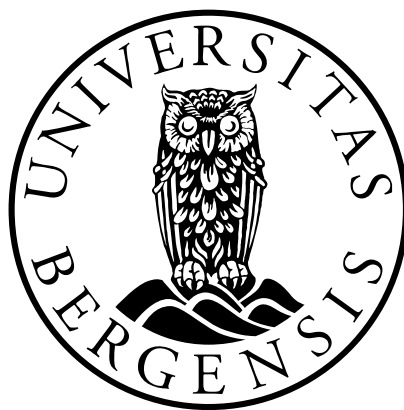


Samtykke som rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger

*En rettslig analyse av personvernforordningen
sitt samtykkekrav*

Kandidatnummer: 180

Antall ord: 14 914



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

8. juni 2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Presentasjon av tema, problemstilling og aktualitet.....	3
1.2 EU-rettslig metode	5
1.3 Relevante rettskilder.....	5
1.4 Avgrensninger	8
1.5 Fremstillingen videre.....	10
2 Grunnleggende trekk ved personvernforordningen.....	11
2.1 Bakgrunnen for ny regulering av personopplysningsvernet	11
2.2 Presentasjon av viktige begreper.....	12
2.2.1 Informasjonskapsler	14
2.3 Grunnleggende prinsipper etter personvernforordningen art. 5.....	15
2.3.1 Prinsippet om lovlig behandling	16
2.3.2 Prinsippet om rettferdig behandling	17
2.3.3 Prinsippet om åpen behandling	18
2.4 Selvbestemmelsesretten og kontroll over egne personopplysninger.....	22
2.5 Behandlingsgrunnlag etter personvernforordningen art. 6 nr. 1	23
3 Samtykke som behandlingsgrunnlag	25
3.1 Personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav a.....	25
3.2 Vilkår for gyldig samtykke	26
3.3 Vilkår for gyldig samtykke etter art. 4 nr. 11	27
3.3.1 Frivillig viljesytring.....	27
3.3.2 Spesifikk viljesytring.....	34
3.3.3 Informert viljesytring	35
3.3.4 Utvetydig viljesytring	36
3.4 Vilkår for gyldig samtykke etter art. 7	40
3.4.1 Den behandlingsansvarlige skal kunne påvise samtykke	40
3.4.2 Retten til å trekke tilbake et samtykke	41
4 Avsluttende betraktninger.....	45
4.1 Er et samtykke det «beste» behandlingsgrunnlaget?.....	45
4.2 Har overvåkningsøkonomien ødelagt samtykke som behandlingsgrunnlag?.....	47

5	Kildeliste.....	52
5.1	Traktater og konvensjoner	52
5.2	Forordninger og direktiver.....	52
5.3	Praksis fra EU-domstolen	53
5.4	Anbefalinger fra generaladvokat til EU-domstolen	53
5.5	Praksis fra nasjonale tilsynsmyndigheter.....	53
5.6	Juridisk litteratur	55
5.6.1	Retningslinjer fra Artikkel 29-gruppen og Personvernrådet	55
5.6.2	Veiledere fra nasjonale tilsynsmyndigheter.....	56
5.6.3	Bøker	56
5.6.4	Artikler.....	57
5.7	Andre kilder	58
5.7.1	Rapporter	58
5.7.2	Nettsider.....	59
6	Lister figurer	60

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema, problemstilling og aktualitet

Temaet for denne masteroppgaven er samtykke som rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger, og særlig hvilke krav som stilles til et samtykke når behandlingen skjer ved bruk av informasjonskapsler.

En «behandling»¹ av «personopplysninger»² må gjennomføres i tråd med 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 (heretter personvernforordningen eller forordningen). Av forordningen art. 6 nr. 1 bokstav a til f, følger det at en behandling må forankres i et rettslig grunnlag – et behandlingsgrunnlag – for å være lovlig, hvor samtykke fra «den registrerte»³ utgjør et av de seks alternative behandlingsgrunnlagene, jf. bokstav a.

Personvernforordningen er teknologinøytral,⁴ og et samtykke kan derfor hentes inn på forskjellige måter: muntlig eller skriftlig; analogt eller på nettet. I dagens teknologiske landskap, hvor internett, datamaskiner og smarttelefoner utgjør en stor del av hverdagen, er det imidlertid svært vanlig å hente inn samtykke ved hjelp av tekniske løsninger.

Det er videre vanlig å *behandle* personopplysninger ved bruk av tekniske løsninger, og på nettet kan dette blant annet gjennomføres ved å bruke informasjonskapsler. En informasjonskapsel er en liten tekstfil som lastes ned og lagres på en datamaskin,⁵ og reguleres i Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2002/58/EF av 12. juli 2002 om behandling av personopplysninger og personvern i sektoren for elektronisk kommunikasjon (heretter datapersonverndirektivet). Kapslene kan anvendes for å samle inn informasjon, for eksempel telle antall unike brukere på en nettside, huske innloggingsinformasjon, spore lokasjon og bevegelse, samt preferanser hva gjelder varer eller andre mennesker.

¹ Definisjon av «behandling» følger av kap. 2.2.

² Definisjon av «personopplysninger» følger av kapittel 2.2.

³ Definisjon av «den registrerte» følger av kapittel 2.2.

⁴ Personvernforordningens fortalepunkt 15.

⁵ <https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/internett-og-apper/cookies/> (lest 3. mars 2020).

Informasjonskapsler er et populært hjelpemiddel, og har blitt en del av den teknologiske hverdagen til de fleste. Vi møter anmodninger hver dag hvor det blir spurt om tillatelse til bruk av informasjonskapsler, og hvor opplysningene om oss sendes til utallige tredjeparter. Tall fra Teknologirådet og Datatilsynet viser at en én times økt på nettet kan innebære at 62 tredjepartssporere får tilgang til informasjonen om deg.⁶ Er informasjonskapsler så ufarlige som vi tror? Gjør vi oss selv en bjørnetjeneste når vi mekanisk samtykker til informasjonskapslene?

Som det fremgår av masteroppgavens kapittel 2.2.1, er det ikke alle informasjonskapsler som er avhengig av den registrertes samtykke for å kunne anvendes. Dette gjelder blant annet informasjonskapsler som er nødvendige for at nettsiden skal fungere. Informasjonskapsler som samler inn opplysninger om atferd og preferanser må imidlertid være forankret i den registrertes samtykke for å være lovlig.

Det er særlig i forbindelse med overvåkningsøkonomien at gyldigheten av disse samtykkene kan problematiseres. Overvåkningsøkonomien går ut på å samle inn data for så å tjene penger på persontilpasset annonsering.⁷ Dette innebærer at den registrertes personopplysninger både utgjør betalingsmiddel og vare; betalingsmiddel i den forstand at brukerne får tilgang til et produkt eller en tjeneste ved å *overgi* egne personopplysninger, og vare i den forstand at annonsører betaler for å få tilgang til opplysningene og får tilpasset sine annonser til disse.

For brukerne av nettsider innebærer dette at vi betaler for en tjeneste med egne personopplysninger når vi samtykker til bruk av blant annet informasjonskapsler. Idet man klikker seg inn på en nettavis, kan opplysninger som kjønn, alder, preferanser innen klær og/eller hobbyer, samlet inn, analysert og solgt på annonsebørser. Disse prosessene tar millisekunder⁸, og sluttresultatet er at man som besøkende på nettsiden mottar tilpasset reklame basert på egne opplysninger.

Ved en isolert vurdering av forretningsmodellen kan den fremstå som positiv for alle de involverte partene. Som bruker vil man kunne bruke tjenester på nettet uten å måtte betale med penger og man mottar reklame som er tilpasset sine egne interesser. Nettsiden har anledning til å fortsette driften og kan fortsette med å tilby tjenesten uten å kreve betaling (i

⁶ Teknologirådet og datatilsynet (2016) s. 19.

⁷ Teknologirådet og datatilsynet (2016) s. 51.

⁸ Datatilsynet (2015) s. 11.

form av penger) til brukerne. Annonssørene betaler for muligheten til å plassere tilpasset reklame på nettsiden, og vil øke sitt salg av varer som følge av dette. Det er imidlertid flere elementer ved overvåkningsøkonomien som kan problematiseres i et personvernrettslig perspektiv, herunder gyldigheten av et samtykke.

1.2 EU-rettslig metode

EU-samarbeidet består av 27 medlemsstater, og har blant annet et overnasjonalt rettssystem. EU-retten er med dette uavhengig av medlemsstatenes rettslige systemer og betegnes som et autonomt rettslig system.

Et sentralt trekk i EU-retten er den EU-rettslige tolkningslæren, hvor EU-domstolen etablerer egne løsninger på rettsspørsmål uten plikt til å finne en løsning i tråd med medlemsstatenes rettslige tolkninger.⁹ Denne tolkningslæren bærer først og fremst preg av at de EU-rettslige kildene (herunder forordninger og direktiver) er oversatt til 24¹⁰ offisielle språkversjoner, som har lik rettskildemessig vekt. Ved eventuelle språklige forskjeller må alle de offisielle versjonene sammenlignes og den mest korrekte og tjenlige løsningen må tilstrebes.

Det store antallet språkversjoner innebærer videre at det kan foreligge nyanser i ordbruken, og en fintolkning av ordlyden kan resultere i ulike løsninger. På bakgrunn av dette er en tolkning i tråd med prinsipper og formålsbestemmelser mer sentralt, for å finne fremt til essensen og formålet med bestemmelsen. Dette sikrer videre at EU-retten opprettholder et dynamisk preg og sikrer en utvikling av rettssystemet i tråd med samfunnet. I personvernforordningens er de mest sentrale prinsippene inntatt i artikkel 5, og prinsippene om «lovlighet, rettferdighet og åpenhet» er gjenstand for redegjørelse i kapittel 0.

1.3 Relevante rettskilder

At personopplysningsvernet er regulert i EU-retten medfører blant annet at rettslige spørsmål må løses med grunnlag i et annet rettskildebilde enn ved rettslige spørsmål som utelukkende berører nasjonal rett. Personvernforordningen er en rettsakt som umiddelbart er bindende for medlemsstatene, og medlemsstatene må derfor innta forordningen i sin nasjonale rett, i sin

⁹ Sejerstad (2011) s. 44.

¹⁰ Engelsk vil fortsette å være et offisielt språk, til tross for at Storbritannia forlot EU-samarbeidet den 31. januar 2020.

helhet.¹¹ Forordningen er dermed mer egnet til å danne en uniform regulering av personopplysningsvernet enn sin forgjenger, da Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (heretter personverndirektivet eller direktivet), som kun bandt medlemsstatene hva gjelder rettsaktens målsetning.¹²

Det er EU-domstolen som har enerett hva gjelder autoritativ tolkning av EU-retten, og domstolen har som oppgave å tolke personvernforordningen slik at den anvendes og håndheves likt i medlemsstatene.¹³ EU-domstolens avgjørelser utgjør med dette en sentral rettskilde og tillegges ofte stor rettskildemessig vekt, til tross for at EU-domstolen ikke er bundet av egne avgjørelser. Det forhold at EU-domstolen verken er bundet av egen praksis eller praksis fra medlemsstatene, skal blant annet ivareta EU-rettens dynamiske karakter.

Ved masteroppgavens innlevering har EU-domstolen ikke uttrykkelig tatt stilling til samtykkekravet som følger av personvernforordningen. Domstolen har imidlertid truffet avgjørelser i saker som kan ha betydning for samtykkekravets forståelse. Dette gjelder blant annet avgjørelsen inntatt i C-673/17 (*Planet49*)¹⁴, hvor domstolen vurderte hvorvidt det forelå et gyldig samtykke til bruk av informasjonskapsler etter personverndirektivet. I sak C-61/17 (*Orange Romania*), skal domstolen blant annet ta stilling til hvorvidt et forhåndsavkrysset samtykke til å lagre en kopi av den registrertes identifikasjonspapirer utgjør et gyldig samtykke etter personverndirektivet og personvernforordningen. EU-domstolens avgjørelse i saken er ikke truffet på tidspunktet for oppgavens innlevering, men en anbefaling fra generaladvokat Szpunar er publisert.¹⁵

EU-domstolens generaladvokater har en rådgivende rolle, og deres anbefalinger er dermed ikke bindende for EU-domstolen.¹⁶ Generaladvokatenes anbefalinger utgjør imidlertid en rettskilde som ofte tillegges vekt av domstolen. Dette gjelder nok særlig på personopplysningsvernets område hvor det foreligger få øvrige kilder av relevans.

¹¹ TEUV art. 288 nr. 2.

¹² TEUV art. 288 nr. 3.

¹³ TEU art. 19 nr. 1 andre punktum.

¹⁴ Dom av 1. oktober 2019 [GC], *Planet49*, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801.

¹⁵ Opinion of Advocate General Szpunar, *Orange Romania*, C-673/17, ECLI:EU:C:2020:158.

¹⁶ [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI\(2019\)642237](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2019)642237) (lest 20. mai 2020).

Det foreligger praksis fra medlemsstatens tilsynsmyndigheter som uttrykkelig tar stilling til personvernforordningens samtykkekrav, og som er egnet til å illustrere samtykkekravets innhold og anvendelse, samt eventuelle problemstillinger. Medlemsstatenes tilsynsmyndigheter har etter forordningen art. 51 nr. 1 og nr. 2 «ansvar for å føre tilsyn med anvendelsen av [...] forordningen» og «skal bidra til en ensartet anvendelse av [...] forordningen i hele Unionen», men EU-domstolen er ikke bundet av tilsynsmyndighetenes avgjørelser.

EU-domstolen er heller ikke bundet av rettsaktens fortaler. Fortalene redegjør blant annet for formålet med de ulike bestemmelsene, og kan være et tolkningsmoment ved en tvetydig eller uklar bestemmelse. EU-domstolen har ved flere anledninger uttrykt at fortalene ikke har bindende virkning og at de dermed ikke kan anvendes for å fravike rettsaktens bestemmelser eller foreta en tolkning i strid med bestemmelsens ordlyd.¹⁷ Personvernforordningens fortale består av 173 fortalepunkt, men disse gir begrenset veiledning til hvordan forordningens bestemmelser skal forstås.¹⁸ Av disse er det særlig fortalepunkt 32-33, 42-43 og 50-51 som er av betydning hva gjelder forståelsen av samtykke som et behandlingsgrunnlag.

Juridisk litteratur har liten rettskildemessig vekt ved den EU-rettslige tolkningslæren. Når det gjelder forståelsen av samtykkekravet i personvernforordningen, kan det imidlertid argumenteres for et skille mellom *alminnelig* juridisk litteratur på den ene siden, og litteratur som stammer fra Det europeiske personvernråd (heretter Personvernrådet) på den andre siden. Dette da Personvernrådet sin eksistens og aktivitet er hjemlet i personvernforordningen kapittel 7 avsnitt 3 (artikkel 68-76), og har som formål å sikre en «ensartet anvendelse av [...] forordningen», jf. art. 70 nr. 1 første punktum. Personvernrådet kan «på eget initiativ [...] utstede retningslinjer, anbefalinger og beste praksis».¹⁹

Mest interessant for oppgavens problemstilling er de retningslinjer som er utarbeidet av Personvernrådet, og dets forgjenger Artikkel 29-gruppen²⁰, om forståelsen av samtykkekravet etter, henholdsvis, personvernforordningen og personverndirektivet. Ettersom Artikkel 29-gruppen forholdt seg til forståelsen av personverndirektivet, vil deres retningslinjer kun være av interesse dersom Personvernrådet har godtatt innholdet, eller dersom bestemmelsen som

¹⁷ Se blant annet dom av 24. november 2006 [C5], *Deutsches Milch-Kontor*, C-136/04, ECLI:EU:C:2005:716, avsnitt 32.

¹⁸ Skullerud (2019) s. 44.

¹⁹ Personvernforordningen art. 70 nr. 1 bokstav e.

²⁰ Artikkel 29-gruppen fikk sitt navn fra den hjemmel som hjemlet dets aktivitet: personverndirektivet art. 29.

retningslinjen tar sikte på å utdype ikke ble endret da direktivet ble erstattet av personvernforordningen.

Retningslinjer som er utstedt av Personvernrådet og Artikkel 29-gruppen er kun rådgivende og representerer ikke EU-kommisjonens forståelse.²¹ Retningslinjene blir, imidlertid, normalt tillagt stor vekt.²² Masteroppgaven vil hen vise til Artikkel 29-gruppen i de tilfeller hvor Artikkel 29-gruppen har forfattet retningslinjen og hvor den fortsatt er av rettskildemessig betydning for samtykkekravet. Der hvor retningslinjen er forfattet av Personvernrådet vil dette fremgå.

