

Høringsnotat

Lovavdelingen
Juni 2009
Snr: 200904400

1. DEFINISJONENE I PERSONOPPLYSNINGSLOVEN (§ 2)	7
1.1 Begrepet ”personopplysning”	7
1.1.1 Gjeldende rett	7
1.1.2 Schartum/Bygrave (2006)	8
1.1.2.1 Mandatet	8
1.1.2.2 Vurderinger og forslag til endringer	8
1.1.3 Departementets foreløpige merknader	9
1.1.3.1 Personopplysningens form	9
1.1.3.2 Levende personer	9
1.1.3.3 Enkeltperson	10
1.1.3.4 ”Opplysninger og vurderinger”	10
1.1.3.5 Særlig om humant biologisk materiale	10
1.1.3.6 Kravet om identifikasjon	11
1.1.3.7 Pseudonymisering	12
1.1.3.8 Sensitive personopplysninger	13
1.1.3.9 Alternative forslag til ordlyd	13
1.2 Begrepet ”behandling av personopplysninger”	14
1.2.1 Gjeldende rett	14
1.2.2 Schartum/Bygrave (2006)	14
1.2.2.1 Mandatet	14
1.2.2.2 Vurderinger og forslag til endringer	14
1.2.3 Departementets foreløpige merknader	14
1.3 Begrepet ”personregister”	15
1.3.1 Gjeldende rett	15
1.3.2 Schartum/Bygrave (2006)	16
1.3.2.1 Mandatet	16
1.3.2.2 Vurderinger og forslag til endringer	16
1.3.3 Departementets foreløpige merknader	16
1.4 Begrepet ”behandlingsansvarlig”	18
1.4.1 Gjeldende rett	18

1.4.2	Schartum/Bygrave (2006)	18
1.4.2.1	Mandatet	18
1.4.2.2	Vurderinger og forslag til endringer	18
1.4.3	Departementets foreløpige merknader	19
2.	PERSONOPPLYSNINGSLOVENS SAKLIGE VIRKEOMRÅDE (§ 3)	20
2.1	Personopplysningsloven § 3 første ledd bokstav a	20
2.1.1	Innledning	20
2.1.2	Personvernemndas sak PVN-2005-01	21
2.1.3	Departementets foreløpige merknader	22
2.2	Personopplysningsloven § 3 annet ledd	22
2.2.1	Gjeldende rett	22
2.2.2	Schartum/Bygrave (2006)	24
2.2.2.1	Mandatet	24
2.2.2.2	Vurderinger og forslag til endringer	24
2.2.3	Departementets foreløpige merknader	25
2.2.3.1	Justeringer i dagens ordlyd	25
2.2.3.2	Særlig om publiseringer på Internett	26
3.	YTRINGSFRIHET OG PERSONVERN (§ 7)	27
3.1	Gjeldende rett	27
3.1.1	Personopplysningsloven § 7	27
3.1.2	Andre bestemmelser om ytringsfrihet og personvern	29
3.1.3	Rettspraksis	29
3.1.3.1	Norsk rettspraksis	29
3.1.3.2	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)	30
3.1.3.3	Personvernemndas praksis	30
3.2	Schartum/Bygrave (2006)	30
3.2.1	Mandatet	30
3.2.2	Vurderinger og forslag til endringer	31
3.3	Departementets foreløpige merknader	32
3.3.1	Proporsjonalitetsprinsippet	32
3.3.2	Datatilsynets kompetanse i saker som gjelder personopplysningsloven § 7	32
3.3.3	Personvernemndas tolkning av personopplysningsloven § 7	33
3.3.4	Alternative forslag til ordlyd	33
3.3.5	Straffelovens anvendelse på spredning av opplysninger via Internett	34
4.	KRAV TIL RETTSLIG GRUNNLAG FOR BEHANDLING AV PERSONOPPLYSNINGER (§§ 8-11)	34
4.1	Gjeldende rett	34

4.1.1	Innledning	34
4.1.2	Generelle vilkår for å behandle personopplysninger	34
4.1.3	Vilkår for å behandle sensitive personopplysninger	35
4.1.4	Grunnkrav til behandling av personopplysninger	36
4.2	Schartum/Bygrave (2006)	36
4.2.1	Mandatet	36
4.2.2	Vurderinger og forslag til endringer	36
4.2.2.1	Primære og sekundære rettslige grunnlag	36
4.2.2.2	Nærmere om de primære rettslige grunnlagene	37
4.2.2.3	Nærmere om de sekundære rettslige grunnlagene	37
4.2.2.4	Behandling på grunnlag av skjønnsmessige avveininger	37
4.2.2.5	Sammenslåing av §§ 8 og 9	38
4.2.2.6	Grunnkrav til behandling av personopplysninger	38
4.3	Departementets foreløpige merknader	38
4.3.1	Primære og sekundære rettslige grunnlag	38
4.3.2	Nærmere om utredernes forslag til primære rettslige grunnlag	40
4.3.3	Nærmere om utredernes forslag til sekundære rettslige grunnlagene	40
4.3.4	Behandling på grunnlag av skjønnsmessige avveininger	40
4.3.5	Sammenslåing av §§ 8 og 9	41
4.3.6	Grunnkrav til behandling av personopplysninger	41
5.	OVERFØRING AV PERSONOPPLYSNINGER TIL UTLANDET (§§ 29-30)	41
5.1	Gjeldende rett	41
5.2	Schartum/Bygrave (2006)	42
5.2.1	Mandatet	42
5.2.2	Vurderinger og forslag til endringer	42
5.3	Departementets foreløpige merknader	43
6.	MELDE- OG KONSESJONSPLIKTEN (§§ 31-35)	45
6.1	Gjeldende rett	45
6.1.1	Meldeplikten	45
6.1.2	Konsesjonsplikten	46
6.2	Schartum/Bygrave (2006)	47
6.2.1	Mandatet	47
6.2.2	Vurderinger og forslag til endringer	47
6.2.2.1	Generelt	47
6.2.2.2	Radikalt forslag	47
6.2.2.3	Moderat forslag	48
6.2.2.4	Øvrige endringsforslag	48

6.2.2.4.1	Reglene om meldeplikt	48
6.2.2.4.2	Reglene om konsesjonsplikt	49
6.3	Departementets foreløpige merknader	49
6.3.1	Generelt	49
6.3.2	Nærmere om meldeplikten	50
6.3.3	Nærmere om konsesjonsplikten	51
6.3.3.1	Kan eller bør konsesjonsordningen fjernes?	51
6.3.3.2	Hvilke behandlinger bør underlegges konsesjonsplikt eller annen forhåndskontroll?	52
7.	FJERNSYNSOVERVÅKING (§§ 36-41)	53
7.1	Innledning	53
7.2	Utformingen av personopplysningsloven kapittel VII om fjernsynsovervåking	53
7.2.1	Gjeldende rett	53
7.2.2	Datatilsynets rapport	54
7.2.3	Departementets foreløpige merknader	54
7.3	Begrepet ”fjernsynsovervåking”	55
7.3.1	Terminologi	55
7.3.1.1	Gjeldende rett	55
7.3.1.2	Datatilsynets rapport	56
7.3.1.3	Departementets foreløpige merknader	56
7.3.2	Definisjonen av fjernsynsovervåking	56
7.3.2.1	Gjeldende rett	56
7.3.2.2	Datatilsynets rapport	57
7.3.2.3	Departementets foreløpige merknader	57
7.4	Behandlingsgrunnlaget ved fjernsynsovervåking	58
7.4.1	Datatilsynets rapport	58
7.4.2	Departementets foreløpige merknader	58
7.4.2.1	Behov for utdyping av personopplysningsloven § 8 bokstav f?	58
7.4.2.2	Fjernsynsovervåking og sensitive personopplysninger	59
7.4.2.3	Særlig om opplysninger om straffbare forhold	61
7.5	Fjernsynsovervåking på sted hvor en begrenset krets av personer ferdes jevnlig	62
7.5.1	Gjeldende rett	62
7.5.2	Datatilsynets rapport	62
7.5.3	Departementets foreløpige merknader	63
7.6	Varsel om fjernsynsovervåking	63
7.6.1	Gjeldende rett	63
7.6.2	Datatilsynets rapport	64

7.6.3	Departementets foreløpige merknader	64
7.7	Skillet mellom fjernsynsovervåking med og uten bildeopptak	64
7.7.1	Gjeldende rett	64
7.7.2	Datatilsynets rapport	65
7.7.3	Departementets foreløpige merknader	65
7.8	Overføring av tilsynsansvaret med fjernsynsovervåking til kommuner	67
8.	MINDREÅRIGES PERSONVERN	67
8.1	Gjeldende rett	67
8.1.1	Personopplysningsloven og personverndirektivet	67
8.1.2	Annen relevant lovgivning	68
8.1.2.1	Innledning	68
8.1.2.2	Barneloven	68
8.1.2.3	Pasientrettighetsloven	68
8.1.2.4	Helseregisterloven	68
8.1.3	Internasjonale konvensjoner	69
8.1.4	Datatilsynets og Forbrukerombudets veileder	69
8.1.5	Forskriftsbestemmelser	69
8.2	Schartum/Bygrave (2006)	70
8.2.1	Mandatet	70
8.2.2	Vurderinger og forslag til endringer	70
8.3	Departementets foreløpige merknader	71
8.3.1	Bør det gis særregler om mindreårige i personopplysningsloven?	71
8.3.1.1	Innledning	71
8.3.1.2	Særtrekk ved barn	71
8.3.1.3	Hvilket vern eksisterer i dag?	71
8.3.1.4	Bør eksisterende retningslinjer kodifiseres?	72
8.3.1.5	Brudd med personopplysningslovens og personverndirektivets system	72
8.3.1.6	Oppsummering	73
8.3.2	Hvordan bør eventuelle særregler utformes?	73
8.3.2.1	Innledning	73
8.3.2.2	Generell bestemmelse om utøvelse av rettigheter etter loven eller særskilt regulering av samtykke?	73
8.3.2.3	Begrensning av foreldrenes samtykkekompetanse	74
8.3.2.4	Rettslig grunnlag for å behandle barns personopplysninger	76
9.	PERSONVERNOMBUD	76
9.1	Gjeldende rett	76
9.2	Schartum/Bygrave (2006)	77

