

CompLex



Senter for rettsinformatikk / Avdeling for forvaltningsinformatikk

Dag Wiese Schartum og Kjetil Wick Sætre

Samtykke til å behandle personopplysninger i offentlig forvaltning

Gjennomgang av reglene om samtykke etter personopplysningsloven
og forslag til samtykkerutine som felles IKT-komponent

2/2016

Dag Wiese Schartum og Kjetil Wick Sætre

Samtykke til å behandle personopplysninger i offentlig forvaltning

Gjennomgang av reglene om samtykke etter
personopplysningsloven og forslag til samtykkerutine
som felles IKT-komponent

Henvendelser om denne bok kan gjøres til:

Senter for rettsinformatikk

Postboks 6706 St. Olavs plass

0130 Oslo

Tlf. 22 85 01 01

www.afin.uio.no

ISBN 978-82-72261-63-3

ISSN 0806-1912

Grafisk produksjon: 07 Media AS – 07.no

Alle figurer og illustrasjoner er designet av More Software Solutions AS i forbindelse med utvikling av prototyper for BFE prosjektet i Barne- og Familieenheten i Asker kommune.

Innhold

1 Om bakgrunnen for rapporten	5
DEL I	
Gjennomgang og analyse av rettsreglene om samtykke	7
2 Grunnleggende om registrerte personers autonomi	9
3 Oversikt over relevant forvaltningsrettslige regulering; avgrensing	12
3.1 Innledning	12
3.2 Forholdet mellom samtykke til å behandle personopplysninger og til å videregi personopplysninger som er underlagt taushetsplikt	13
4 Rettslig grunnlag etter personopplysningsloven	16
4.1 Innledning	16
4.2 Betydningen av rettslig grunnlag	16
4.3 Forholdet mellom ulike rettslige grunnlag	20
4.3.1 Forholdet mellom de rettslige grunnlagene etter § 8	20
4.3.2 Om forholdet mellom rettslig grunnlag etter § 8 og § 9	23
4.3.3 Samlet bilde: Når er det behov for samtykke etter pol §§ 8 og 9?	24
4.4 Samtykke uten at det er rettslig krav om dette	25
4.5 Kort om samtykke til helsehjelp	26
5 Rettslig grunnlag for å videregi taushetsbelagte opplysninger	28
5.1 Innledning	28
5.2 Hjemmel i særlov som rettslig grunnlag	29
5.3 Situasjonsbetinget adgang til å videregi opplysninger underlagt taushetsplikt	31
5.3.1 Innledning	31
5.3.2 Unntak fra taushetsplikt for å sikre basal kontakt innen og mellom forvaltningsorganer	31
5.4 Samtykke uten at det er rettslig krav til det	33
6 Nærmere om kravene til samtykke	35
6.1 Innledning	35
6.2 Personelle krav til samtykke	39
6.2.1 Innledning	39
6.2.2 Barns samtykkekompetanse	40
6.2.3 Samtykke på vegne av barn	49

6.3	Krav til frivillighet	58
6.4	Krav til informasjon	60
6.4.1	Innledning	60
6.4.2	Informasjon om hva det samtykkes til	62
6.4.3	Informasjon om mulige konsekvenser	65
6.4.4	Annen informasjon som kan styrke den registrertes stilling ...	67
6.4.5	Annen supplerende informasjon	68
6.4.6	Informasjonsmåten og tidspunktet for å gi informasjon	69
6.4.7	Påminnelser og fornyet samtykke	71
6.5	Krav til uttrykkelig samtykke	72
6.6	Tilbaketrekking av samtykke	72
7	Krav til samtykke i EUs personvernforordning	75
7.1	Personvernforordningens betydning for en digital samtykkerutine..	75
7.2	Presisering av uttrykkelighetskravet	75
7.3	Nærmere krav til samtykkeforespørsel og dokumentasjon av samtykke	77
7.4	Samtykke ved klar maktubalanse mellom den registrerte og behandlingsansvarlig	78
8	Avsluttende vurderinger	79
DEL II		
	Spesifisering av samtykkerutinen	81
9	Oversikt	83
9.1	Innledning	83
9.2	Grunnleggende arkitektur	85
10	Samtykkebrukeres anvendelse av rutinen	88
10.1	Oversikt	88
10.2	Gi samtykke	90
10.2.1	Orientering	90
10.2.2	Mine samtykker	92
10.2.3	Selve samtykkehandlingen	96
10.3	Tilbaketrekking av samtykke	97
11	Behandlingsansvarliges anvendelse av rutinen	102
11.1	Innledning	102
11.2	Administrasjon av gitte samtykker	102
11.3	Tilpasning av samtykkerutinen	103
12	Avsluttende refleksjoner	105
13	Litteratur og kilder	106

1 Om bakgrunnen for rapporten

Denne rapporten er en av Senter for rettsinformatikk leveranser i prosjektet «BFE – Brukerfokuset – Forenklet – Effektiv». Prosjektet er et samarbeid med Asker kommune, Karde AS og More Software Solutions. Det overordnede målet med prosjektet er å analysere arbeidet Barne- og familieetaten (BFE) i Asker kommune utfører overfor sine brukere/klienter.

BFE-prosjektet er finansiert av Norges forskningsråd og Asker kommune.

Rapporten skal danne grunnlag for spesifisering av en internettbasert prototyp av et system for innhenting og administrasjon av samtykke til behandling av personopplysninger. Systemet skal kunne brukes som felleskomponent hos ulike forvaltningsorganer, dvs. samtykkesystemet skal med noe tilpasning kunne brukes i ulike deler av offentlig forvaltning, i ulike sammenhenger. Tanken er at det åpenbart vil være fornuftig om ikke alle forvaltningsorganer i stat og kommune skulle utvikle løsninger for samtykke parallelt og hver for seg.

Rapporten består av to hoveddeler. I del I, kapittel 2 – 8 drøfter vi rettsreglene knyttet til samtykke til å behandle personopplysninger. Siden arbeidet er avgrenset til offentlig forvaltning, vil vi også ta for oss regler om samtykke til å gjøre unntak fra taushetsplikt etter forvaltningsloven. I del II av rapporten, kapittel 9 – 12, skisserer vi hvordan et samtykkesystem kan være. Teorien i del I blir altså omsatt til praksis i del II.

Spesiell takk til prosjektleder Erlend Øverby (Karde), designer Helle Hiorth-Schøyen i More Software Solutions A/S og kollegaer ved Senter for rettsinformatikk for samarbeid, bidrag og nyttig innspill.

DEL I

Gjennomgang og analyse av rettsreglene om samtykke

2 Grunnleggende om registrerte personers autonomi

Hensynet til registrerte personers selvbestemmelse har vært en viktig del av det ideologiske grunnlaget for utforming av rettsregler om behandling av personopplysninger. Vektlegging av den enkeltes autonomi kommer særlig til uttrykk ved bestemmelser om samtykke. I personopplysningsloven er den registrertes samtykke brukt i seks situasjoner:

1. Samtykke fra registrert person til å behandle personopplysninger (generelt), se pol § 8;
2. samtykke fra registrert person til å behandle sensitive personopplysninger (jf. definisjonen av slike opplysninger i pol § 2 nr. 8), jf. pol § 9 bokstav a;
3. samtykke fra registrert person til utlevering av sensitive opplysninger som blir behandlet av ideelle sammenslutninger og stiftelser, se pol § 9 annet ledd, siste setning;
4. samtykke fra registrert person til å endre formål for behandling av personopplysninger når det nye formålet er uforenelig med det opprinnelige, se pol § 11 bokstav c;
5. samtykke fra registrert person til å overføre personopplysninger til stater utenfor EØS-området som ikke sikrer forsvarlig behandling av personopplysninger, se § 30 bokstav a; og
6. samtykke fra avbildet person til utlevering av personbilde i opptak gjort ved kameraovervåking, se pol § 39.

I pol § 2 nr. 7 er det gitt felles krav til gyldige samtykkeerklæringer, se kapittel 6 (nedenfor). Det finnes også én bestemmelse om tilfeller der registrert person ikke er i stand til å samtykke.¹

Dagens ordning er markert annerledes enn den som gjaldt frem til personopplysningsloven trådte i kraft i 2001. I personregisterloven (prl) som var i kraft i 20 år fra 1981, ble begrepet «samtykke» primært brukt for å betegne tillatelse fra Kongen om å etablere elektroniske personregistre eller manuelle personregistre med sensitivt innhold.² Samtykke betegnet altså slik forhåndstillatelse som en i

1 Se pol § 9 bokstav c og hjemmelen til å behandle sensitive personopplysninger dersom det «er nødvendig for å beskytte en persons vitale interesser, og den registrerte *ikke er i stand til å samtykke*. (min kursiv)

2 Se prl § 9.

dag gjerne betegner «konsesjon».³ I enkelte spredte bestemmelser var registrerte personer gitt rett til samtykke. Dette gjaldt samtykke til å motta annet enn skriftlig svar ved innsyn i kredittopplysninger (prl § 20), samtykke til bruk av navn, fødselsdato og fødselsnummer til bruk i opinions- og markedsundersøkelser (prl § 33), og ved utlevering av billedopptak gjort ved fjernsynsovervåking (prl § 37b). I siste versjon av forskriftene til loven fantes det i alt syv bestemmelser som forutsatte samtykke fra registrerte personer, men alle var spredte bestemmelser med temmelig begrenset betydning for personvernet.

Hvis vi sammenligner situasjonen før og etter 1. januar 2001, er det ikke bare forskjeller med hensyn til betydningen av samtykke fra den registrerte kreves som er slående. Den viktigste forskjellen ligger i overgangen fra hovedregelen om tillatelse fra Kongen (konsesjon) som grunnlag for å opprette personregistre, til samtykke fra den registrerte som én av tre mulige rettslige grunnlag for å behandle personopplysninger. Grovt sagt gikk vi over fra en paternalistisk («Kongen/Datatilsynet vet hva som er best for den enkelte») til en individualistisk («den enkelte vet best og bør selv bestemme hva andre skal kunne gjøre med opplysningene om ham/henne».⁴

Den nye ordningen med vekt på samtykke ble importert fra EU-retten.⁵ Overgangen fra konsesjon som primær reguleringsmåte av retten til å behandle personopplysninger, til samtykke som ett av tre alternative reguleringsmåter for det samme, var direkte forårsaket av ønsket om å innlemme personverndirektivet fra 1995 i EØS-avtalen. Uansett kom konsesjonsordningen under stadig større press i løpet av 1980- og 1990-årene, og da personregisterloven ble avløst i år 2001, hadde faste regler i forskrift til loven i stor grad avløst konsesjonsordningen.⁶

I personopplysningsrettens korte historie har det imidlertid alltid vært et spørsmål om hvor stor betydning forhåndstillatelse fra en myndighet skal ha (jf. konsesjon). Det er liten tvil om at den enorme økningen i bruken av «elektronisk databehandling» (edb) til å etablere og bruke personregistre, gjorde at konsesjonsordninger ikke kunne overleve som hovedreguleringsmåte. Stor vekt på den enkeltes samtykke, kan derfor ses på som ett tiltak for å erstatte myndig-

3 Kongens adgang til å gi konsesjon var i resolusjon av 21. desember 1979 delegert til Datatilsynet med Justisdepartementet som klageinstans.

4 Merk at konsesjonsordningen ikke er helt avskaffet, bare kraftig redusert (jf. pol § 33 flg.)

5 Jf. personverndirektivet, 95/46/EF. Vi avholder oss fra å spekulere i om registrertes samtykke ville ha fått større plass dersom Norge hadde revidert sin lovgivning uten forpliktelsene som EØS-avtalen gav.

6 Forskriftene hadde regler for ulike typer personregistre; f.eks. adresseregistre, kredittopplysningsregistre, registre for opinion- og markedsundersøkelser mv.

hetsutøvelse. Registrertes samtykke kan altså både sies å ha en «defensiv begrunnelse» (noe som bidro til å løse et problem); samtidig som det hadde – og har – en «offensiv begrunnelse» ved at det fremmer den enkeltes selvbestemmelse og valgfrihet.

3 Oversikt over relevant forvaltningsrettslige regulering; avgrensning

3.1 Innledning

Denne fremstilling har offentlig forvaltning som ramme. Spørsmål om samtykke og den enkeltes rett til selvbestemmelse over opplysninger om egen person *utenfor* offentlig forvaltning, blir ikke særskilt behandlet. Samtykke til å behandle personopplysninger er ikke bare tema i tilknytning til personopplysningsloven, men er også sentral i annen lovgivning. I forvaltningsloven er samtykke et viktig element knyttet til behandling av taushetspliktige opplysninger. Etter fvl § 13a nr. 1 kan den som har krav på beskyttelse (heretter: «registrert person» eller «den registrerte») gi samtykke til at taushetsbelagte opplysninger sendes videre til andre.⁷

I flere særlover er det gitt bestemmelser som ligner bestemmelsen i fvl § 13a nr. 1, og som krever samtykke fra berørte personer for at taushetspliktige opplysninger kan videregis. Barnehageloven § 21 og lov om familievernkontorer § 9 er slike eksempel. Bestemmelsene gjelder henholdsvis den adgangen barnehagepersonalet og fagpersonell ved familievernkontor har til å videreggi taushetspliktige opplysninger til sosialtjenesten og den kommunale helse- og omsorgstjenesten av eget tiltak. Lov om familievernkontorer § 6 og helsepersonelloven § 22 har dessuten bestemmelser som stiller krav til samtykke fra den opplysningsgjelder for å videreggi opplysningene til andre.⁸ Sist nevnte lov legger likevel begrensninger på hvilke opplysninger berørte person kan samtykke til å gi forsikringselskaper.⁹ Innen helselovgivningen er samtykke fra pasienter og brukere også brukt i forhold til helsehjelp, se avsnitt 4.5 nedenfor.

I det følgende vil vi begrense drøftelsen til spørsmål vedrørende krav til samtykke etter personopplysningsloven og forvaltningslovens regler om samtykke til å

7 Forvaltningslovens bestemmelser om taushetsplikt har bl.a. avgjørende betydning for adgangen til innsyn etter offentleglova. Inneholder et offentlig saksdokument personopplysninger som den registrerte kan samtykke til å gi videre, skal offentlig forvaltningsorgan som mottar krav om offentlig innsyn i dokumentet, forespørre vedkommende om han vil gi slikt samtykke, se offentleglova § 13 tredje ledd. Manglende svar skal forstås som nekting av innsyn.

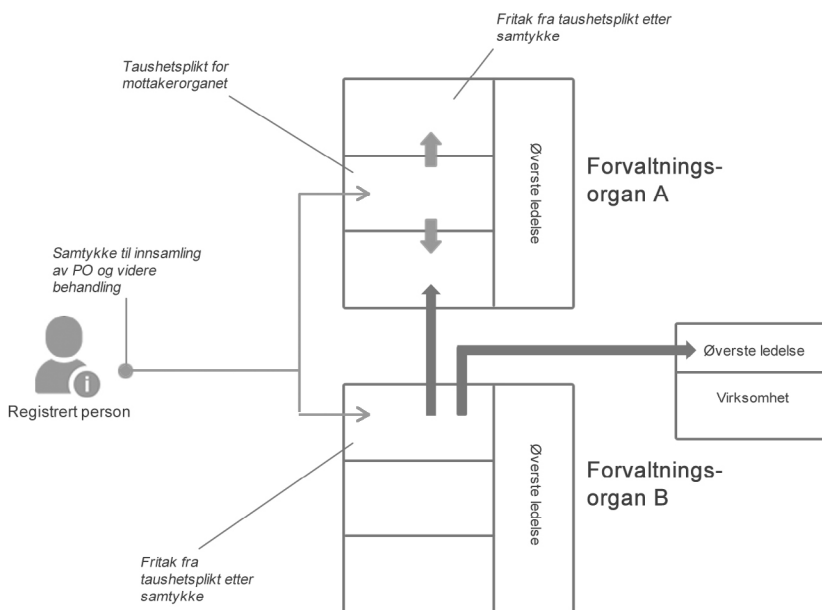
8 Samme lovs § 21 har bestemmelse om krav til samtykke for innsyn i journal i opplysninger om andre. Når en journal inneholder opplysninger om f.eks. flere familiemedlemmer, vil hver av disse bare ha innsyn i opplysninger om andre, i den grad disse har samtykket til innsynet.

9 Jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 5-1 som gir registrerte rett til innsyn i journalen sin.

videregi taushetsbelagte opplysninger. Vekt vil bli lagt på personopplysningslovens bestemmelser, fordi disse er helt generelle, mest detaljerte og skal gjennomføres i norsk lovgivning i samsvar med EUs personverndirektiv¹⁰ og forpliktelsene etter EØS-avtalen.¹¹

3.2 Forholdet mellom samtykke til å behandle personopplysninger og til å videregi personopplysninger som er underlagt taushetsplikt

På dette stadium av drøftelsen, bruker vi oversikten i forrige avsnitt til å etablere en enkelt modell, se figur 1 (nedenfor). Figuren skal vise utveksling av personopplysninger når dette styres av den registrerte selv ved hjelp av samtykke etter personopplysningsloven og/eller samtykke etter forvaltningsloven til å gjøre unntak fra lovbestemt taushetsplikt.



10 Direktiv 95/46/EF.

11 Jf. EØS-komiteens beslutning nr. 83/1999 av 25.6.1999 om endring av EØS-avtalens protokoll 37 og vedlegg XI.

I figuren har vi forutsatt en enkel situasjon der registrerte personer har avgitt personopplysninger til to forvaltningsorganer (organ A og B). Vi forutsetter at dette i begge tilfeller skjer på grunnlag av samtykke fra registrerte person.¹² Som vi kommer tilbake til i avsnitt 6.4.2, vil dette samtykke være basert på informasjon som angir hvilket formål for bruken av opplysninger det er samtykket til. Samtykket er derfor begrenset av informasjonen om dette formålet. Fordi innholdet av formålene det samtykkes til kan variere mye, kan det vanskelig sies noe helt generelt om hvor omfattende slike samtykker er.

Forvaltningsorganene ved den øverste ledelsen, vil normalt ha ansvaret for behandling av personopplysningene («behandlingsansvar»), noe som bl.a. innebærer at de har en rekke forpliktelser etter loven, bl.a. i forhold til samtykke mv.¹³ I figuren er det organene A og B som innhenter samtykke etter personopplysningsloven, og som er ansvarlig for at opplysningene blir samlet inn og brukt på lovlig måte i den delen i organisasjonen som har ansvaret for vedkommende behandling. I figuren har vi enkelt angitt at hvert forvaltningsorgan har tre interne organisatoriske enheter som har daglig ansvar for behandling av personopplysninger. Disse enhetene har fått tildelt det daglig ansvaret fra etatsledelsen (den behandlingsansvarlige). I organ A er det én enhet som mottar opplysningene, samtidig som opplysningene gis videre til de to andre enhetene i organet. I organ B gir den enheten som får opplysningene ikke videre internt, men gir videre til en ekstern virksomhet. Om opplysningene lovlig kan gis videre til andre internt (se små brede piler i organ A) eller eksternt til et annet organ eller privat virksomhet (se piler fra organ B), avhenger bl.a. av innholdet i samtykket.

Taushetsplikt er noe forvaltningsorgan A og B er bundet av, jf. fvl § 13. Når registrert person avgir opplysningene til forvaltningsorganet vil det kunne gjelde taushetsplikt for noen eller alle opplysninger. Utgangspunktet om taushetsplikt kan eventuelt være modifisert ved at det i noen relasjoner er adgang til å gi opplysninger videre til andre (internt eller eksternt), i henhold til unntaksbestemmelsene i fvl §§ 13a – 13e. Samtykke etter personopplysningsloven kan tenkes å gi adgang til å videreggi taushetspliktige opplysninger til andre. Samtykke til å videreggi taushetsbelagte opplysninger, fvl § 13a nr. 1, kan gis som en separat erklæring fra den registrerte, og kan komme som i stedet for eller i tillegg til samtykke etter personopplysningsloven.

Selv om samtykke etter fvl § 13a nr. 1 kan være inkorporert i samtykke etter personopplysningsloven, er det viktig å huske at dette i utgangspunktet er tale om to separate samtykkeordninger. Derfor kan en godt tenke seg de to samtykke-

¹² Jf. lange piler fra registrert person.

¹³ Se definisjonen av «behandlingsansvarlig» i pol § 2 nr. 4.

rutinene atskilt: Først samtykkes det til å behandle personopplysninger, men uten at dette omfatter videregivelse av taushetsbelagte opplysninger; og deretter gis det samtykke til å gi opplysninger videre til tross for taushetsplikt. Begge situasjoner kan være praktisk, både hver for seg, og i kombinasjon.

Muligheten til å kunne avgi «kombinert samtykke» etter de to lovene er praktisk og nødvendig når målet er å etablere en samtykkerutine som gir tilstrekkelig oversikt for registrerte personer. For BFE er situasjonen trolig den at det primært er behov for å kombinere de to samtykkeordningene i samband med utforming av de informasjonssystemer etaten planlegger å bruke. I fortsettelsen baserer vi oss på denne forutsetningen.

4 Rettslig grunnlag etter personopplysningsloven

4.1 Innledning

I de følgende to kapitler vil vi undersøke forutsetningene for at samtykke er nødvendig for i) å behandle personopplysninger og ii) videregi taushetspliktige personopplysninger. Diskusjonene vil langt på vei bli parallelle, men i utgangspunktet har vi likevel valgt å gjennomgå de to spørsmålene hver for seg. I kapittel 6 vil vi gi en felles diskusjon av kravene til samtykke.

4.2 Betydningen av rettslig grunnlag

Etter personopplysningsloven må enhver som behandler personopplysninger og som kommer inn under loven ha et *rettslig grunnlag* for å kunne behandle opplysningene. Norske forvaltningsorganer kommer alltid inn under loven, og må derfor alltid tilfredsstille dette kravet. Rettslig grunnlag (eller «behandlingsgrunnlag») er betegnelse på rettslig holdbare begrunnelser som gjør det lovlig å behandle personopplysninger. Personopplysningsloven fastsetter tre typer rettslige grunnlag:¹⁴

- Lovhjemmel
- Samtykke
- Nødvendig grunn

Loven krever at rettslig grunnlag skal prøves i to omganger. Det grunnleggende kravet som gjelder for *alle* personopplysninger fremgår av pol § 8, og skal alltid følges. For opplysninger som regnes som *sensitive* slik det er definert i pol § 2 nr. 8,¹⁵ gjelder i tillegg krav til rettslig grunnlag etter pol § 9. For sensitive opplysninger skal det altså både være rettslig grunnlag etter § 8 og § 9, mens det for andre, ikke-sensitive opplysninger bare gjelder krav etter § 8. Den følgende fremstillingen vil primært ta utgangspunkt i § 8. Enkelte spørsmål vedrørende § 9 er særlig diskutert i avsnitt 4.3.2 nedenfor.

14 Personopplysningsloven § 9 bokstav d inneholder en fjerde type rettslig grunnlag. Her fastsettes det at sensitive personopplysninger kan behandles dersom «den registrerte selv frivillig har gjort [opplysningene] alminnelig kjent.»

15 Personopplysninger som anses sensitive etter loven, gjelder opplysninger om rasemessig eller etnisk bakgrunn; politisk, filosofisk eller religiøs oppfatning; at en person har vært mistenkt, siktet, tiltalt eller dømt for en straffbar handling; helseforhold; seksuelle forhold; og medlemskap i fagforeninger.

Det er for så vidt selvfølgelig at det er lovlig å samle inn og behandle personopplysninger dersom lovgiver har vedtatt at det skal eller kan skje.¹⁶ *Lovhjemmel* som rettslig grunnlag, forutsetter at Stortinget har tatt stilling til at slik behandling skal eller kan skje. Forskrift gitt i medhold av lov, regnes som lovhjemmel i denne sammenheng. Desto mer inngripende virkning behandling av personopplysninger kan ha for personvernet, desto klarere må det være at lovgiver faktisk har vurdert og tatt stilling til spørsmålet.¹⁷ Lover som bare impliserer at visse personopplysninger bør/må bli behandlet, kommer ikke inn under dette alternativet.¹⁸

Samtykke fra den registrerte personen er også mulig grunnlag for lovlig å behandle personopplysninger. Det stilles en rekke krav for at samtykke skal være gyldig, jf. utfyllende drøftelse i kapittel 6. I utgangspunktet er samtykke alternativt til lovhjemmel. Finnes lovhjemmel til å behandle personopplysninger, vil det ikke være noe rettslig krav til å innhente samtykke.

Den tredje typen rettslig grunnlag gjelder *rettslig grunn*, dvs. visse formål og situasjoner som lovgiver har angitt i loven, se bokstavene a – fi § 8. Her kommer det altså verken an på hva lovgiver har ment om et konkret behov for å behandle opplysninger, eller hva den registrerte personen selv mener. Avgjørende etter disse alternativene er hvilke personopplysninger som for visse generelt angitte formål fremstår som nødvendige. Her skal vi kort gjengi og gjennomgå de seks alternativene:

«... behandlingen [må være] 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 behandlingsansvarlige 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.»

Først er det grunn til å legge merke til at alle alternativer er ganske generelt formulerte, noe som gir et forholdsvis vidt tolkningsrom. Lovens system er at det er

16 Og dette vedtaket ligger innenfor de rammer som grunnloven § 102 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens art. 8 definerer.

17 Se ot.prp. nr. 92 (1998-1999), s 109.

18 Men kan komme inn under en av de nødvendige grunner som loven angir, jf. nedenfor.

den behandlingsansvarlige som skal vurdere om slike nødvendige grunner foreligger eller ikke.¹⁹ Det er dessuten grunn til å legge merke til at bokstav a delvis kan sies å være i slett med samtykke. Slike avtaler med den registrerte som omtales der, vil innbefatte en avtaleaksept og forutsetter m.a.o. at behandling av personopplysninger er nødvendig for å gjøre noe som den registrerte selv ønsker. Selv om en slik aksept kan betegnes som et «samtykke», kommer ikke personopplysningslovens krav til samtykke (jf. nedenfor) til anvendelse ved avtaleinngåelse etter pol § 8 bokstav a. For eksempel kan man fritt trekke tilbake et samtykke,²⁰ men selvsagt ikke en avtaleaksept. Det kan stilles spørsmål om det på grunnlag av bestemmelsen i § 8 bokstav a kan inngås «avtale» med personer som søker eller får hjelp fra BFE, slik at en på denne måten unngår krav om samtykke. Spørsmålet er ikke drøftet i forarbeidene og er så vidt vi vet heller ikke avgjort i autorativ avgjørelse ved domstolene eller Personvernemnda. I forarbeidene nevnes kun privatrettslige avtaler som eksempel. vi mener det er grunn til å tro at avtaler som har preg av myndighetsutøvelse, ikke kan komme inn under dette alternativet.

«Rettslig forpliktelse» i alternativ b dekker tilfelle der det følger av lov, forskrift, internasjonale konvensjoner, eller rettskraftige domsavgjørelser og enkeltvedtak at det er nødvendig å behandle personopplysninger. Hvis noen i et rettskraftig enkeltvedtak blir pålagt å gi opplysninger til et forvaltningsorgan, vil pol § 8 bokstav b altså være rettslig grunnlag for å behandle personopplysninger i tråd med hva vedtaket gjør nødvendig.

Bokstav c gir den behandlingsansvarlige adgang til å behandle personopplysninger når dette er nødvendig for å vareta den registrertes «vitale interesser». Alternativet dekker f.eks. tilfelle der opplysninger må videregis for å avhjelpe alvorlig nød. Situasjoner dekker særlig tilfelle der alvorlig sykdom og skade²¹ gjør det nødvendig å gi opplysninger for å få hjelp, varsle berørte personer mv.

Bokstav d om tilfeller der det er nødvendig for å utføre en oppgave av allmenn interesse, dekker særlig forskning, ivaretagelse av felles kulturarv (jf. f.eks. arkiivering), statistisk bearbeidelse, historieforskning mv. Dette grunnlaget har f. eks. hatt betydning når en innen forskning har ment at innhenting av samtykke ikke er mulig for å sikre forsvarlig metodisk gjennomføring.

19 Datatilsynet kan alltid overprøve denne vurderingen, og kan f.eks. vedta at et anført rettslig grunnlag ikke er lovlig (jf. pol § 46 siste ledd).

20 Mer om det i avsnitt 6.6.

21 Trolig ikke bare på person, men også fysisk skade som har vital betydning for personen (typisk: hus og hjem).

Etter bokstav e kan personopplysninger bli behandlet i den grad dette er nødvendig for å utøve offentlig myndighet. Det typiske eksempelet er at forvaltningen utfører oppgaver i samsvar med lov og forskrift. For å treffe enkeltvedtak følger det f.eks. at loven og etablert praksis ved domstolene at visse personopplysninger må behandles. Alternativet i bokstav e overlapper særlig med bokstav b, og kan i noen situasjoner også ligne lovhjemmel som rettslig grunnlag.

Det siste alternativet blant «nødvendige grunner» til å behandle personopplysninger, er av en helt annet karakter enn de øvrige. Således gir bokstav f anvisning på en bred interesseavveining: Behandlingen må for det første være «nødvendig for at den behandlingsansvarlige eller tredjepersoner som opplysningene utleveres til kan vareta en berettiget interesse». Det er altså ikke bare behandlingsansvarliges interesser det kommer an på, men også interessene til aktører han ønsker å utlevere opplysningene til. For at tredjemanns interesser skal kunne tas hensyn til, må utlevering kunne skje på lovlig måte. Det kan f.eks. ikke være regler om taushetsplikt som ville gjøre utlevering ulovlig. Så lenge behandlingsansvarliges og tredjemanns interesser ikke er knyttet til kriminell virksomhet, vil imidlertid en lang rekke interesser kunne godtas som berettigede. Dette vilkåret vil derfor neppe begrense anvendelsen av bestemmelsen på nevneverdig måte.

Begrensningene i § 8 bokstav f ligger primært i vilkåret om at «hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger [behandlingsansvarliges/tredjemanns interesser]». Det er den behandlingsansvarlige som i første omgang skal gjennomføre denne interesseavveiningen.²² I forarbeidene er det uttalt at hensynet til privatlivets fred skal tillegges betydelig vekt i avveiningen mot kommersielle interesser.²³ Det skal også legges stor vekt på oppfatninger blant de personer det er aktuelt å behandle personopplysninger om. For øvrig er bestemmelsen formulert på en måte som er veldig åpen, og som i liten grad legger føringer på den avveiningen som skal skje. Bestemmelsen fremstår derfor som veldig anvendbar, og som grunnlag for at den behandlingsansvarlige i veldig mange tilfelle kan argumentere for at ivaretagelse av personvern er mindre viktig enn hensynet til de interesser som begrunner at behandlingen likevel bør kunne skje.²⁴ I avsnitt 4.3.1 kommer vi tilbake til valget mellom denne og andre nødvendige grunner og samtykke som rettslig grunnlag.