Gruppensammensetningen i Personvernrådet er nokså lik som den var i Artikkel 29-gruppen, som bestod av én representant fra hver av medlemsstatenes tilsynsmyndighet, én representant fra EUs datatilsyn, samt én representant fra EU-kommisjonen.²³ I Personvernrådet blir hver av EØS-statene også representert med én representant hver, men disse har verken stemmerett eller mulighet til å bli formann eller viseformann – representantene har altså kun observatørstatus.²⁴

Enkelte tilsynsmyndigheter har også publisert veiledere om forståelsen og overholdelsen av personvernforordningen. Når det gjelder forståelsen av samtykkekravet er disse veilederne svært lik de retningslinjer som er utstedt av Artikkel 29-gruppen og Personvernrådet, men veilederne er mer utfyllende hva gjelder eksempler og tips til overholdelse av kravet. Tilsynsmyndighetenes veiledere utgjør også juridisk litteratur, men nyter ikke tilsvarende rettskildemessig vekt som retningslinjene til Artikkel 29-gruppen eller Personvernrådet. Dette da nasjonale tilsynsmyndigheter ikke har blitt tildelt den samme veiledende kompetansen.

1.4 Avgrensninger

Masteroppgaven skal redegjøre for de plikter og rettigheter som personvernforordningen gir til den behandlingsansvarlige og den registrerte, i forbindelse med behandling av den registrertes personopplysninger forankret i vedkommendes samtykke. Det avgrenses dermed

²¹ Personverndirektivet art. 29 nr. 1 andre ledd, Personvernforordningen art. 70 nr. 1 og https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=59485 (lest 6. mai 202).

²² Datatilsynet (2018) s. 19.

²³ Personverndirektivet art. 29 nr. 2.

²⁴ https://edpb.europa.eu/about-edpb/board/members_en (lest 6. mai 2020).

mot de øvrige behandlingsgrunnlagene som følger av personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav b til f, da disse faller utenfor oppgavens tema.

Den behandlingsansvarlige behøver ikke behandle personopplysningene selv. Behandlingen kan utføres av en «databehandler»²⁵ på vegne av den behandlingsansvarlige. Masteroppgaven vil imidlertid kun redegjøre for det ansvar og de plikter som er tildelt den behandlingsansvarlige. Dette da det er den behandlingsansvarlige som er det primære pliktsubjektet etter forordningen, jf. blant annet personvernforordningen art. 5 nr. 2.

Etter personvernforordningen art. 9 nr. 2 bokstav a kan «særlige kategorier av personopplysninger» behandles dersom behandlingen er forankret i den registrertes «uttrykkelige samtykke». Personopplysningens sensitive art innebærer en forholdsmessig innstramning av kravene til samtykkets gyldighet, noe som blant annet kommer til uttrykk ved at samtykke må være «uttrykkelig». Dette gjør at vurderingen av et samtykkes gyldighet står seg annerledes enn hvor personopplysningene er alminnelige. Det avgrenses derfor mot behandling av denne typen personopplysninger.

De samme forhold gjør seg gjeldende ved behandling av barn sine personopplysninger etter personvernforordningen art. 8, hvor et samtykkes gyldighet kan være avhengig av vergens godkjenning. Også her vil det, på grunn av barnets alder og kognitive forståelse, stilles strengere krav før samtykke anses gyldig, og dette faller utenfor oppgavens tema.

Som det vil fremgå av kapittel 2.2.1, kan bruken av informasjonskapsler forankres i tre alternative behandlingsgrunnlag, hvor valget av behandlingsgrunnlaget beror på behandlingens funksjonalitet. Masteroppgaven skal redegjøre for samtykke som behandlingsgrunnlag, og det avgrenses av den grunn mot de øvrige to behandlingsgrunnlagene.

Videre foretas det en avgrensning mot rettslige kilder som offentliggjøres etter 25. mai 2020. Dette da masteroppgaven skal redegjøre for det gjeldende rettskildet, og kilder som offentliggjøres etter denne dato kan endre rettstilstanden.

²⁵ Personvernforordningen art. 4 nr. 8: ««databehandler» en fysisk eller juridisk person, offentlig myndighet, institusjon eller ethvert annet organ som behandler personopplysninger på vegne av den behandlingsansvarlige.»

1.5 Fremstillingen videre

Fremstillingen av masteroppgavens tema vil bestå i en analyse av gjeldende rett (de lege lata). Før vilkårene for et gyldig samtykke behandles, vil det i kapittel 2 redegjøres for personvernforordningen, viktige begreper og bruken av informasjonskapsler. I dette kapitlet vil det også redegjøres for enkelte grunnleggende prinsipper som er sentrale i vurderingen av samtykkets gyldighet og behandlingens lovlighet.

I kapittel 3 vil vilkårene for gyldig samtykke, som fremgår av personvernforordningen art. 4 nr. 11 og art. 7, være gjenstand for en grundig analyse. I denne delen av oppgaven vil særlig avgjørelser fra EU-domstolen og medlemsstatenes tilsynsmyndigheter, samt retningslinjer fra Artikkel 29-gruppen og Personvernrådet, anvendes for å danne et detaljert bilde av rettstilstanden.

Avslutningsvis, i kapittel 4, vil oppgaven belyse og vurdere enkelte problemstillinger som har oppstått der den registrertes samtykke utgjør behandlingsgrunnlag for behandling av vedkommendes personopplysninger. I kapitlets første delkapittel blir det vurdert hvorvidt samtykke egentlig er det «beste» behandlingsgrunnlaget. I det siste delkapittel blir det problematisert hvorvidt forhold ved overvåkningsøkonomien gjør at det ikke lenger er mulig å forankre enkelte behandling av personopplysninger i den registrertes samtykke.

2 Grunnleggende trekk ved personvernforordningen

2.1 Bakgrunnen for ny regulering av personopplysningsvernet

Personopplysninger nyter et menneskerettslig vern, og kommer blant annet til uttrykk ved EUs pakt om grunnleggende rettigheter art. 8 nr. 1 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon art. 8 nr. 1. Den teknologiske utviklingen, samt en økt mulighet til å forflytte personopplysninger over landegrensene, dannet et behov for en entydig og samlet regulering av personopplysningsvernet innad i EU.²⁶ På bakgrunn av dette ble personverndirektivet vedtatt. Direktivet trådte i kraft 13. desember 1995, og bandt medlemsstatene til dets målsetning.²⁷

Personverndirektivet var imidlertid ikke egnet til å skape den entydige reguleringen av vernet om personopplysninger som EU anså som nødvendig, og var ikke laget for å adressere de personvernrettslige problemstillingene som hadde oppstått som følge av den raske teknologiske utviklingen og den økende globaliseringen.²⁸ Ønsket om et harmoniserende regelverk var også viktig for det europeiske folk. I en undersøkelse gjennomført for EU-kommisjonen i 2015, hvor 27 980 borgere fra medlemsstatene var deltakere, opplyste nesten 89 % at det var viktig for dem å ha samme rettigheter og beskyttelse uavhengig av hvilket land personopplysningene blir behandlet i.²⁹ Det ble derfor besluttet å utforme en samstemt regulering av som kunne muliggjøre og tilrettelegge for en utvikling av den digitale økonomien i det indre markedet – nemlig personvernforordningen.³⁰

Personvernforordningen trådte i kraft den 25. mai 2018. Forordningen ble også ansett for å være EØS-relevant og ble innlemmet i EØS-avtalen den 20. juli 2018.^{31, 32}

²⁶ Wessel-Aas (2018) s. 23.

²⁷ TEUV art. art. 288 nr. 3.

²⁸ Personvernforordningens fortalepunkt 4.

²⁹ Special Eurobarometer 431 (2015) s. 6.

³⁰ Personvernforordningens fortalepunkt 7.

³¹ <https://www.regjeringen.no/no/tema/lov-og-rett/innsikt/ny-personopplysningslov/id2592984/> (lest 6. mai 2020).

³² Personvernforordningen er gjort til norsk rett gjennom inkorporasjon i lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven). Denne trådte i kraft den 20. juli 2018.

2.2 Presentasjon av viktige begreper

Masteroppgaven skal blant annet redegjøre for de vilkår som må være oppfylt for at en «behandlingsansvarlig» kan forankre en «behandling» av «den registrerte» sine «personopplysninger» i den registrertes samtykke. Før det redegjøres for vilkårene for et gyldig samtykke, er det derfor hensiktsmessig å presentere enkelte begreper som er sentrale for fremstillingen av oppgavens tema.

Dette kapittelet er ikke uttømmende hva gjelder sentrale begreper. Dersom forståelsen av et begrep er vesentlig for fremstillingen av masteroppgaven, vil en redegjøres for fortløpende.

Personvernforordningen sitt overordnede mål er å sikre fysiske personers «rett til vern av personopplysninger».³³ Begrepet «personopplysninger» er legaldefinert i forordningen art. 4 nr. 1 som «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person («den registrerte»»». For at en opplysning skal utgjøre en «personopplysning[]» må fire vilkår være oppfylt: i) det må være en opplysning, ii) opplysningen må være tilknyttet en person, iii) personene må være fysisk, og iv) personen må være identifiserbar. Vilkårene er kumulative, og det er først når alle vilkårene er oppfylt at «den registrerte» sine «personopplysninger» nyter vern etter personvernforordningen.

Det første vilkåret som må være oppfylt er at det må foreligge en «opplysning». Dette vilkåret favner svært vidt, jf. «enhver opplysning», og er derfor oppfylt uavhengig av om opplysningen utgjør en subjektiv oppfatning eller en objektiv sannhet, om opplysningen er viktig eller verdiløs. Vilkår ii) og iii) krever at opplysningen kan knyttes til en fysisk person, og det avgrenses dermed mot juridiske og avdøde personer.³⁴

Avslutningsvis må det vurderes hvorvidt kravet om identifisering er oppfylt – den fysiske personen må være «identifisert eller identifiserbar», jf. personvernforordningen art. 4 nr. 1. Vilkåret tar sikte på å avgrense mot opplysninger som ikke er eller ikke kan knyttes opp mot en spesifikk person. Ettersom det sjeldent vil oppstå problemer å konstatere når en fysisk person allerede er identifisert, er det i realiteten identifiserbarhetskriteriet som utgjør personopplysningsbegrepets ytre grense.³⁵

³³ Personvernforordningen art. 1 nr. 2.

³⁴ Personvernforordningen fortalepunkt 14 og 27.

³⁵ Skullerud (2019) s. 152.

I personvernforordningen art. 4 nr. 1 er det inntatt en liste av identifikatorer som kan brukes til å identifisere den fysiske personen: «f.eks. et navn, et identifikasjonsnummer, lokaliseringsopplysninger, en nettidentifikator [...]». Listen er ikke uttømmende regulert, jf. «f.eks.», og suppleres blant annet av fortalepunkt 30, hvor «informasjonskapsler» blir nevnt. Se nærmere om informasjonskapsler i kapittel 2.2.1.

For tilfelle hvor opplysninger utgjør «personopplysninger», vil den fysiske personen være rettighetssubjekt etter personvernforordningen og bli betegnet som «den registrerte». Pliktsubjektet etter forordningen er den «behandlingsansvarlig[e]», og blir legaldefinert i personvernforordningen art. 4 nr. 7:

[...] en fysisk eller juridisk person, en offentlig myndighet, en institusjon eller ethvert annet organ som alene eller sammen med andre bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke midler som skal benyttes [...]

Som «behandlingsansvarlig» er vedkommende blant annet ansvarlig for at alle prinsippene etter art. 5 nr. 1 er ivaretatt ved behandlingen av personopplysningene.³⁶ Hva som utgjør en «behandling» i personvernforordningens forstand er også gjenstand for legaldefinisjon – i art. 4 nr. 2:

[...] 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.

Vilkåret «behandling» er svært vidt og omfatter enhver befatning med personopplysninger. Reguleringen av de ulike operasjonene er ikke uttømmende regulert, jf. «f.eks.».

³⁶ Personvernforordningen art. 5 nr. 2.

2.2.1 Informasjonskapsler

En informasjonskapsel, er som nevnt, en tekstfil som lastes ned og lagres på en datamaskin eller en smarttelefon, og samler inn ulik informasjon. Et eksempel er informasjon om hvilke nettsider som besøkes.³⁷ Slike informasjonskapsler er en del av den teknologiske hverdagen til de fleste, og for tilfeller hvor informasjonskapslene anvendes for å identifisere en fysisk person, vil de opplysninger som samles inn utgjøre «personopplysninger» om «den registrerte».

For de tilfeller hvor informasjonskapslene behandler «personopplysninger» vil bruken av informasjonskapslene falle innenfor anvendelsesområdet til både datapersonverndirektivet og personvernforordningen. Samspillet mellom disse to rettsaktene er regulert av datapersonverndirektivet art. 1 nr. 2, hvor det fremgår at bestemmelsene i datapersonverndirektivet skal «presisere og utfylle» forordningen.³⁸ Hva gjelder rettslig grunnlag for bruken av informasjonskapsler, vil datapersonverndirektivet art. 5 nr. 3 være presiserende, og da *lex specialis*, sammenlignet med behandlingsgrunnlagene som følger av forordningen art. 6 nr. 1.³⁹ Dette gjelder imidlertid kun det «å lagre opplysninger eller [...] få tilgang til opplysninger lagret i [...] den registrertes] terminalutstyr», jf. datapersonverndirektivet art. 5 nr. 3 første punktum. For enhver annen behandling av «personopplysninger», herunder organisering, bruk og sletting, vil de behandlingsgrunnlag som fremkommer av personvernforordningen utgjøre det rettslige grunnlaget.

Datapersonverndirektivet art. 5 nr. 3 oppstiller tre alternative grunnlag for bruken av informasjonskapsler; i) den registrertes samtykke, ii) bruken er nødvendig «for å gjennomføre eller lette overføringen av en kommunikasjon via et elektronisk kommunikasjonsnett», eller iii) bruken er «absolutt nødvendig for å levere en informasjons-samfunnstjeneste som brukeren eller abonnenten uttrykkelig har ønsket». De to sistnevnte omfatter de informasjonskapslene som er nødvendige for at nevnte tjeneste kan gjennomføres, herunder funksjonelle informasjonskapsler som husker hvilke varer som er lagt i den virtuelle handlekurven.

³⁷ Teknologirådet og datatilsynet (2016) s. 51.

³⁸ Datapersonvernforordningen henviser til personverndirektivet, men som følge av at personverndirektivet ble opphevet og erstattet av personvernforordningen skal henvisningen forstås som en henvisning til personvernforordningen, jf. personvernforordningen art. 94 nr. 2 første punktum.

³⁹ Personvernrådet (2019a) avsnitt 40.

Hvilket behandlingsgrunnlag som kan anvendes for at behandlingen av «personopplysninger» ved bruk av informasjonskapsler skal være lovlig etter personvernforordningen, beror med dette på en vurdering av hvor nødvendig behandlingen er for nettsidens funksjoner.

Behandlinger som utføres i markedsføringsøyemed er ikke nødvendig for nettsidens funksjon, og krever derfor den registrertes samtykke etter datapersonverndirektivet art. 5 nr. 3. For enhver annen behandling enn lagring og tilgang til de lagrede personopplysningene, kreves det også samtykke etter personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav a. Kravene for gyldig samtykke er identiske etter disse to rettsaktene, ettersom datapersonverndirektivets definisjon på samtykke eksplisitt henviser til forordningens⁴⁰ samtykkedefinisjon.⁴¹

Ettersom samtykkekravet er tilsvarende etter de to rettsaktene, vil den videre redegjørelsen være konsentrert om de krav som stilles til et gyldig samtykke etter personvernforordningen.

2.3 Grunnleggende prinsipper etter personvernforordningen art. 5

Prinsipper utgjør en sentral rettskilde i EU-retten. En tolkning i lys av de prinsipper som fremkommer av personvernforordningen vil bidra til å sikre en dynamisk tolkning av rettsakten og sørge for at personopplysningsvernet utvikler seg i tråd med samfunnet.

Forordningens grunnprinsipper fremkommer av art. 5, og er som følger: lovlighet, rettferdighet, åpenhet, formålsbegrensning, dataminimering, riktighet, lagringsbegrensning, integritet og konfidensialitet, og ansvar.

Prinsippene som følger av personvernforordningen art. 5 er i betydelig grad en videreføring av de prinsipper som fulgte av personverndirektivet art. 6.⁴² Enkelte endringer er imidlertid foretatt; prinsippet om åpenhet er klarere fremstilt, og sletting og retting av personopplysninger utgjør ikke lenger et prinsipp, men heller rettigheter etter forordningen art. 16 og 17. Det er videre inntatt et prinsipp om ansvar for den behandlingsansvarlige hva gjelder overholdelse av de prinsippene som fremkommer av art. 5, jf. art. 5 nr. 2.

