt gjennomføringsakt.¹¹ Direktiv er derimot bindende «as to the result to be achieved (...) but shall leave to the national authorities the choice and methods», jf. Art. 288 (3). Ved direktiv har medlemslandene større frihet til å velge hvordan reglene skal implementeres og gir dermed ikke ensartede regler på samme måte som forordninger.

³ Europaparlamentets- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [GDPR].

⁴ Jf. art. 99 nr. 2.

⁵ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen). Inn tatt i Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

⁶ Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

⁷ Jf. personopplysningsloven § 1.

⁸ Europaparlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (heretter Direktivet).

⁹ Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) [OPPHEVET].

¹⁰ Traktaten om Den europeiske unions virkemåte.

¹¹ Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen *EØS-rett*, (2018) 3 utg. s. 28.

Uttalelsene i fortalen viser at hovedformålet med forordningen er å sikre et forsvarlig vern av fysiske personers privatliv i en tid der teknologien utvikles raskt og bruken av personopplysninger øker i omfang. Samtidig skal forordningen sikre at personopplysninger kan benyttes kommersielt og mellom medlemslandene i EU. Fysiske personers behov for vern om privatlivet og bedrifters behov for bruk av personopplysninger må dermed balanseres, og en slik balansegang danner en rød tråd gjennom hele forordningen. Balanseringen av rettigheter kan utledes allerede fra forordningens tittel – GDPR skal gi «vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger» og sikre «fri utveksling av slike opplysninger». Formålsbestemmelsen i art. 1 nr. 1-3 presiserer også dette uttrykkelig. Ved tolkningen av bestemmelsene er dette sentrale hensyn som må vektas mot hverandre.

1.4 Kilder og metode

En hovedutfordring ved oppgaven er at GDPR er et nytt regelverk og at rettskildetilfanget dermed er lite. Det må derfor legges stor vekt på bestemmelsenes ordlyd og uttalelser i fortalen. Som følge av mangel på rettspraksis får rådgivende uttalelser fra Artikkel 29-gruppen, samt forvaltningspraksis fra Personvernemnda desto større vekt. Dessuten er art. 6 nr. 1 bokstav f en videreføring fra personverndirektivet¹², slik at tidligere rettspraksis og øvrige rettskilder er relevante ved tolkningen. I dette delkapitlet skal det knyttes noen korte bemerkninger til kildene som er spesielle innenfor personvern.

Den primære rettskilden for analysen i oppgaven er GDPR. GDPR er en EU-forordning som er inntatt i EØS-avtalen og kan derfor i denne sammenheng karakteriseres som et EØS-regelverk. Forordningen «gjelder som lov», jf. personopplysningsloven § 1, slik at alminnelig juridisk metode må legges til grunn ved tolkningen av reglene. Gjennom EØS-avtalen har imidlertid norsk lovgiver forpliktet seg til å også bruke EU-rettslige kilder ved tolkningen av regelverkene, i tråd med homogenitetsprinsippet.¹³ Innledningsvis kan det bemerkes at ved motstrid mellom norsk rett og EØS-retten, får EØS-retten forrang, jf. EØS-loven § 2, slik også forutsatt i personopplysningsloven § 2.

¹² Daniel Rücker and Tobias Kugler (red.) *New European General Data Protection Regulation*, (2018) s. 82.

¹³ Fredrik Sejersted mfl. *EØS-rett*, (2011) 3.utg. s. 237. Homogenitetsprinsippet innebærer at EØS-bestemmelser må fortolkes og anvendes i samsvar med EU-retten slik at rettstilstanden blir den samme i EØS og EU.

For å oppnå homogenitet mellom EØS- og EU-medlemsstatene, er EU-domstolens avgjørelser en tungtveiende kilde ved tolkning av forordningen, jf. EØS-avtalen art. 6 og ODA¹⁴ art. 3.¹⁵

Fortalen til forordningen har også betydning som tolkningsfaktor. Fortalen er en innledende tekst i rettsakten, skrevet av EUs lovgivende organer, hvor de overordnede formålene med regelverket fremgår, men også hvordan de enkelte bestemmelsene skal forstås.¹⁶ Derfor har fortalen relativt stor betydning for tolkning av lovteksten, selv om den ikke er rettslig bindende.¹⁷

Norske forarbeider er normalt en tungtveiende rettskilde i norsk rett fordi de utdyper lovgivers vilje og mening med reglene. Forarbeider til gjennomføringslovgivning, som Prop. 56 LS (2017-2018), er ikke skrevet av lovgiveren bak reglene, og forarbeider til gjennomføringslovgivning har heller som fokus å tilpasse lovgivningen til norsk rett.¹⁸ Denne rettskilden benyttes derfor ikke av EU- eller EFTA-domstolen, og for å opptre i henhold til homogenitetsprinsippet, bør norske rettsanvendere bruke slike forarbeider med varsomhet.

Article 29 Working Party¹⁹ (heretter Artikkel 29-gruppen) var EUs rådgivende organ i personvernspørsmål²⁰ og skrev retningslinjer og anbefalinger til hvordan reglene skal forstås og håndheves. Uttalelsene er imidlertid ikke juridisk bindende, jf. TEUV art. 288 (5), men gruppens retningslinjer er et viktig hjelpemiddel for å forstå innholdet av bestemmelsene. Med GDPRs inntreden opphørte Artikkel 29-gruppen²¹, og som erstatning er nå European Data Protection Board (EDPB)²² innført med hjemmel i GDPR art. 65. EDPB har videreført en rekke veiledere Artikkel 29-gruppen ga ut, og derfor er disse fortsatt relevante for tolkningen av bestemmelsene i GDPR. Disse påpekes fortløpende der det er relevant.

¹⁴ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA-avtalen).

¹⁵ Sejersted mfl. (2011) s. 237.

¹⁶ Fredriksen (2018) s. 305.

¹⁷ Jf. C-345/13 avsnitt 31. EU-domstolen uttalte at «the preamble (...) has no binding legal force and cannot be relied on either as a ground for derogating from the actual provisions of the act in question or for interpreting those provisions in a manner clearly contrary to their wording».

¹⁸ Sejersted mfl. (2011) s. 203

¹⁹ Artikkel 29-gruppen ble opprettet med hjemmel i artikkel 29 i personverndirektivet som også navnga gruppen.

²⁰ Jon Wessel-Aas og Magnus Ødegaard *Personvern Publisering og behandling av personopplysninger* (2018) s. 94.

²¹ http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=629492

²² På norsk Personvernrådet.

Datatilsynet og Personvernemndas avgjørelser kan også få betydning ved tolkningen av forordningen. Datatilsynet er Norges tilsynsmyndighet, jf. forordningen art. 51, som enkelt sagt innebærer at de skal føre tilsyn med at forordningens regler blir fulgt i Norge.²³

Personvernemnda behandler klager over Datatilsynets vedtak, jf. personopplysningsloven § 22. Avgjørelser fra Datatilsynet og Personvernemnda er forvaltningspraksis²⁴ som har rettskildemessig vekt, men i begrenset grad. Ettersom det foreløpig er lite rettspraksis knyttet til forordningen, får likevel forvaltningspraksisen fra Datatilsynet og Personvernemnda større plass i denne oppgaven.

Uttalelser fra juridisk litteratur har som vanlig begrenset rettskildemessig vekt og benyttes der argumentasjonsverdien er god. Både norsk og internasjonal litteratur er relevant som følge av at regelverket er likt for EU- og EØS-medlemslandene.

1.5 Den videre fremstillingen

I den videre fremstillingen skal det redegjøres for behandlingsgrunnlaget i art. 6 nr. 1 bokstav f, momentene i interesseavveiningen og profilering etter denne bestemmelsen. For å danne et oversiktlig bilde av reglene for behandling av personopplysninger, begynner del 2 med særegenheter ved bokstav f sammenlignet med de andre behandlingsgrunnlagene, samt en introduksjon av hva profilering er. Deretter skal det i del 3 redegjøres for vilkårene i art. 6 nr. 1 bokstav f og momentene i interesseavveiningen. Videre i del 4 drøftes profilering, herunder elementene i legaldefinisjonen av profilering og når profilering kan benyttes med grunnlag i art. 6 nr. 1 bokstav f. Avslutningsvis i del 5 skal funnene i oppgaven oppsummeres.

Begrep som behandling, personopplysninger og behandlingsansvarlig brukes hyppig i oppgaven, men er ikke gjenstand for noen nærmere drøftelse i oppgaven ettersom disse er legaldefinert i GDPR art. 4. For oppgavens formål er det tilstrekkelig å vise til disse definisjonene. Med «den registrerte» menes vedkommende som blir «identifisert» eller som er «identifiserbar» i behandlingen, jf. art. 4 nr. 1. Den videre fremstillingen tar utgangspunkt i at behandlingen av personopplysninger gjøres av en behandlingsansvarlig, ikke en databehandler. Grensedragningen mellom behandlingsansvarlig og databehandler kan være

²³ Datatilsynet utarbeider blant annet en rekke veiledere innenfor personvernrettslige spørsmål som er nyttige for bedrifter å bruke. Disse samsvarer i stor grad med Artikkel 29-gruppens veiledere, som er relevante for samtlige bedrifter innenfor virkeområdet av GDPR. I tråd med homogenitetsprinsippet benyttes derfor kun sistnevntes veiledere.

²⁴ Både Datatilsynet og Personvernemnda er forvaltningsorgan, jf. personopplysningsloven §§ 20 og 22.

vanskelig å trekke i praksis, men dette er ikke gjenstand for nærmere drøftelse i oppgaveteksten.

2 GDPR som skranke for å behandle personopplysninger

2.1 Behandling av personopplysninger krever rettslig grunnlag

GDPR art. 5 nr. 1 bokstav a fastlegger at behandling av personopplysninger skal skje på en «lovlig, rettferdig og åpen måte». Artikkelen 5 angir de såkalte personvernprinsippene som gjelder for all behandling av personopplysninger, og disse danner derfor en overordnet rettslig ramme for behandlingen. Prinsippet i bokstav a innebærer at behandling av personopplysninger krever et rettslig grunnlag, et *behandlingsgrunnlag*, for å være lovlig etter forordningen. Artikkelen 6 nr. 1 angir seks alternative behandlingsgrunnlag, og hele bestemmelsen er inntatt under:

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

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

Opplistingen av behandlingsgrunnlag er uttømmende jf. ordlyden «bare lovlig» i første setning. Dersom ikke vilkårene for ett eller flere av disse grunnlagene er oppfylt, er ikke

behandlingen av personopplysninger lovlig.²⁵ Behandlingsgrunnlaget må derfor foreligge så lenge behandlingen foregår.

Felles for behandlingsgrunnlagene i art. 6 nr. 1 bokstav a–e er at de peker på situasjoner der lovgiver presumerer at behandlerens og den fysiske personens rettigheter og interesser er balanserte.²⁶ Behandlingsgrunnlaget i bokstav f om berettigede interesser flytter derimot balanseringsøvelsen fra lovgiver til den behandlingsansvarlige.²⁷ Behandlingsansvarlig må avveie sine egne interesser mot den fysiske personens rettigheter og interesser, og sørge for at behandlingen ikke i for stor grad griper inn i personvernet. Det må foretas en konkret balanseøvelse for hver enkelt behandling og derfor kan bestemmelsen være mer ressurskrevende å benytte enn de andre behandlingsgrunnlagene. Til gjengjeld gir bokstav f en fleksibilitet som ikke finnes i de andre behandlingsgrunnlagene siden det ikke er begrenset til typetilfellene lovgiver har beskrevet.

Forordningen stenger for at offentlige myndigheter ved utøvelsen av deres oppgaver kan benytte berettigede interesser som grunnlag for behandling av personopplysninger, jf. art. 6 nr. 1 (2). Dette er naturlig ettersom det skal foretas en avveining av om deres interesser overskrider den fysiske personens rettigheter. En avveining mellom myndighetenes og borgernes rettigheter og interesser hører til lovgivers oppgaver, i tråd med legalitetsprinsippet og lovgivers overordnede demokratiske rolle. Offentlige myndigheter har dessuten et eget grunnlag for behandling av personopplysninger i bokstav e, som krever egen lovhjemmel, jf. art. 6 nr. 3 bokstav b.

Fleksibiliteten som behandlingsgrunnlaget i bokstav f gir, kan gi inntrykk av at bestemmelsen er en form for sekkepost for behandlinger som ikke passer under de andre grunnlagene. Art. 6 nr. 1 bokstav f er imidlertid ikke ment som en «last chance if no other grounds apply» eller et grunnlag som kan brukes uhemmet fordi det anses å være «less constraining than the other grounds».²⁸ Hertil kommer at behandlingsgrunnlagene i art. 6 er likestilte, jf. ordlyden «minst ett av følgende vilkår».²⁹

Formålet med å vise forskjellene mellom grunnlagene i bokstav a–e og f er at når det er behandlingsansvarlig selv som skal foreta en interesseavveining, kan det by på særlige utfordringer. Behandlingsansvarlig har naturligvis en egeninteresse av at resultatet av

²⁵ Jf. Skullerud mfl. *Personvernforordningen (GDPR) Kommentarutgave*, (2018) s. 81.

