

Til: Kulturdepartementet ved Arkivlovutvalget
Fra: senioradvokat Cecilie Rønnevik

Ansvarlig advokat:
Thomas Olsen

Vår ref.:
Cecilie Rønnevik

Oslo
16. januar 2019

Konsekvenser av EUs personvernforordning for ny nasjonal arkivlov

1 Bakgrunn for notatet

Arkivlovutvalget er gitt i oppdrag å revidere arkivloven (LOV-1992-12-04-126). Av mandatet fremgår det at utvalget skal følge prosessen med implementering av EUs personvernforordning¹ ("**Forordningen**") i den grad den berører arkivregelverket, og påse at utvalgets forslag er i tråd med Forordningen.

Utvalget har bedt om bistand fra Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig med å utrede enkelte konkrete problemstillinger, og å kommentere enkelte av utvalgets foreløpige vurderinger.

I det følgende gjennomgås utvalgets spørsmål løpende. Vi legger for notatets vedkommende til grunn at arkivering innebærer en behandling av personopplysninger, som faller innenfor Forordningens saklige virkeområde og at de behandlingsansvarlig er etablert i EØS-området, jf. forordningens artikkel 2 og 3.

2 Kort om forholdet mellom personvernforordningen og nasjonal lovgivning

Personvernforordningen gjelder generelt for all behandling av personopplysninger innen Forordningens saklige og geografiske virkeområde. På enkelte områder inneholder Forordningen selv særbestemmelser knyttet til konkrete behandlingssituasjoner eller formål. På andre områder åpner den for at medlemstatene selv kan eller skal etablere nasjonal særlovgivning.

Utgangspunktet er at slik nasjonal særlovgivning må være i samsvar med de generelle bestemmelsene i Forordningen, med mindre Forordningen selv åpner for at det kan gjøres unntak. Det gjøres på områder hvor behandlingen skjer av hensyn til andre interesser eller hensyn som er ansett å veie tyngre enn personverninteressene. Et slikt område er "*archiving purposes in the public interest*" ("*arkivformål i allmenhetens interesse*"), jf. Forordningen art. 89.

3 Om begrepet "*archiving purposes in the public interest*"

3.1 Begrepets relevans

Formålet med en behandling av personopplysninger har avgjørende betydning for en rekke behandlingsspørsmål, herunder hvilket regelverk som gjelder for behandlingen, hvilket rettslig grunnlag som kreves, hvilke personopplysninger som kan behandles og når personopplysningene skal slettes.

¹ EU 2016/679, gjennomført i norsk rett med personopplysningsloven (LOV-2018-06-15-38), i kraft 20. juli 2018

I tillegg til at Forordningen inneholder særlige bestemmelser for behandling av personopplysninger i forbindelse med arkivformål ("*archiving purposes in the public interest*") inneholder også personopplysningsloven 2018 særbestemmelser for behandling av personopplysninger som skjer for "*arkivformål i allmenhetens interesse*". Begrepet er derved relevant i en rekke sammenhenger.

3.1.1 *For å avgjøre medlemsstatenes adgang til å etablere nasjonal lovgivning*

Personvernforordningen art. 89 gir grunnlag for å etablere nasjonal lovgivning for behandling av personopplysninger, blant annet når disse behandles for "*archiving purposes in the public interest*". Dette omfatter også adgang til å gjøre unntak fra enkelte av forordningens bestemmelser om de registrertes rettigheter, herunder rett til informasjon og innsyn (jf. art 89 nr. 2).

3.1.2 *For å avgjøre om en behandlingsansvarlig har adgang til å behandle personopplysninger*

Begrepet benyttes også i personopplysningsloven § 8. Her heter det at personopplysninger kan behandles på grunnlag av personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav e, også dersom "*processing is necessary for the performance of a task carried out in the public interest [...]*". Dette må antas også å omfatte arkivformål i allmenhetens interesse. I personopplysningsloven § 9 heter det at særskilte kategorier personopplysninger kan behandles blant annet dersom behandlingen er nødvendig "*for arkivformål i allmennhetens interesse*", og samfunnets interesse i at behandlingen finner sted klart overstiger ulempene for den enkelte.

Disse bestemmelsene er ment å etablere såkalt supplerende rettsgrunnlag² i norsk rett, for arkiv som ellers ikke faller inn under nasjonal særlovgivning på arkivområdet, for eksempel forskningsdataarkiver (se Prop. 56 LS s. 72). Bestemmelsene gjelder derfor ved siden av arkivloven.

3.1.3 *For å avgjøre om en behandlingsansvarlig kan unnlate å oppfylle de registrertes rettigheter etter forordningen*

Personopplysningsloven § 17 gir regler for når en behandlingsansvarlig kan unnlate å oppfylle rettigheter som de registrerte har i medhold av Forordningen 15, 16 og 18, til innsyn, retting og begrensning. Disse unntakene gjelder blant annet dersom behandlingen skjer for "*arkivformål i allmenhetens interesse*", og på nærmere angitte vilkår.

3.1.4 *For å avgjøre om en behandlingsansvarlig kan unnlate å informere de registrerte*

Det følger av Forordningen art. 14 at en behandlingsansvarlig skal informere de registrerte om behandling av personopplysninger, når opplysningene er samlet inn fra andre enn de registrerte selv. Dette gjelder allikevel ikke dersom det er umulig eller uforholdsmessig vanskelig å gi slik informasjon, særlig når behandlingen skjer "*for archiving purposes in the public interest*" og vilkårene i art. 89 er oppfylt, jf. art. 14 nr. 4.

3.1.5 *For å avgjøre om et det kan gjøres unntak fra formålsbegrensingsprinsippet*

Det følger av Forordningen art. 5 nr. 1 bokstav b at det er tillatt å behandle personopplysninger til et annet formål enn de opprinnelig ble samlet inn for som utgangspunkt bare dersom det nye formålet er forenlig med det opprinnelige formålet. Dette prinsippet er allikevel ikke til hinder for viderebehandling av

² Supplerende rettsgrunnlag behandles i dette notatets pkt. 4

personopplysninger for "*archiving purposes in the public interest*". Slik behandling skal ikke anses som uforenlig med de opprinnelige formålene, så langt vilkårene i art. 89 er oppfylt.

3.1.6 For å avgjøre om det kan gjøres unntak fra lagringsbegrensningsprinsippet

Det følger av Forordningen art. 5 nr. 1 bokstav e at personopplysninger skal lagres slik at det ikke er mulig å identifisere de registrerte i lengre perioder enn det som er nødvendig for formålene som personopplysningene behandles for. Dette prinsippet er allikevel ikke til hinder for at personopplysninger lagres i lengre perioder dersom de utelukkende vil bli behandlet for "*archiving purposes in the public interest*" og det er iverksatt tiltak for å ivareta de registrertes rettigheter og friheter ved behandlingen. Da begrenses også den registrertes adgang til å kreve at opplysningene om vedkommende slettes, jf. forordningen art. 17 nr. 3 bokstav d.