⁴⁰ Se fotnote 38.

⁴¹ Datapersonverndirektivet art. 2 bokstav f: ««samtykke»: en brukers eller en abonnents samtykke tilsvarende den registrertes samtykke i direktiv 95/46/EF.»

⁴² Skullerud (2019) s. 172.

Den opplistingen som følger av personvernforordningen art. 5 nr. 1 gir ikke uttrykk for en innbyrdes rangering av prinsippene – ingen av prinsippene anses som mer eller mindre viktig enn andre. Prinsippene som fremgår av art. 5 nr. 1 bokstav a («lovlig, rettferdig og åpen» behandling) er imidlertid de mest relevant for masteroppgavens problemstilling, og skal redegjøres for i det følgende.

2.3.1 Prinsippet om lovlig behandling

Det første prinsippet som fremgår av personvernforordningen art. 5 nr. 1 bokstav a er prinsippet om lovlig behandling. Kravet om lovlig behandling blir utdypet i fortalepunkt 40, hvor det fremgår:

For at behandlingen skal kunne anses som lovlig bør personopplysninger behandles på grunnlag av den berørte registrertes samtykke eller et annet berettiget grunnlag som er fastsatt ved lov, enten i denne forordning eller i en annen bestemmelse i unionsretten eller medlemsstatenes nasjonale rett som nevnt i denne forordning [...]. (Min understrekning)

Av det siterte utdraget følger det at en behandling må være forankret i et behandlingsgrunnlag for at behandlingen skal anses som lovlig i personvernforordningens forstand. Både den registrertes samtykke og lovhjemmel nevnes som aktuelle behandlingsgrunnlag, og henviser med dette til forordningen art. 6 nr. 1 bokstav a og forordningen art. 6 nr. 1 bokstav b til e, art. 9 og art. 10.

Det forhold at den registrerte har samtykket til behandlingen, eller at det foreligger et annet behandlingsgrunnlag, er imidlertid ikke ensbetydende med at behandlingen er «lovlig» etter personvernforordningen art. 5 nr. 1 bokstav a. Behandlingen må også være gjennomført i samsvar med øvrig lovgivning, både nasjonal og internasjonal.⁴³ Det er altså ikke tilstrekkelig at den registrerte har samtykket til behandlingen dersom den aktuelle behandlingen utgjør brudd på for eksempel nasjonale regler om taushetsplikt eller internasjonale regler om menneskerettigheter.

⁴³ <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/principles/lawfulness-fairness-and-transparency/> (lest 16. mars 2020).

Når det videre i oppgaven tas stilling til om vilkårene for samtykke etter personvernforordningen art. 4 nr. 11 og art. 7, forutsettes det at behandlingen av personopplysningene er i tråd med øvrig lovgivning – både nasjonal og internasjonal.

2.3.2 Prinsippet om rettferdig behandling

Personvernforordningen art. 5 nr. 1 bokstav a presenterer videre prinsippet om at behandlingen av personopplysninger skal gjennomføres på en «rettferdig [...] måte med hensyn til den registrerte». Prinsippet skjønsmessige ordlyd åpner for en konkret vurdering ved hver enkelt behandling. I det følgende blir det redegjort for de mest sentrale momentene i vurderingen for det tilfelle hvor behandlingen er forankret i den registrertes samtykke.

Et sentralt moment i denne vurderingen er hvorvidt behandlingen er forutberegnelig for den registrerte. Ettersom behandlingen av den registrertes personopplysninger er forankret i den registrertes samtykke, vil behandlingens forutberegnelighet være avhengig av at den registrerte mottar tilstrekkelig informasjon om behandlingen, herunder hvilke personopplysninger som er gjenstand for behandling, omfanget av og formålet med behandlingen.⁴⁴ Det forhold at behandlingen skal være forutberegnelig for den registrerte bidrar til å sikre den registrertes selvbestemmelsesrett ettersom den registrerte skal ha tilstrekkelig kunnskap om hva behandlingen av personopplysningene innebærer for et eventuelt samtykke avgis.

Prinsippet om rettferdig behandling henger svært tett sammen med prinsippet om åpen behandling. Prinsippene er delvis overlappende. Dersom den registrerte ikke mottar tilstrekkelig informasjon om den aktuelle behandlingen kan behandlingen ikke anses som åpen, og den registrerte vil dermed ikke ha grunnlag til å forutse behandlingens omfang. Behandlingen vil da heller ikke kunne anses som rettferdig. Prinsippet om åpen behandling kan, på bakgrunn av dette, anses som en forutsetning for prinsippet om rettferdig behandling.⁴⁵

Det kan i denne sammenheng vises til personvernforordningen art. 13 nr. 2 og art. 14 nr. 2, hvor det fremkommer at det ved enkelte behandlinger er nødvendig å formidle en viss type og mengde informasjon til den registrerte «for å sikre en rettferdig og åpen behandling». Dette

⁴⁴ Personvernforordningens foralepunkt 39 andre punktum og 60 første punktum.

⁴⁵ Skullerud (2019) s. 222.

inkluderer blant annet informasjon om retten til innsyn, retting eller sletting av personopplysninger, retten til å klage til et tilsynsorgan, og retten til å trekke tilbake et avgitt samtykke. Hvorvidt meddelelse av denne informasjonen er «nødvendig» beror på en konkret vurdering av «de særlige omstendighetene rundt behandlingen av personopplysninger og sammenhengen den skjer i».⁴⁶ Det kan imidlertid påpekes at informasjon om retten til å trekke tilbake et samtykke er et vilkår for gyldig samtykke etter personvernforordningen art. 7 nr. 3, og må derfor anses som «nødvendig» informasjon der behandlingen er forankret i den registrertes samtykke. En redegjørelse av dette vilkåret følger av kapittel 3.4.2.

Det britiske datatilsynet (ICO) legger til grunn at en behandling av personopplysninger ikke kan anses som rettferdig dersom behandlingen medfører en ugrunnet negativ konsekvens for den registrerte. Et eksempel som ICO bruker for å illustrere dette er tilfelle der en behandling av personopplysninger er nødvendig for å ilegge den registrerte en fartsbot. Selv om fartsboten utgjør en negativ konsekvens for den registrerte, er konsekvensen ikke ugrunnet ettersom vedkommende har brutt fartsgrensen. Behandlingen vil dermed være i tråd med prinsippet om rettferdig behandling.⁴⁷

Prinsippet om rettferdig behandling er ikke begrenset til å kun gjelde under behandlingen av personopplysninger, og får også anvendelse ved den behandlingsansvarliges vurdering av hvilket behandlingsgrunnlag behandlingen skal forankres i. Prinsippets betydning i denne vurderingen er gjenstand for redegjørelse i kapittel 4.1.

2.3.3 Prinsippet om åpen behandling

Det siste prinsippet som fremkommer av personvernforordningen art. 5 nr. 1 bokstav a, er prinsippet om åpen behandling; personopplysningene «skal behandles på en [...] åpen måte med hensyn til den registrerte». Prinsippet har fått en mer fremtredende plass i personvernforordningen enn ved personverndirektivet, hvor prinsippet kun fremgikk ved en vag henvisning i personverndirektivets fortalepunkt 38. Prinsippet har imidlertid lenge blitt ansett som en viktig del av EU-retten, og kommer blant annet til uttrykk i traktaten om den Europeiske Union (TEU) art. 1 andre ledd og art. 11 andre ledd.⁴⁸

⁴⁶ Personvernforordningens fortalepunkt 60 andre punktum.

⁴⁷ <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/principles/lawfulness-fairness-and-transparency/> (lest 16. mars 2020).

⁴⁸ Artikkel 29-gruppen (2017) avsnitt 2.

Prinsippet om åpen behandling av personopplysninger skal sike at behandlingen blir gjennomført på en forståelig og forutsigbar måte for den registrerte.⁴⁹ Det er særlig kravet om en forutsigbar gjennomføring som gjør at prinsippet om åpen behandling utgjør en forutsetning for rettferdighetsprinsippet;⁵⁰ dersom den behandlingsansvarlige ikke er tilstrekkelig åpen vil den registrerte ikke ha den nødvendige informasjon som kreves for å forutse sin rettsstilling, og behandlingen vil verken være i tråd med prinsippet om åpen eller rettferdig behandling.

For å sikre overholdelse av prinsippet, oppstiller personvernforordningen tre bestemmelser – art. 12, 13 og 14 – hvor art. 13 og 14 angir hvilken informasjon som må meddeles den registrerte, mens art. 12 angir hvordan denne informasjonen skal meddeles. Bestemmelsenes spesifikke utforming har forenklet overholdelsen av prinsippet og har således gjort prinsippet mer brukervennlig for den behandlingsansvarlige.⁵¹

Det er særlig personvernforordningen art. 12 som gir uttrykk for prinsippet om åpen behandling, dette da bestemmelsen regulerer kommunikasjonen mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige. Personverndirektivet hadde ingen tilsvarende bestemmelse, og innlemmelsen av forordningen art. 12 har derfor utgjort en sentral del i det å forenkle overholdelsen av prinsippet for den behandlingsansvarlige. Forordningen art. 13 og 14 – som gir uttrykk for hvilken informasjon den registrerte har krav på når personopplysningene er samlet inn fra den registrerte og når personopplysningene til den registrerte er samlet inn fra en «tredjepart»⁵², henholdsvis – har gjennomgått for en vesentlig presisering sammenlignet med tilsvarende regulering direktivet art. 9 og 10.

Denne presiseringen kommer blant annet til uttrykk i EU-domstolens prejudisielle avgjørelse i Planet49-saken.⁵³ Planet49 arrangerte i 2013 et lotteri og ved påmelding var det et spørsmål om den registrerte tillatte opplastingen av informasjonskapsler på sin datamaskin. Et av spørsmålene som ble stilt for domstolen var hvorvidt den behandlingsansvarlige måtte

⁴⁹ Skullerud (2019) s. 172 og 173.

⁵⁰ Skullerud (2019) s. 222.

⁵¹ Artikkel 29-gruppen (2017) avsnitt 4.

⁵² Personvernforordningen art. 4 nr. 10: ««tredjepart» enhver annen fysisk eller juridisk person, offentlig myndighet, institusjon eller ethvert annet organ enn den registrerte, den behandlingsansvarlige, databehandleren og de personer som under den behandlingsansvarlige eller databehandlerens direkte myndighet har fullmakt til å behandle personopplysninger.»

⁵³ Dom av 1. oktober 2019 [GC], *Planet49*, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801, avsnitt 72-81.

informere den registrerte om i) hvorvidt tredjeparter hadde tilgang til personopplysningene, og/eller ii) hvor lenge informasjonskapselen var funksjonell på den registrertes datamaskin.

EU-domstolen la til grunn at den behandlingsansvarlige i saken var forpliktet til å formidle begge disse informasjonspunktene til den registrerte. Informasjon om tredjeparters tilgang til personopplysningene (punkt i), vår både nevnt i personverndirektivet art. 10 bokstav c og personvernforordningen art. 13 art. nr. 1 bokstav e. Hva gjaldt lengden på informasjonskapselens funksjonalitet (punkt ii) uttrykte EU-domstolen at personverndirektivet ikke eksplisitt forpliktet den behandlingsansvarlige i å formidle denne type informasjon, men at listen over forpliktet informasjon ikke var uttømmende regulert, jf. «minst», og at en slik forpliktelse forelå i dette tilfelle for å oppnå en rettferdig og åpen behandling. Det er akkurat denne vurderingen som kommer eksplisitt til uttrykk ved personvernforordningen art. 13 nr. 2 bokstav a.

Det fremgår av personvernforordningen art. 12 nr. 1 at informasjon til den registrerte skal meddeles på en «kortfattet, åpen, forståelig og lett tilgjengelig måte og på et klart og enkelt språk». Det samme følger av forordningens foralepunkt 58 første punktum.

At informasjonen skal formidles til den registrerte på en «kortfattet, [og] åpen [...] måte» innebærer blant annet at informasjonsflyten fra den behandlingsansvarlige skal være effektiv og konsis, slik at den registrerte ikke blir utslitt av all informasjonen som meddeles.⁵⁴ Dersom den registrerte blir overveldet av all informasjonen synker sannsynligheten for at vedkommende vil lese den mottatte informasjonen. Dette fenomenet kan medføre negative ringvirkninger ved gyldigheten av et samtykke, da et samtykke må være «informert» for å kunne utgjøre et behandlingsgrunnlag, jf. forordningen art. 4 nr. 11. Vilkåret om «informert» samtykke er gjenstand for redegjørelse i kapittel 3.3.3.

Videre må informasjonen som skal meddeles til den registrerte være «lett tilgjengelig». Dette innebærer at den behandlingsansvarlige må tilrettelegge informasjonen slik at den registrerte slipper å oppsøke informasjonen selv. Eksempelvis skal den informasjon som kreves for at et samtykke anses som «informert» etter personvernforordningen art. 4 nr. 11 være samlet på ett

⁵⁴ På engelsk kalles dette fenomenet «information fatigue».

sted, slik at den registrerte ikke behøver å trykke på mer enn to linker før all informasjon er tilgjengelig – informasjonen skal aldri være mer enn to klikk unna.⁵⁵

Kravet om «lett tilgjengelig» informasjon ble ikke overholdt av Google LLC (Google) i en sak for det franske datatilsynet (CNIL) i 2019.⁵⁶ Google hadde blant annet spredt informasjonen som de var forpliktet til å gi på flere ulike dokumenter og sider slik at informasjonen var lite tilgjengelig for den registrerte. Den registrerte måtte klikke seg gjennom seks forskjellige sider og to ulike dokumenter før den registrerte hadde samlet inn all informasjon som var nødvendig for å ha kontroll over egne personopplysninger, ved bruk av tjenester som samlet inn «geolocation data»⁵⁷.

Videre kreves det at informasjonen meddeles på «et klart og enkelt språk». Dette innebærer først og fremst at den behandlingsansvarlige har en plikt til å gi informasjon på en måte som er fri for komplisert språk, herunder teknisk eller juridisk terminologi, eller vage begreper.⁵⁸ Terskelen for hvor (lite) komplisert språket skal være beror på en konkret vurdering av den registrerte som informasjonsmottakeren. Den behandlingsansvarlige skal sørge for at informasjonen er forståelig for den gruppen mennesker som tjenesten er rettet mot – dette gjelder særlig der tjenesten er rettet mot barn, eller andre sårbare grupper.⁵⁹

Kravet til «et klart og enkelt språk» innebærer også at den behandlingsansvarlige kan ha en plikt til å gjøre informasjonen tilgjengelig på mer enn ett språk. Hvorvidt dette er tilfelle beror også her på en konkret vurdering av den gruppen som tjenesten er rettet mot, hvor et moment er om netjtjenesten eller -produktet tilbys til et annet land.⁶⁰ Eksempelvis må en nettside som promoterer turisme i Frankrike og som har oversettelser på flere språk, ha informasjonen om bruk av eventuelle informasjonskapsler på alle de aktuelle språkene.

Til illustrasjon kan det også vises til et forhold oppdaget gjennom en inspeksjon gjennomført av det belgiske datatilsynet (APD) i 2019.⁶¹ Ved inspeksjonen ble det blant annet oppdaget at

⁵⁵ Artikkel 29-gruppen (2017) avsnitt 11.

⁵⁶ Google (2019), se <https://www.cnil.fr/en/cnils-restricted-committee-imposes-financial-penalty-50-million-euros-against-google-llc> (lest 11. mars 2020).

⁵⁷ Data som identifiserer den registrertes fysiske lokasjon.

⁵⁸ Artikkel 29-gruppen (2017) avsnitt 13.

⁵⁹ Artikkel 29-gruppen (2017) avsnitt 14-16.

⁶⁰ Artikkel 29-gruppen (2017) avsnitt 13.

⁶¹ Nettside X (2019), se

https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/BETG_12-2019_NL.pdf (lest 16. mars 2020).

nettsiden X ikke hadde tilgjengeliggjort den nødvendige informasjonen på andre språk enn engelsk, til tross for at nettsiden også var rettet mot et nederlandsk- og fransktalende publikum. APD anså dette forholdet som en overtredelse av personvernforordningens prinsipp om åpenhet. På bakgrunn av dette og andre overtredelser av forordningen, ble selskapet som eide og drev nettsiden ilagt et gebyr på 15 00 euro.