²⁶ WP217 s. 9. Denne veilederen er ikke videreført av EDPB, men er ettersom GDPR art. 6 er en videreføring fra samme regel i direktivet, er veilederen fortsatt relevant.

²⁷ At det er behandlingsansvarlig som skal gjøre denne vurderingen følger av WP217 s. 14.

²⁸ WP217 s. 9.

²⁹ Dette indikeres også i fortalen punkt 40.

balanseøvelsen blir at personopplysningene kan behandles. Dersom det ikke er klare rammer for hvordan interesseavveiningen skal foretas, kan derfor behandlingsansvarliges egeninteresse medføre at personopplysninger behandles i større utstrekning eller på en mer inngripende måte enn hva som er lovlig. Momentene som behandlingsansvarlig kan vektlegge i interesseavveiningen skal derfor redegjøres nærmere for under punkt 3.5 og 3.6.

2.2 Profilerings er nytt for personvernreglene

Det fantes ingen bestemmelser om profilering i personverndirektivet, men personopplysningsloven 2000 hadde en bestemmelse som gjaldt informasjonsplikt ved bruk av «personprofiler», jf. § 21. Begrepet hadde imidlertid ikke en legaldefinisjon, og er dermed for første gang legaldefinert i GDPR art. 4 nr. 4. Bestemmelsen lyder i sin helhet slik:

*«enhver form for **automatisert behandling** av **personopplysninger** som innebærer å **bruke personopplysninger for å vurdere visse personlige aspekter knyttet til en fysisk person, særlig for å analysere eller forutsi aspekter som gjelder nevnte fysiske persons arbeidsprestasjoner, økonomiske situasjon, helse, personlige preferanser, interesser, pålitelighet, atferd, plassering eller bevegelser**» (min utheving).*

Profilering er en form for *behandling* av personopplysninger.³⁰ Sentralt for profilering er at behandlingen av personopplysninger er «automatisert» og at de innsamlede personopplysningene brukes for å vurdere «personlige aspekter (...) særlig for å analysere eller forutsi aspekter». Forenklet kan man si at profilering er innsamling av data og analyse av enkeltindivid basert på den innsamlede dataen.³¹ De enkelte elementene i definisjonen gjennomgås i punkt 4.2 i fremstillingen.

Som eksemplet innledningsvis indikerte, er det særlig aktuelt å se nærmere på profilering fordi profilering bidrar til å avdekke en persons preferanser og behov, som dermed kan gi økt fortjeneste til bedrifter som benytter seg av profilering. Dette er mulig fordi forbrukere i dag legger igjen elektroniske spor på blant annet på sosiale medier, mobilapplikasjoner og ved å surfe på nettaviser og andre nettsteder. Samtidig kan omfattende profilering oppleves som et inngrep i den profilertes personvern, og ved bruk av avanserte teknikker som Big Data-

³⁰ Jf. fortalen punkt 72.

³¹ Jf. Rücker (2018) s. 265.

analyse (stordataanalyse)³², maskinlæring (kunstig intelligens) og algoritmer er det også risiko for at en profil dannes basert på uriktige opplysninger.

Selv om reglene om profilering er nye, er profilering svært utbredt³³, og derfor er det viktig at GDPR er innført som en forordning. Ensartede regler i EU og EØS sikrer en effektiv innføring og håndheving av de nye reglene, som igjen sikrer at GDPR kan oppnå målet om et forsvarlig vern av privatlivet.³⁴

Det fremgår av art. 5 bokstav b at personopplysninger skal samles inn for «spesifikke, uttrykkelig angitte og berettigede formål» og at opplysningene ikke må viderebehandles på en måte som er «uforenlig» med det opprinnelige formålet. Dette omtales i GDPR som prinsippet om formålsbegrensning. I art. 5 bokstav c heter det at personopplysninger skal være «adekvate, relevante og begrenset til det som er nødvendig for formålene de behandles for». Dette er dataminimeringsprinsippet.

Disse to personvernprinsippene kan være problematiske å forene med profilering. Profilering gjennomføres typisk med analyseteknikker som bruker store mengder personopplysninger, som gir desto bedre prediksjoner dersom flere personopplysninger behandles.³⁵ Bedre prediksjoner om den registrertes behov og preferanser gir større sannsynlighet for at den registrerte velger ditt produkt fremfor konkurrentens, og behandlingsansvarlig vil i et slikt tilfelle derfor ha stor interesse av å samle inn mest mulig informasjon. Da blir det vanskelig å samtidig forsvare at behandlingen har skjedd for det samme, spesifikke formålet, og at behandlingen er begrenset til det nødvendige. Det er derfor nødvendig å undersøke hvor bredt formålet kan defineres, eksempelvis om det er tilstrekkelig etter art. 5 nr. 1 bokstav b at formålet med behandlingen er å forbedre egne produkter og tjenester.

Det er særlig spørsmålene om hvordan definisjonen av profilering i art. 4 nr. 4 skal forstås, og i hvilke tilfeller profilering kan hjemles med art. 6 nr. 1 bokstav f som behandlingsgrunnlag, som skal belyses i denne oppgaven.

³² Big Data-analyse «referer til gigantiske mengder digitale data (...) som gjøres til gjenstand for omfattende analyse ved bruk av algoritmer», jf. Datatilsynet *Big Data – personvernprinsipper under press* (2013) s. 7.

³³ Bare i Norge har Datatilsynet i rapporten *Hva vet de om deg?* (2018) redegjort for at store norske aktører som Canal Digital Kabel, Schibsted, Trumf og Telia Norge AS, lagrer store mengder data fra kundene sine og analyserer dem.

³⁴ En forordning skaper rettssikkerhet og «vil gi fysiske personer i alle medlemsstater det samme nivået av rettslig bindende rettigheter og plikter», jf. fortaleten punkt 13.

³⁵ Jf. Rücker (2018) s. 264.

3 Vilkårene i artikkel 6 nr. 1 bokstav f

3.1 Introduksjon

GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav f:

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

(...)

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

Bestemmelsen i bokstav f inneholder tre kumulative vilkår som må være oppfylt for at behandling av personopplysninger etter dette grunnlaget skal være lovlig. Behandlingen må være «nødvendig», behandlingsansvarlig må ha en «berettiget interesse» for behandlingen og det må foretas en endelig interesseavveining mellom behandlingsansvarliges interesser og den registrertes «interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter».

Det følger ikke uttrykkelig av ordlyden i bokstav f, men behandlingsgrunnlaget må være «established prior to the processing and in relation to a specific purpose», jf. Artikkel 29-gruppens retningslinjer om samtykke.³⁶ Formål med behandlingen må også «være berettigede, uttrykkelig angitt og fastsatt når personopplysningene samles inn», jf. fortalen punkt 39. Dessuten har behandlingsansvarlig en informasjonsplikt, på «tidspunktet for innsamlingen», overfor den registrerte om hvilke interesser som forfølges, jf. art. 13 bokstav d. Naturligvis må da den berettigede interessen være etablert før behandlingen finner sted. Hensynet til sammenheng i lovverket tilsier dermed at vilkåret om berettiget interesse må være oppfylt før behandlingen kan begynne.

I Rīgas satiksme-dommen³⁷ uttalte EU-domstolen at bestemmelsen inneholder «three cumulative conditions», først «the pursuit of a legitimate interest», deretter «the need to

³⁶ Artikkel 29-gruppen *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*, (Heretter WP259rev.01) s. 23. Veiledningen er videreført av Personvernrådet (EDPB) og er derfor relevant å se hen til ved tolkningen av bestemmelsen.

³⁷ Sak C-13/16 avsnitt 28.

process personal data for the purposes of the legitimate interests pursued» og til sist «the fundamental rights and freedoms of the person concerned by the data protection do not take precedence». Artikkel 6 nr. 1 bokstav f viderefører personverndirektivet 95/46/EF art. 7 bokstav f, og dessuten personopplysningsloven 2000 § 8 første ledd bokstav f³⁸, og derfor er tidligere rettspraksis og øvrige rettskilder fremdeles relevante ved tolkningen av GDPR.

Vurderingen er dermed tredelt og i det følgende skal vilkårene gjennomgås enkeltvis i henhold til rekkefølgen EU-domstolen har lagt til grunn.

3.2 Behandlingsansvarliges berettigede interesser

3.2.1 Ordlyden favner vidt

Behandlingsansvarlig må for det første ha en «berettig[e]t interesse» for behandlingen. Ordlyden «berettigede interesser» er vid og bestemmelsen gir ikke uttrykkelig veiledning om hva slags interesser som regnes som berettigede. Ordlyden «interesse» favner bredt og kan omfatte behov, målsettinger eller ønsker. At interessen må være «berettiget» tilsier imidlertid at ikke enhver interesse vil omfattes av bestemmelsen, ordlyden oppstiller et visst kvalifikasjonskrav til interessene.

Videre kan ordlyden «berettigede» tilsi at interessen skal være lovlig, særlig sett i lys av den engelske ordlyden «legitimate». Artikkel 29-gruppen uttaler seg i samme retning og utdyper at interessen må være «in accordance with applicable EU and national law».³⁹ Uttalelsen innebærer at interessen ikke bare må være lovlig i samsvar med personvernreglene, men lovlig etter all lovgivning. Eksempelvis trekkes det frem i fortalepunkt 47 at markedsføring kan være en berettiget interesse, men selv om markedsføring kan være en lovlig interesse etter GDPR, må den behandlingsansvarlige også behandle i henhold til markedsføringsloven.

De berettigede interessene må også «forfølges» av behandlingsansvarlig. Det innebærer at interessen må gjøre seg gjeldende for virksomheten på tidspunktet for behandlingen, den kan ikke være for avledet og fjern. Artikkel 29-gruppen har uttalt at interessen må være «real and present»⁴⁰ som underbygger at interessen må være saklig begrunnet i virksomhetens reelle behov.

³⁸ Jf. forarbeidene til personopplysningsloven 2018, Prop. 56 LS (2017-2018) s. 32.

³⁹ WP217 s. 25.

⁴⁰ WP217 s. 25.

Fortalen inneholder eksempler på situasjoner som kan gi behandlingsansvarlig en berettiget interesse i å behandle personopplysninger. I punkt 47–50 nevnes behandling for å forebygge bedrageri, at personopplysninger sendes internt i et konsern, for å sikre nett- og informasjonssikkerheten, og for å avdekke mulige straffbare handlinger eller trusler mot den offentlige sikkerhet. Det fremheves også helt eksplisitt i punkt 47 at markedsføring kan anses som en berettiget interesse. Selv om fortalen lister opp eksempler, kan ikke disse interessene uten videre tjene som behandlingsgrunnlag. Det må også vurderes om behandlingen i for stor grad forulemper den registrerte ved interesseavveiningen.

Artikkel 29-gruppen trekker også frem ytterligere eksempler på berettigede interesser behandlingsansvarlig kan ha, eksempelvis utøving av ytringsfriheten, sikkerhet eller historiske, vitenskapelige eller statistiske formål og forskning.⁴¹

3.2.2 Behandlingsansvarlig skal ta hensyn til den registrertes forventninger

Forordningens fortale kan bidra til å kaste ytterligere lys over hvordan vilkåret skal forstås. I punkt 47 uttales det at det skal tas hensyn til «de registrertes rimelige forventninger» på grunnlag av «forholdet mellom dem og den behandlingsansvarlige».

I Avfallsservice-dommen, Rt-2013-143, som riktignok gjaldt hvorvidt gjenbruk av personopplysninger falt innenfor det opprinnelige formålet, uttalte Høyesterett at «ved vurderingen av hvilke ulemper personopplysningene har hatt for A, må det også ses hen til om gjenbruken av opplysningene lå innenfor hans rimelige forventninger om hva opplysningene kunne brukes til».⁴²

Et sentralt vurderingstema er dermed hvilke forventninger den registrerte med rimelighet stiller til behandlingsansvarlig. Dersom personen forventer eller regner med at ens personopplysninger behandles, taler det i favør av at interessen er berettiget. Motsetningsvis, dersom den registrerte ikke har noen slik forventning, hvis behandlingen er overraskende eller uventet, taler det for at interessen ikke er berettiget. Dersom behandlingen foregår på en annen måte enn personen forventer, taler dette også i mot at interessen er berettiget, selv om behandling i utgangspunktet ikke kommer helt uventet for den registrerte.

⁴¹ WP217 s. 25.

⁴² Jf. avsnitt 60.

3.2.3 Problemet med å vurdere den registrertes forventninger

Vurderingen av om det foreligger berettigede interesser skal gjøres konkret for hver behandling, jf. punkt 2.1 over. Derfor må behandlingsansvarlig ta hensyn til den registrertes subjektive forventninger. Med tanke på at ulike personer kan ha ulike forventninger til samme vare eller tjeneste, kan det være utfordrende for behandlingsansvarlig å vurdere de subjektive forventningene. Én person kan for eksempel mene at det er verdt å gi slipp på mye av sitt personvern for å få et tilpasset brukerinnhold, mens en annen ikke deler ønsket om brukertilpasset innhold. Dette vil variere med hvor opptatt av privatliv den registrerte er, og hvor nøye man har tenkt igjennom konsekvensene ved å avgi personsensitiv informasjon. Dessuten kan de registrertes forventninger endre seg over tid. Variasjonen av de registrertes forventninger gjør det utfordrende for behandlingsansvarlig å forutsi den konkrete forventningen ved behandlingen.