9.2.1	Mandatet	77
9.2.2	Vurderinger og forslag til endringer	77
9.3	Departementets foreløpige merknader	78
9.3.1	Generelt	78
9.3.2	Begrepet "ombud"	78
9.3.3	Eksterne personvernombud	79
9.3.4	Personvernombudets oppgaver	80
9.3.5	Personvernombudets uavhengighet	81
9.3.5.1	Forholdet til den behandlingsansvarlige	81
9.3.5.2	Forholdet til Datatilsynet	81
9.3.6	Behov for lovbestemte fordeler ved opprettelse av personvernombud	81
9.3.7	Opphør av personvernombudet	82
10.	ANDRE PROBLEMSTILLINGER	83
10.1	Personopplysningsloven og særlovgivningen	83
10.2	Personopplysningslovens struktur	83
10.3	Forholdet mellom personopplysningsloven og personopplysningsforskriften	84
10.4	Informasjonssikkerhet og internkontroll.	85
10.5	Databehandlerens rådighet over personopplysninger	86
10.6	Automatiserte avgjørelser – personopplysningsloven § 22	86
10.7	Straffbestemmelsen i personopplysningsloven § 48	87
10.8	Elektroniske spor	88
10.9	Bruk av fødselsnummer, fingeravtrykk og annen biometri	89
11.	ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER	90

1. Definisjonene i personopplysningsloven (§ 2)

1.1 Begrepet ”personopplysning”

1.1.1 Gjeldende rett

Begrepet ”personopplysning” er i lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) § 2 nr. 1 definert som opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson. Både opplysninger som direkte og indirekte identifiserer en enkeltperson omfattes. I Europaparlamentet og rådets direktiv 95/46/EF om beskyttelse av personopplysninger (personverndirektivet) artikkel 2 a nevnes identifikasjonsnummer, navn eller et annet kjennetegn som er spesielt for personens fysiske, fysiologiske, psykiske, økonomiske, kulturelle eller sosiale identitet. Det fremgår av Ot.prp. nr. 92 (1998-99) om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) side 101 at slike kjennetegn kan være et bilde, personens stemme, fingeravtrykk eller genetiske kjennetegn.

Personopplysningsloven beskytter i utgangspunktet kun levende personer. Opplysninger om avdøde personer faller bare innenfor personopplysningsloven såfremt opplysningen også kan knyttes til en levende person, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 102. Eksempler kan være opplysninger om at avdøde hadde arvelige sykdommer eller misbrukte sine barn seksuelt.

Loven gjelder ikke for juridiske personer, jf. uttrykket ”enkeltperson”. Dersom opplysninger om enkeltmannsforetak også kan knyttes til den fysiske personen som driver foretaket, vil de imidlertid kunne omfattes av loven, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 102. Personvernemnda, som etter personopplysningsloven § 43 er klageorgan for Datatilsynets vedtak, slo i sak PVN-2006-12 fast at det går en nedre grense for når en opplysning om en juridisk person knyttet til en fysisk person utgjør en personopplysning. En opplysning om at det var besluttet boksettersyn hos en advokat falt utenfor definisjonen.

Ved vurderingen av om en opplysning eller vurdering kan knyttes til en person, skal alle hjelpemidler som det er rimelig å tro at noen kan komme til å anvende for formålet tas i betraktning, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 101. Krypterte opplysninger kan for eksempel være personopplysninger dersom noen kan gjøre opplysningene lesbare. Opplysninger som er anonymisert på en slik måte at den registrerte ikke lenger kan identifiseres, er derimot ikke personopplysninger. I tvilstilfeller kan formålsbestemmelsen i personopplysningsloven § 1 få betydning for hvor langt uttrykket ”personopplysning” rekker.

I personopplysningsloven § 2 nr. 8 defineres hvilke opplysninger som skal anses som ”sensitive personopplysninger”. Behandling av slike opplysninger er etter personopplysningslovens system underlagt strengere regler, både mht. vilkår og grunnkrav til behandlingen, samt konsesjonsplikt mv. Bokstav a omfatter opplysninger

om rasemessig eller etnisk bakgrunn, eller politisk, filosofisk eller religiøs oppfatning. Bokstav b gjelder opplysninger om at en person har vært mistenkt, siktet, tiltalt eller dømt for en straffbar handling. Bokstav c, helseforhold, omfatter opplysninger om en persons tidligere, nåværende og fremtidige fysiske eller psykiske tilstand, inkludert opplysninger om medisin- og narkotikamisbruk. Uttrykket omfatter dessuten genetisk opplysninger, samt sosiale forhold dersom disse påvirker helsen. Også opplysninger om seksuelle forhold er å betrakte som sensitive personopplysninger, jf. bokstav d. Nytt i forhold til den tidligere personregisterloven var at opplysninger om medlemskap i foreninger er ansett som sensitive, jf. bokstav e. Endringen er en konsekvens av gjennomføringen av personverndirektivet artikkel 8 nr. 1.

1.1.2 Schartum/Bygrave (2006)

1.1.2.1 Mandatet

Utrederne er først og fremst bedt om å vurdere definisjonen ”behandling av personopplysninger” i § 2 nr. 2, særlig med tanke på å oppnå en viss innsnevring av lovens saklige virkeområde. Bakgrunnen er at bestemmelsen muligens har et bredere nedslagsfelt enn det som strengt tatt er nødvendig av hensyn til personvernet. Utrederne er imidlertid også bedt om å vurdere begrepet ”personopplysning”, i det minste i den utstrekning dette er nødvendig for vurderingen av definisjonen i § 2 nr. 2.

1.1.2.2 Vurderinger og forslag til endringer

Utrederne slår fast at begrepet ”personopplysning” er innarbeidet, jf. rapporten side 15. De forutsetter at begrepet beholdes og at eventuelle innsnevringar kun gjelder det begrepsmessige innholdet.

Utrederne ønsker å tydeliggjøre at personopplysninger kan komme til uttrykk på mange ulike måter, herunder ved skrift, bilde, lyd eller andre signaler, jf. rapporten side 15 og 16. Det foreslås videre at det i definisjonen av sensitive personopplysninger presiseres at det er personopplysningstype det siktes til, nærmere bestemt opplysningstyper som er egnet til å åpenbare de opplistede sensitive forhold, jf. rapporten side 17.

Utrederne mener også at det klart bør fremgå av lovteksten at begrepet ”personopplysning” i utgangspunktet bare dekker levende personer, jf. rapporten side 17. Unntaket foreslås dessuten begrenset til opplysninger om døde personer som samtidig er opplysninger om en levende persons familiemessige relasjoner eller arvelige, helsemessige forhold, jf. rapporten side 18.

Utrederne foreslår at det presiseres hvilke opplysninger som både er knyttet til en juridisk og en fysisk person som faller inn under definisjonen av ”personopplysning”, jf. side 18 i rapporten. Dette bør etter utredernes oppfatning omfatte opplysninger om personers posisjoner, klientforhold, personlige relasjoner, handlinger, preferanser, evner eller behov. Utrederne mener presiseringen kan snevre inn personopplysningsbegrepet.

Utrederne mener at det er behov for å avgrense "personopplysning" mot humant biologisk materiale av ethvert slag og enhver form, jf. rapporten side 20.

Utrederne drøfter om det bør være krav om at opplysninger faktisk *er* knyttet til en person, til forskjell fra gjeldende rett der en mulig tilknytning er tilstrekkelig, jf. rapporten side 21. En slik innsnevring tilrådes ikke av utrederne, da det kan gi vidtrekkende og usikre resultater og kan være i strid med direktivet.

Utrederne nevner som en mulig innskrenkning av personopplysningsbegrepet at bestemte opplysninger som er knyttet til pseudonymer, det vil si oppdiktete navn eller dekknavn, skal falle utenfor så lenge den virkelige identiteten ikke er tilknyttet. De erkjenner imidlertid at det er vanskelig å fastslå med stor grad av sikkerhet at pseudonymisering, i motsetning til full anonymisering, vil hensette opplysningene utenfor lovverkets sfære, jf. rapporten side 21-23. Utrederne tar likevel med en unntaksbestemmelse om en nærmere spesifisert pseudonymiseringsprosess som del av det radikale lovforslaget.

Utrederne foreslår dessuten at det presiseres at det foreligger tilstrekkelig identifikasjon så lenge opplysningene kan knyttes til ett av medlemmene i husstanden, jf. rapporten side 24.

Utredernes forslag til definisjon av "personopplysning" finnes i Schartum/Bygrave (2006) på side 191 (radikalt lovforslag) og på side 208 (moderat lovforslag).

1.1.3 Departementets foreløpige merknader

1.1.3.1 Personopplysningens form

Departementet antar at det vil kunne ha en viss informasjonsverdi dersom det tydeliggjøres i personopplysningsloven at en "personopplysning" kan komme til uttrykk på flere måter enn i form av en tekst, slik utrederne foreslår.

Det er imidlertid uten betydning hvilket lagringsmedium som benyttes, så lenge identifikasjon er mulig, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 101. En eventuell opplisting bør derfor ikke være uttømmende, da den, i lys av den tekniske utviklingen, bør fange opp eventuelle nye uttrykksmåter. Utrederne har i sitt radikale lovforslag inntatt formuleringen "ved skrift, bilde, lyd eller andre signaler". Det kan synes som om utrederne med uttrykket "eller andre signaler" forsøker å ta høyde for nye uttrykksmåter. Det kan imidlertid stilles spørsmål om dette blir noe vagt.

