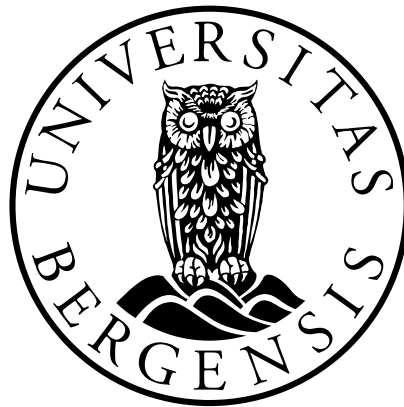


Personvernregelverkets unntak for private formål

*Unntaket fra rollen som behandlingsansvarlig
ved behandling av personopplysninger som ledd
i rent personlige eller familiemessige aktiviteter*

Kandidatnummer: 114

Antall ord: 14985



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.19

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Introduksjon	3
1.1 Bakgrunn	3
1.2 Problemstillinger og struktur	4
1.3 Rettslig kontekst	5
1.3.1 Metode.....	5
1.3.2 Rettskilder	6
1.4 Begreper i oppgaven	7
2 Privathetsunntaket	10
2.1 GDPR artikkel 2	10
2.2 Unntakets bakgrunn.....	10
2.3 Nærmere om unntakets vilkår.....	12
2.3.1 “Behandling” av personopplysninger.....	12
2.3.2 «En fysisk person»	13
2.3.3 «Personlige eller familiemessige aktiviteter»	14
2.3.4 CJEUs generelle betraktninger til privathetsunntaket	24
2.3.5 Tidligere foreslåtte endringer før opprettelsen av forordningen	25
2.3.6 “rent”	27
2.3.7 “som ledd i”	28
2.4 Foreslåtte kriterier fra WP29	28
2.5 Formålet med behandlingen – behandlingsansvarlig sin intensjon eller de faktiske forhold?	30
3 Typetilfeller.....	31
3.1 Familiens bilder fra ferie og skolesammenkomster.....	31
3.2 Offentliggjøring av persondata til allmennheten	32
3.3 Deling av persondata med et begrenset antall mennesker	35
3.4 Behandling av personopplysninger via videoenheter	37
3.4.1 Filming med dashbordkamera	39
3.5 Bruk og innhenting av persondata av enkeltpersoner, i form av hacking	40
3.6 Bruk og innhenting av personopplysninger av enkeltpersoner, som ledd i yrkesutøvelse.....	44

3.7	Lydopptak gjort av arbeidstaker i samtale med arbeidsgiver	45
4	Konklusjon og avsluttende betraktninger	46
	Litteraturliste	48
4.1	Lover	48
4.2	Traktater	48
4.3	Direktiver og forordninger	48
4.4	Forarbeider	49
4.5	Rettspraksis fra CJEU	49
4.6	Rettspraksis fra norske domstoler	50
4.7	Veiledende retningslinjer og uttalelser	50
4.8	Juridisk litteratur	52
4.8.1	Bøker	52
4.8.2	Nettsider	53

1 Introduksjon

1.1 Bakgrunn

Europeisk personvernlovgivning har bredt anvendelsesområde. Det finnes imidlertid et unntak fra regelverket, der privatpersoner foretar behandling av personopplysninger i rent personlig eller familiemessig kontekst. Dette er omtalt som «privathetsunntaket».¹ I denne avhandlingen analyseres privathetsunntaket. Unntaket har vært gjeldende siden EUs første personverndirektiv ble introdusert i 1995 (heretter omtalt som DPD)², og er videreført i personvernforordningen (heretter omtalt som GDPR).³ Selv om ordlyden er lik, er det imidlertid forskjeller i regelverkernes fortalepunkter. Basert på dette kan det tenkes utvidelser eller innskrenkninger i unntakets anvendelsesområde, for å holde følge med samfunnsmessig teknologisk utvikling.

Teknologisk utvikling og stadig økende bruk av teknologi som eksempelvis internett og sosiale medier, gjør at det oppstår tilfeller hvor det er vanskelig å si om et tilfelle faller innenfor eller utenfor unntaket. Article 29 Data Protection Working Party (WP29), som under DPD var et rådgivende organ for EU ved personvernspørsmål, oppsummerer dette når de skriver;

«The main difference in personal processing that the internet and more powerful ICT have brought about is the possibility for 'ordinary' citizens to make personal data about themselves or others available worldwide, to anyone, instantly. Previously, this was a facility only available to certain organisations, for example media or publishing companies. This has inevitably caused legal uncertainty – particularly in terms of the respective liability of individuals posting information – sometimes about themselves but more often about other people – on the internet and of the various organisations responsible for hosting it and making it searchable.»⁴

¹ Terminologien benyttes blant annet i prop.47 L (2011-2012) og Wessel-Aas (2018) s. 113-115.

² Directive 95/46/EC.

³ Regulation (EU) 2016/679 (General Data Protection Regulation).

⁴ Article 29 Working Party, *Annex 2 Proposals for Amendments regarding exemption for personal or household activities* (2013). Tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227_statement_dp_annex2_en.pdf side 3, [hentet 27.09.19].

Da GDPR fikk virkning for EUs medlemsstater 25. mai 2018, opphevet den DPD. GDPR er videre en forordning, hvilket innebærer at den er «binding in its entirety and directly applicable in all Member States».⁵ Norge er imidlertid en EØS-stat og ble således bundet da forordningen ble innlemmet i EØS-avtalen i juli 2018.⁶ Videre fremgår det av personopplysningsloven § 1 at forordningen gjelder som norsk lov. Det betyr at vilkårene er direkte bindende for Norge og andre medlemsstater slik de står. Under DPD kunne vilkårene tolkes og inkorporeres på det vis hver enkelt medlemsstat og EØS-stat anså gunstig, men disse variasjonene ble nullet ut den dagen GDPR trådte i kraft.

1.2 Problemstillinger og struktur

Avhandlingens hoveddel analyserer vilkårene i GDPR artikkel 2(2)c, for å klargjøre privathetsunntakets virkeområde. På nåværende tidspunkt finnes ikke rettspraksis tilhørende unntaket direkte etter GDPR. Formuleringen er imidlertid videreført fra DPD, og avhandlingen vil vise til artikkel 3 i DPD med tilhørende praksis. Den norske personopplysningsloven § 2⁷, samt forarbeider til både den eldre og den nye personopplysningsloven er også av interesse, da unntaksbestemmelsens innhold samsvarer med artiklene i DPD og GDPR. Disse rettskildene bidrar således til å forstå unntaksbestemmelsen i GDPR artikkel 2.

Ettersom forordningens viktigste pliktsubjekt er den behandlingsansvarlige, er unntaket for personlige eller familiemessige aktiviteter et unntak fra behandlingsansvaret etter forordningen. Det tilsier at en vurderingen av hvorvidt noe faller innenfor eller utenfor unntaket, samtidig er en vurdering av om vedkommende er behandlingsansvarlig etter forordningen eller ikke.⁸

For å sette dette på spissen vil oppgaven inneholde praktiske eksempler med konkrete vurdering av hvorvidt artikkel 2 kommer til anvendelse. De fleste eksemplene som er valgt

⁵ Artikkel 288(2) TFEU

⁶ «Personvernforordningen innlemmet i EØS-avtalen», Regjeringen.no, 06. juli 2018, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/personvernforordningen-innlemmet-i-eos-avtalen/id2607070/> (lest 01.12.19).

⁷ Både personopplysningsloven av 2000 (som gjennomførte DPD) og personopplysningsloven av 2018 (som gjennomfører GDPR) inneholder unntak som samsvarer med GDPRs privathetsunntak.

⁸ For videre drøftelse av «behandlingsansvarlig» vises til punkt 1.4

har som formål å illustrere de tilfeller hvor det er vrient å fastsette om det omfattes av unntaket eller ikke.

Det er for øvrig verdt å presisere at dersom en kommer frem til at privathetsunntaket ikke gjelder, og forordningen i utgangspunktet får anvendelse, må en normalt vurdere om andre unntak gjør seg gjeldende. Eksempelvis kan saksforholdet falle inn under journalistiske formål⁹, da deler av forordningen ikke gjelder av hensyn til ytringsfriheten. Videre må f.eks. lovligheten av publisering av personopplysninger på nett ikke bare vurderes etter personvernregelverket, men også etter reglene om ærekrenkelser og reglene om krenkelse av privatlivets fred.¹⁰ Oppgaven avgrenses mot slike problemstillinger.

1.3 Rettslig kontekst

1.3.1 Metode

Ved drøftelsen av problemstillingene vil den juridiske metoden lagt til grunn av the European Court of Justice anvendes (heretter CJEU eller EU-domstolen). Avhandlingens fokus vil hovedsakelig være å kartlegge lovgivningen slik den er *de lege lata*.

CJEU observerer medlemsstatenes tolkning og anvendelse av traktater, direktiver og forordninger, og har jurisdiksjon til å avgi kjennelser vedrørende medlemsstatenes tolkning, anvendelse og inkorporering.¹¹ CJEU's tolkning av forordningen baserer seg på en ordlydstolkning hvor det er «the usual and everyday accepted meaning of that word» som tillegges vekt.¹² Til tross for det så har CJEU også en kontekstuell og formålsrettet tilnærming i sin tolkning.¹³

Videre praktiserer CJEU prinsippet om «*effet utile*» ved sin tolkning. Generelt sett indikerer prinsippet at «where a provision [...] is open to several interpretations, preference must be

⁹ GDPR artikkel 85(2).

¹⁰ Wessel-Aas (2018) s.115

¹¹ TEU artikkel 19(1) og TFEU artikkel 267(1)(a)

¹² *Endendijk*, C-187/07, avsnitt 15.

¹³ *Ekro*, C-327/82, avsnitt 11: «that interpretation must take into account the context of the provision and the purpose of the relevant Regulations».

given to that interpretation which ensures that the provision retains its effectiveness». ¹⁴ Ordet «effectiveness» i dette tilfellet sikter til forordningens tjenlige virkning. ¹⁵

Domstolen benytter seg i hovedsak av bindende skrevne rettskilder som traktater og sekundærrett, samt rettspraksis hvor tidligere avgjørelser avsagt av CJEU tillegges vekt. Forarbeider, juridisk teori og reelle hensyn utover formålstolkning er derimot sjeldent brukt som rettskilde, ettersom medlemsstatene kun binder seg til forordninger eller direktivers ordlyd. Det fører til at CJEU's metode skiller seg fra norsk rettskildelære. ¹⁶

Oppgaven vil i drøftelsen ta utgangspunkt i den norskspråklige versjonen av GDPR ¹⁷. Likevel finnes det flere autentiske språklige versjoner av forordningen. Oppgaven viser til disse, samt tilhørende rettspraksis der det er hensiktsmessig.

1.3.2 Rettskilder

Oppgaven baserer seg på vilkårene og ordlyden av privathetsunntaket, med et formålstjenlig fokus. For å klarlegge vilkårenes innhold legges det stor vekt på rettspraksis fra CJEU og norske domstoler. Videre går oppgaven inn på den norske personopplysningslovens forarbeider for å illustrere hensyn og formål bak unntaket. Endelig vil også juridisk litteratur trekkes inn der det er relevant.

Videre er det som nevnt ingen forskjell på formuleringene i unntaksbestemmelsen i DPD og i GDPR. CJEU-praksis og juridisk teori i tilhørende artikkel 3 i DPD vil derfor være relevant ved analysen av GDPR artikkel 2.

I forkant av CJEU-praksis kommer the Advocate General (heretter Generaladvokaten) ofte med sin «opinion». ¹⁸ Til tross for at disse ikke er bindende, er relevante «opinions» av interesse i oppgavens analyse da de kan bidra til å illustrere CJEU-rettspraksis og deres

¹⁴ *Sturgeon* (samlede saker), C-402/07 og 432/07.

¹⁵ Fredriksen (2012) s.212.

¹⁶ Odd Stemsrud (2017) s.105.

¹⁷ Lov 27. november 1992 nr.109 om gjennomføring av EØS-avtalen, artikkel 129(1), jf. Annex XI.

¹⁸ Advocates General are Members of the Court of Justice of the EU, and are appointed under the same procedure as judges. They enjoy the same privileges as judges (immunity), and cannot be removed from office before the end of their six-year term of office. Definisjon hentet fra:

[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI\(2019\)642237#:~:targetText=Advocates%20General%20are%20Members%20of,They%20may%20be%20re%20Delected.](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2019)642237#:~:targetText=Advocates%20General%20are%20Members%20of,They%20may%20be%20re%20Delected.) [hentet 09.12.19].

rettslige vurderinger.¹⁹ Videre så er det også slik at domstolen ofte følger Generaladvokatens «opinions» der de er avsagt.

Uttalelser fra WP29 er også av interesse. Gruppen var EUs rådgivende organ vedrørende personvernspørsmål, og har vedtatt ulike uttalelser og anbefalinger om hvordan regelverket *bør* etterleves og håndheves. Gruppen var sammensatt av en representant fra hvert medlemslands tilsynsorgan, og for Norge sin del var det Datatilsynet som stilte med en representant som hadde observatørstatus. WP29s anbefalinger er ikke bindende slik som lover og forskrifter er i Norge, men de gir veiledning om hvordan datatilsynene i EU og EØS skal håndtere aktuelle problemstillinger.²⁰ Deres uttalelser har dermed ofte stor faktisk betydning, og gir videre en indikasjon på hvordan forordningen kan tolkes av både Generaladvokaten og CJEU. Etersom gruppen har avsagt ulike «opinions» vedrørende unntaket for private formål, vil uttalelsene bli drøftet i oppgaven der det er relevant.

WP29 ble imidlertid den 25. mai 2018 erstattet av the European Data Protection Board (EDPB), hvor deres oppgave etter GDPR artikkel 70(1) er å «sikre ensartet anvendelse av denne forordningen». EDPB har foreløpig gitt ut få retningslinjer, men de har imidlertid gitt tilslutning til WP29s utgitte retningslinjer.²¹ De har også gitt ut retningslinjer for behandling av personopplysninger gjennom videoutstyr, og disse uttalelsene er av interesse for drøftelsen.