Klare utsagn fra den registrerte kan imidlertid lette på denne utfordringen for behandlingsansvarlig. Likevel er det sjeldent at behandlingsansvarlig har slike klare utsagn fra den registrerte om hvilke forventninger som stilles til behandlingen. Dermed må behandlingsansvarlig se hen til forventningene til en normal registrert. Man kan ikke ta hensyn til de mest ekstreme personene i hver sin retning, verken den registrerte som ønsker å leve et liv helt uten å oppgi personopplysninger, men heller ikke den registrerte som gjerne gir fra seg en stor mengde sensitive personopplysninger.

Behandlingsansvarlig kan i tillegg bøte på utfordringen med den konkrete registrertes forventninger ved å informere om grunnen til behandlingen, og dette kan gjøre behandlingen mer forståelig for den registrerte, jf. informasjonsplikten i art. 13. Et annet mulig tiltak for å sikre at man behandler i tråd med den registrertes forventninger er å henvende seg direkte til den registrerte og forhøre seg om hvordan vedkommende ønsker at sine personopplysninger skal brukes. Eksempelvis på nettsider eller i mobilapplikasjoner kan den registrerte på sin 'profilside' svare på man hvorvidt man ønsker tilpassede tilbud og annonser, mer generell reklame eller ingen reklame.

3.2.4 Tilknytning mellom behandlingsansvarlig og den registrerte

I fortalen punkt 47 uttales det også at det kan foreligge en berettiget interesse når det er et «relevant og passende forhold mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige, f.eks.

dersom den registrerte er kunde av den behandlingsansvarlige eller i vedkommendes tjeneste». Uttalelsen gir antydning om at dersom det foreligger en form for tilknytning mellom den registrerte og behandlingsansvarlig, er det rimelig å anta at den registrerte forventer å få sine personopplysninger behandlet. En arbeidstaker har for eksempel grunn til å forvente at arbeidsgiver ønsker å føre oversikt over de ansattes kontaktopplysninger, på samme måte som en kunde i medlemsklubben til en butikk må forvente at butikken sender ut nyhetsbrev på mail når nye varer er kommet til butikken.

Den tidligere nevnte Rīgas satiksme-dommen⁴³ gjaldt et trikkeselskap som ønsket å kreve erstatning fra en taxipassasjer som ved å åpne døren til taxien, påførte skade på en trikkevogn. Trikkeselskapet hadde ingen tilknytning til passasjeren utover skaden påført deres trikkevogn, men EU-domstolen uttalte at «the interest of a third party in obtaining the personal information of a person who damaged their property in order to sue that person for damages can be qualified as a legitimate interest». Tilknytningen mellom partene kan dermed vise seg på en rekke ulike måter, det er ikke nødvendigvis bare tilknytning i kunde- eller ansattforhold som er relevant.

Riktignok er tilknytning kun trukket frem i fortalen som et eksempel på når det «kan» foreligge en berettiget interesse, ikke som et krav for at vilkåret skal anses oppfylt. Dette tilknytningsmomentet kan heller ikke utledes direkte av bestemmelsens ordlyd. Dessuten kan ikke en tilknytning mellom behandlingsansvarlig og den registrerte rettferdiggjøre all form for behandling av personopplysninger, men inngår heller som et moment i en større vurdering.

Behandlingsansvarlig kan hente veiledning fra tilknytningen til den registrerte, ved å bruke tilknytningen til å forespeile hva den registrerte forventer av behandling. Dersom behandlingsansvarlig aldri har vært i kontakt med den registrerte tidligere er det naturlig at behandlingen er upåregnelig for den registrerte. Hvis den registrerte tidligere har handlet i en nettbutikk, fremstår det ikke like uforventet at samme nettbutikk ønsker å sende relevante reklamer på mail, eller som annonser på internett. Det er neppe heller uventet for en person at man blir kontaktet av skadelidt i en erstatningssak, slik Rīgas satiksme-dommen illustrer, selv om partene aldri har hatt kontakt tidligere.

⁴³ C-13/16 avsnitt 29.

3.2.5 Oppsummering av berettigede interesser

Sentralt for vurderingen av «berettigede interesser»-vilkåret er den vide ordlyden. Interessen må være «berettig[e]» som innebærer at den må være lovlig, og den må «forfølges» som innebærer at interessen må være reell for behandlingsansvarlig, ikke være for fjern og avledet. Fortalen gir anvisning om at det skal tas hensyn til den registrertes forventninger, og at en relevant tilknytning mellom partene kan indikere at en interesse er berettiget.

Ettersom ordlyden favner vidt og rettskildene hovedsakelig gir uttrykk for at den registrertes forventninger skal vektlegges, kan det tilsi at det er de *upåregnelige* behandlingene som faller utenfor vilkåret. Hvorvidt vurderingstemaet upåregnelig gir noe særlig veiledning utover at interessen må være «berettiget» kan diskuteres, all den tid vurderingen av hva den registrerte forventer er krevende for behandlingsansvarlig.

Den vide ordlyden gjør også at behandlingsansvarliges interesser fort kan anses som berettigede, slik at vilkåret ofte er oppfylt. Uansett er det ikke tilstrekkelig at interessen er berettiget, den må også veie tyngre enn den registrertes interesser og rettigheter i interesseavveiningen, se nærmere om dette under punkt 3.5 og 3.6. Det blir opp til domstolene å avklare nærmere hvordan vilkåret skal forstås.

3.3 Nødvendighetsvilkåret

Videre må behandlingen være «nødvendig for formål» knyttet til behandlingsansvarliges berettigede interesser, jf. art. 6 nr. 1 bokstav f. Ordlyden «nødvendig» tilsier at det må foreligge en årsak til at personopplysningene blir behandlet – behandlingsansvarlig må ha et *behov* for å behandle de aktuelle personopplysningene.

Når det i bestemmelsen videre heter at behandlingen må være «nødvendig for formål» knyttet til behandlingsansvarliges «interesser», er det klart behandlingen må være nødvendig for å ivareta disse interessene. Bruken av ordet «nødvendig» kan da tilsi et absolutt behov for at behandlingen utføres på en bestemt måte – at behandlingen er uunnværlig eller at den *må* gjøres for at behandlingsansvarlig skal kunne ivareta sine interesser. Med andre ord, dersom en behandlingsansvarlig kan forfølge interessene sine på annen måte, vil ikke behandlingen være «nødvendig». En slik ordlydstolkning av «nødvendig» er mer bokstavelig enn en

ordlydstolkning der «nødvendig» kun innebærer at behandlingsansvarlig har et behov for behandlingen.

Ordlyden gir da to mulige tolkningsalternativer, der den mer bokstavelige tolkningen innebærer et klart strengere krav til når behandling kan gjennomføres. For å avklare hvilket tolkningsalternativ som skal legges til grunn må ordlyden suppleres med øvrige rettskildefaktorer.

EU-domstolen understreket i Rīgas satiksme-dommen at nødvendighetsvilkåret innebærer at behandling som griper inn i personvernet skal være «strictly necessary».⁴⁴ Uttalelsen veier tungt i retning av en streng ordlydsforståelse.

I fortalens punkt 39 uttales det at «personopplysninger bør behandles bare dersom formålet med behandlingen ikke med rimelighet kan oppfylles på annen måte». Uttalelsen gjelder behandling generelt og gjelder da for alle behandlingsgrunnlagene. Synspunktet i fortalen kan tas til inntekt for en streng tolkning av nødvendighetsvilkåret, med modifikasjonen om at behandlingsansvarlig ikke har andre *rimelige* alternativer.

En streng tolkning av «nødvendig» samsvarer med dataminimeringsprinsippet i art. 5 nr. 1 bokstav c. Behandling av personopplysninger skal være «begrenset til det som er nødvendig for formålene» de behandles for, jf. art. 5 nr. 1 bokstav c. Ordlyden «nødvendig» benyttes her også, men er supplert med «begrenset til» som antyder at behandling kun er lovlig der dette er den eneste måten å oppnå formålet på.

En sak i Personvernemnda, Trønder Taxi⁴⁵, gjaldt et taxiselskap der taxisentralen tok opptak av telefonsamtaler mellom taxisjåfør og taxisentralen, for å forhindre upassende og sjikanøse oppringninger fra sjåfør til sentralen. I nødvendighetsvurderingen la nemnda vekt på om det kunne vært «iverksatt andre og mindre inngripende virkemidler for å få bukt med problemet». Videre uttalte nemnda at ved bruk av telefonopptak som må anses som et inngripende tiltak er det «forventet at man først forsøker med flere typer mindre inngripende tiltak».

Personvernemnda konkluderte med at behandlingen ikke var «nødvendig». Avgjørelsen kan

⁴⁴ C-13/16 avsnitt 30.

⁴⁵ PVN-2015-13.

tas til inntekt for at det sentrale for nødvendighetsvilkåret er at det ikke er tatt i bruk for inngripende virkemidler for å ivareta behandlingsansvarliges berettigede interesser.

I samme retning trekker en uttalelse fra Artikkel 29-gruppen. Gruppen har uttalt at behandlingsansvarlig må vurdere «whether other less invasive means are available to serve the same end».⁴⁶ Det vil si at behandlingsansvarlig må velge den minst inngripende måten å behandle personopplysningene på.

I nødvendighetsvilkåret må det dermed innfortolkes et krav om forholdsmessighet, som underbygger at den minst inngripende behandlingsmåten velges. Forholdsmessighetsprinsippet omtales en rekke steder i fortalen, blant annet i punkt 4 der det heter at retten til vern av personopplysninger «ikke [er] en absolutt rettighet», den må «veies mot andre grunnleggende rettigheter i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet». Personvernemnda har uttalt at forholdsmessighetsprinsippet er et «ulovfestet prinsipp i personvernretten».⁴⁷ Artikkel 29-gruppen har uttalt at «the data processing must be ‘necessary’ and ‘proportionate’»,⁴⁸ og i litteraturen er det uttalt at nødvendighetsvilkåret «requires a proportionality test on a case-by-case basis».⁴⁹

Samlet sett gir rettskildene uttrykk for at nødvendighetsvilkåret skal tolkes strengt, men at behandling likevel er «nødvendig» dersom behandlingsansvarlig ikke har andre rimelige alternativer, jf. særlig fortalepunkt 39. Sentralt ved vurderingen er om den minst inngripende behandlingen er valgt for å oppnå formålet og ivareta bedriftens interesser, slik at kravet om forholdsmessighet også oppfylles.

EU-domstolen har presisert at «nødvendig» er et vilkår som må tolkes likt i hele EU-samarbeidet for å sikre et ensartet nivå av vern i alle medlemsstatene, og derfor har vilkåret en selvstendig betydning innad i EU-samarbeidet.⁵⁰

⁴⁶ WP217 s. 29.

⁴⁷ Jf. PVN-2006-06.

⁴⁸ WP217 s. 34.

⁴⁹ Rücker (2018) s. 66.

⁵⁰ C-524/06 avsnitt 52.

3.4 Hva er forskjellen mellom formål og interesser i forordningen?

Ordlyden «nødvendig for formål knyttet til de berettigede interessene som forfølges» er en tung og kunstig formulering som bærer preg av å være en direkte oversettelse fra den engelske forordningsteksten.

Først må behandlingen være «nødvendig», deretter må den være «nødvendig for formål» og så skal «nødvendig for formål» knyttes sammen med behandlingsansvarliges «berettigede interesser». En normal språklig forståelse av både «formål» og «interesse» tilsier at man har en grunn til å behandle personopplysninger. Ordene har tilnærmet lik betydning og derfor kan det være vanskelig å forstå hvorfor begge disse elementene må være med i ordlyden. I personopplysningsloven 2000 § 8 bokstav f het det at behandlingen måtte være «nødvendig» for å ivareta en «berettiget interesse», som intuitivt er en lettere formulering å forstå.

Ordlyden «formål» i artikkel 6 nr. 1 bokstav f må forstås som en henvisning til formålsbegrensningsprinsippet i art. 5 nr. 1 bokstav b der det fremgår at formålet skal være «spesifikt, uttrykkelig angitt og berettiget». Hver behandling må ha et formål og dette bestemmes for hver enkelt behandling. Prinsippet om formålsbegrensning gjelder imidlertid som en overordnet regel uansett, og lovteksten blir unødvendig komplisert ved å vise til prinsippet også i art. 6. Da kan det også være vanskelig for den registrerte å forstå sin rettsstilling ut fra bestemmelsens tekst alene.

Artikkel 29-gruppen har forsøkt å klargjøre sontringen mellom formål og interesser i sine retningslinjer.⁵¹ Det uttales her at «the concept of ‘interest’ is closely related to, but distinct from, the concept of ‘purpose’ (...) In data protection discourse, ‘purpose’ is the specific reason why the data are processed: the aim or the intention of the data processing. An interest, on the other hand, is the broader stake that a controller may have in the processing, or the benefit that the controller – or that society might derive – from the processing».