1.1.3.2 Levende personer

Det kan være klargjørende å presisere at begrepet "personopplysning" i utgangspunktet bare omfatter levende personer. Dette samsvarer også med lovgivningen i Sverige, jf. Personuppgiftslag (1998:204) 29. april 1998 (personuppgiftslagen) 3 §. I det radikale lovforslaget foreslås det videre at unntaket om

at opplysninger om døde personer i visse tilfelle kan omfattes, begrenses. Det kan stilles spørsmål om avgrensningen mot annet enn familiemessige relasjoner eller arvelige, helsemessige forhold vil innebære en for snever definisjon. Det kan virke anstrengt å plassere for eksempel opplysninger om seksuelle overgrep mot avdødes barn i en av disse kategoriene.

1.1.3.3 Enkelperson

Det kan reises spørsmål om det vil medføre noen større klarhet eller forståelse av innholdet i begrepet dersom ordet "fysisk" tilføyes uttrykket "enkelperson". Et alternativ er å erstatte begrepet "enkelperson" med formuleringen "fysisk person". Dette begrepet benyttes i Danmark, Sverige og Finland, jf. henholdsvis lov 31. mai 2000 nr. 429 (persondataloven) § 3 nr. 1, personoppgiftslagen 3 § og lov 22. april 1999 nr. 523 (personopplysningsvernloven) 3 § nr. 1. Det bes om høringsinstansenes syn på om begrepsbruken bør nyttes i den norske loven.

1.1.3.4 "Opplysninger og vurderinger"

Det kan videre reises spørsmål om uttrykket "opplysninger og vurderinger" i definisjonen av personopplysning i § 2 nr. 1, som er en videreføring av den tidligere personregisterloven 9. juni 1978 nr. 48 § 1, bør erstattes med "informasjon". I Sverige og Danmark benyttes henholdsvis uttrykkene "information som (...) kan hänföras till (...)" og "all slags information om (...)", jf. personoppgiftslagen 3 § og persondataloven § 3 nr. 1.

1.1.3.5 Særlig om humant biologisk materiale

Spørsmålet om humant biologisk materiale, som for eksempel blod og hår, utgjør en personopplysning er verken løst i personopplysningsloven eller personverndirektivet.

Problemstillingen ble imidlertid behandlet i Personvernnemndas sak PVN-2002-08. Saken gjaldt et pålegg fra Datatilsynet om sletting av biologisk materiale innsamlet i tilknytning til et forskningsprosjekt ved Ullevål sykehus. Datatilsynet hadde lagt til grunn at biologisk materiale som direkte eller indirekte kunne bidra til identifisering av en person, også i seg selv måtte anses som personopplysninger. Personvernnemnda, som forut for sin avgjørelse hadde innhentet en utredning av spørsmålet fra dr. juris Lee A. Bygrave, kom til et annet resultat. Nemnda mente at de 400 blodprøvene som ble oppbevart ved sykehuset, ikke i seg selv representerte personopplysninger i lovens forstand. Derimot ville identifiserende elementer som navn eller referansenummer, samt analysedata som var knyttet til personer gjennom identifikasjon, være personopplysninger. Det ble altså sondret mellom et utvalg blodprøver på den ene siden og den informasjonen som var lagret i forbindelse med, eller utledet av, disse prøvene på den annen.

Personvernnemndas konklusjon i sak PVN-2002-08 er i samsvar med Artikkel 29-arbeidsgruppens uttalelse nr. 4/2007. Denne gruppen er et selvstendig rådgivende EU-organ, opprettet med hjemmel i personverndirektivet artikkel 29. I nevnte uttalelse side 9 heter det:

”Human tissue samples (like a blood sample) are themselves sources out of which biometric data are extracted, but they are not biometric data themselves (as for instance a pattern of fingerprints is biometric data, but the finger itself is not). Therefore the extraction of information from the samples is collection of personal data, to which the rules of the Directive apply. The collection, storage and use of tissue samples themselves may be subject to separate sets of rules.”

Departementet antar således at utrederne forslag om å presisere i personopplysningsloven at humant biologisk materiale ikke er en personopplysning, kan ha gode grunner for seg.

1.1.3.6 Kravet om identifikasjon

Etter personopplysningsloven § 2 nr. 1 er det ikke påkrevd at en opplysning faktisk *er* knyttet til en enkeltperson, men tilstrekkelig at dette foreligger som en mulighet. I PVN-2005-12, som gjaldt fjernsynsovervåking av publikumsområder på busser, uttalte imidlertid nemnda at billedopptak av personer ikke kan anses som personopplysninger før de har blitt avspilt (jf. punkt 6.3 i nemndas avgjørelse):

”For at opplysningene skal være personopplysninger etter personopplysningsloven § 2 nr 1, må opplysningene kunne knyttes til enkeltpersoner. (...) Dette betyr at det automatiske opptaket som lagres på den låste magnetplatestasjonen i bussen, isolert sett ikke inneholder personopplysninger i personopplysningslovens forstand. Det finnes opplysninger om personer på opptaket, men disse er (ennå) ikke knyttet til identifiserbare enkeltpersoner. Det er først hvis opptaket avspilles at man – typisk ved gjenkjenning – kan identifisere passasjerer og slik knytte opplysningene til enkeltpersoner.”

En liknende forståelse av personopplysningsloven § 2 nr. 1 ble lagt til grunn i PVN-2005-13, som gjaldt videoovervåking på NSBs tog.

Det kan anføres at nemnda gjennom disse avgjørelsene praktiserer loven på en slik måte at personvernet gis for trange kår. Departementet mener at den snevre tolkningen av personopplysningsbegrepet som her legges til grunn, representerer en uheldig utvikling og at loven fortsatt bør gi beskyttelse i disse tilfellene.

Personverndirektivet artikkel 2 bokstav a, som personopplysningslovens formulering er basert på, benytter uttrykket ”information relating to an identified or identifiable natural person”. Med begrepet “identifiable person” refereres det til ”one who can be identified”. Personverndirektivets formulering er nærmere utdypet i Artikkel 29-arbeidsgruppens uttalelse nr. 4/2007 (side 12):

”In general terms, a natural person can be considered as “identified” when, within a group of persons, he or she is “distinguished” from all other members of the group. Accordingly, the natural person is “identifiable” when, although the person has not been identified yet, it is possible to do it (that is the meaning of the suffix “-able”).”

Artikkel 29-arbeidsgruppen slår fast at det avgjørende for om noe kan sies å være en personopplysning er at den aktuelle informasjonen kan brukes til å identifisere en person, ikke at slik identifikasjon er foretatt.

Det kan tenkes at det er hensiktsmessig å ta inn uttrykket "identifiserbar" i personopplysningsdefinisjonen, samt knytte kommentarer til forståelsen av begrepet i lovforarbeidene. På den måten vil man kunne unngå en for snever tolkning av personopplysningsbegrepet. Nevnte uttrykk benyttes både i direktivet og i den danske persondataloven § 3 nr. 1. Det bes om høringsinstansenes syn.

1.1.3.7 Pseudonymisering

Departementet gjør for ordens skyld oppmerksom på at etter at utrederne leverte sin rapport, har henholdsvis Personvernemnda og Artikkel 29-arbeidsgruppen behandlet spørsmålet om pseudonymisering.

Identifikasjonsprosessen som personopplysningsloven § 2 nr. 1 forutsetter, krever ikke kjennskap til en persons navn, bare til et eller flere spesifikke kjennetegn som skiller vedkommende fra andre personer. Departementet mener at et pseudonym kan være et slikt kjennetegn. I vurderingen av om en person lar seg identifisere, skal som nevnt alle hjelpemidler som det er rimelig å tro av noen kan komme til å anvende for formålet, tas i betraktning, jf. punkt 26 i personverndirektivets fortale. En pseudonymiseringsnøkkel vil kunne sies å være et slikt hjelpemiddel.

Personvernemnda ga i sak PVN-2007-02 uttrykk for at det vil foreligge behandling av personopplysningen dersom pseudonymet kan tilbakeføres til en enkeltperson, jf. punkt 6.3:

"Når et pseudonym kan tilbakeføres til en låntaker, innebærer tjenesten behandling av personopplysninger fordi det er mulig å identifisere en enkeltperson (reversere). Det følger av personopplysningsloven § 2 nr 1 at en personopplysning er opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson."

I Artikkel 29-arbeidsgruppens uttalelse nr. 4/2007 heter det på side 18:

"Retraceably pseudonymised data may be considered as information on individuals which are *indirectly identifiable*. Indeed, using a pseudonym means that it is possible to backtrack to the individual, so that the individual's identity can be discovered, but then only under predefined circumstances. In that case, although data protection rules apply, the risks at stake for the individuals with regard to the processing of such indirectly identifiable information will most often be low, so that the application of these rules will justifiably be more flexible than if information on directly identifiable individuals were processed."

Det fremgår her at også pseudonymiserte opplysninger kan betraktes som personopplysninger, men at slike personopplysninger vil representere en mindre

personvernrisiko, og at anvendelsen av personvernreglene derfor kan være mindre streng. Det er denne reservasjonen som gjør at en unntaksbestemmelse for en nærmere spesifisert pseudonymiseringsprosess kan være i overensstemmelse med personverndirektivet.

1.1.3.8 Sensitive personopplysninger

Utrederne mener dagens definisjon av sensitive personopplysninger etterlater seg usikkerhet med hensyn til om den sikter til opplysningstype eller opplysningsverdi. Det er imidlertid ikke gitt at bruk av det foreslåtte uttrykket *"opplysningstyper som er egnet til å åpenbare"* vil klargjøre innholdet i definisjonen av sensitive personopplysninger.

Departementet ser at det kan være hensiktsmessig å vise at opplysninger som røper sensitive forhold er å betrakte som sensitive, selv om opplysningen i seg selv kan virke harmløs. Adressen "NN, Ila fengsel, forvarings- og sikringsanstalt, Jøssingveien 33, 1359 Eiksmarka" vil avsløre at personen mest sannsynlig er dømt for et lovbrudd, selv om bruk av adresse ved første øyekast synes å være uproblematisk. Begrepet *"opplysningstyper"* kan imidlertid være misvisende, da det kan forstås dit hen at kun visse kategorier personopplysninger, for eksempel klassifisert som opplysninger om helseforhold, er å anse som sensitive, mens hensikten vel har vært å ramme enhver opplysning som kan åpenbare noe om slike forhold.