2.4 Selvbestemmelsesretten og kontroll over egne personopplysninger

Det er særlig to hensyn som er sentrale i vurderingen av et samtykkes gyldighet: den registrertes selvbestemmelsesrett og den registrertes kontroll over egne personopplysninger.⁶² Den registrertes selvbestemmelsesrett tar sikte på den situasjon som foreligger før og på det tidspunkt hvor den registrerte avgir sitt samtykke. Ved den registrertes «rett til å trekke tilbake sitt samtykke» etter art. 7 nr. 3 vil ivaretagelsen av selvbestemmelsesretten også være en forutsetning for overholdelse av personvernforordningen.

Som masteroppgaven vil vise, er spørsmålet ofte hvorvidt den registrertes selvbestemmelsesrett er reell eller illusorisk, og der sistnevnte er tilfelle vil samtykke ikke være gyldig. Dette vil blant annet være tilfelle der den behandlingsansvarlige er offentlig myndighet eller arbeidsgiveren til den registrerte, eller der den behandlingsansvarlige ikke har meddelt tilstrekkelig informasjon til den registrerte, slik at vilkåret om «informert [...] viljesytring» ikke er oppfylt.

Personvernforordningen tar også sikte på å ivareta den registrertes kontroll over egne personopplysninger. I oppgaven vil dette hensynet vektlegges etter at samtykke er avgitt, og være et forhold som gjør at behandlingen av personopplysningene ikke er i tråd med den regulering som følger av forordningen. Eksempelvis vil en formålsutvidelse fra den behandlingsansvarlige – etter at samtykke er avgitt – innebære at den registrerte mister kontroll over egne personopplysninger. Forbudet mot formålsutvidelse vil dermed ivareta dette hensynet. Se nærmere om dette i kapittel 3.3.2.

⁶² Se blant annet Personvernrådet (2020) avsnitt 3: «Generally, consent can only be an appropriate lawful basis if a data subject is offered control and is offered a genuine choice with regard to accepting or declining the terms offered or declining them without detriment.» (Min understrekning)

2.5 Behandlingsgrunnlag etter personvernforordningen

art. 6 nr. 1

Som nevnt i punkt 0 krever prinsippet om lovlig behandling etter personvernforordningen art. 5 nr. 1 bokstav, at en behandling av personopplysninger er forankret i et behandlingsgrunnlag. De alminnelige behandlingsgrunnlagene etter forordningen er uttømmende regulert i art. 6 nr. 1 bokstav a til f. Det er ingen innbyrdes rangering mellom behandlingsgrunnlagene – ett behandlingsgrunnlag anses ikke viktigere enn et annet.⁶³

Av personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav a til f følger det at behandlingen bare er lovlig «dersom og i den grad minst ett av de følgende vilkårene er oppfylt»:

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

De seks behandlingsgrunnlagene som er ramset opp over samsvarer langt på vei med de behandlingsgrunnlagene som følger av personverndirektivet art. 7.⁶⁴ De endringer som er gjort er av terminologisk art og har ikke medført realitetsendringer. Av denne grunn kan

⁶³ Kuner (2020) s. 329.

⁶⁴ Skullerud (2019) s. 178.

kilder som redegjør for innholdet og forståelsen av direktivet art. 7 være av rettslig betydning for tolkningen og forståelsen av personvernforordningen art. 6 nr. 1.

3 Samtykke som behandlingsgrunnlag

3.1 Personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav a

Av personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav a følger det at en behandling av personopplysninger er «lovlig dersom [...] den registrerte har samtykket til behandlingen av sine personopplysninger for ett eller flere spesifikke formål». Bestemmelsen er i det vesentlige en videreføring av dens forgjenger – personverndirektivet art. 7 bokstav a – og den eneste forskjellen er at direktivets vilkår om et «utvetydig» samtykke er flyttet og innlemmet i personvernforordningens definisjon av samtykke som følger av art. 4 nr. 11.⁶⁵

Det første som kan utledes av personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav a er at den registrerte kun kan samtykke til behandlingen av «sine egne personopplysninger». Dette innebærer at en behandling av person A sine personopplysninger ikke er lovlig dersom behandlingen er forankret i person B sitt samtykke. Unntak foreligger; behandling av et barn under 16 år⁶⁶ sine personopplysninger krever samtykke fra den med foreldreansvaret.⁶⁷

Personvernforordningen regulerer ikke eksplisitt hvor lenge et samtykke er gyldig, men dette kommer implisitt til uttrykk i bestemmelsene som regulerer gyldig samtykke – art. 4 nr. 11 og 7. Dersom vilkårene for gyldig samtykke ikke lenger er oppfylt vil enhver behandling etter dette tidspunkt være ulovlig, og en eventuell videre behandling må forankres i et nytt samtykke eller et annet behandlingsgrunnlag. Dette vil også være tilfelle dersom prinsippene etter forordningen art. 5 ikke lenger er oppfylt. Eksempelvis vil endring av identiteten til den behandlingsansvarlige innebære at verken prinsippet om åpenhet eller vilkåret om «informert» samtykke oppfylt, og nytt samtykke må innhentes for å fortsette den aktuelle behandlingen. Etersom det er mange aspekter med en behandling som kan endres i løpet av et samtykkes gyldighetsperiode, vil det bero på en konkret vurdering når et samtykke ikke lenger er gyldig og et nytt samtykke må innhentes.⁶⁸

⁶⁵ Kuner (2020) s. 329.

⁶⁶ Aldersgrensen er ikke lik i alle medlemsstater, da det er åpnet for nasjonalt handlingsrom, jf. personvernforordningen art. 8 nr. 1 andre ledd. I Sverige er aldersgrensen satt til 13 år.

⁶⁷ Personvernforordningen art. 8 nr. 1 andre punktum.

⁶⁸ Personvernrådet (2020) avsnitt 110.

Personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav a gir ikke uttrykk for hvilke krav som stilles for at et samtykke anses gyldig i forordningens forstand. Disse kravene følger av art. 4 nr. 11 og art. 7, og er gjenstand for grundig analyse i henholdsvis kapittel 3.3 og 3.4. I disse kapitlene vil også eventuelle endringer gjort i forhold til personverndirektivet adresseres.

3.2 Vilkår for gyldig samtykke

Legaldefinisjonen av «samtykke» er inntatt i personvernforordningen art. 4 nr. 11:

I denne forordning menes med «samtykke» fra den registrerte enhver frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljesytring fra den registrerte der vedkommende ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke til behandling av personopplysninger som gjelder vedkommende.

Definisjonen er i det vesentlige lik definisjonen som fulgte av personverndirektivet art. 2 bokstav h.⁶⁹ Det foreligger imidlertid enkelte forskjeller, blant annet er vilkåret om at samtykket må være «utvetydig» innlemmet i forordningens definisjon av samtykke, hvor vilkåret utgjorde en betingelse etter direktivet art. 7 bokstav a. Hvilke følger denne endringen har hatt blir vurdert i kapittel 3.3.4. I personverndirektivet var det heller ikke krav om at viljeserklæringen måtte komme til uttrykk gjennom «en erklæring eller en tydelig bekreftelse».

Den største endringen som fulgte av at personvernforordningen erstattet personverndirektivet, hva gjelder samtykke, er innlemmelsen av personvernforordningen art. 7. Denne bestemmelsen supplerer de vilkårene som følger av forordningen art. 4 nr. 11 med ytterligere vilkår og vurderinger, herunder at «[d]en registrerte skal ha rett til å trekke tilbake sitt samtykke til enhver anledning.»⁷⁰ De krav som følger av forordningen art. 7 utgjør imidlertid i stor grad en kodifisering av de oppfatninger som fulgte også ved direktivet, og innlemmelsen av art. 7 har dermed bidratt til klargjøring av den allerede etablerte rettstilstanden.⁷¹

⁶⁹ Personverndirektivet art. 2 bokstav h: ««den registrertes samtykke»: enhver frivillig, spesifikk og informert viljesytring om at den registrerte gir sitt samtykke til at personopplysninger om vedkommende blir behandlet.»

⁷⁰ Personvernforordningen art. 7 nr. 3 første punktum.

⁷¹ Se blant annet Opinion of Advocate General Szpunar, *Planet49*, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:246, avsnitt 97.

Vilkårene for gyldig samtykke slik de fremgår av art. 4 nr. 11 og art. 7 er kumulative, og alle vilkårene må derfor være oppfylt før et samtykke anses som gyldig i personvernforordningens forstand. Det forhold at vilkårene er kumulative, samt det forhold at personopplysningsvernet utgjør en fundamental rettighet, innebærer at terskelen for gyldig samtykke er høy.⁷² Det nærmere innholdet i de ulike vilkårene er gjenstand for redegjørelse hver for seg i de følgende delkapitlene.

3.3 Vilkår for gyldig samtykk etter art. 4 nr. 11

3.3.1 Frivillig viljesytring

Det følger av personvernforordningen art. 4 nr. 11 at den registrertes viljesytring må være «frivillig» for at det avgitte samtykke kan anses som gyldig, og det er særlig gjennom dette vilkåret at den registrertes selvbestemmelsesrett blir ivaretatt.⁷³ Det avgjørende blir i denne forbindelse om den registrerte har en reell mulighet til å nekte behandling av sine personopplysninger, herunder om det var mulig «å nekte å gi [...] samtykke uten at det er til skade for vedkommende».⁷⁴

Hvorvidt den registrerte i realiteten var fratatt sin handlefrihet beror på en konkret vurdering av situasjonen. Enkelte forhold som bedrageri, trusler eller tvang fra den behandlingsansvarlige eller en annen, vil automatisk resultere i at vilkåret om «frivillig [...] viljesytring» ikke er oppfylt.⁷⁵ Dette gjelder også for «significant negative consequences».⁷⁶ Hvor terskelen går før en negativ konsekvens anses som betydelig må klargjøres i praksis.⁷⁷ Personvernrådet har ansett det å bli påført en betydelig ekstra kostnad ved å nekte samtykke som en betydelig negativ konsekvens.⁷⁸ Dette er imidlertid ikke klargjørende for angivelsen av terskelen.

Et eksempel som illustrerer viktigheten av den registrertes selvbestemmelsesrett, fremgår av en vurdering Artikkel 29-gruppen gjorde av World Anti-Doping Agency (WADA) sin

⁷² Kuner (2020) s. 181.

⁷³ Kuner (2020) s. 182.

⁷⁴ Personvernforordningens foralepunkt 42 siste punktum.

⁷⁵ Personvernrådet (2020) avsnitt 24.

⁷⁶ Personvernrådet (2020) avsnitt 24.

⁷⁷ Jarbekk (2019) s. 65.

⁷⁸ Personvernrådet (2020) avsnitt 24.

personvernerklæring i 2009.⁷⁹ Personvernrådet kommenterte blant annet at det ikke er grunnlag for å forankre behandling av konkurransedeltakernes personopplysninger, herunder blodprøve, i vedkommendes samtykke, da konkurransedeltakeren vil bli nektet deltakelse i konkurransen dersom vedkommende ikke samtykker til behandlingen. Det å utestenge vedkommende fra å delta utgjør etter Artikkel 29-gruppens vurdering en negativ konsekvens av betydning, og medfører at konkurransedeltakeren ikke vil ha annet valg enn å samtykke – den registrertes selvbestemmelsesrett blir illusorisk. Et eventuelt samtykke ville derfor ikke være «frivillig» etter personverndirektivet art. 2 bokstav h, og en eventuell behandling forankret i personverndirektivet art. 7 bokstav a ville dermed være ulovlig.⁸⁰

Vilkåret om «frivillig [...] viljesytring» har ikke vært gjenstand for realitetsendring, og den vurdering Artikkel 29-gruppen gjorde av WADA sine personvernerklæringer med grunnlag i personverndirektivet vil dermed ha rettskildemessig betydning for forståelsen av det samme vilkåret under personvernforordningen.

Ubalansert maktforhold mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige

En annen situasjon som kan resultere i at den registrerte selvbestemmelsesrett blir illusorisk er tilfelle der balanseforholdet mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige er skjevt. Dersom skjevheten er klar nok vil det være lite sannsynlig at et samtykket blir «frivillig» avgitt.⁸¹ Personvernforordningen gir ikke eksplisitt uttrykk for hvilket forhold som må foreligge mellom partene for at en skjevhet kan påvirke et samtykke, men Personvernrådet viser særlig til tilfeller hvor det foreligger et maktforhold partene imellom og hvor den registrerte står i et avhengighetsforhold til den behandlingsansvarlige.⁸² Dette vil blant annet være tilfelle der den behandlingsansvarlige er offentlig myndighet eller arbeidsgiver til den registrerte.⁸³

For tilfelle der den behandlingsansvarlige er offentlig myndighet kan samtykkeproblematikken illustreres ved en sak fra det svenske datatilsynet (Datainspektionen).⁸⁴ En (offentlig) videregående skole i Sverige hadde brukt

⁷⁹ Artikkel 29-gruppen (2009).

⁸⁰ Artikkel 29-gruppen (2009) s. 11.

⁸¹ Personvernforordningens foralepunkt 43 første punktum.

⁸² Personvernrådet (2020) 3.1.1.

⁸³ Personvernrådet (2020) avsnitt 16 og 21.

⁸⁴ Skellefteå kommun, Gymnasienämnden (2019).

videoovervåkning med ansiktsgjenkjenning til å registrere oppmøte på en gruppe elever. Behandlingen var forankret i elevene, og ved nødvendighet vergenes, samtykke. Datainspektionen henviste til personvernforordningens fortalepunkt 43, og uttalte at elevene var i et klart avhengighetsforhold til skolen hva gjelder karakterer, studielån, nåværende og videre utdanning. Datainspektionens konkluderte derfor med at:

In the case of attendance monitoring, the students are in a position of dependence which results in a substantial imbalance. The Swedish Data Protection Authority therefore believes that consent cannot constitute a legal basis for the processing operations which this supervision regards.⁸⁵

Hvorvidt et samtykke kunne utgjøre et lovlig behandlingsgrunnlag var også gjenstand for drøftelse i en sak for det greske datatilsynet (HDPDA) i 2019.⁸⁶ PriceWaterhouseCoopers (PWC) hadde overvåket sine arbeidstakeres elektroniske kommunikasjon, og hadde spurt de ansatte om samtykke for å gjennomføre behandlingen. HPDA anså maktforholdet mellom PWC og arbeidstakerne som skjevt, og uttalte at arbeidstakernes ikke hadde en reel valgmulighet da det ble spurt om samtykke til behandlingen. På grunn av avhengighetsforholdet til sin arbeidsgiver var samtykkene ikke «frivillig» avgitt slik personvernforordningen art. 4 nr. 11 krever, og samtykkene ble ansett som ugyldige.

Til tross for at det er usannsynlig at et samtykke kan anses for å være frivillig avgitt når den behandlingsansvarlige er offentlig myndighet eller den registrertes arbeidsgiver, kan unntak foreligge. I saken om ansiktsgjenkjenning på den videregående skolen i Sverige uttalte Datainspektionen at samtykke kunne utgjøre gyldig behandlingsgrunnlag for behandling av fotografier av elevene med det formål å produsere en årbok eller sende klassebilde til foreldrene.⁸⁷ Hva gjelder tilfelle der den behandlingsansvarlige er den registrertes arbeidsgiver, uttaler Personvernrådet at samtykke kan utgjøre behandlingsgrunnlag i eksepsjonelle tilfeller, for eksempel dersom arbeidsgiver ønsker å filme en reklamefilm på arbeidsplassen og spør om arbeidstakerne ønsker å være en del av filmen.⁸⁸ Dette forutsetter imidlertid at en arbeidstaker ikke blir påført noen form for ulempe eller negativ konsekvens, dersom vedkommende registrerte ikke ønsker å delta i reklamefilmen.

⁸⁵ Skellefteå kommun, Gymnasienämnden (2019) s. 4.

⁸⁶ PWC (2019).

⁸⁷ Skellefteå kommun, Gymnasienämnden (2019) s. 4.

⁸⁸ Personvernrådet (2020) avsnitt 23.