Som eksempel trekker gruppen frem at et selskap kan ha en interesse i å sørge for sikkerhet for ansatte som jobber på et atomkraftverk, og relatert til dette kan selskapet ha som formål å implementere konkrete tilgangskontrollprosedyrer som rettferdiggjør behandling av

⁵¹ WP217 s. 24.

personopplysninger. I eksempelet her er interessen, *fordelen med behandlingen*, å ivareta de ansattes sikkerhet. Formålet, *målet eller intensjonen med behandlingen*, er egne adgangskontrollprosedyrer.

Eksempelet og uttalelsen fra Artikkel 29-gruppen samsvarer med at berettigede interesser er et vilkår som tolkes vidt, og at formålet skal angis spesifikt for hver behandling, jf. art. 5 nr. 1 bokstav b. Artikkel 29-gruppen har uttalt at formålet ikke kan være «vague or general» for eksempel «improving users' experience» eller «marketing purposes» er ikke tilstrekkelige spesifikke formål.⁵² Dermed må formålet angis klart snevrere enn interessen, og derfor er det også et poeng bak at begge ordene brukes i bestemmelsen. Det blir likevel også her opp til domstolen å avklare videre hva som skiller interesser og formål fra hverandre.

3.5 Interesseavveiningen

3.5.1 Innledende om avveiningen

Etter at det er fastslått at behandlingsansvarlig har en berettiget interesse i å foreta behandlingen og at behandlingen er nødvendig, må det foretas en interesseavveining. I den avsluttende balanseringsøvelsen skal det gjøres en konkret helhetsvurdering av hensynene som står mot hverandre ved behandlingen. Den behandlingsansvarliges berettigede interesser må avveies mot den registrertes «interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter». Dersom den registrertes interesser veier tyngst er ikke behandling etter bokstav f lovlig.⁵³

Spørsmålet for fremstillingen videre er hvilke momenter som inngår i interesseavveiningen og hvilken vekt disse generelt bør ilegges.

3.5.2 De motstående interessene

Som nevnt innledningsvis under punkt 1.3 bygger GDPR på en balansegang mellom fysiske personers behov for vern om privatlivet og bedrifters behov for å bruke personopplysninger i sin næringsvirksomhet. Overordnet står disse hensynene mot hverandre i interesseavveiningen.

⁵² Jf. Artikkel 29-gruppen, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, (Heretter WP203) s. 45. Denne er videreført av EDPB og er derfor relevant å se hen til ved tolkningen av bestemmelsene i GDPR.

⁵³ Behandling kan likevel tenkes etter et annet grunnlag i art. 6.

Behandlingsansvarlige kan ha en rekke ulike interesser, men for den registrerte vil alltid hensynet til privatlivet gjelde. For alle spørsmål om behandling av personopplysninger er personvernet utsatt, og det sentrale er derfor å vurdere *hvor inngripende* behandlingen er. Jo større inngrep det er for den registrerte, jo mer taler hensynet til retten til privatliv for at behandling ikke kan gjennomføres, eller må gjennomføres på en mindre inngripende måte.

Artikkel 29-gruppen påpeker at det ikke er en enkel vurdering med to lodd som skal vektes, men at det er en rekke faktorer som skal vurderes.⁵⁴ Det skal dermed gjøres en bred vurdering av hensynene.

3.5.3 Ordlyden gir liten veiledning om momentene

Det fremgår ikke eksplisitt av art. 6 nr. 1 bokstav f hvilke momenter som skal veies mot hverandre i interesseavveiningen. Felles for behandlingsansvarlig og den registrerte er at deres «interesser» skal måles mot hverandre, men for den registrerte nevnes også dens «grunnleggende rettigheter og friheter». Behandlingsansvarliges interesser er drøftet inngående under punkt 3.2. Hva som omfattes av den registrertes «interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter» skal dermed vurderes i denne delen.

Ordlyden «grunnleggende rettigheter» tilsier de elementære rettighetene en person har. Bruken av ordlyden «grunnleggende» indikerer at det er de fundamentale rettighetene, for eksempel menneskerettighetene til en person, som skal vektlegges. Ordlyden «friheter» henviser til handlingsfriheten et hvert individ har. Begrensninger i friheten kan innebære at man avstår fra å ytre seg, eller unnlater å handle på visse måter i det offentlige rom. Datatilsynet omtaler dette som *nedkjølingseffekten*.⁵⁵ Dette er skadelig for den offentlige debatt og samfunnet for øvrig da det kan medføre redusert økonomisk vekst. Det er derfor ikke ønskelig med behandling av personopplysninger som medfører at den enkelte legger bånd på sin handlemåte i samfunnet.

Både «rettigheter» og «friheter» er svært vide ordlyder som kan materialisere seg på en rekke ulike måter. Sammen med ordlyden «grunnleggende» kan bestemmelsen gi inntrykk av at det kun er det helt elementære som skal vektlegges, men bestemmelsen trekker også frem den registrertes «interesser». Artikkel 29-gruppen har også uttalt at «all relevant interests of the

⁵⁴ WP217 s. 3.

⁵⁵ Se Datatilsynets rapport om *Big Data – personvernprinsipper under press* (2013) s. 4-5.

data subject should be taken into account».⁵⁶ I likhet med behandlingsansvarlig sine interesser er det altså et vidt spenn i hvilke interesser som omfattes i vurderingen.

Dessuten benyttes ikke «berettigede» foran interessene til den registrerte, som tilsier et enda videre omfang av interesser for de registrerte, enn for behandlingsansvarlig. Artikkel 29-gruppen poengterer eksempelvis at den registrertes interesse ikke trenger å være lovlig – en kriminell «should not be subject to disproportionate interference with their rights and interests».⁵⁷ For eksempel kan en person som blir tatt i å stjele i en matbutikk nekte at hans bilde og personalia skal henges opp på lunsjrommet til de ansatte.

Selv om ikke behandlingsansvarliges grunnleggende rettigheter og friheter eksplisitt er nevnt, skal berettigede interesser gis en vid tolkning, slik redegjort for over i punkt 3.2, og ordlyden omfatter således også behandlingsansvarliges grunnleggende rettigheter. For eksempel kan en avis kan ha en berettiget interesse i å benytte ytringsfriheten sin til å publisere en sak om en person, selv om det kan oppleves som et inngrep i vedkommendes personvern.

Ettersom det kan vektlegges en rekke interesser, rettigheter og friheter hos både den behandlingsansvarlige og den registrerte bidrar ikke ordlyden til å klargjøre nærmere hvordan selve avveiningen skal gjennomføres. Det er dermed i hovedsak andre rettskilder som kan bidra til å avklare retningslinjene for en slik avveining.

3.6 En balansetest i fire steg

3.6.1 Strukturen i vurderingen

Artikkel 29-gruppen forklarer at ved avveiningen kan det være nyttig å se rettighetene til begge parter på en skala.⁵⁸ Behandlingsansvarliges interesser i å foreta behandlingen kan variere mellom ubetydelige til tungtveiende. Jo mer aktverdige, jo tyngre veier interessen i avveiningen. Tilsvarende vil virkningen for den fysiske personen kunne variere mellom begrenset og veldig inngripende. Jo mer inngripende behandlingen er for den fysiske personen, desto mer 'overbevisende' må behandlingsansvarliges berettigede interesse være.

⁵⁶ Jf. WP217 s. 30.

⁵⁷ WP217 s. 30.

⁵⁸ WP217 s. 30.

Ifølge Artikkel 29-gruppen bør behandlingsansvarlig utføre balansetesten i fire steg – først å foreta en vurdering av de berettigede interessene, deretter vurdere virkningen for den registrerte, så se på om det kan gjøres tiltak for å minimere inngrepet i personvernet, og avslutningsvis en endelig balansetest.⁵⁹

I mangel på andre rettskilder som kan gi veiledning om hvordan drøftelsen skal utføres, følger denne oppgaven systematikken til Artikkel 29-gruppen.

3.6.2 Vurdering av behandlingsansvarliges berettigede interesser

Innledningsvis i interesseavveiningen må behandlingsansvarlig ta stilling til hvor tungtveiende egne interesser er. For å kunne foreta en slik vurdering er det avgjørende at interessen er tydelig formulert, jf. Artikkel 29-gruppens veileder om berettigede interesser.⁶⁰

Som momenter i vurderingen fremhever Artikkel 29-gruppen arten av interessen, hvilke fordeler behandlingsansvarlig oppnår, hvor viktige fordelene er og om behandlingen også ivaretar mer ideelle interesser som gagnar samfunnet.⁶¹

Når det skal ses på arten av interessen må behandlingsansvarlig vurdere om interessen er en grunnleggende rettighet, for eksempel ytringsfrihet. Eller om den er mer triviell, for eksempel at et treningssenter ikke bare ønsker kundens kontaktinformasjon, men også informasjonen om kundens kjønn. Jo mer grunnleggende rettighet, desto tyngre veier interessen i favør av at behandlingen kan gjennomføres.

Ved vurderingen av fordelene vil flere og viktigere fordeler tale for at interessen er sterkere. Eksempelvis er det fordelaktig for en arbeidsgiver å samle inn de ansattes kontaktopplysninger, for å kunne å lage et internt register som alle de ansatte kan benytte seg av. Fordelen for arbeidsgiver med en slik ordning øker i takt med størrelsen av bedriften, for eksempel har store konsern med filialer i flere byer og land stor fordel av slike sammenstillinger.

Dersom behandlingen også kommer samfunnet til gode, tilsier det at interessen er tungtveiende. For eksempel nevner Artikkel 29-gruppen offentliggjøring av skattelister som

⁵⁹ WP217 s. 33.

⁶⁰ WP217 s. 25.

⁶¹ WP217 s. 24 og s. 35.

en type interesse som gagnar samfunnet.⁶² Et annet eksempel er der bedriften bruker personopplysninger for å avdekke hvitvasking, særlig innenfor bank- og finans.

Selv om interesser som gagnar samfunnet veier tungt i avveiningen, utelukker det ikke mer kommersielle interesser hos behandlingsansvarlig. En sak for Personvernemnda gjaldt Posten Norge som ønsket å leie ut adresselister fra eget postregister.⁶³ Personvernemnda uttalte at «Posten har en berettiget interesse i å tilby tjenesten adressemekling ved at de har en kommersiell interesse».

Markedsføring er en vanlig, kommersiell interesse for behandlingsansvarlig, som det også påpekes i fortalepunkt 47. God markedsføring kan gi et konkurransefortrinn, men kan også være utslagsgivende for om et selskap er levedyktig eller om det går konkurs. Det er klart at dersom ingen hører om produktet eller tjenesten man tilbyr, kan man ikke drive selskapet med økonomisk fortjeneste. I tråd med momentene nevnt over er derfor markedsføring grunnleggende viktig for et selskap, og kan også gi gode fordeler, og markedsføring kan derfor ikke forkastes som interesse bare fordi den er kommersiell. Ettersom markedsføring kan komme i mange forskjellige former, er det kanskje mer sentralt for behandlingsansvarlig å vurdere hvor mye personopplysninger som er nødvendig for å skape god reklame.

3.6.3 Virkningen for den registrerte

Som motvekt til behandlingsansvarliges interesse skal virkningen av behandlingen for den registrerte vurderes. Artikkel 29-gruppen har trukket frem en rekke momenter som er av betydning i vurderingen, herunder arten av personopplysningene som behandles, om behandlingen er til gunst eller ulempe for den registrerte, og hvilke forventninger den registrerte har til behandlingen.⁶⁴

Det skal særlig tas hensyn til om den registrerte er et barn, jf. ordlyden i art. 6 nr. 1 bokstav f. Dette understrekes også i fortalen punkt 38. Det kan ut fra dette også argumenteres for at personopplysninger til sårbare grupper bør behandles med forsiktighet, det krever i så fall en svært viktig og tungtveiende interesse hos den behandlingsansvarlige.⁶⁵ Sårbare grupper er ikke like godt rustet til å ta vare på sitt personvern som andre grupper i samfunnet, og kan ha

⁶² Jf. WP217 s. 27.

⁶³ PVN-2004-03.

⁶⁴ WP217 s. 36-37.

⁶⁵ Skullerud mfl. (2018) s. 85.

vanskeligere enn andre for å forstå konsekvensene av behandling av deres personopplysninger. Derfor bør slike utsatte grupper gis et ekstra vern.

Når det gjelder arten av personopplysningene har EU-domstolen uttalt at balansen i interesseavveiningen beror på «the nature of the information in question and its sensitivity for the data subject's private life», jf. Google Spain-dommen.⁶⁶ Arten av personopplysninger kan variere fra enkle opplysninger som for eksempel kontaktopplysninger, til mer sensitiv informasjon som for eksempel opplysninger om den registrertes privatøkonomi. Jo mer trivielle opplysningene er, desto mindre kreves av behandlingsansvarliges interesse i å gjennomføre behandlingen.

