

Mastergradsoppgave

JUS399

**Er samtykke som preferert rettsgrunnlag i forhold til
nødvendighet etter personopplysningsloven § 8 i
tråd med EØS-retten?**

Kandidatnr: 173064

Veileder: Bjarne Kvam

Antall ord: 12 740

(Medregnet fotnoter og sluttnoter)

31.05.2012

Innholdsfortegnelse

1. INTRODUKSJON	4
1.1 Problemstilling	4
1.2 Rettsgrunnlag og avgrensning	4
1.3 Definisjon av begreper	5
1.4 Aktualitet og motivasjon	6
1.5 Rettskildebildet	7
1.6 Den videre fremstillingen	9
2. PRESENTASJON AV RETTSGRUNNLAGENE I PERSONOPPLYSNINGSLOVEN § 8	10
2.1 Generelt om rettsgrunnlagene i § 8	10
2.2 Lov som rettsgrunnlag	11
2.3 Nødvendighet som rettsgrunnlag	11
2.4 Samtykke som rettsgrunnlag	14
2.4.1 Hva er et samtykke?	14
2.4.2 Generelt om ordlyden i § 2 nr. 7	15
2.4.3 Hva innebærer det at samtykket skal være en "frivillig (...) erklæring"?	15
2.4.4 Hva innebærer det at samtykket skal være en "uttrykkelig (...) erklæring"?	17
2.4.5 Hva innebærer det at samtykket skal være en "informert erklæring"?	18
2.4.6 Vilkårene for at et samtykke skal være gyldig etter direktiv 95/46/EF artikkel 7	19
3. SAMTYKKETS POSISJON ETTER PERSONOPPLYSNINGSLOVEN § 8	20
3.1 Oversikt over kapittel 3	20
3.2 Forløperen til personopplysningsloven: personregisterloven	21
3.3 Ordlyden i personopplysningsloven § 8	23
3.4 Personopplysningslovens forarbeider	23
3.5 Personvernemndas praksis	26
3.6 Konklusjon om samtykkets posisjon etter personopplysningsloven § 8	27
4. ER SAMTYKKE SOM PREFERERT RETTSGRUNNLAG I TRÅD MED EØS-RETTEEN?	29
4.1 Oversikt over kapittel 4	29
4.2 Hvordan skal et EØS-direktiv gjennomføres i norsk rett ifølge EØS-loven?	29
4.2.1 Innledning	29
4.2.2 EØS-avtalens lojalitetsprinsipp og EU-rettens ulovfestede krav til gjennomføring av direktiver	30
4.2.3 Minimumsharmonisering eller totalharmonisering?	33
4.3 Hvilken harmoniseringsgrad krever direktiv 95/46/EF når det gjelder artikkel 7?	33

4.4 Er samtykke et preferert rettsgrunnlag ifølge direktiv 95/46/EF artikkel 7?	36
4.5 Er samtykke som preferert rettsgrunnlag etter personopplysningsloven § 8 i tråd med EØS-retten?	40
4.5.1 Oppfyller personopplysningsloven § 8 kravet om fullharmonisering av direktiv 95/46/EF artikkel 7?	40
4.5.2 Oppfyller personopplysningsloven § 8 hovedregelen om klar og utvetydig ordlyd etter EU-domstolens ulovfestede krav?	41
4.5.3 Konklusjon om samtykke som preferert rettsgrunnlag etter personopplysningsloven § 8 er i tråd med EØS-retten	42
5. HVILKE FØLGER FÅR DET AT DIREKTIV 95/46/EF ARTIKKEL 7 ER URIKTIG GJENNOMFØRT I NORSK RETT?	42
5.1 Oversikt over kapittel 5	42
5.2 Konsekvensene etter EØS-retten	43
5.3 Konsekvensene i norsk rett	43
LITTERATURLISTE	47

1. Introduksjon

1.1 Problemstilling

Problemstillingen er om samtykke som preferert rettsgrunnlag i forhold til nødvendighet etter personopplysningsloven § 8 er i tråd med EØS-retten.

1.2 Rettsgrunnlag og avgrensning

Personopplysningsloven¹ § 8 lyder slik:

”Personopplysninger (jf. § 2 nr. 1) kan bare behandles dersom den registrerte² har samtykket, eller det er fastsatt i lov at det er adgang til slik behandling, eller behandlingen er nødvendig for

- a) å oppfylle en avtale med den registrerte, eller for å utføre gjøremål etter den registrertes ønske før en slik avtale inngås,
- b) at den behandlingsansvarlige³ skal kunne oppfylle en rettslig forpliktelse,
- c) å vareta den registrertes vitale interesser,
- d) å utføre en oppgave av allmenn interesse,
- e) å utøve offentlig myndighet, eller
- f) at den behandlingsansvarlige eller tredjepersoner som opplysningene utleveres til kan vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen.”

Bestemmelsen gjelder behandling av ordinære personopplysninger.⁴ Slik behandling kan skje når rettsgrunnlaget er samtykke, lov eller det er nødvendig grunnet et av de seks tilfellene i bokstav a til f. Det følger dermed ikke av bestemmelsens ordlyd at samtykke er preferert rettsgrunnlag, men det følger av andre rettskilder som det redegjøres for i avhandlingens kapittel 3.

Personopplysningsloven § 8 gjennomfører artikkel 7 i direktiv 95/46/EF om beskyttelse

¹ Lov av 14 april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger.

² Den registrerte er ”den som en personopplysning kan knyttes til”, jf. personopplysningsloven § 2 nr 6.

³ Den behandlingsansvarlige er ”den som bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke hjelpemidler som skal brukes”, jf. § 2 nr 4.

⁴ Jf. personopplysningsloven § 2 nr 1 og nr 8, jf. § 9.

av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger, i norsk rett.⁵ Direktivet ble tatt inn i EØS-avtalen etter EØS-komiteens vedtak 25. juni 1999.

Etter personopplysningsloven § 3 bokstav a til c gjelder loven for behandling av personopplysninger som "helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler", som "inngår eller skal inngå i et personregister" og "alle former for kameraovervåking".

Avhandlingen avgrenses til å gjelde behandling av ordinære personopplysninger. Vilkårene for behandling av sensitive personopplysninger i personopplysningsloven § 9 vil derfor ikke behandles.

1.3 Definisjon av begreper

Behandling av personopplysninger er nært knyttet til personvern. Dette kommer blant annet til uttrykk ved at hovedformålet med personopplysningsloven er "å beskytte den enkelte mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger".⁶ Ettersom personvern defineres på ulike måter er det nødvendig med en klargjøring av begrepene som brukes i avhandlingen. Det vil i avhandlingen skilles mellom personvern og personopplysningsvern.

Med *personvern* menes beskyttelse og respekt for hvert enkelt menneske. Således gjør hensynene til privatlivets fred, personlig integritet og herunder hensynet til privat autonomi og selvutfoldelse seg gjeldene.⁷

Med *personopplysningsvern* menes beskyttelse av opplysninger som kan knyttes til en enkeltperson. Dette vernet ivaretas blant annet ved personopplysningsloven.

⁵ Jf. Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 108.

⁶ Jf. personopplysningsloven § 1 første ledd.

⁷ Jf. personopplysningsloven § 1 annet ledd og NOU 2009:1 Individ og integritet – Personvern i det digitale samfunnet, punkt 4.1.5.

Denne forståelsen av begrepene skiller seg gjerne fra andre definisjoner. Hvor det i avhandlingen vises til arbeider og avgjørelser hvor disse begrepene har vært brukt, er det naturligvis deres forståelse av begrepet som må legges til grunn.

Det er gitt en rekke legaldefinisjoner som er relevant for avhandlingen i personopplysningsloven § 2 som tilsvarer direktiv 95/46/EF artikkel 2. Der det synes nødvendig vil det derfor vises til personopplysningsloven § 2 for legaldefinisjonen av det aktuelle begrepet første gang det benyttes.

1.4 Aktualitet og motivasjon

En vurdering av samtykke som rettsgrunnlag for behandling av personopplysninger er et aktuelt tema i dag, blant annet fordi Datatilsynet legger stor vekt på det i sitt arbeid. Noe som kommer til uttrykk i Datatilsynets overordnede mål om å "sette borgeren i stand til å ivareta sitt eget personvern", samt visjonen om å fronte "retten til selvbestemmelse, integritet og verdighet".⁸ Samtidig som behandling og vern av personopplysninger vies stadig mer oppmerksomhet i media.

En av grunnene til det økte fokuset på samtykke som rettsgrunnlag for behandling av personopplysninger er den hurtige utviklingen og den økende bruken av sosiale medier, mobilapplikasjoner og lignende tjenester som behandler brukernes personopplysninger. I de tilfeller hvor disse tjenestene faktisk krever brukernes samtykke for å behandle personopplysninger, er ikke nødvendigvis kravene til samtykke oppfylt, samtidig som det er de færreste som leser samtykkeerklæringen. Det er heller ikke gitt at brukerne som har lest den har forstått hva samtykket innebærer.

Datatilsynet uttaler i sin årsmelding at "Markedet for personopplysninger representerer enorme verdier og er i stor grad drivkraften bak utviklingen av gratis innhold og tjenester på nett".⁹ Videre uttrykker Datatilsynet bekymring for brukernes personopplysningsvern. Det fremkommer at personopplysningslovens bestemmelser

⁸ Jf. Datatilsynets årsmelding 2011 side 6. Jf. eksempelvis Datatilsynets argumentasjon i punkt 5 i Personvernemndas vedtak 2004/01 (tilgjengelig på www.personvernemnda.no).

⁹ Jf. Datatilsynets årsmelding 2011, side 10: 3. Tendenser og overordnede utviklingstrekk.

som pålegger den behandlingsansvarlige plikter og gir brukerne rettigheter, gjerne ikke overholdes slik de burde.¹⁰

Som eksempel på at personopplysninger behandles uten samtykke vises det til kommentaren til Frode Bjerke i Bergens Tidende den 19. desember 2011: "Facebook ser deg". Hvor det kommer frem at Facebook Inc. har innrømmet at de i det skjulte oppretter "en informasjonskapsel (cookie) i nettleseren din" og dermed kan "kartlegge nettverkets innloggede og ikke-innloggede medlemmer[s]" surfevaner. Disse opplysningene kan Facebook eksempelvis bruke til "å lage brukerprofiler for å selge målstyrte annonser".

Det finnes også firmaer som har avtaler med nettstedet om at de får lov til å samle informasjon om hvem nettstedenes brukere er. Dette kommer frem i artikkelen "Klikkenes skjulte univers" av Håkon F. Høydal i VG Helg 28. april 2012. Informasjonen som samles inn er datamaskinens IP-adresse, hvilket land en er i, hvilke nettsider en besøker og hvilken nettleser en benytter. Ut fra denne informasjonen vises annonser som er tilpasset den enkelte nettbrukeren. I artikkelen påpekes det at misbrukspotensialet er stort fordi informasjonen som samles inn, kan brukes til å avdekke private sider ved nettbrukerne, eksempelvis religiøse og politiske synspunkt og seksuell legning.

Denne skjulte innsamlingen og utnyttelsen av informasjon vi legger igjen på nettet, har vært ukjent for meg frem til jeg begynte å se nærmere på behandling av personopplysninger. Underveis har derfor ønsket om å forstå mer av hva som skjer "bak skjermen" – hva man faktisk samtykker til, og hvilke rettigheter man har som bruker av disse tjenestene, blitt en stor motivasjon for avhandlingen.

1.5 Rettskildebildet

I det følgende skal det kort redegjøres for rettskildefaktorer som gjør seg særlig gjeldene ved tolkningen av personopplysningsloven § 8.

¹⁰ Jf. Datatilsynets årsmelding 2011, side 12.

I Norge og Norden er det tradisjon for å gi korte og generelle lovbestemmelser.¹¹

Bestemmelsene utdypes normalt i lovforarbeidene og forarbeidene kan derfor bidra til tolkningen av lovens ordlyd. Både forarbeidene og lovteksten er uttrykk for lovgivers vilje og har dermed stor rettskildemessig vekt.¹²

En annen rettskildefaktor som er relevant ved tolkningen av personopplysningsloven § 8 er annen myndighetspraksis i form av Personvernemndas og Datatilsynets praksis.¹³ Etter personopplysningsloven § 42 skal Datatilsynet overvåke at

personopplysningslovens bestemmelser blir fulgt og treffe vedtak for å sikre dette. Personvernemnda har etter personopplysningsloven § 43 kompetanse til å behandle

klager på Datatilsynets avgjørelser. Det vises i § 43 til personopplysningsloven § 42 fjerde ledd hvor det står at Datatilsynets avgjørelser som er tatt i medhold av "§ 9, § 12, § 27, § 28, § 30, § 33, § 34, § 35, § 44, § 46 og § 47" kan påklages til Personvernemnda. Det kan fremstå som at bestemmelsen begrenser Personvernemndas kompetanse til å behandle klager på Datatilsynets vedtak som er fattet i medhold av andre bestemmelser enn de nevnte, slik som personopplysningsloven § 8.

Justisdepartementets lovavdeling ga en uttalelse angående dette 6. desember 2004 etter en henvendelse fra Moderniseringsdepartementet (nå Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet). Etter sin tolkning kom lovavdelingen frem til at henvisningen i § 43 til § 42 fjerde ledd var ment å understreke at også andre vedtak enn enkeltvedtak kan påklages til Personvernemnda. Dette ble begrunnet i sammenhengen i loven, forarbeid og reelle hensyn. Følgelig var Personvernemnda "rette instans til å behandle klager over alle [Data]tilsynets avgjørelser, unntatt rent administrative avgjørelser". Dermed kan Personvernemnda behandle klager på Datatilsynets avgjørelser som er tatt i medhold av § 8. Personvernemndas og Datatilsynets praksis har altså stor rettskildemessig vekt ved tolkningen av personopplysningsloven.