Samtykke skal ikke være en betingelse for tjenesten

I vurderingen av om et samtykke er «frivillig», skal det etter personvernforordningen art. 7 nr. 4 «tas størst mulig hensyn til blant annet om oppfyllelse av en avtale, herunder om yting av en tjeneste, er gjort betinget av samtykke til behandling av personopplysninger som ikke er nødvendig for å oppfylle nevnte avtale». Bestemmelsen gir eksplisitt uttrykk for det som omtales som koblingsforbudet⁸⁹; den behandlingsansvarlige har ikke anledning til å gjøre oppfyllelsen av en avtale avhengig av et samtykke til en behandling som personopplysninger, når behandlingen er unødvendig for oppfyllelsen av avtalen. Det vil eksempelvis være et brudd på koblingsforbudet dersom den behandlingsansvarlige gjør salget av en bukse avhengig av samtykke til å sende den registrerte nyhetsbrev.⁹⁰

Koblingsforbudet vil ikke komme til anvendelse dersom behandlingen av personopplysningene er «nødvendig for å oppfylle nevnte avtale», jf. art. 7 nr. 4. Den registrertes samtykke vil i et slikt tilfelle ikke utgjøre det egnede behandlingsgrunnlaget, men heller art. 6 nr. 1 bokstav b («behandlingen er nødvendig for å oppfylle en avtale som den registrerte er part i [...]»). Hvorvidt behandlingen er «nødvendig» beror på en konkret tolkning av den aktuelle avtalen eller tjeneste, og skal ifølge Personvernrådet tolkes strengt.⁹¹ Dette blir blant annet begrunnet i det forhold at personopplysningsvernet utgjør en grunnleggende rettighet, og ethvert samtykke til behandling skal være avgitt i tråd med den registrertes selvbestemmelsesrett.

Dersom behandlingen av personopplysninger ikke er «nødvendig for å oppfylle nevnte avtale», men oppfyllelsen er gjort avhengig av et samtykke til en slik behandling, presumeres det at samtykke ikke er «frivillig».⁹² Samtykket vil dermed være ugyldig, og behandlingen vil ikke være lovlig forankret i personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav a.

Koblingsforbudet får også virkning på kostnadsfrie tjenester, herunder tilgang til en nettside, og innebærer at bruken av såkalte «cookie wall» ikke samsvarer med personvernforordningen.⁹³ En «cookie wall» er en mur som hindrer tilgangen til en nettside

⁸⁹ På engelsk: «prohibition on bundling», jf. blant annet Opinion of Advocate General Szpunar, *Planet49*, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:246, avsnitt 97.

⁹⁰ Jarbekk (2019) s. 64.

⁹¹ Personvernrådet (2020) avsnitt 30.

⁹² Personvernforordningens fortalepunkt 43 siste punktum.

⁹³ <https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2019/07/blog-cookies-what-does-good-look-like/> (lest 25. mars 2020).

før man har akseptert bruk av informasjonskapsler, og kobler med dette oppfyllelsen av en tjeneste sammen med behandling av *unødvendige* personopplysninger. Ethvert samtykke som er avgitt ved en «cookie wall» vil dermed presumeres ufrivillig. Et eksempel på en slik «cookie wall» er den som IAB Europe (et europeisk markedsføringsselskap) hadde på sin nettside. IAB Europe ble, på grunn av dette, klaget inn til det irske datatilsynet i april 2019.⁹⁴



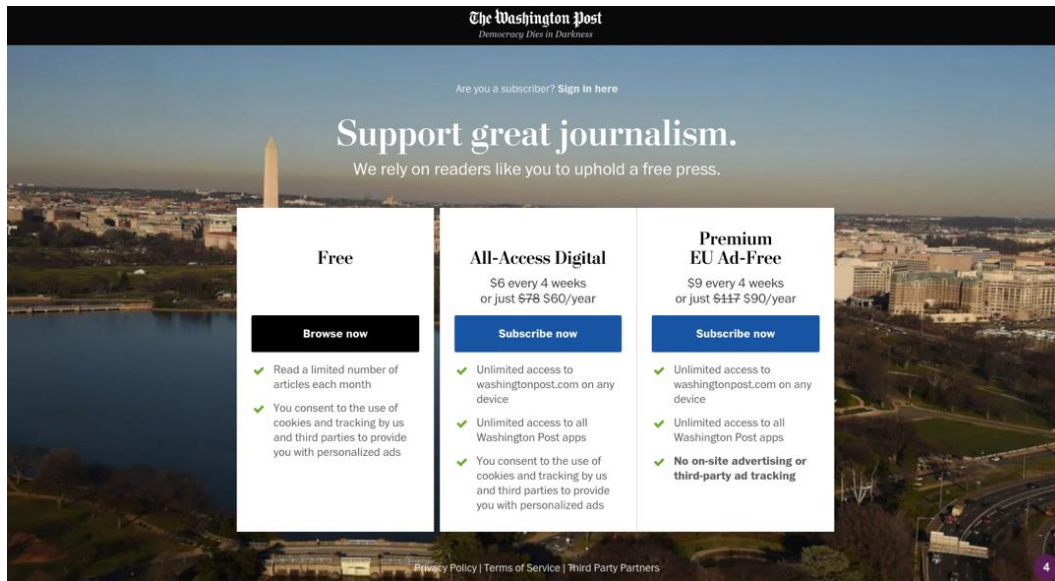
Figur 1 viser den «cookie wall» som IAB Europe hadde på sin nettside på klagetidspunktet i april 2019.⁹⁵

En videreutvikling av «cookie wall» er «cookie-or-pay wall», hvor man kan velge mellom i) adgang til tjenesten gratis mot å akseptere bruken av informasjonskapsler, eller ii) betale for en adgang til tjenesten uten informasjonskapsler. Ved en slik løsning er det ikke mulig å bruke tjenesten gratis uten å måtte akseptere bruken av informasjonskapsler, og samtykke presumeres også her for å være ufrivillig avgitt, jf. forordningens art. 7 nr. 4.

⁹⁴ IAB Europe (2019), se <https://brave.com/wp-content/uploads/2019/04/3-April-2019-complaint-to-Data-Protection-Commission-of-Ireland-regarding-IAB-Europe-cookie-wall-and-consent-guidance.pdf> og <https://brave.com/iab-cookie-wall/> (lest 20. mai 2020).

⁹⁵ Figur 1 er et skjermbilde av «cookie wall» tilgjengelig på: <https://brave.com/iab-cookie-wall/> (skjermbilde tatt 20. mai 2020)

Et eksempel følger av Washington Post sin nettside, hvor leseren må betale USD 9/4. uke eller USD 90/året for tilgang til nettavisens innhold uten informasjonskapsler. Avisen mottok den 11. oktober 2018 et brev fra det britiske datatilsynet (ICO), som følge av at ICO hadde mottatt klage om nettavisens bruk av «cookie-or-pay wall».⁹⁶ Washington Post er ikke etablert innenfor EU, men forordningen kan få ekstraterritoriell anvendelse for enkelte tilfeller etter art. 3 nr. 2.



Figur 2 viser den «cookie-or-pay wall» som Washington Post har på sin nettside, hvor gratis adgang til nettavisen er gjort avhengig av samtykke til informasjonskapsler.⁹⁷

Samtykke må være detaljert

Et aspekt av det å oppnå en «frivillig [...] viljesytring» er å gi den registrerte mulighet til å samtykke på et detaljnivå. Dette innebærer at den registrerte skal ha anledning til å samtykke til enkelte deler av de anmodede behandlinger, og nekte andre. Det kan imidlertid problematiseres hvor detaljerte samtykkeanmodninger den behandlingsansvarlige må tilrettelegge for, før ordningen anses som for lite effektiv for den behandlingsansvarlige.

Slik det fremgår i kapittel 3.3.2 om kravet til en «spesifikk [...] viljesytring», skal den registrerte ha muligheten til å avgi separate samtykker for ulike formål. Dersom det foreligger mer enn ett behandlingsformål, eksempelvis der den registrertes e-postadresse både skal

⁹⁶ Washington Post (2019), se <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/disclosure-log/2616227/irq0872554-disclosure.pdf> (lest 6. april).

⁹⁷ Figur 2 er et skjermbilde tatt av www.washingtonpost.com den 25. mars 2020.

behandles for å sende nyhetsbrev og overføres til en tredjepart, må den behandlingsansvarlige anmode om separate samtykker for hvert enkelt formål. Ved bruk av informasjonskapsler kan dette blant annet gjennomføres ved å presentere én boks, som kan avkrysses, for hvert formål. Dersom den behandlingsansvarlige ikke tilrettelegger for slike separate samtykker vil de avgitte samtykkene ikke være tilstrekkelig detaljerte, og samtykke vil verken utgjøre en «frivillig» eller en «spesifikk [...] viljesytring».

Kravet til detaljerte samtykker går imidlertid videre, og i personvernforordningens fortalepunkt 43 siste punktum presumeres det at vilkåret om «frivillig [...] viljesytring» ikke er oppfylt, «dersom det ikke er mulig å gi separat samtykke for forskjellige behandlingsaktiviteter».⁹⁸ Listen med operasjoner er ikke uttømmende regulert, og dersom dette skal tas på ordet, må den behandlingsansvarlige tilrettelegge for separate samtykkeanmodninger for hver enkelt behandlingsaktivitet, herunder innsamling, registrering, mm.⁹⁹ Denne tilrettelegningsplikten strekker seg langt og kan anses som unødvendig ineffektiv for den behandlingsansvarlige.

ICO har modifisert dette kravet noe i sin veileder om gyldig samtykke, og lagt til grunn at separate samtykker ikke er nødvendig der behandlingsaktivitetene klart er avhengig av hverandre.¹⁰⁰ Eksempelvis vil det å samle inn den registrertes mailadresse for det formål å sende nyhetsbrev til vedkommende, naturlig innebære at mailadressen også må lagres i den behandlingsansvarliges system og brukes når nyhetsbrevene blir sendt ut. I slike tilfeller vil det etter ICO sin oppfatning kun være nødvendig med ett samtykke fra den registrerte, men som det fremgår i kapittel 3.3.3 må alle behandlingsaktivitetene nevnes uttrykkelig i samtykkeanmodninger.

⁹⁸ Det foreligger en språklig forskjell ved den norske, den danske og den engelske versjonen av personvernforordningen, hva gjelder bruken av begrepene behandlingsaktivitet og operasjon. Den norske versjonen bruker begrepene «behandlingsaktivitet» og «operasjon», i henholdsvis foretalepunkt 43 og art. 4 nr. 2, hvor den danske versjonen bruker «behandlingsaktivitet» og «aktivitet», og den engelske versjonen bruker «processing operations» og «operation». På bakgrunn av dette forstås «behandlingsaktivitet» og «operasjon» som det samme.

⁹⁹ Se kapittel 2.2 og personvernforordningen art. 4 nr. 2

¹⁰⁰ <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/consent/what-is-valid-consent/#what2> (lest 8. april 2020).

3.3.2 Spesifikk viljesytring

Kravet om en «spesifikk [...] viljesytring fra den registrerte» er det andre av de fire kumulative vilkårene som må være oppfylt etter personvernforordningen art. 4 nr. 11. Dette vilkåret henger tett sammen med kravet om at samtykke må være tilstrekkelig detaljert. Vilkåret er tilsvarende i forordningen som det var i personverndirektivet.

Kravet om en «spesifikk [...] viljesytring» innebærer først og fremst at den behandlingsansvarlige er pliktig til å anmode om separate samtykker der dette kreves, herunder ved flere behandlingsaktiviteter (når de ikke klart henger sammen) og ved behandling for mer enn ett formål. Videre krever vilkåret at behandlingsformålet skal være spesifikt angitt i samtykkeanmodningen – det skal fremstå klart for den registrerte hvilket formål behandlingen utføres for, samt formålets yttergrenser. Dette kravet følger blant annet også av personvernforordningen art. 5 nr. 1 bokstav b (prinsippet om formålsbegrensning)¹⁰¹ og art. 6 nr. 1 bokstav a¹⁰².

Angivelsen av spesifikke behandlingsformål setter klare grenser mot alt for vide formål og forhindrer at den behandlingsansvarlige utvider formålet etter at det aktuelle samtykke er hentet inn. En slik utvidelse av behandlingsformålet vil i realiteten innebære at den registrertes personopplysninger behandles for et annet formål enn vedkommende samtykket til, og den registrerte vil med dette miste kontrollen over egne personopplysninger. En slik utvidelse av formålet vil heller ikke oppfylle vilkåret om «informert [...] viljesytring» som behandles i kapittel 3.3.3, eller være i overensstemmelse med det grunnleggende prinsippet om åpen behandling. Dette da formidling av behandlingsformålet er en grunnleggende forutsetning for begge prinsippene.

Den behandlingsansvarlige har med dette et krav om å tilrettelegge for at den registrerte kan gi separate samtykker for hvert enkelt behandlingsformål, og at disse formålene er spesifikt angitt. Den behandlingsansvarlige må overholde informasjonskravet for hvert samtykke. Nærmere om dette i det følgende kapitlet.

¹⁰¹ «Personopplysninger skal samlet inn for spesifikke, uttrykkelig angitte og berettigede formål [...]». (Min understrekning).

¹⁰² «Behandlingen er bare lovlig dersom [...] den registrerte har samtykket til behandling [...] for ett eller flere spesifikke formål.» (Min understrekning).

3.3.3 Informert viljesytring

Det tredje kravet som følger av personvernforordningen art. 4 nr. 11, er at viljesytringen fra den registrerte skal være «informert». Dette innebærer blant annet at den behandlingsansvarlige har en plikt til å samle all informasjon om behandlingen og tilgjengeliggjøre denne informasjonen til den registrerte på en måte som den registrerte forstår. Dersom den registrerte ikke har tilgang til den nødvendige informasjonen idet samtykket blir avgitt, vil den registrerte ikke ha tilstrekkelig grunnlag til å utøve sin selvbestemmelsesrett på en informert måte. Selvbestemmelsesretten blir da illusorisk.¹⁰³

Sammen med informasjonskravene som følger av personvernforordningen art. 12 til 14, utgjør kravet om «informert [...] viljesytring» kjernen av prinsippet om åpen behandling.¹⁰⁴ Det er imidlertid viktig å holde disse to kravene adskilt, dette da informasjonskravene etter art. 12 til 14 er større i omfang enn det som kreves for at et samtykke skal være «informert». Et «informert» samtykke er ikke ensbetydende med en åpen behandling, men en åpen behandling forutsetter en «informert [...] viljesytring».

Det fremgår av fortalepunkt 42 fjerde punktum at den registrerte «minst [bør] kjenne behandlingsansvarliges identitet og formålene med behandlingen som personopplysningene skal brukes til» for at betingelsen om «informert [...] viljesytring» skal være oppfylt. Personvernrådets retningslinjer om gyldig samtykke supplerer disse to informasjonspunktene med ytterligere fire punkter, og omtaler informasjonspunktene som minstekrav som må være oppfylt for at samtykke skal være «informert».¹⁰⁵ Denne opplistingen var ikke inkludert i Artikkel 29-gruppens retningslinjer om det tilsvarende kravet i personverndirektivet. Innlemmelsen bidrar til en klar og konsis regulering, som igjen er med på å forenkle overholdelsen av forordningen og styrke vernet av personopplysninger.

Selv om Personvernrådet viser til seks ulike punkter med informasjon som må meddeles den registrerte, gjelder kun fire av informasjonspunktene på generelt grunnlag; at «den registrerte minst [bør] kjenne til den behandlingsansvarliges identitet og formålene med behandlingen som personopplysningene skal brukes til»¹⁰⁶, at den registrerte har rett til å trekke samtykket

¹⁰³ Personvernrådet (2020) avsnitt 62.

¹⁰⁴ Kuner (2020) s. 184.

¹⁰⁵ Personvernrådet (2020) punkt 3.3.1.

¹⁰⁶ Personvernforordningens fortalepunkt 42 fjerde punktum.

sitt tilbake ved enhver anledning¹⁰⁷, og at den registrerte vet hvilken type data som behandlingen gjelder.¹⁰⁸

De to øvrige informasjonspunktene er situasjonsbaserte, og må være oppfylt dersom: i) behandlingen utelukkende er automatisk etter personvernforordningen art. 22 nr. 2, og/eller ii) den registrertes personopplysninger blir overført til en tredjestat. I sistnevnte tilfelle må den registrerte motta informasjon om den risiko som er knyttet til en overføring til en tredjestat, slik at den registrerte har tilstrekkelig grunnlag til å ta en informert beslutning om en slik overføring og eventuelt nekte.

Det er ikke tilstrekkelig at informasjonspunktene formildes til den registrerte dersom den registrerte ikke har kompetanse eller mulighet til å forstå informasjonen, enten fordi den behandlingsansvarlige ikke har gjort informasjonen forståelig nok eller på grunn av forhold hos den registrerte. Det kreves derfor at den behandlingsansvarlige tilgjengeliggjør informasjonen på en måte som sikrer at en alminnelig person forstår innholdet, eller, dersom den behandlingsansvarlige retter netjtjenesten eller -produktet mot en sårbar gruppe, slik at denne gruppen forstår.¹⁰⁹ Innholdet i denne tilgjengeliggjøringsplikten samsvarer med de krav som følger av personvernforordningen art. 12, og som det er redegjort for i kapittel 0.3: «prinsippet om åpen behandling».