Alternative formuleringer kan være "opplysninger som åpenbarer" eller "opplysninger som sier noe om...". Slike presiseringer er i tråd med direktivet, jf. uttrykket "personal data revealing racial or ethnic origin..." i artikkel 8 nr. 1. Det tydeliggjøres også at den behandlingsansvarlige må foreta en konkret sensitivitetsvurdering før behandlingen iverksettes. Det bes om høringsinstansenes syn på om det er hensiktsmessig å benytte begrepet "opplysningstype" og/eller å supplere ordlyden med uttrykket "... som sier noe om" eller "... som åpenbarer".

1.1.3.9 Alternative forslag til ordlyd

På bakgrunn av drøftelsene ovenfor antar departementet at personopplysningsloven § 2 nr. 2 for eksempel vil kunne lyde:

"personopplysning: informasjon som kan knyttes til en levende, identifiserbar, fysisk person.

Informasjon om en død person er likevel en personopplysning dersom den samtidig er informasjon om en levende person.

Biologisk materiale er ikke i seg selv en personopplysning etter denne loven."

Videre vil definisjonen av sensitive personopplysninger i personopplysningsloven § 2 nr. 8 for eksempel kunne lyde:

"sensitive personopplysninger: informasjon som sier noe om

a. rasemessig eller etnisk bakgrunn,

- b. politisk, filosofisk eller religiøs oppfatning,
- c. at en person har vært eller er mistenkt, siktet, tiltalt eller dømt for lovbrudd,
- d. helsemessige forhold,
- e. seksuelle forhold, eller
- f. medlemsskap i fagforeninger.”

Det bes om høringsinstansenes innspill.

1.2 Begrepet ”behandling av personopplysninger”

1.2.1 Gjeldende rett

Behandlingsbegrepet omfatter i henhold til personopplysningsloven § 2 nr. 2 ”enhver bruk av personopplysninger”. I bestemmelsen nevnes innsamling, registrering, sammenstilling, lagring og utlevering eller en kombinasjon av slike bruksmåter som eksempler. Uttrykket favner vidt og gjelder også søking på, sperring, sletting og endring av personopplysninger.

Det som kjennetegner en behandling er at den er formålsbestemt, altså at den utføres for å oppnå et bestemt resultat, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 102.

1.2.2 Schartum/Bygrave (2006)

1.2.2.1 Mandatet

Utrederne er bedt om å vurdere definisjonen ”behandling av personopplysninger” i § 2 nr. 2, særlig med tanke på å oppnå en viss innsnevring.

1.2.2.2 Vurderinger og forslag til endringer

Utrederne har ikke i særlig utstrekning drøftet behovet for endringer i behandlingsbegrepet, da de oppfatter det slik at dette ikke direkte inngår i mandatet, jf. rapporten side 28. Departementet vil likevel ta opp en praktisk problemstilling, nemlig spørsmål om noe er én eller flere behandlinger.

1.2.3 Departementets foreløpige merknader

Departementet bemerker at det kan være tvilsomt når noe er en eller flere behandlinger. Dette fremgår av tolkningsuttalelse 25. november 2008, hvor det blant annet er drøftet om det å overlevere en saksmappe eller gi ut opplysninger muntlig er omfattet av personopplysningsloven § 3, slik at loven får anvendelse.

Lovens *behandlingsbegrep* er nærmere belyst i juridisk teori. Her åpnes det bl.a. for at en serie av operasjoner i visse tilfeller må betraktes som én behandling, jf. Dag Wiese Schartum og Lee A. Bygrave, Personvern i informasjonssamfunnet, 2004, side 122-123:

”Med ”behandling” siktes det til de operasjoner eller serier av operasjoner som kan utføres på en personopplysning, f eks innsamling, lagring, sammenstilling, ulike typer analyse mv. Enhver

form for bruk av personopplysninger regnes således som "behandling" i lovens forstand. Hva som utgjør én behandling ("behandlingen"), er avgjørende i mange relasjoner, f.eks. i forhold til melde- og konsesjonsplikt, innsynsrettigheter mv. Ofte utføres en serie av operasjoner på personopplysninger for å oppnå et bestemt resultat. I så fall er hele denne sammenhengende serien av operasjoner å betrakte som én og samme "behandling". All sammenhengende bruk av personopplysninger som utføres for å treffe vedtak (...), er f.eks. én behandling i lovens forstand."

En slik forståelse av personopplysningslovens behandlingsbegrep har også støtte i personverndirektivet artikkel 2:

"Processing of personal data shall mean any operation or *set of operations* which is performed upon personal data" (vår uthev.)

Også den norske loven synliggjør det samme poenget ved at den i § 2 nr. 2 sier at (en) behandling av personopplysninger kan være "en kombinasjon av (...) bruksmåter".

Hva som anses som én eller flere behandlinger, må avgjøres konkret i praksis. Departementet ser ikke at usikkerheten knyttet til om noe er én eller flere behandlinger kan løses ved å endre definisjonen av "behandling av personopplysninger" i § 2 nr. 2.

1.3 Begrepet "personregister"

1.3.1 Gjeldende rett

I personopplysningsloven § 2 nr. 3 defineres "personregister" som registre, fortegnelser mv. der personopplysninger er lagret systematisk slik at opplysninger om den enkelte kan finnes igjen. Begrepet er en videreføring av tilsvarende formulering i personregisterloven. Høyesterett uttalte følgende om begrepet i Rt. 1991 side 616, som gjaldt spørsmålet om et videoopptak fra en arbeidsplass var å anse som ulovlig ervervet bevis:

"Det avgjørende for at en samling personopplysninger utgjør et "personregister", er at opplysningene er lagret systematisk på en slik måte at man kan gå inn i registeret og finne igjen opplysninger om den enkelte person. Et kortregister eller et arkiv med hengemapper er etter dette et "personregister" dersom det er ordnet etter personers navn, fødselsnummer, e.l., derimot ikke hvis det er ordnet etter journalnummer, saksområde, e.l., og det ikke er noen "nøkkel" som gjør at man kan finne fram til personer."

1.3.2 Schartum/Bygrave (2006)

1.3.2.1 Mandatet

Utredningene er bedt om å vurdere begrepet "personregister", i det minste i den utstrekning dette er nødvendig for å kunne vurdere hva som skal anses som "behandling av personopplysninger".

1.3.2.2 Vurderinger og forslag til endringer

Utredningene mener det er grunn til å klargjøre og avgrense registerbegrepet nærmere, blant annet ved å innta gjenfinningskriteriet som en del av personregisterbegrepet. Det anføres at det bør komme klarere frem at for at en systematisering skal kunne ha rettslig relevans, skal den ha effekt i forhold til gjenfinningsmuligheten, jf. rapporten side 26. Dersom det kun er opplysninger om et lite antall personer, vil det være like lett å finne opplysningen uten register som med en registersystematisering. Utredningene avstår imidlertid fra å angi hvilket antall personer som bør utgjøre en nedre grense for hva som kan regnes som et register.

Utredningenes forslag til definisjon av "personregister" finnes i rapporten på side 191 (radikalt lovforslag) og på side 209 (moderat lovforslag).

1.3.3 Departementets foreløpige merknader

Departementet bemerker at nye og fleksible søkeverktøy gjør det mulig å søke og innhente opplysninger som ikke finnes i en tradisjonell registerstruktur. Dette ble også poengtert i Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 23, der personregisterlovens anvendelsesområde ble drøftet:

"Det har ved flere anledninger vært pekt på at lovens personregisterbegrep er blitt mindre hensiktsmessig som avgrensningskriterium, ettersom den teknologiske utviklingen har gjort det stadig enklere å finne frem til opplysninger uten at de er lagret systematisk."

Dette er noe av bakgrunnen for at personopplysningslovens saklige virkeområde omfatter all behandling av personopplysninger som skjer med elektroniske hjelpemidler, uavhengig av om disse inngår i et register, jf. § 3 første ledd bokstav a. Departementet har fått signaler om at det er ønskelig at det vurderes om også selve personregisterbegrepet i § 2 nr. 3 bør fange opp problemstillingen knyttet til nye søkeverktøy som virker på tvers av den tradisjonelle registerstrukturen. Departementets foreløpige vurdering er at det ikke er behov for noen utvidelse av registerbegrepet, da begrepet kun har betydning som avgrensningskriterium når personopplysninger behandles manuelt. Det bes likevel om høringsinstansenes innspill.

Departementet er enig med utredningene i at det bør fremgå at gjenfinningskriteriet er en del av personregisterbegrepet. Departementet mener imidlertid at dette til en viss grad fremgår også i dag, jf. formuleringen "lagret systematisk *slik* at opplysninger om den enkelte kan finnes igjen".

Det følger i tillegg av praksis at det i dag er en nedre grense for når det kan sies å foreligge et register, jf. nevnte Rt. 1991 side 616. Høyesterett uttalte at man hadde problemer med å finne holdepunkter i loven eller lovforarbeidene for at to videoopptak skulle kunne ansees som personregistre og dermed være undergitt konsesjonsplikt etter loven. Opptakene kunne vanskelig sies å innebære noen registrering eller systematisering av personopplysninger. Disse uttalelsene må anses å gi uttrykk for gjeldende rett, og det er ikke sikkert at det er nødvendig med en nærmere presisering i loven.

Det finnes også praksis fra tilsynsorganene som belyser gjenfinningskriteriets innhold. Personvernemnda kom i sak PVN-2005-01, om en advokats lydopptak av samtaler med motparten, til at opptaket ikke representerte noe personregister, blant annet under henvisning til Rt. 1991 side 616. Gjenfinningskriteriet fordret at registeret var systematisert på en slik måte at det var mulig å finne frem opplysninger om de registrerte enkeltpersoner. Kriteriet var ikke oppfylt når opptakene måtte avspilles for å finne opplysninger. For nærmere omtale av saken, se punkt 2.1.2 nedenfor.