3.2 Begrepets innhold

3.2.1 Generelt

Det er ikke gitt noen nærmere definisjon av begrepet "*archiving purposes in the public interest*" i Forordningen, jf. dennes art. 4. Begrepet er heller ikke forsøkt tolket eller konkretisert i de nasjonale forarbeidene til gjennomføringsloven hvor dette begrepet gjenbrukes³. Dette henger sammen med at begrepet er EU-rettslig, og derved ikke kan defineres endelig i nasjonal rett. Innholdet må i stedet klargjøres gjennom praksis fra europeiske tilsynsmyndigheter og domstoler.

Mest veiledning om begrepets innhold er pr i dag å finne i fortalen til Forordningen⁴. I fortalepunkt 158 heter det at:

"Public authorities or public or private bodies that hold records of public interest should be services which, pursuant to Union or Member State law, have a legal obligation to acquire, preserve, appraise, arrange, describe, communicate, promote, disseminate and provide access to records of enduring value for general public. Member States should also be authorised to provide for the further processing of personal data for archiving purposes, for example with a view to providing specific information related to the political behaviour under former totalitarian state regimes, genocide, crimes against humanity, in particular the Holocaust, or war crimes".

3.2.2 Om begrepet "archiving"

"Archiving" er et nytt begrep i personopplysningsregelverket. Det fantes ikke i det opphevede personverndirektivet (95/46/EF). Begrepet er derved knapt berørt i uttalelser og veiledninger fra WP 29⁵ vedrørende personverndirektivet⁶, og vi har heller ikke funnet relevante avgjørelser fra EU-domstolen. Personopplysningsloven 2000 hadde særbestemmelser for retting og sletting i forbindelse med behandling av personopplysninger som falt innenfor arkivlovens virkeområde⁷, men ikke for arkivering i sin alminnelighet. Også Personvernemndas⁸ praksis er begrenset til vurderinger av arkivering etter arkivloven⁹.

³ Se Prop. 56 LS s. 72

⁴ Se fortalepunkt 50, 52, 53, 62, 65, 156 og særlig 158

⁵ Article 29 Working Party

⁶ Se for eksempel "Opinion 03/2013 on purpose limitation"

⁷ Personopplysningsloven 2000 §§ 27 og 28

⁸ Personvernemnda er klageorgan for vedtak fattet av Datatilsynet, jf. personopplysningsloven § 22

⁹ Se for eksempel PVN-2013-01 RMI og PVN-2016-12 Stange kommune

I fortalepunkt 158 kommenteres medlemstatenes adgang til å gi nærmere bestemmelser for arkivering, herunder presiseres det hvilke aktører som kan

" [...] *acquire, preserve, appraise, arrange, describe, communicate, promote, disseminate and provide access to records*".

Det fremgår her at begrepet "archiving" omfatter en lang rekke behandlingsaktiviteter knyttet til det å etablere, holde ved like og gi tilgang til fortegnelser. Dette er antagelig det nærmeste vi kommer en slags definisjon av arkivbegrepet i tilgjengelige kilder på personopplysningsrettens område.

3.2.3 Om begrepet "in the public interest"

Det er kun dersom formålet med arkiveringen er "in the public interest" ("i allmenhetens interesse") at det er adgang til å gjøre unntak fra de alminnelige personvernprinsippene i Forordningen art. 5 bokstav b og e, og fra de registrertes rettigheter i medhold av Forordningen. Det er først da slike unntak, etter en interesseavveining, kan være forholdsmessige på arkivområdet.

I kjerneområdet for allmenhetens interesser ligger de interesser som er beskrevet i art. 8 nr. 2 i den Europeiske Menneskerettskonvensjon:

"interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others".

I 2003 publiserte Europarådet en resolusjon som konkret gjaldt for arkivering¹⁰. Her understreker Europarådet betydningen av arkiver for "the understanding of history and culture", og at "well-kept and accessible archives contribute to the democratic functioning of society". Hvor arkivering er nødvendig for å ivareta disse interessene vil arkiveringen som utgangspunkt kunne anses å være i allmenhetens interesse.

Vilkåret om at arkiveringsformålet må være "in the public interest" innebærer etter vår oppfatning en forutsetning om at flere enn den arkiverende virksomheten selv må ha en interesse i arkiveringen. Arkivering av opplysninger og dokumenter som skjer i en virksomhet av hensyn til dennes daglige drift vil normalt ikke kunne sies å skje i allmenhetens interesse. Dette innebærer at innholdet i ulike administrative systemer, som for eksempel personal- og kunderegistre normalt ikke anses å utgjøre et arkiv i allmenhetens interesse. Det samme gjelder arkiv som har til formål å oppfylle lovpålagte dokumentasjonsplikter som påhviler virksomheten, herunder regnskaper, pasientjournaler og hendelseslogg i informasjonssystemer.

Ved vurderingen av om arkiveringen skjer i allmenhetens interesse er det ikke i seg selv relevant hvor store deler av samfunnet som har direkte interesse i arkiveringen. Typisk vil hensynet til å kunne ivareta grunnleggende individuelle rettigheter i samfunnet klart være i allmenhetens interesse, selv om den aktuelle rettigheten kun direkte berører en liten minoritet.

Ved vurderingen av om arkiveringen skjer i allmenhetens interesse er det ikke relevant om arkivet oppstår i eller føres av en offentlig eller privat aktør. Det er opplagt at arkivering hos offentlige myndigheter kan

¹⁰ 2003/C 113/02

være i allmennhetens interesse, for eksempel å sikre demokratisk kontroll med forvaltningen. Arkivering i private virksomheter kan typisk ha en historisk verdi.

I fortalepunkt 158 heter det at formålet med arkiveringen må være å sikre fortegnelser av "*varig verdi*" ("*enduring value*"). Dette innebærer antagelig er vilkår om at arkivet skal ha mer enn en umiddelbar verdi for allmenheten, men kan neppe forstås som et krav om at arkivet skal ha verdi i all overskuelig fremtid. Det kan være vanskelig å fastslå noe om den fremtidige verdien av et eksisterende arkiv. Det kan oppstå situasjoner eller skje en utvikling hvor arkiver som kun var ment for midlertidig bruk viser seg å få en mer langvarig verdi for allmenheten. Og motsatt: dersom det på et tidspunkt blir nokså klart at arkivet ikke (lengre) har verdi for allmenheten, vil fortsatt arkivering ikke lengre kunne sies å være i allmenhetens interesse.

I fortalepunkt 158 listes det opp visse opplysningstyper hvor arkivering i utgangspunktet må anses i kunne skje i allmenhetens interesse, nemlig

"specific information related to the political behaviour under former totalitarian state regimes, genocide, crimes against humanity, in particular the Holocaust, or war crimes".