I Avfallsservice-dommen⁶⁷ vektla Høyesterett ulempene for den registrerte i interesseavveiningen. Saken gjaldt et avfallsselskap som sa opp en sjåfør som følge av avvik mellom timelistene hans og bilens elektroniske logg. Opprinnelig ble loggene brukt til administrasjon og drift av selskapets oppgaver. Spørsmålet for retten var om opplysningene kunne brukes til å fange opp mulige brudd på sjåførens arbeidsplikter, og om dette var forenlig med det opprinnelige formålet. Om ulempene for arbeidstakeren uttalte retten i avsnitt 56 at «bruken av opplysningene innebar utvilsomt en ulempe for A i den forstand at den var sterkt medvirkende til at hans brudd på arbeidspliktene ble avslørt – med de konsekvenser det fikk». Dommen belyser at i tilfeller der behandlingen fører til at en arbeidstaker blir sagt opp, utgjør behandlingen en klar ulempe som veier tungt i interesseavveiningen.

Behandling til ulempe for den registrerte er i lys av uttalelsene i Avfallsservice-dommen et sentralt moment i avveiningen. Andre ulemper kan være ekskludering, diskriminering og æreskrenkelser.⁶⁸ Et annet eksempel er behandling som er egnet til å skape bekymring for at man blir overvåket, jf. nedkjølingseffekten som nevnt ovenfor. Enda mer inngripende er det om ulempene varer over tid, og desto større grunn er det til at behandling ikke kan gjennomføres med berettigede interesser som hjemmelsgrunnlag.⁶⁹

⁶⁶ Sak C-131/12.

⁶⁷ Rt. 2013 s. 143.

⁶⁸ Jf. Wessel-Aas (2018) s. 150.

⁶⁹ Skullerud mfl. (2018) s. 85.

Hva slags type opplysninger som innhentes kan også si noe om hvilken ulempe behandlingen innebærer for den registrerte. I Avfallsservice-dommen⁷⁰ trakk retten frem at arbeidsgivers «kontrolltiltak ikke bare [vil] kunne være en ulempe for den som har noe å skjule, men også for den som ikke har noe å skjule», jf. avsnitt 56. Retten mente likevel at bruk av elektroniske logger var mindre inngripende enn overvåkning på arbeidsplassen, særlig ettersom loggen «utelukkende var knyttet til hans arbeidsoppgaver, og at det således ikke dreide seg om informasjon av privat eller personlig karakter», jf. avsnitt 58.

I samme retning uttalte lagmannsretten i GPS-kjennelsen⁷¹ at «Som et generelt utgangspunkt må overvåking ved bruk av GPS karakteriseres som mindre inngripende i sentrale rettsgoder enn overvåking ved bruk av lyd og bilde». (...) Lagmannsretten mener følgelig at graden av krenkelse er begrenset». Saken gjaldt bruk av GPS-logger som hadde loggført «hvilken rute som kjøres, hvilken bil som kjører ruta, og tidspunkter for tømning av den enkelte søppeldunk», jf. lagmannsrettens bemerkninger. Rettspraksis viser dermed at opplysninger knyttet til den registrertes arbeidsoppgaver er mindre inngripende enn å bli utsatt for full overvåking på arbeidsplassen. Avgjørelsene underbygger dermed at typen behandling, og arten av de aktuelle personopplysningene som er berørt, er sentrale momenter i vurderingen av hvor inngripende behandling er.

Fordeler for den registrerte ved behandlingen tilsier på den andre siden at behandlingen oppleves mindre inngripende. Dermed trekker positive virkninger for den registrerte i favør av at behandlingen kan gjennomføres. Datatilsynet har påpekt at annonseinntekter fra målrettet markedsføring «bidrar til å finansiere en kolossal mengde gratis internettstjenester (...) [som] tilgang til aviser, oversettingstjenester, e-post, musikk og videoer».⁷² I tillegg kan forbrukere nyte godt av at tjenester gjøres personaliserte, nyttige og brukervennlige så lenge personvernet er tilstrekkelig ivaretatt.

Ved vurderingen av virkningen for den registrerte må det også ses hen til hvilke forventninger den registrerte har. Høyesterett uttalte i Avfallsservice-dommen i avsnitt 60 at det må «ses hen til om gjenbruken av opplysningene lå innenfor hans rimelige forventninger om hva opplysningene kunne brukes til. Dette beror i hovedsak på hvilken informasjon som ble gitt om systemet i forkant av det ble innført». Uttalelsen knytter seg til vurderingen av om

⁷⁰ Rt. 2013 s. 143.

⁷¹ HR-2011-1019 U, ankeutvalget forkastet anken slik at lagmannsrettens dom ble stående RG-2011-321.

⁷² Datatilsynet *Det store datakappløpet* (2015) s. 38.

behandlingen er forenlig med det opprinnelige formålet, jf. art. 5 nr. 1 bokstav b, men disse vurderingene sammenfaller. Forventningene til den registrerte skal derfor ikke bare vektlegges ved vurderingen av om behandlingsansvarliges interesse er berettiget, jf. fortalen punkt 47, men også i interesseavveiningen. Jo mer forventet behandling er, jo mer taler det for at behandling kan utføres.

Det er også sentralt at Høyesterett i Avfallsservice-dommen poengterer at behandlingsansvarlig har mulighet til å kontrollere den registrertes forventninger ut fra informasjonen som gis om behandlingen. For eksempel hvis den registrerte har motsatt seg behandling med samtykke som grunnlag, tilsier den registrertes forventninger at behandling ikke kan skje etter andre grunnlag heller. Her har behandlingsansvarlig et uttrykkelig utsagn som indikerer at behandling ikke er ønskelig og det må da svært viktige interesser til for at interesseavveiningen går i favør av at behandlingen kan gjennomføres.

Det er også et moment i vurderingen om opplysningene allerede er tilgjengelige offentlig. I ASNEF og FEMEMD-dommen⁷³ uttalte EU-domstolen at «the seriousness of the infringement (...) can vary depending on whether or not the data in question already appear in public sources». Uttalelsen tilsier at personopplysninger som finnes tilgjengelig offentlig er mindre inngripende å behandle enn opplysninger som ikke er offentlig tilgjengelig. EU-domstolens uttalelse må likevel ikke forstås slik at offentlig tilgjengelige opplysninger kan behandles uten videre, det må uansett foretas en interesseavveining.

3.6.4 Tiltak for å minimere inngrepet i personvernet

Etter at behandlingsansvarlig har vurdert styrken av egen interesse, og sett på hvor inngripende behandlingen er for den registrerte, har man allerede en viss formening om hvordan balansen mellom interessene er. For å kunne påvirke balansen i retning av at behandlingen kan gjennomføres, kan det vurderes om det skal iverksettes ulike tiltak og sikkerhetsmekanismer i behandlingen.

For tilfellet der behandlingen av personopplysninger er inngripende for den registrerte, kan ulike tiltak og sikkerhetsmekanismer bidra til å styrke vernet av personopplysningene. Tiltakene kan ikke alene gjøre at interessen blir berettiget, eller at behandlingen blir

⁷³ Forente saker C-468/10 og C-469/10 avsnitt 44.

nødvendig, de skal komme inn i balanseringen hvis den behandlingsansvarlige ser at sine interesser ikke er mer tungtveiende enn den registrertes.

Slike tiltak kan for eksempel være pseudonymisering⁷⁴, anonymisering⁷⁵, at den registrerte gjøres oppmerksom på mulighet til å protestere mot behandlingen, at den registrerte gis mulighet til å velge bort behandling og om det er innebygd personvern i løsningen behandlingsansvarlig benytter.⁷⁶ Innebygd personvern, også kalt *privacy by design*, innebærer at personvern blir prioritert allerede ved begynnelsen av planlegging av nye produkter og tekniske løsninger.⁷⁷ Behandlingsansvarlig har også muligheten til å være åpne overfor den registrerte og informere tydelig og åpent om behandlingen de har gjort.

Om den registrertes mulighet til å velge bort behandling har Artikkel 29-gruppen uttalt at behandlingsansvarlig kan gi den registrerte «an opportunity to opt-out of the processing».⁷⁸ Den registrerte har riktignok en lovbestemt rett til å protestere mot behandlingen, jf. art. 21, men ved å gi opt-out muligheter for de ulike delene av behandlingen har behandlingsansvarlig mulighet til å tilpasse behandlingen til den enkelte registrerte. Som nevnt kan behandlingsansvarlig henvende seg til den registrerte og etterspørre om man ønsker tilpassede tilbud og annonser, ingen tilpasning i annonsene, eller at personopplysningene ikke brukes til reklame overhode.

Artikkel 29-gruppen understreker imidlertid at «the use safeguards alone is of course not sufficient to justify any kind of processing in all contexts».⁷⁹ Poenget er at tiltakene kan gjøre behandlingen totalt sett mindre inngripende for den registrerte, og dermed vippe vektskålen mot at behandlingen kan gjennomføres.

3.6.5 Endelig balansetest

I den endelige balansetesten skal behandlingsansvarlig gjøre en siste vurdering av hensynene som står mot hverandre. Som påpekt innledningsvis i punkt 3.6.1 skal da resultatet av

⁷⁴ Pseudonymisering innebærer at opplysningene ikke lenger kan knyttes til en identifiserbar person uten ved hjelp av tekniske verktøy, jf. GDPR art. 4 nr. 5. Det er fortsatt personopplysninger, jf. fortalespunkt 26.

⁷⁵ Anonymisering innebærer at opplysningene ikke lenger kan knyttes til en person, selv ikke med tekniske verktøy eller andre hjelpemidler. Anonymiserte opplysninger er derfor ikke lenger personopplysninger, jf. GDPR art. 4 nr. 1.

⁷⁶ WP217 s. 42.

⁷⁷ Jf. fortalespunkt 78.

⁷⁸ WP217 s. 10.

⁷⁹ WP217 s. 31.

vurderingen av interessen holdes opp mot vurderingen av virkningen for den registrerte. Jo mer tungtveiende interessen er, jo mer taler det for at behandling kan gjennomføres. Men dersom personopplysningene er sensitive må behandlingsansvarliges interesse være desto mer overbevisende. Dersom interessene til behandlingsansvarlig ikke er særlig vektige, vil behandling av personopplysninger bare kunne skje hvis behandlingen ikke er særlig inngripende i personvernet til den registrerte. Det skal også ses på om den registrerte har en forventning om at den behandlingsansvarlige skal foreta behandlingen.

Hvis behandlingsansvarlig etter en balansetest kommer til at behandlingen er for inngripende kan det vurderes å iverksette ekstra sikkerhetstiltak for å bøte på dette. Det kan også vurderes om behandlingen skal gjennomføres i mindre grad, at færre opplysninger samles, at opplysningene lagres for en kortere periode og at de ikke gjenbrukes. For eksempel ved målrettet markedsføring som i pizzaeksemplet innledningsvis, kan behandlingsansvarlig vurdere om de er nødt til å følge med på Peders nettvaner og GPS-spore ham, eller om det er tilstrekkelig at man kjenner til at Peder har handlet hos dem tidligere. Ved å kun behandle Peders kontaktopplysninger, er det ikke snakk om sensitive opplysninger hos Peder, og det oppleves heller ikke uventet at selskapet kontakter han igjen. Pizzaselskapet vil behandle opplysninger for å sikre en jevn kundemasse, og at varene deres kjøpes, og de har sånn sett en relativt sterk interesse i å reklamere for sine produkter. Hvis de i tillegg gir Peder mulighet til å reservere seg mot slike tilbud, er resultatet av en samlet interesseavveining at behandlingen kan gjennomføres.

I Personvernemndas sak mot Posten Norge⁸⁰ ble det slått fast at de hadde en berettiget interesse av å leie ut et adresseregister. I interesseavveiningen kom nemnda imidlertid til at den forretningsmessige interessen ikke kunne veie tyngre enn den registrertes interesse i personvern. Saken belyser at en interesse kan være berettiget, men likevel ikke være tilstrekkelig tungtveiende til at interesseavveiningen går i behandlingsansvarliges favør.

En annen sak for Personvernemnda⁸¹ gjaldt Telenor Mobil som ønsket å lagre opplysninger om kunder etter avsluttet kundeforhold. Nemnda vurderte at Telenor hadde en berettiget interesse for å gjøre dette, og i interesseavveiningen ble det vektlagt at ved å lagre opplysningene ville Telenor kunne yte tidligere kunder bedre service dersom de ønsket å

⁸⁰ PVN-2004-03. Se også punkt 3.6.2 i oppgaven.

⁸¹ PVN-2004-07.

gjenopprette kundeforholdet sitt. Videre uttalte Personvernemnda at det kan være praktisk og «forventet av en tidligere kunde», og dessuten at opplysningene ikke er av «sensitiv karakter». Totalt sett ble det derfor ansett at behandlingen ikke utgjorde noen «vesentlig svekkelse av de registrertes personvern».

3.6.6 Oppsummering om interesseavveiningen

Som vist er det altså en rekke momenter som har betydning i interesseavveiningen, og vurderingen vil variere ut fra det konkrete tilfellet. Interesseavveiningen kan gjøres i fire steg, først vurderingen av tyngden på behandlingsansvarliges berettigede interesse, deretter virkningen for den registrerte, så kan ekstra tiltak og sikkerhetsmekanismer vurderes, før det gjøres en samlet helhetsvurdering til slutt. Det fremgår ikke av rettskildene hvilke momenter som veier mest i vurderingen, men ut fra lovteksten er det mest sentrale å vurdere behandlingsansvarliges interesser opp mot virkningen for den registrerte, og følgelig må hovedvekten av vurderingen være på de to første stegene.