22 Datatilsynet kan imidlertid alltid overprøve denne vurderingen, jf. pol § 46 siste ledd.

23 Se ot.prp. nr. 92 (1998-1999), s 109.

24 I personvernforordningen, som vi kort omtaler i kapittel 7, er denne bestemmelsen modifisert slik at den ikke gjelder offentlige myndigheter som sådanne, se artikkel 6(1)(f) siste setning («This shall not apply to processing carried out by public authorities in the performance of their tasks.»)

4.3 Forholdet mellom ulike rettslige grunnlag

4.3.1 Forholdet mellom de rettslige grunnlagene etter § 8

Loven inneholder ikke noen prioriteringsregler mellom de ulike typene rettslige grunnlag, og det kan derfor være uklart hva som kan/skal/bør velges. Problemerkene oppstår først og fremst når en tilsynelatende står overfor valg mellom samtykke og én eller flere av de nødvendige grunner for å behandle personopplysninger som loven angir. Er det da slik at samtykke har prioritet, eller kan behandlingsansvarlige f.eks. la være å spørre om samtykke og i stedet basert seg på den brede interesseavveiningen i pol § 8 bokstav f? Forarbeidene til loven gir ingen retningslinjer om dette. Av autorative avgjørelser er det først og fremst avgjørelser i Personvernemnda en har å holde seg til.²⁵ I tillegg kan enkelte rettsystematiske betraktninger og de internasjonale personvernprinsippene være til noe hjelp for å avklare tvil. Spørsmålet om prioriteringsrekkefølge mellom de rettslige grunnlag, har vært gjenstand for en del diskusjon i norsk rett. Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS v/ Thomas Olsen og Malin Tønseth, har oppsummert denne diskusjonen i en utredning til UDI høsten 2015. De konkluderer med at det på generelt grunnlag ikke kan sies å eksistere noen prioriteringsrekkefølge, men at valget mellom ulike rettslige grunnlag må tas på bakgrunn av forholdene i den konkrete situasjon behandlingen av personopplysninger skal foregå.²⁶ Vi tiltrer denne konklusjonen, men mener det i tillegg er grunnlag for noen enkle retningslinjer for vurderingen.

Det sikre utgangspunktet er at lovhjemmel går foran de andre rettslige grunnlagene.²⁷ Dette følger av lovers trinnhøyde, og det faktum at lov og forskrift²⁸ gir uttrykk for den øverste demokratiske myndighetens vilje. Når lovgiver eksplisitt har tatt stilling til at bestemte personopplysninger skal eller kan samles inn og behandles videre, er vi innenfor kjernen i lov som rettslig grunnlag, og det kan neppe oppstå tvil. De klareste eksemplene på slik lovhjemmel er lov som fastsetter at det skal opprettes registre, innhentes bestemte opplysninger mv. Poenget er at lovteksten viser at spørsmålet om innsamling og videre bruk av opplysninger er vurdert av lovgiver.

25 Se særlig avgjørelsene i PVN 2004-01 (STAMI) og PVN 2012-1 (Barn med påførte dødelige skader).

26 Se Olsen og Tønseth 2015, fra s. 18.

27 Sml. Olsen og Tønseth 2015, s. 21 nest siste avsnitt. Når Olsen og Tønseth omtaler lov og samtykke som likestilte behandlingsgrunnlag, er det i en litt annen diskusjon enn den denne utredningen tar for seg. Spørsmålet Olsen og Tønseth relaterer prioriteringsspørsmålet til, er om forvaltningsorganet skal bruke samtykkerutiner eller utvikle det lovmessige behandlingsgrunnlaget i større grad. Når man allerede har hjemmel i lov, er det klart at man ikke bør (og ofte heller ikke kan) innhente samtykke istedenfor å basere behandlingen på lov.

28 Forutsatt at forskriften holder seg innenfor lovhjemmel til å gi forskrift.

Fra disse klare tilfellene er det en glidende overgang til tilfelle hvor det mer implisitt fremgår av loven at visse personopplysninger skal samles inn og behandles for bestemte formål. Lovbestemmelser om pensjonsytelser innebærer f.eks. at visse opplysninger skal legges til grunn for vedtak, og ligningsvedtak forutsetter at forvaltningsorganet får opplysninger om skattyters formues- og inntektsforhold mv. Loven må trolig forstås slik at implisitte forutsetninger om at visse personopplysninger skal eller kan behandles, ikke hører med under gruppen lovhjemmel som rettslig grunnlag. I stedet må slike tilfelle bli rubrisert under et av alternativene for nødvendig grunn, og særlig er § 8 bokstavene b (rettslig forpliktelse) og e (utøvelse av offentlig myndighet) aktuelle. Vi antar at en del vel definerte lovbestemmelser som kan henføres under § 8 bokstav b (rettslig forpliktelse) og bokstav e (offentlig myndighet), kommer i en lignende stilling som tilfelle der det finnes en klar lovhjemmel. I disse situasjonene antar vi m.a.o. det ikke er påkrevet å innhente samtykke. I flere slike situasjoner er det heller *ikke adgang* til å basere seg på samtykke, fordi samtykke forutsetter frivillighet, dvs. at registrerte personer faktisk kan svare nei, og i en rekke tilfelle av myndighetsutøvelse er nektelse av samtykke uaktuelt.²⁹

I andre situasjoner er samtykke uaktuelt fordi vedkommende person er fraværende, i en nødssituasjon eller på annen måte ute av stand til å ivareta egne interesser. Alternativet i § 8 bokstav c (vitale interesser) vil ofte dekke situasjoner som har denne karakteren, og samtykke er uaktuelt. Her oppstår det med andre ord sjelden eller aldri et konkurranseforhold mellom rettslig grunnlag i § 8 bokstav c og samtykke.

I situasjoner under § 8 bokstav a vedrørende avtaleinngåelser og gjennomføring av avtaler med den registrerte, kan det som nevnt leses inn et samtykkeelement i form av en avtaleaksept. Den registrerte ønsker/godtar her en faktisk disposisjon og/eller en rettslig forpliktelse, som forutsetter behandling av personopplysninger. Forutsetningen om at det her eksisterer en reell avtale, gjør at samtykke langt på vei blir overflødig som alternativ. I slike tilfeller trenger en neppe å innhente samtykke i stedet for å basere behandling av personopplysninger på nødvendighetskriteriet vedrørende avtaler i bokstav a.

Dersom en kommer til at avtaleforholdet ikke er reelt eller lovlig (f.eks. fordi det foreligger en viss grad av tvang eller personen ikke har kompetanse til å inngå avtale), kan ikke § 8 bokstav a komme til anvendelse. I så fall vil heller ikke samtykke være aktuelt som grunnlag, fordi også samtykke stiller lignende krav til kompetanse og frivillighet som ved avtaler. Situasjonen kan i så fall være at det

29 Det kan f.eks. åpenbart ikke være frivillig om vi vil la skattemyndighetene samle opplysninger om inntekts- og formuesforhold.

ikke foreligger lovhjemmel, det kan ikke inngås avtale, og samtykke kan ikke gis. Finner en ikke rettslig grunnlag i ett eller flere av alternativene i § 8 bokstav b – f, kan opplysningene i så fall ikke behandles på lovlig måte.

Konklusjonen etter drøftelsen så langt er at forholdet mellom samtykke og nødvendig grunn som rettslig grunnlag, primært kommer på spissen i forhold til de alternativene i § 8 som vi til nå ikke har drøftet, dvs. tilfelle der det kan hevdes at behandlingen er nødvendig for «å utføre en oppgave av allmenn interesse» (jf. bokstav d), og tilfelle der «den behandlingsansvarlige eller tredjepersoner som opplysningene utleveres til kan vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen» (jf. bokstav f).

For disse tilfellene er det i alle fall to retningslinjer som kan være til hjelp når en skal ta stilling til spørsmålet om det må innhentes samtykke eller ikke. I avgjørelsen i Personvernmemnda PVN 2004-01 (STAMI) uttalte nemnda at behandlingsansvarlig ikke kan velge å bruke en av de nødvendige grunner som er angitt i § 8 bare fordi det er mer lettvint og billig enn å innhente samtykke.³⁰ Denne praksisen har blitt konsekvent fulgt frem til 2012.³¹ I PVN 2012-1 kan det se ut som om nemnda endrer praksis, fordi den uttaler at samtykke ikke kan anses å være hovedregelen og at de rettslige grunnlagene i utgangspunktet må anses som likestilte. Nemnda har imidlertid ikke senere tatt avstand fra sin langvarige praksis som er basert på PVN 2004-01, og avgjørelsen i PVN 2012-1 innebærer ikke at behandlingsansvarlige kan la være å benytte samtykke bare fordi samtykke er dyrere og mer tungvint enn anvendelse av en nødvendighetsgrunn. Begrunnelsen for ikke å benytte samtykke må altså ha innholdsmessig karakter.³²

I praksis vil reelle hensyn ha stor betydning for om samtykke må benyttes eller ikke.³³ Det er etter vår mening særlig grunn til å vektlegge hvor alvorlige personvernkonsekvenser en planlagt behandling av personopplysninger vil ha. Er de små eller ubetydelige, vil interesseavveiningen etter § 8 bokstav f lett kunne falle ut til fordel for den behandlingsansvarlige. Det taler for at bokstav f lettest bør kunne brukes i stedet for samtykke når de negative konsekvensene for registrerte personer antas å være små.

Problemet med å velge mellom samtykke og nødvendig grunn som rettslig grunnlag kommer altså på spissen når behandlingen er «nødvendig for å utføre en opp-

30 Se også Olsen og Tønseth 2015, s. 19, fjerde avsnitt.

31 Se gjennomgangen i Krauss-Amundsen 2016, s. 44 flg.

32 I den nevnte 2004-avgjørelsen var det f.eks. de forskningsmetodiske begrunnelsene for ikke å innhente samtykke som var utslagsgivende for å tillate innsamling av opplysninger uten samtykke.

33 Se Krauss-Amundsen 2016, s. 52 som har identifisert 14 typer reelle hensyn som er anført i Personvernmemndas praksis i saker der samtykke har vært vurdert opp imot andre rettslige grunnlag.

gave av allmenn interesse» (§ 8 bokstav d) eller «vareta en berettiget interesse og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen», på den andre siden. I valget mellom disse alternativene vil samtykke ofte være påkrevet som rettslig grunnlag. For å kunne velge bort samtykke i disse situasjonene, må det kunne anføres en begrunnelse som gjelder mer enn hva som er billigst og enklest. Jo mer alvorlig mulige personvernkonsekvenser er, desto større krav må stilles til denne begrunnelsen. Også andre reelle hensyn må trekkes inn.

Vi understreker for ordens skyld at konklusjonen ovenfor har preg av å være tommelfingerregler med relativt tynt rettskildemessig grunnlag. Samtidig finnes det imidlertid – så vidt vi vet – ingen alternativ, konkurrerende helhetlig anvisning på hvordan forholdet mellom ulike rettslige grunnlag i § 8 skal forstås. Uansett argumenterer vi ikke for noen form for «automatikk» ved anvendelse av retningslinjene ovenfor. Spørsmålet om rettslig grunnlag må være gjenstand for konkrete vurderinger ved hver behandling av personopplysninger. Konklusjonene i enkelttilfelle kan derfor bli en annen enn det som følger av retningslinjene ovenfor. Uansett er det et viktig poeng at det lett kan være tvil om samtykke er påkrevet eller ikke, og at spørsmålet ikke sjelden vil være vanskelig å ta stilling til.

4.3.2 Om forholdet mellom rettslig grunnlag etter § 8 og § 9

Krav til rettslig grunnlagene etter § 8 gjelder for all behandling av personopplysninger og har derfor størst praktisk betydning, jf. diskusjonene i 4.2 og 4.3.1. Blir det behandlet sensitive personopplysninger, gjelder krav til rettslig grunnlag etter § 9 i tillegg til § 8. Personopplysningsloven § 2 nr. 8 fastsetter uttømmende hva som skal regnes som sensitivt etter loven. Dette er personopplysninger om rasemessig eller etnisk bakgrunn; politisk, filosofisk eller religiøs oppfatning; at en person har vært mistenkt, siktet, tiltalt eller dømt for en straffbar handling; helseforhold; seksuelle forhold; og medlemskap i fagforeninger. Dersom forvaltningsorganet behandler slike opplysninger elektronisk eller fører slike opplysninger inn i et personregister, må organet med andre ord kunne vise til et rettslig grunnlag for disse opplysningene etter pol § 9, i tillegg til de rettslige grunnlagene etter § 8.

Paragraf 9 er bygget opp på lignende måte som § 8, noe som innebærer at de tre samme typene rettslig grunnlag gjelder:

- Lovhjemmel
- Samtykke
- Nødvendig grunn

I tillegg kommer en fjerde type rettslig grunnlag som gir adgang til å behandle sensitive personopplysninger

- Dersom den registrerte selv frivillig har gjort opplysningene alminnelig kjent.

Her kommer vi ikke nærmere inn på krav til lovhjemmel og samtykke. Kravene til disse rettslige grunnlagene tilsvare de som gjelder for § 8, og vi viser derfor til fremstillingen for øvrig. Den mest markerte forskjellen gjelder de nødvendige grunnene etter § 9 som listes opp i bokstavene c, e, f, g og h. Her kommer vi ikke nærmere inn på innholdet av hver av dem. Poenget er at disse nødvendighetsgrunnene er langt snevrere formulert enn nødvendighetsgrunnene i § 8, og trolig lite aktuelle for forvaltningsorganer. I den grad forvaltningsorganer ønsker å behandle helseopplysninger og andre sensitive opplysningstyper, er det derfor samtykke som – i mangel av særlig lovhjemmel – fremstår som det påkrevde rettslige grunnlag.³⁴

Det fjerde alternativet, når den registrerte selv frivillig har gjort opplysningene alminnelig kjent,³⁵ har neppe stor praktisk betydning. Bestemmelsen forutsetter at personen opplysningene gjelder selv aktivt og frivillig har gjort opplysningene kjent for en ubestemt gruppe mennesker. For kravet til frivillighet gjelder minst det samme som for krav til frivillig samtykke, se avsnitt 6.3, nedenfor. Det er grunn til å anta at dette alternativet bare helt unntaksvis vil være aktuelt (for eksempel i forbindelse med at en person har gått til pressen for å klage på forvaltningsorganet og i den sammenheng fortalt om sensitive opplysninger). Dersom slike situasjoner oppstår vil forvaltningsorganet uansett ikke alltid se seg tjent med å behandle personopplysningene videre på et slikt grunnlag. Forvaltningsorganet har selvfølgelig heller ingen plikt til å bruke et slikt grunnlag, og kan f.eks. velge bare å behandle opplysninger som de har samtykke eller lovhjemmel til å behandle.

4.3.3 Samlet bilde: Når er det behov for samtykke etter pol §§ 8 og 9?

Dersom vi sammenholder kravene til rettslig grunnlag etter pol § 8 og § 9, ser vi det er store forskjeller mellom ikke-sensitive og sensitive personopplysninger. For personopplysninger som ikke er sensitive vil det i relativt stor grad være grunnlag for å behandle personopplysninger ut i fra «nødvendig grunn», jf. § 8 bokstavene a – f. I mange situasjoner vil samtykke med andre ord ikke være

34 Datatilsynet kan gi særlig tillatelse til å behandle sensitive personopplysninger også i andre tilfelle dersom viktige samfunnsinteresser tilsier det og det settes i verk tiltak for å sikre den registrertes interesser, jf. § 9 siste ledd. Bestemmelsen er imidlertid beregnet på særlige situasjoner og er f.eks. ikke aktuell for ordinær virksomhet ved BFE.

35 Se pol § 9 bokstav d.

nødvendig. For sensitive personopplysninger er situasjonen nærmest motsatt. Her vil nødvendig grunn sjelden eller aldri være aktuelt som rettslig grunnlag. Derimot vil samtykke være det helt dominerende grunnlaget. I mangel av lov-hjemmel vil samtykke så å si alltid vil være påkrevet som grunnlag for å behandle opplysninger om helseforhold og andre opplysningstyper som pol § 2 nr. 8 definerer som sensitive.

4.4 Samtykke uten at det er rettslig krav om dette

Det er mulig å skjelne mellom *plikt* til å innhente samtykke på den ene side og, på den annen side, forvaltningsorganers *adgang* til å be om samtykke selv om dette ikke er lovpålagt. I utgangspunktet er det ikke noe i veien for at en behandlingsansvarlig spør om samtykke til å behandle personopplysninger selv om andre rettslige grunnlag kunne vært påberopt. En slik fremgangsmåte kan trolig være aktuell i tilfeller der det er tvilsomt hvilke krav til rettslig grunnlag som gjelder, jf. drøftelsen ovenfor i avsnitt 4.3. Teoretisk sett kan en også tenke seg at samtykke kan bli foretrukket selv om behandlingsansvarlig mener å ha et annet og utvilsomt rettslig grunnlag. Fremgangsmåten er også aktuell der forvaltningsorganet har adgang til å behandle noen personopplysninger ut i fra lov-hjemmel eller en nødvendig grunn, men trenger samtykke for visse tilleggsopp-lysninger. I så fall vil forvaltningsorganet kunne ønske å bake adgangen til å behandle alle opplysningene inn i én samtykkeerklæring.

Motivasjonen for å be om samtykke selv om en har et annet – mer eller mindre sikkert – rettslig grunnlag kan f.eks. være å bygge gode og forpliktende relasjoner til personene, inkludere dem i beslutningsprosesser for å øke muligheten for at de skal forstå beslutningene og lojalt etterleve dem mv. Også vurdert ut ifra hensynet til personvern, kan det være grunn til å vurdere om samtykke skal anvendes selv om det ikke er klart at loven krever det, eller annet rettslig grunnlag finnes. Det er neppe noe i lovverket som forbyr en slik fremgangsmåte. Som vi kommer tilbake til, kan det imidlertid være at et slikt arrangement vil bli ansett som så lite reelt, at avgitte samtykkeerklæringer må settes til side som ugyldige.

Før vi diskuterer denne muligheten noe nærmere, er det grunn til å minne om at samtykke alltid må kunne nektes eller trekkes tilbake, jf. avsnitt 6.6 (nedenfor). Behandlingsansvarlig må derfor alltid tenke igjennom hva som vil skje dersom registrerte helt eller delvis nekter å samtykke, eller helt eller delvis krever at tidligere avgitt samtykke skal falle bort fordi vedkommende forandrer mening. En kan særlig tenke seg to utfall av slike situasjoner:

1. Nekting/tilbaketrekking av samtykket godtas uten at den behandlingsansvarlige hevder også å ha annet rettslig grunnlag for – helt eller delvis – fortsatt å behandle personopplysningene; eller
2. nekting/tilbaketrekking av samtykket godtas, men behandlingsansvarlige anfører annet rettslig grunnlag for at han – helt eller delvis – fortsatt kan behandle opplysningene.

I den først nevnte situasjonen blir samtykket helt reelt, og i tråd med hva lovgiver har forutsatt. I den andre situasjonen blir samtykket bare reelt så lenge det ikke skaper uakseptable situasjoner for den behandlingsansvarlige. Dersom den behandlingsansvarlige uansett ikke vil kunne godta at samtykket nektes eller trekkes tilbake, kan en neppe sies å ha en gyldig samtykkeordning fordi ordningen ikke kan anses som frivillig.

Dersom situasjonen under ii) (ovenfor) derimot gir registrerte personer *en viss grad* av reell innflytelse og selvbestemmelse, kan det være grunn til å godta ordningen. Situasjonen vil f.eks. kunne være at forvaltningsorganet (behandlingsansvarlig) kan godta at registrerte nekter eller trekker tilbake samtykke, men ikke i alle situasjoner. Dersom samtykke avløses av rettslig grunnlag av typen «nødvendig for å utøve offentlig myndighet» i særlige situasjoner der det antas å være uforsvarlig at personopplysningene ikke lenger kan behandles, vil dette trolig bli ansett å være en lovlig ordning. Poenget er at det trolig er grunn til å godta bruk av samtykke når dette klart gir den registrerte større innflytelse på bruken av opplysninger om ham/henne enn om et annet rettslig grunnlag hadde blitt anvendt.

4.5 Kort om samtykke til helsehjelp

For oversikts skyld er det grunn til helt kort å komme inn på et tema som er beslektet til spørsmålet om samtykke til behandling av personopplysninger, nemlig samtykke til helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl) kapittel 4. Disse bestemmelsene gjelder ikke samtykke til å behandle helseopplysninger, men samtykke til *helsehjelp*. Blir det på bakgrunn av slikt samtykke ytet helsehjelp, har helsepersonale adgang til å behandle alle helseopplysninger om pasienten som er nødvendig for å kunne gi helsehjelpen, se pasientjournalloven (pjl) § 6 annet ledd. Det er altså ikke krav til separat samtykke om behandling av nødvendige helseopplysninger.

Det er for det første viktig å understreke at reglene knyttet til helsehjelp normalt ikke åpner for at forvaltningsorganer som BFE kan behandle personopplysning

ger ut ifra dette spesielle regelsettet. Det er særlig to sett av vilkår som er avgjørende for når disse samtykkebestemmelsene kan brukes. For det første er «helsehjelp» definert som «handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlerende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål». Oppregningen er understrekning av at det i begrepet helsehjelp ligger et medisinsk element som er knyttet til somatisk eller psykisk sykdom, skade, funksjonshemming, alderdom og annet som knyttet til medisinske hensyn.

Det neste elementet i definisjonen av helsehjelp gjelder krav til hvem som må gjennomføre helsehjelpen for at den skal komme inn under denne lovgivningen. Det er bare helsehjelp som *utføres av helsepersonell* som omfattes. Helsepersonell er primært slikt personell som har autorisasjon etter helsepersonelloven (hpl) § 48 eller lisens etter § 49, jf. hpl § 3. Helsepersonelloven § 48 angir hvilke konkrete typer personell det her er tale om. Oppregningen omfatter tjuei typer helsepersonell blant annet; ergoterapeut, helsefagarbeider, hjelpepleier, lege, omsorgsarbeider, psykolog, sykepleier og vernepleier. Stillingstypen helsesøster er ikke nevnt som egen kategori, men helsesøstre med sykepleierutdanning kommer inn under helsepersonell. Sosionomer, sosialarbeidere mv regnes ikke til helsepersonell (selve om de kan arbeide med sosiale forhold med medisinske implikasjoner).

For å komme inn under pasient- og brukerrettighetslovens samtykkebestemmelser og pasientjournallovens bestemmelser om rett til å behandle helseopplysninger som er nødvendig for å gi forsvarlig helsehjelp, må man med andre ord både tilfredsstille kravet til helsehjelp i medisinsk forstand, og høre til gruppen helsepersonell. Vi antar det bare er helt unntaksvis at virksomheten i BFE tilfredsstiller begge krav, og at disse bestemmelsene derfor er lite aktuelle.

Dersom de nevnte kravene er tilfredsstilte, skal journalføring skje i samsvar med pasientjournalloven med forskrifter, og informasjonsbehandlingen skal skje innenfor rammene for taushetsplikt mv i helsepersonelloven. Her kommer vi ikke nærmere inn på disse reglene, men nøyer oss med å påpeke at det f.eks. vil være et problem å etterleve taushetsplikt innenfor rammene av tverrfaglige team der annet enn helsepersonell deltar.

Avslutningsvis skal det påpekes at samtykkebestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven, kan tenkes å ha en viss betydning ved presisering av kravene til samtykke etter personopplysningsloven. Særlig kan fastsettelsen av aldersgrensen på 16 år for samtykke til helsehjelp³⁶ trekkes inn som et moment ved angivelse av aldersgrense for samtykke til å behandle personopplysninger, se avsnitt 6.2.2, nedenfor.

36 Se pbrl 4-3 bokstav b.

5 Rettslig grunnlag for å videreggi taushetsbelagte opplysninger

5.1 Innledning

I dette kapittelet vil vi kort undersøke forutsetninger for at taushetspliktige personopplysninger kan videregis til andre, jf. fvl § 13a nr. 1. Vi har valgt et opplegg som i så stor grad som mulig følger samme type systematikk som den som gjelder for samtykke til å behandle personopplysninger etter personopplysningsloven, jf. kapittel 4. Å benevne denne diskusjonen «rettslig grunnlag» vil trolig virke fremmed for mange som arbeider med forvaltningsrett, men fra personopplysningsretten er denne betegnelsen etter vår mening relevant og fruktbar å bruke.

Forvaltningslovens bestemmelser om taushetsplikt har et systematisk innhold som ligner mye på det som gjelder for rettslig grunnlag til å behandle personopplysninger: I de relevante bestemmelsene finner vi for det første samtykkealternativet (fvl § 13a nr. 1), og vi finner en rekke beskrivelser av situasjoner der forvaltningsorganet kan velge å videreggi opplysningene selv om det ikke er innhentet noe samtykke. Lovhjemmel til å videreggi opplysninger, ut over det som følger direkte av forvaltningsloven, er bare implisitt omhandlet i § 13f som stiller krav til hvordan slik særlovgivning i så fall skal være utformet. At det kan gjøres unntak fra taushetsplikt i særlov, er imidlertid selvsagt, og at forvaltningsloven ikke er eksplisitt på dette punktet, har neppe rettslig betydning.

Etter dette har vi med andre ord tre mulige grupper «rettslig grunnlag» for å videreggi taushetspliktige personopplysninger også etter forvaltningsloven:

- Lovhjemmel;
- samtykke; eller
- at tilfellet faller inn under en av situasjonsbeskrivelsene i fvl §§ 13a og 13b ellers.

Det siste velger vi å nevne «situasjonsbetinget» videregivelse. Som vi kommer tilbake til, ligner denne kategorien «nødvendig grunn» i personopplysningsloven. I det følgende vil vi kort gjennomgå hjemmel i særlov. I tillegg vil vi gjennomgå noen utvalgte typer situasjonsbetinget videregivelse, som vi anser å være spesielt relevante i vår sammenheng.

5.2 Hjemmel i særlov som rettslig grunnlag

Hjemmel i lov er selvsagt et aktuelt og sterkt rettslig grunnlag for å videreggi taushetspliktige personopplysninger; på samme måte som etter pol § 8. Forvaltningsloven angir selv flere unntak fra taushetsplikt. Disse kommer vi tilbake til i avsnitt 5.3. Her skal vi kort gjennomgå betydningen av særlovgivning med bestemmelser som konkret gjør unntak fra taushetsplikt.

Et forvaltningsorgan kan selv ha hjemmel i særlov til å kreve opplysninger fra et annet organ uten at dette organet kan nekte. Det kan også ha plikt til å gi fra seg opplysninger til et annet forvaltningsorgan i samsvar med hjemmel i særlov. Slike hjemler kan være bygget opp på mange måter. Her kommer vi ikke detaljert inn på de mange variantene, men nøyer oss med å trekke frem ett eksempel som kan illustrere noen sentrale elementer.

Barnevernloven § 6-4 annet og tredje ledd inneholder en forholdsvis omfattende bestemmelse om plikt til å gi opplysninger:

«Offentlige myndigheter skal av eget tiltak, uten hinder av taushetsplikt, gi opplysninger til kommunens barneverntjeneste når det er grunn til å tro at et barn blir mishandlet i hjemmet eller det foreligger andre former for alvorlig omsorgssvikt, jf. §§ 4-10, 4-11 og 4-12, når et barn har vist vedvarende alvorlige atferdsvansker, jf. § 4-24, eller når det er grunn til å tro at det er fare for utnyttelse av et barn til menneskehandel, jf. § 4-29. [...]

Også yrkesutøvere i medhold av helsepersonelloven, psykisk helsevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven, lov om familievernkontorer, meklingsmenn i ekteskapsaker (jf. lov om ekteskap), samt friskolelova plikter å gi opplysninger etter reglene i andre ledd.

Plikten til å gi opplysninger oppstår her når det er «grunn til å tro» at barn er utsatt for ett av de tre typene alvorlige forhold som er angitt i første avsnitt i sitatet. Annet avsnitt presiserer og utvider hvem som har denne plikten, jf. utgangspunktet i «offentlige myndigheter».

Følgende elementer er særlig aktuelle i bestemmelser i særlov om å gi opplysninger:

1. Angivelse av *hvem* som har plikt til å gi eller rett til å kreve opplysninger
2. *Hva* som utløser plikten/retten
3. *Hvilke* opplysninger som omfattes av plikten/retten
4. *Når* plikten/retten skal eller kan oppfylles
5. *På hvilken måte* opplysningene skal eller kan gis.

I eksempelet fra barnevernloven § 6-4 er det ikke fastsatt noe vedrørende punktene iii) og v). Ofte vil imidlertid det nærmere informasjonsinnholdet være angitt. I eksempelet er tidsangivelsen (iv) angitt i kombinasjon med beskrivelse av det som utløser plikten (ii), og det er ikke angitt hvorledes opplysninger skal gis (v). I andre slike hjemler vil det f.eks. kunne kreves at opplysninger gis på «fastsatt skjema» eller ved hjelp av bestemte informasjonssystemer ellers.

Forvaltningsmyndigheter og andre vil i slike tilfeller altså ha plikt til å gi opplysninger om vedkommende barn og andre relevante opplysninger³⁷, selv om opplysningene er underlagt taushetsplikt. Det er da ikke krav om at barnet eller barnets foresatte skal spørres om å gi samtykke til informasjonsutvekslingen.

Forvaltningsloven § 13f annet ledd stiller krav til hvordan slike hjemler til å gjøre unntak fra lovbestemt taushetsplikt skal være formulert for at de skal få virkning. Bestemmelsen krever at hjemmelen «fastsetter eller klart forutsetter at taushetsplikten ikke skal gjelde.» Er ikke hjemmelen for å kreve opplysninger utformet på en tilstrekkelig klar måte, kan det ikke gis opplysninger. Det er grunn til å skjerpe kravene til klarhet avhengig av hvor beskyttelsesverdige opplysningene er, hvor mange opplysninger det gjelder, og varigheten av ordningen med å gi opplysninger. Størst krav til klarhet vil gjelde for store mengder sensitive opplysninger som skal overføres som del av en fast ordning, for eksempel ved hjelp av maskinelle rutiner.

Det gjelder et klarhetskrav både for lovhjemler til å behandle personopplysninger, og for lovhjemler til å videregi taushetsbelagte opplysninger, men kravet er ikke nødvendigvis likt for de to hjemmelskategorier. Det samme «jo-jo-prinsippet» vil trolig gjelde i begge situasjoner: Jo større inngrep det vil innebære overfor den registrerte å videregi opplysningene, jo større krav til klar hjemmel vil måtte stilles. I eksempelet fra barnevernloven er plikten til å gi opplysninger omfattende og vil med stor sannsynlighet omfatte særlig sensitive opplysninger. Lovteksten presiserer imidlertid at opplysningene skal gis «uten hinder av taushetsplikt». Dette tilfredsstiller derfor uansett kravet til klarhet etter fvl § 13f annet ledd.