Uansett er det ikke gitt at uttrykket ”systematiske fortegnelser (...)” som understøtter gjenfinningen av (...)” vil virke klargjørende.

Det kan reises spørsmål om uttrykket ”samling” er enklere og mer pedagogisk enn uttrykket ”fortegnelser”. Førstnevnte uttrykk benyttes i dansk og svensk lovgivning, jf. persondataloven § 3 nr. 3 og personoppgiftsloven § 5. Departementet mener under enhver omstendighet at det kan være hensiktsmessig å endre dagens ordlyd (”registre, fortegnelser m.v.”), da det å gjenta begrepet ”registre” i definisjonen av et personregister ikke belyser innholdet i noen særlig grad.

Departementet vil for øvrig nevne at man i Sverige og Danmark har lagt seg nærmere ordlyden i personverndirektivet artikkel 2 bokstav c. I Sverige benyttes formuleringen ”(...) strukturerat samling av personuppgifter som är tillgängliga för sökning eller sammanställning enligt särskilda kriterier”. Danmark har definisjonen ”Enhver struktureret samling af personoplysninger, der er tilgængelige efter bestemte kriterier, hva enten denne samling er placeret centralt, decentralt eller er fordelt på et funktionsbestemt eller geografisk grundlag”. I Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 102 ble det slått fast at også den gjeldende norske definisjonen har samme innhold som direktivet artikkel 2 bokstav c, selv om altså ordlyden avviker noe.

På bakgrunn av drøftelsene ovenfor antar departementet at personopplysningsloven § 2 nr. 3 for eksempel vil kunne lyde:

”personregister: en samling av personopplysninger som er lagret systematisk på en slik måte at opplysninger om den enkelte kan finnes igjen.”

1.4 Begrepet "behandlingsansvarlig"

1.4.1 Gjeldende rett

Etter personopplysningsloven § 2 nr. 4 er en behandlingsansvarlig definert som den som bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke hjelpemidler som skal brukes. I Ot. prp. nr. 92 (1998-99) side 102 er dette presisert slik:

"Den behandlingsansvarlige er den som alene eller sammen med andre har bestemmelsesrett over personopplysningene og den elektroniske behandlingen av disse."

En og samme behandling kan i enkelte tilfeller ha flere behandlingsansvarlige, jf. også formuleringen "alone or jointly with others" i personverndirektivet artikkel 2 bokstav d. Et overordnet organ kan for eksempel fastsette de overordnede formålene for behandlingen, mens et underordnet organ detaljerer formålet med behandlingen og velger praktiske hjelpemidler. Det uttales likevel i forarbeidene at det bør tilstrebes å plassere behandlingsansvaret i ett og samme organ, fortrinnsvis "der man har den daglige og mest omfattende befatningen med personopplysningene", jf. Ot. prp. nr. 92 (1998-99) side 103.

Både fysiske og juridiske personer kan inneha bestemmelsesrett og derved være behandlingsansvarlig, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 102. På side 103 i proposisjonen fremgår det imidlertid at det bare er personer som har sivilprosessuell partsevne, jf. lov 17. juni 2005 nr. 90 (tvisteloven) § 2-1, som kan være behandlingsansvarlig. Det er altså en forutsetning at vedkommende kan opptre som saksøkt i en tvist for domstolene. Kravet til partsevne er særlig begrunnet i at det kan bli nødvendig å bruke rettsapparatet for å gjennomføre krav mot den behandlingsansvarlige.

1.4.2 Schartum/Bygrave (2006)

1.4.2.1 Mandatet

Utrederne er bedt om å vurdere om definisjonen av "behandlingsansvarlig" er tilfredsstillende utformet, blant annet med tanke på den behandlingsansvarliges behov for å kunne forutsi sin rettsstilling. Det er også bedt om en vurdering av om det kan være hensiktsmessig at loven eller forskriften utpeker hvem som er behandlingsansvarlig, eventuelt med en karakteristikk av vedkommende hos de største og mest vanlige aktørene.

1.4.2.2 Vurderinger og forslag til endringer

Utrederne påpeker at definisjonen synes å forutsette at det *faktisk* er truffet bestemmelser om formål og hjelpemidler, jf. rapporten side 30. Det er uheldig dersom en juridisk person kan hevde at virksomheten ikke er ansvarlig for behandlingen på grunnlag av at den har latt være å utøve behandlingsansvar. Det foreslås at det presiseres at "behandlingsansvarlig" også betegner en posisjon med formell/potensiell rett til å bestemme over formål og hjelpemidler.

Utrederne mener at vertikal deling av behandlingsansvaret (mellom overordnet og underordnet organ) er uheldig og unødvendig, jf. rapporten side 32. Dersom et overordnet organ kan fastsette formål og hjelpemidler ved behandling av personopplysninger hos et underordnet organ, bør det overordnede organet alltid være den behandlingsansvarlige. Dersom det ikke foreligger slik instruksjonsmyndighet, kan heller ikke behandlingsansvaret plasseres i den overordnede organisatoriske enheten. Utrederne foreslår at det presiseres at behandlingsansvarlig er den som har bestemmelsesrett "i siste instans", jf. § 7 i det radikale lovforslaget. Videre foreslås det presisert at behandlingsansvaret kan delegeres til underordnede virksomheter som er underlagt instruksjonsmyndighet, uten at dette er ment å fritta den delegerende for ansvar, jf. lovutkastet § 7 tredje ledd.

Etter utrederne oppfatning er det kun i tilfeller der flere aktører som ikke står i under- eller overordningsforhold til hverandre samarbeider, at det bør være aktuelt med delt behandlingsansvar (horisontalt), jf. rapporten side 33. Et reelt felles behandlingsansvar forutsetter felles bestemmelser om en rekke forhold. I det radikale lovforslaget er det inntatt bestemmelser om minimumskrav til institusjonalisering av slikt samarbeid.

Utrederne drøfter om det kan være aktuelt å tildele behandlingsansvar i lov eller forskrift i større grad enn det er gjort i dag, jf. rapporten side 34. Utrederne mener at dette primært bør skje der det ikke er en overordnet offentlig myndighet på det aktuelle saksområdet eller dersom tildelingen gjelder privat virksomhet. Dette er begrunnet med at tildeling av ansvar i lov eller forskrift ikke eliminerer de overordningsforhold som eksisterer, og derfor uansett ikke fritar det overordnende organ for behandlingsansvaret.

Utrederne synes videre at det er behov for å tydeliggjøre og presisere hvilke roller den behandlingsansvarlige og dennes representant har, samt å tydeliggjøre definisjonen av "databehandler". Det vises til rapporten side 35-38.

Utrederne foreslår til definisjon av "behandlingsansvarlig" finnes i rapporten på side 194 (radikalt lovforslag) og på side 209 (moderat lovforslag).

1.4.3 Departementets foreløpige merknader

Personopplysningsloven oppstiller en rekke plikter og skranker for behandlingen av personopplysninger. Den behandlingsansvarlige er det primære pliktsubjektet etter loven, og både straffansvar og økonomisk ansvar er knyttet til vedkommende. Erfaringer viser at meningsinnholdet er uklart og at definisjonen byr på problemer for dem som skal bruke loven. I det følgende vil departementet knytte merknader til om det kan være hensiktsmessig å presisere nærmere i personopplysningsloven § 2 hvem som anses som behandlingsansvarlig.

Et spørsmål er om det kan være aktuelt å tildele behandlingsansvar i lov eller forskrift i større grad enn det er gjort i dag. Personverndirektivet gir i artikkel 2 d klart uttrykk

for at det kan fastsettes hvem som er behandlingsansvarlig i lov eller i medhold av lov. Utrederne påpeker at dette også er i samsvar med norsk praksis. I helseregisterloven 18. mai 2001 nr. 24 er for eksempel behandlingsansvaret for flere sentrale helseregistre lagt til Nasjonalt folkehelseinstitutt. Det fremgår av loven § 2 nr. 8 at databehandlingsansvarlig er

”... den som bestemmer formålet med behandlingen av helseopplysninger og hvilke hjelpemidler som skal brukes, hvis ikke databehandlingsansvaret er særskilt angitt i loven eller i forskrift i medhold av loven”.

Angivelsen i siste del av setningen innebærer altså et unntak fra utgangspunktet om at det avgjørende er hvem som bestemmer over formål og virkemidler. Behandlingsansvaret, og dermed bestemmelsesretten, vil flyttes over på den som er særskilt utpekt i lov eller forskrift. Departementet deler ikke utredernes oppfatning om at slik tildeling av behandlingsansvar kun bør skje der det ikke eksisterer en overordnet offentlig myndighet. Dersom behandlingsansvaret først er tildelt i lov eller forskrift, er det lite naturlig å rette krav mot overordnet organ, med mindre det underordnede organ ikke har partsevne.

En presisering av hvem som er behandlingsansvarlig i lov eller forskrift vil kunne bidra til å avhjelpe en eventuell usikkerhet omkring hvem som er behandlingsansvarlig. Det bes om høringsinstansenes synspunkter på om en slik løsning i større grad bør benyttes, herunder for hvilke områder, virksomheter og/eller organer dette kan være mest aktuelt.

På bakgrunn av drøftelsene ovenfor antar departementet at personopplysningsloven § 2 nr. 4 for eksempel vil kunne lyde:

”behandlingsansvarlig: den fysiske eller juridiske person som alene eller sammen med andre kan bestemme formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke hjelpemidler som skal brukes, dersom ikke behandlingsansvaret er særskilt angitt i lov eller i forskrift i medhold av lov.”

Det bes om høringsinstansenes syn.