1.4 Begreper i oppgaven

Under gis en kort redegjørelse for sentrale begreper som brukes i oppgaven.

All data oppgaven drøfter må sees i lys av vilkåret «personopplysninger», som er definert i GDPR artikkel 4(1). Av denne fremgår det at «personopplysninger» er «enhver opplysning som en identifiserbar fysisk person («den registrerte»). Det er imidlertid viktig å understreke at «personopplysninger» er et vidt begrep, som omfatter all informasjon som kan knyttes til

¹⁹ Fredriksen (2012) s.217-218.

²⁰ Wessel-Aas (2018) s.94.

²¹ “During its first plenary meeting the European Data Protection Board endorsed the GDPR related WP29 Guidelines”. Sitat hentet fra EDPBs nettside: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/gdpr-guidelines-recommendations-best-practices_en [hentet 01.12.19].

en identifiserbar person eller hvor sannsynligheten for slik identifisering eller tilknytning er tilstede.²²

«Den registrerte» er definert som en identifiserbar fysisk person som direkte eller indirekte kan identifiseres, og som personopplysningene er relatert til, jf. Artikkel 4(1). Det er således «den registrerte» som er subjekt for vernet GDPR gir.

«Behandlingsansvarlig» er definert i artikkel 4(7). Kort forklart ligger hovedforpliktelsene for behandlingen av personopplysninger på den behandlingsansvarlige, som både kan være fysiske og juridiske personer. Årsaken til det er at vedkommende bestemmer formålet og virkemidlene for og ved behandlingen. EU-domstolen har tolket det som å utøve avgjørende innflytelse over behandlingen.²³ Behandlingen må videre samsvare med de syv sentrale personvernsprikkene som følger av GDPR artikkel 5.²⁴ Ettersom hovedforpliktelsene ligger på den behandlingsansvarlige, er også unntaket for personlige og familiemessige aktiviteter et unntak fra rollen som behandlingsansvarlig etter forordningen. Spørsmålet om hvem som er behandlingsansvarlig materialiseres i tilfeller som faller utenfor privathetsunntaket – vedkommende som behandler personopplysninger vil da normalt være behandlingsansvarlig.

Til tross for at hovedforpliktelsene ligger på den behandlingsansvarlige, har «databehandler[e]», etter GDPRs ikrafttredelse, blitt direkte underlagt visse forpliktelser. Enkelt formulert fremgår det av artikkel 4(8) at databehandlere, som både kan være fysiske og juridiske personer, behandler personopplysninger på vegne av den behandlingsansvarlige. Ordlyden av «på vegne av» tilsier at behandlingen gjøres i noen andres interesse, altså den behandlingsansvarliges. For å oppfylle vilkåret «databehandler» må vedkommende således behandle opplysninger etter instruks fra en behandlingsansvarlig. Det er videre slik at databehandlere har som plikt at behandlingen utføres i tråd med de formål og midler fastsatt av den behandlingsansvarlige. Begrepet er relevant for oppgaven ettersom både privatpersoner som faller innenfor eller utenfor privathetsunntaket, kan tenkes å benytte seg av databehandlere for å eksempelvis lagre personopplysninger.

²² *Nowak*, C-434/16, avsnitt 62 : «Written answers submitted by a candidate at a professional examination and any comments made by an examiner with respect to those answers constitute personal data».

²³ Dommer: C-210/16 *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, C-25/17 *Jehovas vitner*, C-40/17 *Fashion ID*.

²⁴ GDPR, art 5(1)a-f: Lovlighet, rettferdighet og åpenhet, formålsbegrensning, dataminimering, riktighet, lagringsbegrensning, integritet og konfidensialitet og ansvar.

For å illustrere fordelingen så kan en eksempelvis si at et selskap engasjerer en skytjenesteleverandør til å lagre sine personalmapper. Her vil førstnevnte, altså selskapet, være «behandlingsansvarlig» og skytjenesteleverandøren vil være «databehandler». Personalappene vil være «personopplysninger» om «d[e] registrerte».

2 Privathetsunntaket

2.1 GDPR artikkel 2

I dette kapittelet drøftes privathetsunntaket og vilkårene som må oppfylles for at det skal komme til anvendelse. Det gis først en generell presentasjon av artikkel 2, før det går nærmere inn på innholdet i unntaket.

Det fremgår av GDPR artikkel 2(2) c at:

Denne forordningen får ikke anvendelse på behandling av personopplysninger som utføres

c) av en fysisk person som ledd i rent personlige eller familiemessige aktiviteter,

Privathetsunntaket er inntatt i GDPR artikkel 2, som gjør rede for forordningens saklige virkeområde. Av første ledd fremgår det at forordningen får «anvendelse på helt eller delvis automatisert behandling av personopplysninger og på ikke-automatisert behandling av personopplysninger som inngår i eller skal inngå i et register». Første ledd inneholder dermed utgangspunktet for GDPRs virkeområde. Privathetsunntaket er således et unntak fra dette.

Overordnet består privathetsunntaket av tre hovedelementer. Det må for det første dreie seg om en «behandling av personopplysninger» for at problemstillingen skal aktualiseres seg. For det andre gjelder unntaket bare «fysiske personer». For det tredje må behandlingen av persondata skje «som ledd i rent personlige eller familiemessige aktiviteter». Avhandlingens hovedfokus ligger på det sistnevnte – når er behandling av personopplysninger ledd i rent personlige eller familiemessige aktiviteter?

2.2 Unntakets bakgrunn

Verken forordningen eller DPDs bestemmelser eller fortalepunkt gir indikasjoner for hensynet bak unntaket. Likevel kan forarbeidene til den nåværende og den gamle personopplysningsloven av år 2000 være til hjelp, da de også inneholder unntak for behandling av personopplysninger ved rent personlige eller andre private formål.

Av lovforarbeidene til den gamle personopplysningsloven følger det at «i annet ledd *gjøres det unntak fra lovens virkeområde slik at loven ikke gjelder for behandling av personopplysninger for rent personlige eller andre private formål, jf utvalgets § 3 annet ledd og direktivet artikkel 3 nr 2 annet strekpunkt. Dette er i samsvar med personregisterloven, jf forutsetningsvis pregl § 1 tredje ledd*». Henvisningene i forarbeidene til direktivet, viser at privathetsunntaket samsvarer og baserer seg på unntaket i direktivet, som igjen er videreført i GDPR.

Videre følger det av lovforarbeidene at :

«Bakgrunnen for unntaket er at også privatpersoner i stor grad gjør bruk av elektroniske hjelpemidler som f.eks PC'er til ulike personlige eller familiemessige gjøremål og fritidsaktiviteter, som f.eks å skrive brev eller dagbok, sende og motta korrespondanse, føre adresselister eller laste ned informasjon fra nettverk. De fleste slike aktiviteter vil være elektronisk behandling av personopplysninger, og dermed i utgangspunktet falle innenfor lovens saklige virkeområde. Det vil imidlertid kunne fremstå som et uønsket inngrep i den enkeltes privatliv om man skulle gi behandlingsregler som åpner for kontroll med slik behandling av personopplysninger som vedkommende foretar som privatperson. Samtidig er det klart at personvernkonsekvensene av denne formen for behandling gjennomgående vil være beskjedne, slik at lovregulering er unødvendig og ville virke unødig ressurskrevende. Annet ledd unntar derfor slik behandling fra lovens virkeområde.»²⁵ (egen utheving).

Dette avsnittet påpeker det lovgiver har ansett som hensynet bak unntaket, og basert på henvisningene gjort over, er uttalelsene i tråd med formålet med unntaket i direktivet. Til tross for at forarbeidene gjelder den gamle personopplysningsloven, er de av relevans da unntaket er videreført til den nye personopplysningsloven. Videre følger det som nevnt av personopplysningsloven § 1 at GDPR skal gjelde som lov i Norge, slik at forarbeidsuttalelsene også er av relevans ved tolkning av forordningen.

²⁵ Ot.prp.nr.92 (1998-1999) s.102

2.3 Nærmere om unntakets vilkår

2.3.1 “Behandling” av personopplysninger

Et av de mest grunnleggende vilkårene i GDPR er «behandling» av personopplysninger, da forordningens virkeområde baserer seg på slik aktivitet. Når en enhet eller fysisk person behandler personopplysninger, omfattes vedkommende av forordningen. Privathetsunntaket, altså rent personlige eller familiemessige aktiviteter, er et unntak fra dette. Slike aktiviteter er riktignok også «behandling», men formålet bak aktivitetene gjør at de er unntatt fra forordningens virkeområde.²⁶ Forordningen gjelder likevel for behandlingsansvarlige og databehandlere som «*stiller til rådighet midler*» for behandling av personopplysninger for rent personlige eller familiemessige aktiviteter.²⁷ Eksempelvis kan det være leverandører av sosiale medier eller lignende plattformer.²⁸

Forordningen definerer «behandling» i artikkel 4 (2): hvor det fremgår at:

‘«behandling» [er] enhver operasjon eller rekke av operasjoner som gjøres med personopplysninger, enten automatisert eller ikke, f.eks. innsamling, registrering, organisering, strukturering, lagring, tilpasning eller endring, gjenfinning, konsultering, bruk, utlevering ved overføring, spredning eller alle andre former for tilgjengeliggjøring, sammenstilling eller samkjøring, begrensning, sletting eller tilintetgjøring.’

Ordlyden er vid da eksemplene omfatter all form for håndtering av personopplysninger. Videre følger det av fortalepunkt 15 i forordningen, at «for å unngå at det oppstår en alvorlig risiko for at bestemmelsene omgås bør vernet av fysiske personer være teknologisk nøytralt og ikke avhenge av teknikkene som benyttes». Formuleringen «f.eks.» i definisjonen av «behandling», må videre tolkes dithen at listen i artikkel 4(2) ikke er uttømmende. Det tilsier at enhver operasjon som gjøres med personopplysninger, også utover eksemplene nevnt i bestemmelsen, er «behandling» av personopplysninger.

At begrepet tolkes vidt understøttes av CJEU i en rekke domsavgjørelser. Eksempelvis har de ansett opplasting av personopplysninger på en internettside²⁹, overføring av

²⁶ GDPR Artikkel 2(2)c

²⁷ GDPR fortalepunkt 18

²⁸ Jarbekk (2019) s.106

²⁹ *Lindqvist*, C-101/01, avsnitt 25

personopplysninger³⁰ og kommunikasjon av personopplysninger fra et møte³¹, som «behandling» av personopplysninger. I C-131/12 uttaler EU-domstolen at:

«...exploring the internet automatically, constantly and systematically in search of information which is published there, the operator of a search engine 'collects' such data which it subsequently 'retrieves', 'records' and 'organises' within the framework of its indexing programmes, 'stores' on its servers and, as the case may be, 'discloses' and 'makes available' to its users in the form of lists of search results.»³²

I lys av dette er enhver befatning med personopplysninger å anse som «behandling» etter forordningen.

2.3.2 «En fysisk person»

Av artikkel 2(2)c fremgår det at unntakets subjekt er «en fysisk person». Som tidligere nevnt, fremgår det av artikkel 4(1) at «den registrerte», altså *en identifiserbar fysisk person* er en person som direkte eller indirekte kan identifiseres, og som personopplysningene er relatert til.

Ordlyden «en fysisk person» tilsier således at det kun siktes til privatpersoner som det er mulig å identifisere. Det er videre kun mennesker (derav fysiske) det siktes til, noe som tilsier at juridiske personer som f.eks. selskap o.l. ikke omfattes av vilkåret. Personopplysninger om døde personer er imidlertid ikke omfattet, med mindre opplysninger om disse kan knyttes til levende mennesker.³³ Slike personopplysninger vil anses å gjelde «en fysisk person».

Ettersom bestemmelsen presiserer «en», og GDPR fortalepunkt 26 videre inneholder spesifiseringen «en identifisert eller identifiserbar person», er det klart at lovgiver har ment at formuleringen kun skal gjelde enkeltpersoner og ikke grupperinger.

Spørsmålet er likevel om det er mot forordningens hensikt å ha en ordlyd som har en slik avgrensning. Det kan tenkes at to eller flere sammen kan bedrive «rent personlige eller

³⁰ *Bara*, C-201/14, avsnitt 29

³¹ *Bavarian Lager*, C-28/08, avsnitt 66-69

³² Avsnitt 28

³³ Definisjon av «Natural Person» hentet fra :<https://gdpr.eu/eu-gdpr-personal-data/> [lest: 24.10.19].

familiemessige aktiviteter»,³⁴ noe som gjør det uheldig at en duo eller større gruppe faller utenfor unntakets ordlyd.

På den andre siden stenger ikke ordlyden for at man i et slikt tilfelle skal skille de fysiske personene fra hverandre, og vurdere de individuelt etter bestemmelsen. Det vil være mer anstrengende, men en slik tolkning samsvarer med ordlyden, bestemmelsens formål og fortalepunkt 26 i forordningen. Dersom personopplysningene gjelder en gruppe mennesker, må altså løsningen være å knytte opplysningene til enkeltpersoner i gruppen, eller at enkeltpersonene skilles ut fra gruppen.³⁵

Eksempelvis kan du ha tre administratorer i en privat gruppe på et sosialt nettverk, hvor alle tre har like stort ansvar for hva som blir publisert og hvem innholdet når frem til. Ettersom alle tre samlet ikke kan omfattes av vilkåret, blir løsningen å vurdere de tre personene som tre separate tilfeller.

2.3.3 «Personlige eller familiemessige aktiviteter»

Av artikkel 2(2)c fremgår det at noe av unntakets materielle omfang gjelder «personlige eller familiemessige» aktiviteter. Ettersom det står «eller» er vilkårene alternative. Rettspraksis viser imidlertid at de ofte vurderes sammen. Oppgaven drøfter derfor vilkårene under samme punkt.