37 Om andre personer og andre relevante saksforhold.

5.3 Situasjonsbetinget adgang til å videreggi opplysninger underlagt taushetsplikt

5.3.1 Innledning

Det vi her benevner «situasjonsbetinget» adgang til å videreggi personopplysninger, referer til bestemmelser i fvl § 13b som beskriver noen situasjoner der personopplysninger³⁸ som ellers er underlagt taushetsplikt, likevel kan videregis til andre enn de som har mottatt opplysningene. Også fvl § 13a inneholder bestemmelser som gjør unntak fra taushetsplikt, og i loven er disse bestemmelsene karakterisert ved at «det ikke er behov for beskyttelse».³⁹ Unntak etter § 13b skjer til tross for at det er behov for beskyttelse, men lovgiver har gjort en avveining mellom behovet for beskyttelse på den ene side, mot andre offentlige og private interesser på den annen side. Forvaltningsloven § 13b beskriver således visse situasjoner der lovgiver har ment at andre interesser kan sies å veie tyngre enn interessen i å beskytte opplysningene mot videregivelse. Dette ligner opplegget etter pol § 8 bokstavene a – f, der lovgiver har fastsatt mål/situasjoner hvor behovet for å behandle personopplysninger er så sterkt at personvernshensynene må vike.

I de situasjoner som fvl § 13b angir, er ikke taushetsplikt *til hinder* for at opplysninger videregis. Det etableres imidlertid ingen plikt i denne bestemmelsen til at slik videregivelse skal skje. Skal det være en plikt å gi videre til andre, må unntaket være gjort i særlovgivningen ved at det f.eks. blir etablert en opplysnings- eller oppgaveplikt, innsynsrett eller lignende. Bestemmelsene i pol § 8 bokstavene a – f gir heller ingen plikt til å behandle personopplysninger, men en adgang til å gjøre det.

I vår sammenheng er de viktigste bestemmelsen i fvl § 13b nr. 2, 3 og 5, og det er disse alternativene som i det følgende kort vil bli nærmere kommentert.

5.3.2 Unntak fra taushetsplikt for å sikre basal kontakt innen og mellom forvaltningsorganer

Bestemmelsene om taushetsplikt setter både grenser for informasjonstilgang innen et forvaltningsorgan og mellom forvaltningsorganet som har opplysningene og eksterne virksomheter og personer, herunder andre forvaltningsorganer. De to første unntaksbestemmelsene vi vil trekke frem gjelder de organinterne grensene for informasjonstilgang, og er begrunnet i hva som kan sies å være en nødvendig og hensiktsmessig arbeidsordning i organet. Den tredje unn-

38 Bestemmelsene er ikke begrenset til personopplysninger (opplysninger om «noens personlige forhold»), men her er det slike opplysninger som vektlegges.

39 Jf. tittelen på § 13a.

taksbestemmelsen vi vil kommentere, gjelder forholdet mellom forvaltningsorganet som har opplysninger, og andre forvaltningsorganer.

Forvaltningsloven § 13b nr. 2 gir adgang til å bruke taushetsbelagte opplysninger for de *formål* de er innhentet for. Forvaltningsloven har ingen egen bestemmelse om angivelse av formål for behandling av opplysninger om personlige forhold. Det kan derfor være grunn til å støtte seg til det eller de formål som alltid skal være angitt etter pol § 11 nr. 2. I de fleste tilfeller er det grunn til å vente at formålet vil være knyttet til en saks- eller vedtakstype, men også andre formål kan tenkes. Er formålet knyttet til en type enkeltvedtak, vil opplysningene kunne videresendes og brukes uhindret av taushetsplikt i alle faser av denne saksbehandlingen (saksforberedelse, avgjørelse, gjennomføring av avgjørelsen, oppfølging og kontroll). Trolig må en her innfortolke et krav om nødvendighet, i alle fall i den forstand at jo større inngrep videregivelse av opplysningene med begrunnelse i formålet kan sies å representere, jo klarere må begrunnelsen være. Er vilkårene i bestemmelsen oppfylt, er samtykke ikke nødvendig. Samtykke blir først nødvendig dersom opplysningene brukes til andre formål enn det opplysningene er innhentet for.

Forvaltningsloven § 13b nr. 3 åpner i tillegg for at opplysningene kan gjøres tilgjengelige for andre tjenestemenn innen organet eller etaten i den utstrekning som trengs for en hensiktsmessig arbeids- og arkivordning. Forvaltningsorganet kan med andre ord velge å organisere arbeidet på flere ulike måter uten at taushetsplikt er til hinder for organisasjonsendringen. Organet kan f.eks. velge å etablere en førstelinjetjeneste eller kollektiv saksbehandling av vanskelige saker. Taushetsplikt vil i så fall ikke være i veien for nødvendig informasjonstilgang. Opplysninger kan også brukes i tilknytning til behandling av andre saker, f.eks. fordi det er tale om saker av prinsipiell betydning som også kan gi veiledning i andre saker. Bestemmelsen i fvl § 13b nr. 3 gir med andre ord relativt vid adgang til å videregå taushetsbelagte personopplysninger uten å måtte be om samtykke.

I § 13b nr. 5 heter det at taushetsplikt etter § 13 ikke er til hinder for «at forvaltningsorganet gir andre forvaltningsorganer opplysninger om en persons forbindelse med organet». Et forvaltningsorgan kan med andre ord informere andre forvaltningsorganer som spør, om bestemte personer har kontakt med organet. Er det en slik kontakt, vil det ofte finnes opplysninger om personen som kan være aktuell for saksutredningen. Samme bestemmelse åpner for å gi opplysninger «om avgjørelser som er truffet» av organet. Avgjørelsene vil først og fremst være enkeltvedtak, men er ikke begrenset til dette. Etter bestemmelsen i § 13b nr. 5 kan et forvaltningsorgan for det tredje gi «slike opplysninger som det er

nødvendig å gi for å fremme avgiverorganets oppgaver etter lov, instruks eller oppnevningssgrunnlag». Dette alternativet kan for eksempel legge grunnlag for at et forvaltningsorgan gir opplysninger om sine parter/klienter videre til et annet forvaltningsorgan som har oppfølgings- og gjennomføringsansvar i saker som først nevnte organ har behandlet. Heller ikke her er samtykke nødvendig.

Forvaltningsorganet har som tidligere nevnt ingen plikt til å gi fra seg opplysninger slik de ulike alternativene i fvl § 13b nr. 5 åpner for, men har *adgang* til å følge anmodningen fra andre forvaltningsorganer om å få opplysninger (jf. «ikke til hinder for»). Forvaltningsorganet som har opplysningene kan formodentlig også endre sin vurdering og ombestemme seg slik at utlevering av opplysninger stopper.

Også fvl § 13b nr. 5 skaper en ganske vid anledning til å videregi opplysninger uten å måtte be om samtykke fra personen det gjelder. Merk likevel at bestemmelsen bare gir forvaltningsorganet som har opplysningene rett til å bestemme over hvor opplysningene eventuelt skal videregis. Skal det forvaltningsorganet som ønsker opplysningene kunne kreve det uten at forvaltningsorganet som har opplysningene kan nekte, kreves det hjemmel i særlov (jf. ovenfor).

5.4 Samtykke uten at det er rettslig krav til det

På samme måte som for rettslig grunnlag etter personopplysningsloven, kan en spørre om i hvilken grad det er anledning til å benytte samtykke til å videregi taushetspliktige opplysninger i større grad enn forvaltningsloven gjør nødvendig.⁴⁰ Spørsmålet avhenger av en konkret fortolkning av de bestemmelsene samtykke eventuelt skal erstatte eller supplere. I forhold til de alternativene i fvl § 13b vi har gjennomgått i avsnitt 5.3.2, vil det i alle fall kunne tas hensyn til hva personen opplysningene gjelder mener om utvekslingen. Årsaken er at lovens utgangspunkt er en grad av valgfrihet for forvaltningsorganet (jf. «ikke til hinder for»). Forvaltningsorganet er imidlertid også forpliktet til å gjennomføre forsvarlig saksbehandling og bestemmelsene i forvaltningsloven og andre bestemmelser om saksbehandlingen. Dette vil kunne innebære at også andre forhold enn muligheten for å innhente samtykke får betydning.

Når det gjelder videregivelse i henhold til særlov (jf. avsnitt 5.3.2), vil disse hjemlene som regel inneholde klare plikter/rettigheter, noe som vil stenge for muligheten til å gjøre videregivelsen av opplysninger betinget av samtykke. I slike

40 Jf. avsnitt 4.4 (ovenfor) som nevner noe om hva som kan begrunne å innhente samtykke selv om dette ikke er pålagt.

tilfeller kan det imidlertid være mulig å involvere vedkommende person, selv om samtykke er uaktuelt. For eksempel heter det i barnevernloven § 6-4 første ledd, som vi har sitert fra i avsnitt 5.3.2, at opplysningene som andre myndigheter plikter å gi etter annet ledd, «så langt som mulig [skal] innhentes *i samarbeid med den saken gjelder* eller slik at vedkommende har kjennskap til innhenting.» (vår kursiv). Ønsker barnevernet å innhente opplysninger om en ungdom fra familievernkontoret, ligger det med andre ord en oppfordring om å konsultere (eller i alle fall informere) ungdommen om dette. Et slikt samarbeid kan innebære en grad av aksept som ligner på samtykke, men personens oppfatning blir ikke nødvendigvis avgjørende for hva forvaltningsorganet velger å gjøre. Det er grunn til å tro at lignende retningslinjer om samarbeid også kan innpasses anvendelse av andre hjemler i særlov om innhenting av opplysninger.

Samlet sett antar vi at muligheten for å unnlate bruk av unntaksbestemmelsene i fvl § 13b og i stedet la det være opp til den enkelte å bestemme gjennom avgivelse av samtykke etter fvl § 13a nr. 1, er veldig begrenset. Tilsvarende ordning knyttet til hjemler til å innhente personopplysninger i særlovgivning, avhenger av fortolkningen av den enkelte bestemmelse, men er trolig ofte utelukket. Derimot kan det ofte være aktuelt og mulig å involvere den personen opplysningene gjelder på en slik måte at vedkommende kan påvirke de valg forvaltningsorganet gjør.

6 Nærmere om kravene til samtykke

6.1 Innledning

I dette kapitlet vil vi i detalj gjennomgå kravene som stilles til et gyldig samtykke. Forutsetningen er at en har kommet frem til at samtykke skal være rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger; herunder at personopplysninger som er underlagt taushetsplikt skal videresendes på grunnlag av samtykke fra den registrerte, se fvl § 13a nr. 1. Siden det i begge tilfeller vil være tale om samtykke, vil begge situasjoner inngå i de følgende diskusjonene. Samtykke i de to situasjonene er regulert i to forskjellige lover. Mens rettskildene sier lite eller ingenting om krav til samtykke etter fvl § 13a nr. 1, er det et relativt rikt rettskildegrunnlag for kravene til samtykke i pol § 2 nr. 7. Hensynet til harmoni og sammenheng i rettssystemet kan tilsi at kravene i pol § 2 nr. 7 også gis anvendelse ved samtykke til videregivning av taushetsbelagte personopplysninger i samsvar med fvl § 13a nr. 1.

Vi bruker pol § 2 nr. 7 som utgangspunkt for drøftelsen. Denne bestemmelsen stiller nærmere krav til gyldig samtykke etter ulike bestemmelser i personopplysningsloven (jf. oversikten i kapittel 2, ovenfor), herunder samtykke etter pol § 8 som diskuteres i denne rapporten. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 2 (h) i personverndirektivet (direktiv 46/95/EF) i norsk rett.

Personopplysningsloven ble fremmet før personverndirektivet var innlemmet i EØS-avtalen. Bortsett fra enkelte spørsmål om overføring av personopplysninger til utlandet som det ble forhandlet om, ga regjeringen generelt uttrykk for tilslutning til direktivets bestemmelser. I merknadene til den enkelte bestemmelse, var departementet nøye med å kommentere samsvar, eventuelt avvik fra direktivet. Det ble ikke markert noe avvik når det gjelder forståelsen av ordningen med samtykke.

Situasjonen i EU/EØS er at direktivet har blitt gjennomført på måter som gir en del forskjeller mellom landene, uten at dette nødvendigvis anses å stride mot direktivet. Slik divergens har vært en viktig begrunnelse for å endre reguleringsmåte fra direktiv til forordning (dvs. til bestemmelser med lik og direkte effekt i alle land). I omforent tekst til generell personvernforordning heter det:

"In order to ensure a consistent and high level of protection of individuals and to remove the obstacles to flows of personal data within the Union, the level of protection of the

rights and freedoms of individuals with regard to the processing of such data should be equivalent in all Member States. Consistent and homogenous application of the rules for the protection of the fundamental rights and freedoms of natural persons with regard to the processing of personal data should be ensured throughout the Union. Regarding the processing of personal data for compliance with a legal obligation, for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller, Member States should be allowed to maintain or introduce national provisions to further specify the application of the rules of this Regulation. In conjunction with the general and horizontal law on data protection implementing Directive 95/46/EC Member States have several sector specific laws in areas that need more specific provisions. This Regulation also provides a margin of manoeuvre for Member States to specify its rules, including for the processing of sensitive data. To this extent, this Regulation does not exclude Member State law that defines the circumstances of specific processing situations, including determining more precisely the conditions under which processing of personal data is lawful.”⁴¹

Denne begrunnelsen for å regulere fremtidig personopplysningsvern ved hjelp av forordning i stedet for direktiv, er indirekte bekreftelse på at personvern-direktivet gir forholdsvis stort rom for nasjonale tilpasninger. Når vi i det følgende drøfter gjeldende rett i Norge, får direktivet liten *direkte* rettskildemessig betydning. Grunnen er at proposisjonen til personopplysningsloven i stor grad viser til og forutsetter at lovteksten er i samsvar med direktivet. Etter at den ble vedtatt, er loven i praksis godtatt som tilfredsstillende gjennomføring av direktivet.

Ved avslutningen av arbeidet med denne rapporten forelå det enighet om en personvernforordning som trolig vil tre i stedet for gjelde personverndirektiv og nasjonale personvernlover. Forordningens regulering av samtykke, er redegjort for i kapittel 7 (nedenfor). Utkastet til forordning har imidlertid ingen direkte betydning for fortolkningen av det gjeldende direktivet og personopplysningsloven. Utkastet til forordning blir derfor bare brukt på utvalgte punkter for å illustrere sentrale poenger i drøftelsen.

Direktivet er ikke endret siden 1995, og den foreliggende direktivteksten gjen-speiler derfor ingen rettsutvikling på området. Artikkel 29-gruppens tolknings-uttalelse om samtykke fra 2011 (Artikkel 29-gruppen 2011), er den rikeste kilden til samlede oppfatninger om hvordan direktivets bestemmelser om samtykke bør/skal forstås. Uttalelsen er imidlertid ikke bindende, og de ulike delene av den vil ha varierende vekt i den videre drøftelsen. Vi vurderer med andre ord hver enkelt del av uttalelsen for seg, og mener en ikke generelt kan tillegge disse tolkningsuttalelsene en bestemt vekt i den følgende argumentasjonen. Mye av uttalelsen har preg av å være utfyllende retningslinjer med et innhold som på

41 Personvernforordningens fortale, recital 8.

mange måter innebærer en langt mer detaljert og utfyllende standpunkt til rettsspørsmål enn det som fremkommer i direktivteksten og fortalen. Vi bruker derfor primært uttalelsen som kilde til *reelle hensyn*. Det er gjennomgående størst grunn til å følge de deler av uttalelsen som direkte gjelder fortolkning av ordlyden i direktivet eller som bidrar til en konsistent og logisk samtykkeordning. Dette gjelder imidlertid primært spørsmål som det er minst usikkerhet om, og der Artikkel 29-gruppens tolkningsuttalelser er minst nyttige.

Forvaltningsloven bruker bare samtykke i forbindelse med § 13a nr. 1. Ved forklaringen av denne bestemmelsen, begrenser forarbeidene i ot.prp. 3 (1976-1977), s 27 seg stort sett til å vise til to utredninger som lå til grunn for lovforslaget; en NOU som drøftet taushetsplikt mv («NOUen»), og en utredning fra en arbeidsgruppe i Justisdepartementet i anledning endring av forvaltningsloven («arbeidsgruppen»)⁴². I det følgende vil vi stort sett bruke rapporten fra arbeidsgruppen, fordi det er denne som drøfter spørsmålene mest direkte, og fordi denne rapporten blir mest direkte og aktivt brukt i odelstingsproposisjonen.

Arbeidsgruppens rapport viser tilbakeholdenhet med å lovregulere krav til samtykke, og forvaltningsloven inneholder heller ingen nærmere krav som kommer direkte uttrykk i lovteksten. Arbeidsgruppen fremmer imidlertid en del synspunkter og presiseringer som vi oppfatter at regjeringen i sin tid sluttet seg til i lovproposisjonen. Disse synspunktene vil derfor være utgangspunkt for undersøkelsen av hvilke krav som kan sies å gjelde. Forarbeidene er imidlertid svært gamle og temaet samtykke ble ikke grundig behandlet i odelstingsproposisjonen.

For så vidt gjelder taushetsplikt etter fvl § 13 nr. 1 og samtykke til å gjøre unntak fra plikten etter § 13a nr. 1, er rettssituasjonen dessuten vesentlig endret i og med gjennomføring av personverndirektivet. Personverndirektivet forplikter Norge til *generelt* å gjennomføre direktivets bestemmelser i lovgivningen. Hovedgrepet som er gjort, er å vedta en personopplysningslov med meget vidt saklig virkeområde. Loven, herunder bestemmelsene om samtykke mv, gjelder derfor generelt for offentlig forvaltning.⁴³ Forpliktelsen etter EØS-avtalen innebærer at all behandling av personopplysninger som skjer «elektronisk»⁴⁴ eller som skjer manuelt i «personregistre»⁴⁵ kommer inn under denne forpliktelsen. I møte med bestemmelsene om taushetsplikt i fvl § 13a nr. 1 innebærer dette at

42 Se NOU 1976: 1 Legers og tannlegers rettigheter og plikter (som inneholder særlige drøftelser om taushetsplikt, og Notat om taushetsplikt i den offentlige forvaltning, fra arbeidsgruppe i Justisdepartementet, september 1973, avsnitt 3.1.

43 Jf. Pol § 3, a) og b). og Ot.prp. nr. 92 (1998-199) avsnitt 4.3.

44 Dvs. ved hjelp av digitalt utstyr, jf. pol § 3 bokstav a.

45 Jf. pol § 3 bokstav b.

spørsmålene om samtykke til å videregi personopplysninger splittes i to: Først har vi taushetspliktige personopplysninger i elektronisk form og opplysninger i personregistre, som må behandles i samsvar med personopplysningslovens regler. Dernest har vi andre personopplysninger som ikke er elektroniske/digitale eller i personregistre (dvs. opplysninger i muntlig kommunikasjon, notater på papir som ikke er register o.l.), som kan behandles ut i fra de opprinnelige forutsetningene i forarbeidene til forvaltningsloven.

Dagens norske forvaltning er i veldig stor grad elektronisk. Samtykke etter fvl § 13a nr. 1 vil derfor i veldig stor grad gjelde tilfelle der personopplysninger blir elektronisk behandlet. Hvis det ikke skjer elektronisk behandling, vil personopplysningene være i et personregister eller de skal inn i et slikt register. Samlet gjør dette at det trolig er relativt få tilfelle der det bare er samtykkebestemmelsene i forvaltningsloven som gjelder.

Det faktum at norsk forvaltning i overveiende grad behandler personopplysninger elektronisk og i personregistre, betyr ikke at personopplysninger og taushetsplikt er lite viktig når kommunikasjonen formidles i tale, ved håndskrevne notater og lignende. Tvert imot kan den fortrolige samtalen nettopp være en forutsetning for at personer røper taushetsbelagte og sensitive opplysninger vedrørende deres person og privatliv. Dersom muntlige opplysninger, saksbehandlers observasjoner mv får betydning i videre saksbehandling, skal de imidlertid skrives ned, se fvl § 11d annet ledd. Den dominerende situasjonen vil derfor være at opplysninger som f.eks. presenteres muntlig, etter kort tid enten vil bli digitalisert eller havne i et manuelt personregister. Dette innebærer i sin tur, at samtykke i muntlige situasjoner som bare følger forvaltningslovens regler, er begrenset til situasjoner som er og forblir muntlige (ingen ting skrives ned), og til situasjoner der representanten for forvaltningsorganet kun skriver opplysninger ned med «penn og papir», dvs. uten å bruke elektroniske hjelpemidler og uten at opplysningene blir ført inn i et personregister. Selv om slike situasjoner kan forekomme, er de trolig av langt mindre praktisk betydning enn tilfelle med opplysninger som blir elektronisk behandlet eller behandlet i et personregister.

I de aller fleste tilfeller antar vi at samtykkekravene etter personopplysningsloven bør etterleves i offentlig forvaltning allerede fra den muntlige innhenting av opplysninger. Samtykket bør med andre ord avgis slik at det også er gyldig dersom opplysningene behandles videre i elektronisk form eller i et personregister. Gjør en ikke det, vil to samtykkeerklæringer være nødvendige for å etterleve kravene i loven (en for muntlig formidling av taushetspliktige opplysninger, og en for videre elektronisk bruk/bruk i personregistre). En slik todeling vil være upraktisk. Det er derfor både *formelle* grunner (forpliktelsene etter Personvern-

direktivet) og *praktiske* grunner (som vi nettopp har gjort rede for), som taler for å se samtykkekravene knyttet til pol §§ 8 og 9, og fvl § 13a nr. 1 i sammenheng.

6.2 Personelle krav til samtykke

6.2.1 Innledning

Det personelle kravet til samtykke gjelder *hvem* som kan avgi gyldig samtykkeerklæringer. Utgangspunktet er at personer som har fylt 18 år har kompetanse til å gi samtykke på egenhånd. Denne kompetansen kan imidlertid være begrenset på grunn av demens, psykisk utviklingshemning e.l. For personer som ikke har fylt 18 år, er utgangspunktet motsatt: De har ikke selvstendig kompetanse til å samtykke til å behandle personopplysninger om dem. Barnekonvensjonens og barnelovens system er imidlertid at mindreårige skal få gradvis større selvstendighet frem til fylte 18 år. Derfor må de forventes å ha en viss og økende samtykkekompetanse frem mot fylte 18 år. Hva barn og ungdom eventuelt kan samtykke til, og fra hvilken alder, er imidlertid et vanskelig rettsspørsmål som ikke er direkte løst i lovgivningen. Nedenfor er det bare spørsmål om samtykkekompetanse for mindreårige som vil bli drøftet, se neste avsnitt.

Spørsmålet er altså i hvilken grad personer som ikke har fylt 18 år kan samtykke til å behandle personopplysninger? Spørsmålet er av flere grunner vanskelig å besvare. Lovgiver har ikke angitt noen konkrete aldersgrenser som gjelder generelt. I enkelte deler av særlovgivningen er det imidlertid gitt bestemmelser som har fellestrekk med de spørsmål vi her står overfor. Særlig er det grunn til å peke på bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven om mindreåriges kompetanse til å samtykke til helsehjelp, se §§ 4-4 og 4-5.⁴⁶ Her opereres det hovedsakelig med en aldersgrense på 16 år, dvs. ungdom som har fylt 16 år kan som regel samtykke til helsehjelp på egenhånd. Et slikt samtykke vil i sin tur innebære en adgang for helsepersonellet å behandle de helseopplysninger i behandlingsrettede helseregistre som er nødvendig for å gjennomføre en forsvarlig medisinsk behandling.⁴⁷ Innen andre rettsområder har lovgiver gitt ungdom rett til å bestemme over andre viktige disposisjoner på egenhånd, f.eks. vedrørende rett til å ta arbeid⁴⁸ og rett til å velge utdanning⁴⁹ uavhengig av foreldrenes vilje. Slike bestemmelser gjelder ikke personopplysninger direkte, men i alle tilfelle vil behandling av personopplysninger være en konsekvens av selvbestemmelsesretten.

46 Jf. avsnitt 4.5 ovenfor.

47 Se pasientjournalloven § 6 annet ledd.

48 Se arbeidsmiljøloven § 11-1.

49 Jf. barnelova § 32.

Barn har alltid rett til å bli hørt, se barnelova § 31. Selv om en skulle komme til at barn/ungdom ikke kan samtykke på egenhånd, innebærer nevnte bestemmelse at barn alltid har rett til å bli hørt før foreldre/foresatte tar stilling til om de skal samtykke på barnets vegne. Dette gjelder så sant barnet kan forstå hva saken gjelder, og uansett fra en alder på 7 år. Fra barnet er 12 år skal barnets mening tillegges stor vekt, og generelt skal vektleggingen av barnets mening bli stadig større jo eldre og mer modent barnet er. Denne økte vekten fører frem mot full selvbestemmelse, aller senest når barnet fyller 18 år.

Selv om lovgiver ikke har fastsatt noen aldersgrense for når ungdom under 18 år kan samtykke til å behandle personopplysninger, følger det av nevnte gradvise utvikling frem mot full selvbestemmelsesrett, at ungdom ofte har kompetanse til selv å samtykke. Spørsmålet avhenger imidlertid av en konkret vurdering av ungdommens modenhet og utvikling; dvs. spørsmålet blir om den ungdommen som opplysningene gjelder har personlige forutsetninger for å vurdere spørsmålet på tilstrekkelig «moden» måte.⁵⁰ Spørsmålet avhenger med andre ord både av ungdommens kognitive forutsetninger for å kunne forstå hva samtykket handler om, og de konsekvenser samtykke eller nekting av samtykke kan gi. Desto mer alvorlige mulige konsekvenser, desto strengere krav til ungdommens utvikling og modenhet.

Konkrete vurderinger av hver enkelt ungdom, kan fungere i situasjoner der det skjer individuell og manuell saksbehandling, men tilnærmingen er uansett tidkrevende og gir usikre resultater. I tilknytning til saksbehandlingsrutiner i f. eks. offentlig forvaltning, og særlig når samtykke forutsettes gitt i en nettbasert, selvbetjent rutine, kan det være behov for å forenkle vurderingene ved f.eks. å fastsette aldersgrenser for visse saks-/opplysningstyper.⁵¹ Den følgende diskusjonen vil bl.a. undersøke om dette kan være en akseptabel løsningsmåte.

6.2.2 Barns samtykkekompetanse

6.2.2.1 Spørsmålet om barns samtykke i forarbeidene til personopplysningsloven
Spørsmålet om barns samtykke (og rettsstilling etter personopplysningsloven for øvrig) ble ikke viet særlig oppmerksomhet i NOU 1997: 19 Et bedre personvern. Generelt spilte samtykke en noe mindre rolle i utvalgets lovforslag enn i det forslaget som ble fremmet i lovproposisjonen.⁵² Uansett ble samtykkekravene i forslaget § 2 nr. 7 i liten grad drøftet generelt, og mindreåriges samtykke-

⁵⁰ Jf. barnelova §§ 31 og 33 og Barnekonvensjonen artikkel 12.

⁵¹ Et eksempel på det er Datatilsynets og Forbrukerombudet 2004 med felles anbefaling om at barn kan samtykke selv til behandling av alminnelige personopplysninger fra fylte 15 år, mens samtykke til behandling av sensitive personopplysninger må vurderes av foreldrene.

⁵² Forslaget i NOU 1997: 19 inneholdt ingen bestemmelse tilsvarende pol § 8 (men hadde en bestemmelse tilsvarende pol § 9 der samtykke inngår).

kompetanse ble overhodet ikke drøftet av utvalget. I utredningen er spørsmål om mindreåriges rett til å handle på egenhånd bare så vidt berørt på s 67 om innsynsrett for umyndige. Utvalget vurderte å foreslå egne aldersgrenser for utøvelse av innsynsrett etter loven, men fant det vanskelig å finne frem til en ensartet aldersgrense. De endte derfor i stedet opp med å understreke behovet for å utøve skjønn med hensyn til mindreåriges innsynsrett og i spørsmålet om det skal gis rett til innsyn for foreldre i opplysninger om barn i tillegg til den umyndige.

I lovproposisjonen⁵³ ble spørsmålet om mindreåriges kompetanse til å samtykke kun behandlet i én setning: «For mindreårige og umyndiggjorte som ikke kan samtykke selv, må spørsmålet om samtykke skal gis vurderes av vergen.» (s 104) Vi forstår uttalelsen slik at den forutsetter at mindreårige *kan ha* samtykkekompetanse,⁵⁴ men proposisjonen gir ingen retningslinjer om når slik kompetanse eventuelt foreligger.

6.2.2.2 Spørsmål om barns samtykke i evaluering av personopplysningsloven og ved lovendring i 2012

I 2006 ble det igangsatt et arbeid med etterkontroll av personopplysningsloven. En del av dette arbeidet ble utført av Lee A Bygrave og den ene forfatteren av denne rapporten, og resulterte i utredningen Schartum og Bygrave 2006. Utredningen inneholdt forslag om å innføre en konkret regulering av barn og ungdoms rettigheter etter loven, herunder av deres rett til å samtykke på egenhånd. Forslaget hadde denne ordlyden:

§ 6a. Barns adgang til å opptre som registrert person

Personer under 18 år kan opptre som registrert person (jf. § 6 første ledd) etter bestemmelsene i denne loven på følgende måter:

a) For barn mellom 7 og 12 år kan barnets foreldre opptre alene. Foreldrene bør om mulig først spørre barnet om hva det mener om vedkommende personvernspørsmål.

b) For barn mellom 12 og 15 år skal barn og foreldre opptre i fellesskap. Barn kan likevel opptre alene overfor behandlingsansvarlige som har personvernombud i samsvar med kapittel IV i denne loven.

c) Barn mellom 15 og 18 år kan opptre alene, uten foreldrenes medvirkning. Uansett bestemmelsene i a – c, kan barnets foreldre gripe inn i den utstrekning ivaretagelse av foreldreansvaret gjør dette nødvendig.

⁵³ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999).

⁵⁴ Den synes å skjelne mellom de mindreårige som har samtykkekompetanse, og de som ikke har.

Forslaget ble sendt på offentlig høring i 2009. Av de 47 høringsinstansene som gav merknader til forslaget, ble spørsmålet om mindreåriges samtykkekompetanse i lovforslagets § 6a kommentert av 7 instanser.⁵⁵ Enkelte av disse instansene hadde supplerende forslag, men alle som uttalte seg om spørsmålet sluttet seg til hovedelementene i forslaget fra Schartum og Bygrave.

I sitt høringssvar uttalte Datatilsynet bl.a.:⁵⁶

Datatilsynet vurderer det som positivt at det foreslås å innta en bestemmelse om barns samtykkekompetanse i personopplysningsloven. Tilsynet mener at samtykkekompetansen må samsvare med barnelovens og barnekonvensjonens system, hvor barnet gis gradvis større selvbestemmelsesrett på bekostning av foreldrenes samtykkekompetanse. [...]

I den foreslåtte 6 a om barns rettigheter deles mindreårige inn i tre alderskategorier; fra 7-12 år, fra 12-15 år og fra 15-18 år. Dette samsvarer med tilsvarende regulering i barneloven med unntak av for den yngste gruppen. For barn fra 7 til 12 år bestemmer barneloven at barnet skal få si sin mening i før det tas avgjørelser i forhold som angår dem. Utrederne foreslår imidlertid at foreldrene til barn i denne alderskategorien kan opptre alene, men at de bør spørre egne barn om deres mening. Datatilsynet slutter seg til utrederens forslag. Barn i denne aldersgruppen kan i liten grad anses å ha forutsetninger for å vurdere rekkevidden av et samtykke til behandling av deres personopplysninger.