Når tyngden av den behandlingsansvarliges interesser vurderes skal det ses til arten av interessen, fordelene som oppnås med behandlingen, om behandlingen gagnar samfunnet eller om det er viktig for den behandlingsansvarliges økonomiske interesser. Interessen vil variere fra tungtveiende og avgjørende, til mer triviell og ønskelig.

På motsatt side skal virkningen av behandlingen for den registrerte analyseres, og det er sentralt å se på det samlede bildet av konsekvenser og virkninger. Både om personopplysningene er sensitive eller mer overfladiske, om den registrerte oppnår ulemper eller fordeler, og om behandlingen er forventet.

3.7 Oppsummering om art. 6 nr. 1 bokstav f

For å oppsummere er det er altså tre vilkår som må være oppfylt for å kunne behandle personopplysninger etter art. 6 nr. 1 bokstav f. Behandlingsansvarlig må ha en berettiget interesse i behandlingen, behandlingen må være nødvendig og det skal gjøres en interesseavveining mellom den behandlingsansvarliges og den registrertes interesser og rettigheter.

Felles for både berettigede interesser-vilkåret og nødvendighetsvilkåret er at ordlyden er svært vid, som dermed gir rom for tolkning. Det tredje vilkåret er at den behandlingsansvarliges interesser ikke skal overskrides av den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter. For den tredje delen av vurderingen brukes også vide og overordnede ordlyder slik at lovteksten ikke eksplisitt bidrar til å veilede den behandlingsansvarlige om hvordan avveiningen konkret skal gjennomføres. Som påpekt under punkt 2.1 er det problematisk at det mangler klare rammer for vurderingen ettersom behandlingsansvarlig på egenhånd skal gjennomføre en avveining han har en egeninteresse av et positivt resultat i.

For den registrerte kan det også være utfordrende å forstå sin rettsstilling overfor behandlingsansvarlig ettersom lovteksten er utformet såpass overordnet og bredt. Det brukes store ord, som ikke er egnet til å si noe om momentene som faktisk skal vektlegges i vurderingen. Det er problematisk at forordningen må suppleres med øvrige kilder som kan være utilgjengelige for den registrerte. Det er imidlertid positivt at fortalen trekker frem konkrete eksempler på interesser som er berettigede, og at det påpekes at det skal tas hensyn til den registrertes forventninger til behandlingen, så vel som tilknytningen mellom partene.

Artikkel 29-gruppen har gitt utførlige og ordrike veiledninger om hvordan behandlingsansvarlig skal gjennomføre vurderingen etter art. 6 nr. 1 bokstav f, og hvordan behandlingen er lovlig etter personvernreglene mer generelt sett. Særlig mindre virksomheter har ikke nødvendigvis ressursene til å sette seg inn i faglig komplekse og omfattende veiledere fra Artikkel 29-gruppen. Her kan Datatilsynets veiledere bidra med bedre hjelp ettersom disse følger Artikkel 29-gruppens uttalelser, men er vesentlig kortere og mer oversiktlige.

I neste del av oppgaven det redegjøres for *profilering*, og hovedformålet med kapitlet er å kartlegge muligheten for profilering etter art. 6 nr. 1 bokstav f. Profilering er en spesiell form for behandling, og det vil derfor være spesielle momenter i interesseavveiningen som behandlingsansvarlig må ta hensyn til.

4 Profilering etter art. 6 nr. 1 bokstav f

4.1 Innledende om problematikken

Spørsmålene som skal vurderes i dette kapitlet er hvordan definisjonen av profilering i GDPR skal forstås, hvorvidt GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f kan tjene som rettslig grunnlag for profilering og hvordan momentene i interesseavveiningen skal vektlegges. Profilering er som nevnt legaldefinert for første gang i GDPR, men er likevel ikke en ny form for behandling. Ettersom profilering brukes aktivt i dag⁸² er det aktuelt å se nærmere på om art. 6 nr. 1 bokstav f kan være et relevant behandlingsgrunnlag for slik behandling.

Siden profilering er inntatt i personvernregelverket for første gang er det et svært begrenset kildetilfang vedrørende de rettslige problemstillingene profilering reiser. Fremstillingen støtter seg derfor hovedsakelig til forordningens ordlyd, uttalelser i fortalen, samt Artikkel 29-gruppens uttalelser, særlig retningslinjene om automatiserte avgjørelser og profilering.⁸³

Legaldefinisjonen av profilering fremgår av GDPR art. 4 nr. 4, og hele bestemmelsen er inntatt i punkt 2.2 over. Artikkel 29-gruppen har uttalt i sine retningslinjer om automatiserte avgjørelser og profilering at definisjonen består av tre elementer; det må være en automatisk behandling, det må være behandling av personopplysninger og formålet med profileringen må være å evaluere personlige forhold om en fysisk person.⁸⁴ Drøftelsen er derfor disponert ut fra disse tre elementene.

Det skal først knyttes noen generelle bemerkninger til definisjonen av profilering, før det redegjøres for profilering med art. 6 nr. 1 bokstav f som behandlingsgrunnlag.

⁸² Se punkt 2.2.

⁸³ Artikkel 29-gruppen, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, (heretter WP251rev.01). Veiledningen analyserer bestemmelser i GDPR, men er utgitt før GDPR trådte i kraft. Den er videreført av Personvernrådet (EDPB) og er derfor relevant å se hen til ved tolkningen av bestemmelsen.

⁸⁴ WP251rev.01 s. 6-7.

4.2 Nærmere om elementene i profilering

4.2.1 Det må være en automatisert behandling

Det følger av art. 4 nr. 4 at behandlingen må være «automatisert». Ordlyden «automatisert behandling» tilsier at elektronisk eller digitalt verktøy er benyttet i behandlingen av personopplysninger. Det kan være systemer som virker uten at mennesker trenger å medvirke. Ordlyden avgrenser dermed mot manuell behandling av personopplysninger.

Artikkel 29-gruppen har imidlertid uttalt at «human involvement does not necessary take the activity out of the definition».⁸⁵ Om artikkel 22, der ordlyden er «utelukkende (...) automatisert behandling», har Artikkel 29-gruppen uttalt at dette innebærer «no human involvement», og samtidig understreket at menneskelig involvering må være «meaningful, rather than just a token gesture» for å falle utenfor bestemmelsen.⁸⁶ Hvis for eksempel en behandlingsansvarlig overfladisk vurderer resultatet av en fullført automatisk prosess, for å kunne formidle resultatet til kunden, er ikke det nok innblanding til å falle utenfor ordlyden «utelukkende (...) automatisert behandling». Til sammenligning er ordlyden «automatisert» i art. 4 nr. 4 mindre streng, slik at noe menneskelig innblanding kan tillates.

Når ordlyden viser til at behandlingen kan være «enhver form for automatisert» er dette også et uttrykk for forordningens mål om å være teknologinøytral, jf. fortalepunkt 15. At GDPR er teknologinøytral er sentralt for reglene om profilering fordi ved profilering brukes avanserte analyseteknikker og det er krevende, om ikke umulig, for lovgiver å forutsi hvordan teknologien vil utvikle seg. Ettersom lovgivningsprosessene i EU er tidkrevende er det også en dyd av nødvendighet at reglene ikke baseres på teknologier som kan være utdatert innen regelverket trer i kraft. I tillegg kunne det blitt enkelt å omgå reglene ved å bruke annen teknologi, og dermed ville ikke personvernet stått særlig sterkt.

4.2.2 Det må være behandling av personopplysninger

Videre må den automatiserte behandlingen gjelde «personopplysninger», jf. art. 4 nr. 4. Ordlyden viser tilbake til legaldefinisjonen av personopplysninger i art. 4 nr. 1. Definisjonen avgrenser dermed mot informasjon eller opplysninger som ikke er egnet til å identifisere en fysisk person. Opplysninger som gjelder større grupper, for eksempel en analyse av en

⁸⁵ WP251rev.01 s. 7.

⁸⁶ WP251rev.01 s. 20-21.

målgruppe for et produkt, omfattes ikke av definisjonen så lenge ikke hver enkelt i gruppen kan skilles ut og identifiseres.

Det er naturlig at profilering må innebære en behandling av personopplysninger ettersom GDPR er ment å verne om den registrerte. Eksempelvis anonymiserte opplysninger om en kundemasse omfattes ikke av definisjonen fordi de ikke identifiserer enkeltindivid. Hvis den registrerte ikke kan identifiseres, har heller ikke vedkommende et behov for vern om sitt privatliv.

Ordlyden viser til «personopplysninger» i flertall og derfor kan det problematiseres om forordningen oppstiller et krav til behandling av mer enn én personopplysning for å omfattes av definisjonen. Ettersom flertallsformen av ordet er brukt, tilsier ordlyden at mer enn én personopplysning skal behandles. På den andre siden kan ordlyden «personopplysninger» være satt inn for å skille profilering fra andre former for behandling av opplysninger, eksempelvis anonymiserte opplysninger som faller utenfor profileringsbestemmelsen.

I personopplysningsloven av 2000 § 21 som gjaldt «personprofiler» het det i forarbeidene at bestemmelsen fikk «betydning for bruken av elektroniske spor, dvs personopplysninger som rutinemessig innsamles».⁸⁷ Johansen mfl. påpekte i kommentarutgaven⁸⁸ at det samsvarer best med den vanlige forståelsen av «personprofiler» at det må være flere opplysninger samlet, men «hvor omfattende opplysningsmengden må være føre sammenstillingen får karakter av å være en profil, er imidlertid vanskelig å si noe konkret om». Denne problemstillingen synes forlatt ved definisjonen i GDPR.

Problemstillingen er likevel neppe spesielt relevant ettersom behandlingen også skal være «automatisert» og for å «vurdere visse personlige aspekter» som indikerer situasjonen der ulike dataanalyseringsteknikker brukes til å håndtere omfattende mengder personopplysninger, for eksempel ved bruk av Big Data, algoritmer eller maskinlæring. Dermed er ikke den konkrete grensedragningen for hvor mange opplysninger som må samles inn sentralt for spørsmålet om profilering.

⁸⁷ Jf. ot.prp.nr.92 (1998-1999) s. 120-121

⁸⁸ Michal Wiik Johansen, Knut-Brede Kaspersen, Åste Marie Bergseng Skullerud, *Personopplysningsloven Kommentanutgave*, (2001) s. 168.

4.2.3 Formålet med profileringen må være å evaluere personlige forhold om en fysisk person

Profilering er altså automatisert behandling av personopplysninger, men slik behandling omfattes av den alminnelige behandlingsdefinisjonen i GDPR art. 4 nr. 2. Det tredje elementet er derfor kjernen av profileringsdefinisjonen, og dreier seg om koblingen mellom behandling av personopplysninger og analysen av dem. Behandlingen må innebære å «bruke» personopplysningene til å «vurdere visse personlige aspekter» særlig for å «analysere eller forutsi aspekter».

Ordlyden «vurdere» tilsier at det foretas en evaluering av den registrerte, som også understrekes av ordlyden «analysere eller forutsi aspekter». Ved ordet «bruke» indikeres det at det ikke er enhver behandling av personopplysninger som omfattes av definisjonen, men det må også gjøres vurderinger av den registrerte ut fra opplysningene. For eksempel dersom et treningssenter loggfører hvert besøk medlemmer gjør gjennom den elektroniske adgangskontrollen, er dette automatisert behandling av personopplysninger. Hvis de innsamlede opplysningene så brukes til å vurdere medlemmets treningsrutiner, generelle helse, eller andre forhold hos medlemmet, omfattes det av profileringsdefinisjonen.

Artikkel 29-gruppen har uttalt at en enkel kategorisering av den registrerte ut fra karakteristikkene som deres alder, kjønn og høyde innebærer ikke nødvendigvis profilering, men at det vil «depend on the purpose of the classification».⁸⁹ Poenget er at det gjøres vurderinger av den registrerte basert på personopplysningene. Et treningssenter kan for eksempel ha et legitimt ønske om å vite om medlemmene trener mye på dagen eller kvelden, uten at man bruker informasjonen til å foreta slutninger om enkeltpersoner.

Når ordlyden «forutsi» også er nevnt sammen med «analysere» tilsier det at vurderingene også kan være antagelser om den registrerte i fremtiden, for eksempel hvilke valg vedkommende kommer til å ta. Innen eksempelvis markedsføring kan disse teknikkene brukes til å analysere og forutsi preferansene til en enkelt kunde, for å dermed gi personlige tilbud og reklamer basert på vedkommendes profil.⁹⁰

⁸⁹ WP251rev01 s. 7.

⁹⁰ Jf. Heretter WP203 s. 45.

Ulike forhold som kan være aktuelt å evaluere listes opp i definisjonen: «arbeidsprestasjoner, økonomiske situasjon, helse, personlige preferanser, interesser, pålitelighet, atferd, plassering eller bevegelser», jf. art. 4 nr. 4. Denne listen er ikke uttømmende, men viser at det er et bredt spekter av hvilke forhold som profilering kan brukes til.