Etter personopplysningsloven § 9 første ledd bokstav a er vilkåret for behandling av sensitive personopplysninger samtykke fra den registrerte. Grunnet legaldefinisjonen av

¹¹ Jf. Sejersted, Fredrik m.fl. (2011) Side 51.

¹² Jf. Nygaard, Nils. (2005) Side 44-45.

¹³ Jf. Nygaard, Nils. (2005) Side 30. Jf. Eckhoffs 7 rettskildefaktorer.

Samtykke i § 2 nr. 7, vil også Personvernemndas avgjørelser etter § 9 første ledd bokstav a være relevant for tolkningen av samtykke etter § 8. Derfor gjelder noen av Personvernemndas vedtak som behandles i avhandlingen sensitive personopplysninger, jf. § 9 første ledd bokstav a.

Ettersom personopplysningsloven § 8 gjennomfører direktiv 95/46/EF artikkel 7 i norsk rett, vil relevante rettskilder fra EØS-retten også kunne ha rettskildemessig vekt ved tolkningen. Eksempelvis direktivenes forarbeider og fortale og rettspraksis fra EFTA-domstolen. Videre følger det av EØS-avtalen artikkel 6 og ODA-avtalen artikkel 3 nr. 1 at avtalens bestemmelser "så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende" EU-regler skal "fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale". Det følger av homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen artikkel 1 at EU-domstolens senere rettspraksis skal tillegges vekt, noe Høyesterett har fulgt opp.¹⁴

1.6 Den videre fremstillingen

Det vil i kapittel 2 gis en presentasjon av de tre rettsgrunnlagene i § 8 og bakgrunnen for dem. Vilkårene for at det skal foreligge et gyldig samtykke vil her behandles utførlig. Deretter vil det kort drøftes om vilkårene for hva som er et gyldig samtykke i personopplysningsloven § 8 er i tråd med direktiv 95/46/EF artikkel 7, slik EØS-retten krever.

I kapittel 3 foretas det en tolkning av samtykkets stilling som rettsgrunnlag etter personopplysningsloven § 8 i forhold til nødvendighetsgrunnene. I den forbindelse vil det foretas en grundig gjennomgang av hver av rettskildefaktorene som kan bidra til å klarlegge forholdet mellom rettsgrunnlagene i § 8.

Deretter vil det gis en innføring i hvilke krav som stilles ved gjennomføringen av et EØS-direktiv i norsk rett (kapittel 4). I dette kapitlet drøftes også hvilken

¹⁴ Se for eksempel Rt. 1997 s. 1954 s. 1960, Rt. 2000 s. 1811 s. 1828-1829, jf. Sejersted, Fredrik m.fl. (2011) Side 224.

harmoniseringsgrad¹⁵ direktiv 95/46/EF krever når det gjelder artikkel 7 og hvorvidt samtykke er preferert rettsgrunnlag etter direktivet. Før det drøftes om den norske gjennomføringen av direktiv 95/46/EF artikkel 7 er i tråd med EØS-retten.

Til slutt drøftes det i kapittel 5 hvilke konsekvenser det får at direktivet er uriktig gjennomført i norsk rett.

2. Presentasjon av rettsgrunnlagene i personopplysningsloven § 8

2.1 Generelt om rettsgrunnlagene i § 8

Etter personopplysningsloven § 8 er behandling av personopplysninger kun lovlig dersom rettsgrunnlaget er "den registrerte[s] samtykke(..)", "lov" eller det er "nødvendig" etter et alternativ i bokstav a til f. Vilkårene er generelle og uttømmende og gjelder for all behandling av ordinære personopplysninger hvor loven kommer til anvendelse.¹⁶

Det følger implisitt av ordlyden i personopplysningsloven § 11 bokstav a og ordlyden i personopplysningsloven § 8 at vilkårene i § 8 må være oppfylt før behandlingen av personopplysninger starter. Etter § 11 er det opp til den behandlingsansvarlige å vurdere om et av rettsgrunnlagene i § 8 er oppfylt. Men Datatilsynet overvåker at bestemmelsen etterfølges, og etter personopplysningsloven § 31 er det meldeplikt til Datatilsynet for all behandling av ordinære personopplysninger som skjer med elektroniske hjelpemidler. Videre kreves det konsesjon fra Datatilsynet for behandling av ordinære personopplysninger når behandlingen "åpenbart vil krenke tungtveiende personverninteresser".¹⁷

I avsnitt 2.2, 2.3 og 2.4 vil de tre rettsgrunnlagene i personopplysningsloven § 8 presenteres. Rettsgrunnlaget samtykke og kravene til dette vil behandles mer

¹⁵ Hva som menes med ordet harmoniseringsgrad utdypes i avhandlingens avsnitt 4.2.3.

¹⁶ Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 108.

¹⁷ Jf. personopplysningsloven § 33 annet ledd.

dyptgående ettersom samtykkets stilling som rettslig grunnlag er hovedfokuset i avhandlingen (avsnitt 2.4.1-2.4.5). I avsnitt 2.4.6 vil det foretas en kort sammenligning av vilkårene for at det skal foreligge et gyldig samtykke etter personopplysningsloven § 8 og direktiv 95/46/EF artikkel 7.

2.2 Lov som rettsgrunnlag

Lov som rettslig grunnlag for å behandle personopplysninger er ikke eksplisitt nevnt i direktiv 95/46/EF artikkel 7, som personopplysningsloven § 8 gjennomfører i norsk rett. Men departementet mente at det var "naturlig å fremheve lovhjemmel som et selvstendig vilkår for å kunne behandle personopplysninger", på tross av at man "i slike tilfeller vil kunne benytte et av alternativene i bokstav a til f som hjemmelsgrunnlag".¹⁸ Dette ble begrunnet i at "bestemmelsen her ikke skal oppstille tilleggsvilkår for å behandle personopplysninger når Stortinget allerede har bestemt at behandlingen er nødvendig for å vareta viktige samfunnsinteresser".¹⁹ Videre følger det av forarbeidene at jo mer inngripende behandlingen av personopplysninger er for den registrerte, desto klarere lovhjemmel kreves det for behandlingen.²⁰ Når Stortinget har vedtatt en lovhjemmel for å behandle personopplysninger, vil det ikke være behov for at den registrerte skal samtykke til behandlingen. Dermed vil ikke samtykke være preferert rettsgrunnlag fremfor lov.

2.3 Nødvendighet som rettsgrunnlag

Når det er "nødvendig" etter et av alternativene i personopplysningsloven § 8 bokstav a til f å behandle personopplysninger, foreligger det rettslig grunnlag for slik behandling. En naturlig forståelse av ordlyden "nødvendig" er at det må foreligge et betydelig behov for behandlingen av personopplysningene. Vilåårene i § 8 bokstav a til f er skjønnsmessige, se som eksempel ordlyden "den registrertes vitale interesser" i bokstav c. Den behandlingsansvarlige må derfor ifølge forarbeidene foreta "en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle" før han avgjør om det er nødvendig å behandle

¹⁸ Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 108.

¹⁹ Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 108.

²⁰ Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 108.

personopplysningene.²¹ Ved vurderingen må det legges vekt på hvilken form for behandling som skal benyttes. Eksempelvis nevnes det i forarbeidene at det kan tenkes at "innsamling av opplysningene er nødvendig, men at utlevering av dem ikke er det".²² Datatilsynets og Personvernemndas praksis må og vektlegges ved vurderingen, ettersom disse har ansvaret for at loven etterleves og behandler klagesaker.²³

Etter personopplysningsloven § 8 bokstav a kan personopplysninger behandles når det er nødvendig for "å oppfylle en avtale med den registrerte, eller for å utføre gjøremål etter den registrertes ønske før en slik avtale inngås". Et eksempel på det første alternativet er når den registrerte har et mobilabonnement hos et teleselskap. Det vil da være nødvendig for teleselskapet å behandle personopplysninger for å oppfylle avtalen med den registrerte. Et eksempel på det andre alternativet er når den registrerte ønsker tilbud om lån. For å kunne gi et slikt tilbud er det nødvendig for finansieringsinstitusjonen å behandle personopplysninger forut for avtaleinngåelse, blant annet for å foreta en kredittsjekk av den registrerte.²⁴

Bokstav b gir rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger når det er nødvendig for "at den behandlingsansvarlige skal kunne oppfylle en rettslig forpliktelse". Etter forarbeidene omfatter ordlyden tilfeller hvor den ansvarlige gjennom lov, forskrift, dom, forvaltningsvedtak eller internasjonale regler er pålagt å utføre oppgaver som medfører behandling av personopplysninger.²⁵ Ettersom lov er et eksplisitt rettsgrunnlag i personopplysningsloven § 8 første ledd, vil denne bestemmelsen i utgangspunktet kun få betydning når det foreligger dom, forvaltningsvedtak eller internasjonale regler.

Dersom det er nødvendig for "å vareta den registrertes vitale interesser" gir bokstav c hjemmel for behandling av personopplysninger. I fortalen til direktiv 95/46/EF innebærer dette situasjoner hvor behandling av personopplysninger er av vesentlig

²¹ Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 108.

²² Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 108.

²³ Jf. personopplysningsloven §§ 42 og 43.

²⁴ Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 109.

²⁵ Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 109.

betydning for den registrertes liv.²⁶

Av bokstav d følger det at personopplysninger kan behandles når det er nødvendig for "å utføre en oppgave av allmenn interesse". Statistisk, historisk eller vitenskapelig virksomhet er etter forarbeidene eksempler på hvordan behandling av personopplysninger kan ha allmenn interesse. Personvernemndas klagesak 2004/04 gjaldt innvilgelse av konsesjon til et forskningsprosjekt om selvskading. Nemnda uttalte at det måtte foretas "en konkret vurdering av i hvilken grad behandlingen av de aktuelle personopplysninger i prosjektet er av allmenn interesse".²⁷ Det ble lagt vekt på at det var samfunnets ansvar å hjelpe de utsatte menneskene, samt at forskningsprosjektet kunne bidra til bedre behandlingsmetoder.²⁸

Videre kan personopplysninger behandles når det er nødvendig for "å utøve offentlig myndighet" etter bokstav e. Dette vilkåret gjelder i følge forarbeidene når det offentlige fatter enkeltvedtak, samt ved de fleste administrative oppgaver.²⁹

Til slutt gir bokstav f grunnlag for å behandle personopplysninger når det er nødvendig for "at den behandlingsansvarlige eller tredjepersoner som opplysningene utleveres til kan vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen". Det følger av forarbeidene at når den behandlingsansvarlige har kommersielle interesser skal hensynet til den registrertes personvern ha betydelig vekt.³⁰ Dette er fulgt opp i Personvernemndas klagesak 2004/3 hvor Posten kun hadde kommersielle interesser i å drive adressemekling og derfor ikke oppfylte vilkårene i § 8 bokstav f. I situasjoner hvor behandling av personopplysninger også innebærer en fordel for den registrerte, er terskelen lavere. Denne kan illustreres ved klagesak 2004/7 og klagesak 2009/14 hvor Personvernemnda kom til at behandlingen av personopplysningene ikke medførte en vesentlig svekkelse av personvernet. I den første saken ble det vektlagt at Altinn ved å

²⁶ Direktiv 95/46/EF, fortalen avsnitt 31.

²⁷ Jf. vedtak 2004/04, avsnitt 6.3 Personvernemndas vedtak et tilgjengelig på www.personvernemnda.no jf. litteraturlisten.

²⁸ Jf. vedtak 2004/04, avsnitt 6.3

²⁹ Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 109.

³⁰ Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 109.

lagre brukernes IP-adresser ivaretok deres interesser og sikkerhet i forhold til ID-tyveri. I den sistnevnte saken kunne Telenor lagre opplysninger om kundeforholdet til tidligere kunder. Det ble lagt vekt på at denne informasjonen kunne gagne tidligere kunder. Samt at Telenors interesse ikke var ”utpreget kommersiell, men mer knyttet til å gjøre det lettere for tidligere kunder å gjenopprette et avtaleforhold med selskapet”.

2.4 Samtykke som rettsgrunnlag

2.4.1 Hva er et samtykke?

I tillegg til at personopplysninger kan behandles når det foreligger lov, eller når et av nødvendighetsvilkårene er oppfylt, kan personopplysninger behandles etter § 8 også når det foreligger et samtykke fra den registrerte.

For at det skal foreligge et gyldig samtykke etter § 8 må legaldefinisjonen i personopplysningsloven § 2 nr. 7 være oppfylt. Etter personopplysningsloven § 2 nr. 7 defineres et samtykke som ”en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte om at han eller hun godtar behandling av opplysninger om seg selv”.

Legaldefinisjon av ”samtykke” var ny i forhold til personregisterloven³¹ og bygger på direktiv 95/46/EF artikkel 2 bokstav h.³² Selv om ordlyden er noe annerledes enn direktivets ordlyd, skal innholdet i definisjonen ”ligge(..) innenfor rammene av direktivets definisjon(..)”.³³

Vilkårene om et frivillig, uttrykkelig og informert samtykke vil behandles utdypende i punkt 2.4.3 til 2.4.5.

³¹ Lov av 9 juni 1978 nr. 48 om personregistre, som var den loven som gjaldt inntil personopplysningsloven trådte i kraft.

³² NOU 1997:19, kap. 21, § 2 nr. 7.

³³ NOU 1997:19, kap. 21, § 2.