3.3 Balansetesten

Begrepet "*public interest*" er et etablert begrep innen personopplysningsretten. Begrepet ble brukt også i personverndirektivet, men var da knyttet mer generelt til enhver behandling av personopplysninger i allmenhetens interesse, og ikke særskilt til arkivering. Direktivet åpnet blant annet for at medlemslandene kunne gjøre unntak fra det generelle forbudet mot å behandle sensitive personopplysninger dersom det var begrunnet i "*[substantial] public interest*"¹¹. Personopplysningsloven 2000 § 8 brukte også det lignende "*allmenn interesse*"¹².

Praksisen etter direktivet og den personopplysningsloven 2000 viser at "*allmenhetens interesse*" er ikke en absolutt størrelse. Allmenhetens interesser er mer eller mindre tungtveiende i møte med grunnleggende personvernprinsipper og individuelle rettigheter. Hvorvidt arkivformålet i allmenhetens interesse kan rettferdiggjøre unntak fra slike prinsipper og rettigheter må avgjøres etter en interesseavveining. Det er altså ikke tilstrekkelig at det foreligger en allmenn interesse, denne må veies konkret opp mot inngrepet i de registrertes interesser, rettigheter og friheter.

Begrepet "*allmenhetens interesse*" er behandlet for eksempel i tilknytning til saker om sletting etter personverndirektivet, både av nasjonale tilsynsmyndigheter og EU-domstolen. Dette var også tema i den såkalte Google-saken (C-131/12). Her tok EU-domstolen stilling til om tilgjengeliggjøring av personopplysninger via Googles søkemotor kunne tillates når den registrerte protesterte mot tilgjengeliggjøringen. EU-domstolen avveide da allmenhetens interesse ("*the interest of the general public*") i å ha tilgang til personopplysningene mot den registrertes interesse i å få opplysningene fjernet fra resultatlisten på søkemotoren.

¹¹ Se art. 8 nr. 4

¹² Se § 8 bokstav d

Med utgangspunkt i denne dommen laget WP29 en momentliste¹³, som de lokale tilsynsmyndighetene kunne benytte for å vurdere personvernulempene i tilsvarende saker. Det antas at flere av momentene er relevante også når individets rettigheter skal avveies mot allmennhetens interesser i tilknytning til arkivering:

- Om den/de registrerte er eller har vært offentlige personer. Det er antatt at offentlige personer i større grad må akseptere et deres rett til privatliv er begrenset.
- Om den/de registrerte er barn eller ellers i en særlig sårbar stilling. Barn skal kunne utvikle seg og dannes fritt, og deres personopplysninger er derfor underlagt et særlig vern.
- Om personopplysningene er korrekte og oppdaterte. Opplysninger som har dårlig kvalitet bør som utgangspunkt ikke behandles videre. Dette gjelder særlig dersom opplysningene også etter sin art er belastende for den registrerte.
- Om personopplysningene er nødvendige og relevante for å oppnå allmenhetens interesse. Dersom allmennhetens interesse kan ivaretas tilfredsstillende uten at det behandles personopplysninger, så skal det ikke behandles personopplysninger. For eksempel bør materialet anonymiseres, i den grad det er mulig.
- Om opplysningene knytter seg til de registrertes privatliv eller yrkesliv. Det er antatt at opplysninger som knytter seg til ens privatliv nyter bedre vern enn opplysninger knyttet til ens yrkesliv.
- Om arkivet inneholder særskilte kategorier personopplysninger eller om straffedommer og lovovertridelser, jf. Forordningen art. 9 og 10. Slike opplysninger er generelt antatt å være særlig beskyttelsesverdige.
- Om opplysningene har vært gjort offentlig kjent av den registrerte selv. Den kan anføres at den registrerte gjennom offentliggjøringen har fraskrevet seg visse rettigheter, og at opplysningene derved kan gis et mer begrenset vern.

I tillegg vil det antagelig kunne tas hensyn til i hvilken grad personopplysningene i arkivet blir gjort tilgjengelige for en større eller mindre krets personer, og når dette eventuelt skjer. Dersom tilgangen til arkivet er strengt regulert vil dette medføre at personvernulempene for de registrerte blir mer begrenset.

4 Personvernforordningens krav til såkalt supplerende rettsgrunnlag

4.1 Generelt om krav til rettslig grunnlag

Det rettslige utgangspunktet etter Forordningen er at behandling av personopplysninger (innen Forordningens saklige og geografiske virkeområde) er forbudt. Det vises her til Forordningen artikkel 5 nr.1 bokstav a, hvor det fremgår at personopplysninger skal behandles "*på lovlig ... måte*". Dette må forstås som et krav om at behandlingen må ha et rettslig grunnlag, jf. også innledningen til art. 6.

I Forordningen art. 6 er det inntatt en uttømmende liste over hvilke rettslige grunnlag som kan hjemle behandling av personopplysninger. For behandling av særskilte kategorier personopplysninger og opplysninger om straffedommer og lovovertridelser må også vilkårene i Forordningen art. 9 være oppfylt.

¹³ WP 179 (oppdatert)

Der hvor Forordningen hjemler behandling av personopplysninger for "*archiving purposes in the public interest*", forutsettes det at det etableres et såkalt supplerende rettsgrunnlag i nasjonal rett. Dette følger av forordningen art. 6 nr. 3 jf. art. 6 nr. 1 bokstav e, samt art. 9 nr. 2 bokstav j.

4.2 Hvilke krav stilles til supplerende rettsgrunnlag, jf. Forordningen art. 6 og 9.

4.2.1 Formelle krav

I fortalepunkt 41 til Forordningen heter det at

"når det i denne forordning vises til et rettslig grunnlag eller et lovgivningsmessig tiltak, krever dette ikke nødvendigvis en regelverksakt vedtatt av et parlament".

Med bakgrunn i denne uttalelsen legger Justisdepartementet til grunn at lov- og forskriftsbestemmelser kan utgjøre supplerende rettsgrunnlag etter artikkel 6, og antar at også vedtak fattet i medhold av lov eller forskrift omfattes.

Ordlyden i artikkel 9 nummer 2 bokstav j) krever "*grunnlag*" i nasjonal- eller unionsretten, på lik linje med artikkel 6 nummer 3. Det er dermed nærliggende å anta at de formelle kravene til det supplerende rettsgrunnlaget etter artikkel 9 er sammenfallende med de formelle krav som stilles etter artikkel 6.

Vilkårene i artikkel 9 gjelder behandling av særskilte kategorier personopplysninger (og delvis for behandling av opplysninger om straffedommer og lovovertrедelser, jf. personopplysningsloven § 11). Dette er opplysninger som er antatt å være særlig beskyttelsesverdige, hvilket kan begrunne at kravet til det rettslig grunnlaget allikevel skjerpes sammenlignet med artikkel 6. Dette er også lagt til grunn av Justisdepartementet i forarbeidene til personopplysningsloven. Her heter det at

"[n]år det er opp til nasjonal rett å gjøre unntak fra forbudet i artikkel 9 nr. 1 i de tilfellene som omfattes av 9 nr. 2 bokstav g legger departementet til grunn at det som utgangspunkt må foreligge en lov eller forskrift som åpner for behandling av særlige kategorier av personopplysninger [...] bestemmelsene [kan også] utformes slik at de gir hjemmel for å tillate behandling av særlige kategorier av personopplysninger ved vedtak i enkelttilfeller." (vår understrekning)

Her er altså departementet noe strengere enn etter artikkel 6, der man generelt fant at enkeltvedtak var et egnet grunnlag.