4.3 Interesseavveiningen ved profilering

4.3.1 Innledning

Det er klart at profilering er en behandling som krever rettslig grunnlag, jf. art. 6 nr. 1. I denne delen skal det drøftes i hvilken utstrekning «berettigede interesser» i art. 6 nr. 1 bokstav f kan benyttes som behandlingsgrunnlag for profilering, og hvilke momenter i interesseavveiningen som er spesielle for profilering.

Fremstillingen videre følger samme oppbygging som punkt 3.6 for å gjøre drøftelsen oversiktlig. Poenget med fremstillingen er å se på særtrekkene ved vurderingen av profilering som behandlingstype, ikke gjenta momentene som nevnt under punkt 3.6.

4.3.2 Behandlingsansvarliges berettigede interesser

Når behandlingsansvarlig skal vurdere interessene sine og hvor tungtveiende de er, er det sentralt å se på hvilken fordel den behandlingsansvarlige oppnår. Det er de samme momentene som går igjen her, som de trukket frem i punkt 3.6.2, nemlig arten av interessen, fordelene som oppnås, og om behandlingen også ivaretar mer ideelle interesser. I vurderingen skal det også vektlegges nødvendigheten av behandlingen, jf. Artikkel 29-gruppens uttalelser.⁹¹

For profilering er det nødvendigheten av behandlingen som kan være mest sentralt å vurdere. Profilering skjer ofte i storstilt grad, fordi behandling ved automatiske prosesser gjør det mulig å lagre og analysere enorme mengder data.⁹² Når teknologien gjør det mulig å behandle store mengder data, må behandlingsansvarlig stille seg spørsmålet om det er nødvendig å behandle så mye data for å oppnå formålet, jf. også formålsbegrensningsprinsippet i art. 5 nr. 1 bokstav b.

⁹¹ WP217 s. 50.

⁹² Jf. Rücker (2018) s. 264.

Eksempler på nødvendighetsvurderinger kan være at behandlingsansvarlig tar stilling til om man trenger å vite området den registrerte bor i for å vurdere om vedkommende er egnet til å betjene et boliglån. Eller om behandlingsansvarlig er avhengig av den registrertes GPS-lokasjon for å gi brukeren en bedre opplevelse i nettbanken.

Datatilsynet har for eksempel omtalt Skatteetaten som utviklet en prediktiv analyse for å velge ut selvangivelser som bør kontrolleres, der Skatteetaten opprinnelig brukte 500 ulike variabler, for så å nedskalere til kun 30 variabler da dette var tilstrekkelig for å oppnå formålet.⁹³ Eksempelet belyser at selv om teknologien gjør det mulig å behandle mange opplysninger, kan et begrenset utvalg være tilstrekkelig for å oppnå formålet med behandlingen.

Et annet spørsmål den behandlingsansvarlige må vurdere er om det er nødvendig å identifisere enkeltindivid. Artikkel 29-gruppen har også uttalt at «Big data can be used to identify general trends and correlations», slik at det ikke nødvendigvis trenger å behandles opplysninger om den enkelte. Hvis behandlingsansvarlig likevel kan bli godt kjent med målgruppene sine, uten at den enkelte påvirkes, kan det synes som den ideelle balansen mellom behandlingsansvarliges behov for å benytte personopplysninger, og den registrertes behov for vern. Dette gjøres eksempelvis ved å anonymisere opplysningene.

Arten av interessen må også vurderes. Slik Artikkel 29-gruppen påpeker brukes personopplysninger og detaljerte personprofiler til å finansiere tjenester som sosiale medier, nettaviser og email ved målrettede annonser.⁹⁴ Således brukes profilering i dag først og fremst til å sende målrettet reklame til den registrerte. Slike kommersielle interesser er mindre tungtveiende, enn for eksempel interesser som gagnar samfunnet, men ikke utelukket å bruke, jf. vurderingen i punkt 3.6.2.

4.3.3 Virkningen for den registrerte

Etter at behandlingsansvarlig har vurdert hvor tungtveiende interessen er, skal så virkningen av behandlingen for den registrerte vurderes, som poengtert under 3.6.3. Som tidligere trukket frem er relevante momenter i vurderingen arten av personopplysningene, måten behandlingen

⁹³ Jf. Datatilsynet *Kunstig intelligens og personvern* (2018) s. 11.

⁹⁴ WP203 s. 45, fotnote 108.

gjennomføres på, om behandlingen er til gunst eller ulempe og hvilke forventninger den registrerte har til behandlingen.

Arten av personopplysningene kan variere fra enkle til mer sensitive. Ettersom profilering dreier seg om evaluering av opplysningene, vil det ofte være selve evalueringene som gjøres som tilsier hvor inngripende behandlingen er, mer enn bare arten av opplysningene i seg selv. Det er likevel klart mer inngripende jo mer sensitive opplysninger som behandles.

Artikkel 29-gruppen har trukket frem «the way data are being processed» som et moment i vurderingen⁹⁵, altså måten behandlingen gjennomføres. Dersom en rekke opplysninger settes sammen og analyseres kan behandlingen bli svært inngripende, og jo større omfanget av behandlingen er, desto større er inngrepet for den enkelte. Jo flere detaljer som vurderes hos den registrerte, jo mer avdekkende er analysen og dermed også inngripende.

Omfattende analyser kan også avdekke informasjon som den registrerte ikke selv var klar over at han gjorde kjent. Dette kan igjen lede til at den registrerte føler bekymring for at man er overvåket, som bidrar til å legge bånd på hvordan den registrerte opptrer i samfunnet. I prosessen frem mot vedtakelsen av GDPR uttalte EU-kommisjonen i et working document at «doubts about the actual degree of protection have a chilling effect on democracy and also on the economic activity in the market».⁹⁶ Med andre ord kan den registrertes utrygghet medføre redusert økonomisk aktivitet, som også er skadelig for samfunnet. Ettersom nedkjølingseffekten ikke bare er negativt for den registrerte selv, men også for samfunnet, taler det sterkt i mot at behandlingen kan gjennomføres dersom behandlingen er egnet til å gi en slik virkning. Her må hensynet til den registrertes personvern veie tungt.

I vurderingen av virkningen for den registrerte, skal ulempene og fordelene ved behandlingen tillegges vekt. En ulempe med profilering kan være at omfattende profilering kan lede til upresise antagelser om behov og preferanser hos den registrerte. Det følger av det såkalte riktighetsprinsippet i art. 5 bokstav d at personopplysningene skal være «korrekte og nødvendig oppdaterte». Prinsippet gjelder for all behandling av personopplysninger, og tilsier at behandling ikke skal skje hvis antagelsene ikke er korrekte. Grunnen til at profilering kan bli upresist skyldes at profilering delvis angår opplysninger som er fakta, for eksempel

⁹⁵ Jf. WP217 s. 39.

⁹⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52012SC0072> s. 30.

adressen man bor på, men også opplysninger som gir uttrykk for behandlingsansvarliges subjektive mening, for eksempel hvordan den registrerte er som person. Særlig slike subjektive meninger kan fort bli misvisende, og derfor er det svært inngripende for den registrerte der dette gjøres.

En annen ulempe med profilering er at det brukes algoritmer som er basert på menneskelig input, slik at der algoritmer vektlegges i for stor grad eksisterer det en fare for at allerede eksisterende fordommer hos mennesker bekreftes og videreføres ved algoritmene. I verste fall kan bruk av algoritmer være egnet til å gi diskriminerende resultat.

Datatilsynet har også påpekt at en ulempe med profilering er at overdreven bruk av algoritmer kan medføre at den registrerte i for stor grad kun vises ting han er interessert i. For eksempel kan artikler som vises i en nettavis tilpasses den registrertes preferanser, eller den registrerte ser bare Twitter-meldinger eller Facebook-statuser fra andre med samme oppfatning, og i ytterste konsekvens vil den registrerte miste det fulle perspektivet i samfunnet. Dette omtales som ekkokamre, der man kun kommuniserer med og får informasjon fra de man allerede er enige med.⁹⁷ Det er i så fall en svært lite ønskelig samfunnsutvikling, og derfor bør bruk av algoritmer ikke i for stor grad kun vise den registrerte hva som er ønskelig, selv om den registrerte selv opplever det som positivt.

Motsetningsvis kan også profilering gi fordeler for den registrerte. Som allerede påpekt kan personaliserte tjenester være både nyttige og brukervennlige, og dessuten kan et tilpasset innhold sikre at de registrerte opplever at bedriften er relevant, som kan bidra til en styrket kundelojalitet. Profilering som sikrer at behandlingsansvarlig kan yte bedre og raskere service, er også klart en fordel for den registrerte. Enklere og mer effektiv saksbehandling kommer både den behandlingsansvarlige og den registrerte til gode, og tilsier derfor at behandlingen kan gjennomføres.

I vurderingen må det videre legges vekt på den registrertes forventninger. Må for eksempel kunden som søker om lån i nettbanken forvente at banken behandler GPS-lokasjonen hans, eller nettleserhistorikken? Vurderingen har en viss overlapp med hva som bør anses som nødvendig for at behandlingsansvarlig kan oppnå formålet og forfølge interessene ved

⁹⁷ Datatilsynet Big Data – *personvernprinsipper under press* (2013) s. 29-30.

behandlingen. Som vist til over kan den registrertes forventninger til en viss grad styres ved at behandlingsansvarlig informerer om behovet for behandlingen.

Det kan være vanskelig for behandlingsansvarlig å vurdere den enkeltes forventninger, og det kan derfor tas utgangspunkt i en normalperson. For å illustrere en normalpersons forventninger kan det vises til personvernundersøkelsen som Datatilsynet foretok i 2007.⁹⁸ Et eksempel på hva profilering kan brukes til er pris på bilforsikring som beregnes ut fra sensorer i bilen, og dermed ut fra den enkeltes unike atferd. Av de spurte i personvernundersøkelsen svarte 69 % at de ikke ønsket en utvikling der «forsikringspriser beregnes ut fra detaljert sensorinformasjon om mitt hverdagsliv og min atferd».⁹⁹

Profilering kan i noen tilfeller få «rettsvirkning», eller påvirke den registrerte «i betydelig grad», jf. art. 22. Oppgaven er avgrenset mot behandling av denne bestemmelsen, men den bør nevnes ettersom slike virkninger for den registrerte også faller innenfor art. 22. Grensen mellom profilering med og uten rettsvirkning er derfor sentral for behandlingsansvarlig å kjenne til.

Ordlyden «rettsvirkning» tilsier at behandlingen påvirker den registrertes rettslige rettigheter og plikter. Dette kan innebære en rett til å stemme ved valg eller en plikt til å betale inntektsskatt. Ordlyden «i betydelig grad» innebærer at det ikke bare er de rettslige rettighetene og pliktene til den registrerte som trenger å være berørte, men at også behandling som har en vesentlig effekt for den registrerte omfattes av bestemmelsen. Som eksempler på påvirkning i «betydelig grad» vises det i fortalepunkt 71 til «automatisk avslag på en søknad om kreditt på internett» eller «e-rekruttering uten menneskelig inngripen».

I litteraturen påpekes det at for eksempel målrettet markedsføring kan oppleves inngripende, men at det «do not result in immediate legal or commercial effects compared to the examples listed in GDPR, recital 71».¹⁰⁰ Å lage en profil ut fra en persons nettvaner, bruk av mobilen eller ut fra en lojalitets- og kundeklubb i en matbutikk, påvirker ikke en persons rettslige rettigheter og plikter, med mindre profileringen fører til at man får andre tilbud eller priser

⁹⁸ Datatilsynet *Personlige finanser* (2018) s. 9.

⁹⁹ *Op.cit.* s. 9.

¹⁰⁰ Rücker (2018) s. 150.

enn andre forbrukere.¹⁰¹ For eksempel ved at en mobiloperatør bestemmer pris for bruk av mobildata for den konkrete kunden ut fra hvor mye data vedkommende bruker.

4.3.4 Tiltak for å minimere inngrepet i personvernet

Tiltakene behandlingsansvarlige kan iverksette for å redusere inngrepet i personvernet ved profilering samsvarer i stor grad med tiltakene nevnt under punkt 3.6.4. Imidlertid er gjerne profilering mer inngripende for den registrerte, slik at det bør vurderes om flere tiltak skal iverksettes.

Særlig relevant vil være å vurdere om opplysningene trenger å knyttes til enkeltindivider eller om de kan anonymiseres. Anonyme opplysninger er ikke lenger personopplysninger, slik at GDPR ikke gjelder ettersom den registrerte ikke har behov for vern om sitt privatliv. Også pseudonymiserte opplysninger kan være et hensiktsmessig tiltak der ikke opplysningene kan anonymiseres fullt ut.¹⁰²

Behandlingsansvarlig bør også vurdere å gjøre det enkelt for den registrerte å velge bort behandling, ved såkalte opt-out-løsninger. Her kan det være hensiktsmessig å gi den registrerte ulike valg for behandling, for eksempel et mest mulig tilpasset innhold, kun en viss personalisering innenfor spesifikke områder, eller ingen personalisering. Ut fra valget den registrerte tar kan behandlingsansvarlig justere mengden personopplysninger som behandles, og hvordan opplysningene evalueres. Den registrerte bør uansett også gjøres oppmerksom på sin rett til å protestere mot profilering, jf. art. 21 nr. 1. Det bør også brukes tekniske løsninger som har innbygget personvern.¹⁰³

Artikkel 29-gruppen har også foreslått at behandlingsansvarlig kan lage «a mechanism for data subjects to check their profile, including details of the information and sources used to develop it».¹⁰⁴ I samme system kan det også gjøres mulig for den registrerte å oppdatere eller endre unøyaktigheter ved opplysningene i profilen. Ved å gi den registrerte mulighet til å både få innsyn i opplysningene og vurderingene som er gjort om han, men også at den registrerte kan bidra selv, har behandlingsansvarlig sikret at behandlingen er «åpen», jf. art. 5

¹⁰¹ *Op.cit.* s. 150.