I 2011 ble det vedtatt forslag fra regjeringen om endring av personopplysningsloven for å styrke barns personvern.⁵⁷ Det konkrete forslaget til bestemmelse med klare aldersgrenser for barns adgang til å samtykke ble ikke fremmet. I stedet spurte departementet høringsinstansene mer generelt om behovet for å innføre særskilte regler om beskyttelse av barns personopplysninger, noe det var allmenn oppslutning om i den påfølgende høringsrunden. Forslaget til § 6a i Schartum og Bygrave 2006 ble ikke fulgt opp da departementet sendte forslag til revidert personopplysningslov på høring. I det nye høringsnotatet som fulgte lovforslaget uttalte departementet (s 71 – 72) at

«Et argument mot særregulering [av barn] er at dette vil gjøre loven mindre generell og dermed stride mot lovens og personverndirektivets system. I forarbeidene ble det nettopp understreket at loven skulle være generell i sin form og at bestemmelsenes nærmere innhold skulle fastlegges gjennom praksis, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 21. Også direktivet

55 Datatilsynet, Barne- og likestillingsdepartementet, Fornyings- og administrasjonsdepartementet, Kunnskapsdepartementet, Norsk samfunnsvitenskapelig datateneste (NSD), Norsk senter for informasjonssikkerhet (NorSIS) Statistisk sentralbyrå (SSB). Høringssvaret er tilgjengelig fra Regjeringen.no, under Justisdepartementets høringssaker for år 2009.

56 Høringssvaret er tilgjengelig fra Regjeringen.no, under Justisdepartementets høringssaker for år 2009.

57 Se Prop.47 L (2011-2012) Endringer i personopplysningsloven, kapittel 5 og særlige merknader til § 11 tredje ledd.

bygger på en slik tanke. Det kan dessuten virke ulogisk å nedfelle særbestemmelser om beskyttelse av én sårbar gruppe, mens andre med tilsvarende behov for beskyttelse vil måtte vurderes etter de generelle reglene.

[...] Til tross for at det kan anføres vektige argumenter mot slik særregulering, er departementet foreløpig kommet til at de hensyn som tilsier et styrket vern av denne gruppen veier tyngre.»

Departementet viste for øvrig til at EU i forbindelse med revisjonen av personverndirektivet ville vurdere spørsmål knyttet til mindreåriges personvern.⁵⁸ Departementet så likevel «et visst behov» for å styrke barns personvern før revisjonen av direktivet, og foreslo et nytt tredje ledd i pol § 11. Bestemmelsen er svært generelt utformet: «Personopplysninger som gjelder barn, skal ikke behandles på en måte som er uforvarlig av hensyn til barnets beste.»

Den bestemmelsen om barn som kom til da personopplysningsloven ble endret, stiller med andre ord ikke opp noen aldersgrense for når barn kan utøve rettigheter etter personopplysningsloven på egenhånd, men formulerer bare en generell og meget skjønnspreget norm. I forarbeidene understrekes det at spørsmål vedrørende barns personvern må vurderes konkret. Her kommer vi ikke nærmere inn på hvordan dette skjønnet må utøves. Vi nøyer oss med å peke på at bestemmelsen, i ytterste fall, kan tenkes få betydning for spørsmålet om samtykke. Dette gjelder både i situasjoner der samtykke for mindreårige er uforvarlig ut ifra «hensynet til barns beste» og når foreldres samtykke på barns vegne er uforvarlig ut i fra barns beste. Det må imidlertid understrekes at det trolig skal veldig mye til for at bestemmelsen kan få en slik virkning.

6.2.2.3 Spørsmål om barns samtykke i EU – Personvernforordningen og

Art. 29-gruppens tolkningsuttalelser

Spørsmål om barns samtykke er ikke spesielt regulert i personverndirektivet. I 2009 avga imidlertid Artikkel 29-gruppen en tolkningsuttalelse om beskyttelse av barns personopplysninger.⁵⁹ Dokumentet er ment å presisere innholdet i personverndirektivets bestemmelser når det gjelder behandling av barns personopplysninger. Videre gir dokumentet veiledning i hvordan prinsippet om «barnets beste» kan anvendes på personverndirektivets område.

En trolig årsak til at forslaget fra Schartum og Bygrave 2006 ikke ble fulgt opp av departementet, var at en i hovedsak ønsket å avvente den rettslige reguleringen av barns personvern i tilknytning til et revidert personverndirektiv. Dette

⁵⁸ De viste i denne sammenheng til et strategidokument fra EU-kommisjonen, datert 4. november 2010.

⁵⁹ Uttalelsens rettslige status er som for uttalelsen redegjort for i avsnitt 6.1.

revisjonsarbeidet resulterte imidlertid ikke i et forslag til nytt direktiv, men en forordning. Forhandlere fra de tre EU-organene Kommisjonen, Rådet og Parlamentet, ble 15.12.2015 enige om utformingen av EUs nye personvernforordning.⁶⁰ EU-parlamentet må imidlertid stemme over den endelige ordlyden i forordningen før den blir endelig vedtatt.

Her skal vi kort gjennomgå noen hovedpunkter i forordningen med direkte relevans for spørsmålet om barns samtykke. For samtykke generelt, se utredningens kapittel 7. Gjennomgangen er basert på versjonen av forordningstekst det ble oppnådd enighet om den 15.12.2015.⁶¹

Barns personvern nevnes spesielt for første gang i forordningens fortale avsnitt 29. Der fastslås det at barns personopplysninger skal ha «specific protection», idet barn kan ha mindre forutsetninger for å forstå risiko, konsekvenser og rettigheter angående behandling av personopplysninger. Dette vil kunne ha betydning for kravet til informert samtykke, ved at informasjon som gis må tilpasses dersom den registrerte er mindreårig.⁶² Også ved vurdering av frivillighetskravet må barns situasjon særskilt vurderes, idet barn lettere kan føle seg presset til å samtykke.⁶³ Kravet til «specific protection» gjelder spesielt når kommersielle aktører tilbyr tjenester direkte til barn. I tillegg nevner fortalens avsnitt 29 at samtykke fra innehaver av foreldreansvaret ikke skal være nødvendig når behandlingen gjelder «preventive or counselling services» som tilbys direkte til barnet. Et typisk eksempel på «preventive or counselling services» kan være helsesøsters virksomhet eller rådgivning på kommunale helsestasjoner.

I artikkel 7 er det gitt bestemmelser om vilkår for gyldig samtykke.⁶⁴ Ingen deler av disse bestemmelsene gjelder barn spesielt.

Artikkel 8 i forordningen gjelder spesielt for behandling av personopplysninger om barn i tilknytning til ”information society services”.⁶⁵ Første avsnitt gjelder tilfeller der formålet med behandlingen er å tilby varer og tjenester direkte over-

60 Pressemelding fra EU-kommisjonen: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6321_en.htm

61 Publisert av International Association of Privacy Professionals (IAPP) <https://iapp.org/resources/topics/eu-data-protection-reform/>.

62 Se videre utredningens avsnitt 6.4.

63 Se avsnitt 6.3.

64 Denne bestemmelsen vil vi komme tilbake til nedenfor i redegjørelsen for personvernforordningens betydning for norsk rett.

65 Da denne bestemmelsen ble kjent i norske medier, skapte det litt oppstyr. I anledning dette prosjektet, fant vi det naturlig med en oppklarende kronikk om saken. <http://www.aftenposten.no/meninger/kronikker/EU-kaster-ikke-barn-ut-av-Facebook--Kjetil-Wick-Satre-8299144.html>

for barn under 16 år, eller ned til 13 år dersom den enkelte medlemsstat bestemmer det. Lovligheten av slik behandling er i utkastet gjort avhengig av at det er samlet inn samtykke fra barnets foreldre/foresatte. I artikkel 8 (1a) pålegges behandlingsansvarlig å gjøre tiltak for å sikre at det faktisk er innehaver av foreldreansvaret som samtykker. Forpliktelsen strekker seg til «reasonable efforts» tatt i betraktning tilgjengelig teknologi. I tidligere utkast har det vært presisert at Kommisjonen skal ha fullmakt til å gi nærmere retningslinjer om hva som er «reasonable efforts» og anbefalte fremgangsmåter. Denne oppgaven er i forordningsteksten det ble oppnådd enighet om 15. desember 2015, lagt til det nye organet «The European Data Protection board» (EDPB).^{66 67} I praksis vil datatilsynsmyndigheten⁶⁸ i hvert enkelt land få en viktig rolle. I forordningens artikkel 52, 1. (aa) fastslås det at tilsynene i sitt forebyggende og opplysende arbeid, skal ha spesielt fokus på aktiviteter rettet mot barn.

Artikkel 29-gruppen har behandlet barns personvern i to uttalelser.⁶⁹ I begge uttalelsene fremheves det som kalles «gliding scale approach», altså at barn skal ha stadig større selvbestemmelse i takt med alder og modenhet, slik barnekonvensjonen forutsetter.⁷⁰ Denne tilnærmingen ser ganske lik ut som den som følger av en tolkning av norsk rett, se oppsummeringen i avsnitt 6.2.2.4.

Denne kortfattede gjennomgangen gir ingen sikre holdepunkter for hvordan barns samtykkekompetanse vil bli i en fremtidig forordning. De foreliggende utkastene kan imidlertid tyde på at selve forordningen ikke vil inneholde bestemmelser som spesifikt regulerer hva barn kan samtykke til, med unntak av særbestemmelsen for «information society services». Inntrykket er at barns samtykkekompetanse fortsatt vil avhenge av det enkelte medlemslands regler om myndighetsalder, og hvordan reglene i barnekonvensjonen om barns selvbestemmelse og medbestemmelse er gjennomført og praktiseres.⁷¹

6.2.2.4 Hva er gjeldende norsk rett når det gjelder barns samtykke etter personopplysningsloven?

Det er så vidt vi kan forstå sikker norsk rett at spørsmålet om barns samtykkekompetanse i relasjon til personopplysningsloven avhenger av et konkret skjønn

66 EDPB er et nytt rådgivende organ som i forordningen er foreslått opprettet. Rådet skal bestå av én leder fra hvert av medlemslandenes datatilsynsmyndigheter og fra The European Data Protection Supervisor.

67 Se spesielt artikkel 66, 1. (b). Det påligger EDPB å «... issue guidelines, recommendations and best practices in order to encourage consistent application...» av forordningen.

68 I forordningen kalles disse nå «Independent Supervisory Authorities».

69 Opinion nr. 2 i 2009 og nr. 15 i 2011.

70 Opinion nr. 15/2011, s. 28.

71 For en oversikt over fremgangsmåten i utvalgte europeiske land, se Kosta 2013, s. 161-165.

av barnets/ungdommens alder og modenhet. Utgangspunktet er barnelova § 31 som pålegger foreldrene å høre på hva barnet har å si i saker som gjelder personlige forhold, før foreldrene tar avgjørelsen, samt § 33 som pålegger foreldrene å gi barnet «stendig større» selvråderett frem til fylte 18 år. De skal legge vekt på barnets synspunkter ut ifra hvor mange år og hvor modent barnet er. Barn som er i stand til å gjøre seg opp en egen mening om et spørsmål, skal ha informasjon om spørsmålet og anledning til å uttrykke sine synspunkter i saken. Dette gjelder uansett fra barnet fyller 7 år, men gjelder også før denne alderen når de er i stand til å gjøre seg opp en mening om det aktuelle spørsmålet. Fra barnet er 12 år skal foreldrene legge stor vekt på hva barnet mener. Bestemmelsen peker frem mot myndighet og full selvråderett fra barnet fyller 18 år. Loven forutsetter med andre ord en gradvis større selvråderett frem til myndighetsalder, og innebærer at en allerede fra tidlig ungdomstid bestemmer selv i en rekke saker. I hvilke sakstyper barn under 18 år bør bestemme selv, er imidlertid ikke uttømmende angitt i loven, og som fremstillingen i avsnitt 6.2.2.2 (ovenfor) har vist, har lovgiver vært uvillig til å angi aldersgrenser vedrørende rett til samtykke og til elers å opptre som registrert person med fulle rettigheter etter personopplysningsloven. Det må imidlertid understrekes at retten til privatliv og vern om personopplysninger tilhører barnet selv, ikke foreldrene. I den utstrekning barnet selv ikke har full kompetanse må foreldrene disponere over denne retten i samsvar med prinsippet om barnets beste.⁷²

Da barnelova ble vedtatt var en fullstendig klar over at skjønnsmessige bestemmelser for å regulere barns rett til å bestemme ville gi stor grad av usikkerhet og variasjon, avhengig av foreldres ulike holdninger til barneoppdragelse. Departementet mente imidlertid at lovens bestemmelser gav uttrykk for et verdifullt prinsipp, og at loven kunne gi et visst bidrag i en holdningsskapende prosess. Trolig mente man det fordi lovbestemmelsen som ble vedtatt gir oppfordring til foreldrene om gradvis å gi barn mer selvstendighet.⁷³

Samtidig som lovens hovedregel er gjort skjønnsmessig, valgte en å fastsette aldersgrense på 15 år for retten til melde seg ut og inn av foreninger, og til å velge utdanning.⁷⁴ Dette gjelder bestemmelsesrett av stor betydning for barnet, og viser lovgivers forutsetning om at en femtenåring er forventet å ha rett til å bestemme i saker som kan være relativt komplekse og av relativt stor betydning for barnet. Særlovgivning inneholder andre aldersgrenser som peker i samme retning. Blant annet har barn lov til å inngå arbeidsavtaler fra de er 15 år, men

⁷² A29WP, 2/2009, s. 5.

⁷³ Se Ot.prp.nr.62 (1979-1980) Om lov om barn og foreldre (barneloven), s 21.

⁷⁴ Se barnelova § 32.

disse kan heves av foreldrene;⁷⁵ barn på 15 år kan disponere over egne midler;⁷⁶ og barn som har fylt 16 år kan gi samtykke til helsehjelp.⁷⁷

Samlet sett utkrystalliserer det seg med andre ord et skille ved en alder på 15 – 16 år der lovgiver generelt har fastsatt, uavhengig av konkret modenhet, at alle ungdommer, på bestemte områder, skal ha bestemmelsesrett uavhengig av foreldre. På dette grunnlaget kan en utlede to konklusjoner som kan være retningsgivende også for spørsmålet om samtykkekompetanse etter personopplysningsloven:

- Det er grunn til å anta at ungdom kan samtykke alene til all behandling av personopplysninger som er nødvendig for å utøve slik selvbestemmelse ved en viss alder som er fastsatt i lov. En ungdom på 15 år vil f.eks. kunne gi samtykke til behandling av alle opplysninger som er knyttet til medlemskap i foreninger og gjennomføring av utdanning (jf. ovenfor).
- Det er også, på generelt grunnlag, grunn til å anta at en ungdom vil ha selvstendig kompetanse til å gi samtykke til behandling av personopplysninger i alle andre forhold som må anses å være like krevende og betydningsfullt som slike forhold som de i lov er gitt bestemmelsesrett for (vedrørende foreninger, utdanning, arbeid, helsehjelp mv).

Sist nevnte veiledende norm er imidlertid ikke nødvendigvis alltid særlig hjelpsom. Ofte vil det være meget vanskelig å sammenligne ulike situasjoner. Samtykke til å behandle personopplysninger spenner dessuten over alt fra de helt enkle situasjonene til det veldig vanskelige og krevende. På den annen side vil mange samtykkesituasjoner være forholdsvis trivielle og klart enklere å forholde seg til enn de situasjoner der 15- og 16-åringer har fått lovbestemt rett til å opptre alene. Nevnte retningslinje vil derfor lett lede til konklusjoner om at barn kan samtykke til å behandle opplysninger om dem i de aller fleste dagligdagse situasjoner.

De to nevnte retningslinjene kan i stor grad bidra til å redusere «tvilssonen». I tillegg kan det være grunn til blant annet å legge vekt på tre forhold:

Det er grunn til å gi større rom for barns samtykke i situasjoner der barnet alene, eller barnets foreldre, effektivt kan trekke samtykke tilbake. Dersom tilbaketrekking av samtykke kan skje med umiddelbar virkning og tilbaketrekkingen

75 Jf. vergemålsloven § 32 og arbeidsmiljøloven § 11-1.

76 Jf. vergemålsloven § 33.

77 Jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3.

ikke medfører særlige negative følger for barnet, er det trolig grunn for mer liberal samtykkepraksis enn om det motsatte skulle være tilfellet.⁷⁸

Et annet moment som det kan være grunn til å legge vekt på, er sannsynligheten for at opplysningene vil bli behandlet på lovlig måte, og om det for øvrig er grunn til å ha tillit til at behandlingen av personopplysningene vil skje på akseptable måter. Dersom behandlingsansvarlig er en seriøs virksomhet, f.eks. et forvaltningsorgan, kan dette være *indikasjon* på at det er grunn til å ha tillit. Det er likevel ikke grunn til å legge vekt på type organisasjon alene. Andre indikasjoner som kan inngi tillit er at forvaltningsorganet har vist at de kjenner til og følger personopplysningsloven, for eksempel ved at organet har personvernombud, har inngitt melding til Datatilsynet⁷⁹, eller søkt om konsesjon for behandling av personopplysninger.^{80 81}

Dersom behandling av personopplysninger har bakgrunn i eller kan skape alvorlige konflikter mellom barnet og andre, kan dette (for det tredje) være argument *mot* at ungdommen skal kunne samtykke på egenhånd. En ungdom som f.eks. betror seg til helsesøster om forhold som innebærer alvorlige beskyldninger mot en annen person, kan være tilfelle der foreldre bør konsulteres i tillegg, slik at ungdom og foreldre må samtykke i fellesskap.

Oppsummeringsvis kan vi konkludere med at spørsmålet om barns kompetanse til å samtykke til at opplysninger om dem blir behandlet, primært avhenger av en konkret vurdering av alder og modenhet. En må med andre ord *konkret vurdere* om barnet er gammelt og modent nok til å bestemme alene. Det mest avgjørende er barnets evne til å gjøre seg opp en mening. I alle fall fra barnet er 12, kan det derfor tenkes at barn kan ha rett til å samtykke i helt enkle og oversiktlige situasjoner. Samtidig går det imidlertid et skille når barnet når en alder på 15 – 16 år. Selv om samtykket ikke er knyttet til noen lovbestemt rett til å bestemme alene (jf. ovenfor), vil ungdom trolig ha selvstendig samtykkekompetanse mellom 16 og 18 år i de aller fleste tilfelle. Unntak kan tenkes når samtyk-

78 I sin kommentarutgave til barneloven antar Backer 2006, s 306 at barn kan ha større selvbestemmelsesrett til å nekte enn til å gi samtykke. Vektlegging av muligheten for effektiv tilbaketrekking av samtykke, er uttrykk for en lignende tilnærming.

79 Jf. pol §§ 31 og 32.

80 Jf. pol § 33 flg.

81 Et slikt kriterium om tillit og etterlevelse av loven, gir selvsagt lite veiledning for forvaltningsorganet selv. For det første vil spørsmål om samtykke trolig primært bli reist av «lovlydige» forvaltningsorganer, og uansett er det grunn til å anta at de fleste forvaltningsorganer vil ha tillit til egen evne til å opptre i samsvar med loven. For andre som står utenfor forvaltningsorganet, f.eks. foreldre, kan det imidlertid være nyttig å vurdere tillit/lovlydighet dersom foreldre skal ta stilling til om de vil akseptere at deres ungdom får samtykke alene overfor forvaltningsorganet.

ket er knyttet til kompliserte og vanskelige spørsmål som er av stor betydning for ungdommens situasjon og utvikling. Innen denne alderskategorien er det imidlertid vanskelig å tenke seg situasjoner der foreldre kan samtykke alene på barnets vegne.⁸² Den laveste grad av selvbestemmelse i slike tilfelle er trolig at både ungdommen og foreldre samtykker, eventuelt at foreldre har rett til å trekke tilbake et samtykke ungdommen har gitt. Artikkel 29-gruppen skisserer en løsning der samtykke er avhengig av barnets modenhet. Gruppen opererer med løsninger langs en skala fra det å spørre om barnets mening, til parallelt samtykke fra barn og foreldre, til full samtykkekompetanse når barnet er tilstrekkelig modent.⁸³

Det kan spørres om lovens hovedsakelige skjønnsmessige tilnærming gjør det mulig å standardisere samtykkerutiner i offentlig forvaltning? Kan et forvaltningsorgan f.eks. velge rutiner som baserer seg på faste aldersgrenser selv om loven forutsetter en konkret vurdering av hver enkelt person? Etter vår mening er svaret et betinget ja. Det kan imidlertid stilles opp minst to forutsetninger for at dette kan skje:

- Situasjonene der det fastsettes én aldersgrense for barns samtykke, bør være klart definerte og relativt homogene; det vil si fremstå som relativt like vanskelige eller lette for alle barn.
- Det må være minst like lett å trekke tilbake et samtykke som å gi det, og det må være godt synlig at tilbaketrekking av samtykke er et mulig og effektivt valg. Tilbaketrekking gir både barnet adgang til å ombestemme seg, og gir foreldre mulighet til å øve innflytelse på barnets valg dersom det skulle vises seg at samtykket gir uønskede virkninger.

6.2.3 Samtykke på vegne av barn

6.2.3.1 Innledning

Barn kan ikke alltid samtykke alene til behandling av sine personopplysninger, jf. forrige avsnitt. Når den registrerte er under 18 år, opptrer den som har foreldreansvaret på vegne av barnet, med mindre barnet har kompetanse selv i det konkrete tilfellet.⁸⁴ Det innebærer ikke at de nevnte rettighetene overføres til foreldrene, men at barnets rettigheter må forvaltes av foreldrene på barnets vegne.⁸⁵ Den følgende drøftelsen gjelder hvem som kan samtykke på vegne av barnet, når det er klart at barnet selv ikke kan gjøre det.

82 Forutsatt at barnet er bevisst og helsetilstanden ellers gjør det mulig å utøve samtykke.

83 A29WP, 2/2009 s. 6.

84 Prop.47 L (2011-2012), avsnitt 5.2, tredje avsnitt.

85 Se også Artikkel 29-gruppen 2009, del II, kapittel 4.

Det at foreldre kan samtykke på vegne av barnet, reiser flere spørsmål. Hvem av foreldrene kan samtykke? Må begge foreldrene samtykke? Kan en stefar samtykke på vegne av en stedatter han har omsorgen for? Hva hvis barnet bor fast hos bare den ene forelderen, har denne noen større rett enn den barnet ikke bor hos? Som det vil fremgå i det følgende, gir regelverket stort rom for skjønn og i liten grad klare svar. Vi kan ikke gjennomgå alle mulige familiesituasjoner, eller løse alle de mulige helhetsvurderinger som må tas med hensyn til hvem som har samtykkekompetanse. Det vi skal gjøre er å presentere relevante rettslige problemstillinger for samtykke til behandling av personopplysninger på vegne av barn, det rettslige grunnlaget for å løse disse problemstillingene, og momenter/hensyn som vil spille inn i de konkrete vurderinger behandlingsansvarlig må foreta når samtykke på vegne av barn skal innhentes.

6.2.3.2 *Grunnleggende om foreldrenes råderett over barns personopplysninger*

Det er den som har foreldreansvaret som må vurdere om det skal gis samtykke til behandling av barns personopplysninger. Den som har foreldreansvaret, skal vurdere om det er til barnets beste at en avgir samtykke, jf. pol § 11, 3. ledd og barnelova § 30, første ledd andre punktum.

Uansett hvem som har foreldreansvaret, har mindreårige krav på å bli hørt i saker de har forutsetninger for å mene noe om, alt etter alder og modenhet, jf. barneloven § 31. Jo eldre og modnere barnet er, jo større grunn er det for foreldrene til å legge vekt på barnets syn, også i spørsmål om samtykke til å behandle personopplysninger. Det vil være en glidende overgang mellom tilfeller der foreldrene kan bestemme på barnets vegne og tilfeller der barnet skal bestemme selv, jf. avsnitt 6.2.2.

Når foreldrene skal vurdere å gi samtykke til behandling av barns personopplysninger, er det altså to hovedhensyn de må bygge på:

1. Den mindreåriges egen mening i saken (se avsnitt 6.2.2.)
2. Om samtykke vil være til barnets beste

I dette ligger en forskjell fra situasjonen der en samtykker til behandling av sine egne personopplysninger – sistnevnte samtykke skal være «fritt», uten noen form for press eller tvang. Sagt på en annen måte bestemmer en helt selv over sine egne opplysninger. Samtykkevurderingen foreldre må gjøre på vegne av sine barn er mer «styrt» i denne sammenhengen, da barneloven fastsetter at foreldrene må vurdere om samtykke vil være til «barnets beste», og i tillegg at barnet skal få si sin mening i saken. Det er imidlertid ingen mulighet for offentlige myndigheter til å overprøve foreldrenes avgjørelse så lenge den ligger innenfor

foreldreansvaret.⁸⁶ Domstolene kan ta stilling til hvem som skal ha foreldreansvaret og/eller den daglige omsorgen, men ikke hvordan foreldreansvar eller daglig omsorg skal utøves i enkelte tilfeller.⁸⁷

For å vurdere hvem som kan samtykke til behandling av personopplysninger på vegne av mindreårige, må en avgjøre:

1. Hvem som har foreldreansvaret, og
2. Når foreldreansvaret er felles, og om det i så fall er tilstrekkelig at den ene samtykker.

Et hovedskille går mellom situasjoner der foreldrene har felles foreldreansvar og der de ikke har det. Vi deler derfor den videre drøftelsen etter dette skillet, og tar for oss nyanser som kan tenkes innenfor hver kategori.

6.2.3.3 Samtykke til behandling av personopplysninger ved eksklusivt foreldreansvar

For foreldre som ikke er gift eller samboere, er utgangspunktet at mor har foreldreansvaret alene, jf. barneloven § 35, 1. ledd. Far kan ha foreldreansvaret alene dersom foreldrene avtaler det, jf. barneloven § 35, 3. ledd.

Når bare én person har foreldreansvar, er det ingen tvil i spørsmålet om hvem som har kompetanse til å samtykke til behandling av barnets personopplysninger. Den ene som har foreldreansvaret avgjør da spørsmålet alene, basert på barnets egen mening og prinsippet om barnets beste.

En kunne tenke seg problemer dersom den ene hadde foreldreansvaret, men barnet bodde fast hos kun den andre forelder, og sistnevnte derfor skulle ta visse avgjørelser etter barneloven § 37 (se avsnitt 6.2.3.6). Denne ordningen er imidlertid mindre praktisk og vi går derfor ikke nærmere inn på den her.

6.2.3.4 Samtykke til behandling av personopplysninger ved felles foreldreansvar

Ved hvilke samlivssituasjoner har man felles foreldreansvar?

Felles foreldreansvar kan foreligge ved flere ulike samlivssituasjoner. For det første har foreldre som er gift foreldreansvar sammen for deres felles barn, jf. barneloven § 34, 1. ledd. Det samme gjelder foreldre som er samboere, jf. barneloven § 35, 2. ledd. Foreldre som er separert eller skilt, har felles foreldreansvar med mindre de avtaler noe annet, jf. barneloven § 34, 2. ledd. I tillegg kan for-

⁸⁶ Backer 2006, s. 151 og Holgersen 2008, s. 201.

⁸⁷ Jf. Rt. 1997 s. 1853.

eldre som ikke er gift eller samboende, avtale at de skal ha felles foreldreansvar, jf. barneloven § 35, 3. ledd. Avtale om felles foreldreansvar kan også være aktuelt i situasjoner med stemor/stefar, der den ene i et parforhold har barn med en annen, og ønsker felles foreldreansvar for barnet sammen med sin nye partner.

Kan den ene forelderen samtykke til behandling av barnets personopplysninger ved felles foreldreansvar?

Ved felles foreldreansvar oppstår spørsmålet om det er tilstrekkelig at den ene forelderen alene samtykker til behandling av barnets personopplysninger. Spørsmålet er i hvilken grad felles foreldreansvar kan utøves av den ene forelderen alene.

I utgangspunktet innebærer felles foreldreansvar at foreldrene er sammen om plikter og rettigheter overfor barnet. Hensynet bak felles foreldreansvar, er at foreldrene skal være likestilt overfor barnet, og ta like stor del i beslutninger om barnets liv. Dette betyr i prinsippet at foreldrene må være enige om beslutninger om barnets personlige forhold. Det rettslige utgangspunktet om felles utøvelse av foreldreansvaret, gjelder også for skilte/separerte foreldre. På samme måte som foreldre som lever sammen, må det antas at foreldre med felles foreldreansvar makter å bli enige, selv om de ikke lever sammen. Hvordan felles foreldreansvar skal utøves i praksis, fremgår ikke direkte av loven. Det er heller ikke direkte regulert hvordan kompetansen til å samtykke til behandling av barnets personopplysninger kan utøves. Barneloven sier ingenting om den enkelte innehar av foreldreansvar sin rett til å opptre alene på vegne av barnet.⁸⁸ De nevnte utgangspunktene kan tilsi at det i enkelte situasjoner bør innhentes samtykke fra begge foreldre. Det må likevel være adgang for foreldrene til å dele på oppgaver som hører inn under foreldreansvaret, og det gjelder også det å samtykke til behandling av barnets personopplysninger.

Om en av foreldrene skal kunne samtykke alene, må bero på en konkret helhetsvurdering i den aktuelle samtykkesituasjonen. Det er opp til både foreldrene og den behandlingsansvarlig å vurdere dette. Vurderingen må ta i betraktning formålet med behandlingen av personopplysninger, kompleksiteten i situasjonen og mulige konsekvenser for den registrerte (barnet) av samtykke/ikke samtykke. På bakgrunn av hensynene bak felles foreldreansvar, bør behandlingsansvarlig vurdere hvor stor mulighet det kan være for at foreldrene blir uenige om det skal samtykkes eller ikke. En kan se spørsmålet om begge må samtykke på en «glideskala». I den ene enden har en de helt enkle samtykkespørsmål, som

⁸⁸ Med unntak av særregelen i bl. § 37 som gjelder når barnet bor fast hos bare den ene av foreldrene.

er oversiktlige og ukontroversielle, og med begrenset betydning for barnets liv. En forelder må f.eks. kunne samtykke alene til skolefotografering. I den andre enden av skalaen kan en tenke seg de uvanlige samtykkesituasjonene med behandling av sensitive personopplysninger, med potensielt større konsekvenser for barnets rettigheter, tidsbruk og livssituasjon.⁸⁹ Om andre skal få tilgang til taushetsbelagte opplysninger om barnet, må f.eks. begge foreldre normalt samtykke til.