4.2.2 Materielle krav

4.2.2.1 Krav om formålsangivelse?

Spørsmålet om hvorvidt formålet med behandlingen må fremgå av det supplerende rettsgrunnlaget må besvares med utgangspunkt i ordlyden i artikkel 6 nr. 3. Her heter det at

"The purpose of the processing shall be determined in that legal basis or, as regards the processing referred to in point (e) of paragraph 1, shall be necessary for the performance of a task carried out in the public interest [...]."

Det er altså ikke nødvendig at formålet med behandlingen fremgår uttrykkelig, dersom formålet er nødvendig for å oppfylle allmennhetens interesse. Dette er også lagt til grunn av Justisdepartementet. I forarbeidene til personopplysningsloven § 8 og 9¹⁴:

"Etter departementets syn bør bestemmelser som gir supplerende rettsgrunnlag, så langt som mulig spesifisere hvilke formål personopplysningene kan behandles for. Når det gjelder arkiv-, forsknings- og statistikkformål, er det imidlertid etter departementets oppfatning verken nødvendig eller hensiktsmessig å forsøke å angi mer spesifikke behandlingsformål innenfor de overordnede formålene arkiv, forskning og statistikk. I stedet bør formålsangivelsen svare til det som anses som «arkivformål i allmennhetens interesse», «formål knyttet til vitenskapelig eller historisk forskning» og «statistiske formål» i forordningens forstand, jf. artikkel 5 nr. 1 bokstav b og fortalepunkt 158 til 160 og 162. Departementet kan ikke se at forordningen stiller krav om ytterligere spesifisering av disse formålene i nasjonal rett. Det må anses tilstrekkelig at formålene angis like spesifikt som i artikkel 5 nr. 1 bokstav b, som også åpner for viderebehandling for disse formålene uten at det er nødvendig med et eget grunnlag for viderebehandlingen, jf. artikkel 6 nr. 4 og fortalepunkt 51." (Vår understrekning)

4.2.2.2 Krav om konkret regulering av behandlingen?

Hvorvidt det supplerende rettsgrunnlaget må inneholde bestemmelser som konkret regulerer behandlingen er regulert i Forordningen art. 6 nr. 3. Her heter det at rettsgrunnlaget

"[...] may contain specific provisions to adapt the application of rules of this Regulation, inter alia: the general conditions governing the lawfulness of processing by the controller; the types of data which are subject to the processing; the data subjects concerned; the entities to, and the purposes for which, the personal data may be disclosed; the purpose limitation; storage periods; and processing operations and processing procedures, including measures to ensure lawful and fair processing such as those for other specific processing situations as provided for in Chapter IX. The Union or the Member State law shall meet an objective of public interest and be proportionate to the legitimate aim pursued".

I fortalepunkt 45 heter det at:

"[...] that law could specify the general conditions of this Regulation governing the lawfulness of personal data processing, establish specifications for determining the controller, the type of personal data which are subject to the processing, the data subjects concerned, the entities to which the personal data may be disclosed, the purpose limitations, the storage period and other measures to ensure lawful and fair processing.

Ettersom ordlyden her er "may" og "could", er det etter Forordningen art. 6 og 9 rom for å unnlate å regulere behandlingen av personopplysninger nærmere i det supplerende rettsgrunnlaget. Forordningen art. 6 og 9 oppstiller derved ingen konkrete, generelle krav til det materielle innholdet i de supplerende rettsgrunnlagene. Dette er også lagt til grunn av Justisdepartementet i forarbeidene til personopplysningsloven § 9:

"[...] departementet [kan] ikke se at det bør gis lovregler om hvilke mer spesifikke formål innenfor arkiv, forskning og statistikk det er tillatt å behandle opplysningene for, hvilke typer særlige kategorier av personopplysninger som kan behandles i forskjellige typetilfeller, hvilke kategorier av registrerte det kan behandles opplysninger om eller hvor lenge opplysningene kan lagres eller

¹⁴ Prop 56 LS pkt. 11.1.5.1.

lignende. Det vil være vanskelig å utforme slike bestemmelser som treffer i praksis, og det vil gi et omfangsrikt og detaljert regelverk. Slike bestemmelser vil etter departementets syn være uhensiktsmessige, og det er vanskelig å se at slike regler skal være påkrevet etter forordningen". (Vår understrekning)

Departementets vurderinger her er kritisert blant annet av Datatilsynet, som i høringen hevder at "det er grunn til å tro at en slik bestemmelse ikke vil oppfylle forordningens krav til nasjonale bestemmelser".

4.3 Hvilke krav stilles til supplerende rettsgrunnlag etter Forordningen art. 23

4.3.1 Formelle krav

Forordningen art. 23 nr. 1 åpner for at det på nærmere vilkår kan gjøres begrensninger i de rettigheter som de registrerte har i medhold av kapittel 3.

Slike begrensningen må imidlertid gjøres gjennom "lovgivningsmessige tiltak" ("by way of a legislative measure"). Hva dette innebærer er ikke nærmere definert. I fortalepunkt 41 til Forordningen heter det imidlertid at

"når det i denne forordning vises til et [...]et lovgivningsmessig tiltak, krever dette ikke nødvendigvis en regelverksakt vedtatt av et parlament".

4.3.2 Materielle krav

I Forordningen art. 23 nr. 2 er det oppstilt konkrete krav til innholdet de nasjonale lovgivningsmessige tiltakene som begrenser de registrertes rettigheter i Forordningens kapittel 3. Det kreves at det nasjonale rettsgrunnlaget

"shall contain specific provisions at least, where relevant , as to

- a) the purposes of the processing or categories of processing;*
- b) the categories of personal data*
- c) the scope of the restrictions introduced*
- d) the safeguards to prevent abuse or unlawful access or transfer*
- e) the specification of the controller or categories of controllers*
- f) the storage periods and the applicable safeguards taking into account the nature, scope and purposes of the processing or categories of processing*
- g) the risks to the rights and freedoms of data subjects; and*
- h) the right of data subjects to be informed about the restriction, unless that may be prejudicial to the purpose of the restriction*

Selv om det ikke fremgår uttrykkelig, må det antas at kravene også gjelder der hvor slike begrensninger gjøres i medhold av Forordningen art. 89 nr. 3. Det må videre antas at vilkårene er kumulative, i den grad de er relevante ved den aktuelle behandlingen. Det vises også til at dette er angitt å være minstekrav.