2.4.2 Generelt om ordlyden i § 2 nr. 7

Det følger av ordlyden "erklæring fra den registrerte" at det er den registrerte selv eller den registrerte ved en fullmektig som må avgi samtykket.³⁴ Samtidig kan den registrerte på et hvilket som helst tidspunkt trekke samtykket tilbake slik at behandlingen av personopplysningene må opphøre, men behandlingen forut for dette er fremdeles lovlig.³⁵

2.4.3 Hva innebærer det at samtykket skal være en "frivillig (...) erklæring"?

En naturlig forståelse av ordlyden en "frivillig (...) erklæring" i personopplysningsloven § 2 nr. 7 er en selvbestemt og uavhengig aksept av at personopplysninger om en selv kan behandles. Etter lovproposisjonen medfører frivillighetskravet at samtykket "ikke må være gitt under noen form for tvang fra den behandlingsansvarlige eller andre".³⁶ Terskelen for når et samtykke er avgitt frivillig er blitt klarlagt av Personvernemnda i en rekke klagesaker.

Nemnda uttalte i klagesak 2003/01 på generelt grunnlag at den "ser det slik at når samtykke stilles som betingelse for å få et gode av betydning for den registrerte, vil som hovedregel samtykket ikke kunne anses å være avgitt frivillig".³⁷ I denne saken foreslo klageren Kredittnett AS at en forutsetning for innvilgelse av lånesøknad var at søkeren måtte samtykke til at hele hans låneportefølje skulle registreres i et sentralt register som norske kredittinstitusjoner ville ha tilgang til. Etersom de fleste nordmenn har behov for lån til formuesgoder som bolig og bil, vil innvilgelse av en lånesøknad være av stor betydning for dem. Ved en slik ordning som Kredittnett AS foreslo, vil ikke lånesøkerne ha en reell valgmulighet ved avgivelse av samtykke. Og Personvernemnda uttalte at det er "åpenbart" at et slikt samtykke ikke vil være "avgitt med det krav til

³⁴ NOU 1997:19, kap. 21, § 2, nr. 7.

³⁵ Ot.prp.nr. 92 (1998-99) s. 104 og 108, jf. personopplysningsloven § 27.

³⁶ Ot. prp. nr. 92 (1998-1999) s. 103-104.

³⁷ Jf. vedtak 2003/01, punkt 6, 6. avsnitt.

frivillighet som stilles i personopplysningsloven”.³⁸

I vurderingen av om et samtykke er avgitt frivillig eller under tvang, vil maktforholdet mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige ha betydning. I klagesak 2005/06 var det spørsmål om ansattes samtykke til at arbeidsgiver Securitas kunne behandle analyseresultatene fra gjennomført rusmiddelkontroll, var gyldig.³⁹ Arbeidsgiver kan gjennom sin styringsrett blant annet omorganisere arbeidet og avslutte arbeidsavtaler. Personvernnemnda vektla at ansatte kunne ha samtykket som følge av at de var usikker på hva nektelse ville medføre i fremtiden. Følgelig medførte det skjeve maktforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker at terskelen for når det forelå et frivillig samtykke ble høyere. Dermed kunne ikke samtykke være rettslig grunnlag for behandling av analyseresultatene.

Skullerud Sport Senter AS hadde etter personopplysningsloven § 8, jf. § 9 første ledd bokstav a, innhentet samtykke fra medlemmene for å ta dopingprøver og behandle analyseresultatet i klagesak 2006/06. Ved vurderingen av frivillighetskravet i personopplysningsloven § 2 nr. 7 fremhevet Personvernnemnda at samtykke til dopingprøve ikke var et vilkår for medlemskapet. Og selv om medlemmene var utsatt for ”et visst sosialt press” hadde de valgfrihet i forhold til om, når og hvor de ville samtykke. Derfor kunne treningssenteret behandle analyseresultatene. Det ble imidlertid understreket at hvem som hadde og ikke hadde samtykket måtte behandles ”konfidensielt slik at frivilligheten blir reell”.⁴⁰

De faktiske forholdene angående dopingprøver og behandling av analyseresultat er tilsvarende like i Skullerud Sport Senter-saken og i Securitas-saken. Forskjellen er maktforholdet mellom partene. I Skullerud Sport Senter-saken er det altså kun treningssenteret som får vite hvem som har og ikke har samtykket til dopingprøve. Forutsatt at opplysningene behandles konfidensielt, vil problemer med å fornye medlemskapet og lignende være den største negative følgen nektelse kan medføre i fremtiden. Denne følgen er ubetydelig for de fleste ettersom det florerer av

³⁸ Jf. vedtak 2003/01, punkt 6, nest siste avsnitt.

³⁹ jf. personopplysningsloven § 8 første alternativ og § 9 første ledd bokstav a.

⁴⁰ Jf. vedtak 2006/06, punkt 6.2.

treningssentre. Dermed har ikke treningssenteret makt over medlemmene, og terskelen for frivillig samtykke er lavere enn i Securitas-saken hvor maktfordelingen var skjev.

Oppsummert vil det ved vurderingen av om samtykke er avgitt frivillig være av betydning om det har foreligget en reell valgmulighet for den registrerte. Terskelen for når det er avgitt et frivillig samtykke vil blant annet variere i forhold til maktforholdet mellom partene.

2.4.4 Hva innebærer det at samtykket skal være en "uttrykkelig (...) erklæring"?

Vilkåret "uttrykkelig" innebærer ifølge forarbeidene at det må "klart og utvetydig fremgå at det samtykkes, hvilke behandlinger samtykket omfatter og hvilke behandlingsansvarlige det er rettet til".⁴¹ Det stilles ikke formkrav til samtykket.⁴² Men forarbeidene og Personvernemnda har utdypet hvilke typer samtykke som aksepteres.

Det fremgår av lovproposisjonen at samtykke kan avgis muntlig, skriftlig eller elektronisk.⁴³ Den behandlingsansvarlige vil fortrinnsvis benytte de to sistnevnte samtykkeformene ettersom han har bevisbyrden og derfor vil ønske notoritet.⁴⁴ Videre følger det av NOU 1997:19 at det ikke holder med "et passivt eller stilltiende samtykke, og heller ikke samtykke gjennom såkalt konkludent atferd er tilstrekkelig".⁴⁵

Personvernemnda kommer frem til det samme i vedtak 2010/09. Vedtaket gjaldt en spørreundersøkelse av 15-åringer hvor det skulle innhentes aktivt samtykke fra ungdommene til deltakelse og passivt samtykke fra foreldrene etter personopplysningsloven § 9 første ledd bokstav a. Datatilsynet uttaler i denne forbindelse at "det er viktig å presisere at passivt samtykke ikke er en form for samtykke i henhold til personopplysningsloven § 2 nr 7".⁴⁶ Personvernemnda støtter opp om dette, jf. uttalelsen: "Personopplysningsloven åpner ikke for passivt samtykke. (...) Ved

⁴¹ jf. Ot. prp. nr. 92 (1998-1999) s. 103.

⁴² jf. Ot. prp. nr. 92 (1998-1999) s. 103.

⁴³ jf. Ot. prp. nr. 92 (1998-1999) s. 103.

⁴⁴ jf. Ot. prp. nr. 92 (1998-1999) s. 103.

⁴⁵ NOU 1997:19, del III, kap. 21, § 2.

⁴⁶ Jf. vedtak 2010/09, punkt 5.1.4.

passivt samtykke er det den som ikke samtykker som må utvise aktivitet, mens den som samtykker kan forholde seg passiv. Motsatt ved aktivt samtykke. Når kravet til samtykke er at det skal være "uttrykkelig" er det bare det aktive samtykket som kan godtas".⁴⁷

Etter dette er det klart at et passivt eller stilltiende samtykke eller samtykke ved konkludent atferd ikke vil nå opp til terskelen for "uttrykkelig" samtykke. For at vilkåret skal være oppfylt må det foreligge et aktivt samtykke. Dette innebærer at den registrerte ved en aktiv handling viser at behandlingen av personopplysninger aksepteres. Noe som kan gjøres enten muntlig, skriftlig eller elektronisk.

2.4.5 Hva innebærer det at samtykket skal være en "informert erklæring"?

Kravet om at erklæringen skal være "informert", innebærer etter en naturlig forståelse at den registrerte har fått nok opplysninger til at han forstår hva han samtykker til. Han må og forstå hvilke "konsekvenser denne [erklæringen] får eller kan få".⁴⁸

Vilkåret om "informert" samtykke må sees i sammenheng med personopplysningsloven § 19. Etter denne bestemmelsen har den behandlingsansvarlige informasjonsplikt ved innsamling av opplysninger fra den registrerte. Det må gis informasjon om den behandlingsansvarlige, formålet med behandlingen, hvorvidt opplysningene skal utleveres og til hvem, at det er frivillig å oppgi opplysningene ettersom behandlingen er basert på samtykke og andre opplysninger som "gjør den registrerte i stand til å bruke sine rettigheter etter loven her på best mulig måte".⁴⁹

Selv om informasjonsplikten etter § 19 er oppfylt, medfører ikke dette nødvendigvis at vilkåret "informert" i § 2 nr. 7 er oppfylt. Det kan foreligge en høyere terskel for hvilken informasjon som må gis etter § 2 nr. 7, ettersom den registrerte må forstå hva han samtykker til.

Personvernemndas vedtak 2009/16 gjaldt innhenting av sensitive personopplysninger

⁴⁷ Jf. vedtak 2010/09, punkt 6, jf. popplyl. § 2 nr 7.

⁴⁸ Jf. NOU 1997:19, del III, kap. 21, § 2, nr 7.

⁴⁹ Jf. personopplysningsloven § 19 første ledd, bokstav a til e.

ved behandling av drosjeløyver i Oslo kommune etter personopplysningsloven § 9 første ledd bokstav a, jf. § 8. Løyvesøkerne ble informert om at det skulle innhentes ”opplysninger som er nødvendige for behandlingen av drosjeløyver (...) hos Skatteetaten, kemneren, toll- og avgiftsmyndigheter, Arbeids- og velferdsetaten (nav) og kommunenes bydelsadministrasjoner”, og ble bedt om å samtykke til dette. Personvernemnda konkluderte med at ”erklæringen må konkretiseres nærmere og de ulike personopplysninger som skal innhentes må spesifiseres” for at vilkåret ”informert” skal være oppfylt.⁵⁰

Datatilsynet skriver i sin årsmelding for 2011 at det er store utfordringer for personopplysningsvernet i forbindelse med bruk av mobilapplikasjoner og informasjonen brukerne mottar ved samtykket. Datatilsynet har gjennom sin kartlegging av app-markedet kommet frem til at det er ”liten grad av gjennomsiktighet når det gjelder *hvilke* opplysninger som samles inn om brukeren, hva som er *formålet* med innsamlingen og hvordan opplysningene eventuelt *viderebrukes*”.⁵¹

Dette viser at den registrerte må få detaljert informasjon om hvilke personopplysninger som skal behandles i tillegg til at vilkårene i § 19 må være oppfylt, for at han skal være tilstrekkelig informert. Følgelig er terskelen høy for at det foreligger et gyldig ”informert” samtykke.

2.4.6 Vilåarene for at et samtykke skal være gyldig etter direktiv 95/46/EF artikkel 7

Personopplysningsloven § 8 gjennomfører direktiv 95/46/EF i norsk rett. Spørsmålet her er om vilåarene for hva som er et gyldig samtykke i personopplysningsloven § 8 er i tråd med direktiv 95/46/EF artikkel 7, slik EØS-retten krever.

Lovlig behandling av personopplysninger kan etter direktiv 95/46/EF artikkel 7 skje dersom ”den registrerte har gitt sitt utvetydige samtykke”.

Ordlyden i direktivets artikkel 7 bokstav a skiller seg fra ordlyden i

⁵⁰ Jf. vedtak 2009/16, punkt 6, jf. popplyl. § 2 nr 7.

⁵¹ Jf. Datatilsynets årsmelding 2011, s. 12.

personopplysningsloven § 8 første ledd ved å presisere at samtykket må være "utvetydig". I tillegg til vilkåret "utvetydig" må legaldefinisjonen i artikkel 2 bokstav h være oppfylt for at det skal foreligge et gyldig samtykke etter direktivet. Etter artikkel 2 bokstav h defineres samtykke som "enhver frivillig, spesifikk og informert viljesytring om at den registrerte gir sitt samtykke til at personopplysninger om vedkommende blir behandlet". Følgelig er det liten forskjell fra den norske ordlyden i § 2 nr. 7 hvor synonymene "uttrykkelig" og "erklæring" er brukt i stedet for "spesifikk" og "viljesytring". Ordet "uttrykkelig" omfatter også betydningen "utvetydig".

I EU-retten er det ulike språkversjoner av direktivene.⁵² Ordlyden har derfor mindre vekt enn i norsk rett, og det er bestemmelsens innhold og formål som er viktig.⁵³ I NOU 1997:19 er det uttalt at "De fleste av definisjonene har fått en noe annen utforming enn de tilsvarende definisjonene i direktivet, men innholdet i definisjonene ligger innenfor rammene av direktivets definisjoner".⁵⁴

Etter dette legges det til grunn at selv om ordlyden er noe ulik er kravet til samtykke likt etter direktivet artikkel 7 bokstav a, jf. artikkel 2 bokstav h og etter personopplysningsloven § 8, jf. § 2 nr. 7.⁵⁵ Dette er i tråd med EØS-rettens krav til homogenitet.⁵⁶

3. Samtykkets posisjon etter personopplysningsloven § 8

3.1 Oversikt over kapittel 3

I dette kapitlet drøftes samtykkets posisjon etter personopplysningsloven § 8. Spørsmålet er om samtykke har en preferert posisjon som rettsgrunnlag. Det skal først redegjøres for hva rettstilstanden var forut for personopplysningsloven (avsnitt 3.2). Deretter drøftes rettskildedefaktorene som kaster lys over samtykkets posisjon etter § 8.