¹⁰² Rücker (2018) s. 266.

¹⁰³ Jf. WP217 s. 51, se også punkt 3.6.4 over.

¹⁰⁴ Jf. WP251rev.01 s. 31.

nr. 1 bokstav a. Det kan også forhindre at opplysningene og vurderingene blir uriktige, jf. art. 5 nr. 1 bokstav d.

Når teknologien for å behandle store mengder data er blitt god og effektiv kan det også argumenteres for at nye profiler kan lages og oppdateres med korte intervaller – for eksempel hver tredje måned. Det er til datasubjektets fordel så vel som den behandlingsansvarlige at opplysningene som hentes inn er nye og oppdaterte fordi det gir et relevant og aktuelt bilde av den registrerte. Dette reduserer også faren for at opplysningene om vedkommende blir uriktige, i tråd med riktighetshetsprinsippet, jf. art. 5 nr. 1 bokstav d.

4.3.5 Endelig balansetest

I den endelige balansetesten må behandlingsansvarlig vurdere om det er behandlingsansvarliges eller den registrertes interesser som veier tyngst.

Ofte vil profilering være inngripende, fordi det er omfattende mengder personopplysninger som behandles, og samtidig brukes opplysningene til å si noe om hvem man er som person. Som utgangspunkt er det derfor tungtveiende grunner til at behandling ikke kan gjennomføres. Særlig der behandlingsansvarlig ønsker å behandle personopplysninger for å profilere den registrerte med stor nøyaktighet, kan fort hensynet til den registrerte vippe balansen i retning av at behandling ikke kan gjennomføres.

Riktignok er ikke profilering med behandlingsgrunnlag i art. 6 nr. 1 bokstav f utelukket. Tiltak kan være viktige virkemidler for å vippe avveiningen i favør av behandlingsansvarlig sine interesser. Eksempelvis et system der den registrerte gis oversikt over hvilke opplysninger og vurderinger som gjøres fortløpende, samt mulighet til å redigere disse selv, kan gi trygghet og forutberegnelighet for til den registrerte. Når behandlingen gjøres transparent for den registrerte beholdes kontrollen over privatlivet, som tilsier at behandlingen kan gjennomføres.

Det blir også viktig i balanseringen mellom partene at behandlingsansvarlig har sørget for at det ikke behandles flere personopplysninger enn nødvendig, og at det heller ikke behandles på en mer inngripende måte enn nødvendig, jf. nødvendighetsvilkåret i art. 6 nr. 1 bokstav f.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Se punkt 3.3.

Andre del av eksemplet i innledningen, der pizzaselskapet behandler store mengder opplysninger om Peder for å kunne gi relevant reklame, belyser hvordan profilering kan brukes til målrettet markedsføring. Den inngående analysen av Peders nettvaner og bestillingshistorikk blir samlet sett svært inngripende, og mest sannsynlig er det også uventet for Peder at pizzaselskapet vil overvåke netthistorikken hans. I et slikt tilfelle tilsier Peders interesser og rett til vern om sitt privatliv at behandlingen ikke kan gjennomføres.

Behandling for å lage målrettede annonser eller reklame er imidlertid ikke uaktuelt. Hvis pizzaselskapet hadde informert Peder om opplysningene de behandler, og vurderingene de gjør, blir behandlingen lettere å forstå for Peder. I tillegg kunne antageligvis pizzaselskapet klart seg fint med en enklere sammenstilling av opplysninger, slik at den inngående behandlingen heller neppe er nødvendig for å oppnå pizzaselskapets ønske om å selge pizza. Den første delen av eksempelet viser nettopp en langt mindre inngripende måte å behandle personopplysninger på, som kan være vel så effektiv. Det er derfor sentralt at den behandlingsansvarlige er bevisst på at målrettede annonser kan gjøres på ulike måter.

4.4 Oppsummering om profilering etter art. 6 nr. 1 bokstav f

Definisjonen av profilering i art. 4 nr. 4 er tredelt og angir at profilering er automatisert behandling av personopplysninger, hvor personopplysningene brukes til å evaluere den registrerte. For å kunne foreta slik behandling kreves et behandlingsgrunnlag, og i oppgaven er det drøftet profilering etter behandlingsgrunnlaget om berettigede interesser, jf. art. 6 nr. 1 bokstav f.

Ettersom profilering typisk er en omfattende og systematisert behandling, er det også et stort inngrep i en persons rett til privatliv. Overordnet bør den behandlingsansvarlige vurdere i hvilken grad privatlivet til den registrerte er respektert ved bruk av profilering.

Omfattende innsamling og bruk av personopplysninger kan også være vanskelig å forene med formålsbegrensningsprinsippet og dataminimeringsprinsippet, jf. henholdsvis art. 5 nr. 1 b og c. Dersom behandlingen ikke er i forening med disse prinsippene, kan ikke behandlingen utføres ettersom disse gjelder som overordnede regler for all behandling av personopplysninger.

5 Avsluttende bemerkninger

I oppgaven har vilkårene og momentene i interesseavveiningen i art. 6 nr. 1 bokstav f blitt drøftet, både for behandling av personopplysninger generelt og ved bruk av profilering spesielt. Slik det har fremgått av drøftelsen bruker GDPR store ord, og ordlyden i art. 6 nr. 1 bokstav f er svært vid. Når ordlyden er vid gir bestemmelsene rom for tolkning, som kan bidra til å svekke forutberegneligheten for både behandlingsansvarlige som skal foreta interesseavveininger, og for den registrerte som får sine personopplysninger behandlet.

På den andre siden legger bestemmelsen opp til svært konkrete vurderinger og det gir den behandlingsansvarlige mulighet til å ta hensyn til spesielle forhold som gjelder for behandlingen. Det kunne derfor være problematisk dersom lovteksten var for spesifikk i tilfellene som omfattes av grunnlaget, også med tanke på at behandlingsgrunnlaget da ikke gir den fleksibiliteten som er ønskelig.

I fortalepunkt 9 påpekes det at personverndirektivet fikk en «fragmentert gjennomføring» som har medført «rettslig usikkerhet» og «en utbredt allmenn oppfatning om at det fremdeles er betydelige risikoer forbundet med vernet av fysiske personer». Likevel er GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f innført med tilsvarende ordlyd uten nærmere veiledning om hvordan bestemmelsen skal forstås. Det er visse oppklaringer i fortalen, men ikke for momentene i avveiningen.

Til tross for at ordlydene i personverndirektivet og personvernforordningen samsvarer, er det nye regelverket innført som en forordning, som i det minste innebærer at reglernes utforming blir lik innad i EU og EØS. Som følge av at reglene er like er det også enklere å oppnå en samstemt tolkning, anvendelse og håndhevelse av reglene. Samstemt rettsanvendelse i EU og EØS blir sentralt fremover for å unngå en «fragmentert gjennomføring» og «rettslig usikkerhet» slik utfordringene var med personverndirektivet. Dette vil også bidra til å gi registrerte tillit til at reglene gir et tilstrekkelig vern, som nevnt i fortalen punkt 7.

Dessuten har behandlingsansvarlige et sterkt økonomisk incentiv til å opptre i samsvar med GDPR, ettersom sanksjonsmulighetene til tilsynsmyndighetene er økt kraftig. Ifølge art. 83 nr. 5 kan det gis bot på opptil 20 millioner euro, eller opptil 4 % av den samlede globale årsomsetningen til et foretak. Muligheten for å bli ilagt slike betydelige økonomiske

sanksjoner kan bidra til å sikre at behandlingsansvarlige etterlever reglene i større grad enn tidligere.

Foreløpig er det lite rettspraksis og andre rettskilder som utdyper forståelsen av bestemmelsen. Inntil det foreligger avklaring fra enten EU-domstolen, norske domstoler eller EDPB, taler hensynet til den registrertes personvern for at GDPR må tolkes strengt for å sikre et forsvarlig vern av privatlivet. Særlig ettersom forordningens ordlyd kan være utfordrende å forstå for den registrerte. Hensynet til behandlingsansvarlige tilsier derimot at det bør kunne være mulig å bruke berettigede interesser som behandlingsgrunnlag.

Avslutningsvis bidrar den vide ordlyden i bestemmelsen til å etterlate et uklart inntrykk til behandlingsansvarlig for når berettigede interesser kan brukes som behandlingsgrunnlag for behandling av personopplysninger. Som følge av at behandlingsansvarlig selv skal foreta interesseavveiningen, er det ekstra viktig at forordningens regler ikke bare er tilgjengelig for jurister, men at både den behandlingsansvarlige og den registrerte kan forstå sin rettsstilling etter forordningen.

Kildeliste

Internasjonale kilder

Lovgivning og traktater

EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Inntatt i Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA).
TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV). Treaty on the Functioning of the European Union. 2012/C 326/01.
Forordning (EU) 2016/679	Europaparlaments- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [GDPR].
Direktiv 95/46/EF	Europaparlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger [OPPHEVET].

EU-domstolens rettspraksis

Sak C-13/16 Dom 4. mai 2017	Rīgas satiksme	ECLI:EU:C:2017:336
Sak C-345/13 Dom 19. juni 2014	Karen Millen Fashions	ECLI:EU:C:2014:2013

Sak C-131/12 Google Spain ECLI:EU:C:2014:317
Dom 13. mai 2014

Forente saker C-468/10 og C-469/19 ASNEF og FECEMD ECLI:EU:C:2011:777
Dom 24. november 2011

Sak C-524/06 Heinz Huber ECLI:EU:C:2008:724
Dom 16. desember 2008

Article 29 Working Party

Artikkel 29-gruppen *Guidelines on consent under Regulation 2016/679,*
Adopted on 28 November 2017, As last Revised and Adopted
on 10 April 2018, WP259rev.01.

Artikkel 29-gruppen *Guidelines on Automated individual decision-making and*
Profiling for the purposes of Regulation 2016/679,
Adopted on 3 October 2017, As last revised and adopted on
6 February 2018, WP251rev.01.

Artikkel 29-gruppen *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data*
controller under Article 7 of Directive 95/46/EC,
Adopted on 9 April 2014, WP217.

Artikkel 29-gruppen *Opinion 03/2013 on purpose limitation,*
Adopted on 2 April 2013, WP203.

Norske rettskilder

Lovgivning

1992	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
2000	Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) OPPHEVET .
2018	Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

Forarbeid

Prop. 56 LS (2017-2018)	Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 2016/679 (generell personvernforordning) i EØS-avtalen.
Ot.prp.nr.92 (1998-1999)	Om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

Rettspraksis

Rt. 2013 s. 143	Avfallsservicedommen.
HR-2011-1019 U	Ankekjennelse til RG-2011-321. Akten nektet fremmet.

Praksis fra Personvernemnda

PVN-2015-13	Trønder Taxi
PVN-2006-06	Dopingprøver

PVN-2004-07 Telenor Mobil Norge

PVN-2004-04 Posten Norge AS

Juridisk litteratur

Fredriksen, Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018. Fagbokforlaget.

Johansen, Michael Wiik, Knut-Brede Kaspersen, Åste Marie Bergseng Skullerud *Personopplysningsloven Kommentarutgave*, Oslo 2001. Universitetsforlaget.

Rücker, Daniel og Tobias Kugler (red.) *New European General Data Protection Regulation*, München 2018. Hart Publishing.

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

Skullerud, Åste Marie Bergseng (mfl.), Cecilie Rønnevik, Jørgen Skorstad, Marius Engh Pellerud *Personvernforordningen (GDPR) Kommentarutgave*, Oslo 2018. Universitetsforlaget.

Wessel-Aas, Jon og Magnus Ødegaard *Personvern*, Oslo 2018. Gyldendal.

Andre kilder

Article 29 Newsroom – The Article 29 Working Party ceased to exist as of 25 May 2018.

http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=629492

EU-kommisjonen – Commission Staff Working Document, Impact Assessment, 25 januar 2012.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52012SC0072>

Datatilsynets rapporter

Datatilsynet *Hva vet de om deg? Bruk av innsynsretten hos fire virksomheter* (2018).

Datatilsynet *Personlige finanser* (2018).

Datatilsynet *Kunstig intelligens og personvern* (2018).

Datatilsynet *Det store datakappløpet, Rapport om hvordan kommersiell bruk av personopplysninger utfordrer personvernet* (2015).

Datatilsynet *Big Data – personvernprinsipper under press* (2013).