2. Personopplysningslovens saklige virkeområde (§ 3)

2.1 Personopplysningsloven § 3 første ledd bokstav a

2.1.1 Innledning

Personopplysningsloven § 3 første ledd bestemmer at loven kommer til anvendelse på enhver behandling av personopplysninger som enten helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler (bokstav a), eller som inngår eller skal inngå i et personregister (bokstav b). Hva som skal anses som et ”personregister” etter bokstav

b, fremgår av personopplysningsloven § 2 nr. 3, jf. punkt 1.3 ovenfor, og vil ikke bli omtalt ytterligere her. Hva som skal anses som en behandling som helt eller delvis skjer med "elektroniske hjelpemidler" etter bokstav a kan imidlertid også by på tolkingstvil. Denne problemstillingen er kun kort berørt av Schartum/Bygrave (2006) på side 26 i fotnote nr. 42. Blant annet på bakgrunn av Personvernemndas sak PVN-2005-01 kan det imidlertid være grunn til å se nærmere på denne problemstillingen.

2.1.2 Personvernemndas sak PVN-2005-01

I Personvernemndas sak PVN-2005-01 hadde en advokat foretatt opptak av telefonsamtaler med en motpart. Opptakene ble foretatt med en borddiktafon ved hjelp av telefonens høyttalerfunksjon og deretter lagret på kassetter. Personvernemnda kom til at lydopptakene ikke representerte noe personregister etter personopplysningsloven § 3 første ledd bokstav b, og måtte derfor ta stilling til om det var snakk om en behandling som var foretatt med "elektroniske hjelpemidler".

Nemnda diskuterte først om begrepet "elektroniske hjelpemidler" bare omfatter hjelpemidler med søke- eller gjenfinningsmuligheter, jf. sak PVN-2005-01 punkt 6.3:

"Personvernemnda har søkt å finne kriterier for når opptaksutstyr for lyd skal karakteriseres som "elektroniske hjelpemidler". Det kriterium som fremheves i forarbeidene, er "gjenfinningskriteriet", hvor "[s]økbarhet vil være et sentralt moment", det vil altså si at dette er et kriterium som også brukes for å bestemme når man har å gjøre med "elektroniske hjelpemidler" etter personopplysningsloven § 3, 1.ledd litra a."

Nemnda var imidlertid i tvil om dette synspunktet i forarbeidene er i overensstemmelse med ordlyden i personverndirektivet artikkel 3 nr. 1 ("processing of personal data wholly or partly by automatic means"), slik denne er forstått av Artikkel 29-arbeidsgruppen og andre land som har gjennomført direktivet (jf. punkt 6.3):

"Det foreligger en "opinion" fra Article 29 Data Protection Working Party. Denne uttalelsen angir nokså entydig at gjenfinningskriteriet *ikke* skal legges til grunn når man bestemmer direktivets saklige virkeområde...

(...)

Personvernemnda viser til bestemmelser i finsk, svensk og tysk lovgivning som implementerer direktivets kriterium "by automatic means", dvs det samme kriterium som i norsk rett er implementert i personopplysningsloven § 3, 1.ledd litra a. Disse bestemmelsene i andre lands lov bygger i hovedsak på et annet kriterium enn gjenfinningskriteriet, nemlig om det benyttes automatiske system, noe som svarer nokså nøye til direktivets engelske ordlyd. Det vil si at man legger avgjørende vekt på om behandlingen skjer automatisk, uten intervensjon av mennesker. Fjernsynsovervåking vil da rammes, mens f.eks opptak med et håndholdt videokamera ville falle utenfor."

Avgjørende for om noe er et elektronisk hjelpemiddel etter personopplysningsloven § 3 første ledd bokstav a er således, etter nemndas oppfatning, om hjelpemidlet innebærer en ren automatisk behandling uten noen form for menneskelig styring. Et lydopptak

som ble startet og stanset manuelt måtte derfor anses å falle utenfor personopplysningslovens saklige virkeområde, jf. punkt 6.3:

”På denne bakgrunn er Personvernemnda kommet til at når lydopptak startes og stanses manuelt, kan dette ikke anses å ha skjedd med ”elektroniske hjelpemidler” selv om opptakeren teknisk sett må karakteriseres som elektronisk, og uansett om opptaket er digitalt eller analogt.”

2.1.3 Departementets foreløpige merknader

Departementet mener det kan reises spørsmål om nemnda i ovennevnte sak har lagt til grunn en for streng fortolking av begrepet ”elektroniske hjelpemidler” i personopplysningsloven § 3 første ledd bokstav a. Verken personverndirektivets ordlyd eller formuleringen ”automatic means”, som er benyttet i den engelske oversettelsen av direktivet, trekker entydig i retning av et krav om at behandlingsprosessen må være fullstendig automatisert, uavhengig av den tekniske/elektroniske løsningen. I tillegg mener departementet at viktige personvernmessige hensyn taler imot en slik tolking. Svært mange elektroniske behandlinger vil på en eller annen måte ha et element av menneskelig intervensjon, og det fremstår lite ønskelig at alle disse skal falle utenfor personopplysningsloven. Behandling av personopplysninger som innebærer at PC benyttes må for eksempel være omfattet av loven, selv om en bruk av PC normalt fordrer en eller annen form for menneskelig aktivitet.

Departementet kan heller ikke se andre europeiske land har oppstilt noe krav om en fullstendig automatisert prosess i sine lover. Av den danske persondataloven § 1 stk. 1 fremgår for eksempel at loven gjelder for behandling av personopplysninger ”... som helt eller delvis foretages ved hjælp af elektronisk databehandling”, mens svensk personuppgiftslag 4 § 1. stk. bestemmer at loven ”... gäller för sådan behandling av personuppgifter som helt eller delvis är automatiserad.”

Etter departementet syn gir formuleringen ”helt eller delvis” i personopplysningsloven § 3 første ledd bokstav a til en viss grad rom for en mer fleksibel tolking enn den nemnda har lagt til grunn. Det kan imidlertid likevel være aktuelt å endre lovens ordlyd slik at det kommer tydelig frem at ikke bare fullstendig automatiserte prosesser er omfattet av loven, for eksempel ved at bestemmelsen slår fast at personopplysningsloven gjelder behandlinger av personopplysninger

”... som helt eller delvis skjer automatisert med elektroniske hjelpemidler.”

Det bes om høringsinstansenes innspill.

2.2 Personopplysningsloven § 3 annet ledd

2.2.1 Gjeldende rett

Av personopplysningsloven § 3 annet ledd fremgår at personopplysninger som behandles for rent personlige eller private formål ikke er omfattet av loven. Etter

ordlyden er det formålet med behandlingen som er avgjørende, ikke hvorvidt behandlingen i seg selv er privat eller personlig. I tillegg må formålet være "rent" personlig eller privat. Publisering av opplysninger om personer som behandleren verken kjenner eller på annen måte står i relasjon til, vil derfor ikke være omfattet av unntaket.

Unntaket i personopplysningsloven § 3 annet ledd er både praktisk og viktig, noe som også ble fremhevet i forarbeidene til bestemmelsen, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 105:

"Bakgrunnen for unntaket er at også privatpersoner i stor grad gjør bruk av elektroniske hjelpemidler som f.eks PC'er til ulike personlige eller familiemessige gjøremål og fritidsaktiviteter, som f.eks å skrive brev eller dagbok, sende og motta korrespondanse, føre adresselister eller laste ned informasjon fra nettverk. De fleste slike aktiviteter vil være elektronisk behandling av personopplysninger, og dermed i utgangspunktet falle innenfor lovens saklige virkeområde. Det vil imidlertid kunne fremstå som et uønsket inngrep i den enkeltes privatliv om man skulle gi behandlingsregler som åpner for kontroll med slik behandling av personopplysninger som vedkommende foretar som privatperson."

Den nærmere rekkevidde av unntaket ble illustrert med eksempler, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 105:

"Også private hjemmesider på internett med informasjon av privat og personlig karakter vil omfattes av dette unntaket, jf punkt 10.5. Unntaket gjelder ikke for økonomisk aktivitet som overstiger det som er vanlig for fritidsaktiviteter. Eksempelvis omfattes ikke personopplysningsbehandling hos enkeltmannsforetak av unntaket. Heller ikke slik aktivitet som enkeltpersoner måtte foreta som ledd i engasjement for politiske eller ideelle organisasjoner omfattes av dette unntaket. For denne type virksomhet vil imidlertid unntaket i § 7 i lovforslaget knyttet til behandling av personopplysninger for journalistiske, herunder opinionsdannende, formål kunne ha betydning."

Unntaket har i sin bakgrunn i personopplysningsdirektivet artikkel 3 nr. 2, og ble drøftet av EF-domstolen i den såkalte Lindqvist-dommen 6. november 2003 (C-101/01). Saken gjaldt en svensk kvinne som i forbindelse med konfirmasjonsforberedelser hadde opprettet en hjemmeside på Internett for å gjøre det lett for menighetsmedlemmer å få tak i nyttig informasjon. Sidene inneholdt opplysninger om kvinnen selv og flere av hennes kolleger i sognet; blant annet ble navn, arbeidsoppgaver og fritidsinteresser nevnt. Det ble også opplyst at en kvinnelig kollega hadde skadet foten og var delvis sykmeldt. Ingen av de ansatte hadde fått informasjon om siden eller fått anledning til å samtykke i publiseringen på forhånd. Noen av de ansatte uttrykte misnøye med publiseringen, og kvinnen anmeldte seg selv til politiet for å få en gjennomgang av lovligheten av sine handlinger.

Den svenske domstolen som behandlet saken forela en rekke spørsmål for EF-domstolen. Ett av disse var om behandlingen falt innenfor unntaket i

personverndirektivet artikkel 3 nr. 2. EF-domstolen mente imidlertid at unntaket ikke kunne anvendes (premiss 47):

”Denne undtagelse skal derfor fortolkes således, at den udelukkende vedrører de aktiviteter, der indgår i den enkelte borgers privatliv eller familieliv, hvilket åbenbart ikke er tilfældet med hensyn til behandling af personoplysninger, som består i, at de offentliggøres på internettet, hvorved disse oplysningene bliver tilgængelige for et ubestemt antal personer.”