⁵² Jf. EØS-avtalen art. 129.

⁵³ Jf. Sejersted, Fredrik m.fl. (2011) Side 44-45.

⁵⁴ Jf. NOU 1997:19, del III, kap. 21, § 2.

⁵⁵ Jf. avhandlingens avsnitt 2.4.

⁵⁶ Jf. EØS-avtalen art. 1.

Først drøftes ordlyden i § 8 (avsnitt 3.3) og forarbeidene (avsnitt 3.4). Deretter behandles Personvernemndas praksis (avsnitt 3.5), før det konkluderes i avsnitt 3.6.

3.2 Forløperen til personopplysningsloven: personregisterloven

Personopplysningsloven avløste personregisterloven av 9. juni 1978 nr. 48. Derfor er det naturlig å først se på samtykkets posisjon ifølge denne loven.

Forslaget til personregisterloven ble fremmet i Ot.prp.nr. 2 (1977-1978) og var basert på utredningene i NOU 1974:22 Persondata og personvern og NOU 1975:10 Offentlige persondatasystem og personvern. Bakgrunnen for dette arbeidet var et økende fokus på personopplysningsvern grunnet utviklingen og bruken av elektronisk databehandling (EDB).⁵⁷ Departementet og utvalgene fant "grunn til nye lovtiltak for å verne om den personlige integritet".⁵⁸

I Ot.prp.nr. 2 (1977-1978) vurderes det hovedsakelig om det er forholdsnormer eller konsesjonsplikt som vil gi best beskyttelse av personopplysninger. Ved forholdsnormer er det lovbestemmelser eller forskrifter som direkte sier hvordan personopplysninger kan eller ikke kan brukes, hvilke plikter den registeransvarlige har og hvilke rettigheter den registrerte har.⁵⁹ Ved konsesjonsplikt vil Datatilsynet "gjennom regler eller vilkår i den enkelte konsesjon kunne fastsette hvordan registeret skal brukes, og det kan fastsettes regler om sikring av systemet og om de rettigheter den enkelte skal ha".⁶⁰ Følgelig er det ved begge alternativene opp til myndighetene ved henholdsvis Stortinget eller Datatilsynet å regulere og kontrollere bruken og registreringen av personopplysninger.

Etter personregisterloven ble hovedregelen krav om konsesjon fra Datatilsynet ved opprettelse av personregistre som brukte "elektroniske hjelpemidler" og registre som inneholdt sensitive personopplysninger, samt for "annen type bruk av

⁵⁷ Ot.prp.nr. 2 (1977-1978), 1 Proposisjonens hovedinnhold.

⁵⁸ Ot.prp.nr. 2 (1977-1978), 1 Proposisjonens hovedinnhold.

⁵⁹ Ot.prp.nr. 2 (1977-1978) s. 26, avsnitt 5.1 og s. 34.

⁶⁰ Ot.prp.nr. 2 (1977-1978) s. 33-34. Jf. pregl. § 9, jf. Kongelig resolusjon av 21. desember 1979.

personopplysninger i visse typer virksomhet”.⁶¹ Personregisterloven gjaldt etter § 1 for offentlig og privat virksomhet og for personopplysninger ”om identifiserbare enkeltpersoner, sammenslutninger eller stiftelser”.

Hvorvidt konsesjon ble innvilget ble etter § 10 avgjort av Datatilsynet som vurderte om ”opprettelse og bruk av personregisteret kan volde problemer for den enkelte” og om dette ble ”oppveid av hensyn som taler for at registeret blir opprettet” eller av at Datatilsynet fastsatte vilkår for registeret etter § 11.

Videre var utgangspunktet etter § 7 at den registrerte hadde full innsynsrett i personregistre som gjorde ”bruk av elektroniske hjelpemidler”. De registrerte personopplysningene kunne etter § 8 ”rettes, slettes eller suppleres” når en eventuell mangel med dem kunne få ”betydning for den registrerte”.

Generelt for alle personregistre var det et vilkår for registrering av personopplysninger at den var ”saklig begrunnet ut fra hensynet til administrasjon og virksomhet i det organ eller foretak som foretar registreringen”.⁶² Registrering av sensitive personopplysninger måtte i tillegg være ”nødvendig”.⁶³ Ifølge personregisterloven kunne man ikke samtykke til at personopplysninger om en selv ble registrert uavhengig av om de lovfestede kravene var oppfylt. Den registrerte hadde altså ingen selvbestemmelsesrett.

Samtykke som vilkår for behandling av personopplysninger var imidlertid ikke ukjent ved utarbeidelsen av personregisterloven. Etter personregisterloven § 33 var det ved opinions- og markedsundersøkelser krav om samtykke fra den opplysningene gjaldt ved innføring i visse register, og ved lagring av opplysninger som kunne henføres til den enkelte personen i mer enn seks måneder. I Ot.prp.nr. 2 (1977-1978) redegjøres det eksempelvis for Vest-Tyskland sin datalov av 10 november 1976 som hadde til formål å beskytte registrerte opplysninger om enkeltpersoner.⁶⁴ I den forbindelse uttales det at ”[l]ovens hovedprinsipp er at registrering av personopplysninger bare er tillatt hvor

⁶¹ Jf. Personregisterloven § 9, jf. § 1, jf. kap. 5-8.

⁶² Jf. Personregisterloven § 6 første ledd.

⁶³ Jf. Personregisterloven § 6 annet ledd.

⁶⁴ Ot.prp.nr. 2 (1977-1978) s. 11.

dette følger av dataloven selv eller andre rettsregler, eller hvor datasubjektet selv har gitt samtykke til dette”.⁶⁵

Grunnen til at samtykke ikke ble vurdert som vilkår for registrering av personopplysninger er nok som forarbeidene og lovens ordlyd viser, at holdningen på dette tidspunktet var at det var myndighetene som var best egnet til å verne om den personlige integritet, og ikke enkeltpersonene selv.

3.3 Ordlyden i personopplysningsloven § 8

Behandling av personopplysninger etter personopplysningsloven § 8 er som nevnt kun lovlig dersom ”den registrerte har samtykket, eller det er fastsatt i lov at det er adgang til slik behandling, eller behandlingen er nødvendig” etter et alternativ i bokstav a til f. Ettersom samtykke er nevnt først kan det tyde på at samtykke er preferert rettsgrunnlag. Det står imidlertid ”eller” mellom de tre rettsgrunnlagene noe som taler for at samtykke ikke er preferert rettsgrunnlag. På bakgrunn av bestemmelsens ordlyd og oppbygning fremstår derfor de tre rettsgrunnlagene samtykke, lov og nødvendighet som likestilte, alternative vilkår.

3.4 Personopplysningslovens forarbeider

Utarbeidelsen av personopplysningsloven startet ved NOU 1997:19. Det var behov for ny rettslig regulering grunnet den administrative, økonomiske og teknologiske utviklingen på området som medførte nye utfordringer for personopplysningsvernet.⁶⁶ Samt at det var forventet at EUs direktiv 95/46/EF om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger, skulle innlemmes i EØS-avtalen slik at norsk rett måtte være i samsvar med direktivet.⁶⁷

Stortinget hadde forut for NOU 1997:19 fattet et vedtak hvor det ba Regjeringen legge

⁶⁵ Ot.prp.nr. 2 (1977-1978) s. 11.

⁶⁶ NOU 1997:19, del I, kap. 2, punkt 2.2.

⁶⁷ NOU 1997:19, del I, kap. 2, punkt 2.2.

fram forslag om "en formålsparagraf som slår fast retten til vern mot utilbørlig inngripen i menneskers privatliv".⁶⁸ På bakgrunn av dette fremmet utvalget forslag om at lovens formål skulle være at behandling av personopplyninger "skjer i samsvar med grunnleggende personvern hensyn, herunder behovet for tilstrekkelig opplysningskvalitet, personlig integritet og privatlivets fred".⁶⁹

Ettersom kompetanse til å samtykke er begrunnet med hensynet til den private autonomi, og således hensynet til personlige integritet, kan Stortingets ønske tolkes som at lovgiver gav føringer på at samtykke skulle være preferert rettsgrunnlag. Men selv om formålet er å verne den personlige integritet, kan det være ulike synspunkter på hvordan dette gjøres best mulig. Det kan eksempelvis være at den enkelte gis bedre kontroll over personopplysninger om seg selv ved samtykkekrav eller ved at myndighetene regulerer hvilke personopplysninger som kan behandles. Det siste var tilfellet ved personregisterloven som også hadde til formål å verne om den personlige integritet.⁷⁰

I NOU 1997:19 ble det ikke fremmet forslag om en tilsvarende bestemmelse som den någjeldende § 8. Men det ble uttalt at "prinsippene i direktivet artikkel 7" kom til uttrykk i en bestemmelse som stilte "krav til lovlig og saklig formål for" behandling av personopplysninger.⁷¹ Et av utvalgets medlemmer foreslo en formålsbestemmelse hvor blant annet rettsgrunnlagene samtykke, lovhjemmel og rettslig beslutning ble direkte uttalt.⁷² Utvalget mente at forslaget øvrige lovbestemmelser ivaretok disse synspunktene "og at det ikke er hensiktsmessig med en formålsparagraf med materielle regler".⁷³

I Ot.prp.nr. 92 (1998-1999) s. 108 mente departementet at det var "viktig å få lovfestet generelle behandlingsvilkår, som f eks krav om samtykke", og fremmet derfor forslag om dette ved § 8 som ble vedtatt. Bakgrunnen for dette var at departementet mente at det

⁶⁸ NOU 1997:19, del I, kap. 2, punkt 2.1, punkt c og NOU 1997:19, del III, kap. 21, kap. 1, § 1.

⁶⁹ NOU 1997:19, del III, kap. 21, kap. 1, § 1.

⁷⁰ Jf. Ot.prp.nr.2 (1977-1978), 1. Proposisjonens hovedinnhold.

⁷¹ NOU 1997:19, del III, kap. 21, kap. 2, § 7

⁷² NOU 1997:19, del III, kap. 21, kap. 1, § 1.

⁷³ NOU 1997:19, del III, kap. 21, kap. 1, § 1.

ville være i samsvar med direktiv 95/46/EF og lovforslagene i de andre nordiske landene.⁷⁴

Ved gjennomgangen av § 8 uttaler departementet at "Behandling av personopplysninger bør i størst mulig utstrekning baseres på samtykke fra den registrerte, selv om den også kan hjemles i de grunnlagene som oppstilles i bokstavene a-f. For det første vil dette styrke den registrertes muligheter til å råde over opplysninger om seg selv. For det annet vil man ved å basere behandlingen på samtykke unngå mulig tvil om de mer skjønnsmessige vilkårene i bokstavene a til f er oppfylt".⁷⁵

Departementet uttalte altså direkte at samtykke skal være preferert rettsgrunnlag før nødvendighetsgrunnene, selv om det av oppbyggingen og ordlyden i § 8 fremstår som at vilkårene er alternative og likestilte. Når samtykke er preferert rettsgrunnlag blir terskelen for å behandle personopplysninger høyere enn om samtykke er likestilt med nødvendighetsgrunnene, og den registrerte får økte rettigheter.

Hvilken vekt uttalelsen var ment å ha er uvisst ettersom det ikke ble nedfelt i loven at samtykke skulle ha en preferert posisjon. Departementet har heller ikke redegjort for i hvilke tilfeller et av grunnlagene i bokstav a til f kan brukes i stedet for samtykke. Etter dette synes ikke uttalelsen å være særlig gjennomtenkt eller ha særlig rettskildemessig vekt. På den annen side er det normalt i norsk rett å gi generelle lovbestemmelser for deretter å presisere disse i forarbeidene.⁷⁶ Men presiseringen av bestemmelsen i forarbeidene gjelder normalt innholdet i et vilkår, se eksempelvis sitatene fra forarbeidene under vurderingen av vilkåret "uttrykkelig".⁷⁷ Og ikke hvorvidt et rettsgrunnlag er prioritert foran andre.

Departementets begrunnelse for at samtykke skal ha en preferert posisjon er at de registrerte vil få bedre kontroll over hvilke av personopplysningene om de selv som behandles. Denne begrunnelsen må sees i sammenheng med § 1 som fastslår lovens

⁷⁴ Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 63.

⁷⁵ Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 108.

⁷⁶ Jf. avhandlingens avsnitt 1.5 "Rettskildebildet".

⁷⁷ Jf. avhandlingens avsnitt 2.4.4.

formål og som vil være et moment ved tolkningen av lovens øvrige regler.⁷⁸

Formålsbestemmelsen fremhever blant annet hensynet til "personlig integritet" og følgelig den private autonomi. Som nevnt er evnen til å samtykke begrunnet i den private autonomi. Dermed kan en se det slik at det er når samtykke er preferert rettsgrunnlag hensynet til personlig integritet og lovens formål blir best ivaretatt.

Dette er imidlertid ikke opplagt ettersom det avhenger av om man mener det er myndighetene eller den registrerte som er best egnet til ivareta lovens formål. Etter dette synes departementets holdning å være at det er de registrerte som selv er best egnet til å ivareta hensynet til personlig integritet gjennom samtykke. I motsetning til hva som var tilfellet etter personregisterloven, da holdningen var at det var myndighetene som var best egnet til dette.