Oppstillingen er langt på vei selvforklarende, og vi går ikke nærmere inn på innholdet.

4.4 Grunnloven og EMK som tolkningsfaktor

Forordningen må tolkes og anvendes i lys av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Grunnloven og generelle rettsstatsprinsipper. På nærmere angitte vilkår vil de beskyttelser og krav som oppstilles av EMK artikkel 8 og grl. §§102 og 113 fordre at lovs form velges, selv om dette ikke følger av forordningsteksten. I fortalepunkt 41 heter det om dette at

"a legal basis or legislative measure should be clear and precise and its application should be foreseeable to persons subject to it, in accordance with the case-law of the Court of Justice of the European Union (the 'Court of Justice') and the European Court of Human Rights".

Dette medfører at det ikke i ethvert tilfelle vil være tilstrekkelig å se hen til Forordningen alene ved fastsettelsen av kravet til supplerende rettsgrunnlag. Viktige kilder som kan oppstille ytterligere vilkår er praksis fra Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen ("EMD") vedrørende tolkningen av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen ("EMK") artikkel 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv.

I forarbeidene til personopplysningsloven står det at

"Grunnloven §102 har klare likhetstrekk med EMK artikkel 8, og må tolkes i lys av denne, jf. Rt. 2015 side 93 avsnitt 57. Det er etter departementets vurdering ikke holdepunkter for at Grunnloven §102 stiller strengere krav enn EMK artikkel 8 om rettsgrunnlag for behandling av personopplysninger. Ved siden av Grunnloven §102 må også legalitetsprinsippet, jf. Grunnloven §113, tas i betraktning. Det følger av Grunnloven §113 at "myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov".¹⁵

Dersom behandlingen av personopplysninger er et inngrep i retten til privatliv, stiller Grunnloven §102 og EMK artikkel 8, med tilhørende praksis fra den EMD, krav til det rettsgrunnlaget som ligger til grunn for behandlingen. Disse regelsettene vil dermed også være retningsgivende ved vurderingen av hva som kreves av et supplerende rettsgrunnlaget etter Forordningen. I det følgende vil vi ta utgangspunkt i EMK artikkel 8.

EMD har i sin praksis lagt til grunn at offentlige myndigheters lagring av personopplysninger som knytter seg til privatlivet i bestemmelsens forstand, utgjør et inngrep i retten etter EMK artikkel 8 nr. 1, se *Amann mot Sveits* 16.2.2000 avsnitt 65 og *S. og Marper mot Storbritannia* 4.12.2008 avsnitt 67.

Begrepet "*privatliv*" skal i henhold til EMDs praksis tolkes vidt, se *S. og Marper mot Storbittania* avsnitt 66 til 67 med videre henvisninger. Inngrep i retten etter EMK artikkel 8 nr. 1 må kunne rettferdiggjøres etter artikkel 8 nr. 2, som krever at inngrepet må ha tilstrekkelig hjemmel, ha et legitimt formål og være forholdsmessig. Det er særlig kravet om tilstrekkelig hjemmel som er interessant i denne sammenhengen.¹⁶

Selv om det er nødvendig med et rettsgrunnlag ("*sufficient legal basis in domestic law*"¹⁷) følger det av EMDs praksis at bestemmelsen ikke oppstiller formelle krav til rettsgrunnlaget. Dette innebærer at både lov, forskrift og uskreven rett mv. kan oppfylle kravet.

EMDs praksis knyttet til EMK artikkel 8 er også relevant for vurderingen av hvilke krav som stilles til rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger. Bestemmelsen angir i første ledd at myndighetene er forpliktet til å respektere den enkeltes rett til privatliv, med mindre vilkårene for lovlig inngrep i

¹⁵ *ibid* s. 34

¹⁶ Prop. 56 LS (2017-2018) s. 35

¹⁷ Jf. for eksempel *Bernh Larsen Holding AS m.fl. mot Norge* 14.3.2013

artikkelens annet ledd er tilstede. Vi legger til grunn at behandling av personopplysninger generelt, og av særskilte kategorier av personopplysninger spesielt, i utgangspunktet må skje innenfor rammene av EMK artikkel 8. Det er følgelig relevant å se nærmere på hvilke krav EMK stiller til lovhjemmel for inngripen i artikkel 8. Dette kan ha betydning for valg av rettslig grunnlag både formelt og materielt.

Lovhjemmel for inngrep i privatlivet må tilfredsstillende grunnleggende rettssikkerhetsgarantier, hvilket generelt betyr at hjemmelen både må være "tilgjengelig" og skape "forutsigbarhet".¹⁸ Med tilgjengelighetskravet menes kort fortalt at hjemmelen må være utformet på en slik måte at borgerne gis en rimelig mulighet til å sette seg inn i rettsstillingen på området som bestemmelsen er ment å rette seg mot, f.eks. må bestemmelsen være publisert eller gjort kjent for borgerne på en annen og betryggende måte.

Forutsigbarhetskravet innebærer at hjemmelen må være utformet på en slik måte at det er mulig for borgerne å forutse de virkningene som en handling kan føre med seg. Innholdet i kravet er nærmere presisert gjennom praksis fra EMD. I juridisk teori vises det i denne sammenheng bl.a. til saken Olsson mot Sverige (1998) angående beslutning om omsorgsovertakelse, hvor EMD bl.a. uttaler at:¹⁹

*"En lov som åpner for bruk av skjønn ved myndighetsutøvelsen, er ikke i seg selv uforenlig med kravet til forutsigbarhet, under forutsetning av at rammene for skjønn og den konkrete skjønnsutøvelsen er angitt med tilstrekkelig klarhet, sett i lys av formålet med det konkrete tiltaket, og på en slik måte at individet gis en tilfredsstillende beskyttelse mot et vilkårlig inngrep i en rettighet (...)"*²⁰

Når det gjelder krav til forutsigbarhet, er det i nyere praksis fra EMD også pekt på at dette må vurderes i lys av arten av tiltaket, rettsområdet som berøres, og hvor mange som vil kunne berøres av tiltaket som hjemles.

4.5 Momenter ved vurderingen av hvilket rettslig grunnlag som kreves

4.5.1 Generelt

Redegjørelsen over viser at både formell lov, forskrift og enkeltvedtak etter omstendighetene kan tjene som supplerende rettsgrunnlag etter Forordningen artikkel 6 og 9. I utgangspunktet krever Forordningen ikke annet enn at formålet med behandlingen fremkommer av rettsgrunnlaget, og at det ikke er nødvendig med ytterligere bestemmelser om behandlingen.

Imidlertid innebærer Grunnloven og EMK at kravet til rettsgrunnlagets styrke (reguleringsform) og klarhet (innhold) er relativt, og vil variere med utgangspunkt i hvor inngripende den aktuelle behandlingen er. Generelt kan det hevdes at jo mer inngripende behandlingen er, desto strengere krav stilles til rettsgrunnlaget.