Ordlyden «personlige eller familiemessige aktiviteter» tilsier at det dreier seg om behandling av personopplysninger utenfor kommersiell eller profesjonell kontekst. Den engelske versjonen bruker formuleringen «personal or household activity», hvor ordlyden samsvarer med den norske. Den tyske versjonen bruker formuleringen «persönlicher oder familiärer Tätigkeiten», som kan oversettes til personlige eller familiære aktiviteter. Den franske versjonen bruker formuleringen «personnelle ou domestique», som kan oversettes til personlige eller huslige aktiviteter. Unntaket sikter således til behandling som utelukkende må skje innenfor en personlig sfære.³⁶ I forordningens fortalepunkt 18 underbygges dette:

³⁴ Artikkel 2(2)c

³⁵ Jan Sandtrø, «Hva er «personopplysninger» og vil GDPR føre til noen endringer?», LinkedIn, 7. november 2017, <<https://www.linkedin.com/pulse/hva-er-personopplysninger-etter-gdpr-og-noe-annet-enn-jan-sandtr%C3%B8/>> [lest 24.10.19].

³⁶ Jf. vilkåret «rent». Se videre drøftelse om vilkåret under punkt 2.3.6.

«Denne forordningen får ikke anvendelse på behandling av personopplysninger som en fysisk person utfører i forbindelse med rent personlige eller familiemessige aktiviteter, og som derfor ikke er knyttet til en yrkes- eller forretningsvirksomhet.».

Formålet med unntaket er således at forordningen ikke skal regulere unødvendig vidt slik at det omfatter allmenn hverdagslig behandling av personopplysninger, som ikke har de konsekvensene og rekkevidden som kommersiell og profesjonell behandling av personopplysninger har.

Hva som er «personlige eller familiemessige» aktiviteter kan være utfordrende å definere. Fortalepunkt 18 har videre eksempler på hva som anses som personlige eller familiemessige aktiviteter. Det fremgår at det «kan omfatte korrespondanse og føring av adresselister eller aktiviteter på sosiale nettverk samt aktiviteter på internett med slike aktiviteter». Fortalepunkt 12 i DPD nevnte også «correspondence and the holding of records of addresses» som eksempel på «personlige eller familiemessige» aktiviteter. Eksemplene om sosiale nettverk og aktiviteter på internett er derfor nye i GDPR. Poenget er at bestemmelsen skal være teknologinøytral samtidig som den er tilpasningsdyktig i lys av den økende bruken av teknologi utenfor kommersiell og profesjonell virksomhet. Problemet med slike vage eksempler som fortalepunkt 18 gir, er imidlertid at det kan tolkes dithen at unntaket omfatter mer enn hva lovgiver har ment å inkludere.

Rettspraksis fra CJEU og Høyesterett har likevel gitt retningslinjer på hvordan unntaket skal tolkes og forstås. Dommene er riktignok vurdert etter DPD, men ettersom unntaket er likt formulert er dommene høyst aktuelle også ved tolkning av unntaket i forordningen. I det følgende vil drøftelsen omtale fem domsavgjørelser avsagt av EU-domstolen, samt en Høyesterettsavgjørelse, som omhandler behandling av personopplysninger for rent «personlige eller familiemessige aktiviteter». Dommene vil gjennomgå separat og under hver dom er det en oppsummering av retningslinjer domstolene har gitt, for vurderingen av hvorvidt en behandlingsaktivitet omfattes av privathetsunntaket. Under punkt 2.3.4 gjengis punktene i en oppsummerende generell liste.

Bodil Lindqvist

Den første dommen som ble avsagt om privathetsunntaket er Bodil Lindqvist-saken.³⁷

Sakstilfellet var at en svensk kvinne med navn Bodil Lindqvist publiserte opplysninger om hennes frivillige arbeid ved en kirke på sin personlige åpent tilgjengelige nettside.

Opplysningene hun publiserte inneholdt identifiserbar informasjon som navn og telefonnummer, hobbyer, og et tilfelle av helserelatert informasjon, om sine kolleger i kirken.

Lindqvist hadde ikke innhentet samtykke fra sine kolleger i forbindelse med publiseringen av informasjonen om dem. Hun hadde heller ikke informert dem om publiseringen av opplysningene, før hun lastet de opp på nettsiden. Lindqvist fjernet imidlertid informasjonen på nettsiden umiddelbart etter at hun mottok forespørsler fra sine kolleger om å fjerne opplysningene om dem.

På bakgrunn av dette ga det svenske datatilsynet henne en bot på SEK 4000 for automatisert behandling av personopplysninger uten samtykke fra verken det svenske datatilsynet eller individene hun publiserte opplysningene om.

Lindqvist anket og hevdet blant annet at publiseringen av informasjon på internett ikke tilsvarer “processing personal data” slik ordlyden var i DPD. Videre hevdet hun at DPD ikke omfattet non-profit aktiviteter og at sanksjonene hun fikk var i strid med hennes rett til ytringsfrihet.

Vedrørende anførselen om bruk av ytringsfrihet og opprettelse av internettsider i forbindelse med fritidsinteresser eller virksomhet uten økonomisk gevinst for øye, kom CJEU frem til at hennes hjemmeside ble omfattet av DPD. Behandlingen av personopplysningene på hennes private åpent tilgjengelige nettside, falt således utenfor privathetsunntaket.³⁸

Vedrørende spørsmålet om automatisert behandling av personopplysninger, uttalte CJEU videre at *«the act of referring, on an internet page, to various persons and identifying them by name or by other means, for instance by giving their telephone number or information regarding their working conditions and hobbies, constitutes the “processing of personal data wholly or partly by automatic means” within the meaning of Article 3 (1)»*.^{39 40}

³⁷ C-101/01

³⁸ Wessel-Aass (2018) s.115

³⁹ C-101/01, avsnitt 19

⁴⁰ Nå GDPR artikkel 2(1)

Videre uttalte domstolen at slik behandling av personopplysninger ikke faller inn under «purely personal or domestic activities» da unntaket *«must [...] be interpreted as relating only to activities which are carried out in the course of private or family life of individuals, which is clearly not the case with the processing of personal data consisting in publication on the internet so that those data are made accessible to an indefinite number of people»* (egen utheving).⁴¹ Lindqvists behandling av personopplysningene ble altså ansett å falle utenfor privathetsunntaket.

Lindqvist-dommen viser at det ikke er tilstrekkelig at formålet med en aktivitet er rent privat – det er aktiviteten på hjemmesiden som utelukkende må være av privat karakter.⁴² Dommen skal derfor tolkes dithen at privathetsunntaket utelukkende omfatter de aktiviteter som inngår i den enkelte borgers privatliv eller familieliv. Videre presiseres det at behandling av personopplysninger, som består i at de offentliggjøres på internett slik at de blir tilgjengelige for et ubestemt antall personer, ikke omfattes av unntaket.⁴³

Norsk rettspraksis

I norsk rettspraksis har Høyesterett også vurdert privathetsunntaket.⁴⁴ Saksforholdet gjaldt en tiltalt som ble dømt for hacking i lagmannsretten. Lagmannsretten mente tiltalte hadde brutt personopplysningsloven ettersom han hadde lagret personopplysninger han uberettiget hadde skaffet seg tilgang til. De berørte hadde ikke kjennskap til dette, slik at de verken hadde samtykket eller hadde kunnskap om hvem som var behandlingsansvarlig.

Høyesterett på sin side kom imidlertid til at tiltalte ikke hadde brutt personopplysningsloven fordi han ikke kunne anses som «behandlingsansvarlig» etter loven. Det var korrekt at han hadde behandlet personopplysninger ved å urettmessig kopiere, overføre og lagre personopplysninger om flere millioner fysiske personer, på en server hvor kun han hadde tilgang. Aktivitetene tiltalte gjorde, i form av innsamlingen av data på millioner av mennesker, var også utenfor normale private aktiviteter. Høyesterett uttalte imidlertid at definisjonen av «den behandlingsansvarlige» og avgrensningen mot «behandling av personopplysninger som den enkelte foretar i rent personlige eller private formål» førte til at tiltalte ikke kunne straffes for overtredelse av personopplysningsloven da saksforholdet

⁴¹ C-101/01, avsnitt 47

⁴² Wessel-Aass (2018) s.114

⁴³ C-101/01, avsnitt 47

⁴⁴ Rt-2012-1669

utelukkende dreide seg om klart illegal innsamling og oppbevaring av informasjon.⁴⁵

Dommen er således et eksempel på at private aktiviteter kan falle innenfor privathetsunntaket, til tross for at omfanget av behandlingen er stor og aktivitetene er alvorlige.⁴⁶

Satamedia

En annen dom avsagt av CJEU om hva som ligger i rent personlige eller familiemessige aktiviteter er Satamedia.⁴⁷ Saksforholdet her var at en mann med navnet Markkinaporssi i flere år samlet inn offentlige publiserte personopplysninger fra finske skattemyndigheter, hvor formålet hans var å publisere opplysningene i avisen Veroporssi hvert år.

Opplysningene samlet inn inneholdt informasjon om 1,2 millioner fysiske personers fornavn og etternavn, deres inntekt, formue og skatteopplysninger til dette. Disse opplysningene ble videre angitt i form av en alfabetisk liste organisert etter kommuner og inntektsgrupper.

Veroporssi, uttalte at de omtalte personopplysningene kunne bli fjernet ved forespørsel og kostnadsfritt.

Markkinaporssi overførte personopplysningene som ble publisert i avisen på CD-disker til Satamedia. Satamedia inngitt deretter en avtale med et teleselskap, som på vegne av Satamedia skulle oppstille en SMS-tjeneste hvor mobilbrukere kunne motta personopplysningene publisert i avisen rett til deres personlige mobiltelefoner for ca. 2 EUR pr. SMS. Også her kunne slike personopplysninger fjernes ved forespørsel.

CJEU var nødt til å ta stilling til blant annet hvorvidt slik behandling av personopplysninger, som allerede var gjort tilgjengelig av skattemyndighetene, falt inn under unntaket for private formål. Her viste CJEU til fortalepunkt 12 i DPD, altså «correspondence and the holding of records of addresses».

Domstolen uttalte at privathetsunntaket kun må anses å gjelde «*activities which are carried out in the course of private or family life of individuals (see Lindqvist paragraph 47). That clearly does not apply to the activities of Markkinaporssi and Satamedia, the purpose of which is to make the data collected accessible to an unrestricted number of people*» (egen utheving).

⁴⁵ Wessel-Aas (2018) s.116

⁴⁶ Wessel-Aas (2018) s.115

⁴⁷ C-73/07

Endelig påpeker domstolen også at *«lastly it must be held that a general derogation from the application of the directive in respect of published information would largely deprive the directive of its effect. It would be sufficient for the Member States to publish data in order for those data to cease to enjoy the protection afforded by the directive.»* (egen utheving).

I likhet med Lindqvist-saken uttalte CJEU at antallet mennesker opplysningene gjøres tilgjengelig for avgjør hvorvidt behandlingen er av personlig eller familiemessig karakter. Hvis opplysningene tilgjengeliggjøres til et ubegrenset antall mennesker, så er det helt klart utenfor privathetsunntaket.

Når det gjelder anførselen om at personopplysningene allerede var publisert av finske skattemyndigheter, er uttalelsene til CJEU en viktig påpeking for generell tolkning av direktivet og nå forordningen. Dersom offentlig publiserte personopplysninger automatisk tilsier at en republisering av slike opplysninger er innenfor unntaket, mister forordningen sin virkning og medlemsstater kan i så tilfelle enkelt omgå personvernreglene. Det er klart i strid med direktivet (og forordningens) overordnede formål om å ivareta fysiske personers personvern.⁴⁸ Det viser videre at CJEU i avgjørelsen la vekt på DPDs overordnede formål som en rettesnor i tvilstilfelle, noe som også er relevant ved generelle vurderinger gjort etter reglene i forordningen.

Frantisek Rynes

I Frantisek Rynes-saken vurderte også CJEU privathetsunntaket.⁴⁹ Saksforholdet var at en mann med navnet Frantisek Rynes installerte og benyttet seg av et kameraovervåkningssystem på sin private eiendom. Kameraet var installert og plassert i én posisjon og kunne ikke snus eller vendes. Det filmet inngangspartiet til hjemmet hans, et offentlig fortau og inngangspartiet til et hus på andre siden av veien. Systemet filmet uten lyd, og lagringen av bildene gikk i loop på en harddisk. Når videolagringen nådde maks lagringskapasitet, begynte den å lagre over det eksisterende materialet slik at det kontinuerlig ble slettet av nye videoer. Ettersom det ikke ble installert noen monitor i forbindelse med kamerautstyret, kunne man ikke se bildene i nåtid. Det var også kun Rynes som hadde tilgang til systemet og bildene.

⁴⁸ GDPR, artikkel 1

⁴⁹ C-212/13

Formålet til Rynes med installeringen av kameraovervåkningssystemet var å beskytte eiendommen, familien, helsen og livet til han og familien, da de hadde vært utsatt for en del uløste angrep. Eksempelvis så hadde vinduene til hjemmet blitt knust ved flere anledninger mellom 2005-2007. I oktober 2007 oppstod på nytt et angrep og kameraovervåkningssystemet gjorde det mulig å identifisere to av de mistenkte.

I dette tilfellet måtte CJEU blant annet ta stilling til om et kameraovervåkningssystem installert på en familieeiendom, kunne blir klassifisert som behandling av personopplysninger av en fysisk person som ledd i rent personlige eller familiemessige aktiviteter, til tross for at systemet fanget opp offentlig eiendom.

Her uttalte CJEU at bildene av individene var personopplysninger. Slik at videoovervåkingen var automatisert behandling av personopplysninger, som omfattes av DPD (og forordningen).

Videre påpekte CJEU at det utfra DPD og dens artikkel 1 og fortalepunkt 10, var DPDs formål å sikre fysiske personers grunnleggende rettigheter, spesielt retten til personvern og sikring av behandling av personopplysninger. For å underbygge dette viste de til Google Spain-saken.⁵⁰ I regi av dette trakk de videre inn beskyttelsen av den grunnleggende retten til privatliv etter artikkel 7 i the Charter of Fundamental Rights (the Charter).