På bakgrunn av departementets klare uttalelse i proposisjonen og begrunnelsen for denne, taler forarbeidene for at samtykke er preferert rettsgrunnlag foran nødvendighetsgrunnene.

3.5 Personvernemndas praksis

Personvernemndas praksis har, som nevnt i avsnitt 1.5, betydning ved tolkningen av personopplysningslovens bestemmelser.

Personvernemndas vedtak 2004/01 (STAMI) gjaldt spørsmål om en oppfølgingsundersøkelse angående kreft og lungesykdommer (sensitive opplysninger) kunne baseres på nødvendighetsvilkåret i § 8 bokstav d, eller om det krevdes samtykke etter § 8. Personvernemnda uttaler at samtykke som rettsgrunnlag er hovedregelen for behandling av personopplysninger.⁷⁹

Personvernemnda begrunner samtykkets prefererte stilling med departementets uttalelse i forarbeidene.⁸⁰ For å underbygge denne tolkningen ytterligere henvises det til

⁷⁸ Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 101.

⁷⁹ Jf. Vedtak 2004/01, punkt 6.2.

⁸⁰ Jf. Vedtak 2004/01, punkt 6.2. Jf. avhandlingens kapittel 3.4, jf. Ot.prp.nr.92 (1998-99) s. 108.

helseregisterloven av 2001 nr. 24 § 5 tredje ledd. Bestemmelsen uttrykker hovedregelen ettersom det kreves at ved innhenting av helseopplysninger "skal samtykke fra den registrerte foreligge, hvis ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov". Nemnda viser også til at hensynet til "den enkeltes autonomi" som ligger bak personopplysningsloven og direktiv 95/46/EF, også skal ha betydning i forhold til behandling av personopplysninger.⁸¹

Videre følger det av Personvernemndas vedtak at dersom det skal gjøres unntak fra hovedregelen om samtykke, "må det (...) foreligge en begrunnelse".⁸² Altså må det foretas en vurdering av om samtykke eller et av nødvendighetsvilkårene skal være rettsgrunnlag. I vurderingen må det tas "hensyn til de konkrete argumentene for å velge nødvendighetsbegrunnelsen, og hvor tungtveiende de er i den konkrete sak".⁸³ Begrunnelsen kan derimot "ikke bare være en ren hensiktsmessighetsbetraktning, f.eks. å unngå kostnader, spare tid eller lignende – selv om slike begrunnelser selvsagt også må vurderes konkret i forhold til den enkelte sak".⁸⁴

Personvernemnda og Datatilsynet har i senere praksis fulgt opp hovedregelen om at samtykke er preferert rettsgrunnlag.⁸⁵

Dermed er hovedregelen etter Personvernemndas praksis at samtykke er preferert rettsgrunnlag foran nødvendighetsvilkårene.

3.6 Konklusjon om samtykkets posisjon etter personopplysningsloven § 8

Alene taler ordlyden og oppbygningen av personopplysningsloven § 8 som nevnt for at de tre rettsgrunnlagene er likestilte og alternative.

⁸¹ Jf. Vedtak 2004/01, punkt 6.2.

⁸² Jf. Vedtak 2004/01, punkt 6.2.

⁸³ Jf. Vedtak 2004/01, punkt 6.2.

⁸⁴ Jf. Vedtak 2004/01, punkt 6.2.

⁸⁵ Jf. eksempelvis uttalelser i vedtak 2004/2, 2005/8, 2005/9, 2005/10, 2007/07.

Lovens formål skal ifølge forarbeidene være et moment ved tolkningen av § 8.⁸⁶ Men hvorvidt lovens formål taler for eller i mot at samtykke skal ha en preferert posisjon, vil variere i forhold til hvem man mener er best egnet til å ivareta behovet for personlig integritet, myndighetene eller den registrerte selv. Dersom man mener at det er den registrerte som er best egnet, taler dette for at samtykke skal være preferert rettsgrunnlag. Dette er begrunnet i at kompetansen til å samtykke er hjemlet i den private autonomi. Hensynet til personlig integritet vil derfor bli best ivaretatt ved samtykke.

Departementet uttalte direkte i Ot.prp.nr. 92 (1998-99) at samtykke skulle være preferert rettsgrunnlag.⁸⁷ Og begrunnet dette i at den registrerte skulle få bedre kontroll over opplysninger om seg selv. Dette tyder på at departementets holdning var at det er den registrerte selv som er best egnet til å ivareta hensynet til den personlige integritet. Følgelig taler formålsbestemmelsen, sammenhengen i loven og forarbeidene for at samtykke skal være preferert rettsgrunnlag.

Et annet argument som taler for det samme og som har rettskildemessig vekt er Personvernemndas praksis. Som påpekt under vurderingen av departementets uttalelse i avhandlingens avsnitt 3.4, er det uvisst hvilken vekt den var ment å ha ettersom det ikke ble nedfelt i loven at samtykke skulle ha en preferert posisjon som rettsgrunnlag.⁸⁸ Personvernemnda har imidlertid vært konsekvent i sin tolkning av uttalelsen i forarbeidene og av § 8, og har siden vedtak 2004/01 (STAMI) lagt til grunn at samtykke er hovedregelen. Det samme har Datatilsynet i sin praksis.⁸⁹

Konklusjonen er at dersom det ikke er fastsatt i lov at det er adgang til å behandle personopplysninger, er samtykke preferert rettsgrunnlag fremfor nødvendighet, ifølge personopplysningsloven § 8. Nødvendighetsgrunnene kan imidlertid anvendes som rettsgrunnlag når det foreligger en begrunnelse.⁹⁰

⁸⁶ Jf. Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 101.

⁸⁷ Jf. Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 108.

⁸⁸ Jf. Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 108.

⁸⁹ Jf. Datatilsynets årsmelding 2011 side 6.

⁹⁰ Jf. avhandlingens avsnitt 3.5.

4. Er samtykke som preferert rettsgrunnlag i tråd med EØS-retten?

4.1 Oversikt over kapittel 4

I dette kapitlet behandles EØS-retten og forholdet mellom denne og norsk rett ved gjennomføringen av et EØS-direktiv. Først vil det redegjøres generelt for hvilke krav som stilles til gjennomføringen av et EØS-direktiv i norsk rett (avsnitt 4.2). Deretter drøftes det hvilken harmoniseringsgrad direktiv 95/46/EF krever når det gjelder artikkel 7 (avsnitt 4.3). Deretter vurderes det i avsnitt 4.4 om samtykke er preferert rettsgrunnlag etter direktiv 95/46/EF artikkel 7. Til slutt reises spørsmålet om den norske gjennomføringen av personopplysningsloven § 8 er forenelig med EØS-retten (avsnitt 4.5).

4.2 Hvordan skal et EØS-direktiv gjennomføres i norsk rett ifølge EØS-loven?

4.2.1 Innledning

Et EU-direktiv er en rettsakt som er vedtatt av EUs lovgivende organer.⁹¹ Følgelig har ikke et direktiv direkte virkning for norsk rett ettersom Norge ikke er medlem av EU. Norge inngikk imidlertid EØS-avtalen som trådte i kraft 1. januar 1994, med de øvrige EFTA-medlemmene og EUs medlemsland for å få tilgang til EUs indre marked.⁹² Som følge av dette måtte Norge innrette seg etter EUs regelverk for det indre markedet.⁹³

Hvorvidt et nytt EU-direktiv skal tas inn i et vedlegg til EØS-avtalen avgjøres etter artikkel 102 av EØS-komiteen som vurderer om direktivet er EØS-relevant.⁹⁴ Etter EØS-avtalen artikkel 93 nr. 2 vedtas endringen i vedlegget ved enighet mellom EU og "EFTA-

⁹¹ Jf. Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde artikkel 294, jf. artikkel 288.

⁹² Jf. EØS-avtalen art. 1, jf. art. 2 (Sveits er ikke part).

⁹³ Jf. Sejersted, Fredrik m.fl. (2011) Side 34.

⁹⁴ Jf. EØS-avtalen art. 98, jf. art. 92.

statene, som opptrer samstemt”.⁹⁵ Når et nytt EU-direktiv er tatt inn i EØS-avtalen er Norge likevel kun folkerettslig bundet ettersom vi har et dualistisk system i Norge.⁹⁶ Men gjennom EØS-avtalen artikkel 7 er Norge forpliktet til å gjennomføre et EU-direktiv i nasjonal lov når det er ”inntatt i vedlegg til denne avtale eller i EØS-komiteens vedtak”.⁹⁷ Ved gjennomføringen av et direktiv er det opp til norske myndigheter å ”bestemme formen og midlene for gjennomføringen”.⁹⁸

Etter forhandlinger fattet EØS-komiteen 25. juni 1999 beslutning om å ta direktiv 95/46/EF inn i EØS-avtalen. Ettersom dette var forventet hadde det blitt tatt hensyn til direktiv 95/46/EF ved utarbeidelsen av personopplysningsloven i NOU 1997:19 og Ot.prp.nr.92 (1998-99). Det ble derfor antatt at det var rettsharmoni mellom direktiv 95/46/EF og personopplysningsloven.

Selv om medlemmene etter EØS-avtalen artikkel 7 bokstav b står fritt til avgjøre ”formen og midlene for gjennomføringen” av et direktiv, foreligger det andre krav til gjennomføringen som vil behandles i det følgende.

4.2.2 EØS-avtalens lojalitetsprinsipp og EU-rettens ulovfestede krav til gjennomføring av direktiver

Det er for det første et lojalitetsprinsipp i folkeretten som er lovfestet i EØS-avtalen artikkel 3.⁹⁹ Denne bestemmelsen inneholder et generelt krav om at EØS-regler som gir borgerne rettigheter og plikter må gjennomføres på en korrekt måte i norsk lov.¹⁰⁰ Samt at Norge må unngå tiltak som kan forhindre avtalens mål og at Norge må arbeide for å lette samarbeidet med EØS-avtalens øvrige avtaleparter.¹⁰¹

For det andre har EU-domstolen stilt opp ulovfestede krav til gjennomføringen av

⁹⁵ Jf. EØS-avtalen art. 98, jf. art. 92.

⁹⁶ Jf. Sejersted, Fredrik m.fl. (2011) Side 195.

⁹⁷ Jf. EØS-loven § 1. Jf. EØS-avtalen art. 102.

⁹⁸ Jf. EØS-avtalen art. 7 bokstav b, jf. EØS-loven § 1.

⁹⁹ Jf. EØS-avtalen art. 3, jf. Sejersted, Fredrik m.fl. (2011) Side 195.

¹⁰⁰ Jf. EØS-avtalen art. 3, jf. EØS-loven § 1. Jf. Sejersted, Fredrik m.fl. (2011) Side 195.

¹⁰¹ Jf. EØS-avtalen art. 3

direktiver i nasjonal lov.¹⁰² Harmoniseringsmålsettingen og homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen artikkel 1 tilsier at disse kravene også skal gjelde ved tolkningen av EØS-rettens sekundærlovgivning, ettersom EØS-avtalen artikkel 7 er lik den tilsvarende regelen i EU-retten, TEUF artikkel 288.¹⁰³

Hovedregelen etter de ulovfestede kravene til gjennomføringen av direktiver er begrunnet i hensynet til borgernes krav på forutberegnelighet. Den innebærer at ordlyden i bestemmelsene må være klar og utvetydig, slik at det er på det rene hvilke rettigheter og forpliktelser borgerne har og at de skal kunne håndheve rettighetene ved de nasjonale domstolene.¹⁰⁴ Dette medfører at det ikke er mulig å vedta en generell lovtekst for deretter å bruke forarbeidene til å utdype reglene slik det er tradisjon for i Norge og Norden.¹⁰⁵

Som eksempel på dette vises det til EU-domstolens sak C-143/83. Spørsmålet i saken var om Danmark hadde gjennomført direktiv 75/117/EØF, som gjaldt likelønn for menn og kvinner, riktig i nasjonal lov.¹⁰⁶ Ordlyden i den aktuelle bestemmelsen i direktiv 75/117 var at forskjellsbehandling i form av ulik lønn for menn og kvinner som utførte "samme arbejde eller (...) arbejde, som tillægges samme værdi", skulle avskaffes.¹⁰⁷ I den danske lovbestemmelsen ble ikke vilkåret om lik lønn for menn og kvinner for "arbejde, som tillægges samme værdi", tatt med.¹⁰⁸ Dette ble i lovens forarbeider begrunnet med at ordlyden "samme arbejde" i Danmark også omfattet arbeid av samme verdi.¹⁰⁹ EU-domstolen viste til at lovens ordlyd måtte være klar og utvetydig slik at de berørte borgerne kunne vite hvilke rettigheter og forpliktelser de hadde.¹¹⁰ Deretter påpekte domstolen at uttalelsen i de danske forarbeidene om tolkningen av den danske lovens ordlyd, ikke er "tilstrækkelig til at sikre en hensigtsmæssig information af de berørte

¹⁰² Jf. eksempelvis sak C-365/93, avsnitt 9, sak C-144/99, avsnitt 17.

¹⁰³ Jf. EØS-avtalen art. 6, jf. avhandlingens avsnitt 1.5. Jf. Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) artikkel 288.

¹⁰⁴ Jf. eksempelvis sak C-365/93, avsnitt 9, sak C-144/99, avsnitt 17. Jf. Sejersted, Fredrik m.fl. (2011) Side 51, 196-197.

¹⁰⁵ Jf. avhandlingens avsnitt 1.5. Jf. Sejersted, Fredrik m.fl. (2011) Side 51, 196-197.

¹⁰⁶ Jf. sak C-143/83 avsnitt 2, 4 og 5.