Dette innebærer at det må gjøres en helhetsvurdering av hvor inngripende behandlingen er. Det anbefales at denne gjøres på bakgrunn av de momenter som gjennomgås i det følgende. Det bemerkes at listen ikke er uttømmende, og at også andre momenter kan være relevante.

¹⁸ Jf. Ehlers Bertelsen, Tor, *EMK Kommentarer om individets rettigheter og friheter*, Gyldendal 2011, s. 267.

¹⁹ Jf. Ehlers Bertelsen, Tor, *EMK Kommentarer om individets rettigheter og friheter*, Gyldendal 2011, s. 268.

²⁰ Jf. Olsson mot Sverige (1988), avsnitt 61.

4.5.2 *Hvem som er behandlingsansvarlig*

Både offentlige myndigheter og private virksomheter kan opptre som behandlingsansvarlige, og vil som sådan være underlagt de samme pliktene etter Forordningen. Allikevel kan det hevdes at det er et særskilt behov for klarhet og forutsigbarhet i forholdet mellom offentlige myndigheter og borgere, også utover i de tilfeller hvor behandlingen skjer i forbindelse med myndighetsutøvelse og av den grunn krever hjemmel i lov. Det er særlig i relasjon borger og stat at personopplysningsvernet har en overordnet funksjon i å sikre maktbalanse som er en nødvendig forutsetning for et velfungerende demokrati.

4.5.3 *Personopplysningenes art*

Personopplysningenes art vil også ha betydning for vurderingen av inngrepets styrke. Dersom en behandling omfatter særskilte kategorier av personopplysninger (herunder om straffedommer og lovovertrедelser), vil dette normalt skjerpe kravet til det supplerende rettsgrunnlaget. Dette er begrunnet i at behandling av slike opplysninger antas å medføre en større risiko for den registrertes rettigheter og friheter enn ved behandling av alminnelige personopplysninger.

Det kan imidlertid ikke utelukkes at det også ved behandling av visse typer alminnelige personopplysninger bør stilles strenge krav til rettsgrunnlagets styrke og klarhet. Dette vil kunne gjelde for opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt, for eksempel "*opplysninger om noens personlige forhold*" jf. forvaltningsloven §§ 13 flg., og i andre tilfeller hvor opplysningene ligger ved grensen for hva som er å anse som særskilte kategorier personopplysninger.

4.5.4 *Behandlingens omfang*

Det er antatt at risikoen for den registrertes rettigheter og friheter øker med behandlingens omfang. Dette påpekes også i Forordningens fortale, der sannsynligheten og alvorligheten av risikoen "*... bør fastslås ut fra behandlingens art, omfang, formål og sammenhengen den utføres i.*"

Omfanget må vurderes både utfra antall registrerte som omfattes, og antall opplysninger om den enkelte som inngår. I tillegg vil det være av betydning om behandlingen innebærer at personopplysningene offentliggjøres eller medfører en annen form for spredning. Det vil også være relevant å se hen til behandlingens varighet, altså hvorvidt og eventuelt når opplysningene blir slettet.

4.5.5 *Grad av frivillighet*

Et ytterligere moment er om behandlingen av personopplysningene er frivillig for den registrerte eller ikke. Dersom den registrerte ikke kan motsette seg behandlingen vil det naturligvis stilles høyere krav til det rettslige grunnlaget, da dette vil kunne karakteriseres som offentlig myndighetsutøvelse. Er behandlingen reelt frivillig (men av ulike grunner ikke kan baseres på samtykke fra den registrerte), vil kravet til rettsgrunnlagets styrke og klarhet kunne lempes.

4.5.6 *Hvem som er registrerte ved behandlingen – særlig om barn*

Ved vurderingen av hvor inngripende en behandling er vil det være av betydning å se hvem opplysningene knytter seg til, altså hvem som er registrerte ved behandlingen. Dersom behandlingen omfatter personer som er særlig sårbare vil dette kunne skjerpe kravene til rettsgrunnlagets styrke og klarhet. Det vises her til fortalens punkt 41 hvor det heter at det rettslige grunnlaget for en behandling bør være "*tydelig og presist, og anvendelsen av det bør være forutsigbar for personer som omfattes av det*".

Forordningen inneholder bestemmelser som gir styrket vern for barn. Disse er ansett å være særlig sårbare ved behandling av personopplysninger:

"[b]ehandling av personopplysninger kan føre til at det oppstår risikoer av varierende sannsynlighet og alvorlighetsgrad for fysiske personers rettigheter og friheter som kan medføre fysisk, materiell eller ikke-materiell skade, særlig... når sårbare fysiske personers, særlig barns, personopplysninger behandles..."²¹

Når den registrerte regnes som barn er ikke definert i forordningen selv, og myndighetsalder fastsettes dermed av nasjonal lovgivning.²² Etter norsk lov regnes et barn som alle personer under 18 år, jf. FNs barnekonvensjon art. 1, se menneskerettsloven § 2 nr. 4.

Også andre registrerte enn barn kan være å anse som sårbare. Dette omfatter for eksempel personer som har nedsatt funksjonsevne som følge av alder eller sykdom, eller som av andre grunner har begrensede muligheter til å ivareta egne interesser i en konkret situasjon.

4.5.7 *Om det gjøres unntak fra de registrertes rettigheter*

Dersom det gjøres unntak fra de registrertes rettigheter, vil dette være et moment ved vurderingen av hvilket supplerende rettsgrunnlag som kreves.

Dersom det supplerende rettsgrunnlaget skal begrense de registrertes rettigheter, til for eksempel informasjon eller innsyn, må dette gjøres på samme nivå som rettigheten ble tildelt, jf. trinnhøydereprinsippet. Dersom rettigheten følger av nasjonal formell lov, må unntaket altså hjemles i lov. Finnes rettigheten i forskrift kan unntaket gjøres gjennom lov eller forskrift.

Forordningen oppstiller konkrete minstekrav til innholdet i nasjonale bestemmelser som gjør unntak fra de registrertes rettigheter etter Forordningen kap. 3²³.

4.5.8 *Om behandlingen skjer i den registrertes interesse*

Det vil også være et relevant moment hvorvidt den registrerte har direkte interesse i behandlingen, for eksempel dersom den skjer på den registrertes direkte anmodning.

4.5.9 *Om det fastsettes mekanismer eller prosedyrer for å sikre etterlevelse*

Dersom det er fastsatt mekanismer eller prosedyrer for å sikre etterlevelse av Forordningen og andre lovkrav, vil det ha betydning for hvilket krav som stilles til hjemmelsgrunnlaget. Dette trekkes frem av Justisdepartementet i forarbeidene til ny personopplysningslov.²⁴

Eksempler på slike kan være krav om forhåndsgodkjenning fra tilsynsmyndigheten, eller en plikt for den behandlingsansvarlige til å rådføre seg med virksomhetens personvernombud eller andre som har tilstrekkelig kompetanse til å vurdere behandlingen. En rådføringsplikt er etablert for behandling av

²¹ ibid fortalepunkt 75

²² Aldersgrenser er kun nevnt i forbindelse med artikkel 8, men dette gjelder kun for barn i forbindelse med informasjonssamfunnstjenester. Imidlertid henviser Forordningen til EUs Charter om Grunnleggende Menneskerettigheter i sin fortale, som igjen henviser til FNs barnekonvensjon. I henhold til barnekonvensjonen regnes barn som alle under 18 år, jf. artikkel 1.