Det kan videre diskuteres om informasjonsbildet ved enkelte behandlinger er av en kompleksitet og en størrelse som gjør at en alminnelig person verken har kompetansen til å forstå eller fatte en informert beslutning. Dette er gjenstand for vurdering i kapittel 4.2.

3.3.4 Utvetydig viljesytring

Den siste betingelsen for gyldig samtykke etter personvernforordningen art. 4 nr. 11 er kravet om en «utvetydig viljesytring», som innebærer at det ikke skal foreligge tvil om den registrerte har samtykket eller ikke.¹¹⁰ Bestemmelsen gir videre uttrykk for at viljesytringen skal avgis gjennom «en erklæring eller en tydelig bekreftelse» fra den registrerte, og samtykke kan derfor avgis muntlig om det skulle være ønskelig. Det forhold at den behandlingsansvarlige har bevisbyrden, hva gjelder eksistensen og gyldigheten av den

¹⁰⁷ Personvernforordningen art. 7 nr. 3 tredje ledd.

¹⁰⁸ Personvernrådet (2020) avsnitt 64.

¹⁰⁹ Artikkel 29-gruppen (2017) avsnitt 14-16.

¹¹⁰ Kuner (2020) s. 185.

registrertes samtykke, medfører imidlertid at det er i den behandlingsansvarliges interesse å ha et skriftlig samtykke.¹¹¹

Kravet om en «utvetydig viljesytring» ble inkludert som en del av samtykke-definisjonen ved personvernforordningen. Ved personverndirektivet var vilkåret gjort til en betingelse for behandling av *alminnelige* personopplysninger. Forflytningen fra direktivet art. 7 til forordningen art. 4 nr. 11, har gitt vilkåret en mer generell betydning. Dersom den registrertes samtykke gjelder behandling av alminnelige personopplysninger har forflytningen ikke innebåret realitetsendring. Ved behandling av «særlige kategorier av personopplysninger» har forflytningen imidlertid gjort samtykkekravet strengere, da det tidligere ikke var krav om en «utvetydig viljeserklæring» for behandling av slike personopplysninger, jf. direktivet art. 8 nr. 2 bokstav a, jf. art. 2 bokstav h.

Det er særlig kravet om «en erklæring eller en tydelig bekreftelse» som har vært klagjørende for kravet om «utvetydig viljesytring». I personvernforordningen kommer det nå eksplisitt til uttrykk at det kreves en aktiv handling fra den registrerte. I en digital kontekst, hvor samtykke for blant annet bruk av informasjonkapsler blir gitt over nettet, kan for eksempel dette skje gjennom en knapp eller en avkryssingsboks.¹¹² Kravet om en aktiv handling innebærer at allerede avkryssede bokser, eller bokser som må avkrysses for å nekte behandling (såkalt «opt-out»), ikke utgjør en «utvetydig viljesytring»¹¹³ Dette fremgår også uttrykkelig i forordningens fortalepunkt 32 tredje punktum.

¹¹¹ Personvernforordningen art. 7 nr. 1.

¹¹² Personvernrådet (2020) avsnitt 77.

¹¹³ Personvernrådet (2020) avsnitt 81.

Bruken av forhåndsavkryssede bokser er imidlertid ganske vanlig. Figuren under illustrerer hvordan Nelly.com, en svensk nettbutikk som tilbyr levering til store deler av verden, ber om samtykke til bruk av informasjonskapsler ved forhåndsavkryssede bokser.

Denne siden bruker cookies

Vi bruker enhetsidentifiserere til å tilpasse innholdet på hjemmesiden, analysere hvordan den brukes og for å rette markedsføringen mot dine interesser.

Du kan lese mer om hvordan Nelly/NLYMAN og våre 17 partnere bruker cookies, hvem de er og hvem du tillater siden å bruke i vår cookie policy. Ved å klikke på «**Godkjenn og Gå videre**» godkjenner du vår bruk av cookies og ved å trykke på «**Innstillinger**» kan du tilpasse og takke nei til våre cookies.

Du finner Nellys Cookie Policy [her](#).

Du finner NLYMans Cookie Policy [her](#).

Godkjenn og Gå videre Innstillinger ^

Cookie-erklæring **Om cookies**

Nødvendig (109)

Egenskaper (2)

Statistikk (37)

Markedsføring (130)

Uklassifisert (1)

Nødvendige cookies bidra til å gjøre en nettside brukbart ved at grunnleggende funksjoner som side navigasjon og tilgang til sikre områder av nettstedet. Nettstedet kan ikke fungere optimalt uten disse informasjonskapslene.

Navn	Leverandør	Hensikt	Utløpsdato	Type
_cs_vars	contentsquare.com	Denne cookie brukes av ContentSquare for å lagre	Session	HTTP

Cookie-erklæringen var sist oppdatert 03.02.2020 av [Cookiebot](#)

Figur 3 viser Nelly.com sin samtykkeanmodning for bruk av informasjonskapsler.¹¹⁴ Samtykkeanmodningen er lik uavhengig av hvilket land den registrerte befinner seg i og hvilket språk nettsiden vises på.

Hvorvidt et samtykke innhentet ved bruken av slike forhåndsavkryssede bokser var gyldig, var et av spørsmålene som ble besvart i EU-domstolens prejudisielle avgjørelse i Planet49-saken (C-673/17).¹¹⁵ Ved påmelding til Planet49 sitt lotteri, måtte den registrerte samtykke til at Planet49 sine markedsføringspartnere kunne kontakte vedkommende. Denne boksen var ikke forhåndskrysset. Det ble også spurt om Planet49 kunne laste opp informasjonskapsler på den registrertes datamaskin. Dette samtykke var ikke nødvendig for deltakelse, med boksen var forhåndsavkrysset.

¹¹⁴ Figur 3 er et skjermbilde tatt av www.nelly.com sin samtykkeanmodning den 16. februar 2020.

¹¹⁵ Dom av 1. oktober 2019 [GC], *Planet49*, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801.

EU-domstolen tok først stilling til om det var adgang til å bruke informasjonskapsler etter datapersonverndirektivet art. 5 nr. 3 og art. 2 bokstav f, lest i sammenheng med personverndirektivet art. 2 bokstav h, dersom samtykke til bruken var samlet inn ved forhåndsavkryssede bokser. Domstolen var ikke i tvil om at det krevdes en aktiv handling fra den registrerte for å oppnå et gyldig samtykke i tråd med de to direktivene, og at en forhåndsavkrysset boks dermed ikke var tilstrekkelig.¹¹⁶

Videre var spørsmålet for EU-domstolen om et samtykke samlet inn ved bruk av forhåndsavkryssede bokser, kunne utgjøre et gyldig samtykke etter personvernforordningen. Domstolen uttaler at kravene for et gyldig samtykke etter forordningen er strengere enn ved personverndirektivet, dette da forordningen art. 4 nr. 11 eksplisitt krever at samtykke avgis ved en «tydelig bekreftelse». Bruken av forhåndsavkryssede bokser kunne dermed heller ikke utgjøre et gyldig samtykke etter forordningen. EU-domstolen påpekte videre at bruken av forhåndsavkryssede bokser eksplisitt var forbudt etter forordningens fortalepunkt 32 tredje punktum.

Dersom man leser fortalepunkt 32 tredje punktum i sammenheng med fortalepunktets andre punktum, kan det tyde på at forbudet mot forhåndsavkryssede bokser kun gjelder ved «boks[er] under et besøk på et nettsted». Generaladvokat Szpunar gir i sin anbefaling til EU-domstolen i Orange Romania-saken, uttrykk for at det samme forbudet også gjelder i den analoge verden – forhåndsavkryssede bokser gir ikke uttrykk for en «utvetydig viljesytring [...] ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse» i et fysisk dokument.¹¹⁷

Personvernforordningens fortalepunkt 32 tredje punktum avgrensner videre mot bruken av «inaktivitet», herunder «opt-outs», og dette var et av spørsmålene i en sak for det Rumenske datatilsynet i 2019.¹¹⁸ Ved opprettelsen av en konto på en nettside – avocatnet.ro – måtte den registrerte krysse av i en boks dersom vedkommende ikke ønsket å motta nyhetsbrev fra den behandlingsansvarlige. Eventuelle avgitte samtykker var dermed en følge av inaktivitet, og ikke i overensstemmelse med personvernforordningen art. 4 nr. 11. Den behandlingsansvarlige – Inteligo Media AS – klarte heller ikke å «påvise at den registrerte har

¹¹⁶ Dom av 1. oktober 2019 [GC], *Planet49*, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801, avsnitt 44-59.

¹¹⁷ Opinion of Advocate General Szpunar, *Orange Romania*, C-61/19, ECLI:EU:C:2020:158, avsnitt 45.

¹¹⁸ Inteligo Media SA (2019), se https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/romanian-supervisory-authority-fines-inteligo-media-sa_en (lest 22. mai).

samtykket til behandling av personopplysninger om vedkommende», slik de er forpliktet til etter personvernforordningen art. 7 nr. 1.

3.4 Vilkår for gyldig samtykke etter art. 7

Som nevnt i kapittel 3.2, hadde personvernforordningen art. 7 ingen tilsvarende bestemmelse i personverndirektivet. Bestemmelsen er imidlertid kun en kodifisering av allerede gjeldende rett. Dette gjelder eksempelvis kravet om at den behandlingsansvarlige må kunne påvise at gyldig samtykke fra den registrerte foreligger.¹¹⁹ Forordningen art. 7 gir delvis uttrykk for forhold som skal vektlegges i vurderingen av om vilkårene etter art. 4 nr. 11 er oppfylt. Eksempelvis vil et samtykke presumeres ufrivillig dersom oppfyllelsen av en avtale er gjort avhengig av dette samtykke.¹²⁰

Artikkel 7 gir videre delvis uttrykk for to vilkår som må være oppfylt for at samtykke skal være gyldig. Disse vilkårene kommer i tillegg til de fire vilkårene som følger av art. 4 nr. 11, og er: i) den behandlingsansvarlige skal kunne påvise at det foreligger et gyldig samtykke, jf. nr. 1, og ii) den registrertes rett til å trekke tilbake sitt eget samtykke, jf. nr. 3.¹²¹

3.4.1 Den behandlingsansvarlige skal kunne påvise samtykke

Det følger av personvernforordningen art. 7 nr. 1 at «den behandlingsansvarlige [skal] kunne påvise at den registrerte har samtykket til behandling av personopplysninger». Plikten strekker seg imidlertid lengre: det er ikke tilstrekkelig å påvise et samtykke, den behandlingsansvarlige skal kunne bevise at alle vilkårene for et gyldig samtykke etter forordningen er oppfylt.¹²²

Et av vilkårene for gyldig samtykke er en «utvetydig viljesytring», og som det fremgår i kapittel 3.3.4 innebærer dette at det ikke skal foreligge tvil hvorvidt samtykke ble avgitt eller ikke. Dette vilkåret gir dermed uttrykk for påvisningspliktens beviskrav: det skal ikke foreligge tvil om et gyldig samtykke foreligger eller ikke. Enhver tvil vil gå ut over den behandlingsansvarlige, og tilsi at et gyldig samtykke ikke foreligger.

¹¹⁹ Personvernforordningen art. 7 nr. 1.

¹²⁰ Se kapittel 3.3.1 og personvernforordningen art. 7 nr. 4.

¹²¹ Personvernrådet (2020) avsnitt 103.

¹²² Personvernrådet (2020) avsnitt 108.

Den behandlingsansvarlige hadde en tilsvarende påvisningsplikt etter personverndirektivet, men plikten kom da indirekte til uttrykk i vilkåret om en utvetydighet.¹²³ Plikten fikk en mer fremtredende plass i personverndirektivet etter forslag fra Artikkel 29-gruppen, blant annet for å tvinge den behandlingsansvarlige til å etablere systemer for å bevise at den registrerte hadde avgitt et gyldig samtykke.¹²⁴

Personvernforordningen gir ingen føringer for hvordan den behandlingsansvarlige skal overholde påvisningsplikten. Den behandlingsansvarlige står dermed fritt til å anvende systemer av eget ønske, men med den begrensning at metoden eller systemet ikke krever behandling av unødvendige personopplysninger.¹²⁵

Så lenge et samtykke er gyldig skal den behandlingsansvarlige kunne påvise dette. Påvisningsplikten opphører i utgangspunktet på det tidspunkt hvor det ikke lenger foreligger et gyldig samtykke, for eksempel fordi den registrerte har trukket samtykket tilbake, jf. forordningen art. 17 nr. 1. Dersom det er nødvendig, for eksempel «for å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare [et] rettskrav», vil det fortsatt være adgang til å beholde bevis for at samtykket var gyldig avgitt, jf. forordningen art. 17 nr. 3 bokstav e. Nødvendigheten av dette må vurderes konkret.

3.4.2 Retten til å trekke tilbake et samtykke

Retten til å trekke tilbake sitt eget samtykke ble også inntatt i personvernforordningen etter forslag fra Artikkel 29-gruppen, og skulle bidra til å skape rettslig klarhet rundt en rettighet som kun forelå implisitt i personverndirektivet.¹²⁶ Retten fremkommer nå av personvernforordningen art. 7 nr. 3 og er et kumulativt vilkår for gyldig samtykke.

Den registrerte skal alltid ha muligheten til å trekke tilbake et samtykke, og dette skal tilrettelegges slik at tilbaketrekkingen er «like enkelt [...] som å gi samtykke».¹²⁷ Bestemmelsen skal på dette punktet forstås strengt, og dersom et samtykke ble gitt ved to museklikk på en nettside skal tilbakekallelsen også kunne gjennomføres med to museklikk

¹²³ Opinion of Advocate General Szpunar, *Orange Romania*, C-61/19, ECLI:EU:C:2020:158, avsnitt 56.

¹²⁴ Artikkel 29-gruppen (2011) s. 37.

¹²⁵ Personvernrådet (2020) avsnitt 107.

¹²⁶ Artikkel 29-gruppen (2011) s. 37.

¹²⁷ Personvernforordningen art. 7 nr. 3 siste punktum.

eller mindre. Videre skal den registrerte ha muligheten til å trekke tilbake samtykke på samme medium som samtykket ble avgitt.¹²⁸

Kravet om at et samtykke skal være «enkelt» å trekke tilbake blir illustrert i en sak som det Polske datatilsynet hadde mot et markedsførings- og reklamebyrå, ClickQuickNow Sp. z o.o, i oktober 2019.¹²⁹ Dersom den registrerte ønsket å trekke tilbake sitt samtykke fra selskapet, måtte den registrerte først svare på spørsmålet om hvorfor vedkommende ønsket å gjøre dette. Først når dette spørsmålet var besvart ble den registrerte videresendt til en annen side, og ble der presentert for en beskjed med overskriften: «Ditt tilbaketrekk av samtykke i dag!»¹³⁰. Denne overskriften ga den registrerte inntrykk av at samtykke nå var trukket tilbake, men dette var ikke tilfelle – Beskjeden som fulgte overskriften ga informasjon om ytterligere skritt som den registrerte måtte foreta før samtykket faktisk var trukket tilbake. Det polske datatilsynet anså ordningen som unødvendig vanskelig og misvisende, og utgjorde et brudd på den registrertes rettighet etter art. 7 nr. 3.

Retten til å trekke tilbake et samtykke skal videre kunne utføres uten at den registrerte blir påført en negativ konsekvens.¹³¹ Dette vilkåret er ikke oppfylt dersom den registrerte må betale for at behandlingen stanser eller dersom den behandlingsansvarlige reduserer tjenesten eller servicen som tilbys som følge av tilbakekallelsen.¹³² Det er ved sistnevnte tilfelle viktig å skille mellom ekstratjenester/goder som den behandlingsansvarlige lovlig har adgang til å tilby for å lokke frem et samtykke, og som like lovlig kan fjernes hvis samtykket tilbakekalles. Dette gjelder for eksempel tilbud om 10 % avslag ved kjøp av klær på en nettside dersom man samtykker til å motta nyhetsbrev fra nettsiden. Dette tilbudet kan den behandlingsansvarlige lovlig fjerne i tilfelle der den registrerte utøver sin rett til å trekke tilbake samtykket.

Dersom den registrerte velger å utøve sin rett til å trekke tilbake samtykket, vil dette få virkning ex nunc, jf. personvernforordningen art. 7 nr. 3 tredje punktum. Enhver behandling som er foretatt før tilbakekallelsen vil fortsatt være lovlig, for eksempel vil en behandlingsansvarlig fortsatt kunne selge personopplysninger etter at et samtykke er

¹²⁸ Personvernrådet (2020) avsnitt 114.