¹⁰⁷ Jf. direktiv 75/117/EØF artikkel 1, sak C-143/83 avsnitt 2 og 5.

¹⁰⁸ Jf. sak C-143/83 avsnitt 4 og 5.

¹⁰⁹ Jf. sak C-143/83 avsnitt 11.

¹¹⁰ Jf. sak C-143/83 avsnitt 10.

personer”.¹¹¹ EU-domstolen konkluderte med at direktiv 75/117 var uriktig gjennomført i dansk rett, ettersom det aktuelle vilkåret skulle stått i lovbestemmelsen, da det ga de berørte arbeidstakerne rettigheter og de berørte arbeidsgiverne forpliktelser. Avgjørelsen viser at det ved vurderingen av om et direktiv er riktig gjennomført i nasjonal lov, er uten betydning at det i forarbeidene er utdypet hvilke rettigheter og plikter borgerne får etter lovbestemmelsen.¹¹² Dette må fremgå klart og utvetydig av lovteksten for at hovedregelen etter de ulovfestede kravene skal være oppfylt, og for at direktivet skal være riktig gjennomført i nasjonal lov.

I sak C-478/99 gikk EU-kommisjonen til sak mot Sverige, ettersom et bilag til et direktiv med veiledende eksempler ikke var inntatt i lovteksten, men i forarbeidene til loven som gjennomførte direktivet. Sverige anførte at dette var en ”fast svensk retstradition, der er fælles for de nordiske lande, udgør forarbejderne et væsentligt bidrag til fortolkning af love”. Samt at forarbeidene var lett tilgjengelig for borgerne. Kommisjonen på sin side anførte at disse ”omstændigheder ikke kan afbøde det forhold, at listen i bilaget til direktivet ikke er en integrerende del af gennemførelsesbestemmelserne til direktivet”.¹¹³ EU-domstolen kom frem til at Kommisjonens begrunnelse ikke var god nok og frikjente Sverige. Det skal påpekes at direktivets bilag ikke gav borgerne rettigheter utover det som fulgte av selve direktivet.¹¹⁴ Avgjørelsen viser at EU-retten åpner for at lovteksten kan presiseres i forarbeidene slik det er vanlig i nordisk lovgivningstradisjon, noe som kan tale for at de ulovfestede kravene har fått mindre vekt. Det er derimot ikke noe som tilsier at dette gjelder der hvor den ytterligere presiseringen av lovteksten i forarbeidene gir borgerne rettigheter eller pålegger dem plikter.

Dermed følger det av EØS-retten at når et EØS-direktiv skal gjennomføres i norsk rett, må vilkår som gir borgerne rettigheter og plikter stå i loven, men vilkårene kan presiseres i forarbeidene.

¹¹¹ Jf. sak C-143/83 avsnitt 11.

¹¹² Jf. Sejersted, Fredrik m.fl. (2011) Side 51, fotnote 31.

¹¹³ Jf. sak C-478/99, avsnitt 23.

¹¹⁴ Jf. sak C-478/99, avsnitt 20.

4.2.3 Minimumsharmonisering eller totalharmonisering?

Hvordan et direktiv skal gjennomføres i norsk rett vil variere i forhold til hvilket krav direktivet setter til rettsenhet. Etter EØS-avtalen artikkel 1 er et av formålene med avtalen å ha "like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde". Dette er begrunnet i at en ensartet rettsstilstand vil fremme de fire friheter.¹¹⁵ Dette formålet er harmoniseringsmålsettingen.¹¹⁶

Kravet til harmonisering er ulikt etter om det er gitt et minimumsdirektiv eller et totalharmoniseringsdirektiv.¹¹⁷ Begge typer direktiv innebærer at statene må innføre direktivet i nasjonal lovgivning. Forskjellen er at ved minimumsdirektiv har staten frihet til å innføre regler som gir bedre rettigheter eller strengere plikter enn direktivet.¹¹⁸ Mens ved totalharmoniseringsdirektiv kan staten kun innføre de regler som følger av direktivet, "verken mer eller mindre".¹¹⁹

Spørsmålet blir da hvilken harmoniseringsgrad direktiv 95/46/EF krever når det gjelder artikkel 7.

4.3 Hvilken harmoniseringsgrad krever direktiv 95/46/EF når det gjelder artikkel 7?

Det følger av direktiv 95/46/EF at medlemslandene har en viss valgfrihet ved gjennomføringen av direktivet. Dette kommer blant annet til uttrykk i artikkel 5 i kapittel II som gjelder alminnelige vilkår for lovlig behandling av personopplysninger. Etter bestemmelsen skal medlemslandene innen rammen av bestemmelsene i kapittel II, "fastsette mer nøyaktig hvilke vilkår som må oppfylles for at behandlingen av personopplysninger skal være lovlig". Da artikkel 7 står i kapittel II taler dette for at artikkel 7 er en minimumsbestemmelse. Videre følger det av artikkel 13 nr. 1 at

¹¹⁵ Jf. EØS-avtalen art. 1 annet ledd.

¹¹⁶ Jf. Arnesen, Finn m.fl. (2009) Oslo: Universitetsforlaget AS. Side 21.

¹¹⁷ Jf. Arnesen, Finn m.fl. (2009) Side 20-21, 38-45.

¹¹⁸ Jf. Arnesen, Finn m.fl. (2009) Side 20-21, 38-45.

¹¹⁹ Jf. Arnesen, Finn m.fl. (2009) Side 20-21, 38-45.

medlemslandene ”kan treffe lovgivningstiltak for å begrense rekkevidden av de forpliktelser og rettigheter som er fastsatt i artikkel 6 nr. 1, artikkel 10, artikkel 11 nr. 1 og artikkel 12 og 21, dersom en slik begrensning er nødvendig” ut fra visse hensyn.

Selv om artikkel 13 nr. 1 ikke gjelder artikkel 7, taler den valgfriheten som er gitt medlemslandene gjennom denne bestemmelsen og artikkel 5 for at direktivet er et minimumsdirektiv, og dermed at artikkel 7 er en minimumsbestemmelse.

Det følger av fortalen til direktiv 95/46/EF at det var store forskjeller mellom de ulike nasjonale lovreglene om behandling av personopplysninger. Disse forskjellene gjorde det problematisk å overføre personopplysninger mellom medlemsstatene.¹²⁰ For å løse denne utfordringen var det nødvendig å samordne medlemsstatenes lovgivning, slik at terskelen for behandling av personopplysninger ble ”ensartet i alle medlemsstatene”.¹²¹

Da behovet for ensartethet og samordnet lovgivning blir fremhevet i fortalen, taler dette for at direktiv 95/46/EF er et totalharmoniseringsdirektiv når det gjelder artikkel 7.

Som avsnittene over viser er det ifølge direktivet uklart hvilken harmoniseringsgrad direktivet krever når det gjelder artikkel 7. Denne uklarheten førte til at artikkel 7 ble gjennomført på ulike måter i medlemslandene.¹²² Det ble da opp til EU-domstolen å fastsette riktig harmoniseringsgrad.

I sak C-465/00 (Österreichischer Rundfunk) var et av spørsmålene for EU-domstolen om direktiv 95/46/EF artikkel 6 første ledd bokstav c og artikkel 7 bokstav c) og e) var tilstrekkelig presise til å kunne anvendes direkte. Domstolen svarte bekreftende på dette og uttalte at ”Disse bestemmelser [art. 6 (1) c, art. 7 c), e)] er tilstrækkelig præcise til, at de kan påberåbes af private og anvendes af de nationale domstole. Selv om direktiv 95/46 uomtvisteligt indeholder en større eller mindre skønsbeføjelse for

¹²⁰ Jf. Direktiv 95/46/EF, Fortalen avsnitt 7.

¹²¹ Jf. Direktiv 95/46/EF, Fortalen avsnitt 8 og 9, jf. EØS-avtalen art. 1.

¹²² Dette kommer eksempelvis frem i Opinion 15/2011 on the definition of consent (Article 29 data protection working party) punkt II.2.

medlemsstaterne ved gjennomførelsen af visse af direktivets bestemmelser, fastsættes der i artikkel 6, stk. 1, litra c), og i artikkel 7, litra c) og e), ubetingede forpligtelser".¹²³

Dette ble fulgt opp seks måneder senere i sak C-101/01 (Lindqvist) hvor det blant annet ble stilt spørsmål om medlemsstatene kan gi personopplysninger et mer vidtgående vern enn det som følger av direktiv 95/46/EF.¹²⁴ Domstolen uttalte da at "[h]armoniseringen af de nævnte nationale lovgivninger er således ikke begrænset til en minimumsharmonisering, men fører til en harmonisering, der i princippet er fuldstændig".¹²⁵ Og konkluderte med at "de foranstaltninger, som medlemsstaterne træffer med henblik på at sikre beskyttelsen af personoplysninger, skal være forenelige med så vel bestemmelserne i direktiv 95/46 som med dets formål".¹²⁶

Den 24. november 2011 avsa EU-domstolen dom i sak C-468/10. Denne saken gjaldt behandling av personopplysninger etter direktiv 95/46/EF artikkel 7 bokstav f). Spansk rett hadde supplert artikkel 7 bokstav f) med et tilleggsvilkår om at personopplysningene som skulle behandles var offentlig tilgjengelige.¹²⁷ I denne forbindelse kommer domstolen med en rekke generelle uttalelser om artikkel 7 som underbygger at dette er en fullharmoniseringsbestemmelse. Domstolen viser i avsnitt 29 til at det ble fastslått i sak C-101/01 at direktivet er et fullharmoniseringsdirektiv. I de neste avsnittene vises det til direktivets formål om et ensartet vernnivå og artikkel 7 sin ordlyd for å understreke at listen over rettsgrunnlagene for lovlig behandling av personopplysninger i artikkel 7 er uttømmende. Det uttales i dommen at skjønnnet som medlemslandene har etter direktiv 95/46/EF artikkel 5 ikke kan brukes til å "indføre andre prinsipper vedrørende grundlaget for behandling af personoplysninger end dem, der er opregnet i dette direktivs artikkel 7, eller ved supplerende krav ændre rækkevidden af de seks principper, der er fastsat i nævnte artikkel 7".¹²⁸ Dette taler sterkt for at artikkel 7 er en fullharmoniseringsbestemmelse.

¹²³ Jf. Forente saker C-465/00, C-138/01, C-139/01: Österreichischer Rundfunk m.fl. Avsnitt 100.

¹²⁴ Jf. Sak C-101/01: Lindqvist. Avsnitt 91.

¹²⁵ Jf. Sak C-101/01: Lindqvist. Avsnitt 96.

¹²⁶ Jf. Sak C-101/01: Lindqvist. Avsnitt 99.

¹²⁷ Jf. Forente saker C-468/10, C-469/1. Avsnitt 24.

¹²⁸ Jf. Forente saker C-468/10, C-469/1. Avsnitt 32-36.

Følgelig taler EU-domstolens praksis i sakene C-465/00, C-101/01 og C-468/10 for at direktiv 95/46/EF stiller krav om fullharmonisering av artikkel 7.

EU-kommisjonen la 25. januar i år frem forslag til en forordning om beskyttelse av personopplysninger ved behandling og overføring av disse, som skal avløse direktiv 95/46/EF.¹²⁹ En del av begrunnelsen for forordningen er at direktiv 95/46/EF ikke har medført tilstrekkelig grad av rettsharmoni mellom medlemslandene.¹³⁰ Bakgrunnen for at det foreslås en forordning er at en forordning etter TEUF¹³¹ artikkel 288 "gjælder umiddelbart" i EUs medlemsstater og dermed vil medføre ensartet lovgivning i alle medlemsstatene. Ettersom EU-kommisjonen mener at direktiv 95/46/EF ikke har medført tilstrekkelig grad av rettsharmoni, og nå foreslår en forordning, taler dette for at direktiv 95/46/EF er et totalharmoniseringsdirektiv og ikke et minimumsdirektiv.¹³²

Konklusjonen er etter dette at direktiv 95/46/EF artikkel 7 er en fullharmoniseringsbestemmelse.¹³³

4.4 Er samtykke et preferert rettsgrunnlag ifølge direktiv 95/46/EF artikkel 7?

Konklusjonen i avhandlingens avsnitt 3.6 var at samtykke er preferert rettsgrunnlag foran nødvendighetsvilkårene i personopplysningsloven § 8. Spørsmålet i dette avsnittet er om samtykke også er preferert rettsgrunnlag ifølge direktiv 95/46/EF artikkel 7.

I COM (90) 314 final som var det første forslaget til direktiv 95/46/EF varierte reglene for behandling av personopplysninger etter hvorvidt det gjaldt offentlig eller privat sektor. I offentlig sektor var det kun krav om samtykke dersom personopplysningene

¹²⁹ Jf. COM (2012) 9 final, side 4.

¹³⁰ Jf. COM (2012) 9 final, side 3 og 4.

¹³¹ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF).

¹³² Jf. avhandlingens avsnitt 4.2.3 for definisjon av totalharmoniseringsdirektiv og minimumsdirektiv.

¹³³ Schartum, Dag Wiese og Bygrave, Lee A. (2011) side 88-89 tar altså feil når de skriver at "medlemsstatene kan vedta regler som gir et høyere vern enn det som direkte følger av direktivet". Dette må vurderes konkret i forhold til hver enkelt bestemmelse.

skulle brukes til et annet formål enn det opplysningene opprinnelig ble samlet inn til.¹³⁴ Og det var ikke krav om samtykke ved behandling av personopplysninger i offentlig sektor.¹³⁵ Dette taler for at samtykke ikke har en sterk stilling etter direktivet.