Som en følge av Lindqvist-dommen endret Datatilsynet sin praksis med å anse publiseringer på private hjemmesider på Internett som behandlinger omfattet av unntaket i personopplysningsloven § 3 annet ledd.

2.2.2 Schartum/Bygrave (2006)

2.2.2.1 Mandatet

Utrederne er bedt om å vurdere om personopplysningsloven § 3 annet ledd er i samsvar personverndirektivet og nyere rettspraksis, herunder Lindqvist-dommen.

2.2.2.2 Vurderinger og forslag til endringer

På bakgrunn av Lindqvist-dommen antar utrederne at det er behov for å endre ordlyden i personopplysningsloven § 3 annet ledd, jf. rapporten side 46-47. De mener dommen vanskelig kan forstås på noen annen måte enn at det er behandlingen som sådan, og ikke formålet, som er avgjørende for om unntaket i personverndirektivet artikkel 3 nr. 2 kommer til anvendelse. Dersom behandlingen for eksempel tilgjengeliggjør personopplysninger til et ubestemt antall personer – noe som ofte vil være tilfelle ved publisering av personopplysninger på Internett – kan ikke behandlingen anses som personlig eller privat, selv om behandleren subjektivt sett har et slikt formål.

Utrederne mener videre Lindqvist-dommen må forstås slik at behandlingskonteksten må være lukket for at unntaket skal komme til anvendelse – i betydning av at behandlingen må foregå innen en begrenset og antageligvis liten personkrets, jf. rapporten side 46. Det antas at begrepet ”privat aktivitet” i tilstrekkelig grad gir signal om dette, men at en eksemplifisering gjennom begrepene ”personlig” og ”familiemessig” også kan være hensiktsmessig.

Lindqvist-dommen gir etter utredernes syn ikke noe klart svar på om, og eventuelt i hvilken utstrekning, opplasting/publisering av personopplysninger på Internett kan tenkes å være omfattet av unntaket i personopplysningsloven § 3 annet ledd. Det er likevel rimelig å anta at det ved bruk av eksempelvis krypterings- og passordmekanismer er mulig å skape den nødvendige graden av privathet på nettet, jf. rapporten side 46. Forutsetningen er antakelig at antall personer med adgang til nettsiden ikke i betydelig grad overstiger det som ville typisk gjelde for en familie, husholdning eller nær vennekrets.

Utredningene foreslår til ny ordlyd i personopplysningsloven § 3 annet ledd finnes i rapporten side 192 (radikalt lovforslag) og side 210 moderat lovforslag).

2.2.3 Departementets foreløpige merknader

2.2.3.1 Justeringer i dagens ordlyd

Personverndirektivet er en del av EØS-avtalen, og Norge er rettslig forpliktet til å ha et regelverk som til enhver tid er i overensstemmelse med direktivet. Avgjørelser fra EF-domstolen om forståelsen av personverndirektivet, herunder Lindqvist-dommen, må derfor tillegges stor betydning ved utformingen av unntaksregelen i personopplysningsloven § 3 annet ledd.

Departementet er i utgangspunktet enig med utredningene i at det kan være aktuelt med en mindre justering av ordlyden i personopplysningsloven § 3 annet ledd, der man flytter fokus fra formålet med behandlingen til behandlingens karakter. Antagelig vil en slik endring gjøre det noe enklere for rettsanvenderen å vurdere om unntaket i personopplysningsloven § 3 annet ledd kommer til anvendelse, samtidig som det skaper større harmoni med EF-domstolens uttalelser i Lindqvist-dommen.

Utredningene foreslår videre at unntaket i personopplysningsloven § 3 annet ledd skal formuleres slik at det omfatter behandlinger som den enkelte foretar i rent personlige, familiemessige eller andre private aktiviteter, jf. rapporten side 47.

Etter departementets syn er det noe vanskelig å finne en formulering som tydelig får frem kjernen i unntaket, uten at dette går på bekostning av en generell formulering som tar høyde for rettslig utvikling.

I Sverige og Danmark har man kun valgt å benytte begrepet "privat" i loven for å markere behandlingen/aktivitetens karakter. Personoppgiftslagen 6 § taler om behandlinger "som en fysisk person utfør som ett led i en virksomhet av rent privat natur", mens persondataloven § 2 stk. 3 unntar fra loven behandlinger "som en fysisk person foretar med henblik på udøvelse af aktiviteter af rent privat karakter."

Personverndirektivet artikkel 3 nr. 2, synes derimot å ligge tettere opp mot utredningenes forslag. Her brukes formuleringen "purely personal or household activity". EF-domstolen har i Lindqvist-dommen også trukket inn familiebegrepet, unntaksregelen ble vurdert ut fra spørsmålet om behandlingen "indgår i den enkelte borgers privatliv eller familieliv".

Departementet er foreløpig av den oppfatning at dagens formulering i personopplysningsloven § 3 annet ledd, hvor unntaket er knyttet til "personlige" eller andre "private" behandlinger, i tilstrekkelig grad får frem det familieaspektet som direktivet antyder.

Etter dette antar departementet at bestemmelsen for eksempel kan gis følgende ordlyd:

”Loven gjelder ikke behandling av personopplysninger som den enkelte foretar som ledd i rent personlige eller andre private aktiviteter.”

Det bes om høringsinstansenes syn.

2.2.3.2 Særlig om publiseringer på Internett

Publisering av personopplysninger på Internett reiser flere problemstillinger i forhold til personopplysningslovens virkeområde. I punkt 5.3 nedenfor drøftes spørsmålet i forhold til overføring av personopplysninger til utlandet. Når det gjelder lovens saklige virkeområde, kan det hevdes at EF-domstolens avgjørelse i Lindqvist-dommen tilsier at unntaket i personopplysningsloven § 3 annet ledd sjelden vil kunne komme til anvendelse ved publisering av personopplysninger på Internett. Selv om opplysningene skulle være av personlig eller annen privat karakter, vil en publisering på Internett normalt medføre at opplysningene blir tilgjengelig for alle. Behandlingen som sådan vil dermed miste sin private karakter.

Utredningene antyder likevel at unntaket kan tenkes anvendt der man ved for eksempel krypterings- og passordmekanismer skaper den nødvendige graden av lukkethet, jf. rapporten side 46. En slik tanke kan ha mye for seg ved private hjemmesider på nettet, der besøkende ikke får adgang til nettstedet uten kjennskap til passord eller lignende. Vanskelig grensespørsmål kan imidlertid oppstå med hensyn til hvem og hvor mange som kan ha tilgang til passordet og nettsiden, før aktiviteten ikke lenger har tilstrekkelig privat karakter.

Også ved nettsamfunn som Facebook, Nettby, Twitter og lignende, vil det kunne bli spørsmål om unntaket i personopplysningsloven § 3 annet ledd kan komme anvendelse. Behandlingen av personopplysninger vil her både kunne gjelde publisering av faktiske opplysninger og opplasting av personlige bilder. Dersom nettsamfunnet har mange deltakere, og medlemskap i tillegg er enkelt å oppnå, er det i utgangspunktet vanskelig å se for seg at behandlingen kan være av tilstrekkelig privat karakter. Selv om det kreves passord for å delta i nettsamfunnet, vil dette ofte være passord som deltakerne har laget selv i forbindelse med registreringsprosessen.

Annerledes kan det muligens stille seg der nettsamfunnets størrelse er lite og det føres kontroll med hvem som kan bli medlem. Utredningene anser det rimelig å anta at antall personer som har tilgang til de aktuelle personopplysningene ikke i betydelig grad kan overstige det som ville gjelde for en familie, husholdning eller nær vennekrets, jf. rapporten side 46. I så fall vil dette ekskludere de aller fleste nettsamfunn av en viss størrelse, uansett hvor strenge kontrollkriterier man har for hvem som kan bli medlem. En helt konkret vurdering kan muligens likevel tilsi at et noe større nettsamfunn kan tenkes å falle utenfor loven. Selv om behandlingens private karakter og kontekst nesten alltid vil være knyttet til hvor mange som har adgang til behandlingen, kan neppe utelukkes at også andre faktorer enn dette i enkelte tilfeller vil kunne være avgjørende.

Departementet mener både praktiske og pedagogiske hensyn kan tilsi at unntaket i personopplysningsloven § 3 annet ledd blir supplert med en regel som sier noe om i hvilken grad publiseringer på Internett kan skje uten at loven kommer til anvendelse. Det har sine klare fordeler å ha en teknologinøytral lov, men dette må til enhver tid veies opp mot behovet for tydelige regler for behandlinger som både er utbredt og som ofte reiser personvernmessige utfordringer.

På bakgrunn av drøftelsen ovenfor antar departementet at nytt annet punktum i personopplysningsloven § 3 annet ledd for eksempel kunne lyde:

”Dette gjelder likevel ikke behandlinger som innebærer publisering av personopplysninger på Internett, med mindre det kun er en konkret og begrenset krets av personer har tilgang til opplysningene.”

Det bes om høringsinstansenes innspill.

3. Ytringsfrihet og personvern (§ 7)

3.1 Gjeldende rett

3.1.1 Personopplysningsloven § 7

Personopplysningsloven § 7 lyder som følger:

”For behandling av personopplysninger utelukkende for kunstneriske, litterære eller journalistiske, herunder opinionsdannende, formål gjelder bare bestemmelsene i §§ 13-15, § 26, §§ 36-41, jf. kapittel VIII.”

Bestemmelsen skal hindre at personopplysningsloven i for stor grad griper inn i ytringsfriheten. Det overordnede spørsmålet blir hvilke unntak som kan og må gjøres fra lovens alminnelige regler for å gi ytringsfriheten ”tilstrekkelig albuerom”, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 79.