Den nevnte glideskalaen har støtte i barnelovens system, forarbeider og barnerettslig teori. Barnelovutvalget tok opp enkelte sider ved utøvelse av felles foreldreansvar i sin utredning.⁹⁰ Etter å ha understreket at hensynene bak felles foreldreansvar tilsier at foreldrene må diskutere og ta beslutninger sammen, fremhever utvalget at noen sider av foreldreansvaret kan utøves av den ene alene, for eksempel «... å innhente opplysninger om barnet hos offentlig myndighet.» Det er noe uklart hva det siktes til her, og det vil uansett være en forskjell på at forelderen innhenter opplysninger og at forelderen gir samtykke til at andre kan behandle personopplysninger. Likevel, det å innhente opplysninger om barnet (innsyn) er en personvernrelevant handling, som til en viss grad kan sammenlignes med å samtykke til behandling av opplysninger. Backer gir i sin kommentarutgave til barneloven noen eksempler på situasjoner der en forelder kan utøve felles foreldreansvar alene.⁹¹ Han peker først på at foreldreansvaret kan utøves av den ene forelderen når det «ikke innebærer en beslutning som binder opp barnet». Med det menes nok beslutninger som ikke fører til at barnets *tid* bindes opp, eller beslutninger som ikke medfører noen spesiell innsats fra barnets side. En annen mulighet som har vært tatt opp, er om den ene forelderen skal kunne utøve foreldreansvaret alene dersom den andre er fraværende, syk eller lignende.⁹² Det må kunne åpnes for at den ene forelderen tar avgjørelser alene i slike tilfeller. Det kan imidlertid være problematisk for behandlingsansvarlig å vite om en er i en slik situasjon, dersom en normalt ville innhentet samtykke til behandling av barnets personopplysninger fra begge foreldrene. Dersom det finns en enkel adgang til å trekke tilbake samtykke, vil det trekke i retning av at det er forsvarlig av behandlingsansvarlig å bare innhente samtykke fra den ene forelderen. Når den som ikke samtykket igjen er disponibel, kan vedkommende ta opp spørsmålet om tilbaketrekking med den som ga samtykket. I tillegg må det kunne legges vekt på om saken haster, og om formålet med behandlingen er av stor betydning for barnet. Ligger saken slik an, vil det også være til barnets beste om den ene forelderen kan samtykke alene.

89 Spørsmålet er behandlet på lignende måte av Schartum og Bygrave 2006, s. 146, andre avsnitt.

90 Jf. NOU 1977:35 «Lov om barn og foreldre (barneloven)» avsnitt 8.5 «Utøvelsen av foreldreansvaret i praksis».

91 Backer 2006, s. 146.

92 Se Holgersen 2008, s. 200, med videre henvisninger til Backer 2006.

Redegjørelsen hittil har basert seg på barnerettslige kilder og betraktninger. Grensene for den enkelte forelders kompetanse ved utøvelse av felles foreldreansvar, må imidlertid også vurderes ut i fra det konkrete feltet samtykket gjelder. Når problemstillingen er om den enkelte forelder skal kunne samtykke til behandling av barnets personopplysninger, må en spørre hva som er barnets beste i et personvernperspektiv. Personvernrettslige kilder gir imidlertid liten veiledning i dette konkrete spørsmålet.

Samtykke på vegne av barn ble diskutert i forbindelse med revisjonen av personopplysningsloven som endte med lovendringene i 2012.⁹³ Den ene forfatteren av denne utredningen, fikk sammen med dr. juris Lee Bygrave i oppdrag å utrede behov for endringer i personopplysningsloven.⁹⁴ I utredningen fra 2006 ble spørsmålet om begge foreldre måtte samtykke tatt opp. Det ble fastslått at det normalt ville være tilstrekkelig at den ene samtykket, men at dette kunne stille seg annerledes der samtykke til behandling av personopplysninger er knyttet til avgjørelser av vesentlig betydning for barnet. Grensedragningen ble imidlertid ikke drøftet nærmere, og spørsmålet fikk begrenset oppmerksomhet i den videre lovprosessen. I høringsrunden var det bare Barne- og likestillingsdepartementet (BLD) som konkret kommenterte Schartum og Bygraves uttalelse om foreldres felles samtykkekompetanse. Departementet uttrykte forståelse for utrederenes argument om at samtykke fra én forelder var det mest praktiske, men fremhevet også problemet som oppstår dersom den ene forelder samtykker til behandling av barnets personopplysninger, mens den andre forelder krever sletting. Noen synspunkter på hvordan dette burde løses ble ikke fremmet, men BLD anmodet Justisdepartementet om å utrede spørsmålet videre. Etter høringsrunden endte Justisdepartementet med å anbefale en generell regel om at barns personopplysninger ikke må behandles «uforsvarlig av hensyn til barnets beste», slik vi nå finner i pol § 11, 3. ledd. Paragraf 11, 3. ledd gjelder direkte bare «behandling» av personopplysninger, men bestemmelsen bør også tas hensyn til i spørsmål om innhenting av samtykke. Terskelen for hva som er «uforsvarlig» behandling av barns personopplysninger, må antas å være høy. Det vil nok kun i helt spesielle tilfeller være uforsvarlig å innhente samtykke på vegne av barnet fra bare én forelder. Schartum og Bygraves forslag til en regel om fordelingen av samtykkekompetanse mellom barn og foreldre ble ikke fulgt opp i lovendringsprosessen, heller ikke spørsmålet om en skulle kreve samtykke fra en eller begge foreldre. Lovgiver har altså ikke villet gi noen klar regel som fordeler kompetansen til å gi samtykke til behandling av barns personopplysninger. Det taler for at behandlingsansvarlig har et visst rom for skjønn om samtykket skal innhentes fra barnet selv, den ene forelder, eller begge foreldrene.

⁹³ Lov om endringer i personopplysningsloven, 20.04.2012, nr. 18.

⁹⁴ Jf. Schartum og Bygrave 2006, s. 146, andre avsnitt.

Av generelle personvern hensyn som bør tas med i vurderingen, er det noen som er spesielt verdt å trekke frem. Det første er den registrertes (barnets) egen mening i saken. Dersom barnet er modent nok til å uttale seg i saken og gir sin tilslutning, er det større grunn for behandlingsansvarlig til å la den ene forelderens samtykke alene (men altså med barnets tilslutning). Dette er i tråd med det grunnleggende hensynet til personlig autonomi, som jo er idealet bak reglene om samtykke til behandling av personopplysninger – i tillegg til at det er grunnleggende etter barnelovens system. Likevel er det problematisk med slike individuelle vurderinger der behandlingsansvarlig skal fastsette generelle rutiner, og ikke kan ha kunnskap om hvert enkelt barn. Det vil kunne være forsvarlig av behandlingsansvarlig gjøre en nøktern kategorisering av aldersgruppers antatte modenhet og baserer sine rutiner på det. Videre er det grunn til å trekke frem hvem som skal behandle barnets personopplysninger, og til hvilket formål. Dersom for eksempel behandlingsansvarlig er en offentlig myndighet eller privat tilbyder av velferdstjenester, og formålet er å gi barnet en form for hjelpetilbud, skal det mye til før en kan si at å innhente samtykke på vegne av barnet fra kun den ene forelderens er «uforsvarlig av hensyn til barnets beste». ⁹⁵ Annerledes vil det kunne være dersom behandlingsansvarlig er en privat part, med et rent kommersielt formål. I en slik situasjon er det større grunn til å kreve at begge foreldre tar stilling til om behandling av personopplysninger er til barnets beste.

Et særlig moment er hvor lett adgang en har til å trekke tilbake samtykker som allerede har gitt. Etter vår mening kan tilgjengelig og effektiv mulighet for å trekke samtykke tilbake tale for en mer liberal praksis med hensyn til hvem som kan samtykke. En kan for eksempel tenke seg at den ene forelderens blir bedt om å samtykke alene fordi det er mest effektivt, men så når foreldrene får diskutert saken, blir de enige om å trekke samtykket tilbake. Med mindre samtykket allerede har ført til uoversiktlig spredning av opplysningene (via sosiale medier e.l.) vil det ofte være lite problematisk at det første samtykket ble gitt av én.

For å oppsummere, må felles foreldreansvar i utgangspunktet utøves i fellesskap, ved at foreldrene drøfter spørsmål av betydning og tar avgjørelser sammen. Hovedregelen er derfor at begge foreldre samtykke til behandling av barnets personopplysninger. I visse situasjoner kan behandlingsansvarlige likevel vurdere å innhente samtykke fra bare én forelder. Behandlingsansvarlige må for det første vurdere om samtykket gjelder alvorlige spørsmål eller ikke. Gjelder det dagligdagse, ukontroversielle spørsmål, bør én forelder kunne samtykke alene. Videre er samtykke fra den ene forelderens aktuelt dersom den andre er syk, bortreist, ikke svarer, eller på annen måte er utilgjengelig. Det samme gjelder dersom en er i en hastesituasjon. Det er også større grunn til å tillate at den ene

95 Jf. personopplysningsloven § 11, 3. ledd.

samtykker alene, dersom barnet er i stand til å gjøre seg opp en mening i saken og selv ønsker å tillate behandling av sine personopplysninger. I tillegg kan det vektlegges hvor enkelt det er for foreldrene å effektivt trekke tilbake et avgitt samtykke på et senere tidspunkt.

Betydningen av gjeldende rett for krav til samtykkerutine

Etter gjeldende rett er det altså en begrenset mulighet for at den ene forelder kan samtykke til behandling av barnets personopplysninger alene, når foreldrene har felles foreldreansvar. Selv om det nok er mange situasjoner der samtykke fra den ene forelder er tilstrekkelig, må en digital samtykkerutine inneholde en løsning der en kan innhente samtykke fra begge.

Spørsmålet om én eller begge foreldre må samtykke, vil bero på en konkret skønnsmessig vurdering, jf. ovenstående. Konsekvensen av dette er at en risikerer en tilfeldig og lite forutberegnelig praksis. For å redusere slik usikkerhet, kan en forsøke å kategorisere ulike samtykkesituasjoner, og på den måten indikere i hvilke tilfeller en kan basere seg på samtykke fra kun én forelder. En samtykkerutine bør også inneholde retningslinjer for å lette vurderingen av ulike samtykkesituasjoner.

6.2.3.5 Uenighet mellom foreldre med felles foreldreansvar om samtykke til behandling av barnets personopplysninger

Det kan skje at foreldre med felles foreldreansvar, blir uenige om hvorvidt de skal samtykke til behandling av barnets personopplysninger eller ikke. Spørsmålet blir da om det er tilstrekkelig at den ene forelder samtykker til behandlingen, eller motsatt – om den ene forelder har «vetoett» overfor den andres samtykke.

Lovens utgangspunkt er som nevnt i avsnitt 6.2.3.4, at felles foreldreansvar krever enighet mellom foreldrene. Dersom foreldrene er uenige om det skal samtykkes til behandling av barnets personopplysninger, kan ikke den ene forelder overkjøre den andre.

Dette utgangspunktet kan være problematisk, men alvorligheten dempes av flere grunner. For det første er problemet kun aktuelt der barnet selv ikke har kompetanse til å samtykke. Videre må det antas at foreldre sjelden vil nekte samtykke til behandling av barnets personopplysninger når formålet er å gi barnet et hjelpetilbud, for eksempel fra en kommunal barne- og familieetat. Dersom det likevel skulle oppstå uenighet mellom foreldrene, vil familievernkontorene kunne gi råd og informere om konsekvensene av å ikke samtykke til behandlingen,

og fordelene ved å samtykke. Så lenge denne rådgivningen er saklig og ikke innebærer et klart press mot noen av foreldrene, kommer den ikke i konflikt med kravet til at samtykke skal være frivillig, jf. pol § 2, nr. 7.

Dersom «vetoretten» i en konkret situasjon oppfattes som problematisk, er en mulig løsning å undersøke om det eksisterer annet rettslig grunnlag for behandlingen enn samtykke. Det kan tenkes at behandlingsansvarlig kan «velge» en nødvendig grunn etter pol §§ 8 og 9, istedenfor å basere behandlingen på samtykke fra den registrerte.⁹⁶ Utover dette er det lite behandlingsansvarlig kan gjøre utover å informere begge foreldrene på en saklig måte om fordeler og ulemper for barnet som følge av at samtykke til behandling av barnets personopplysninger nektes.

6.2.3.6 Avgjørelse om samtykke som kan tas av den barnet bor fast hos, jf. barneloven § 37

Barneloven har en regel i § 37, som fastslår at visse avgjørelser kan tas av den barnet bor hos uten at den andre forelderen må medvirke. Forelderen barnet bor hos kan bestemme om «vesentlige sider av omsuta for barnet», som om barnet skal gå i barnehage, hvor i landet barnet skal bo, og «andre større avgjerder om dagleglivet».

Et særlig spørsmål blir om samtykke til behandling av barnets personopplysninger i noen tilfeller kan være en slik avgjørelse som går inn under barneloven § 37. Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen er ment å gi den som barnet bor fast hos, bestemmelsesrett over opplegget der barnet bor.⁹⁷ I tillegg til eksemplene i lovteksten, er det nevnt at i forarbeidene at den andre forelderen ikke bør kunne legge seg opp i spørsmål om bekledning, leggetider, måltider etc. der barnet bor.⁹⁸ Bestemmelsen fastslår altså rett for den barnet bor fast hos til å ta avgjørelser om alt fra det helt enkle, til relativt viktige spørsmål som hvor i landet barnet skal bo. I den grad slike avgjørelser også krever at en må ta stilling til samtykke til behandling av personopplysninger, må avgjørelsen kunne tas av den barnet bor fast hos. Eksempelvis må den barnet bor fast hos nok kunne samtykke til at barnehagen behandler visse personopplysninger. Bestemmelsesretten kan imidlertid ikke trekkes for langt når det gjelder samtykkekompetanse. Formålet med bestemmelsen synes å være at forelderen som barnet bor hos skal kunne fatte avgjørelser om praktiske ting som påvirker dagliglivet, uten at den andre forelderen har noen «vetorett» som vil påvirke førstnevnte forelders hverdag i for stor grad. Avgjørelser om samtykke til behandling av personopp-

⁹⁶ Se denne utredningens avsnitt 4.4.

⁹⁷ Jf. Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s. 54.

⁹⁸ Jf. Ot.prp. nr. 62 (1979-1980).

lysninger som er relevant for felles foreldreansvar, bør i størst mulig grad drøftes foreldrene i mellom.

6.2.3.7 Avsluttende kommentarer personelle spørsmål

I de følgende avsnittene forutsettes at spørsmålet om samtykkekompetanse er avklart. Spørsmålet blir da hva som må kreves av en samtykkeerklæring for at den skal anses som gyldig? Spørsmålet vil bli drøftet med utgangspunkt i pol § 2 nr. 7 (som stiller krav til gyldig samtykke), med parallell drøftelse av samtykke etter fvl § 13a nr. 1.

6.3 Krav til frivillighet

En grunnforutsetningen for samtykke er at erklæringen gis *frivillig*. Samtykke skal være uttrykk for den enkeltes rett til selv å bestemme. Skauge-utvalget som foreslo utkast til personopplysningslov i NOU 1997: 19, så dette som selvsagt: «For at det overhodet skal foreligge et samtykke må erklæringen være frivillig. Dette anses for å være selvfølgelig, og er ikke uttrykkelig sagt i lovteksten.» (s 134) Er realiteten at andre bestemmer, er samtykke derfor uaktuelt som rettslig grunnlag. Er det ikke frivillig, er lovens system at en enten bruker lovhjemmel eller en nødvendig grunn som rettslig grunnlag, jf. avsnitt 4.3 (ovenfor). Spørsmålet er derfor hva som kan gjøre at en samtykkeerklæring ikke anses å være frivillig avgitt?

I lovproposisjonen presiserte departementet at det «I kravet til at samtykket skal være frivillig ligger at det ikke må være avgitt under noen form for tvang fra den behandlingsansvarlige eller andre.» (s 104). Det som omtales er med andre ord tvang under avgivelsen.

Kravene til frivillig samtykke inngår i en rådgivende uttalelse i Artikkel 29-gruppen 2011:

«Consent can only be valid if the data subject is able to exercise a real choice, and there is no risk of deception, intimidation, coercion or significant negative consequences if he/she does not consent. If the consequences of consenting undermine individuals' freedom of choice, consent would not be free.» (s 12)

Uttalelsen forutsetter at noen andre forsøker å påvirke den registrertes avgjørelse på måter som ikke respekterer vedkommendes rett til selv å bestemme, f.eks. ved å lure, skremme eller tvinge en person til å godta at det blir behandlet personopplysninger om vedkommende. Derimot er det i utgangspunktet ikke i

konflikt med kravet til frivillighet dersom noen forsøker å overtale en person til å gi sitt samtykke. Forutsetningen er imidlertid at overtalelsen skje ved hjelp av saklig argumentasjon.

I uttalelsen presiserer Artikkel 29-gruppen frivillighetskravet videre ved å gjen- gi en tidligere avgitt uttalelse om samme spørsmål:

«In WP131,⁹⁹ the Working Party mentioned that “free consent means a voluntary decision, by an individual in possession of all of his faculties, taken in the absence of coercion of any kind, be it social, financial, psychological or other. Any consent given under the threat of non-treatment or lower quality treatment in a medical situation cannot be considered as ‘free’ ... (s 13)

Angivelsen av åndsevnene (eller den intellektuelle kapasiteten) (jf. «... all of his faculties») til den som samtykker, kan forstås slik at spørsmål om frivillighet må vurderes opp imot slike evner. Det kan derfor hevdes at det skal mindre til for at et barn eller mennesker i en sårbar situasjon kan anses å være utsatt for en type påvirkning som gjør at samtykket ikke kan anses å være frivillig. Således kan det ikke utelukkes at beslutningssituasjoner som kan anses som frivillige for voksne personer, ikke kan godtas som frivillige for barn/ungdom. For mindre-årige kan det mao. trolig antas å gjelde et relativt strengt krav til frivillighet. I sitatet fremhever Artikkel 29-gruppen dessuten at arten av tvang ikke spiller noen rolle for spørsmålet om frivillighet, og at bortfall eller redusert kvalitet på en tjeneste dersom en nekter å samtykke, er en type følge som gjør at samtykke ikke kan anses å være frivillig.

Ikke enhver reduksjon av kvalitet e.l. kan gi slik effekt, men er redusert kvalitet e.l. egnet til å påvirke den samtykkende personens valg, vil resultatet lett bli at samtykket ikke regnes som frivillig. For barn og ungdom kan en f.eks. tenke seg at de i gitte situasjoner lettere lar seg påvirke enn voksne, selvstendige mennesker. Samtykke til å behandle personopplysninger som vilkår for å få hjelp fra en offentlig myndighet, eller som vilkår for å få fullgod hjelp, kan etter dette neppe regnes som frivillig. En tilnærming der barn/ungdom kan velge hvor mye de vil samtykke til, og der hjelpen er tilpasset de opplysninger forvaltningsorganet faktisk får tilgang til, skaper neppe noe problem for kravet om frivillighet. Poenget med sist nevnte ordning er at det her er barnet/ungdommen selv som hele tiden har valgfrihet uten å være stilt overfor noen form for ultimatum.

I sitatet fra sist refererte uttalelse heter det videre at:

99 Uttalelsen gjaldt elektroniske pasientjournaler.

«Reliance on consent should be confined to cases where the individual data subject has a genuine free choice and is subsequently able to withdraw the consent without detriment.»

Artikkel 29-gruppen anser med andre ord muligheten for å trekke samtykke tilbake uten at det derved oppstår skade/negative følge av betydning, som en indikasjon på om samtykke er frivillig eller ikke. I avsnitt 6.6 kommer vi tilbake til spørsmålet om tilbaketrekking av samtykke.

I fortalen til den omforente teksten til generell personvernforordning, avsnitt 34, gis det en uttalelse vedrørende samtykke i tilknytning til utøvelse av offentlig myndighet:

«Where the controller is a public authority, there would be an imbalance only in the specific data processing operations where the public authority can impose an obligation by virtue of its relevant public powers and the consent cannot be deemed as freely given, taking into account the interest of the data subject.»

I utkastet til fortale blir det understreket at fritt avgitt samtykke ikke kan eksistere dersom offentlig myndighet har makt til å gi pålegg i stedet. Motsatt er samtykke mulig dersom slik mulighet for å gi pålegg ikke eksisterer. Uttalelsen er ingen aktuell rettskilde, men gir med en viss sannsynlighet uttrykk for den fremtidige rettslige situasjonen for behandling av personopplysninger innen EU/EØS. Den er dessuten helt på linje med de synspunkter som tidligere er referert fra Artikkel 29-gruppen.

6.4 Krav til informasjon

6.4.1 Innledning

I det følgende vil vi diskutere hvilke krav som stilles til den informasjonen som skal gis i tilknytning til et samtykke om å behandle personopplysninger. Lovteksten gir sparsom veiledning. Her fremgår det at samtykke skal være en «informert erklæring fra den registrerte om at han eller hun godtar behandling av opplysninger om seg selv» (se § 2 nr. 7). Forarbeidene er ikke stort mer opplysende. Her heter det bare at «Kravet om at samtykket skal være informert medfører at den registrerte må gis tilstrekkelig informasjon slik at vedkommende vet hva det samtykkes i.»¹⁰⁰ Heller ikke ordlyden i direktivet gir særlig støtte for forståelsen på dette punktet, jf. «informed indication of his wishes».¹⁰¹ Det er

¹⁰⁰ Se ot.prp. nr. 92 (1998-1999), s 105.

¹⁰¹ Se personverndirektivet artikkel 2 bokstav h.

derfor nødvendig å støtte seg til andre deler av loven¹⁰² som spesielt gjelder informasjon til registrerte personer.¹⁰³ Den følgende fremstillingen er basert på pol § 19 om «Informasjonsplikt når det samles inn opplysninger fra den registrerte», jf. § 20 om «Informasjonsplikt når det samles inn opplysninger fra andre enn den registrerte». Vi går med andre ord ut ifra at det er informasjonen som skal gis i samsvar med § 19 bokstavene a – e som i stor grad er bestemmende for hvilken informasjon som skal gis i tilknytning til samtykke.

Forarbeidene til §§ 19 og 20 nevner ikke samtykke eller rettslig grunnlag spesielt, men sammenhengene mellom informasjon etter disse bestemmelsene og samtykke er etter vår mening åpenbar. Samme tilnærming er valgt i Artikkel 29-gruppen 2011 s 9 og 18, der det vises til direktivets artikkel 10 som tilsvarer pol § 19.

Paragrafene 19 og 20 forutsetter ikke noen bestemt type rettslig grunnlag, men samtykke er ett av de rettslige grunnlag som er aktuelle. I forarbeidene forutsettes det etter § 19 at behandlingsansvarlige gjør uttrykkelige muntlige eller skriftlige henvendelser til den registrerte for å be om opplysninger om vedkommende person. Den pålegger så å gi den registrerte en viss informasjon *før* opplysningene samles inn. Er det rettslige grunnlaget samtykke, slik vi forutsetter i denne rapporten, betyr det at det er plikt til å gi minst den informasjonen som § 19 angir før opplysningene samles inn. Situasjonen blir noe tilsvarende etter pol § 20, men vi kommer ikke nærmere inn på dette her.¹⁰⁴

I de følgende avsnittene 6.4.2 – 6.4.5 vil vi konkretisere hvilken informasjon som skal gis i tilknytning til samtykke. Informasjonskravene bygger i stor grad på pol § 19 bokstavene a – e. Denne bestemmelsen gjelder krav til informasjon når opplysninger samles direkte inn fra den registrerte, uansett om dette skjer på grunnlag av lovhjemmel, samtykke eller nødvendig grunn. Opplegget nedenfor innebærer at § 19 fortolkes spesielt i lys av samtykkesituasjonene. Vi har delt informasjonen som skal gis inn i fire grupper etter informasjonens innhold og fellestrekk.

6.4.2 Informasjon om hva det samtykkes til

Det viktigste kravet til informasjon gjelder angivelse av hva det samtykkes til. Dette omfatter minst de følgende fire elementene:

¹⁰² Jf. også direktivet.

¹⁰³ Jf. Simonsen Vogt Wiigs rapport av 29.09.2015, s. 27 første avsnitt.

¹⁰⁴ Etter § 20 blir diskusjonen noe mer kompleks fordi denne bestemmelsen inneholder flere unntaksbestemmelser enn § 19. Selv om plikten til å gi informasjon helt skulle falle bort etter § 20, er det dermed ikke sagt at den behandlingsansvarlige kan be om samtykke uten å gi informasjon slik § 2 nr. 7 forutsetter. Vi kommer imidlertid ikke nærmere inn på dette spørsmålet.

- Hva som er formålet med behandlingen av personopplysninger (jf. pol § 19 bokstav b);
- hvilke opplysninger som vil bli behandlet;
- hvilke kilder opplysningene vil bli hentet fra; og
- hvem opplysningene eventuelt vil bli videresendt til. (jf. pol § 19 bokstav c)

I direktivet stilles det krav om at samtykker er «specific and informed». Kravet om spesifikt samtykke gjelder også etter norsk rett, og betyr i alle fall at informasjonen som gis ikke kan være helt generell eller overflatisk. Poenget er at informasjonen som gis må være så spesifikk at den er egnet grunnlag for beslutningen om samtykke skal gis eller ikke. Artikkel 29-gruppen 2011 presiserer at:

«To be valid, consent must be specific. In other words, blanket consent without specifying the exact purpose of the processing is not acceptable. [...] It cannot apply to an open-ended set of processing activities. [...] Consent must be given in relation to the different aspects of the processing, clearly identified. It includes notably which data are processed and for which purposes. [...] There is a requirement of granularity of the consent with regard to the different elements that constitute the data processing». (s 17)

Hvor finkornet informasjonen må være, avhenger imidlertid av hva som skal til for å gjøre samtykket reelt. Det er heller ikke grunnlag for å stille større krav til informasjonen enn det som skal til for å lojalt å understøtte formålet med loven, jf. pol § 1. Er de personvernmessige spørsmålene knyttet til samtykket antatt å være små og enkle, kan det derfor godtas vesentlig mindre informasjon enn når de personvernmessige spørsmålene antas å være store og komplekse.

Det er dessuten et viktig hensyn at informasjonen skal ha et innhold og omfang som gjør at den som blir bedt om å samtykke faktisk leser og forstår informasjonen. For omfattende informasjon vil derfor være i dårlig samsvar med kravet til informert samtykke. Hva som er «for omfattende» er imidlertid vanskelig å gi et generelt svar på. Hovedpoenget er imidlertid at den behandlingsansvarlige må legge til rette for at informasjonen kan bli presentert i situasjoner der det faktisk er mulig å sette seg inn i å lese og forstå innholdet i informasjonen. Er det mulig, må derfor samtykke etterspørres på måter som gir tilstrekkelig tid og ro for den som blir bedt om å samtykke.

Det første sentrale elementet i informasjonen som skal gis, gjelder *formålet* med behandlingen av personopplysninger. Dette gjelder som minimum angivelse av ett eller flere formål slik de skal være angitt i melding til Datatilsynet (jf. §§ 31

og 32) eller i søknad til Datatilsynet om konsesjon (jf. § 33 flg.).¹⁰⁵ Vi vil ikke her komme nærmere inn på de generelle kravene til formålsangivelse. Kravet om at samtykke skal være (tilstrekkelig) informert innebærer imidlertid at den behandlingsansvarlige ikke bare kan bruke formuleringer av formål slik de er inn-gitt til Datatilsynet uansett. Poenget er at formålsangivelsen må kunne forstås av alle som blir bedt om å samtykke. Dette kan innebære at en må gjøre en ny vurdering av om formålet/formålene er formulert på måter som kommuniserer tilstrekkelig godt. En slik vurdering kan både lede til andre ordvalg og til mer utfyllende angivelse; likevel slik at det er samsvar mellom den «offisielle» formålsangivelsen i melding til Datatilsynet mv og den angivelse av formål som blir presentert personer en ønsker samtykke fra.

Det andre sentrale elementet i informasjonen gjelder hvilke personopplysninger en ønsker å få samtykke til å samle inn og behandle for det angitte formålet. Paragraf 19 nevner ikke dette punktet spesielt, fordi den situasjon som forutsettes i bestemmelsen er at en samler opplysninger direkte fra den registrerte. Da vil selve informasjonsinnsamlingen vise hvilke opplysninger det er tale om. Det er likevel ikke tvil om at angivelse av hvilke personopplysninger som inngår i samtykket, er en forutsetning for at samtykket skal være informert (og dermed gyldig).

Når loven bruker begrepet «opplysning» må dette forstås som om det stod «opplysningstype»: Loven er selvsagt formulert på generelt nivå, uten konkret kunnskap om konkrete personlige forhold. Er opplysningene knyttet til databaser og registre, vil det være forholdsvis klart definerte opplysningstyper, og er i så fall lette å angi. Er det tale om å behandle opplysninger uten at slik formalisering av opplysninger skjer (i fritekst), blir utfordringen ved å angi aktuelle opplysnings-typer en annen. Det kan f.eks. være at personopplysninger fremgår av notater som saksbehandlere skriver ut i fra samtaler med klienter og andre, og at forvaltningsorganet ønsker samtykke til at opplysninger i slike notater kan gis videre til andre. For å angi hvilke opplysninger samtykket omfatter, må en i slike situasjoner generelt angi/karakterisere informasjonsinnholdet. Samtykket kan f.eks. knyttes til opplysningstyper som saksbehandler forventer vil komme til uttrykk i slike notater, f.eks. angitt ved «helseforhold», «forhold i familien», «inntektsforhold» og eventuelt en samlekategori «andre personlige og private forhold som det ut i fra formålet er nødvendig å behandle». Det vil alltid være en diskusjon om hvor spesifikt og finkornet slik angivelse av informasjonsinnhold må være (jf. ovenfor). I tråd med Artikkel 29-gruppen 2011 kan en imidlertid

105 En behandling av personopplysninger kan i samsvar med bestemmelser i personopplysningsforskriften være unntatt fra både melde- og konsesjonsplikt. Formål skal imidlertid uansett være fastsatt før behandlingen av personopplysninger begynner.

ikke la være å spesifisere eller spesifisere på helt generelt og abstrakt nivå. En samtykkeerklæring der en aksepterer at det blir behandlet «opplysninger om personlige og private forhold som fremkommer i samtale med forvaltningsorganet», vil derfor trolig ikke gi tilstrekkelig informasjon.

Det kan neppe anses å være et fast krav om at hver og én opplysningstype som kan inngå i den behandlingen det søkes samtykke om alltid eksplisitt skal fremgå av informasjonen. Er det mange opplysningstyper, kan det være akseptabelt å angi grupper av opplysningstyper. For eksempel kan det være akseptabelt å angi at det vil bli behandlet «kontaktopplysninger», opplysninger om «inntektsforhold», «sivilstand» mv. Jo større personvernmessige konsekvenser opplysningene kan ha, desto større grunn er det til å spesifisere opplysningstyper i detalj. Er hovedpoenget ved behandlingen å skaffe seg et fullstendig bilde av personenes økonomiske situasjon (jf. formålet), vil en overflatisk angivelse av «inntektsforhold» neppe være akseptabelt, og hver opplysningstype innen denne kategorien bør gis i stedet. På tilsvarende måte vil det neppe alltid være akseptabelt bare å angi at personopplysningene det samtykkes til å behandle kan gjelde opplysninger om «slektskapsforhold». Er det tale om å innhente opplysninger om både sosiale og biologiske familierelasjoner, må opplysningstypene angis på detaljert måte.