Videre uttalte de at det i rettspraksis er uttalt at det krever at *«derogations and limitations in relation to the protection of personal data must apply only in so far as strictly necessary»*. På bakgrunn av dette påpekte de videre at ettersom reglene i DPD regulerer behandling av personopplysninger, er det en risiko for at det kan gå utover grunnleggende rettigheter – da spesielt retten til privatliv. Det tilsier derfor at reglene i DPD må tolkes i samsvar med grunnleggende rettighetene i EUs Charter. Unntaket for private formål må derfor bli *«narrowly construed»*..

Endelig avsluttet CJEU med at *«to the extent that video surveillance such as that at issue in the main proceedings covers, even partially, a public space and is accordingly directed outwards from the private setting of the person processing the data in that manner, it cannot be regarded as an activity which is purely ‘personal or household’ activity for the purposes of the (...) Directive”*.

⁵⁰ C-131/12

CJEU uttaler dermed flere grunner til at privathetsunntaket ikke kunne få anvendelse. Det at overvåkningskameraet filmet utover hans private eiendom, altså offentlig eiendom og naboeiendom, fører til at personopplysningene som samles inn går utover det rent private. Videre påpeker de at DPDs formål om å ivareta grunnleggende rettigheter som retten til privatliv, fører til at unntak fra personvernreglene kun må få anvendelse der det er strengt nødvendig. Terskelen for at noe skal anses å være innenfor private eller familiemessige aktiviteter er høy. Ettersom formålet (dommens referanse til DPD artikkel 1) og systembetraktninger (dommens referanse til artikkel 7 i the Charter) ble lagt vekt på ved tolkningen, brukte CJEU også i denne saken lovgivningens overordnede formål som rettesnor - slik som i Satamedia-saken. Disse betraktningene gjør seg like sterkt gjeldende for vurdering etter forordningen.

Jehovan Todistajat

I Jehovan Todistajat drøftet CJEU også unntaket.⁵¹ Saksforholdet her gikk ut på at en menighet med Jehovas vitner gikk dør til dør i sitt nærmiljø, og samlet inn og behandlet personopplysninger. Personopplysningene de samlet inn bestod av navn, hjemadressene til personene kontaktet, deres religiøse tro og familiens generelle omstendigheter.

Personopplysningene ble samlet inn med tanke på å kartlegge hvor menigheten hadde vært og ikke med tanke på fremtidig misjonering. Innsamlingen ble gjort uten personenes kunnskap eller samtykke.

CJEU måtte her blant annet ta stilling til om disse handlingene falt inn under personlige eller familiemessige aktiviteter. Denne vurderingen måtte gjøres i lys av at *«the data collected are more than informal notes in an address book, as the notes taken concern unknown persons and contain sensitive data relating to their religious beliefs. The fact that door to door preaching is an essential part of the Jehovah's Witnesses Community's activity, which is organized and coordinated by it and by its congregations, must also be taken into consideration»*.

I sin vurdering av hvorvidt tilfellet falt innenfor unntaket, gikk CJEU først inn på artikkel 1 og fortalepunkt 10 av DPD, hvor det fremgår at DPDs formål er å ivareta grunnleggende rettigheter og friheter for fysiske personer – primært retten til privatliv og behandling av

⁵¹ C-25/17

personopplysninger. For å underbygge dette viste CJEU til tidligere rettspraksis (Google Spain and Google og Wirtshaftsakademie Schleswig-Holstein).⁵²

CJEU avklarte også at vilkåret «personal or household» i direktivet gjelder aktivitetene til personen som behandler personopplysningene, og ikke personen personopplysningene hører til.

De påpekte også at unntaket må tolkes dithen at det kun er aktiviteter som er gjort i kontekst av personlige eller familiemessige forhold som omfattes. I lys av dette spesifiserte de at en aktivitet ikke kan anses å være «*purely personal or domestic where its purpose is to make the data collected accessible to an unrestricted number of people or where that activity extends even partially, to a public space and is accordingly directed outwards from the private setting of the person processing the data in that manner*». Også her viste CJEU til Lindqvist og Satamedia-dommene for å underbygge uttalelsene sine.

Når det gjaldt dør-til-dør misjoneringen, påpekte CJEU at formålet til menigheten var å spre budskapet sitt og rekruttere fysiske personer som ikke allerede var en del av menigheten og miljøet. I lys av det uttalte CJEU at den type aktivitet er å anse som «*directed outwards from the private setting and the members who engage in preaching*».

Personopplysningene som var samlet inn ble videre sendt rundt i form av lister over personer som ikke lenger ønsket å bli besøkt av menigheten. Dermed så CJEU det slik at de aktuelle medlemmene som samlet inn og sendte slike lister førte til at «*at least some of the data collected is accessible to a potentially unlimited number of persons*».

Videre uttalte CJEU at til tross for at slike religiøse aktiviteter er beskyttet under Artikkel 10 i the Charter, betyr ikke det at de har en karakter av å være «personal or household [...] activity» etter DPD. Da spesielt siden misjoneringen ekspanderes utover medlemmene og menighetens private sfære.

På bakgrunn av uttalelsene og vurderingene gjort over, kom CJEU frem til at unntaket ikke kom til anvendelse for menigheten slik at reglene i DPD om behandlingsansvar også gjaldt for disse.

Det CJEU klargjør her er at formålet med DPD etter artikkel 1 er å ivareta grunnleggende rettigheter, og da primært retten til privatliv som følger av the Charter. De avklarer videre at

⁵² C-131/12 og C-210/16

«personal or household» i direktivet gjelder aktivitetene til behandlingsansvarlige, og ikke den fysiske personen opplysningene er knyttet til. CJEU fortsetter også her å påpeke at antallet mennesker som personopplysningene gjøres tilgjengelig til har noe å si for om unntakets anvendelse, spesielt dersom det er et ubegrenset antall mennesker. De henviser her til Lindqvist og Satamedia sakene for å underbygge dette. Endelig uttaler de at dersom behandlingsaktiviteten bare delvis gjøres på et offentlig sted og således går utover behandlerens private sfære, er det ikke personlige eller familiemessige aktiviteter. Domstolene viderefører således sin tidligere praksis både ved å uttale det samme, men også ved å henwise til de aktuelle avgjørelsene.

Sergejs Buivids

Endelig vurderer CJEU unntaket også i Sergejs Buivids-saken.⁵³ Saksforholdet her var at en mann med navnet Sergejs Buivids filmet en video på en latvisk politistasjon, da han var inne på avhør. Buivids publiserte så denne på nettstedet Youtube.com. I videoen kunne man se politifasiliteter, en rekke politibetjenter mens de utførte sitt arbeid, høre stemmene til politibetjentene under tjeneste, stemmen til Buivids og stemmen til personen som var hans følge.

Til tross for at kjernen i denne saken handlet om journalistiske formål, tok CJEU også her stilling til hvorvidt unntaket for private formål kom til anvendelse i Buivids tilfelle. Også i denne dommen starter CJEU med å klargjøre at formålet med DPD er å sikre grunnleggende rettigheter og friheter for fysiske personer, når det gjelder behandling av personopplysninger. Disse fremgår av artikkel 7 og 8 i the Charter, i form av retten til privatliv og familieliv. I lys av dette påpekte de dermed at unntaket «*must be interpreted strictly*», og viste til blant annet Jehovan Todistajat-saken for å underbygge dette.

Videre uttalte de at siden Buivids publiserte den aktuelle videoen på Youtube, som er en nettside hvor brukere kan sende, se og dele videoer uten begrensninger, åpnet han for at «*an indefinite number of people*» fikk tilgang til videoen. Det var etter CJEU ikke behandling av personopplysninger som faller inn under vilkårene «personal or household activities», og henviste her til Lindqvist, Satamedia og Jehovan Todistajat for å underbygge standpunktet.

⁵³ C-345/17

De påpekte videre at filming av politibetjenter i tjeneste mens de utfører sitt arbeid og plikter, «*is not capable of excluding such a type of processing of personal data from coming within the scope of [the DPD]*». Domstolene uttalte videre at også Generaladvokaten i punkt 29 hennes «*opinion*» uttrykker at DPD ikke inneholder noen «*exception which excludes the processing of personal data of public officials from its scope*».

De uttrykte videre at det utfra domstolens praksis fremgår at hvor «*information is provided as a part of a professional activity does not mean that it cannot be characterised as 'personal data'*», og viser til C-615/13.

På bakgrunn av dette kom CJEU frem til at filmingen av politibetjenter under arbeid ved en politistasjon, mens du avgir avhør, for så å publisere det på en nettside hvor brukere i ubegrenset grad kan sende, se og dele videoen, er noe som faller utenfor privathetsunntaket. Med andre ord, måtte Buivids anses som en behandlingsansvarlig etter direktivet.

I denne saken klargjør CJEU at formålet med DPD er å sikre grunnleggende rettigheter som retten til privatliv og familieliv. På bakgrunn av dette uttaler de at hva som anses som personlige eller familiemessige aktiviteter må tolkes strengt. Videre uttaler de at tilgjengeliggjøring av personopplysninger for et ubegrenset antall mennesker faller utenfor unntaket og underbygger dette ved å vise til tidligere avgjørelser som sier det samme. De uttrykker også at DPD ikke inneholder noe unntak for behandling av personopplysninger om offentlige tjenestemenn fra sitt virkeområde. Og endelig påpeker de at det utfra domstolens praksis fremgår at informasjon gitt som del av en profesjonell aktivitet, ikke betyr at det ikke kan karakteriseres som personopplysninger.

2.3.4 CJEU's generelle betraktninger til privathetsunntaket

Domsavgjørelsene viser at domstolene følger sine egne tidligere uttalelser og avgjørelser ved tolkning av unntaket. De legger vekt på følgende vedrørende hva som ligger i vilkårene:

- Det er ikke tilstrekkelig at formålet med en aktivitet er privat, det er den faktiske behandlingsaktiviteten som må være av privat karakter.⁵⁴
- Videre er antallet mennesker opplysningene gjøres tilgjengelig for avgjørende for hvorvidt det er av personlig eller familiemessig karakter. Hvis opplysningene

⁵⁴ Lindqvist, C-101/01

tilgjengeliggjøres for et ubegrenset antall mennesker, så er det helt klart utenfor privathetsunntaket.⁵⁵

- Offentlig publiserte personopplysninger kan ikke republiseres og falle innenfor unntaket. Årsaken til det er at det strider med forordningen overordnede formål. Det vil føre til at medlemsstater enkelt kan omgå personvernregelverket og svekke privatpersoners rett til vern.⁵⁶
- Innsamling som går utover den private sfære (eksempelvis utover privat eiendom), faller utenfor unntaket.⁵⁷
- Unntaket gjelder aktivitetene til den behandlingsansvarlige og ikke den fysiske personen opplysningene er knyttet til.⁵⁸
- Regelverket inneholder ingen unntak for behandling av personopplysninger om offentlige tjenestemenn fra sitt virkeområde.⁵⁹
- Personvernregelverket formål vil alltid komme inn som et tungtveiende moment ved tvilstilfelle om noe omfattes av unntaket eller ikke. Det er årsaken til at terskelen for at noe skal anses å være innenfor personlige eller familiemessige aktiviteter, er høy. Unntak fra personvernregelverket må dermed kun få anvendelse der det er strengt nødvendig.⁶⁰

2.3.5 Tidligere foreslåtte endringer før opprettelsen av forordningen

I en artikkel publisert av EU parlamentets «Directorate-General for Internal Policies» i 2012, diskuteres «the proposed General Data protection Regulation».⁶¹ I artikkelen påpekte direktoratet at definisjonen av «purely personal or household activities» også kalt «the household exemption», ble endret i forslaget. I det daværende forslaget ekskluderte artikkel 2(2)d en setning om behandling av personopplysninger «*by a natural person without any*

⁵⁵ Lindqvist C-101/01, Satamedia C-73/07, Jehovan Todistajat C-25/17, Sergejs Buivids C-345/17

⁵⁶ Satamedia C-73/07

⁵⁷ Frantisek Rynes C-212/13, Jehovan Todistajat C-25/17.

⁵⁸ Jehovan Todistajat C-25/17

⁵⁹ Sergej Buivids C-345/17

⁶⁰ Frantisek Rynes C-212/13, Sergej Buivids C-345/17, Jehovan Todistajat C-25/17

⁶¹ Directorate-General for internal policies, «Reforming the Data Protection Package»(2012). Hentet fra: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201209/20120928ATT52488/20120928ATT52488EN.pdf> s.32-33. [hentet: 13.11.19].

gainful interest in the course of its own exclusively personal or household activity», fra unntaket. De spesifiserte videre at rekkevidden av unntaket, slik det stod i art 3 i DPD (altså slik det når står i GDPR), «is supposed to be too broad», ettersom det omfatter aktiviteter som «the still growing processing of personal data online especially by online social networks». Denne spesifiseringen tolkes dithen at lovgiver tok høyde for å skape en så teknologinøytral bestemmelse som mulig og så langt det lot seg gjøre, også før GDPR. Som eksempel viste de til WP29s «Future of Privacy», hvor WP29 fastslo at⁶²

«Increasingly, individuals upload their own personal data into the internet (social networks, cloud computing services etc). However, Directive 95/46/EC does not apply to the individual who uploads the data for “purely personal” purposes or “in the course of a household activity”. Arguably it does not apply either to the organization that provides the service, i.e. hosts and makes available the information uploaded by the individual (unless the service processes data for its own purposes) insofar as the service provider may not be deemed to be a controller.»⁶³

De uttrykte imidlertid videre at forslaget før det artikkelen drøfter, altså the interservice version of the Regulation (29.11.2011), inneholdt enda en restriksjon ved unntaket. Her ble det foreslått å inkludere setningen «unless personal data of other natural persons is made accessible to an indefinite number of individuals». Setningen var en videreføring av uttalelsene i Lindqvist og Satamedia sakene, hvor CJEU uttaler nettopp dette.