¹²⁹ ClickQuickNow Sp. Z.o.o. (2019), se https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/polish-dpa-withdrawal-consent-shall-not-be-impeded_pt (lest 26. april 2020).

¹³⁰ På polsk: «Pani odwołanie zgody dziś», se <https://uodo.gov.pl/decyzje/ZSPR.421.7.2019> (lest 26. april 2020).

¹³¹ Personvernforordningens foralepunkt 42 siste punktum.

¹³² Personvernrådet (2020) avsnitt 114.

tilbakekalt dersom personopplysningene ble samlet inn og anonymisert før tilbakekallelsen.¹³³ En tilbakekallelse har også den virkning at den behandlingsansvarlige må slette de personopplysninger som er blitt samlet inn om den registrerte, jf. art. 17 nr. 1 bokstav b.

Tilbakekallelseretten henger tett sammen med øvrige vilkår

Retten til å trekke tilbake et samtykke henger særlig tett sammen med vilkårene for gyldig samtykke etter personvernforordningen art. 4 nr. 11. Dette kommer blant annet til uttrykk i fortalepunkt 42 siste punktum, hvor det fremkommer at «[s]amtykket skal ikke anses som frivillig dersom den registrerte [...] ikke er i stand til å [...] trekke tilbake et samtykke uten at det er til skade for vedkommende». Dersom den registrerte ikke kan trekke tilbake et samtykke uten at vedkommende påføres en negativ konsekvens, vil dette både utgjøre et brudd på den registrertes tilbakekallelserett etter art. 7 nr. 3 og vilkåret om «frivillig [...] viljesytring» etter art. 4 nr. 11.

Også kravet om å tilrettelegges for separate samtykker ved to eller flere behandlingsformål, har en side til tilbakekallelseretten.¹³⁴ Denne tilretteleggelsesplikten gjelder også ved eventuelle tilbakekallelser – den registrerte skal ha mulighet til å trekke tilbake ett samtykke, men la de øvrige samtykkene bestå.

Videre skal den registrerte, før et samtykke avgis, bli informert om tilbakekallelseretten, jf. personvernforordningen art. 7 nr. 3 tredje punktum. Den behandlingsansvarlige har altså en informasjonsplikt, hva gjelder tilbakekallelserettens eksistens og utøvelsen av den. Denne plikten utgjør også ett av de minstekrav som må være oppfylt for å oppnå et «informert» samtykke etter personvernforordningen art. 4 nr. 11.¹³⁵ Dersom den behandlingsansvarlige ikke informerer om tilbakekallelsen vil verken tilbakekallelseretten eller kravet om en «informert [...] viljesytring» være oppfylt.

Som det fremkommer over vil en overtredelse av «rett[en] til å trekke tilbake sitt samtykke» etter personvernforordningen art. 7 nr. 3 også kunne medføre en overtredelse av et (eller flere)

¹³³ Idet personopplysninger blir anonymisert utgjør de ikke lenger «personopplysninger» etter personvernforordningen art. 4 nr. 1, og enhver behandling som gjennomføres etter dette tidspunkt behøver ikke å være i overensstemmelse med personvernforordningen. Tilstrekkelig anonymisering blir imidlertid vanskeligere etter hvert som teknologien utvikles, dette da det blir enklere å re-identifisere opplysningenes opphav. Se blant annet Hern (2017) og Furuly (2020).

¹³⁴ Se kapittel 3.3.2 om «spesifikk [...] viljesytring».

¹³⁵ Se kapittel 3.3.3 om «informert [...] viljesytring».

av betingelsene som følger av art. 4 nr. 11. Ettersom vilkårene for et gyldig samtykke er kumulative har antallet overtredelser ikke betydning for samtykkets gyldighet. Når minst ett av vilkårene ikke er oppfylt vil et samtykke uansett ikke være gyldig, og en behandling forankret i dette samtykket vil ikke være lovlig etter forordningen art. 5 nr. 1 bokstav a. Brudd på mer enn ett av vilkårene kan imidlertid påvirke størrelsen på gebyret som den nasjonale tilsynsmyndighet kan pålegge med hjemmel i forordningen art. 83.

4 Avsluttende betraktninger

4.1 Er et samtykke det «beste» behandlingsgrunnlaget?

De seks behandlingsgrunnlagene som følger av personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav a til f er likestilte – opplistingen gir ikke uttrykk for en innbyrdes rangering. Valget av behandlingsgrunnlag faller dermed på den behandlingsansvarlige. Dersom to eller flere behandlingsgrunnlag kan hjemle den samme behandlingen, krever prinsippet om rettfærdig behandling at den behandlingsansvarlige særlig tar hensyn hvordan de ulike behandlingsgrunnlagene påvirker den registrertes rettigheter. Dette innebærer blant annet en vurdering av hvilke rettigheter som følger de ulike behandlingsgrunnlagene.¹³⁶ Som eksempel vil en behandling forankret i den registrertes samtykke gi den registrerte rett til dataportabilitet etter forordningen art. 20, noe som ikke er tilfelle der behandlingen er forankret i den behandlingsansvarliges berettigede interesse etter art. 6 nr. 1 bokstav f. Betydningen av de ulike rettighetene vil også være et element i denne vurderingen.

Dersom alle vilkårene for et gyldig samtykke er oppfylt vil dette behandlingsgrunnlaget være gunstig for den registrertes, og det er særlig to forhold som kan påpekes: i) den registrerte har avgitt samtykke gjennom utøvelsen av sin selvbestemmelsesrett, og ii) den registrerte kan når som helst trekke tilbake sitt samtykke og på den måten stoppe enhver videre behandling av personopplysningene.

Som det fremgår av kapittel 2.4 er den registrertes selvbestemmelsesrett et sentralt hensyn i vurderingen av et samtykkes gyldighet. Med grunnlag i selvbestemmelsesretten kan det imidlertid problematiseres hvorvidt enkelte behandlinger aldri kan forankres i den registrertes samtykke, selv om alle vilkårene for gyldig samtykke i realiteten er oppfylt. Dette kan for eksempel være tilfelle der det foreligger en informasjonsasymmetri mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige, og det dermed oppstår en ubalanse i maktforholdet partene imellom. Et annet tilfelle foreligger der behandlingens omfang og kompleksitet er på et nivå som er utenfor den registrertes oppfatningsevne. Begge tilfellene diskuteres i kapittel 4.2.

¹³⁶ Personvernrådet (2019b) s. 4.

For den behandlingsansvarlige kan samtykke ved første øyekast anses som et gunstig behandlingsgrunnlag for behandling: «det er jo bare å spørre den registrerte om lov». Å forankre en behandling i et gyldig samtykke er imidlertid mer innviklet enn kun å spørre om lov fra den registrerte. Det foreligger flere hindre som den behandlingsansvarlige kan møte, og konsekvensen av et ugyldig samtykke kan være stor.¹³⁷ Først og fremst kan antallet kumulative vilkår fremstå om et hinder. Disse vilkårene er gjenstand for en streng tolkning, noe som igjen innebærer at den behandlingsansvarlige har en streng tilretteleggelsesplikt hva gjelder vilkårenes oppfyllelse.

Et annet hinder tilknyttet samtykke som behandlingsgrunnlag, er det forhold at den behandlingsansvarliges plikter ikke stopper idet det aktuelle samtykket er innhentet. Den behandlingsansvarlige må blant annet kunne påvise samtykkets gyldighet i hele behandlingsperioden og må legge til rette for at den registrerte kan trekke tilbake samtykket når vedkommende selv ønsker. Dette krever etablering av systemer som gjør slike handlinger mulig, herunder gjør tilbakekallelsen av samtykke «like enkelt [...] som å gi samtykke», jf. art. 7 nr. 3 siste punktum.

Videre kan virkningen av den registrertes «rett til å trekke tilbake sitt samtykke» etter art. 7 nr. 3 være problematisk for den behandlingsansvarlige. Den registrerte kan trekke tilbake sitt samtykke når som helst uten nærmere begrunnelse, og enhver behandling etter dette tidspunkt er ulovlig etter personvernforordningen art. 5 nr. 1 bokstav a. Dette innebærer at den behandlingsansvarlige, når som helst, kan stå uten mulighet til å fortsette behandlingen av de aktuelle personopplysningene. På dette tidspunkt står den behandlingsansvarlige også uten mulighet til å bytte behandlingsgrunnlag for å fortsette videre behandling, dette da den registrerte må informeres om hvilket behandlingsgrunnlag som behandlingen forankres i, før den aktuelle behandlingen påbegynnes.¹³⁸

¹³⁷ Dersom vilkårene for gyldig samtykke er oppfylt kan den behandlingsansvarlige blir pålagt et «overtredelsesgebyr på opptil 20 000 000 euro eller, dersom det dreier seg om et foretak, på opptil 4% av den samlede globale årsomsetningen i forutgående regnskapsår, der det høyeste beløpet anvendes», jf. personvernforordningen art. 83 nr. 5 bokstav a.

¹³⁸ Personvernrådet (2020) avsnitt 123.

4.2 Har overvåkningsøkonomien ødelagt samtykke som behandlingsgrunnlag?

I det følgende vil jeg ta for meg fire personvernrettslige problemstillinger ved å hente inn et samtykke for å behandle personopplysninger som en del av overvåkningsøkonomien; i) konsekvensene av at personopplysninger utgjør en vare, ii) konsekvensene av at behandlingene er av en kompleksitet og et omfang som er utenfor den registrertes forståelse, iii) konsekvensene av den mengden med informasjon som behandlingsansvarlige har om registrerte, og iv) har de registrerte andre alternativer enn å samtykke? De opplistede problemstillingene utgjør bare en del av de totale problemene som foreligger ved overvåkningsøkonomien. Det er imidlertid ikke rom for en uttømmende redegjørelse i denne oppgaven.

Problemstilling i: samtykke blir avgitt ved en mekanisk handling som følge av samtykkeinflasjon

Et av de sentrale poengene ved overvåkningsøkonomien er at de registrertes personopplysninger utgjør varen, og denne varen er av stor verdi. Til illustrasjon tjente Facebook i gjennomsnitt USD 43,47 per europeisk bruker i 2019. Med ca. 288 millioner daglige europeiske brukere utgjorde dette en brutto reklameomsetning på ca. USD 12,5 milliarder i 2019, fra Europa alene.¹³⁹ Som følge av dette er det svært mange som ønsker å tjene penger på blant annet innsamling, analysering og salg av personopplysninger, og dette nødvendiggjør, i de fleste tilfeller, et samtykke fra den registrerte. Dette har den konsekvens at man som nettbruker møtes med utallige anmodninger om samtykke til bruk av informasjonskapsler hver dag og det har oppstått en inflasjon av samtykkeanmodninger. I august 2018 hadde 62,1 % av undersøkte nettsider en anmodning om samtykke til å behandle personopplysninger.¹⁴⁰

Det mest problematiske elementet med samtykkeinflasjon er at den registrerte blir apatiske til informasjonen som meddeles dem i forbindelse med samtykkeanmodningen. Samtykket vil i stor grad bli avgitt som følge av en mekanisk handling, uten at den registrerte har tatt et aktivt valg om den aktuelle behandlingen er ønskelig eller ikke. Vil et slikt samtykke anses som

¹³⁹ Facebook (2020) s. 2 og 4.

¹⁴⁰ Degeling (2019) s. 1.

«informert» etter personvernforordningen art. 4 nr. 11? Hvem er ansvarlig for at den registrerte gjør seg kjent med den informasjonen som den behandlingsansvarlige meddeler; den behandlingsansvarlige eller den registrerte?

På den ene siden vil det kunne anses som urimelig at ansvaret skal ligge hos den behandlingsansvarlige, ettersom vedkommende har tilgjengeliggjort den informasjon som er pålagt etter personvernforordningen, herunder overholdelse av prinsippene om rettferdig og åpen behandling og kravet om en «informert [...] viljesytring» – det er den registrerte som samtykker uten å gjøre seg kjent med informasjonen. På den andre siden kan det virke urimelig at ansvaret skal pålegges den registrerte, da det kan argumenteres for at den registrerte og dens personopplysninger er blitt redusert til en vare i et større økonomisk system som den behandlingsansvarlige tjener gode penger på. Systemet er bygget opp på en måte som gjør at det er nærmest umulig å gjøre seg kjent med all den informasjonen som er knyttet til bruken av informasjonskapslene. En undersøkelse utført i 2008 viser at en person i gjennomsnitt ville bruke 244 timer i året dersom vedkommende skulle lese alle personvernerklæringene vedkommende møtte ved vanlig bruk av internettet.¹⁴¹ Antallet timer er ikke mindre per 2020.

Personvernrådet legger ansvaret for å finne en løsning på dette problemet til de behandlingsansvarlige. Som et eksempel på en løsning trekker Personvernrådet frem samtykke til informasjonskapsler gjennom nettleserens innstillinger, men påpeker at en slik løsning fremdeles må være i tråd med de krav som følger av personvernforordningen art. 4 nr. 11.¹⁴² Å avgi samtykke gjennom nettleserens innstillinger er også nevnt som en løsning i datapersonverndirektivets fortalepunkt 66 femte punktum, men også her kreves det overensstemmelse med de krav som følger av personvernforordningens samtykkedefinisjon. Det forhold at et samtykke i prinsippet kan gis gjennom en nettlesers innstillinger, innebærer altså ikke at et slikt samtykke er gyldig i personvernforordningens forstand.

Det franske datatilsynet gir i sin veileder om bruke av informasjonskapsler uttrykk for at det, p.t., ikke er mulig å avgi et gyldig samtykke gjennom nettleseren, men at en slik mulighet kan foreligge i fremtiden.¹⁴³ For å oppnå en slik løsning må det blant annet være mulighet for den registrerte å avgi et samtykke som er spesifikt til hver enkelt formål, hvor den registrerte kan

¹⁴¹ McDonald (2008) s. 563.

¹⁴² Personvernrådet (2020) avsnitt 88.

¹⁴³ CNIL (2020) avsnitt 71 og 72.

foreta et aktivt valg ved hver anmodning, og hvor samtykke ikke blir avgitt før den registrerte er blitt informert om den aktuelle sidens behandlingsspesifikasjoner.

Gawronski, en av de mest anerkjente teknologiadvokatene i Polen, er av den oppfatning at samtykkeproblematikken som har oppstått som følge av inflasjonen av samtykkeanmodninger bør løses ved å anvende et annet behandlingsgrunnlag, nemlig personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav f om nødvendig behandling for å oppnå et formål knyttet til den behandlingsansvarliges, eller en tredjeparts, berettigede interesse.¹⁴⁴

Problemstilling ii: behandlingen er utenfor den registrertes forståelse

En annen problemstilling er at behandlingene, prosessene og mengden med data som behandles ved overvåkningsøkonomien, er av en kompleksitet og et omfang som gjør det vanskelig for et alminnelig menneske å forstå. Gawronski tar til orde for at de registrerte aldri kommer til å få en tilstrekkelig forståelse av hva som egentlig skjer med personopplysningene ved enkelte behandlinger.¹⁴⁵ Når det er utenfor den registrertes forståelse at personopplysningene blir solgt til hundrevis – noen ganger tusenvis – av tredjeparter, har vedkommende heller ikke kompetansen til å ta en informert beslutning. Den selvbestemmelsesrett som samtykkereguleringen tar sikte på å ivareta, blir illusorisk. Et avgitt samtykke vil i slike situasjoner ikke oppfylle vilkåret om «informert» etter personvernforordningen art. 4 nr. 11, og vil ikke utgjøre et mulig behandlingsgrunnlag etter personvernforordningen art. 6 nr. 1.

Problemstilling iii: ubalanse i maktforholdet som følge av informasjonsasymmetri

Videre kan det stilles spørsmål om et samtykke avgitt under disse omstendighetene, bør anses ugyldig som følge av ubalanse i maktforholdet mellom den behandlingsansvarlige og den registrerte. Denne ubalansen oppstår når den behandlingsansvarlige har tilgang til store mengder data som kan brukes på å profilere¹⁴⁶ den registrerte, men er ikke tilstrekkelig åpen om hvor mye informasjon de egentlig har eller hvordan informasjonen brukes. Det foreligger

¹⁴⁴ Gawronski (2019) punkt 7.2.1.3.

¹⁴⁵ Gawronski (2019) punkt 7.2.1.3.