Personopplysningsloven § 19 angir heller ikke informasjon om kilden for personopplysningene. Grunnen er åpenbart at bestemmelsen forutsetter at kilden er den registrerte selv. I forhold til informasjonskravene knyttet til samtykke, er det ikke tvil om at informasjon om kilder er et obligatorisk element. Normalt vil det ikke være flere kilder for opplysningene enn at alle blir konkret angitt. Kilden bør minst angis ved å angi den som er behandlingsansvarlig for opplysninger en henter inn fra andre (virksomhet, eventuelt privatperson). Er kilden en stor og mangefasettert organisasjon, kan det også være grunn til å angi aktuell avdeling e.l., eventuelt det informasjonssystemet opplysningene vil bli hentet fra. Hvor presis informasjon som gis om dette, avhenger som tidligere fremhevet av hva som kan sies å gjøre selvbestemmelsesretten reell og forsvarlig, jf. pol § 1.

Krav om at informasjon om opplysningene vil bli utlevert, og eventuelt hvem som er mottaker, fremgår tydelig av pol § 19 bokstav c. Det er sikker rett at slik informasjon alltid skal inngå i den informasjonen som gis ved innhenting av samtykke etter pol § 2 nr. 7. Her, som ved innhenting av opplysninger, er grunnkravet at alle behandlingsansvarlige som mottar personopplysninger blir angitt. Ytterligere detaljerte opplysninger om mottakere avhenger av tilsvarende vurderinger som nevnt ved angivelse av kilder (jf. straks ovenfor).

Bestemmelsen i § 19 gjelder hvem som *er* mottaker. Samtykke blir normalt innhentet før behandlingen starter, og det har da enda ikke skjedd noen faktisk overføring av opplysninger. Det kan heller ikke være noe vilkår at opplysningene *sikkert vil bli* utlevert til mottakerne. I tilknytning til samtykke skal det derfor opplyses om hvem opplysningene *kan* bli utlevert til; dvs. hva den som samtykker tillater av utlevering. Om utlevering faktisk skjer eller ikke, er ikke avgjørende. Det er imidlertid ikke adgang til å utlevere til andre enn de den samtykkende personen har akseptert. Derfor bør behandlingsansvarlige vurdere om informasjonen skal omfatte alle mottakere som det *kan bli* nødvendig/ønskelig å utlevere opplysninger til.¹⁰⁶

6.4.3 Informasjon om mulige konsekvenser

Spørsmål om konsekvenser knyttet til samtykke, kommer inn i to sammenhenger: For det første er det tale om konsekvenser av *ikke* å samtykke, f.eks. mulige negative følger for den aktuelle personen. Dette spørsmålet har betydning når en tar stilling til om samtykket er frivillig avgitt eller ikke, jf. ovenfor. Det andre spørsmålet er om det i informasjonen som skal gis i forbindelse med innhenting av samtykke, skal inngå noe om mulige konsekvenser for personvernet til den som samtykker?

Informasjonen om hva det samtykkes til (jf. forrige avsnitt) referer til konkrete planer som den behandlingsansvarlige har. Det kan selsagt være usikkerhet knyttet til informasjonen om planene, men grunnleggende sett er dette relativt sikker informasjon. Uansett er det informasjon som gjelder forhold som den behandlingsansvarlige har eller skal ha en stor grad av kontroll over: Han kan f.eks. ikke bruke opplysningene til andre formål eller utlevere opplysningene til andre enn de som er oppgitt. I tillegg til slik informasjon, kan det spørres om det også skal informeres om mulige konsekvenser av å samtykke for den registrerte. Dette kommer klart til uttrykk i Artikkel 29-gruppen 2011:

To be specific, consent must be intelligible: it should refer clearly and precisely to the scope and the consequences of the data processing. (s. 17)

Selv om uttalenen gjelder konsekvenser av å behandle personopplysninger, er den etter vår mening alene for lite spesifikk til å bygge på. I samme dokument refererer Artikkel 29-gruppen også til en uttalelse om risiko knyttet til overføring av personopplysninger til tredjeland.¹⁰⁷ Det uttales at samtykke til over-

106 I dette kan det ligge en vanskelig balanse: Oppgir en for mange mottakere av opplysninger, kan det tenkes å bidra til at samtykke ikke gis; mens oppgir en færre mottakere enn det sannsynligvis kan bli behov for, kan en risikere å innhente nytt og utvidet samtykke senere.

107 Se, WP12 – Working Document Transfers of personal data to third countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU data protection directive.

føring av personopplysninger til tredjeland «*requires that the data subject (is) properly informed of the particular risk that his/her data are to be transferred to a country lacking adequate protection*» (s 20). Både den norske loven og direktivet er tause om slik mulig konsekvens og risiko. Det er derfor veldig tvilsomt om det generelt kan stilles opp et krav om å redegjøre for personvernkonsekvenser før samtykke blir gitt.

Etter pol § 14 skal den behandlingsansvarlige etablere og holde vedlike planlagte og systematiske tiltak som er nødvendige for å oppfylle kravene i eller i medhold av denne loven, herunder sikre personopplysningenes kvalitet. Det er også en forpliktelse til at informasjonssikkerheten for personopplysningene skal være tilfredsstillende og i samsvar med en risikovurdering.¹⁰⁸ I følge personopplysningsforskriften § 2-15 skal den behandlingsansvarlige dessuten

- bare overføre personopplysninger elektronisk til den som tilfredsstiller kravene i forskriften;
- sørge for at databehandlere og leverandører gjennomfører sikkerhetstiltak og ellers gjør annen bruk det informasjonssystemet som behandler personopplysningene på måter som tilfredsstiller kravene til informasjonssikkerhet; og
- etablere klare ansvars- og myndighetsforhold overfor kommunikasjonspartnere og leverandører, og nedfelle denne i databehandlingsavtale i tråd med pol § 15.

Det stilles derfor en rekke krav til den behandlingsansvarlige som, i en ideell verden, langt på vei skulle medføre at det ikke var store og overhengende trusler mot personvernet. I den virkelige verden kan vi likevel ikke forutsette at slike rettslige forpliktelser vil bli overholdt, og i mange tilfelle kan det derfor være risiko som det kan være grunn til å gi informasjon om når samtykke skal innhentes. På den annen side er det vanskelig å sette opp krav til samtykke som er basert på at behandlingsansvarlige ikke etterlever loven, jf. kulepunktene ovenfor. Alt i alt er løsningen trolig at det skal gis informasjon om farer for personvernet dersom den behandlingsansvarlige har *særskilt grunn* til å mene at det kan være vanskelig å være sikker på at vernet er tilfredsstillende. Overføring av personopplysninger til tredjeland, er eksempel på et problemområde der usikkerheten kan være stor, noe det i så fall bør informeres om. Som generelt utgangspunkt kan det imidlertid neppe kreves særskilt redegjørelse for mulige personvernmessige konsekvenser ved å samtykke. Konklusjonen ovenfor er delvis også begrunnet med andre og klarere informasjonsforpliktelser knyttet til samtykke, se neste avsnitt.

¹⁰⁸ Se § 13 og personopplysningsforskriften § 2-4.

6.4.4 Annen informasjon som kan styrke den registrertes stilling

I følge pol § 19 bokstav e skal den behandlingsansvarlige også, før opplysninger samles direkte inn fra den registrerte, informere ham om «annet som gjør den registrerte i stand til å bruke sine rettigheter etter loven her på best mulig måte». Bestemmelsen i § 19 nevner informasjon om innsynsrett og retten til å kreve retting og sletting av opplysninger *som eksempel* på hva det kan informeres om. Er det rettslige grunnlaget samtykke, skal denne informasjonen gis på omtrent samme tidspunkt (før innsamling). Det er derfor nærliggende å gi også denne informasjonen knyttet til samtykket.

I samband med samtykke er informasjon om adgangen til å trekke samtykke tilbake et veldig viktig eksempel på informasjon som supplerer informasjonen vi har nevnt i avsnitt 6.4.2. Denne retten fremgår ikke av ordlyden i personopplysningsloven, men er likevel sikker norsk rett.¹⁰⁹ Informasjon om tilbaketrekking av samtykke er i dag likevel neppe et vilkår for å anse samtykkeerklæringer som tilstrekkelig informerte og dermed et vilkår for gyldige samtykker.¹¹⁰ Slik informasjon kan likevel virke inn på helhetsvurderinger av samtykkeordninger og muligens avhjelpe andre svakheter i opplegget. En kan f.eks. være i tvil om samtykket kan sies å være frivillig, men konkluderer med å godta ordningen fordi det er informert om adgangen til å trekke samtykke tilbake (noe som kan sies å understøtte frivillighet).

Et viktig poeng er at informasjonen gis *før samtykket blir gitt*. Da vil muligheten for å trekke samtykket tilbake være del av den samlede vurderingen den enkelte gjør når de tar stilling til om de vil si ja eller nei. På tidspunktet for samtykke vil aktuelle personer ofte ikke ha noen konkret erfaring med den behandlingsansvarlige og den behandlingen av personopplysninger som det blir bedt om samtykke til. Adgangen til å trekke samtykket tilbake vil kunne senke terskelen mot å si ja, og fremstår derfor både som en fordel for den registrerte (som kan ombestemme seg) og for den behandlingsansvarlige (som kan få flere til å samtykke). Forutsetningen er likevel at det blir gitt en reell og effektiv adgang til å trekke samtykket tilbake, se diskusjonen i avsnitt 6.6 (nedenfor).

Når det gjelder den informasjonen som gis for å gjøre samtykke informert, er konklusjonen med andre ord at manglende informasjon om adgangen til å trekke samtykket tilbake sjelden vil ha betydning for gyldigheten av samtykkeerklæringene. Likevel er det grunn til å anbefale at slik informasjonen tas med,

¹⁰⁹ Se nærmere om retten til å trekke samtykket tilbake i avsnitt 6.6, nedenfor.

¹¹⁰ I den omforente personvernforordningen artikkel 7(3), stilles dette imidlertid opp som et krav.

særlig når det blir kombinert med effektive ordninger for faktisk å trekke samtykke tilbake.

6.4.5 Annen supplerende informasjon

I tillegg til informasjon som beskriver selve behandlingen av personopplysninger som en ønsker samtykke til å gjennomføre, innebærer kravene til informasjon også opplysninger om navn og adresse på den behandlingsansvarlige og dennes eventuelle representant (jf. pol § 19 bokstav a). Bestemmelsen er ikke nærmere kommentert i forarbeidene. I samband med samtykke er det imidlertid grunn til å presisere enkelte elementer noe nærmere. Poenget her må være at det blir klart hvem en gir adgang til å behandle opplysningene. Dersom behandlingsansvarlige er et stort forvaltningsorgan eller et konglomerat av organer i f.eks. en kommune, er det neppe tilstrekkelig kun å angi hvem den behandlingsansvarlige er. I slike tilfeller må angivelsen trolig både gjelde hvem som er behandlingsansvarlig og hvilken del i den behandlingsansvarliges organisasjon som faktisk vil ha det daglige ansvaret for opplysningene. Behandlingsansvarlige er f.eks. Asker kommune v/ rådmannen og med Barne- og familieetaten som daglig ansvarlig. Dette er ikke noe som følger direkte av loven, men et krav som trolig må stilles for å oppnå forsvarlig realisering av formålet med samtykkeordningen og personopplysningsloven generelt (jf. § 1). I virkeligheten handler dette om å angi hvem de samtykkende personene inviteres til å ha tillit til. Med store og sammensatte organisasjoner blir det da neppe nok å bare angi organisasjonen uten å informere noe om hvilken del av denne organisasjonen som konkret vil bruke opplysningene.

Behandlingsansvarliges «eventuelle representant»¹¹¹ vil sjelden være aktuelt å informere om, og vi kommer ikke spesielt inn på dette her.¹¹² Langt vanligere er det at behandlingsansvarlige gjør bruk av databehandlere, dvs. virksomheter som behandler personopplysninger på den behandlingsansvarliges vegne.¹¹³ Det er ingen direkte krav om at informasjon om databehandlere skal tas med i informasjonen vedrørende samtykke. Dersom en eller flere databehandlere gis adgang til opplysningene, bør det alltid vurderes om det skal gis informasjon om dette. Slik involvering av en databehandler kommer ikke inn under slik utlevering som det skal gis informasjon om etter § 19 bokstav c.¹¹⁴ Likevel vil tilgang

¹¹¹ Jf. § 19 bokstav a.

¹¹² Denne representanten tilsvaret det som er omtalt i pol § 4 tredje ledd. Situasjonen er at den behandlingsansvarlige er etablert utenfor EØS men behandler personopplysninger ved hjelp av utstyr som står i Norge. I så fall skal den behandlingsansvarlige ha *en representant* som er etablert i Norge.

¹¹³ Se pol § 2 nr. 5.

¹¹⁴ Utlevering omfatter bare tilfelle der opplysningene gis til en ny behandlingsansvarlig, dvs. til noen som den første behandlingsansvarlige ikke har bestemmelsesrett over.

til opplysningene fra andre enn den som står som behandlingsansvarlig være så betydningsfullt for tillitsforholdet mellom registrert og behandlingsansvarlig, at slik informasjon bør gis. Jo større rolle databehandler har i behandlingen, jo sterkere grunn til å gi slik informasjon. I kombinasjon med andre mangler ved måten den behandlingsansvarlige innretter seg på, kan fravær av informasjon om databehandlere tenkes å lede til at samtykkeerklæringene blir ugyldige: Dette kan f.eks. tenkes å skje dersom databehandler ikke nevnes, samtidig som denne spiller en viktig rolle i behandlingen, og det samtidig ikke er inngått databehandleravtale i samsvar med pol § 15.

6.4.6 Informasjonsmåten og tidspunktet for å gi informasjon

Det finnes ingen regler i personopplysningsloven eller personverndirektivet som stiller direkte krav om hvordan informasjonen i tilknytning til samtykke skal gis. Personopplysningsloven § 24 inneholder krav til informasjon til registrerte personer i tilknytning til begjæring om innsyn mv, og det er grunn til å anvende denne analogisk så langt den passer. Det mest avgjørende er imidlertid om informasjonen blir presentert på en slik måte at samtykke kan sies å være basert på tilstrekkelig informasjon. Dette må primært prøves på grunnlag av pol § 2 nr. 7, spesielt kravet til informasjon. Sagt med andre ord, er det ikke nok at informasjon eksisterer; det må også stilles noen minstekrav til *kommunikasjonen* av informasjonssinnholdet.¹¹⁵

Når vi i det følgende omtaler «krav», er det grunn til å understreke at disse er basert på skjønn og at det kun kan gis visse retningslinjer for hvordan fremgangsmåtene bør være. Det er altså ikke mulig å stille opp noen absolutte krav og grenser for hvordan informasjonen kan presenteres. På den annen side, er det grunn til å understreke at det ikke er «fritt frem» i disse spørsmålene. Den følgende diskusjonen er forsøkt lagt på et «forsiktig» nivå, dvs. med et innhold som forholdsvis sikkert vil bli akseptert som lovlig, og som derfor forholdsvis sikkert vil gi gyldige samtykkeerklæringer.

Kravet til når informasjonen skal gis, er viktig men enkelt: Informasjonen som er omhandlet i avsnittene 6.4.2 – 6.4.5 skal gis *før* selve samtykkebehandlingen, dvs. før selve aksepten gis. Dersom samtykke blir samlet inn ved hjelp av avkryssingsboks, klikk på et ikon e.l.,¹¹⁶ må informasjonen være presentert før en har kommet til dette stadiet i handlingsforløpet mot avgivelse av samtykke. Det må med andre ord være lagt til rette for at den som gir samtykke har gjort seg

¹¹⁵ Artikkel 29-gruppen 2011, s 20 inneholder en gjennomgang av enkelte krav til språk mv. vi tar hensyn til disse synspunktene i det følgende. I den omforente personvernforordningen, artikkel 12, er det stilt en rekke nye krav til klart og tilgjengelig språk om den enkeltes rettigheter etter forordningen.

¹¹⁶ Se nærmere om dette nedenfor i avsnitt 6.5.

kjent med informasjonen. Informasjon som bare kommer til syne etter at selve aksepten er gitt, vil ikke bidra til gyldige samtykkeerklæringer. Informasjon som er knyttet til en lenke som krever at den som vil samtykke må åpne lenken for å få tilgang til informasjonen, vil være rettslig problematisk. Om slike opplegg gir gyldige samtykkeerklæringer eller ikke, avhenger imidlertid av en konkret vurdering.

Det kan neppe stilles opp som noe krav at *all* informasjon blir gitt før selve samtykkehandlingen eller at all informasjon er umiddelbart tilgjengelig, og ikke f.eks. plassert bak lenker e.l. Artikkel 29-gruppen 2011, s 20 er inne på dette når de uttaler at «*Layered notices can also be a useful tool here [dvs. i forbindelse med samtykke og informasjon], as they contribute to giving the right information in an easily accessible way*».

Poenget er at den rettidige og umiddelbare informasjonen skal gi tilstrekkelig anledning for den som samtykker til å sette seg inn i hva saken gjelder. Hvis det i den umiddelbare informasjonen f.eks. står at «vi ønsker å samle inn opplysninger om dine inntektsforhold» eller «Firmaet Datex vil bli brukt som data-behandler», kan nærmere informasjon som utdyper og konkretiserer dette gjerne legges i tekst som lenkes til slike informasjonselementer. Det er imidlertid neppe tilstrekkelig dersom en skriver «Se *her* om hvilke opplysninger vi ønsker å behandle» (med lenke til «*her*»).

Informasjonen som gis må nødvendigvis i stor grad gis i form av tekst, men er ikke begrenset til tekst. Enhver uttrykksmåte som, sammen med tekst, er egnet til å kommunisere informasjonsinnholdet er aktuelt og lovlig å benytte. Dette gjelder f.eks. figurer, illustrasjoner, bilder, ikoner,¹¹⁷ lyd osv. Riktig brukt, kan andre uttrykksmåter enn skrift dessuten tenkes å kommunisere bedre enn om bare tekst blir brukt. Hvis en bruker slike mer «avanserte» kommunikasjonsmåter, må en imidlertid sørge for at de tekniske formatene som anvendes faktisk er tilgjengelige for de en henvender seg til.¹¹⁸

I den grad en gjør bruk av skriftspråk er det selvsagt nødvendig at språket som brukes samsvarer med et språk personene som blir bedt om samtykke behersker. Det kan imidlertid neppe stilles opp noe krav om bruk av morsmål, men jo mer avansert språk som brukes, desto større krav må det trolig stilles til samsvar mellom anvendt språk og de aktuelle personenes språkkunnskaper. Innhenting av samtykke fra nylig ankomne asylsøkere der bare noen i gruppen behersker

117 I den omforente personvernforordningen, artikkel 12 (4c), jf. (4b), er Kommisjonen gitt myndighet til å fastsette standard maskinlesbare ikoner som uttrykker individuelle rettigheter mv.

118 Jf. kravene i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven §§ 13 og 14 med forskrifter.

engelsk godt, kan f.eks. neppe skje på engelsk med mindre det er spesielt enkle forhold som blir forklart.

Tekster som inneholder juridisk eller annen vanskelig fagsjargong, eller som er utformet med vanskelig og utilgjengelig språk på annen måte (lange og kompliserte setninger mv), er også problematisk. Hvor den nedre grensen går før informasjon med vanskelig språk gjør at samtykke blir ugyldig, er imidlertid umulig å si noen generelt om. Poenget er at en må arbeide mye med det språklige uttrykket for å komme på den sikre siden av det akseptable.

6.4.7 Påminnelser og fornyet samtykke

Samtykke varer i den tidsperioden som fremgår av formålet, eventuelt av særlig tidsangivelse. Skulle personer som har gitt samtykke ombestemme seg, har de adgang til å trekke samtykket tilbake. En kunne tenke seg at samtykket burde fornyes dersom tillatelsen enten ikke er tidsbestemt eller når den gjelder i veldig lang tid, men noe krav til påminnelser om at samtykke er gitt eller fornyelse, gjelder uansett ikke som rettslig forpliktelse.

Artikkel 29-gruppen 2011, s 20, uttaler om spørsmålet at

«As time goes by, doubts may arise as to whether consent that was originally based on valid, sufficient information remains valid. For a variety of reasons, people often change their views, because their initial choices were poorly made, or because of a change in circumstances, such as a child becoming more mature. This is why, as a matter of good practice, data controllers should endeavour to review, after a certain time, an individual's choices, for example, by informing them of their current choice and offering the possibility to either confirm or withdraw. The relevant period would of course depend on the context and the circumstances of the case.»

Det fremgår tydelig at uttalelsen gjelder råd om foretrukket praksis, og det er selvsagt ikke noe i veien for at slik påminnelse eller fornyelse av samtykke skjer. Uten lovendring, er den eneste muligheten for at dette kan bli et rettslig krav, at Datatilsynet fastsetter fornying/varsling som vilkår for konsesjon til å behandle sensitive personopplysninger, se pol § 35, jf. § 33.

6.5 Krav til uttrykkelig samtykke

Et samtykke skal alltid være uttrykkelig, dvs. det skal skje ved hjelp av en tydelig handling som klart markerer at det var meningen å gi tillatelse til å behandle personopplysninger. I forarbeidene uttales det at det ikke stilles noe formkrav til

samtykket; og det understrekes at erklæringen kan gis skriftlig eller muntlig. Samtykke kan selvsagt innhentes elektronisk. Sagt annerledes, kan samtykke etter personopplysningsloven aldri være stilltiende eller «konkludent».¹¹⁹ Dette innebærer at en f.eks. ikke kan forstå en persons passivitet som samtykke, og en kan heller ikke forstå andre handlinger enn de som direkte gjelder aksept av behandling av personopplysninger som samtykke.

Det er den behandlingsansvarlige som vil måtte sannsynliggjøre at det foreligger et samtykke, og dette kan lettere gjøres dersom samtykket genereres som skrifttegn. Selve samtykkebehandlingen (klikk på ikon, avkrysning i boks, underskrift e.l.) bør derfor generere troverdig dokumentasjon av at samtykkebehandlingen er utført. Det stilles strengere krav til uttrykkelighet når det gjelder behandling av sensitive personopplysninger.

6.6 Tilbaketrekking av samtykke

Personopplysningsloven er taus om tilbaketrekking av samtykke. I forarbeidene til loven sies det likevel klart at det eksisterer en slik rett:

«Den registrerte kan når som helst trekke tilbake sitt samtykke. I så fall kan behandlingen som bygger på samtykket ikke lenger foretas.»¹²⁰

Retten til å trekke samtykke tilbake, fremgår heller ikke direkte av personvern-direktivet, men det er neppe tvil om at denne retten anses som en del av ordningen med samtykke til å behandle personopplysninger. I Artikkel 29-gruppen 2011, s 13 kommer dette bl.a. til uttrykk ved uttalelsen om at *«In principle, consent can be considered to be deficient if no effective withdrawal is permitted.»* Taushet i loven på et så viktig punkt er selvsagt uheldig, og forholdet vil mest sannsynlig bli rettet opp i en generell personvernforordning. I den omforente personvernforordning, artikkel 7 (3) heter det således at:

«The data subject shall have the right to withdraw his or her consent at any time. The withdrawal of consent shall not affect the lawfulness of processing based on consent before its withdrawal. [...]»

Så vidt vi vet inneholder imidlertid ingen autorative kilder anvisning på nærmere krav til tilbaketrekking av samtykke. Det er imidlertid klart at tilbaketrek-

119 Dvs. en kan ikke slutte ut i fra en persons oppførsel, disposisjoner og meninger ellers at han vil ønske å samtykke.

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

king bare gjelder bakover i tid. Den behandlingen som har skjedd mellom samtykket ble gitt og samtykket ble trukket tilbake, må selvsagt aksepteres som lovlig. Resultater på aggregert nivå av slik lovlig bruk av opplysninger blir derfor ikke påvirket av det etterfølgende bortfallet av samtykket: Om 10% av samtykkene i et forskningsprosjekt er basert på samtykker som senere er trukket tilbake, begrenser f.eks. ikke det forskernes rett til å fremlegge resultatene. Derimot må alle opplysninger om vedkommende person som har trukket samtykket sitt tilbake i utgangspunktet slettes. Det gjelder både opplysninger som er samlet inn og opplysninger som senere har blitt til som ledd i behandling av opplysningene. Er det gitt samtykke til å innhente opplysninger om fravær fra skolen, og deretter generert opplysning som viser at personen som har trukket samtykket har et fravær som ligger 20% høyere enn snittet, må begge typer opplysninger slettes. Dette gjelder derimot ikke for opplysninger som ikke er personopplysninger om den aktuelle personen, men som f.eks. er opplysninger om generelle forhold (f.eks. at gjennomsnittlig fravær er 8 dager). Sagt med andre ord, er det bare personopplysninger om den som har trukket samtykket sitt som skal slettes.

Sletting er neppe eneste mulige løsningen når samtykke trekkes tilbake. Poenget er at den behandlingsansvarlige ikke lenger har rett til å behandle personopplysninger om vedkommende. Dersom opplysningene anonymiseres, er dette ivare tatt. Forutsetningen er imidlertid at anonymiseringen er total og irreversibel, og at f.eks. «bakveisidentifisering» e.l. er umulig. Pseudonymisering er ikke tilstrekkelig.

Spesielt vanskelige spørsmål oppstår dersom det finnes alternative rettslig grunnlag, slik at samtykke ikke er strengt rettslig nødvendig, se avsnittene 4.4 og 5.4. Situasjonen er f.eks. at den behandlingsansvarlige kunne ha samlet inn opplysningene ut i fra en av grunnene som er angitt i pol § 8 bokstavene a) – f), men likevel har valgt å be om samtykke. Spørsmålet er om en i så fall, når samtykket trekkes tilbake, kan beholde de opplysningene som en ville kunne ha samlet inn på grunnlag av det alternative grunnlaget? Svaret er trolig ja, men spørsmålet må uansett være gjenstand for en konkret vurdering.

Ikke sjelden vil samtykke til å behandle personopplysninger være knyttet til andre saksforhold, f.eks. tjenesteyting og myndighetsutøvelse. I slike tilfeller vil den behandlingsansvarlige som regel kunne beholde de opplysninger som er nødvendige for f.eks. å gjennomføre en avtale med den registrerte (jf. pol § 8 bokstav a) eller for å utøve offentlig myndighet (jf. § 8 bokstav e). Overskytende opplysninger som bare er basert på samtykke, må slettes/anonymiseres, mens andre opplysninger kan beholdes så lenge formålet tilsier lagring, jf. pol § 28.

Det kan også spørres om personer som ønsker å trekke tilbake sitt samtykke står overfor et valg om «alt eller intet»? Svaret er trolig at samtykke kan trekkes tilbake i samme grad og etter samme systematikk som samtykket ble gitt. Et trinnvis samtykke kan altså trekkes tilbake trinnvis på samme måte som det ble gitt. I tillegg er der selvsagt opp til den behandlingsansvarlige selv å ta stilling til om de ønsker å akseptere delvis tilbaketrekking selv om samtykke er bredt angitt. Noen forpliktelse for den behandlingsansvarlige til å finne mellomløsninger, eksisterer neppe.

Avslutningsvis vil vi nevne at de samme grunnkrav som gjelder for å avgi samtykke må legges til grunn ved tilbaketrekking av samtykke – så langt det passer. Tilbaketrekking må selvsagt være frivillig, og eksplisitt på lignende måte som ved avgivelse av samtykke. Det må også stilles krav til informasjon om konsekvensene av tilbaketrekkingen, herunder informasjon om, i hvilken grad og på hvilket grunnlag den behandlingsansvarlige mener å ha rett til å behandle noen av opplysningene videre, på tross av tilbaketrekkingen, fordi de kan påberope seg et alternativt rettslig grunnlag.

7 Krav til samtykke i EUs personvernforordning

7.1 Personvernforordningens betydning for en digital samtykkerutine

En digital samtykkerutine som skal være felleskomponent for offentlig forvaltning, må være i samsvar med gjeldende norsk rett, altså lover og regelverk som gjelder pr. i dag. Vi finner likevel grunn til å gjøre rede for deler av EUs nye personvernforordning, som kan få betydning for samtykkerutinen innen få år. Vi velger å gjøre dette i et eget kapittel, for å tydelig skille mellom kravene etter gjeldende rett og mulige fremtidige krav.

Samtykke er et mulig rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger også etter den nye forordningen.¹²¹ Kravene til gyldig samtykke er imidlertid delvis endret på noen punkter, og presisert på andre punkter. I det følgende gjennomgår vi disse endringene og presiseringene. Vi tar ikke sikte på en fullstendig gjennomgang av forordningens bestemmelser om samtykke, men fokuserer på det som er nytt og som har særlig relevans for en digital samtykkerutine.

7.2 Presisering av uttrykkelighetskravet

Kravet til uttrykkelig samtykke slik det finnes i någjeldende EU-direktiv og personopplysningsloven, vil bli definert noe mer utfyllende i den nye forordningen.

Den nye definisjonen av samtykke finnes i forordningens art. 4 (8):

«the data subject's consent' means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of his or her wishes by which the data subject, either by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to personal data relating to them being processed; ...» (vår understreking)

De uthevede deler av definisjonen over markerer det som er nytt i forordningen, sammenlignet med definisjonen fra direktivet som gjelder i dag. Med «unambiguous» menes at samtykke må være utvetydig, altså samtykkehandlingen er ikke gyldig dersom det kan knyttes tvil til om den registrerte faktisk har sam-

121 Jf. General Data Protection Regulation (GDPR) art. 6, 1. (a), utkast av 15.12.2015 tilgjengelig på <https://iapp.org/resources/topics/eu-data-protection-reform/>.

tykket. Den registrertes samtykke må videre komme til uttrykk enten «by a statement» eller ved «clear affirmative action», altså enten ved erklæring eller en klart bekreftende handling. Kravet er spesifisert i portalens pkt. 25. Ifølge portalen kan erklæring om at den registrerte aksepterer behandling av personopplysningene sine, gis både muntlig og skriftlig, inkludert elektronisk. Når det gjelder elektroniske erklæringer, beskriver portalen hva de kan bestå i slik:

«This could include ticking a box when visiting an Internet website, choosing technical settings for information society services or by any other statement or conduct which clearly indicates in this context the data subject's acceptance of the proposed processing of their personal data.»