²³ Se omtale i dette notatets pkt. 4.3

²⁴ Prop. 56 LS (2017-2018) s.41

særlige kategorier personopplysninger for arkivformål i allmenhetens interesse, jf. personopplysningsloven § 9 annet ledd. Som nevnt i pkt. 3.1.3 gjelder denne bestemmelsen for arkiv utenfor arkivlovens virkeområde.

Et annet tiltak kan være pseudonymisering av de opplysningene som skal behandles. Fortalepunkt 28 understreker at "[p]seudonymisering av personopplysninger kan redusere risikoene for de berørte registrerte og bidra til at behandlingsansvarlige og databehandlere kan oppfylle sine forpliktelser med hensyn til vern av personopplysninger." Pseudonymisering vil si at opplysningene bare kan knyttes til en fysisk person ved hjelp av tilleggsopplysninger som er lagret atskilt fra de personopplysningene de tilhører.²⁵

4.5.10 Særlig om personopplysningsloven § 8 og 9

Personopplysningsloven §§ 8 og 9 har til formål å tjene som supplerende rettsgrunnlag for arkivformål i allmenhetens interesse på områder som ikke er dekket av arkivloven. Bestemmelsene har en svært generell formålsangivelse ("arkivformål i allmenhetens interesse"), og inneholder for øvrig lite informasjon om behandlingen og behandlingvilkårene. Dette til tross for at behandlingen vil kunne omfatte store mengder personopplysninger og inneholde særskilte kategorier personopplysninger og opplysninger om straffedommer og lovovertrедelser etter Forordningen art 9 og 10. Dette tyder på at kravet til det materielle innholdet i supplerende rettsgrunnlag for arkivformål i allmenhetens interesse ikke har vært praktisert særlig strengt.

5 Særlige utfordringer ved gjeldende arkivlov opp mot personvernforordningen

5.1 Generelt

I det følgende vil vi se nærmere på hvilke særlige utfordringer som oppstår når man holder gjeldende arkivlov opp mot Forordningen. Det vil føre for langt å gå inn i alle enkeltbestemmelser. Vi tar derfor utgangspunkt i prinsippene i Forordningens art. 5, og vurderer på et mer overordnet nivå i hvilken grad gjeldende arkivloven oppfyller disse.

5.2 Lovlighet, rettferdighet og åpenhet

Når det gjelder kravet til at behandlingen skal være lovlig, altså at behandling av personopplysninger skal ha et rettslig grunnlag, vises det til redegjørelsene i pkt. 4. Her fremgår det at både formell lov, forskrift og enkeltvedtak hjemlet i lov kan oppfylle de formelle krav til supplerende rettslig grunnlag, men at de nærmere formelle og materielle kravene til disse må avgjøres konkret, med utgangspunkt i hvor inngripende behandling av personopplysninger som arkiveringen medfører. Uten nærmere kunnskap om hvilke fullmakter som ligger i arkivloven- og forskriften, og om hvilke behandlinger som faktisk skjer med grunnlag i disse fullmaktene, er det vanskelig å gi en generell tilbakemelding på om disse oppfyller Forordningens krav til lovlighet.

For at behandlingen skal bli rettferdig er det en forutsetning at de registrerte gis visse rettigheter, herunder rett til informasjon, innsyn og sletting, rett til dataportabilitet og rett til å protestere. Dersom arkivformålet er i allmenhetens interesse gjøres det allikevel unntak fra rett til informasjon og rett til å kreve sletting. Dette gjelder bare dersom de øvrige vilkårene i art. 89 er oppfylt, altså

²⁵ Forordningen art. 4 nr. 5: «pseudonymisering» behandling av personopplysninger på en slik måte at personopplysningene ikke lenger kan knyttes til en bestemt registrert uten bruk av tilleggsopplysninger, forutsatt at nevnte tilleggsopplysninger lagres atskilt og omfattes av tekniske og organisatoriske tiltak som sikrer at personopplysningene ikke kan knyttes til en identifisert eller identifiserbar fysisk person

- at det er etablert tekniske og organisatoriske tiltak, særlig for sikre etterlevelse av prinsippet om dataminimalisering (se pkt. 5.3). Som eksempel nevner Forordningen pseudonymisering.
- at arkivformålet ikke kan oppfylles gjennom behandling av opplysninger hvor den enkelte ikke kan identifiseres

Vi kan ikke se at gjeldende arkivlov i seg selv sikrer at disse vilkårene oppfylles ved behandlingen. Dette kan for eksempel løses gjennom at det i ny arkivlov etableres klare plikter for den behandlingsansvarlige knyttet til oppfyllelse av nevnte vilkår. Egne bestemmelser i arkivloven vil også kunne gjøre det enklere for den registrerte å få klarhet i hvilke rettigheter vedkommende har på området, og derved enklere settes i stand til å tømme disse.

5.3 Formålsbegrensning

Prinsippet innebærer et krav om at personopplysninger skal samles inn "*for specified, explicit and legitimate purposes*". Formålet med den behandling av personopplysninger som skjer i medhold av arkivloven følger uttrykkelig følger av arkivlovloven § 1:

"Føremålet med denne lova er å tryggja arkiv som har monaleg kulturelt eller forskingsmessig verdi eller som inneheld rettsleg eller viktig forvaltningsmessig dokumentasjon, slik at desse kan verta tekne vare på og gjorde tilgjengelege for ettertida."

Formålet er svært generelt utformet, og bør antagelig konkretiseres noe mer for å tilfredsstille kravet om at det skal være "*specified*". Det kan for eksempel innebære å bryte ned i mer konkrete delformål, hvis det er mulig. Samtidig er det grunn til å merke seg at personopplysningsloven §§ 8 og 9, som skal etablere supplerende rettsgrunnlag på områder som ikke er dekket av arkivloven, også har en svært generell og formålsangivelse ("*arkivformål i allmennhetens interesse*"). Dette tyder på at kravet til konkret angivelse ikke er praktisert særlig strengt nasjonal, jf. også pkt. 4.5.10

Videre innebærer prinsippet et forbud mot at opplysninger videre behandles "*in a manner that is incompatible with those purposes*". Det gjøres unntak fra dette prinsippet for "*further processing for archiving purposes in the public interest*". Dette formålet anses ikke å være uforenlig dersom vilkårene i Forordningen art. 89 nr. 1 er oppfylt, altså

- at det er etablert tekniske og organisatoriske tiltak, særlig for sikre etterlevelse av prinsippet om dataminimalisering (se pkt. 5.3). Som eksempel nevner Forordningen pseudonymisering.
- at arkivformålet ikke kan oppfylles gjennom behandling av opplysninger hvor den enkelte ikke kan identifiseres

Vi kan ikke se at gjeldende arkivlov i seg selv sikrer at disse vilkårene oppfylles ved behandlingen. Dette kan for eksempel løses gjennom at det i ny arkivlov etableres klare plikter for den behandlingsansvarlige knyttet til oppfyllelse av nevnte vilkår.