¹⁴⁶ Personvernforordningen art. 4 nr. 4: ««profilering»: enhver form for automatisert behandling av personopplysninger som innebærer å bruke personopplysninger for å vurdere visse personlige aspekter knyttet til en fysisk person, særlig for å analysere eller forutsi aspekter som gjelder nevnte fysiske persons arbeidsprestasjoner, økonomiske situasjon, helse, personlige preferanser, interesser, pålitelighet, atferd, plassering eller bevegelser.»

altså en klar informasjonsasymmetri. En slik ubalanse i maktforholdet mellom en behandlingsansvarlig og en registrert kan føre til et ugyldig samtykke, da samtykket ikke kan anses som «frivillig» avgitt fra den registrerte.¹⁴⁷ Det avgjørende er i denne sammenheng ikke arten av forholdene partene imellom, men hvorvidt den registrerte har et reelt valg i beslutningen om et samtykke skal avgis.¹⁴⁸

Det må imidlertid påpekes at den registrerte må ha hatt et reelt valg på det tidspunkt da samtykket ble avgitt, slik det ble illustrert i saken ved den videregående skolen i Sverige: hadde elevene i realiteten mulighet til å si nei til videoovervåkingen?¹⁴⁹ Svaret var her nei, da elevene stod i en avhengighetsrelasjon til skolen. Situasjonen hadde imidlertid stilt seg annerledes dersom ubalansen i maktforholdet ikke allerede eksisterte før samtykke ble avgitt, men oppstod som en følge av behandlingen. Der sistnevnte er tilfelle vil maktforholdet ikke ha påvirket den registrerte i vurderingen av om samtykke skulle avgis, og vedkommende ville ha handlet i tråd med egen autonomi.

Konsekvensene ved denne ubalansen oppstår derimot etter at samtykket blir avgitt – den registrerte mister oversikt og kontroll over egne personopplysninger. Mangel på oversikt og kontroll er et gjennomgående problem, og ved en undersøkelse gjennomført for EU-kommisjonen i 2019 uttrykte 81 % av deltakerne at de ikke hadde full kontroll over egne personopplysninger, hvorav 30 % ga uttrykk for at de manglet all kontroll.¹⁵⁰

Den registrertes manglende kontroll over egne personopplysninger gir grunnlag for bekymring på to grunnlag. Dersom den registrerte ikke har oversikt over hvem som har tilgang til vedkommendes personopplysninger, vil den registrerte ikke ha anledning til å ivareta sine egne rettigheter. Hvem trekker tilbake et samtykke eller ber om at personopplysninger blir slettet, når vedkommende ikke vet at en behandling foregår eller hvem en slik anmodning skal rettes til?

Videre vil den registrerte, når vedkommende mangler kontroll over egne personopplysninger, ikke ha mulighet til å danne et riktig bilde av den reklamen som vedkommende mottar. Når den registrerte ikke vet om reklamen er tilpasset eller ikke, eventuelt hvordan reklamen er tilpasset, vil den registrerte bli åpen for manipulasjon fra andre, herunder tredjeparter som

¹⁴⁷ Se kapittel 3.3.1 om «frivillig [...] viljesytring».

¹⁴⁸ Personvernrådet (2020) avsnitt 24.

¹⁴⁹ Skellefteå kommun, Gymnasienämnden (2019).

¹⁵⁰ Special Eurobarometer 487a (2019) s. 34.

ønsker å påvirke den registrerte til å handle på en bestemt måte. Den store mengden med data som de behandlingsansvarlige har tilgang til gjør det mulig for dem å analysere interessene, men også personlighetstrekkene og sårbarhetene, hos de registrerte.¹⁵¹ Denne informasjonen kan utnyttes til å vurdere hvordan man skal nå frem til den registrerte. Eksempelvis kan informasjon om den registrertes politiske ståsted, sammenholdt med informasjon om vedkommende er lojal eller lett til å overtale, brukes til å manipulere den registrerte til å stemme på et annet parti, eller eventuelt ikke stemme i det hele tatt.

Grensen mellom tilpasset reklame og manipulasjon er vanskelig å trekke, og er ikke gjenstand for vurdering i denne masteroppgaven. Poenget er å illustrere hvor viktig kontroll over egne personopplysninger er; når den registrerte har kontroll over egne personopplysninger og vet hvem som har tilgang til de, vil vedkommende være bedre rustet mot utnyttelse av disse opplysningene.

Problemstilling iv: det er ingen andre alternativer enn å samtykke

Den siste problemstillingen er knyttet til det forhold at 71 % av deltakerne i en undersøkelse gjennomført for den EU-kommisjonen i 2015, var under den oppfatning at deling av personopplysninger var nødvendig for å være delaktig i det moderne samfunnet, og at 58 % svarte at de ikke så andre alternativer enn å dele personopplysninger dersom de ønsket tilgang til nettjenester eller -produkter.¹⁵² Vil et samtykke som er avgitt ved disse premissene kunne anses som en «frivillig [...] viljesytring»?

Som det fremgår av kapittel 3.3.1, medfører koblingsforbudet etter personvernforordningen art. 7 nr. 4 at det ikke er anledning til å gjøre tilgangen til en tjeneste avhengig av et samtykke til behandling av unødvendige personopplysninger. Den koblingen som brorparten av deltakerne ga uttrykk for i undersøkelsen av 2015 kommer imidlertid ikke eksplisitt til uttrykk, og en eventuell ugyldighet må derfor følge av at den registrertes selvbestemmelsesrett er illusorisk. Det er kan argumenteres for at koblingen bidrar til å svekke selvbestemmelsesretten, men i hvilket omfang, og om dette omfanget er tilstrekkelig til å gjøre retten illusorisk, må diskuteres videre.

¹⁵¹ Datatilsynet (2015) s. 40.

¹⁵² Special Eurobarometer 431 (2015) s. 28.

5 Kildeliste

5.1 Traktater og konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 4. november 1950.
TEUV	Traktat om den Europeiske unions virkemåte, 25. mars 1957.
TEU	Traktat om den Europeiske Union, 7. februar 1992.
EUs pakt om grunnleggende rettigheter	Den Europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter, 12. desember 2007.

5.2 Forordninger og direktiver

Personverndirektivet	EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger. (Opphevet)
Datapersonverndirektivet	EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2002/58/EF av 12. juli 2002 om behandling av personopplysninger og personvern i sektoren for elektronisk kommunikasjon (direktivet om personvern og elektronisk kommunikasjon).

Personvernforordningen 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)

5.3 Praksis fra EU-domstolen

Deutsches Milch-Kontor Dom av 24. november 2006 [C5], *Deutsches Milch-Kontor*,
(2006) C-136/04, ECLI:EU:C:2005:716.

Planet49 (2019) Dom av 1. oktober 2019 [GC], *Planet49*, C-673/17,
ECLI:EU:C:2019:801.

5.4 Anbefalinger fra generaladvokat til EU-domstolen

Opinion of Advocate General Szpunar, *Planet49*, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:246.

Opinion of Advocate General Szpunar, *Orange Romania*, C-61/19, ECLI:EU:C:2020:158.

5.5 Praksis fra nasjonale tilsynsmyndigheter

Google (2019) Commission nationale de l'informatique et des libertés, *The
CNIL's restricted committee imposes a financial penalty of
50 Million euros against GOOGLE LLC*, 21. januar 2019,
[https://www.cnil.fr/en/cnils-restricted-committee-imposes-
financial-penalty-50-million-euros-against-google-llc](https://www.cnil.fr/en/cnils-restricted-committee-imposes-financial-penalty-50-million-euros-against-google-llc) (lest
11. mars 2020).

- IAB Europe (2019) Klage til The Data Protection Commission, *Formal Complaint by Dr. Ryan regarding IAB Europe A.I.S.B.I website*, 2. april 2019, <https://brave.com/wp-content/uploads/2019/04/3-April-2019-complaint-to-Data-Protection-Commission-of-Ireland-regarding-IAB-Europe-cookie-wall-and-consent-guidance.pdf> (lest 20. mai 2020).
- PWC (2019) Hellenic Data Protection Authority, *no. 26/2019*, 26. juli 2019, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/summary_of_decision_26_2019_en_2.pdf (lest 11. Februar 2020).
- Skellefteå kommun, Gymnasienämnden (2019) Datainspektionen, *DI-2019-2221*, 20. august 2019, <https://www.datainspektionen.se/globalassets/dokument/beslut/facial-recognition-used-to-monitor-the-attendance-of-students.pdf> (lest 10. februar 2020).
- Washington Post (2019) Information Commissioner's Office, *Disclosure IRQ0872554*, 18. september 2019, <https://ico.org.uk/about-the-ico/our-information/disclosure-log/irq0872554/> (lest 6. april 2020).
- ClickQuickNow Sp. z o.o. (2019) Vedtak polsk: Personal Data Protection Office, *ZSPR.421.7.2019*, 16. oktober 2019 <https://uodo.gov.pl/decyzje/ZSPR.421.7.2019> (lest 26. april 2020). Pressemelding engelsk: Personvernrådet, *Polish DPA: Withdrawal of consent shall not be impeded*, 6. november 2019, https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/polish-dpa-withdrawal-consent-shall-not-be-impeded_pt (lest 26. april 2020).

- Inteligo Media SA (2019) Personvernrådet, *The Romanian Supervisory Authority fines INTELIGO MEDIA SA*, 31. oktober 2019, https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/romanian-supervisory-authority-fines-inteligo-media-sa_en (lest 22. mai 2020).
- Nettside X (2019) Gegevensbeschermingsautoriteit, *Saksnummer: DOS-2019-01356*, 17. desember 2019, https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/BETG_12-2019_NL.pdf (lest 16. mars 2020)

5.6 Juridisk litteratur

5.6.1 Retningslinjer fra Artikkel 29-gruppen og Personvernrådet

- Artikkel 29-gruppen (2009) Article 29 Data Protection Working Party, *Second opinion 4/2009 on the World Anti-Doping Agency (WADA) International Standard for the Protection of Privacy and Personal Information, on related provisions of the WADA Code and on other privacy issues in the context of the fight against doping in sport by WADA and (national) anti-doping organizations*, 6. april 2009.
- Artikkel 29-gruppen (2011) Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 15/2011 on the definition of consent*, 13. juli 2011.
- Artikkel 29-gruppen (2017) Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on transparency under Regulation 2016/679*, 29. november 2017.
- Personvernrådet (2019a) European Data Protection Board, *Opinion 5/2019 on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities*, 12. mars 2019.

- Personvernrådet (2019b) European Data Protection Board, *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, versjon 2.0, 8. oktober 2019.
- Personvernrådet (2020) European Data Protection Board, *Guidelines 5/2020 on consent under Regulation 2016/679*, 4. mai 2020.

5.6.2 Veiledere fra nasjonale tilsynsmyndigheter

- CNIL (2020) Commission nationale de l'informatique et des libertés, *Draft Recommendation on the practical procedures for collecting the consent provided for in article 82 of the french data protection act, concerning operations of storing or gaining access to information in the terminal equipment of a user (recommendation "cookies. and other trackers")*, 14. januar 2020. Tilgjengelig ved:
https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/draft_recommendation_cookies_and_other_trackers_en.pdf (lest 11. mai 2020).

5.6.3 Bøker

- Gawronski (2019) Gawronski, Maciej, *Guide to the GDPR*, 2019. Utvalgte sider tilgjengelig ved:
https://books.google.no/books/about/Guide_to_the_GDPR.html?id=GSysDwAAQBAJ&redir_esc=y.
- Jarbekk (2019) Jarbekk, Eva og Simen Sommerfeldt, *Personvern og GDPR i praksis*, 2019.

- Kuner (2020) Kuner, Christopher, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey og Laura Drechsler, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, 2020.
- Sejerstad (2011) Sejerstad, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Tognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utg., 2011. (lastet ned fra www.juridika.no 22. januar 2020).
- Skullerud (2019) Skullerud, Åste Marie Bergseng, Cecilie Rønnevik, Jørgen Skorstad og Marius Engh Pellerud, *Personopplysningsloven og personvernforordningen (GDPR): Kommentartutgave*, 2019. (lastet ned fra www.juridika.no 30. mars 2020).
- Wessel-Aas (2018) Wessel-Aas, Jon og Magnus Ødegaard, *Personvern: Publisering og behandling av personopplysninger*, 2018.

5.6.4 Artikler

- Degeling (2019) Degeling, Martin, Christine Utz, Christopher Lentzsch, Henry Hosseini, mfl., *We Value Your Privacy... Now Take Some Cookies: Measuring the GDPR's Impact on Web Privacy*, 2019.
- Furuly (2020) Furuly, Trude, Henrik Lied og Martin Gundersen, *Avslørt av mobilen*, NRK, 9. mai 2020, <https://www.nrk.no/norge/xl/avslort-av-mobilen-1.14911685> (lest 16. mai 2020).
- Hern (2017) Hern, Alex, *'Anonymous' browsing data can be easily exposed, researchers reveal*, The Guardian, 1. august 2017, <https://www.theguardian.com/technology/2017/aug/01/data-browsing-habits-brokers> (lest 31. mars 2020).

- McDonald (2008) McDonald, Aleecia M. og Lorriw Faith Cranor, *The Cost of Reading Privacy Policies*, I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, Volum 4 nr. 3, 2008 s. 543-568. (hentet fra HeinOnline.com). (lest 19. mai 2020).
- Ryan (2019) Ryan, Johnny, *Formal GDPR complaint against IAB Europe's «cookie wall» and GDPR consent guidance*, Brave, 1. april 2019, <https://brave.com/iab-cookie-wall/> (lest 20. mai 2020).
- Shah (2019) Shah, Ali, *Blog: Cookies – what does 'good' look like?*, Information Commissioner's Office, 3. juli 2019, <https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2019/07/blog-cookies-what-does-good-look-like/> (lest 25. mars 2020).

5.7 Andre kilder

5.7.1 Rapporter

- Datatilsynet (2015) Datatilsynet, *Det store Datakappløpet: Rapport om hvordan kommersiell bruk av personopplysninger utfordrer personvernet*, 2015.
- Datatilsynet (2018) Datatilsynet, *Kunstig intelligens og personvern*, 2018.
- Facebook (2020) Facebook, *Facebook Q4 2019 Results*, 29. januar 2020, https://s21.q4cdn.com/399680738/files/doc_financials/2019/q4/Q4-2019-Earnings-Presentation-final.pdf (lest 19. mai 2020).
- Special Eurobarometer 431 (2015) Special Eurobarometer 431, *Data Protection*, 2015.

Special Eurobarometer
487a (2019)

Special Eurobarometer 487a, *The General Data Protection
Regulation*, 2019.

Teknologirådet og
datatilsynet (2016)

Teknologirådet og datatilsynet, *Personvern 2016: Tilstand
og trender*, 2016.

5.7.2 Nettsider

Datatilsynet, *Cookies og informasjonskapsler*, 20. juni 2018,
<https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/internett-og-apper/cookies/> (lest
3. mars 2020).

Datatilsynet, *Personvernprinsippene*, u.å., [https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-
plikter/personvernprinsippene](https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-plikter/personvernprinsippene) (lest 16. mars 2020).

Europa Kommissjonen, *About Article 29 Working Party*, 12. desember 2017,
https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=59485 (lest 6. mai 2020).

Europa Parlamentet, *Role of Advocates General at the CJEU*, 10. oktober 2019,
[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI\(2019\)642
237](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2019)642_237) (lest 20. mai 2020).

Information Commissioner's Office, *Principle (a): Lawfulness, fairness and transparency*,
u.å., [https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-
protection-regulation-gdpr/principles/lawfulness-fairness-and-transparency/](https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/principles/lawfulness-fairness-and-transparency/) (lest 16. mars
2020).

Information Commissioner's Office, *What is valid consent?*, u.å., [https://ico.org.uk/for-
organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-
gdpr/consent/what-is-valid-consent/#what2](https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/consent/what-is-valid-consent/#what2) (lest 8. april 2020).

Personvernrådet, *Members*, u.å., https://edpb.europa.eu/about-edpb/board/members_en (lest
6. mai 2020).

Regjeringen, *Ny personopplysningslov og EUs personvernforordning*, 20. juli 2018,
<https://www.regjeringen.no/no/tema/lov-og-rett/innsikt/ny-personopplysningslov/id2592984/>
(lest 6. mai 2020).

6 Lister figurer

Figur 1:

Skjerm bilde tatt fra Ryan, Johnny, *Formal GDPR complaint against IAB Europe's «cookie wall» and GDPR consent guidance*, 1. april 2019, <https://brave.com/iab-cookie-wall/>.

Skjerm bilde er tatt den 20. mai 2020.

Figur 2:

Skjerm bilde er tatt av www.washingtongpost.com. Skjerm bilde er tatt den 25. mars 2020.

Siden ble sist sjekket den 5. juni 2020 uten at det forelå endring.

Figur 3:

Skjerm bilde er tatt av www.nelly.com. Skjerm bilde er tatt den 16. februar 2020. Siden ble sist sjekket den 5. juni 2020 uten at det forelå endring.