Det er altså tilstrekkelig at den registrerte «huker av» en boks på en internettside eller velger innstillinger til informasjonssamfunnstjenester,¹²² forutsatt at andre krav til gyldig samtykke er oppfylt. Avkrysningsbokser som er automatisk huket av uten aktivitet fra den registrerte er derimot ikke akseptert. Det sentrale er at det kreves aktive handlinger fra den registrerte, som viser at den registrerte aksepterer den aktuelle behandlingen av personopplysninger. Portalen presiserer at stilltiende samtykke og samtykke ved passivitet ikke tilfredsstiller kravene til samtykke etter den nye forordningen.¹²³

Når det gjelder behandling av sensitive personopplysninger, stiller forordningen strengere krav til samtykke. Forordningens utgangspunkt er at behandling av sensitive personopplysninger er forbudt. Etter art. 9, 2 (a) kan det gjøres unntak fra forbudet ved samtykke fra den registrerte, men det kreves da «explicit consent». «Explicit consent» er ment å være strengere enn de alminnelige kravene til samtykke. I portalens pkt. 41 fremheves at sensitive personopplysninger skal ha et spesielt vern da behandling av dem skaper særlig risiko. Dette innebærer at samtykkeerklæringen må være mer detaljert når den gjelder sensitive opplysninger, og det stilles strengere krav til utformingen. Samtykkeerklæringen må klart angi hvilke sensitive personopplysninger som behandles, inkludert deres status som sensitive opplysninger, samt spesifikt angi formålet med behandlingen. Dette følger av ordlyden i art. 9, 2. (a), som tillater behandling av sensitive personopplysninger ved «... explicit consent to the processing of *those* personal data for one or more *specified purposes*, ...» (vår understreking). Vår forståelse av forordningens ordlyd på dette punkt, er at behandlingsansvarlig må sørge for at den registrertes samtykke spesifikt og klart må angi de sensitive personopp-

122 «Information society services» er på norsk «informasjonssamfunnstjenester», slik det er definert i ehandelloven § 1, 2. ledd.

123 Jf. GDPR, portalens pkt. 25, tredje setning.

lysningene som er aktuelle, og hva formålet med behandlingen av opplysningene er.

7.3 Nærmere krav til samtykkeforespørsel og dokumentasjon av samtykke

Portalens pkt. 25 gir også føringer for samtykke som er foranlediget av forespørsler i elektronisk form, slik som ved bruk av den digitale samtykkerutinen. Siste setning i pkt. 25 lyder:

«If the data subject's consent is to be given following an electronic request, the request must be clear, concise and not unnecessarily disruptive to the use of the service for which it is provided.»

Forordningen stiller med dette krav til hvordan forespørsler om samtykke som sendes via elektroniske midler utformes. For det første må slike forespørsler være klare og konsise. I dette ligger at forespørslene må være klare på hva det bes om samtykke til, og det må formidles på en enkel måte. Dette har en side til kravet om at samtykke må være informert.¹²⁴ I tillegg kreves at forespørselen ikke er unødvendig forstyrrende i den sammenheng den fremgår. Dette kravet er nok spesielt rettet mot «pop-up»-forespørsler på nett, som fort leder den registrerte til å klikke «ja» så fort som mulig for å kunne fortsette videre bruk av tjenesten. Tanken er at slike «samtykker» sjelden gis av godt nok informerte registrerte, og det er det en søker å unngå ved denne presiseringen i forordningen.

Forordningens artikkel 7 har fått tittelen "Conditions for consent". Bestemmelsen stiller opp formkrav og lovfester retten til tilbaketrekking av samtykke. Artikkel 7 (1) slår fast at når behandling av personopplysninger er basert på samtykke, så må behandlingsansvarlig kunne bevise ("demonstrate") at samtykke er gitt av den registrerte. Dette kravet følger allerede av gjeldende rett, men fremgår altså av selve forordningsteksten.¹²⁵ Behandlingsansvarlig må kunne bevise at samtykke er gitt og hva det gjelder, men også at samtykket er gitt av rette vedkommende, jf. denne utredningens kapittel 6. Dette er spesielt relevant for en digital samtykkerutine, der en kan tenke seg farer ved hacking, uvedkommende som får tilgang, etc. I portalens pkt. 32 presiseres det at samtykkeerklæringer som er forhåndsutformet av behandlingsansvarlig må presenteres i en forståelig og lett tilgjengelig («intelligible and easily accessible») form, i klart

124 Informasjonskravet fremheves flere steder i forordningen, se for eksempel portalens pkt. 30.

125 Jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 103, siste avsnitt.

språk.¹²⁶ Videre oppstilles minimumskrav for hva som regnes som et informert samtykke. Den registrerte må etter dette opplyses om hvem som er behandlingsansvarlig, og formålet med behandlingen.

Retten til tilbaketrekking slås fast i art. 7 (2). Den registrerte skal ha rett til å trekke tilbake samtykke når som helst, men uten at det skal påvirke lovligheten av behandling av personopplysninger som skjer før samtykket trekkes. Det presiseres at den registrerte skal informeres om retten til tilbaketrekking før samtykke gis, og at det skal være like lett å trekke samtykke som å avgi. Disse kravene er spesielt viktige å ta hensyn til ved utforming av en digital samtykkerutine. Selv om rutinen skal være fleksibel for ulike brukere, må den utformes slik at disse kravene ivaretas uansett hvordan behandlingsansvarlig tilpasser.

7.4 Samtykke ved klar maktubalanse mellom den registrerte og behandlingsansvarlig

En ny og viktig presisering forordningen gjør av kravet til frivillighet, er at samtykke ikke vil være lovlig rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger der det er en «clear imbalance» mellom den registrerte og behandlingsansvarlig.¹²⁷ Fortalen angir at spørsmålet er spesielt relevant der behandlingsansvarlig er en offentlig myndighet. Likevel presiseres det at, for at samtykke ikke skal kunne være gyldig, må behandlingsansvarliges status som offentlig myndighet gjøre det usannsynlig at samtykke kan være frivillig i den konkrete situasjonen.

¹²⁶ Jf. lignende krav til lettfattelig språk mv. i artikkel 12.

¹²⁷ Se den omforente forordningsteksten, fortalens pkt. 34.

8 Avsluttende vurderinger

Spørsmål om samtykke etter personopplysningsloven er en del av kravet til rettslig grunnlag for å behandle personopplysninger. I tillegg til samtykke er lovhjemmel og de nødvendige grunner til å behandle personopplysninger som loven angir mulige grunnlag. Generelt er samtykke mindre aktuelt som rettslig grunnlag i offentlig forvaltning, mens lovhjemmel og «nødvendig for å utøve offentlig myndighet» er relativt mer viktig. Likevel spiller samtykke en viktig rolle, blant annet fordi samtykke etter fvl § 13a nr. 1 er et mulig grunnlag for å videreføre taushetsbelagte personopplysninger til andre. Det eksisterer dessuten til en viss grad en valgfrihet for forvaltningsorganer mht. om de vil benytte samtykke til tross for at de kunne ha anvendt et annet rettslig grunnlag. Det er derfor etter vår mening et tilstrekkelig behov for å gi teknologisk støtte til bruk av samtykkeordninger i offentlig forvaltning. Siden de fleste forvaltningsorganer har lignende behov, er det grunn til å utvikle en samtykkerutine som felles IT-komponent, dvs. som et IT-verktøy som kan hjelpe forvaltningen til å anvende samtykkebestemmelsene på rettsriktig og effektiv måte. Del II av denne rapporten inneholder skisse til forslag til et slikt verktøy.

Spørsmål om samtykke til å behandle personopplysninger reiser en rekke retts-spørsmål som vi har forsøkt å belyse i første del av denne rapporten. Rettsspørsmålene er til dels vanskelig og det rettskildemessige grunnlaget er til dels tynt og usikkert. Dersom samtykkebestemmelsene skal nedfelles i et IT-verktøy på en måte som gir god støtte til brukerne, skaper antallet rettsspørsmål en utfordring for brukervennlighet. På den annen side skaper usikkerhet med hensyn til hvordan loven skal forstås en viss grad av fleksibilitet når verktøy skal designes. I neste del av denne rapporten vil vi skissere hvordan kompleksitet og rettslig usikkerhet kan håndteres.

DEL II

Spesifisering av samtykkerutinen

9 Oversikt

9.1 Innledning

I det følgende vil vi gi en rettslig-funksjonell beskrivelse av en mulig samtykke-rutine. Ambisjonen er at rutinen skal kunne brukes som felleskomponent i ulike informasjonssystemer i offentlig forvaltning. Vi har ikke forutsetninger for å spesifisere krav til teknisk interoperabilitet. Derfor konsentrerer vi oss om spørsmål som gjelder hvordan de rettslige kravene vi har beskrevet i del I kan omsettes til en systemløsning som brukes felles i forvaltningen. Hovedutfordringen er å ta stilling til hvordan etterlevelse av rettsreglene som gjelder for samtykke kan understøttes av funksjoner i systemrutiner. Dette gjør vi dels ved å ta utgangspunkt i fire designkategorier vedrørende:¹²⁸

- Arkitektur
- Opplysninger
- Prosesser
- Brukergrensesnitt

Vi vil ikke lage noe fullstendig design, men begrenser oss til å bruke disse fire kategoriene for å styre oppmerksomheten mot det vi antar er mest vesentlig for systemutformingen. Med *arkitektur* tenker vi primært på grunnstrukturen i en samtykkerutine, dvs. hovedelementene i en rutine og relasjonene mellom elementene. Med *opplysninger* tenker vi både på hvilke opplysningstyper som bør inngå i rutinen og hvilke verdier som skal aksepteres for hver opplysningstype. *Prosesser* gjelder bruken av eller behandlingsreglene for opplysningene. *Brukergrensesnittet* gjelder dialogen mellom brukere og systemet. I spesifikasjonen nedenfor har vi forutsatt tre grupper av brukere, noe som forutsetter tre ulike dialoger. Hver type bruker vil anvende noe forskjellige deler av arkitekturen. Ulike brukere vil i stor grad bruke samme opplysninger, men hver gruppes bruk vil følge noe forskjellige prosesser.

I tillegg til designkategoriene, gjør vi bruk av noen enkle virkemidler:

- Definerte rutiner
- Automatisering
- Generell informasjon
- Varsler

¹²⁸ De følgende kategoriene er basert på Schartum 2016.

De to første virkemidlene handler om formell representasjon av rettsreglene om samtykke. Dels gjelder det å definere hvilke rutiner som skal følges, og dels kan det gjelde å automatisere utførelsen av disse rutinene. De to neste virkemidlene handler om å gi informasjon i klartekst/naturlig språk, både ved å gjengi lovbestemmelser mv, og ved å bruke tekster som formidler/forklarer hva rettsreglene går ut på. Noe informasjon vil være generell i betydningen gjelde et forholdsvis vidt saksfelt. Slik generell informasjon vil typisk være tilgjengelig for brukere i alle faser og situasjoner av systembruken. Varsel er informasjon om mer spesifikke forhold med situasjonsbestemt relevans.

Vi kombinerer designelementer og virkemidlene, og får på den måten en grunnleggende struktur som vi bruker for å identifisere mulige egenskaper og funksjoner i systemet:

Virkemidler Designkategorier	Definerte rutiner	Auto- matisering	Generell informasjon	Varsel
Arkitektur	AD	AA	AG	AV
Opplysninger	OD	OA	OG	OV
Prosess	PD	PA	PG	PV
Bruker grensesnitt	BD	BA	BG	BV

Tabellen kan gi støtet til en rekke muligheter for å bygge rettslige krav til samtykke inn i et informasjonssystem. Her skal vi bare nevne noen av de muligheter tabellen kan gi grunnlag for.

Det grunnleggende arkitekturvalget er å ha en egen samtykkemodul som inneholder definerte rutiner som understøtter rettslige krav til samtykke (AD). Modulen vil blant annet inneholde rutiner for behandling av de opplysninger som skal brukes (OD), og den vil definere alle behandlingsregler enten de utføres manuelt eller automatisk (PD). I den grad rutinene skal utføres eller observeres og forstås av brukere, vil disse bli nedfelt og spesifisert i systemet. Mulighetene for automatisering er beskjedne, men blant annet kan det være aktuelt med automatisk blokkering og sletting av opplysninger om er omfattet av tilbaketrukket samtykke (PA), og automatisk sjekk av at gyldige verdier er benyttet ved inntasting av opplysninger (OA). Generell informasjon knyttet til oppbygging av systemet (AG), utfylling av opplysninger mv (OG), behandlingen av opplysningene (PG) og om brukerens interaksjon med systemet mv (BG) er alltid

mulig. Det er i stor grad også mulig å bruke varsel,¹²⁹ f.eks. om feil inntasting eller om konsekvensene av en inntastet opplysningsverdi.

Grunnlaget for spesifisering er vår forståelse av rettskildene slik vi har redegjort for i del I av denne rapporten. I tillegg vil det på enkelte punkter være aktuelt å spesifisere ut over hva som direkte følger av rettskildene. Som det fremgår i flere deler av fremstillingen i del I av denne rapporten, finnes det flere punkter der rettskildene ikke gir klare svar, og der det derfor er behov for å spesifisere et supplerende innhold. Det kan herunder være grunn til å overoppfylle lovens krav, eller i alle fall spesifisere løsninger som uten tvil er tilfredsstillende for ivaretagelsen av personvern. Ambisjonen om å spesifisere samtykkerutine som felleskomponent trekker i denne retningen: Anvendelse som felleskomponent innebærer at vi ikke kjenner all fremtidig bruk og brukssituasjoner. Samtidig kan noe fremtidig bruk gi grunn til streng fortolkning av kravene til samtykke, f.eks. fordi personvernkonsekvensene på anvendelsesområdet er alvorlige. Vi må derfor i utgangspunktet velge et høyt vernnivå som er tilfredsstillende også i de mest krevende situasjonene for ivaretagelsen av personvern. Det er imidlertid bygget en fleksibilitet i løsningen som gjør at ressurskrevende strenge krav ikke trenger å bli fulgt hvis personvernkonsekvensene er lite alvorlige.

Enkelte elementer i spesifikasjonen av rutinen er ikke knyttet til rettsregler direkte, men tar utgangspunkt i det vi anser er nødvendig for å sikre forsvarlig saksbehandling. Dette gjelder særlig de deler av spesifikasjonen som gjelder behandlingsansvarliges bruk av opplysninger om avgitte og tilbaketrunkne samtykker mv, jf. avsnitt 11.2 nedenfor.

9.2 Grunnleggende arkitektur

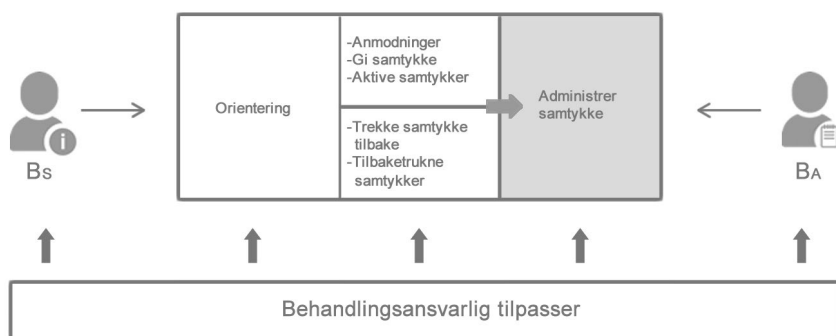
Den grunnleggende arkitekturen består av ulike informasjonssystemer i offentlig sektor og den samtykkemodulen som her blir beskrevet og som skal integreres med slike systemer. Vi forutsetter ingen ting om hva slags informasjonssystemer det er tale om å integrere med. Eneste fellestrekk er at det vil være systemer som behandler personopplysninger på en måte og i et omfang som gjør det nødvendig eller hensiktsmessig å benytte samtykke.¹³⁰ Graden av integrasjon mellom forvaltningens informasjonssystemer og samtykkemodulen, og måten integrasjon skjer på, tar vi ikke detaljert stilling til. Vi forutsetter imidlertid at samtykkemodulen er integrert med aktuelle databaser der personopplysningene er lagret, slik at det blir mulig å automatisere følger av at samtykke

¹²⁹ Jf. AV, OV, PV og BV.

¹³⁰ Se nærmere om når samtykke er nødvendig eller hensiktsmessig i henholdsvis avsnitt 4.3.

gis eller trekkes tilbake. Avgitt samtykke bør således automatisk oppheve restriksjoner på aktuelle opplysninger i databasen, og tilbaketrukket samtykke bør tilsvarende automatisk føre til slutt/restriksjoner på bruken av opplysningene. Vi mener det i utgangspunktet ikke vil være akseptabelt dersom valg den enkelte registrerte gjør vedrørende samtykke skal være avhengig av manuell gjennomføring. Slikt manuelt rutinearbeid vil i de fleste tilfelle neppe vil ha positiv verdi, og samtidig oppstår det fare for feil og forglemmelser.

Dersom vi ser avgrenser til selve samtykkemodulen, vil denne bestå av de hovedelementer- og relasjoner som figuren nedenfor viser.



I figuren ovenfor er «Bs» («samtykkebruker») personer det er registrert eller skal registreres opplysninger om. Figuren viser en grunnleggende arkitektur, der Bs sin bruk av rutinen (hvit bakgrunn) er knyttet til tre deler:

- En del med innledende orientering om rutinen, herunder om funksjoner og forutsetninger for bruk mv;
- En del bestående av i) rutine for anmode Bs om avgi samtykke, ii) rutine for avgivelse av samtykke, og iii) rutine som gir Bs oversikt over avgitte samtykker som fremdeles gjelder («aktive samtykker»);
- En del med i) rutine for å trekke tilbake tidligere avgitte samtykker, og ii) rutine for å få oversikt over tidligere tilbaketrukne samtykker.

Den andre hoveddelen av samtykkerutinen (grå bakgrunn) er den som gjelder behandlingsansvarliges (Ba) («administrasjonsbruker») administrasjon av avgitte og tilbaketrukne samtykker. Pilen indikerer at data fra samtykkebrukernes områder blir eksportert fra de personlige kontoene til en database som inneholder en oppdatert oversikt over alle avgitte og tilbaketrukne samtykker.

Administrasjonsbruker skal med andre ord ikke ha innsyn i samtykkebrukers kontoer, bare i automatisk rapporterte data fra slike konter.

Brukere (samtykkebruker og administrasjonsbruker) må logge seg inn og autentiseres. Vi har ikke spesifisert hvordan autentisering skal skje, men antar at ID-porten bør brukes.

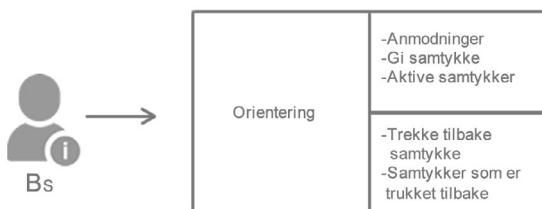
Nederst i figuren har vi markert en delmodul som er utformet for at den behandlingsansvarlige skal kunne tilpasse samtykkerutinen til den konkrete, planlagte bruken. Selv om samtykkerutinen er karakterisert som «felleskomponent», betyr ikke det at komponenten nødvendigvis skal brukes helt likt av alle forvaltningsorganer. I rutinebeskrivelsene nedenfor har vi på flere punkter angitt valgmuligheter. Selv om det er åpnet for valg, har vi indikert det vi mener bør være standardverdier, dvs. utgangspunkter før eventuell tilpasning. Samtykkerutinen skal kunne brukes med uforandrede verdier, men skal altså også kunne tilpasses særlige behov.

I den videre beskrivelsen av samtykkemodulen i kapittel 9 og 10, bruker vi tekstbokser med eksempler på hvordan skjermdialogen kan være. Ulike skriftfarger forklarer funksjonaliteten. Svart skrift markerer fast tekst som behandlingsansvarlig ikke kan endre. *Understreket skrift* markerer lenker til andre deler av samtykkerutinen eller eksterne lenker, for eksempel til Lovdata. [Skrift i klammeparentes] markerer tekst som kan eller må tilpasses av behandlingsansvarlig før samtykkemodulen tas i bruk.

10 Samtykkebrukeres anvendelse av rutinen

10.1 Oversikt

Den viktigste brukergruppen er enkeltpersoner (ofte, parter i forvaltningssaker) som skal kunne gi og trekke tilbake samtykke til å behandle opplysninger om dem. Forslaget til rutine nedenfor forutsetter at bruken av rutinen er personlig, dvs. at hver person og andre som opptrer på personens vegne (foreldre, fullmektiger), kan opprette en «samtykkekonto» der ett eller flere forvaltningsorganer kan anmode dem om å avgi samtykke, og der samtykker kan avgis og trekkes tilbake. I tillegg skal det være full tilgang for samtykkebrukerne til historikk vedrørende avgitte og tilbaketrunkne samtykker, herunder informasjon om behandlingsansvarliges eventuelle aksessering av opplysninger på kontoen.



Vi har ikke skissert den grafiske utformingen av rutinen, men mener det er et poeng av alle funksjoner i rutinen må være godt synlige (ikke gjemt i et minimalistisk design), intuitive å benytte og selvfølgelig i samsvar med kravene i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.¹³¹ Den følgende spesifiseringen avgrenser seg til beskrivelse av funksjoner og forslag til tekster som kan brukes i rutinen.

På alle sider i samtykkerutinen som er rettet mot samtykkebrukere, foreslår vi at det øverst til høyre gjøres tilgjengelig *generell* informasjon om rutinen, dvs. informasjon som ikke spesielt gjelder de aktuelle funksjonene på sidene. Den generelle informasjonen kan være knyttet til teksten «Om samtykkerutinen» som lenker til følgende tekst:

¹³¹ Se særlig § 14.



Om samtykkerutinen

Denne rutinen er laget for å gi og trekke tilbake samtykke. Den kan brukes av alle forvaltningsorganer som ønsker å innhente samtykke fra parter og andre. Alle grunnfunksjoner og alle tekster i rutinen er utviklet av XXX. Det enkelte forvaltningsorgan som benytter rutinen må redigere på eksisterende tekster og sette inn egne tekster for å tilpasse rutinen til egen bruk.

Hvert forvaltningsorgan som bruker rutinen er behandlingsansvarlig etter personopplysningsloven for behandling av personopplysninger som rutinen medfører.

For personer som gir/trekker tilbake samtykke, er det alltid frivillig å benytte rutinen. De kan alltid trekke tilbake et avgitt samtykke. I så fall blir opplysningene om dem utligjengelige for forvaltningsorganet.

Bruk av denne rutinen vil i seg selv medføre at personopplysninger blir behandlet (om hver enkelt persons bruk av rutinen). Slike opplysninger blir behandlet på grunnlag av personopplysningsloven § 8 bokstav f. Bestemmelsen gir adgang til å behandle personopplysninger etter en bred interesseavveining når fordelene ved bruken av opplysningene er større enn ulemperne for personvernet.

Tilbake

Lenkene i teksten ovenfor bør knyttes til kortfattede begrepsforklaringer, og disse bør igjen lenkes til lovteksten.¹³²

Det er et problem at loven etter sin logikk kan kreve *samtykke til å bruke samtykkerutinen*. Bruken av rutinen vil jo generere personopplysninger¹³³ som det kreves et rettslig grunnlag for å kunne behandle. Det er etter vår mening viktig å sette en nedre grense for når samtykke brukes, og vi mener nødvendig grunn i pol § 8 bokstav f kan brukes som rettslig grunnlag for bruk av rutinen i stedet for samtykke. Understreking av frivillighet i kombinasjon med strenge begrensninger i behandlingsansvarliges bruk av personopplysninger, gjør dette etter vår mening fullt ut forsvarlig.¹³⁴

¹³² Her, primært ulike alternativer i personopplysningsloven § 2; senere til den aktuelle bestemmelsen i EUs personvernforordning.

¹³³ Om når brukeren har logget inn i og ut av rutinen, hvilke samtykker som er gitt og trukket tilbake mv.

¹³⁴ For en eventuelt utvikler en kjørbær versjon av rutinen, bør Datatilsynet imidlertid konsulteres om denne løsningen.

10.2 Gi samtykke

10.2.1 Orientering

Innlogget samtykkebruker vil bli sendt til en side med generell orientering om samtykke og samtykkerutinen. Brukere som forholdsvis nylig har vært inne i rutinen, bør sendes direkte til siden for «Mine samtykker».¹³⁵

Som nevnt i forrige avsnitt, bruker vi pol § 8 bokstav f som rettslig grunnlag for opplysningene i selve samtykkerutinen. Vi foreslår at dette bare fremgår av teksten knyttet til «Om samtykkerutinen», og ikke i teksten som gir generell orientering til brukeren (jf. nedenfor). Den enkeltes autonomi blir etter vår mening tilstrekkelig ivarettatt ved at det gis informasjon i teksten om «Samtykke til å behandle personopplysninger» som understreker at bruken av rutinen er frivillig, ved at det gis god informasjon om den aktuelle bruken, og ved at lenken «Om samtykkerutinen» er godt synlig og tilgjengelig.

Vi har ikke tatt inn henvisning til det rettslige grunnlaget for å behandle opplysninger i samtykkerutinen. Med den tekst som ellers er foreslått ovenfor, antar vi denne informasjonen ikke er vesentlig nok til å ta inn i den kortfattede teksten. Opplysningen om rettslig grunnlag er i stedet tatt inn i «Om samtykkerutinen» som er tilgjengelig fra alle skjermbilder i rutinen.

Under «Les mer om samtykke» skal det ligge en utfyllende forklaring av krav til rettslig grunnlag etter personopplysningsloven og spesielt av lovens krav til samtykke. Vi tenker oss en forholdsvis utfyllende, godt strukturert tekst. På utvalgte punkter bør det i teksten være lenket ned til lovteksten, slik den er tilgjengelig i Lovdata. Denne teksten er ennå ikke laget.

Den generelle filosofien bak utforming av informasjon i den første orienteringen og den øvrige informasjonen i rutinen, er at brukerne alltid skal kunne velge å få «full informasjon». Øverste lag er skrevet helt enkelt, men bruker skal alltid kunne utforske denne enkle informasjonen ved å lese mer utfyllende tekster. I siste instans skal brukeren kunne velge å lese selve lovteksten.¹³⁶

De to lenkene nederst fører brukeren til henholdsvis rutinen for avgivelse og oversikt over avgitte samtykke (Mine samtykker), og til rutinen for tilbaketrekking av samtykke med historikk (Trekke tilbake samtykke). Bruker skal kunne velge sist nevnte rutine selv om det ikke er noen samtykker å trekke tilbake.

¹³⁵ F.eks. slik at personer som har vært inne i rutinen for mindre enn 90 dager siden blir sendt direkte til «Mine samtykker».

¹³⁶ Kravet til full informasjon gjelder begge brukergrupper (samtykkebruker og administrasjonsbruker) på samme måte.



Samtykkerutinen

[Hjem](#)[Mine samtykker 3](#)[Trekke tilbake samtykke](#)[Logg ut](#)

Samtykke til å behandle personopplysninger

For at et forvaltningsorgan skal ha rett til å behandle opplysninger om deg, må det enten ha samtykke, lovhjemmel eller en slik «nødvendig grunn» som er angitt i personopplysningsloven §§ 8 og 9.

Denne rutinen legger til rette for at du kan gi samtykke til at [Institusjon/Institutsjon_{A,B,C}] kan behandle opplysninger om deg. Du kan også trekke tilbake samtykker du tidligere har gitt. Rutinen gir deg dessuten historikk om hva du tidligere har samtykket til.

- Rutinen kan gi adgang for Institusjon/Institutsjon_{A,B,C} til å hente ut opplysninger om hva du har samtykket.
- Institusjon/Institutsjon_{A,B,C} kan ikke se tidligere samtykker du har gitt som ikke lenger gjelder.
- Opplysning om at et samtykke er trukket tilbake er likevel tilgjengelig for forvaltningsorganet i 6 måneder fra tilbaketrekking.
- Institusjon/Institutsjon_{A,B,C} kan hente ut *statistikk* over den samlede bruken av rutinen, dvs. anonyme tall som viser alle brukeres avgivelse og tilbaketrekking av samtykker. Forutsetningen for å kunne ta ut statistikk er at det i alt er mer enn 50 brukere.
- Det er frivillig å bruke denne samtykkerutinen, og det er frivillig om du vil gi eller trekke tilbake samtykke.

Rutinen hjelper deg å forstå hva loven sier. Dersom du er i tvil om hva du vil gjøre, eller ønsker å forstå mer om hva samtykke går ut på, kan du bruke lenker med utfyllende informasjon.

[Les mer om samtykke](#)

I slike tilfeller vil informasjonen om retten til å trekke samtykke tilbake uansett kunne være av verdi.

10.2.2 Mine samtykker

Vi foreslår at rutinen for avgivelse av samtykke skal omfatte alle aktuelle samtykker for hver behandlingsansvarlige, f.eks. en kommune eller et statlig forvaltningsorgan. Mer begrensede anvendelsesområder er selvsagt også mulig, men en bør legge vekt på tydelig og enkel organisatorisk avgrensing av hva den behandlingsansvarlige skal bruke rutinen til. Vi foreslår dessuten at rutinen skal kunne brukes *felles* av flere forvaltningsorganer (behandlingsansvarlige).¹³⁷ For hver behandlingsansvarlige kan det dessuten være behov for å innhente samtykker vedrørende flere behandlinger. Er det forespørsel fra flere behandlingsansvarlige og/eller om flere samtykker fra hver behandlingsansvarlig, vil forespørslene bli presentert som lister. Brukes rutinen felles for flere behandlingsansvarlige, vil hver av disse ha sin separate liste.

Gjennom bruk av rutinen vil hver enkelt som har samtykket etablere sin egen «samtykkekonto» som samtykker settes inn i eller trekkes tilbake fra. Hvilke opplysninger som finnes på hver enkelt samtykkekonto, vil være avhengig av den enkeltes disposisjoner.

Etablering og videre utvikling av samtykkekontoene foreslås å være resultatet av den behandlingsansvarliges *forespørsler* om å avgi samtykke. Et forvaltningsorgan kan altså legge inn en forespørsel til en bestemt krets av mottakere om å avgi et bestemt samtykke til å behandle personopplysninger. Forespørslene blir synlige på de aktuelle personenes «Mine samtykker». Samtidig sendes det varsel til den enkelte i elektronisk meldingsboks, eventuelt som epost, SMS eller på annen hensiktsmessig måte. Noen ganger kan f.eks. en kommune ønske samtykke fra alle innbyggere,¹³⁸ andre ganger er det kun avgrensede grupper en ønsker samtykke fra, og atter andre ganger kan en ønske samtykke ut i fra individuelle kriterier.¹³⁹ I rutinen for administrasjon av rutinen vil det finnes funksjoner for å fastlegge hvilke forespørsler om samtykke som skal fremkomme på brukernes kontoer.

Bruker som har mottatt varsel (eller som av annen grunn ønsker å bli informert), logger seg inn i samtykkerutinen/«Mine samtykker». Sidene innledes med en kort forklarende tekst, og etterfølges av oversikt over aktuelle forespørs-

¹³⁷ Også i slike tilfelle er klar avgrensing av ansvaret avgjørende viktig.

¹³⁸ For eksempel til å sende ut kommunal informasjon basert på opplysninger kommunen har om innbyggerne.

¹³⁹ For eksempel basert på personprofiler.



Samtykkerutinen

[Hjem](#)[Mine samtykker](#) 3[Trekke tilbake samtykke](#)[Logg ut](#)

Mine samtykker

Nedenfor finner du oversikt over forespørsler fra Institusjon/Institusjon_{A,B,C} om å gi samtykke. Du finner også oversikt over hva du tidligere har samtykket til.

For å gi samtykke må du gå inn på den enkelte forespørsel. Der finner du nærmere informasjon om hva det aktuelle samtykket går ut på.