Ved behandling av personopplysninger i privat sektor fremgår det av artikkel 8 i COM (90) 314 final at dersom behandling ikke skjer etter samtykke må behandlingen være i tråd med direktivet og oppfylle et av kravene i bokstav a til c.¹³⁶ Etter bestemmelsens oppbygning fremstår samtykke her som preferert rettsgrunnlag. Generelt fremstår det imidlertid ikke som at samtykke har en preferert stilling etter forarbeidene til direktiv 95/46/EF. Forarbeid har dessuten mye lavere rettskildemessig vekt i EU-retten enn i norsk rett.¹³⁷

Lovlig behandling av personopplysninger kan skje etter direktiv 95/46/EF artikkel 7 dersom et av vilkårene i bokstav a til f er oppfylt. Vilkåret i bokstav a er at "den registrerte har gitt sitt utvetydige samtykke", mens vilkåret i bokstav b til f er at "behandlingen er nødvendig" av en gitt grunn. Samtykke står først i bestemmelsen, noe som kan tale for at samtykke har en preferert stilling. Samtykke fremstår likevel kun som et av flere grunnlag. Følgelig taler bestemmelsens oppbygning for at rettsgrunnlagene er likestilte og alternative.

Et av formålene med direktiv 95/46/EF er å sikre de registrertes "rett(...) til privatlivets fred, ved behandling av personopplysninger".¹³⁸ Etter oppbygningen av artikkel 7 og i mangel på motargumenter, fremstår det som at samtykke og nødvendighetsgrunnene er like godt egnet til å ivareta lovens formål. Dermed taler sammenhengen i direktivet for at de to rettsgrunnlagene er likestilte og alternative.

Medlemslandene har imidlertid gjennomført artikkel 7 på ulike måter i sine nasjonale

¹³⁴ COM (90) 314 final, article 5 b.

¹³⁵ COM (90) 314 final, article 6.

¹³⁶ COM (90) 314 final

¹³⁷ Jf. Sejersted, Fredrik m.fl. (2011) Side 233-234.

¹³⁸ Jf. direktiv 95/46/EF artikkel 1 nr. 1. Jf. retten til respekt for privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse etter EMK art. 8. (Må ikke forveksles med ordlyden "privatlivets fred" i straffeloven § 390, jf. også § 390a).

lovgivninger. Artikkel 29-gruppen som blant annet består av en representant fra Kommisjonen og en representant fra hver medlemsstats tilsynsmyndighet utarbeidet Opinion 15/2011 "on the definition of consent", grunnet den pågående revisjonen av direktiv 95/46/EF.¹³⁹ Arbeidsgruppen uttaler at "The Directive clearly presents consent as a ground for lawfulness. However, some Member States see it as a preferred ground, sometimes close to a constitutional principle, linked to the status of data protection as a fundamental right. Other Member States may see it as one of six options".¹⁴⁰ Det siste er tilfellet i Danmarks "Lov om behandling af personoplysninger" nr 429 av 31/05/2000 § 6 og i Finlands "Personuuppgiftslag" av 22.4.1999/523 § 8.¹⁴¹ Motsatt er tilfellet i den svenske "Personuuppgiftslagen" av 1998:204 § 10.¹⁴²

Da direktiv 95/46/EF er gjennomført på ulike måter i medlemslandenes nasjonale lovgivning, taler dette verken for eller imot at samtykke skal være preferert rettsgrunnlag. Men i forbindelse med Artikkel 29-gruppens redegjørelse for gjennomføringen i nasjonal lovgivning uttales det at "The order in which the legal grounds are cited under Article 7 is relevant, but it does not mean that consent is always the most appropriate ground to legitimise the processing of personal data".¹⁴³ Disse uttalelsene er gitt under overskriften "Consent is one of the six legal grounds to process personal data". Artikkel 29-gruppens uttalelser har lav rettskildemessig vekt, men dette tyder på at samtykke ikke har ikke en spesiell stilling som rettsgrunnlag etter artikkel 7.

I sak C-465/00 avsnitt 65 uttaler EU-domstolen at "[d]et følger af ordlyden af direktiv 95/46, at enhver behandling af personoplysninger, med forbehold af de i artikel 13 tilladte undtagelser, skal foregå i overensstemmelse med både »principper[ne] vedrørende oplysningernes pålidelighed«, der er fastsat i direktivets artikel 6, og et af de i direktivets artikel 7 indeholdte »principper vedrørende grundlaget for behandling af oplysninger«". Etersom det ikke er vesentlig hvilket av rettsgrunnlagene i artikkel 7 som benyttes, taler denne uttalelsen for at vilkårene i bokstav a til f er likestilte og

¹³⁹ Jf. direktiv 95/46/EF artikkel 29.

¹⁴⁰ Opinion 15/2011 on the definition of consent (Article 29 data protection working party) punkt II.2.

¹⁴¹ <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=828#FN501> og <http://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1999/19990523> Jf. Blume, Peter. (2000) Kapittel 4 – Nordisk ret.

¹⁴² Jf. <https://lagen.nu/1998:204> Jf. Blume, Peter. (2000) Kapittel 4 – Nordisk ret.

¹⁴³ Opinion 15/2011 on the definition of consent (Article 29 data protection working party) punkt II.2.

alternative.

I sak C-468/10 kommer EU-domstolen med noen generelle uttalelser angående direktiv 95/46/EF artikkel 7. I avsnitt 26 uttales det at ved behandling av personopplysninger må artikkel 6 være oppfylt, samt "et af de i direktivets artikkel 7 opregnede seks principper vedrørende grundlaget for behandling af oplysninger". Deretter uttales det at artikkel 7 gir en uttømmende og fullstendig liste over rettsgrunnlag for behandling av personopplysninger.¹⁴⁴ Dette viser at domstolen anser samtykke og nødvendighetsgrunnlagene som alternative og likestilte rettslige grunnlag.

Som nevnt kan medlemslandene etter direktiv 95/46/EF artikkel 5 "innen rammen av" artikkel 7 "fastsette mer nøyaktig hvilke vilkår som må oppfylles for at behandling av personopplysninger skal være lovlig". Domstolen påpeker imidlertid i sak C-468/10 at skjønnet som medlemslandene har etter artikkel 5 ikke kan brukes til å "indføre andre principper vedrørende grundlaget for behandling af personopplysninger end dem, der er opregnet i dette direktivs artikkel 7, eller ved supplerende krav ændre rækkevidden af de seks principper, der er fastsat i nævnte artikkel 7".¹⁴⁵ Dette taler for at samtykke ikke er preferert rettsgrunnlag, ettersom det ville endret rekkevidden av de seks prinsippene i artikkel 7.

Da det verken i ordlyden til direktiv 95/46/EF artikkel 7 eller i EU-domstolens avgjørelser er momenter som tyder på at samtykke skal ha en preferert posisjon, taler dette sterkt for at samtykke ikke har en preferert stilling i forhold til nødvendighetsvilkårene.

Konklusjonen er etter dette at samtykke ikke er preferert rettsgrunnlag i forhold til nødvendighetsvilkårene etter direktiv 95/46/EF artikkel 7.

¹⁴⁴ Jf. Forente saker C-468/10, C-469/1. Avsnitt 30-31.

¹⁴⁵ Jf. Forente saker C-468/10, C-469/1. Avsnitt 32-36.

4.5 Er samtykke som preferert rettsgrunnlag etter personopplysningsloven § 8 i tråd med EØS-retten?

4.5.1 Oppfyller personopplysningsloven § 8 kravet om fullharmonisering av direktiv 95/46/EF artikkel 7?

Konklusjonen i avhandlingens avsnitt 4.3 var at direktiv 95/46/EF krever fullharmonisering av artikkel 7. Derfor må personopplysningsloven § 8 for det første oppfylle kravet om fullharmonisering av artikkel 7 for å være i tråd med EØS-retten.

Kravet om fullharmonisering av direktiv 95/46/EF artikkel 7 innebærer at gjennomføringsbestemmelsen i nasjonal lovgivning må ha samme terskel for behandling av personopplysninger som artikkel 7.

Etter personopplysningsloven § 8 er hovedregelen at samtykke er preferert rettsgrunnlag. Bruk av et nødvendighetsvilkår som rettslig grunnlag regnes som unntak fra hovedregelen og må begrunnes særskilt, jf. avhandlingens avsnitt 3.5 og 3.6. Følgelig får den registrerte økte rettigheter og terskelen for å behandle personopplysninger blir høyere. Konklusjonen i avhandlingens avsnitt 4.4 var at samtykke ikke er preferert rettsgrunnlag etter artikkel 7, men likestilt med nødvendighetsvilkårene. Dermed er det høyere terskel for å behandle personopplysninger etter personopplysningsloven § 8 enn etter artikkel 7. Samtidig som den registrerte har bedre rettigheter etter § 8 enn etter artikkel 7.

Konklusjonen er at personopplysningsloven § 8 ikke oppfyller kravet om fullharmonisering av artikkel 7, ettersom samtykke og nødvendighetsvilkårene ikke er likestilte og alternative rettsgrunnlag.

4.5.2 Oppfyller personopplysningsloven § 8 hovedregelen om klar og utvetydig ordlyd etter EU-domstolens ulovfestede krav?

For at samtykke som preferert rettsgrunnlag etter personopplysningsloven § 8 skal være i tråd med EØS-retten, må personopplysningsloven § 8 for det andre ha en klar og utvetydig ordlyd som borgernes rettigheter og plikter fremgår av.

Ordlyden i personopplysningsloven § 8 må i utgangspunktet anses tilstrekkelig klar og utvetydig, ettersom den er tilsvarende lik ordlyden i direktiv 95/46/EF artikkel 7, jf. avhandlingens avsnitt 2.4.6 og 4.2.2. Det problematiske er at vilkåret om samtykke som preferert rettsgrunnlag er plassert i forarbeidene.

Etter drøftelsen av EU-domstolens avgjørelser i avhandlingens avsnitt 4.2.2 var konklusjonen at når et EØS-direktiv gjennomføres i norsk rett, må vilkår som gir borgerne rettigheter og plikter å stå i loven, men vilkårene kan presiseres i forarbeidene. Når samtykke er preferert rettsgrunnlag får den registrerte større rettigheter ved behandling av personopplysninger, og vilkåret skulle derfor etter de ulovfestede kravene fremgå av lovteksten.

Konklusjonen er at personopplysningsloven § 8 ikke oppfyller hovedregelen om klar og utvetydig ordlyd etter EU-domstolens ulovfestede krav ettersom vilkåret om samtykke som preferert rettsgrunnlag kun fremgår av lovforarbeidene.

Vilkåret om samtykke som preferert rettsgrunnlag gir borgerne økte rettigheter ved behandling av personopplysninger. Derfor hadde hovedregelen etter EU-domstolens ulovfestede krav vært oppfylt hvis vilkåret hadde vært tatt inn ordlyden i personopplysningsloven § 8. Men personopplysningsloven § 8 hadde da hatt en høyere terskel for behandling av personopplysninger enn direktiv 95/46/EF artikkel 7. Grunnet kravet om fullharmonisering av artikkel 7 hadde direktivbestemmelsen likevel ikke vært riktig gjennomført i norsk rett. I motsetning til EU-domstolens sak C-143/83 hvor

direktivbestemmelsen hadde vært riktig gjennomført i dansk rett, dersom vilkåret som ga borgerne rettigheter og plikter hadde stått i lovteksten og ikke i lovforarbeidene.¹⁴⁶

4.5.3 Konklusjon om samtykke som preferert rettsgrunnlag etter personopplysningsloven § 8 er i tråd med EØS-retten

Konklusjonen er at samtykke som preferert rettsgrunnlag etter personopplysningsloven § 8 ikke er i tråd med EØS-retten, da verken kravet om fullharmonisering av direktiv 95/46/EF artikkel 7 eller hovedregelen om klar og utvetydig ordlyd etter EU-domstolens ulovfestede krav er oppfylt.

5. Hvilke følger får det at direktiv 95/46/EF artikkel 7 er uriktig gjennomført i norsk rett?

5.1 Oversikt over kapittel 5

I avhandlingens avsnitt 4.5 var konklusjonen at personopplysningsloven § 8 ikke oppfylte direktiv 95/46/EF sitt krav om fullharmonisering når det gjelder artikkel 7, samt at § 8 ikke oppfylte hovedregelen etter EU-domstolens ulovfestede krav til gjennomføring av direktiver. Direktiv 95/46/EF artikkel 7 er dermed uriktig gjennomført i norsk rett.

Derfor skal det nå ses på hvilke følger det får at en direktivbestemmelse er uriktig gjennomført i nasjonal lov. Uavhengig av om dette skyldes at hovedregelen etter EU-domstolens ulovfestede krav ikke er oppfylt, at kravet til harmoniseringsgrad ikke er oppfylt eller en kombinasjon av disse, slik tilfellet er med direktiv 95/46/EF artikkel 7 og personopplysningsloven § 8.

I avsnitt 5.2 vil konsekvensene av en uriktig gjennomført direktivbestemmelse etter

¹⁴⁶ Jf. avhandlingens avsnitt 4.2.2

EØS-retten behandles kort. Konsekvensene av en uriktig gjennomført direktivbestemmelse i norsk rett behandles til slutt, ettersom dette blir utførlig drøftet og er en naturlig avslutning på masteroppgaven (avsnitt 5.3).