På bakgrunn av dette drøftet de hvorvidt inkorporering av enda flere restriksjoner i lovteksten vil løse tolkningsproblemer og andre praktiske problemer. Eksempelvis stilles det spørsmål rundt setningen: «made accessible to an indefinite number of individuals». Det kan reise problemstillinger om hvilke omstendigheter som må foreligge for at en krets skal ligge innenfor eller utenfor «definite» eller «indefinite», og hvorvidt det skal legge vekt på om profiler på sosiale nettverk er av privat eller offentlig karakter. På bakgrunn av dette argumenterte de for at fokuset må være på hvorvidt noe er rent «personlige eller familiemessige aktiviteter».

⁶² Article 29 Data Protection Working Party, “The Future of Privacy”(2009), hentet fra: <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/10704/WP168++The+Future+of+Privacy> [hentet 15.11.19].

⁶³Article 29 Data Protection Working Party, “The Future of Privacy”(2009), hentet fra: <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/10704/WP168++The+Future+of+Privacy> s.18. [hentet 15.11.19].

I lys av dette anbefalte de å legge vekt på uttalelsene til domstolene, altså om personopplysningene er gjort tilgjengelige til et ubegrenset antall mennesker, men at det ikke burde inkorporeres i lovteksten, men heller i fortalen til GDPR. Dette ble ikke gjort, da fortalepunkt 18 i GDPR ikke inneholder noe slik presisering. Utfra dette er det vanskelig å si om direktoratets vurderinger ble vektlagt av lovgiverne under arbeidet med GDPR.

2.3.6 “rent”

Av forordningens artikkel 2(2)c fremgår det at behandlingen av personopplysningene må være som ledd i «rent» personlige eller familiemessige aktiviteter. Hva som ligger i vilkåret er imidlertid ikke helt klart. Ordlyden av «rent» tilsier at aktivitetene utelukkende må være personlige eller familiemessige, slik at det ikke kan være et snev av kommersiell eller profesjonell virksomhet bak behandlingen.

CJEU har uttalt seg om vilkåret i noen av de nevnte avgjørelsene. I Rynes-saken påpeker domstolen at bestemmelsen krever at det er «*purely*» «*personal or household activity*», altså ikke ‘*simply*’ «*a personal or household activity*». ⁶⁴

Også I Jehovan Todistajat-saken påpekte CJEU at privathetsunntaket ikke omfatter behandling som er «‘*simply*’ *a personal or household activity, but only data processing carried out in relation to an activity that is ‘purely’ personal or household in nature*”. Her viser de videre til Rynes-dommen for å underbygge standpunktet.

Videre spesifiseres det i dommen at en aktivitet ikke kan anses å være «*purely personal or domestic where its purpose is to make the data collected accessible to an unrestricted number of people or where that activity extends even partially, to a public space and is accordingly directed outwards from the private setting of the person processing the data in that manner*” (egen utheving).

Uttalelsene støtter således ordlydstolkningen, ettersom vekten på «*purely*» og ikke «*simply*», utelukker kommersiell eller profesjonell virksomhet bak behandlingen. Det er derfor klart at ved vurderingen av om noe er «rent» personlige eller familiemessige» aktiviteter, må behandlingen av personopplysningene utelukkende ha privat karakter. Dersom deler av behandlingen er utenfor dette er ikke vilkåret oppfylt.

⁶⁴ C-212/13

2.3.7 “som ledd i”

Det fremgår av artikkel 2(2)c at behandlingen av personopplysningene må utføres «som ledd i» rent personlige eller familiemessige aktiviteter. Ordlyden av «som ledd i» tilsier at behandlingen av personopplysningene må ha en kobling til de rent private aktivitetene.

Spørsmålet er imidlertid hvorfor forordningen har vilkåret «som ledd i» når «rent» også ivaretar formålet om at behandlingen av personopplysningen utelukkende må være av privat karakter. Vilkåret er verken problematisert i rettspraksis eller avklart i forordningens fortalepunkter. Vilkåret «som ledd i» er imidlertid nevnt fire ganger i forordningen.⁶⁵ Både i fortalepunktet og i artiklene tilsier ordlyden at vilkåret skal tolkes dithen at det må være en kobling mellom behandlingen og det bestemmelsene har som formål å omfatte og ivareta.

Formålet med vilkåret tolkes således dithen at en ikke skal behandle personopplysninger på kryss og tvers, for så å senere bestemme seg for konteksten behandlingen ble gjort i. I lys av dette blir derfor ikke vilkåret overflødig kombinert med «rent», da det kun presiserer at behandlingen må ha en kobling til rent personlige eller familiemessige aktiviteter. Et slikt krav om en kobling overlapper derfor ikke med vilkåret «rent», som har som formål å presisere at aktivitetene utelukkende må være av privat karakter.

2.4 Foreslåtte kriterier fra WP29

Til tross for at lovtekst og rettspraksis gir retningslinjer for hvordan privathetsunntaket skal tolkes, kan det oppstå tilfeller hvor en trenger videre veiledning.⁶⁶ I WP29-gruppens forslag til endringer ved unntaket for personlige og familiemessige aktiviteter publisert i 2013, legges det stor vekt på den raske teknologiske utviklingen. Det uttales at det daværende regelverket, altså DPD, måtte ha klarere retningslinjer på hva unntaket omfattet.⁶⁷ Ettersom unntaket er likt formulert i GDPR, med unntak av ytterligere presiseringer i fortalepunkt 18, er WP29-gruppens uttalelser også av interesse her.

⁶⁵ GDPR, fortalepunkt 135, Artikkel 2, Artikkel 6 og Artikkel 9(d)

⁶⁶ Se avhandlingens punkt 3 for typetilfeller.

⁶⁷ Article 29 Working Party, *Annex 2 Proposals for Amendments regarding exemption for personal or household activities* (2013). Tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227_statement_dp_annex2_en.pdf side 1, [hentet 29.09.19].

I lys av dette har WP29 etablert noen kriterier som de mener bør bli anvendt for å fastslå om behandling skal falle innenfor unntaket eller ikke. Ingen av kriteriene er alene avgjørende, men en kombinasjon av flere bør bli brukt for å avgjøre spørsmålet.

Kriteriene er som følger:

- Er personopplysningene spredt til et ubestemt antall personer, snarere enn til et begrenset fellesskap av venner, familiemedlemmer eller bekjente?
- Handler personopplysningene om enkeltpersoner, som ikke har personlig eller familiemessig relasjon til personen som poster det?
- Antyder omfanget og hyppigheten av behandlingen av personopplysningene en profesjonell- eller heltidsaktivitet?
- Er tilfellet at en rekke individer opptrer på en kollektiv og organisert måte, ved behandlingen av personopplysningene?
- Er det potensiale for en negativ innvirkning på enkeltpersoner, inkludert krenking/inntrenging av deres personvern?⁶⁸

I den publiserte artikkelen uttrykker WP29 videre at de finner det vanskelig å akseptere det at en person eksempelvis gjør sin blogg eller sosiale nettverksprofil offentlig tilgjengelig, i seg selv skal tilsi at det er behandling av personopplysninger som faller utenfor unntaket.

Gruppen ser imidlertid at det å tilgjengeliggjøre informasjon til hele verden bør være et essensielt moment i vurderingen av hvorvidt noe er gjort i kontekst av personlige eller familiemessige aktiviteter. De mener likevel at dette i seg selv ikke kan være bestemmende. Det uttales at gitt at ingen individer har ubegrensede antall kontakter, venner, familiemedlemmer eller bekjente, vil publisering av personopplysninger til et ubegrenset antall mennesker muligens indikere at behandlingen har mistet karakter av å være personlig, og at den således må falle utenfor unntakets omfang. Til tross for dette, mener de altså at også andre faktorer må legges vekt på ved vurderingen.⁶⁹

⁶⁸ Article 29 Working Party, *Annex 2 Proposals for Amendments regarding exemption for personal or household activities* (2013). Tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227_statement_dp_annex2_en.pdf side 4, [hentet 29.09.19].

⁶⁹ Article 29 Working Party, *Annex 2 Proposals for Amendments regarding exemption for personal or household activities* (2013). Tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227_statement_dp_annex2_en.pdf side 9, [hentet 29.09.19].

2.5 Formålet med behandlingen – behandlingsansvarlig sin intensjon eller de faktiske forhold?

Det unntaksbestemmelsen og domsavgjørelsene viser er at behandlingsansvarlig sin intensjon ikke har tyngde dersom de faktiske forhold ikke oppfyller vilkårene i artikkel 2. I samtlige av de overnevnte domsavgjørelsene har vedkommende fysiske personer hatt intensjoner om at behandlingsaktivitetene deres er av rent personlig eller familiemessig karakter. Det har imidlertid ikke holdt mål, da de faktiske behandlingsaktivitetene har vist seg å være utenfor de rent personlige eller familiemessige aktiviteter. Dette illustreres av privathetsunntakets ordlyd – det er ikke formålet med behandlingen som er avgjørende, men hvorvidt bruken av persondata kan kategoriseres som en personlig eller familiemessig aktivitet.

I en lagmannsrettsdom fra 2011 uttales det at «*unntaket i personopplysningsloven § 3 andre ledd må forstås slik at det ikke bare er vedkommendes motiv for behandlingen av personopplysninger som er avgjørende. Selve behandlingen må være ledd i en aktivitet som etter sin art er rent personlig eller privat*» (egen utheving)⁷⁰. En slik tolkning samsvarer også med forordningen formål. Dersom motsatt skulle vært tilfelle, ville det vært enkelt å omgå forordningens regler samtidig som en bevisvurdering basert på subjektive forhold ville skapt svært stor usikkerhet rundt tolkningen av bestemmelsen.

⁷⁰ LB-2011-102720

3 Typetilfeller

Borgernes tilgang til internett og bruken av e-commerce plattformer og sosiale nettverk for å spre informasjon om seg selv og andre, gjør det vanskeligere å separere de tilfellene som omfattes av privathetsunntaket og ikke. Hvorvidt aktiviteter er rent personlige eller familiemessige, beror på omstendighetene rundt behandlingen. Som tidligere nevnt, er aktiviteter som har et profesjonelt eller kommersielt aspekt utelukket.⁷¹

Denne delen av oppgaven tar sikte på å gå igjennom typetilfeller som illustrerer situasjoner hvor det kan være vanskelig å definere om saksforholdet faller innenfor eller utenfor privathetsunntaket. For å løse typetilfellene vil den overnevnte gjennomgangen av vilkår og rettspraksis trekkes inn. Det vil også vises til retningslinjer fra WP29, EDPB og øvrig juridisk litteratur. Hensikten er å vise til praktiske situasjoner hvor svaret kan være uklart.

3.1 Familiens bilder fra ferie og skolesammenkomster

Åndsverkloven § 104 inneholder regler om retten til eget bilde. For dette eksemplet forutsettes det imidlertid at åndsverkloven ikke er til hinder for behandlingen. Legger en det til grunn er det i utgangspunktet slik at privatpersoner kan ta bilder på offentlige steder uten at det er i strid med forordningens regelverk. Forutsetningen er selvsagt at du ikke plager eller er til sjenanse for andre på samme område. Hvorvidt du kan publisere bildene til et vidt publikum, er imidlertid det som er problematisk. Enklere sagt, er derfor det å ta bilder på et offentlig sted som privatperson akseptert. Det er hva du videre gjør med bildene som potensielt kan stride med forordningen.

Eksempelvis er det vanlig å ha bilder fra familieferier, barnas fotballkamper, skolekonserter, skoleavslutninger, skolefester, skoleutstillinger, familieekskursjoner og liknende, som inkluderer personopplysninger om både deg selv, familien og andre kjente og ukjente individer. Hvis du ikke publiserer eller fysisk deler bildene noe sted er det klart at du omfattes av privathetsunntaket, gitt at du ikke har noe relasjon til profesjonell eller kommersiell virksomhet. Det vil si at lagring av bildene enten elektronisk eller fysisk, samt det å dekorere hjem eller fritidseiendom, er omfattet av unntaket. Videre er det slik at fysiske personer av

⁷¹ FRA/EtCHR/EDPS (2018) s.103

egen fri vilje kan dele bilder av seg selv både fysisk og elektronisk, så lenge slik deling ekskluderer personopplysninger om andre individer.

Fysisk lagring av bilder i hjemmet eller annet privat sted helt klart er omfattet av unntaket, ettersom bildene da kun er tilgjengelig for familien eller enkeltpersoner i familien. Det samme gjelder også dersom du lagrer bildene på en skytjeneste, ettersom det er det samme som å lagre bildene på en egen server. Dette forutsetter imidlertid at du ikke deler bildene via skytjenesters fildelingsalternativer og at det kun er du eller de bildene gjelder, her familien, som har tilgang til skytjenesteprofilen.

I dagens samfunn er imidlertid sosiale medier flittig brukt, noe som stadig fører til at slike bilder blir publisert på f.eks. sosiale nettverk som Facebook eller Instagram, og det er da problemene oppstår. Det er likevel viktig å understreke at GDPR ikke forbyr slik publisering. Som tidligere nevnt, uttales det i fortalepunkt 18 at rent personlige og familiemessige aktiviteter også omfatter internett og sosiale nettverk. Det er imidlertid klart at publiseringen på slike sosiale nettverk må være «som ledd i rent personlige eller familiemessige aktiviteter». Vurderingen må gjøres konkret hvor det er de faktiske forholdene som må vurderes, og ikke hva den fysiske personen som behandler personopplysningene (bildene) har hatt som intensjon. Eksemplene under illustrerer hvordan en slik konkret vurdering gjøres.

3.2 Offentliggjøring av persondata til allmennheten

Gjennomgangen oppgaven har gjort av rettspraksis viser at offentliggjøring av personopplysninger til allmennheten er noe som har vært vurdert av EU-domstolen i flere tilfeller. Det vises til redegjørelsen av rettspraksis under punkt 2, hvor det klare utgangspunktet fra domsavgjørelsene er at det å dele personopplysninger med et ubegrenset og/eller ubestemt antall mennesker ikke omfattes av privathetsunntaket. Ettersom allmennheten til enhver tid er et ubegrenset antall mennesker, taler det sterkt for at slik offentliggjøring av personopplysninger ikke omfattes av unntaket.