Dersom vilkårene i Forordningen art. 89 nr. 1 ikke er oppfylt må den behandlingsansvarlige i stedet gjøre en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle av om arkivformålet er uforenlig med det opprinnelige behandlingsformålet, jf. personvernforordningen art. 6 nr. 4. Dette er neppe en særlig hensiktsmessig løsning, sett fra de behandlingsansvarliges ståsted.

5.4 Dataminimalisering

Det er kun tillatt å behandle personopplysninger som er *"adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed"*. Med andre ord er det forbudt å behandle såkalt overskuddsinformasjon.

Et eksempel på dataminimalisering finnes i forskrift om offentlig arkiv § 14 (arkivavgrensning). Her er det opp til den behandlingsansvarlige selv å vurdere om dokumentene fra organet *"har verdi som dokumentasjon"*.

Uavhengig av hva som reguleres i arkivloven har den behandlingsansvarlige plikt etter Forordningen til å vurdere og dokumentere adekvans, nødvendighet og relevans for personopplysningene opp mot arkivformålet, jf. art. 24 nr. 1 bokstav c). Det tilsier at det ikke nødvendig med en utfyllende plikt i arkivloven.

Forordningen art. 24 jf. 5 nr. 1 bokstav c) er imidlertid en så generell bestemmelse at det vil kunne skape uklarhet. For å sikre at arkivformålet oppnås, og at det allikevel ikke arkiveres overskuddsinformasjon, bør arkivloven oppstille nærmere kriterier for hvilke opplysninger eller dokumenter som skal eller ikke skal arkiveres.

5.5 Korrekthet

Det er kun tillatt å behandle personopplysninger som er *"accurate and, where necessary, kept up to date"*. Den behandlingsansvarlige plikter etter Forordningen art. 16 å rette personopplysninger som er uriktige, når den registrerte ber om det. Dette kravet gjelder selv om behandlingen skjer for *"archiving purposes in the public interest"*.

Det foreligger etter det vi kan se ikke noen egne bestemmelser om retting i arkivloven.

At det følger en retteplikt direkte av Forordningen taler for at ikke er nødvendig at arkivloven inneholder egne bestemmelser om retting. Forordningen inneholder ikke bestemmelser om hvordan retting skal skje, utover at det åpnes for at retting kan skje ved supplerings. Egne bestemmelser i arkivloven om når og hvordan de behandlingsansvarlige skal rette personopplysninger vil kunne gi bedret etterlevelse også av denne plikten. Samtidig vil slike bestemmelser gjøre det enklere for den registrerte å få klarhet i hvilke rettigheter vedkommende har på området, og derved enklere settes i stand til å utøve disse.

5.6 Lagringsbegrensning

Det er kun tillatt å behandle personopplysninger som er

"kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the personal data are processed".

Den behandlingsansvarlige for arkiv har en generell plikt til å slette personopplysninger som ikke oppfyller nevnte vilkår, jf. Forordningen art. 17. Sletteplikten gjelder allikevel ikke dersom vilkårene i Forordningen art. 89 nr. 1 er oppfylt, altså

- at det er etablert tekniske og organisatoriske tiltak, særlig for sikre etterlevelse av prinsippet om dataminimalisering (se pkt. 5.3)
- at arkivformålet ikke kan oppfylles gjennom behandling av opplysninger hvor den enkelte ikke kan identifiseres

Arkivloven i seg selv sikrer ikke at disse vilkårene oppfylles ved behandlingen. Dette kan for eksempel løses gjennom at det i arkivloven etableres klare plikter for den behandlingsansvarlige knyttet til oppfyllelse av nevnte vilkår.

5.7 Integritet og konfidensialitet

Det er kun tillatt å behandle personopplysninger in

"a manner that ensures appropriate security of the personal data, including protection against unauthorised or unlawful processing and against accidental loss, destruction or damage, using appropriate technical or organisational measures".

Det foreligger etter det vi kan se ingen generell plikt etter arkivloven til å sørge for tilfredsstillende informasjonssikkerhet.

Den behandlingsansvarlige for arkiv (og dennes eventuelle databehandlere) har uansett en generell plikt etter Forordningen art. 32 plikt til å etablere tekniske og organisatoriske tiltak for sikre et egnet sikkerhetsnivå ved behandling av personopplysninger. Disse gjelder også for arkiv som inneholder personopplysninger. Det innebærer at det ikke er nødvendig at arkivloven inneholder plikt til informasjonssikkerhet for å ivareta de registrertes personvern.

Imidlertid kan det være andre grunner til at arkivloven bør inneholde særbestemmelser om informasjonssikkerhet, som også gjelder behandling av personopplysninger i arkivet. Forordningen overlater til hver enkelt behandlingsansvarlig å vurdere hvilket sikkerhetsnivå som er tilfredsstillende og hvilke tekniske og organisatoriske tiltak som er egnet. Gjennom en særlov kan det for eksempel stilles krav om et minste sikkerhetsnivå eller konkrete sikkerhetstiltak (for eksempel krav om pseudonymisering).

6 Oppsummering

Vi anbefaler at supplerende rettsgrunnlag for arkivformål i allmennhetens interesse, etter art. 6 og 9 inneholder:

- Konkret(e) formålsangivelse(r).
- Angivelse av hvem som er behandlingsansvarlige for ulike behandlinger/aktiviteter
- Bestemmelser som pålegger konkrete og forholdsmessige tekniske og organisatoriske tiltak for å sikre at vilkårene i art. 89 nr. 1 er oppfylt, herunder om informasjonssikkerhet. Utvalget bør særlig vurdere i hvilken grad det er grunnlag for å pålegge pseudonymisering.
- Bestemmelser som setter den registrerte i stand til å sette seg inn i og utøve sine rettigheter på arkivområdet. Merk at dersom det i nasjonal rett gjøres unntak fra de registrertes rettigheter, jf. art. 89 nr. 3 skal rettsgrunnlaget utformes i samsvar med vilkårene i forordningen art. 23.
- Eventuelle øvrige bestemmelser som er nødvendige for at rettsgrunnlaget utformes i samsvar med våre internasjonale forpliktelser. Generelt anbefaler vi her at utvalget gjør grundigere og mer konkrete avveininger mellom allmennhetens interesse og de registrertes rettigheter og friheter enn hva Justisdepartementet synes å ha gjort i forbindelse med vedtagelse av personopplysningsloven §§ 8 og 9.