5.2 Konsekvensene etter EØS-retten

Etter EØS-retten kan EFTAs Overvåkningsorgan bringe saken inn for EFTA-domstolen hvis et direktiv ikke er gjennomført korrekt i nasjonal lovgivning, jf. ODA-avtalen artikkel 31 annet ledd.¹⁴⁷ Norge er forpliktet etter ODA-avtalen artikkel 33 til å innrette seg etter EFTA-domstolens avgjørelse, men domstolen kan ikke idømme formelle reaksjoner.¹⁴⁸ Men dersom privatpersoner blir skadelidende grunnet manglende eller uriktig gjennomføring av et direktiv, kan de etter EU-domstolens praksis reise erstatningssøksmål for nasjonale domstoler, slik tilfellet var i Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II).¹⁴⁹

5.3 Konsekvensene i norsk rett

I norsk rett er det den uriktig gjennomførte direktivbestemmelsen som er gjeldende ettersom et direktiv ikke får direkte virkning.¹⁵⁰ Den uriktige gjennomførte regelen vil gjelde frem til den endres av lovgiver eller rettspraksis. I det følgende behandles to Høyesterettsdommer som belyser i hvilke situasjoner lovgiver må gripe inn og i hvilke situasjoner rettspraksis kan endre den uriktig gjennomførte regelen.

Den såkalte Finanger I-dommen (Rt. 2000 s. 1811) ble avgjort av Høyesterett i plenum, og gjaldt en ung jente som hadde blitt varig skadet i en trafikkulykke som følge av at hun frivillig hadde kjørt med en alkoholpåvirket sjåfør. Etter den dagjeldende bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b kom Høyesterett frem til at hun ikke hadde krav på erstatning. Det problematiske var at den norske lovgiveren hadde antatt at denne bestemmelsen var i samsvar med tre EØS-direktiv om motorvognforsikring som

¹⁴⁷ Jf. EØS-loven.

¹⁴⁸ Jf. Sejersted, Fredrik m.fl. (2011) Side 162.

¹⁴⁹ Se eksempelvis sak C-334/92 (Wagner Miret), avsnitt 23.

¹⁵⁰ Jf. EØS-avtalen art. 7.

var gjennomført i norsk rett. Men forut for Høyesteretts behandling av saken la EFTA-domstolen til grunn i en rådgivende uttalelse at denne bestemmelsen var uforenelig med EØS-retten. Uttalelsen ble tillagt betydelig vekt av en samlet Høyesterett som kom frem til det samme resultatet i sin avgjørelse. Det omstridte spørsmålet som er relevant for denne avhandlingen var hvor langt en norsk lovbestemmelse kan tolkes innskrenkende for å unngå motstrid med EØS-retten, dersom lovgiveren uriktig har forutsatt at lovbestemmelsen er i samsvar med EØS-direktiv.¹⁵¹ Det ble dissens 10-5 i dette spørsmålet.

Både førstvoterende og annenvoterende fremhever at presumsjonsprinsippet står særlig sterkt innen EØS-retten, grunnet lojalitetsplikten etter EØS-avtalen artikkel 3 og hensynet til rettsenhet etter artikkel 1 og artikkel 6, samt i tilfeller hvor lovgiver har antatt at det er rettsharmoni mellom norsk rett og EØS-retten.¹⁵² Følgelig veier EØS-regelen tungt som rettskildefaktor.

Mindretallet ved annenvoterende la betydelig vekt på at lovgivers vilje var å gjennomføre direktivene korrekt i norsk rett og oppfylle sine folkerettslige forpliktelser. Videre ble det vektlagt at Høyesterett i tidligere avgjørelser hadde fraveket en klar ordlyd og at hensynet til forutberegnelighet og innrettelse for borgerne ikke stod like sterkt på EØS-området, ettersom rettskildebildet var mer komplekst. På denne bakgrunn kom mindretallet frem til at Høyesterett kunne tolke bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b innskrenkende for å unngå motstrid med EØS-retten, uten at dette innebar at direktivet fikk direkte virkning.

Flertallet ved førstvoterende la vekt på at ordlyden i bestemmelsen var klar, slik at det kun var ett tolkningsalternativ. Det ble fremhevet at dersom "lovens bestemmelse [settes] til side i denne sak til fordel for ikke gjennomførte EØS-direktiv, vil dette nærmest innebære at direktivene gis direkte virkning med forrang fremfor formell lov".¹⁵³ I forbindelse med dette ble det understreket at saken gjaldt rettsforholdet mellom to private parter og at hensynet til forutberegnelighet og innrettelse da veide

¹⁵¹ Rt. 2000 s. 1811 første avsnitt.

¹⁵² Rt. 2000 s. 1811 s. 1831 og s. 1836.

¹⁵³ Rt. 2000 s. 1811 s. 1831 siste avsnitt.

særlig tungt, grunnet den klare ordlyden. Konklusjonen ble at det var opp til lovgiver å endre bestemmelsen slik at den ble forenelig med EØS-retten. Høyesterett dømte derfor etter den norske regelens ordlyd.

Dermed følger det av Finanger I-dommen at ved direkte motstrid mellom EØS-regelen og den norske gjennomføringsbestemmelsen skal ordlyden i den norske lovregelen følges. Det er opp til lovgiver å endre gjeldene norsk rett.

I motsetning til i Finanger I-dommen er det ikke direkte motstrid mellom direktiv 95/46/EF artikkel 7 og personopplysningsloven § 8 som gjennomfører direktivbestemmelsen i norsk rett. Ordlyden i disse to bestemmelsene er tilnærmet lik. Grunnen til at personopplysningsloven § 8 er uforenelig med direktiv 95/46/EF artikkel 7, er uttalelsen i lovproposisjonen og Personvernemndas og Datatilsynets etterfølgende praksis.

Etter dette kreves det ikke at lovgiver endrer ordlyden i personopplysningsloven § 8. Det er kun nødvendig å endre praksis for at bestemmelsen skal være i tråd med EØS-retten. Noe som blant annet kan begrunnes i presumsjonsprinsippets sterke stilling som tolkningsprinsipp innenfor EØS-retten, samt at lovgiver forutsetter at personopplysningsloven § 8 gjennomfører direktiv 95/46/EF artikkel 7.¹⁵⁴

En slik fravikelse av en klar uttalelse i forarbeidene støttes av en obiter dictum uttalelse i Rt. 1997 s. 1954 (Løten kommune).¹⁵⁵ Dommen gjaldt nedleggelsen av en privat skolefritidsordning og opprettelsen av en kommunal skolefritidsordning i de samme lokalene kort tid etter nedleggelsen. Det var spørsmål om de privat ansatte hadde rett til fortsatt ansettelse i den offentlige skolefritidsordningen, etter dagjeldende arbeidsmiljølov kapittel XII A § 73A, grunnet at det var "overføring av virksomhet (...) som følge av overdragelse". Dette kapitlet ble tilføyd arbeidsmiljøloven ved inngåelsen av EØS-avtalen og bestemmelsen tilsvarte direktiv 77/187/EØF artikkel 1 nr. 1. Ved vurderingen av om det forelå "overføring av virksomhet", var det etter EU-domstolens praksis avgjørende om virksomheten hadde bevart sin identitet. Høyesterett la dette til

¹⁵⁴ jf. Ot. prp. nr. 92 (1998-1999) s. 108.

¹⁵⁵ jf. Sejersted, Fredrik m.fl. (2011) Side 265-266.

grunn og kom til at skolefritidsordningen ikke hadde bevart sin identitet.¹⁵⁶

Følgelig var det ikke nødvendig for Høyesterett å vurdere om kommunens forvaltningsvedtak om opprettelse av skolefritidsordningen var overføring av virksomhet "som følge av overdragelse".¹⁵⁷ Høyesterett uttalte seg imidlertid om dette spørsmålet. Etter lovforarbeidene var det klart at det ikke forelå en "overdragelse" når overføring av virksomhet var begrunnet i et forvaltningsvedtak.¹⁵⁸ Høyesterett viste til EU-domstolens praksis hvor det ikke var krav om at overdragelsen skjedde direkte mellom tidligere og ny innehaver.¹⁵⁹ På bakgrunn av dette bemerket Høyesterett at uttalelsen i forarbeidene "neppe [er] dekkende for dagens rettslige situasjon".¹⁶⁰ Avgjørelsen viser at klare uttalelser i forarbeidene som ikke er forenelig med den tilsvarende direktivbestemmelsen og EU-domstolens tolkning av den, ikke skal tillegges vekt.¹⁶¹

Konklusjonen er at for at personopplysningsloven § 8 skal bli forenelig med EØS-retten, må en se bort i fra uttalelsen i lovproposisjonen og Personvernemndas og Datatilsynets praksis frem til nå, og endre praksis ved å anvende lov, samtykke og nødvendighetsgrunnene som likestilte, alternative rettsgrunnlag.

En slik endring i praksis vil samtidig innebære at den uheldige lovgivningsteknikken som ble benyttet i personopplysningsloven § 8 – ved at det kun fremgår av forarbeidene at samtykke er preferert rettsgrunnlag og ikke av selve lovteksten – ikke lenger vil utgjøre en problemstilling i forhold til Norges forpliktelser ifølge EØS-loven.

¹⁵⁶ Jf. Rt. 1997 s. 1954 s. 1961-1963.

¹⁵⁷ jf. Rt. 1997 s. 1954 s. 1963.

¹⁵⁸ jf. Rt. 1997 s. 1954 s. 1963.

¹⁵⁹ jf. Rt. 1997 s. 1954 s. 1963-164.

¹⁶⁰ jf. Rt. 1997 s. 1954 s. 1964, jf. Sejersted, Fredrik m.fl. (2011) Side 265-266.

¹⁶¹ jf. Sejersted, Fredrik m.fl. (2011) Side 265-266.

Litteraturliste

Internettadressene som er opplyst i litteraturlisten var tilgjengelig per 31.5.2012.

LOVER:

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

Lov av 27 nov 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Lov av 9 juni 1978 nr. 48 om personregistre (personregisterloven) OPPHEVET

Lov av 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
(menneskerettsloven)

Lov av 2001 nr. 24 om helseregistre og behandling av helseopplysninger
(helseregisterloven)

ANDRE LANDS LOVER:

Danmark

Lov om behandling af personoplysninger nr 429 av 31/05/2000

Tilgjengelig på:

<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=828#FN501>

Finland

Personuppgiftslag av 22.4.1999/523

Tilgjengelig på:

<http://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1999/19990523>

Sverige

Personuppgiftslagen av 1998:204

Tilgjengelig på:

<https://lagen.nu/1998:204>

DIREKTIVER:

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 (direktiv 95/46/EF)

Tilgjengelig i norsk versjon på:

www.lovdata.no i base "NLX3 (Direktiver/forordninger osv)"

TRAKTATER:

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)

Dansk versjon tilgjengelig på:

<http://www.euo.dk/dokumenter/traktat/TEUF/>

FORARBEIDER:

Ot prp nr 2 (1977-1978) Om lov om personregistre m m

NOU 1997:19 Et bedre personvern

Ot prp nr 92 (1998-99) Om lov om behandling av personopplysninger
(personopplysningsloven)

NOU 2009:1 Individ og integritet – Personvern i det digitale samfunnet

LITTERATUR:

Arnesen, Finn m.fl. *Internasjonalisering og juridisk metode – Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. 2009. Oslo: Universitetsforlaget AS.

Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2. utgave, 2. opplag, 2005. Bergen: Universitetsforlaget AS.

Schartum, Dag Wiese og Bygrave, Lee A. *Personvern i informasjonsamfunnet – En innføring i vern av personopplysninger*. 2. utgave, 2011. Oslo: Fagbokforlaget.

Sejersted, Fredrik m.fl. *EØS-rett*. 3. utgave, 2011. Oslo: Universitetsforlaget AS.

NORSK RETSTIDENDE:

Rt. 1997 s. 1954 (Løten kommune)

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II)

EU-DOMSTOLEN:

Sak C-143/83

Sak C-478/99

Forente saker C-465/00, C-138/01, C-139/01: Österreichischer Rundfunk m.fl. (Sak C-465/00 (Österreichischer Rundfunk))

Sak C-101/01 (Lindqvist)

Forente saker C-468/10, C-469/1

Sak C-365/93

Sak C-144/99

Sak C-334/92 (Wagner Miret)

Tilgjengelige på:

http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

UTTALELSE FRA JUSTISDEPARTEMENTETS LOVAVDELING:

Uttalelse av 6 desember 2004 til Moderniseringsdepartementet om Personvernemndas kompetanse til å avgjøre klager over Datatilsynets avgjørelser.

Mottatt etter henvendelse til Datatilsynet per e-post: juridisk@Datatilsynet.no

UTTALELSEN FRA ARTIKKEL 29-GRUPPEN

Opinion 15/2011 on the definition of consent (Article 29 data protection working party)

Tilgjengelig på:

http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_en.pdf

DATATILSYNETS ÅRSMELDINGER:

Datatilsynets årsmelding 2011

Tilgjengelig på:

<http://www.datatilsynet.no/Om-Datatilsynet/Planer-rapporter/Arsmeldinger/>

PERSONVERNEMNDAS VEDTAK (KLAGESAK)

er tilgjengelig på <http://www.personvernemnda.no/vedtak/index.htm>

ARTIKLER:

Blume, Peter. *Samtykke i databeskyttelsesretten*. Ugeskrift for Rætsvæsen, nr. 7, 19. februar 2000.

AVISARTIKLER:

"Facebook ser deg" av Frode Bjerke i Bergens Tidende den 19. desember 2011

Tilgjengelig på:

<http://blogg.bt.no/bjerkestrand/2011/12/19/facebook-ser-deg/#.T8gzdY59SjI>

"Klikkenes skjulte univers" av Håkon F. Høydal i VG Helg 28. april 2012 (Kun tilgjengelig for kjøp på internett)