Rettspraksisen er imidlertid fra DPD sin tid, og dermed før GDPR trådte i kraft. Ettersom fortalepunkt 18 i forordningen har utvidet unntakets omfang til aktivitet på internett og sosiale nettverk, blir det interessant å se om domsuttalelsene får tilvarende anvendelse i fremtidige domsavgjørelser.

Under punkt 2.8 ble det redegjort for WP29-gruppens forslag til endringer ved privathetsunntakt. I forslaget uttaler de at hovedforskjellen ved behandling av personopplysninger som internett og kraftig utvikling av informasjons og kommunikasjonsteknologien har ført til, er at vanlige mennesker nå kan tilgjengeliggjøre informasjon om dem selv og andre på et blunk. Tidligere var dette kun forbeholdt store aktører og mediehus. Problemet med dette er at slik tilgjengeliggjøring kan nå et ubegrenset antall mennesker, dersom personen ikke setter begrensninger selv. Og slik behandling av personopplysninger mente WP29 at kan falle både innenfor og utenfor unntaket for private formål.

Eksempler på tilfeller de mener tilsynsmyndighetene opplever, er klager der en elev har brukt et sosialt nettverk for å spre uriktige og krenkende meldinger om en lærer. I slike tilfeller er det ikke alltid klart hvorvidt unntaket kommer til anvendelse, slik at WP29 har erfart at tilsynsmyndigheter i ulike medlemsstater har løst dette på ulikt vis. F.eks. er det noen som avviser klagen basert på at tilfellet faller inn under privathetsunntaket, andre feller det ved annen lovgivning om f.eks. ærekrenkelser, og endelig er det noen som inntar en meklingsrolle.⁷²

Et annet tilfelle hvor tilsynsmyndigheter har funnet det vanskelig å fastslå om behandling av personopplysninger er innenfor unntaket eller ikke, er hvor en gruppe privatpersoner bruker sosiale nettverksplattformer for å drive kampanje mot firmaer de mener bedriver miljøskadelig virksomhet. I et slikt tilfelle kan det være vanskelig å etablere objektive kriterier for å skille individer som har dette som et personlig formål, fra en etablert enhet som anses å ha fullt behandlingsansvar som behandlingsansvarlig etter regelverket.⁷³

For å illustrere et typetilfelle og hvordan både rettspraksis og WP29s kriterier kan brukes, ser vi for oss tenåringsen Andreas. Andreas har en profil på det sosialt nettverket Instagram. Han har et ønske om å slå igjennom som anerkjent musiker og bruker dermed den aktuelle profilen til å poste bilder, videoer, og annet for å dele sin lidenskap. Ettersom målet er å bli populær bestemmer han seg for at profilen ikke bare skal være tilgjengelig for hans nære familie og venner, men for alle internettbrukere, uavhengig av om de er brukere av det sosiale mediet

⁷² Article 29 Working Party, *Annex 2 Proposals for Amendments regarding exemption for personal or household activities* (2013). Tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227_statement_dp_annex2_en.pdf side 3, [hentet 27.09.19].

⁷³ Article 29 Working Party, *Annex 2 Proposals for Amendments regarding exemption for personal or household activities* (2013). Tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227_statement_dp_annex2_en.pdf side 3-4, [hentet 27.09.19].

eller ikke. Andreas har videre en nær venn som heter Magnus, som er en dyktig gitarist. Magnus er imidlertid barneskolelærer og ønsker å holde en lav profil. I det ligger at han ikke vil at arbeidsgiver, kolleger, elever og foreldre av elever skal kunne søke opp opplysninger om han, som han ikke har samtykket til at skal være tilgjengelig.

Det viser seg at Andreas publiserer et bilde av de to sammen på Instagram fra en musikkfestival. Magnus som ikke selv er bruker av det sosiale mediet, finner ut via en fellesvenn av både han og Andreas, at Andreas har postet et bilde av han som han ikke har samtykket til.

Andreas og Magnus er nære venner, slik at Magnus har en personlig relasjon til Andreas som publiserer bildet. Det taler for at det kan anses som en behandling av personopplysninger som ledd i en rent personlig eller familiemessig aktivitet. De er nære venner og tilbringer tid sammen på fritiden, og behandlingen av personopplysningene er derfor ikke av profesjonell karakter.

På en annen side ønsker likevel Andreas å bli en anerkjent musiker, og ved å åpne Instagramprofilen sin til allmennheten har han ønsket å utvide markedsføringen av seg selv som artist. Ettersom Magnus er en dyktig gitarist kan konteksten for publiseringen videre tilsies å være relatert til Andreas sitt mål om å nå bredere innenfor musikkmiljøet. Det å være musiker er et yrke og ønsket om å markedsføre seg slik har en kommersiell side. Det taler sterkt for at publiseringen av personopplysningen har en profesjonell og kommersiell tilnærming slik at behandlingen ikke omfattes av privathetsunntaket.

Videre er det også klart at Magnus ønsker å holde en lav profil. Til tross for at bildet i seg selv ikke inneholder noe annen informasjon enn at Magnus kan identifiseres, er det potensiale for en negativ innvirkning på Magnus, da det strider mot hans ønske om å holde en lav profil.

Endelig, og det mest avgjørende her er at bildet spredt til et ubegrenset antall mennesker. Dette går klart utover et begrenset fellesskap av venner, familiemedlemmer eller bekjente. Dette kriteriet er etter rettspraksis avgjørende for at unntaket ikke kommer til anvendelse. I sum med momentene over, taler også dette etter WP29s vurdering, for at unntaket ikke kommer til anvendelse. I eksempelet er det derfor klart at Andreas' behandling av bildet, som er en personopplysning, ikke omfattes av privathetsunntaket slik at han blir behandlingsansvarlig etter reglene i GDPR.

Viktig er det imidlertid å understreke at det i vurderingen likevel alltid må legges vekt på EU-domstolens uttalelse om at privathetsunntaket må tolkes strengt, slik at det kun er «rent» personlige eller familiemessige aktiviteter som omfattes. I hovedsak tilsier det at dersom man er i en tvil om en behandling av personopplysninger omfattes av unntaket eller ikke, er det strenge tolkningsforbeholdet en sterk indikator på at det ikke skal omfattes av privathetsunntaket.⁷⁴

3.3 Deling av persondata med et begrenset antall mennesker

Det fremkommer av rettspraksis at deling av personopplysninger med et ubegrenset antall mennesker helt klart faller utenfor privathetsunntaket. Spørsmålet blir hvor skillet mellom et begrenset og et ubegrenset antall mennesker går. Domsavgjørelsene gir liten veiledning på dette.

Kriteriene fra WP29 nevnt under punkt 2.4 vil imidlertid være relevante. I tillegg til dette, har WP29 også i en «opinion on online social networking» fra 2009 uttalt at:⁷⁵

*Typically, access to data (profile data, postings, stories...) contributed by a user is limited to self-selected contacts. In some cases however, users may acquire a high number of third party contacts, some of whom he may not actually know. A high number of contacts could be an indication that the household exception does not apply and therefore that the user would be considered a data controller.*⁷⁶

Det relevante fra uttalelsen er altså at hvor offentliggjøringen ikke er allmenn og ubegrenset, er det hensiktsmessig å se om det er delt med et høyt antall mennesker, hvor vedkommende faktisk ikke kjenner en eller flere av kontaktene. Årsaken til at det er at et høyt antall mennesker, til tross for at det ikke er like omfattende som et ubegrenset antall mennesker, tilsier stor tilgang til profilinformasjon. Når tilgangen til profilinformasjonen går utover selvvalgte kontakter, eksempelvis en utvidelse til at alle som bruker det sosiale nettverket,

⁷⁴ C-212/13, avsnitt 28-31

⁷⁵ Article 29 Data Protection Working Party, “Opinion 5/2009 on online social networking”(2009). Tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp163_en.pdf [hentet 01.12.19].

⁷⁶ Article 29 Data Protection Working Party, “Opinion 5/2009 on online social networking”(2009). Tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp163_en.pdf s.6. [hentet 01.12.19].

eller hvis profilinformasjonen er tilgjengelig via søkemotorer, er en etter WP29s mening utenfor privathetsunntaket.⁷⁷ Dermed kan det ikke stilles noen fast terskel på hvor skillet går, og en er nødt til å vurdere hvert tilfelle konkret.

Ettersom det ikke kan settes en terskel på et antall mennesker for å illustrere hva som faller innenfor eller utenfor privathetsunntaket, er spørsmålet om det er noe annet som må vektlegges. Uttalelsene i Jehovas vitne og Rynes-saken er her av interesse. I tillegg til å uttale seg om at deling med et ubegrenset antall mennesker faller utenfor, uttaler domstolen også at *«anything that is directed outwards from the private setting of the person processing the data cannot be regarded as a purely personal or household activity»*.⁷⁸ Dette vil være relevant også utover sosiale nettverk.

I lys av dette kan det være interessant å se på lukkede grupper på sosiale medier. Har du en Facebook-gruppe med 10 av dine nærmeste venner hvor aktiviteten i gruppen kun gjelder vennegjengens interne og private relasjoner, vil ikke forordningens krav gjelde for informasjonen som deles i gruppen. Har du derimot en lærer som deler bilder av elevene fra en skolesammenkomst med elevenes foreldre, i en lukket Facebook-gruppe, vil ikke det tilfellet falle inn under privathetsunntaket.⁷⁹ Årsaken til det er nettopp det faktum at det er *«directed outwards from the private setting of the person processing the data»*, ettersom lærerens publisering av bilder på gruppen er yrkesrelatert og ikke en rent personlig eller familiemessig aktivitet.

Annerledes blir det dersom en forelder deler bilder eller andre opplysninger fra datterens fotballkamp, som inneholder personopplysninger om andre, med alle som har tilgang til fotballagets lukkede Facebook-gruppe.⁸⁰ Det relevante i et slikt tilfelle vil være å se på antall mennesker i gruppen, hvilken relasjon gruppemedlemmene har til de som får publisert

⁷⁷Article 29 Data Protection Working Party, "Opinion 5/2009 on online social networking"(2009). Tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp163_en.pdf s.6. [hentet 01.12.19].

⁷⁸ C-212/13, avsnitt 33

⁷⁹ Lande, Sunniva og Ødegaard, Magnus «Privat på Facebook?», Bing Hodneland, 10. september 2019, <https://binghodneland.no/privat-pa-facebook/> [lest 02.12.19].

⁸⁰ Lande, Sunniva og Ødegaard, Magnus «Privat på Facebook?», Bing Hodneland, 10. september 2019, <https://binghodneland.no/privat-pa-facebook/> [lest 02.12.19].

personopplysninger om seg, om det er «*directed outwards from the private setting*» fra den fysiske personen som behandler personopplysningene, om publiseringen har en profesjonell eller kommersiell karakter og om publiseringen har potensiale for en negativ innvirkning på personene personopplysningene omhandler.

Også i dette tilfellet er det viktig å understreke at det må legges vekt på EU-domstolens uttalelse om at privathetsunntaket må tolkes strengt. Det tilsier som nevnt at dersom man er i en tvil om en behandling av personopplysninger omfattes av unntaket eller ikke, er det strenge tolkningsforbeholdet en sterk indikator på at det ikke skal omfattes av privathetsunntaket.⁸¹

3.4 Behandling av personopplysninger via videoenheter

En sentral dom i dette tilfellet er Rynes-dommen. Dommens saksforhold gjelder som nevnt videooptak, samtidig som dommen inneholder generelle uttalelser som er relevante for behandling av personopplysninger utover videoenheter.

I dommen uttales det at delvis overvåkning av offentlig eller andres private eiendom faller utenfor privathetsunntaket. Uttalelsene utelukker imidlertid ikke at tilfeller hvor videoenheter er brukt i en privatpersons private eiendom, kan omfattes av privathetsunntaket.

I tillegg til uttalelsene i Rynes-dommen må en se på om behandleren har en personlig relasjon til individet/individene på videooptaket, om optaket har en profesjonell eller kommersiell karakter og/eller om publiseringen har potensiale for en negativ innvirkning på personene personopplysningene omhandler.⁸² Forekomsten av en eller flere av punktene tilsier ikke automatisk at en aktivitet faller utenfor privathetsunntaket, det er som sagt en konkret helhetsvurdering av hvert enkelt tilfelle som avgjør det.

European Data Protection Board (EDPB) utga 10 juli 2019, retningslinjer for behandling av personopplysninger via videoenheter.⁸³ Her viste de til tre eksempler hvor fysiske personer behandler personopplysninger via videoenheter, som faller inn under privathetsunntaket.

⁸¹ C-212/13, avsnitt 28-31

⁸² European Data Protection Board, “*Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices*” (2019). Tilgjengelig på: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_201903_videosurveillance.pdf s.6. [hentet 01.12.19].

⁸³ European Data Protection Board, “*Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices*” (2019). Tilgjengelig

Eksempel 1:

En turist filmer videoer både via sin smarttelefon og via et videokamera, for å dokumentere ferien sin. I etterkant viser han opptakene til venner og familie, men tilgjengeliggjør ikke opptakene til et ubestemt antall mennesker. Etter EDPB så omfattes eksempelet av privathetsunntaket.

Eksempel 2:

En utforterrennssyklist ønsker å filme syklingen sin med sitt ak션kamera. Hun kjører i et avsidesliggende område og formålet hennes med filmen er kun å bruke den privat i sitt eget hjem. Også dette omfattes etter EDPB, av privathetsunntaket.

Eksempel 3:

En person overvåker sin egen hage via et videosystem. Eiendommen er avgjerdet og det er kun han selv og familien som bruker hagen. Etter EDPB sin mening faller også dette inn under privathetsunntaket, forutsatt at videoenhetene ikke filmer offentlige eller naboers områder.⁸⁴

Eksemplene faller klart innenfor privathetsunntaket, men det hadde vært interessant om EDPB hadde drøftet eksemplene dersom de fysiske personene også hadde publisert opptakene til et ubegrenset eller begrenset antall mennesker.