Forespørsler om samtykke

Forespørsel om samtykke fra [Asker kommune]

- Forespørsel fra [Etat for oppvekst og utdanning] om samtykke til å behandle personopplysninger for å [understøtte drift av barnehagen og sikre god kommunikasjon mellom barnehagen og barnets foresatte]. >
- Forespørsel fra [Plan- og bygningsavdelingen] om samtykke til å behandle personopplysninger for å [formål] >
- Forespørsel fra [Bikuben barnehage] om samtykke til å behandle personopplysninger for å [formål] >

Forespørsel om samtykke fra [Utlendingsdirektoratet]

- Forespørsel fra [etat] om samtykke til å behandle personopplysninger for å [formål]

Tidligere avgitte samtykker

Avgitte samtykker til [Asker kommune]

- Samtykke til [Etat for oppvekst og utdanning] om samtykke til å behandle personopplysninger for å [understøtte drift av barnehagen og sikre god kommunikasjon mellom barnehagen og barnets foresatte]. -
- Samtykke til [etat] om samtykke til å behandle personopplysninger for å [formål] -

Mener du det ikke er riktig at samtykke er gitt, eller du ønsker å trekke tilbake et samtykke, trykker du -

ler. Med aktuelle forespørsler sikter vi både til forespørsler som ikke er besvart (samtykke ikke gitt), og forespørsler som har resultert i samtykke:

Hver linje for forespørsel om samtykke og avgitt samtykke skal lenkes til nærmere informasjon om forespørselen/samtykket, som for eksempel kan se slik ut:

Ovenfor har vi kun satt inn noen ufullstendige eksempler. Svart skrift¹⁴⁰ er standard tekst som ikke kan endres av behandlingsansvarlig.¹⁴¹

Enkelte opplysningstyper vil ha et så vagt innhold at nærmere forklaring/definisjon er nødvendig for å sikre tilstrekkelig god forståelse. «Boligadresse», bør f.eks. forklares fordi barnet vekselvis kan bo hos foreldre på forskjellige bosted. I slike tilfeller bør en vurdere å legge inn definisjoner og ordforklaringer mv. i lenker til det vage ordet/uttrykket. Vi har imidlertid ikke tatt inn slik lenking i eksempelet, men slike forklaringer av ord og uttrykk vil være en del av våre forslag til behandlingsansvarliges tilpasning av rutinen, se avsnitt 11.3.

Til overskriftene («Formål», «Varighet» mv.) er det satt spørsmålsteget, og hver av disse leder til ned til en kort forklarende tekst om de respektive temaene. Formål kan f.eks. være forklart: «Formål angir hva opplysningene dine kan brukes til. Det skal alltid være angitt minst ett formål. Det er forbudt å bruke opplysningene til andre enn de formål som er angitt.» Fra slike forklaringer kan det eventuelt pekes til vedkommende lovbestemmelse. På lignende måte skal «Rett til å trekke samtykke tilbake» og «Se nærmere om tilbaketrekking» ha kortfattede forklaringer. Knappe «Gå til samtykkerutinen» og «Avbryt» tar brukeren til annen del av tjenesten.

Det må kunne angis flere formål, men vi foreslår at det i systemet settes en grense til fire. I loven finnes ingen slik grense. Likevel vil et stort antall formål være vanskelig å håndtere både for den behandlingsansvarlige og den som skal gi samtykke. Begrensningen er derfor hensiktsmessig.¹⁴²

Vi foreslår at det skal kunne gis konkret informasjon om varigheten av behandlingen/lagringen. Lovens system er at behandlingen kan skje så lenge det er *nødvendig* ut i fra formålet. Dette er en vag angivelse som ofte vil gi dårlig veiledning for samtykkebrukere. Rutinen er lagt slik opp at behandlingsansvarlig både kan benytte hva som er nødvendig ut i fra formålet og en bestemt tidsangivelse.

140 Dvs. skrift som ikke er i klammeparentes og ikke er understreket.

141 Skrift i klammeparentes markerer tekst som er satt inn av behandlingsansvarlig som ledd i tilpasningen av rutinen. Understreket skrift markerer lenke (som også ofte er innsatt av den behandlingsansvarlige).

142 Jf. f.eks. avsnitt 6.4.2 i denne rapporten.



Samtykkerutinen

[Hjem](#)[Mine samtykker](#) 3[Trekke tilbake samtykke](#)[Logg ut](#)

Forespørsel om samtykke fra [Etat for oppvekst og utdanning]

Vi ønsker å behandle følgende opplysninger om [deg og ditt barn]:

- | | |
|---|--------|
| • Barnets navn | Kilde: |
| • Barnets boligadresse | Kilde: |
| • Barnets alder | Kilde: |
| • Barnets eventuelle allergier | Kilde: |
| • Kontaktopplysninger til barnets foreldre | Kilde: |
| • Kontaktopplysninger til annen nærstående person | Kilde: |

Formål

Formålet med behandlingen av ovenfor nevnte opplysninger er å [understøtte drift av barnehagen og sikre god kommunikasjon mellom barnehagen og barnets foresatte].

Opplysningene vil ikke bli behandlet til andre formål enn det som er angitt her.

Varighet

Vi mer om å få behandle ovenfor nevnte opplysninger i [X måneder][så lenge formålet gjør det nødvendig.]

Behandlingsansvarlig

[Asker kommune v/Etat for oppvekst og utdanning] er ansvarlig for at opplysningene blir behandlet i henhold til [personopplysningsloven](#) og annen relevant lovgivning.

Kilder for opplysningene

Opplysningene vil bli hentet fra de kilder som er angitt ovenfor i listen over opplysninger.

Tilgang til opplysninger

Opplysningene vil kun være tilgjengelig for [ansatte i den barnehagen angjeldende barn går i, og for andre ansatte i Etat for oppvekst og utdanning] når dette er nødvendig for å utføre lovpålagte eller avtalte oppgaver. Ut over dette kan opplysningene kun utleveres til andre når dette følger av klar lovhjemmel.

Innsynsrett

Du har full innsynsrett i opplysningene om deg (uavhengig av om du samtykker eller ikke).

Rett til å trekke samtykket tilbake

Dersom du gir oss samtykke, kan du når som helst trekke dette tilbake. Vi mister i så fall retten til å behandle opplysningene, og må normalt slette dem. [Se nærmere om tilbaketrekking.](#)

[✓ Gå til samtykkerutinen](#)[Avbryt](#)

velse for å angi varigheten av behandlingen. Benyttes konkret tidsangivelse, og det viser seg at behovet for å behandle opplysninger er mer varig enn først antatt, skal systemet generere et varsel til både samtykkebruker og administrasjonsbruker om forlenget lagring og angi ny frist.¹⁴³

Et mulig problem med det valgte oppsettet, kan være at antallet opplysningstyper blir så mange at listen blir lang og uoversiktlig. I slike tilfeller kan en tenke seg en løsning der informasjonen om formål, varighet mv. legges inn under en lenke med «*Informasjon du må lese*». For at en slik fremgangsmåte skal være akseptabel i forhold til samtykkekravene i loven, må det imidlertid kreves at denne lenken må ha vært åpnet før bruker kan gå videre med «*Gå til samtykke*».

10.2.3 Selve samtykkehandlingen

Gå til samtykkerutinen leder brukeren til ny side:

Om samtykkerutinen

HjemMine samtykker 3Trekk tilbake samtykkeLogg ut

Avgi samtykke

Vil du si ja til forespørsel om samtykke fra [\[Etat for oppvekst og utdanning\]](#)?

For at samtykket ditt skal være gyldig, må det være frivillig.

Frivillig samtykke betyr at du føler deg sikker på at det ikke kan ha negative følger dersom du lar være å samtykke. Dersom du føler deg presset, bør du *ikke* samtykke. [Se nærmere om krav til frivillig samtykke.](#)

[\[Etat for oppvekst og utdanning\]](#) forsikrer at det er frivillig for deg om du vil samtykke eller la være.

Samtykket kan når som helst [trekkes tilbake](#).

Før du samtykker, må du på ny se hva du er i ferd med å samtykke til. [Trykk her](#)

Jeg samtykker

Jeg gir samtykke til at [\[Etat for oppvekst og utdanning\]](#) skal kunne behandle personopplysninger som beskrevet.

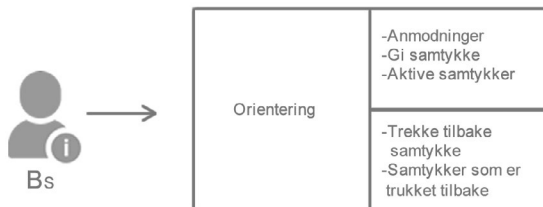
«Se nærmere om krav til frivillig samtykke» peker til en kort informasjon om frivillighet. Fra denne informasjonen kan det eventuelt pekes til loven (pol § 2 nr. 7). «[T]rekkes tilbake» skal peke til rutinen for tilbaketrekking. «Før du samtykker, må du på ny se hva du samtykker til. «Trykk her» er satt inn for å sikre at samtykket blir informert slik loven krever. Bakgrunnen er at den informasjonen som blir presentert før brukeren går til «Jeg samtykker» kan være så omfattende og kompleks at gjensyn med informasjonen er ønskelig før selve samtykkehandlingen. «Trykk her» blir en slags tilbakeknapp. Meningen er at et sammendrag av informasjon fra forrige skjermbilde legger seg (delvis) oppå nærværende skjermbilde. Det gjenåpnete bildet må kunne fjernes lett med en alltid tilgjengelig «Lukk»-knapp eller lignende. Selve samtykkehandlingen skal ikke være mulig før nevnte informasjon er gjenåpnet. Dette bør markeres ved å bleke ut selve samtykkeikonet e.l.

Avgivelse av samtykke medfører at det aktuelle samtykket kommer opp på listen over «Tidligere avgitte samtykker» på siden for «Mine samtykker», se avsnitt 9.2.2.

10.3 Tilbaketrekking av samtykke

«Tilbaketrekking av samtykke» er en rutine som både skal være tilgjengelig for den som vurderer om samtykke skal gis eller ikke, og for personer som tidligere har samtykket. I først nevnte tilfelle vil rutinen bare fungere som informasjon. Tanken er at tydeliggjøring av retten til å trekke samtykke vil kunne senke terskelen for å gi samtykke.

Tilbaketrekkinsrutinen er tilgjengelig fra den generelle orienteringen og fra «Mine samtykker». Den er dessuten indirekte tilgjengelig via lenken «Se nærmere om tilbaketrekking» i siden for hver forespørsel.



De følgende bildene inneholder våre forslag til tekster og funksjoner i en rutine for tilbaketrekking av samtykke. Ved å bruke knappen «Trekke tilbake samtykke»

ke» kommer brukeren først til en generell orientering om tilbaketrekkingen. Med knappen «Se historikk» kan brukeren også velge å se tidligere samtykker som ikke lenger gjelder fordi det har trukket tilbake, ikke gjelder fordi formålet ikke lenger begrunner lagring, eller fordi en angitt varighet av samtykket er utløpt. Knappen «Trekk tilbake ett samtykke» bringer brukeren videre i tilbaketrekkingrutinen.

[Om samtykkerutinen](#)

 Hjem

 Mine samtykker 3

 Trekk tilbake samtykke

Logg ut

Trekke tilbake samtykke

Dersom du har gitt samtykke til å behandle opplysninger om deg, kan du når som helst trekke samtykket tilbake. I så fall skal opplysningene ikke brukes mer, og de skal normalt slettes.

Unntak fra plikten til å slette kan forekomme for enkelte opplysninger. Dette gjelder dersom det er særlig lovhjemmel for å behandle opplysningene, men slike hjemler forekommer relativt sjeldent.

Se nærmere [her](#) om plikten til å slette opplysninger når samtykket er trukket tilbake.

Nedenfor kan du trekke tilbake samtykke som du tidligere har gitt. [Du kan trekke samtykket helt eller delvis tilbake].

Trekk tilbake ett samtykke

Du kan også se historikk for alle samtykker du tidligere har gitt ved hjelp av denne samtykkerutinen. Historikken omfatter

Historikken omfatter

- Samtykker du tidligere har trukket tilbake
- Samtykker som har falt bort fordi formålet ikke lenger tilsier lagring av opplysningene
- Samtykker der angitt varighet har utløpt

Se historikk

Knappen «Trekk tilbake ett samtykke» fører brukeren til denne siden:



Om samtykkerutinen

Samtykkerutinen

[Hjem](#) | [Mine samtykker 3](#) | [Trekk tilbake samtykke](#) | [Logg ut](#)

Trekke ett eller flere samtykker tilbake

Samtykker du har gitt til [Asker kommune]
Trykk på det samtykket du ønsker å trekke tilbake:

- Forespørsel fra [Etat for oppvekst og utdanning] om samtykke til å behandle personopplysninger for å [understøtte drift av barnehagen og sikre god kommunikasjon mellom barnehagen og barnets foresatte].
- Forespørsel fra [Plan- og bygningsavdelingen] om samtykke til å behandle personopplysninger for å [formål]
- Forespørsel fra [Bikuben barnehage] om samtykke til å behandle personopplysninger for å [formål]

Før du trekker samtykket tilbake, må du forsikre deg om hva du fjerner.

[Se historikk](#)

Rutinen er basert på at brukerne velger ved å bruke en knapp i oversikten over avgitte samtykker.¹⁴⁴ Vi foreslår at kun ett samtykke kan trekkes tilbake ad gangen. Når ett tidligere avgitt samtykke er valgt, kommer det opp en oversikt med detaljerte opplysninger om dette samtykket. Formålet er å gjøre eksplisitt hva brukeren er i ferd med å trekke tilbake.

¹⁴⁴ Se firkantet symbol på høyre side i oversikten over avgitte samtykker.



Samtykkerutinen

[Hjem](#)[Mine samtykker 3](#)[Trekke tilbake samtykke](#)[Logg ut](#)

Samtykke til [\[Etat for oppvekst og utdanning\]](#)

Du har samtykket til at [\[Etat for oppvekst og utdanning\]](#) kan behandle følgende opplysninger om [\[deg og ditt barn\]](#):

- | | |
|---|--------|
| • Barnets navn | Kilde: |
| • Barnets boligadresse | Kilde: |
| • Barnets alder | Kilde: |
| • Barnets eventuelle allergier | Kilde: |
| • Kontaktopplysninger til barnets foreldre | Kilde: |
| • Kontaktopplysninger til annen nærstående person | Kilde: |

Formål [?](#)

Formålet med behandlingen av ovenfor nevnte opplysninger er å [\[understøtte drift av barnehagen og sikre god kommunikasjon mellom barnehagen og barnets foresatte\]](#).

Opplysningene vil ikke bli behandlet til andre formål enn det som er angitt her.

Varighet [?](#)

Vi mer om å få behandle ovenfor nevnte opplysninger i [\[X måneder\]](#)/[\[så lenge formålet gjør det nødvendig\]](#).

Behandlingsansvarlig [?](#)

[\[Asker kommune v/Etat for oppvekst og utdanning\]](#) er ansvarlig for at opplysningene blir behandlet i henhold til [personopplysningsloven](#) og annen relevant lovgivning.

Kilder for opplysningene [?](#)

Opplysningene vil bli hentet fra de kilder som er angitt ovenfor i listen over opplysninger.

Tilgang til opplysninger [?](#)

Opplysningene vil kun være tilgjengelig for [\[ansatte i den barnehagen angjeldende barn går i, og for andre ansatte i Etat for oppvekst og utdanning\]](#) når dette er nødvendig for å utføre lovpålagte eller avtalte oppgaver. Ut over dette kan opplysningene kun utleveres til andre når dette følger av klar lovhjemmel.

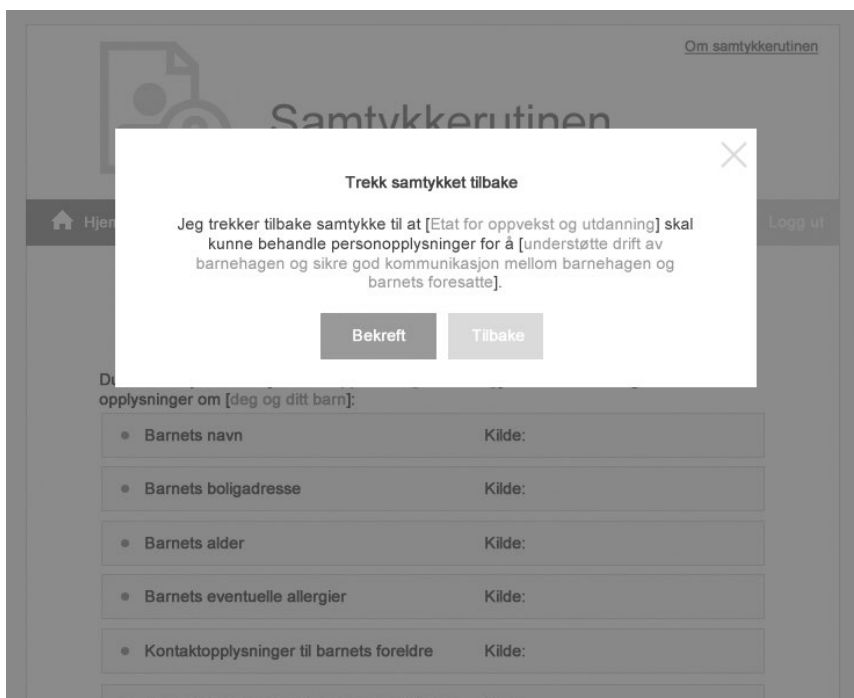
Innsynsrett [?](#)

Du har full innsynsrett i opplysningene om deg (uavhengig av om du samtykker eller ikke).

Rett til å trekke samtykket tilbake [?](#)

Dersom du gir oss samtykke, kan du når som helst trekke dette tilbake. Vi mister i så fall retten til å behandle opplysningene, og må normalt slette dem. [Se nærmere om tilbaketrekking.](#)

[Trekke samtykke](#)[Tilbake](#)



Brukeren kan så velge å gå videre ved å bruke knappen «Trekk samtykke». Det vil da komme opp et lite vindu der brukeren blir bedt om en bekreftelse på tilbaketrekkingen.

Tilbaketrekking oppdaterer fortegnelsen over mine samtykker og genererer post på historisk oversikt over tidligere avgitte samtykker.

Rutinen bør også ha funksjoner for *delvis* tilbaketrekking av samtykker. I en slik rutine vil den detaljerte informasjonen om vedkommende samtykke være utgangspunkt for tilbaketrekking. Rutinen kan legges slik opp at brukeren kan velge de opplysningstyper som de ikke lenger ønsker å samtykke til behandlingen av. I ytterste fall bør en kunne fjerne alle opplysninger, men behandlingsansvarlige må også kunne definere en maksimal grense for hva som skal kunne trekkes tilbake uten at en ser det som fullstendig tilbaketrekking. Når en slik grense, må systemet gi varsel og vise brukeren til fullstendig tilbaketrekking.

11 Behandlingsansvarliges anvendelse av rutinen

11.1 Innledning

Administrasjonsbrukere vil være behandlingsansvarlig i hht pol § 2 nr.4, eller representerer den behandlingsansvarlige. Det er den behandlingsansvarlige som har bestemmelsesrett over den endelige utformingen og bruken av rutinen. Behandlingsansvarlige skal bruke samtykkerutinen på to måter: For det første vil rutinen være kilde til oversikt på personnivå over hvilke gyldige samtykker som foreligger, og i tillegg gi aggregerte data som viser samlet bilde. Dette er selvsagt den primære funksjonen, og det som begrunner bruken av rutinen. For det andre skal behandlingsansvarlige tilpasse rutinen til sin egen bruk. Dette er viktig for at samtykkerutinen som felleskomponent ikke skal oppleves som fremmedelement i de konkrete sammenhenger de brukes, men i størst mulig grad fremstå som integrert med de informasjonssystemer rutinen skal fungere sammen med.

11.2 Administrasjon av gitte samtykker

Behandlingsansvarliges tilgang til og bruk av opplysninger om den enkeltes samtykkehandling ¹⁴⁵ er i seg selv en «behandling av personopplysninger» som trenger et rettslig grunnlag, se avsnitt 9.1 ovenfor. Den løsningen som der er valgt, innebærer helt begrenset adgang for behandlingsansvarlige til å bruke opplysninger som blir generert av samtykkebrukers anvendelse av systemet. Følgende opplysninger bør være tilgjengelige som enkeltoppslag eller som generelle spørringer for hver type samtykke:

- Aktuelle samtykker, det vil si hvem som har avgitt samtykke som er gyldig på tidspunktet for forespørsel, og;
- nylig tilbaketrukne samtykker; det vil si hvem som har trukket tilbake sitt samtykke siste seks måneder.

Ytterligere historikk på individuelt nivå vil etter vår mening gjøre det problematisk å bruke pol § 8 bokstav f som rettslig grunnlag. Alternativet er da at samtykkerutinen blir basert på samtykke fra brukerne. Vi tror dette vil skape for mange hindre mot bruken av rutinen og være u hensiktsmessig.

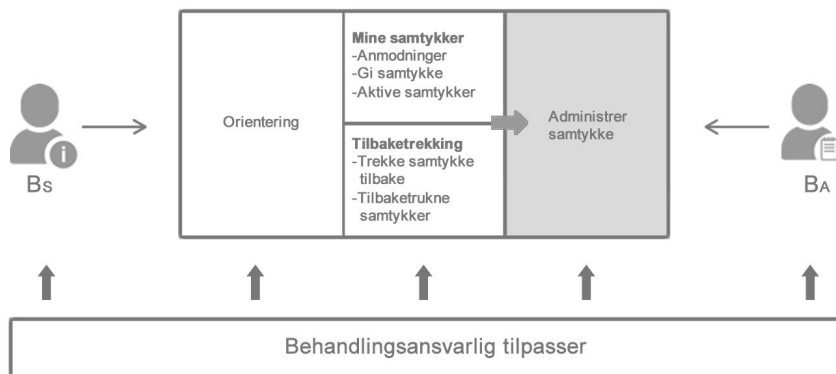
¹⁴⁵ Det vil si avgivelse og tilbaketrekking av samtykke.

I tillegg foreslår vi adgang for behandlingsansvarlig til å hente ut opplysninger om bruken av rutinen på aggregert nivå, forutsatt at det er mer enn 50 brukere. Grunnen til grensen på 50 personer er at et mindre antall vil kunne gjøre personene identifiserbare.¹⁴⁶

Vi har ikke spesifisert hvilke analyser som bør kunne gjøres på aggregert nivå og hvordan disse analysene bør presenteres. I tillegg til analyser som behandlingsansvarlige selv initierer, tror vi imidlertid det vil være hensiktsmessig å ha automatiske varslingsfunksjoner som kan fange opp store og raske endringer, f.eks. ved mange nye samtykker eller mange tilbaketrukne samtykker i løpet av en definert tidsperiode.

11.3 Tilpasning av samtykkerutinen

Funksjonen som felleskomponent må ikke føre til at samtykkerutinen fremstår som et fremmedelement i de sammenhenger den brukes, jf. den nederste boken i figuren nedenfor. Det er derfor lagt til rette for tilpasning av de tekster vi her har foreslått.



Hver behandlingsansvarliges tilpasning av samtykkerutinen skal skje i en egen subrutine, og skal dekke følgende punkter:

- Generell orientering om tilpasning av rutinen.
- Tilpasning av siden «Orientering»
- Tilpasning av siden «Mine samtykker»
- Tilpasning av sidene «Trekke tilbake samtykke» og «Samtykker som er trukket tilbake»

¹⁴⁶ Jf. forutsetningen for å henvise til pol § 8 bokstav f som rettslig grunnlag for rutinen.

Subrutinen skal både gjøre tilgjengelig tilpasningsfunksjoner og forklaringer og begrunnelser for disse. Behovene for tilpasninger fremgår av figurene i denne rapportens kapittel 10. Ut over det har vi ikke foreslått slike funksjoner og tekster her, men kommer tilbake til dette i tilknytning til utvikling av en prototyp av samtykkerutinen.

12 Avsluttende refleksjoner

De fleste nettbaserte samtykkerutiner synes å være basert på kortfattet informasjon og enkel avkrysning for å akseptere at opplysninger om personen kan behandles. Dette forslaget til samtykkerutine tar rettsreglene på alvor. Rettsreglene er komplekse og gir flere valgmuligheter. Derfor har også forslaget blitt relativt komplekst og omfattende. Den kommende personvernforordningen som trolig vil gjelde direkte for alle land i EØS fra og med 2018,¹⁴⁷ inneholder rettslige krav tilsvarende de vi har lagt til grunn i denne rapporten. En fremtidig samtykkerutine som skal gi støtte til forordningens bestemmelser om samtykke vil derfor måtte ligge på samme nivå som den rutinen som her er foreslått.

Det er selvsagt mulig å lage enklere samtykkerutiner som gir mindre grad av informasjon og støtte til den som skal samtykke og behandlingsansvarlige som skal bruke rutinen. Med utgangspunkt i et slikt fullstendig forslag som er presentert i denne rapporten, vil vi imidlertid tro det er vanskelig å forsvare å trekke funksjoner og informasjon fra det som her er foreslått.

Enkle samtykkerutiner kan føre til at avgitte samtykker ikke kan anses som lovlige. I noen sammenhenger, f.eks. i enkle kommersielle forhold, er faren for at dette skal skje trolig liten. I offentlig forvaltning, i sammenheng med utøvelse av myndighet og produksjon av tjenester, antar vi muligheten er betydelig større for at omtrentlig gjennomføring av reglene om samtykke ikke vil bli akseptert.

147 Se kapittel 7.

13 Litteratur og kilder

Litteratur mv.

Artikkel 29-gruppen 2009. Artikkel 29-gruppen, opinion number 2, 2009 on the protection of children's personal data

Artikkel 29-gruppen 2011. Artikkel 29-gruppen, opinion number 15, 2011 on the definition of consent

Artikkel 29-gruppen 1998. Artikkel 29-gruppen, Working Document Transfers of personal data to third countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU data protection directive, DG XV D/5025/98.

Backer 2006. Backer, Inge Lorange, «Kommentarutgave til barnelova», 2. Utgave, 2006

Datatilsynet og Forbrukerombudet 2004, «Barn og unges personopplysninger: Retningslinjer for innhenting og bruk» felles veileder fra Datatilsynet og Forbrukerombudet, lansert 29.01.2004.

Holgersen 2008. Holgersen, Gudrun, «Barnerett», 2008

Kosta 2013. Kosta, Eleni, "Consent in European Data Protection Law, 2013

Krauss-Amundsen 2016. Krauss-Amundsen, Elisabeth: «Prioriteringsrekkefølge mellom de rettslige grunnlagene i personopplysningsloven § 8», Senter for rettsinformatikk, CompLex 1/2016

Olsen og Tønseth 2015. Olsen, Thomas og Tønseth, Malin: «Juridisk utredning til UDI – Samtykke som rettslig grunnlag for utlendingsforvaltningens adgang til å registrere og behandle personopplysninger», Advokatfirmaet Simonsen Vøgt Wiig AS, 29.09.2015

Schartum og Bygrave 2006. Schartum, Dag Wiese og Bygrave, Lee Andrew «Rapport 2006 – Utredning av behov for endringer i personopplysningsloven» (2006)

Schartum 2016. Schartum, Dag Wiese: «Making privacy by design operative», International Journal of Law and Information Technology, 2016.

Wick Sætre Wick Sætre, Kjetil, «EU kaster ikke barn ut av Facebook», Aftenposten 29.12.2015 <http://www.aftenposten.no/meninger/kronikker/EU-kaster-ikke-barn-ut-av-Facebook--Kjetil-Wick-Satre-8299144.html>

Lover og forskrifter

- 1814 17.05.1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
- 1967 Lov 10.02.1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
- 1978 Lov 09.06.1978 nr. 48 om personregistre m.m.
- 1981 Lov 08.04.1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)
- 1999 Lov 02.07.1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)
- 2000 Lov 14.03.2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)
- 2000 Forskrift 15.12.200 nr. 1265 om behandling av personopplysninger (personopplysningsforskriften)
- 2005 Lov 17.06.2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven)
- 2006 Lov 19.06.2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig virksomhet (offentleglova)
- 2010 Lov 26.03.2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven)
- 2013 Lov 21.06.2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
- 2014 Lov 20.06.2014 nr. 42 om behandling av helseopplysninger ved ytelse av helsehjelp (pasientjournalloven)

Forarbeider mv.

EØS-komiteens beslutning nr. 83/1999 av 25.6.1999 om endring av EØS-avtalens protokoll 37 og vedlegg XI

Justisdepartementet 1973. Notat om taushetsplikt i den offentlige forvaltning, fra arbeidsgruppe i Justisdepartementet, september 1973

NOU 1976: 1. Legers og tannlegers rettigheter og plikter

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

Ot.prp. 3 (1976-1977). Om lov om endringer i lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m. m.)

Ot.prp.nr.62 (1979-1980). Om lov om barn og foreldre (barneloven)

Ot.prp.nr.56 (1996-1997). Om lov om endringer i lov 8. april 1981 nr.7 om barn og foreldre (barnelova)

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

Prop.47 L (2011-2012). Om endringer i personopplysningsloven

Internasjonale konvensjoner mv.

EMK. Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950

Direktiv 95/46/EF. EUs personverndirektiv

Barnekonvensjonen. FNs konvensjon om barns rettigheter, 1990

Personvernforordningen. Omforent tekst av 15.12.2015, tilgjengelig på: <https://iapp.org/resources/topics/eu-data-protection-reform/> (sist lest 18.03.2016)

EU-kommisjonens forslag til forordning. European Commission 2012: Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), Brussels, 25.1.2012

Rettspraksis

Rt. 1997 s. 1853

Personvernemnda

PVN 2004-01 (STAMI)

Personvernemnda

PVN 2012-1 (Barn med påførte dødelige skader).

Første del av denne rapporten inneholder en inngående drøftelse av rettsreglene om samtykke til å behandle personopplysninger. Siden arbeidet er avgrenset til offentlig forvaltning, blir også regler om samtykke til å gjøre unntak fra taushetsplikt etter forvaltningsloven behandlet.

I annen del skisserer forfatterne hvordan det er mulig å utforme et internett-basert samtykkesystem som støtter etterlevelse av gjeldende regler. Systemet skal kunne brukes som felleskomponent hos ulike forvaltningsorganer, dvs. samtykkesystemet skal med noe tilpasning kunne brukes i ulike deler av offentlig forvaltning, i ulike sammenhenger. Tanken er at det åpenbart vil være fornuftig om ikke alle forvaltningsorganer i stat og kommune må utvikle løsninger for samtykke parallelt og hver for seg.

Rapporten er del av Senter for rettsinformatikks leveranser i prosjektet «BFE – Brukerfokusert – Forenklet – Effektiv». Prosjektet er et samarbeid mellom Asker kommune, Karde AS og More Software Solutions. Det overordnede målet med prosjektet er å analysere arbeidet Barne- og familieetaten (BFE) i Asker kommune utfører overfor sine brukere/klienter. BFE-prosjektet er finansiert av Norges forskningsråd og Asker kommune.