Eksempelvis, dersom man skal vurdere om videopptak er en rent personlig eller familiemessig aktivitet, er det flere faktorer som spiller inn:

- Hvorvidt den har en relasjon til en profesjonell eller kommersiell aktivitet
- Hvem individene som er involvert eller filmet er – har de en tilknytning/relasjon til personen som har laget opptaket/filmen?

på:https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_201903_videosurveillance.pdf s.6. [hentet 01.12.19].

⁸⁴ European Data Protection Board, “*Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices*” (2019). Tilgjengelig på: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_201903_videosurveillance.pdf s.7. [hentet 01.12.19].

- Hva slags område er det opptaket/filmen dekker – omfatter det offentlig eller kun privat område?⁸⁵

Videre har EU-domstolen som nevnt, i Rynes-dommen uttalt at privathetsunntaket må tolkes strengt og innskrenkende slik at privathetsunntaket må vurderes konkret i hvert tilfelle, i lys av kriteriene stilt ovenfor.

3.4.1 Filming med dashbordkamera

Dashbordkameraer, også kalt Dash Cams, kan imidlertid skille seg fra overvåkningsutstyr på privat eiendom, da biler kan kjøre overalt.⁸⁶ Ved vurderingen av om unntaket kommer til anvendelse i et tilfelle hvor det er gjort opptak av et dashbordkamera, må en vurdere følgende:

- Hvorvidt kameraene er utover- eller innover vendt, eller begge deler
- Hvorvidt de inneholder lydopptak i tillegg til videoopptak
- Hvorvidt de filmer veier og/eller andre offentlige områder
- Kvaliteten på videoopptaket og hvorvidt individene som er filmet er gjenkjennelige utfra kvaliteten på opptaket
- Hvordan opptaket er lagret og brukt
- Hvorvidt noe av filmingen er gjort i en rent personlig kontekst⁸⁷

Den Irske tilsynsmyndigheten publiserte en «Guidance for Drivers on the Use of Dash Cams».⁸⁸ Her kom de med et eksempel på bruk av dashbordkamera som faller utenfor privathetsunntaket:

I noen tilfeller må sjåførere ha dashbordkamera ettersom forsikringsselskaper gir fordeler til kunder med slikt utstyr. I så tilfelle er det klart at sjåførens hovedformål og hensikt

⁸⁵ Irish Data Protection Commission, “*Video Recording*” (2019). Tilgjengelig på:

https://www.dataprotection.ie/en/guidance-landing/video-recording?fbclid=IwAR0yR6Pm41je353OLL8vLjreLkBJnj7IoC_hgbY-L7x9H-It0azZillHMAA [hentet 01.12.19].

⁸⁶ Et dashbordkamera er et videokamera som er festet til bilens instrumentpanel for å registrere hva som skjer på langs veien som bilen kjører på. Definisjon hentet og oversatt fra:

<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/dash-cam> [hentet 01.12.19].

⁸⁷ Irish Data Protection Commission, “*Video Recording*” (2019). Tilgjengelig på:

https://www.dataprotection.ie/en/guidance-landing/video-recording?fbclid=IwAR0yR6Pm41je353OLL8vLjreLkBJnj7IoC_hgbY-L7x9H-It0azZillHMAA [hentet 01.12.19].

⁸⁸ Irish Data Protection Commission, “*Guidance for Drivers on the Use of Dash Cams*”. Tilgjengelig på:

<https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2019-06/190606%20Guidance%20for%20Drivers%20on%20the%20use%20of%20Dash%20Cams.pdf> [hentet 01.12.19].

med behandlingen av personopplysningene (videoopptaket) er å få filmet ulykker. Denne hensikten, kombinert med at offentlige områder mest sannsynlig filmes, gjør at eksempelet er videre enn hva privathetsunntaket etter GDPR omfatter. Sjøføren må i et slikt tilfelle anses som en behandlingsansvarlig etter forordningen.⁸⁹

3.5 Bruk og innhenting av persondata av enkeltpersoner, i form av hacking

EU-domstolen har ingen praksis på dette, men det finnes norsk rettspraksis på området. I lys av det stadig økende fokuset på informasjonssikkerhet, er det et høyst aktuelt eksempel.

I en sak som gikk alle tre instanser var saksforholdet at en mann trengte seg inn i en eller flere ukjente servere hvor han kopierte ut informasjon (e-postadresser, passord og/eller brukernavn, personlige bilder av intim karakter, samt andre opplysninger til e-postkontoer m.m. tilhørende andre personer). Han lagret opplysningene på sin egen datamaskin. Her var blant annet spørsmålet om slik behandling av personopplysninger kunne omfattes av privathetsunntaket i personopplysningslovens § 3.

I tingrettens dom, uttalte de at:

«Forsvarerne har her vist til unntaksbestemmelsen i § 3, tredje ledd, der står det at loven ikke gjelder behandling av personopplysninger som den enkelte foretar for rent personlige eller private formål.

*Retten er uenig i at dette skal fritta A for straff i forhold til § 48 jf. § 20. Retten viser bl.a. til omfanget og opplysningene om utdanning, fødselsdata, passord og brukernavn som framkom i basen til Photobucket. **Omfanget av tiltaltes innsamling og lagring går utover formålet med unntaket i § 3.**» (egen utheving).⁹⁰*

Tingretten la således vekt på at omfanget av innsamlingen og lagringen ikke samsvarte med formålet med unntaket.

⁸⁹ Irish Data Protection Commission, “Guidance for Drivers on the Use of Dash Cams”, s.3. Tilgjengelig på: <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2019-06/190606%20Guidance%20for%20Drivers%20on%20the%20use%20of%20Dash%20Cams.pdf> [hentet 01.12.19].

⁹⁰ TOSLO-2010-62157

Dommen ble anket og i lagmannsretten uttalte de følgende vedrørende vurderingen av unntakets anvendelse:

«Anken er begrunnet med at personopplysningsloven ikke gjelder for behandling av personopplysninger som den enkelte foretar i rent personlige eller andre private formål. A hadde, hevdes det, ikke til hensikt å videreformidle disse opplysningene; de var fremskaffet utelukkende for eget bruk.»

De presenterer videre personopplysningsloven § 3 og uttaler at det ikke er tvil om at opplysningene A skaffet seg adgang til er personopplysninger den forstand begrepet brukes i personopplysningsloven.

«Spørsmålet er utelukkende om A's innsamling og lagring av personopplysninger kan anses å gå inn under unntaket knyttet til behandling av personopplysninger for «rent personlige eller andre forhold.

Det fremgår av forarbeidene til dette unntaket at lovgiver har sett for seg privatpersoners lagring av personopplysninger i form av adresse- og telefonlister og liknende private formål. Begrensningene er angitt dels i form av økonomisk betydning: det må være tale om en økonomisk aktivitet som ikke overstiger det som er vanlig for fritidsaktiviteter. Dels er det tale om begrensninger knyttet til formålet: unntaket omfatter ikke aktiviteter som enkeltpersoner foretar som ledd i politiske eller ideelle organisasjoner.

I Borgarting lagmannsretts dom LB-2010-181392 ble det lagt til grunn at siktedes motiv for innsamlingen av opplysninger – å avdekke en sikkerhetsrisiko – falt utenfor det som kunne karakteriseres som virksomhet av rent personlig eller privat karakter.

Unntaket i personopplysningsloven § 3 andre ledd må videre fortolkes i lys av EU-domstolens avgjørelse i den såkalte Lindqvistsaken. Lindqvist hadde opprettet en hjemmeside på nettet i forbindelse med konfirmasjonsforberedelser, og hensikten var å gjøre det enkelt for medlemmer av menigheten å få tak nyttig informasjon. Hjemmesiden inneholdt opplysninger blant annet om Lindqvist selv og flere av hennes kolleger. Ett av de spørsmål som ble reist for EU-domstolen var om dette falt inn under unntaket i artikkel 3(2) i direktiv 95/46, som blant annet gjelder «the processing of data carried out by a natural person in the exercise of activities which are exclusively personal or domestic, correspondance and the holding of records of addresses». Om fortolkningen av dette unntaket uttalte EU-domstolen i premiss 47:

That exception must therefore be interpreted as relating only to activities which are carried out in the course of private or family life of individuals, which is clearly not the case with processing of data consisting in publication on the internet so that those data are made accessible to an indefinite number of people.

På dette grunnlag finner lagmannsretten at unntaket i personopplysningsloven § 3 andre ledd må forstås slik at det ikke bare er vedkommendes motiv for behandlingen som av personopplysninger som er avgjørende. Selve behandlingen må være ledd i en aktivitet som etter sin art er rent personlig eller privat.

*Den innsamlingen av data som A foretok ved å laste ned personopplysninger fra de serverne som han uberettiget hadde skaffet seg adgang til, kan vanskelig karakteriseres som ledd i en virksomhet som var av rent personlig eller privat karakter. **Selve omfanget av de opplysningene han lagret, tilsier at man befinner seg langt utenfor det som er formålet med unntaket i personopplysningsloven.** Bare fra photobucket.com lastet han ned personopplysninger om mer enn 66 millioner brukere, hvorav flere enn 120 000 norske brukere. Via andre servere skaffet han seg tilgang til epostkontoer tilhørende 187 norske brukere, og han videresendte til seg selv bilder av til dels meget privat karakter fra disse. **Etter lagmannsrettens syn er der da uten betydning om A hadde til hensikt å videreformidle disse opplysningene til andre. Man er uansett utenfor rekkevidden av unntaket i personopplysningsloven § 3 andre ledd.**» (egen utheving).⁹¹*

Lagmannsrettens dom ble videre anket til Høyesterett, hvor de uttalte følgende vedrørende unntakets anvendelse i saken:

«Forsvareren (...) har i tillegg anført at tiltaltes handlinger gjelder «behandling av personopplysninger som den enkelte foretar for rent personlige eller andre private formål», som er unntatt fra lovens bestemmelser etter § 3 andre ledd.

Tiltalte hadde her urettmessig kopiert personopplysninger om mange millioner mennesker og overført opplysningene til seg selv. Informasjonen ble lagret på egen server og etter det opplyste uten at andre fikk tilgang til den.

Jeg er enig i at personopplysningsloven ikke får anvendelse på en slik situasjon, og at tiltalte ikke med rimelighet kan ses som «behandlingsansvarlig» etter loven. Selv om innsamlingen

⁹¹ LB-2011-102720

av data ligger utenfor normale private aktiviteter, viser definisjonen og omtalen av hva som er ment med «den behandlingsansvarlige» og avgrensningen i § 3 etter mitt syn at tiltalte ikke kan straffes for overtredelse av de nevnte bestemmelsene når det – som her – utelukkende dreier seg om klart illegalt innsamlet og oppbevart informasjon.»⁹²

En sammenlikning av dommene viser at tingretten og lagmannsretten fokus ligger på personopplysningsinnsamlingens omfang, mens Høyesteretts fokus ligger på hvorvidt A kunne omfattes av vilkåret «behandlingsansvarlig». Høyesterett redegjør ikke for hva som ligger i privathetsunntaket, annet enn at den aktuelle innsamlingen av data ligger utenfor normale private aktiviteter. Forordningen tar i stor grad utgangspunkt i at den behandlingsansvarlige er en kommersiell eller profesjonell aktør. I lys av det kan dommen ses som et uttrykk for at Høyesterett anser det kunstig å stille tilsvarende krav overfor privatpersoner. Dette særlig i tilfeller hvor det stilles spørsmål om ileggelse av straff.⁹³ På dette punkt skiller derfor Høyesterettsavgjørelsen seg betraktelig fra både tingretts- og lagmannsrettsavgjørelsen.

Det kan likevel tenkes at dersom Høyesterett hadde reist spørsmål om innsamlingen falt inn under privathetsunntaket, og således stilt samme spørsmål som tingretten og lagmannsretten, at de fortsatt hadde kommet frem til det samme resultatet. Årsaken til det er at tingretten og lagmannsretten legger vekt på innsamlingens omfang, til tross for at det henvises til Lindqvist-dommen. Slik redegjørelsen av rettspraksis under punkt 2 viser, har CJEU aldri vurdert innsamlingsomfanget som et kriterium, men heller har sett på antall mennesker personopplysningene når. Legger en det til grunn blir både tingretten og lagmannsrettens drøftelser av privathetsunntaket feilaktige og resultatet burde således vært at privathetsunntaket kom til anvendelse.

Ettersom Høyesterett ikke går inn på en drøftelse av unntaket er det ingen holdepunkter for at det er slik de har tenkt. Det interessante i dette tilfellet er likevel at Høyesteretts vurdering samsvarer med WP29s uttalelser om at det i mange tilfeller vil være hensiktsmessig om annen lovgivning, som eksempelvis straffelovgivning, sikrer privatpersoner fremfor at personlovgivningen gjør det.⁹⁴

⁹² Rt-2012-1669, avsnitt 41-43

⁹³ Skullerud (2018) s.47

⁹⁴ Article 29 Working Party, *Annex 2 Proposals for Amendments regarding exemption for personal or household activities* (2013). Tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227_statement_dp_annex2_en.pdf side 6, [hentet 27.09.19].

3.6 Bruk og innhenting av personopplysninger av enkeltpersoner, som ledd i yrkesutøvelse

Som det klarte utgangspunkt er det slik at behandling av personopplysninger for profesjonelle eller kommersielle formål ikke blir ansett som rent personlig eller familiemessig aktivitet.⁹⁵ Slik at bruk og innhenting av personopplysninger av enkeltpersoner, men som benyttes som ledd i yrkesutøvelse, faller utenfor privathetsunntaket.

Et eksempel kan være en blogger eller influencer som tar feriebilder i Dubai av seg selv i flotte offentlige omgivelser og publiserer disse på ulike sosiale nettverk. I utgangspunktet faller et slikt tilfelle inn under privathetsunntaket, ettersom det kun er vedkommende som er avbildet på et offentlig sted og hun kun deler personopplysninger om seg selv. Viser det seg imidlertid at bildet er en annonse for reisepakketjenester til Dubai og hun har blitt sponset av et flyselskap eller reisebyrå for å publisere bildet, er behandlingen knyttet til yrkes- eller forretningsvirksomhet. Da vil publiseringen av bildet falle utenfor privathetsunntaket.

Det er verdt å merke at det finnes tilfeller av innhenting av personopplysninger av enkeltpersoner gjort i yrkesutøvelse, som likevel unntas reglene om behandlingsansvar og behandlingsansvarlige. Eksempelvis kan en tenke seg en advokat som gjør et lydopptak under arbeid som videre skal benyttes i yrkesrelatert virksomhet. Etter personopplysningsloven § 2 annet ledd bokstav b fremgår det nemlig at loven og forordningen ikke gjelder for saker som behandles eller avgjøres i medhold av rettspleielovene, da blant annet domstolloven. Domstolloven kapittel 11 omhandler advokater og advokatvirksomhet, slik at et nevnte typetilfelle kan anses å falle inn under unntaket.

Oppgaven vil imidlertid avgrense mot en nærmere vurdering av dette, da det faller på siden av oppgavens hovedspørsmål. Poenget er imidlertid at typetilfellet i utgangspunktet er en profesjonell aktivitet hvor vedkommende anses som behandlingsansvarlig, men at slik innsamling og yrkesrelatert bruk likevel kan anses å falle utenfor personopplysningsregelverket.

⁹⁵ GDPR, fortalepunkt 18

3.7 Lydopptak gjort av arbeidstaker i samtale med arbeidsgiver

Et eksempel som ved første øyekast kan tenkes å være privat er der en arbeidstaker under en oppsigelsessamtale med arbeidsgiver tar båndopptak av samtalen, for å benytte opptaket i en fremtidig rettsak. Til tross for at det gjelder et arbeidsforhold, går det på vedkommendes privatliv i form av retten til arbeid. En kan imidlertid også argumentere for at også dette er behandling av personopplysninger for profesjonelle formål slik at det ikke er en rent personlig eller familiemessig aktivitet.

Det som likevel uansett fører til at tilfellet faller utenfor privathetsunntaket, er at benyttelsen av opptaket som bevis i en rettsak vil føre til at det er åpent for offentligheten. Det kan potensielt nå et ubegrenset antall mennesker, noe som da tilsier at det ikke vil forbli privat. Det taler i avgjørende retning for at eksemplet faller utenfor privathetsunntaket.

Dersom vedkommende ansatt gjør lydopptaket og kun beholder det for seg selv uten å offentliggjøre det eller bruke det som bevis i en rettsak, faller det imidlertid innenfor privathetsunntaket ettersom det da har likheter med eksemplene under punkt 3.1.

4 Konklusjon og avsluttende betraktninger

Formålet med oppgaven har vært å klargjøre privathetsunntakets rekkevidde og terskel. Drøftelsene viser at den økende teknologiske utviklingen har gitt behov for slik avklaring, grunnet privatpersoners økende bruk av internett, sosiale nettverk og andre teknologiske plattformer. Et klart signal på at EUs lovgivere har tatt hensyn til dette er utvidelsen av GDPRs fortalepunkt 18. Eksemplene for hva som kategoriseres som rent personlige eller familiemessige aktiviteter, er nå utvidet til også å inkludere blant annet internett og sosiale nettverk. Utvidelsen av eksempler gir imidlertid lite veiledning, ettersom formuleringen er vid og upresis. Formuleringen inkluderer således mer enn hva lovgiver har ment. Rettspraksis har likevel bidratt til en viss avklaring av unntakets rekkevidde og terskel.

Vedrørende unntaksbestemmelsens vilkår viser CJEU's rettspraksis at hovedvekten ligger på hva som kan kategoriseres som «rent personlige eller familiemessige aktiviteter».⁹⁶ Til tross for at vilkårene er alternative (jf. «eller»), vurderes de alltid samlet av domstolen. Det vises til punkt 2.5 og 2.5.7 for nærmere redegjørelse av kriterier.

Rettspraksis fra norske domstoler bærer imidlertid preg av at temaet er lite diskutert. Det er mye som tyder på at domstolene har lagt vekt på andre momenter enn det EU-domstolen har, som for eksempel at både tingretten og lagmannsretten i hackersaken la vekt på personopplysningsinnsamlingens omfang. Dette er et moment EU-domstolen aldri har lagt vekt på. Høyesterett kom likevel frem til riktig konklusjon, ved å vurdere spørsmålet etter straffelovgivningen. Privathetsunntaket nevnes, med det gjøres ingen rettslig vurdering av det.

Opgaven argumenterer imidlertid for at Høyesterett kunne ha kommet til samme konklusjon ved å vurdere spørsmålet etter privathetsunntaket, ettersom innsamlingsomfanget ikke er et moment oppstilt av CJEU og således ikke er et relevant moment. Måten Høyesterett løser det på samsvarer likevel med WP29s uttalelser om at det i mange tilfeller vil være hensiktsmessig å løse problemstillinger med annen lovgivning enn personvernlovgivningen.

Til tross for at rettspraksis gir noen holdepunkter, finnes det typetilfeller som trenger ytterligere holdepunkter. Kriteriene foreslått av WP29 og det Irske datatilsynet kan her

⁹⁶ GDPR artikkel 2(2)c nå, men tidligere i DPD artikkel 3

trekkes frem som forslag. Som WP29 selv understreker, er ikke kriteriene «*necessarily determinative. However, a combination of these factors shall be used to determine whether or not particular processing falls within the scope of personal or household processing*».⁹⁷

Retningslinjene fra det Irske datatilsynet anses tilsvarende.

Det kan imidlertid være tilfeller hvor momentene fra rettspraksis og retningslinjene fra WP29 ikke løser enhver tvil. I så tilfelle må en falle tilbake på CJEU's uttalelser om unntakets høye terskel. Altså at unntaket «*must be narrowly construed*» og at det kun er aktiviteter som er «*purely personal or household activity*», og ikke «*simply*».⁹⁸ Dette betyr i korte trekk at dersom en er i tvil om et tilfelle omfattes av unntaket, tilsier den høye terskelen at tilfellet faller utenfor, og at man således er behandlingsansvarlig etter forordningen. I tillegg innskrenker ordlyden av «rent» i bestemmelsen, samt at behandlingen ikke kan være av kommersiell eller profesjonell karakter, unntaket en hel del.⁹⁹

I lys av dette ser en at til tross for inkorporeringen av internett og sosiale nettverk som eksempler, er tilfellene som omfattes av privathetsunntaket nokså snevert.¹⁰⁰ Det er imidlertid verdt å påpeke at rettspraksis og retningslinjene fra WP29 er utarbeidet før i ikrafttredelsen GDPR. Uttalelsene fra EDPB er riktignok fra nyere tid, men de har ikke problematisert utvidelsen av fortalepunktet. Det kan således bli interessant å se om fremtidige saker i EU-domstolen vedrørende unntaket vil følge de tidligere avsatte rettsavgjørelsene. Som oppgaven har vist, er det klar konsensus i dommene om at deling av personopplysninger til et ubestemt antall mennesker klart faller utenfor unntaket. Inkluderingen av internett og sosiale nettverk trenger likevel en klargjøring da privatpersoners bruk av slike plattformer i stor grad når nettopp et ubestemt antall mennesker. Oppgavens punkt 3 har forsøkt å illustrere hvordan dette kan løses, og det blir interessant å se om domstolen kommer med ytterligere presiseringer eller fravike sine tidligere uttalelser i fremtiden.

⁹⁷ Article 29 Working Party, *Annex 2 Proposals for Amendments regarding exemption for personal or household activities* (2013). Tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227_statement_dp_annex2_en.pdf side 4, [hentet 27.09.19].

⁹⁸ *Rynes*, C-212/13, avsnitt 28-31

⁹⁹ GDPR, fortalepunkt 18

¹⁰⁰ GDPR, fortalepunkt 18

Litteraturliste

4.1 Lover

- 1915 Lov om domstolene 13. august 1915 nr. 5 (Domstolloven).
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven).
- 2000 Lov om behandling av personopplysninger 14. april 2000 nr. 31 (Personopplysningsloven).
- 2018 Lov om behandling av personopplysninger 15. juni 2018 nr. 31 (Personopplysningsloven).

4.2 Traktater

- TFEU OJ C 326. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union.
- TEU C 115/13. Consolidated version of the Treaty of the European Union.

4.3 Direktiver og forordninger

Alle kilder er sitter fra lovdata.no eller eur-lex.eu

- Regulation (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].
- Directive (EU) 95/46 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals

with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data [DPD].

4.4 Forarbeider

NOU 1997:19 *Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger (Personopplysningsloven).*

Ot.prp.nr.92 (1998-1999) *Om lov om behandling av personopplysninger (Personopplysningsloven).*

4.5 Rettspraksis fra CJEU

Alle kilder er sitert fra curia.europa.eu eller eur-lex.eu.

Sak C-101/01 Lindqvist v. Sverige EU:C:2003:596

Sak C-73/07 Tietosuojavaltuutettu EU:C:2008:727

Sak C-28/08 European Commission v. Tge Bavarian Lager co. Ltd EU:C:2010:378

Sak C-131/12 Google Spain and Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos and Mario Costeja González EU:C:2014:317

Sak C-212/13 Frantisek Rynes EU:C:2014:2428

Sak C-201/14 Smaranda Bara and Others EU:C:2015:638

Sak C-210/16 Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein v Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH EU:C:2017:796

Sak C-434/16 Nowak EU:C:2017:994

Sak C-210/16 Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein EU:C:2018:388

Sak C-25/17 Jehovan todistajat EU:C:2018:551

Sak C-345/17 Sergej Buivids EU:C:2019:122

4.6 Rettspraksis fra norske domstoler

Alle kilder er sitert fra lovdata.no.

TOSLO-2010-62157	Oslo tingrett mot A (Lovdata)
LB-2011-102720	Borgarting lagmannsrett mot A (Lovdata)
Rt-2012-1669	Norges Høyesterett mot A (Lovdata)

4.7 Veiledende retningslinjer og uttalelser

A29WP	Article 29 Data Protection Working Party, “ <i>Opinion 5/2009 on online social networking</i> ” (2009). Tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp163_en.pdf [hentet 01.12.19].
A29WP	Article 29 Data Protection Working Party, “ <i>The Future of Privacy</i> ”(2009), hentet fra: https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/10704/WP168++The+Future+of+Privacy [hentet 15.11.19].

- DGFIP Directorate-General for internal policies, «*Reforming the Data Protection Package*”(2012). Hentet fra:
<https://www.statewatch.org/news/2012/oct/ep-study-dp.pdf>
[hentet 13.11.19]
- A29WP Article 29 Working Party, *Annex 2 Proposals for Amendment regarding exemption for personal or household activities* (2013).
Tilgjengelig på:
https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227_statement_dp_annex2_en.pdf
[hentet 27.09.19].
- EDPB European Data Protection Board,
“*Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices*” (2019).
Tilgjengelig på:
https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_201903_videosurveillance.pdf
[hentet 01.12.19]
- IDPC Irish Data Protection Commission, “*Video Recording*” (2019).
Tilgjengelig på:
https://www.dataprotection.ie/en/guidance-landing/video-recording?fbclid=IwAR0yR6Pm41je353OLL8vLjreLkBJnj7IoC_hgbY-L7x9H-It0azZillHMAA
[hentet 01.12.19]

IDPC Irish Data Protection Commission, “*Guidance for Drivers on the Use of Dash Cams*”. Tilgjengelig på:
<https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2019-06/190606%20Guidance%20for%20Drivers%20on%20the%20use%20of%20Dash%20Cams.pdf>
[hentet 01.12.19].

4.8 Juridisk litteratur

4.8.1 Bøker

- Fredriksen (2012) Fredriksen, Halvard Haukland og Gjermund Mathiesen. *EØS-rett*, Fagbokforlaget, 1. utgave, Bergen 2012.
- Stemsrud (2017) Stemsrud, Odd, *EØS-rett i et nøtteskall*, Gyldendal, 1. utgave, 2017.
- Skullerud (2018) Skullerud, Åste Marie Bergseng, Cecilie Rønnevik, Jørgen Skorstad og Marius Eng Pellerud. *Personvernforordningen (GDPR) Kommentarutgave*, Universitetsforlaget, Oslo, 2018.
- Wessel-Aas (2018) Wessel-Aas, Jon, Magnus Ødegaard, *Personvern- Publisering og behandling av personopplysninger*, Gyldendal, 1. utgave, Oslo, 2018.
- FRA/ECtHR/EDPS (2018) European Union Agency for Fundamental Rights, European Court of Human Rights, European Data Protection Supervisor, *Handbook on European data protection law 2018 edition*, Publication Office of the European Union, 2018.

Jarbekk (2019)

Jarbekk, Eva (red.), *Personopplysningsloven og personvernforordningen (GDPR) med kommentarer*, Gyldendal, 1. utgave, 2019.

4.8.2 Nettsider

Regjeringen.no (2018)

Tilgjengelig på:

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/personvernforordningen-innlemmet-i-eos-avtalen/id2607070/> (lest 01.12.19).

European Parliament (2019)

Tilgjengelig på:

[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI\(2019\)642237#:~:targetText=Advocates%20General%20are%20Members%20of,They%20may%20be%20re%20Delected.](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2019)642237#:~:targetText=Advocates%20General%20are%20Members%20of,They%20may%20be%20re%20Delected.) [hentet 09.12.19].

EDPB (2019)

Tilgjengelig på:

https://edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/gdpr-guidelines-recommendations-best-practices_en [hentet 01.12.19].

GDPR.eu (2019)

Tilgjengelig på:

<https://gdpr.eu/eu-gdpr-personal-data/> [lest: 24.10.19].

Jan Sandtrø (2017)

Tilgjengelig på:

<https://www.linkedin.com/pulse/hva-er-personopplysninger-etter-gdpr-og-noe-annet-enn-jan-sandtr%C3%B8/> [lest 24.10.19].

Bing Hodneland (2019)

Tilgjengelig på:

<https://binghodneland.no/privat-pa-facebook/> [lest
02.12.19].