Unntaket ”journalistiske formål” knytter seg til virksomhetens art, ikke til hvilken formell eller yrkesmessig status den behandlingsansvarlige har. Unntaket gjelder ikke bare for journalister, men for enhver persons behandling av personopplysninger for journalistiske formål. Det fremgår av lovforarbeidene at den nærmere grensedragningen må finne sted gjennom praktiseringen av loven, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 82. Det må da legges vekt på at formålet med direktivbestemmelsen er å verne ytringsfriheten, noe som blant annet innebærer at man skal kunne ta imot og spre opplysninger og tanker uten innblanding av offentlige myndigheter. Det gjør at begrepet «journalistiske formål» gis et vidtrekkende innhold.

Uttrykkene ”kunstneriske” og ”litterære” formål er i følge forarbeidene delvis overlappende. De omfatter blant annet innhenting og registrering av

personopplysninger for å kunne lage filmer, skuespill, revyer og lignende, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 108.

Det er kun når personopplysninger behandles ”utelukkende” for slike formål at unntaket er aktuelt. I så tilfelle vil bare en liten del av lovens bestemmelser komme til anvendelse. Dette gjelder blant annet reglene om informasjonssikkerhet, internkontroll og fjernsynsovervåking. Det gjøres derimot unntak fra lovens mest sentrale regler, herunder reglene om meldeplikt, innsyn, retting, sletting, varsling, samt kravene til saklighet, relevans og formålsangivelse.

Personverndirektivet artikkel 9, som § 7 har sitt utgangspunkt i, har en noe annen utforming:

”Member states shall provide for exemptions or derogations from the provisions of this Chapter, Chapter IV and Chapter VI for the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression only if they are necessary to reconcile the right to privacy with the rules governing freedom of expression.”

Siste del av bestemmelsen gir uttrykk for et proporsjonalitetsprinsipp, der hensynet til privatlivets fred må veies opp mot hensynet til ytringsfriheten. De rettighetene som da skal balanseres er nærmere spesifisert i direktivets fortale henholdsvis punkt 10 og 37. Her vises det uttrykkelig til både artikkel 8 om personvern og artikkel 10 om ytringsfrihet i den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). Bestemmelsen i personopplysningsloven § 7 inneholder ikke en formulering tilsvarende den i artikkel 9 som uttrykker proporsjonalitetsprinsippet.

EFTA Surveillance Authority (ESA) stilte i brev 28. november 2002 spørsmål om personopplysningsloven § 7 går for langt i forhold til personverndirektivet artikkel 9. Bakgrunnen for spørsmålet var at proporsjonalitetsprinsippet ikke er inkorporert uttrykkelig i § 7. Ved utelatelsen av en slik formulering syntes ESA å anta at den norske bestemmelsen åpner for en urettmessig vektlegging av hensynet til ytringsfriheten på bekostning av personvern hensyn.

I svarbrev til ESA 18. februar 2003 ga departementet uttrykk for at direktivet ikke kan forstås slik at medlemsstatene er forpliktet til å inkorporere nevnte formulering i unntaksbestemmelsen. Hensikten med formuleringen er heller at de unntak som fastsettes av medlemsstatene må være et resultat av en tilstrekkelig proporsjonalitetsvurdering. Det ble videre gitt uttrykk for at det til en viss grad må være opp til medlemsstatene å avstemme hensynet til personvern og ytringsfrihet opp mot hverandre. I den prosessen må statene ta i betraktning sine internasjonale forpliktelser i henhold til EMK. Bestemmelsene i § 7 må dessuten ses i samsvar med de begrensninger som følger av andre lover og yrkesetiske kodekser.

Skauge-utvalget foreslo opprinnelig at proporsjonalitetsprinsippet skulle inkorporeres i unntaksbestemmelsen, jf. forslag til § 5 i NOU 1997:19 side 237:

”Loven gjelder for behandling av personopplysninger som utelukkende finner sted i journalistisk øyemed eller for kunstnerisk eller litterær virksomhet. Det skal gjøres unntak fra bestemmelsene i den grad det er nødvendig for å forene hensynet til ytringsfrihet med hensynet til personvern.”

Formuleringen i annet punktum ble imidlertid utelatt i det endelige lovforslaget, etter å ha mottatt kraftig kritikk i høringsrunden. Kritikken mot Skauge-utvalgets forslag skyldtes i stor grad det faktum at utvalget la opp til en ”åpen” unntaksbestemmelse som overlot til brukerne av loven å definere hvilke av lovens bestemmelser det skulle avgrenses mot ved å veie hensynet til ytringsfrihet opp mot hensynet til personvernet.

3.1.2 Andre bestemmelser om ytringsfrihet og personvern

Personopplysningsloven § 7 er ikke den eneste lovbestemmelsen som har en side til ytringsfrihet i norsk rett. Grunnloven § 100 om ytringsfrihet er en sentral bestemmelse i denne sammenheng. Det finnes ikke en tilsvarende bestemmelse om personvern i Grunnloven.

Sentral er også EMK, som er inkorporert i norsk rett gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven). EMK Artikkel 8 regulerer personvernet og artikkel 10 nedfeller retten til ytringsfrihet. Det fremgår av annet ledd i artiklene 8 og 10 at ingen av disse rettighetene er absolutte. Etter menneskerettsloven § 3 skal konvensjonen i tilfelle motstrid gå foran andre lover.

Enkelte av straffelovens bestemmelser vil også kunne begrense ytringsfriheten, herunder § 390 om krenkelse av privatlivets fred, § 390 a om hensynsløs atferd, samt §§ 246 og 247 om ærekrenkelser. I Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 er det foreslått å avkriminalisere ærekrenkelser. Det er imidlertid foreslått å videreføre §§ 390 og 390 a, jf. henholdsvis forslag til ny § 267 og § 266.

Åndsverkloven § 45 regulerer adgangen til å offentliggjøre bilder av personer. Her vernes altså den enkeltes rett til eget bilde.

3.1.3 Rettspraksis

3.1.3.1 Norsk rettspraksis

Det finnes ingen høyesterettspraksis om personopplysningsloven § 7. Forholdet mellom personvern og ytringsfrihet har blitt drøftet i tilknytning til andre bestemmelser, særlig som et ledd i rettsstridsvurderingen i saker om ærekrenkelse, jf. straffeloven §§ 246 og 247, eller krenkelse av privatlivets fred, jf. straffeloven § 390. Aktuelle dommer er Rt. 2003 side 928 (”Tønsberg blad”), Rt. 2003 side 1190, Rt. 2005 side 1677, Rt. 2007 side 687 (”Big Brother”), Rt. 2008 side 489 (Plata”) og Rt. 2008 side 1089. Praksis viser at det i saker om forholdet mellom personvern og ytringsfrihet må

foretas en skjønnsmessig avveining av flere momenter, tilsvarende den som foretas av EMD.

3.1.3.2 Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

Medlemsstatene må ta i betraktning sine internasjonale forpliktelser i henhold til EMK når hensynet til personvern og ytringsfrihet avstemmes opp mot hverandre. Det er åpenbart at EMDs praksis også vil ha betydning i relasjon til personopplysningsloven § 7.

For nærmere gjennomgåelse av praksis fra EMD vises det til Schartum/Bygrave (2006) side 72-76, samt til Personvernkommisjonens rapport om medier og personvern 9. oktober 2008 side 15-19, inntatt på følgende nettside:

<http://www.personvernkommisjonen.no/docs/medierogpv.pdf>

3.1.3.3 Personvernemndas praksis

Personvernemnda har flere ganger tatt stilling til om konkrete ytringer oppfyller vilkårene i § 7, og derfor kan unntas lovens alminnelige regler.

Sak PVN-2005-03 gjaldt nettsider som inneholdt kritiske kommentarer til behandlingen av barnevernssaker, samt liste over personer som hadde hatt befatning med konkrete saker. To personer ønsket sitt navn fjernet fra listen. Personvernemnda mente at nettstedet representerte en virksomhet med utelukkende opinionsdannende formål. Behandlingen av personopplysninger på nettstedet falt inn under unntaket i § 7, og kravet om sletting ble derfor ikke tatt til følge. I nevnte avgjørelse la for øvrig nemnda vekt på Grunnloven § 100 og EMK.

Nemnda kom til samme resultat i sak PVN-2007-05. Saken gjaldt publisering av personopplysninger om fosterforeldre på en nettside. Nemnda fant at opplysninger om fosterforeldres oppførsel og utseende var å betrakte som ytringer med "utelukkende opinionsdannende formål". Dette lå innenfor ytringsfrihetens rammer.

I sak PVN-2006-02 ønsket klager å få sine leserinnlegg på et nettbasert debattforum tilhørende en regionsavis slettet. Personvernemnda kom, i likhet med Datatilsynet, til at de ulike debattantenes ytringer ikke hadde annet formål enn å påvirke opinionen og diskusjonen i den alminnelige samfunnsdebatt. Personopplysningslovens bestemmelser om sletting kom derfor ikke til anvendelse.

3.2 Schartum/Bygrave (2006)

3.2.1 Mandatet

Utrederne er bedt om å vurdere om dagens regulering gir en tilfredsstillende avveining mellom de ulike hensyn som gjør seg gjeldende, samt om det er behov for å justere § 7 som følge av Norges internasjonale forpliktelser. Departementet har også bedt

utrederne om å undersøke omfanget av problemstillingen i praksis, særlig knyttet til bruk av Internett. Utrederne er videre bedt om vurdere om dagens strafferettslige reaksjoner er tilstrekkelige eller om Datatilsynet bør få en mer sentral rolle i håndhevingen av sanksjoner som retter seg mot overtramp på nettet.

3.2.2 Vurderinger og forslag til endringer

Utrederne mener det er høyst tvilsomt om personverndirektivet artikkel 9 oppstiller et krav om at tilsvarende bestemmelser i nasjonal lovgivning skal inneholde en formulering om proporsjonalitetsprinsippet, jf. rapporten side 70:

”Poenget med artikkel 9 er å sikre at medlemsstatene selv overholder proporsjonalitetsprinsippet når de vurderer hvilke unntak som skal implementeres. Etter vår mening er det ikke påkrevd at det skjer en proporsjonalitetsvurdering etter at unntak er nedfelt i lovgivning så lenge unntakene selv er blitt utformet i henhold til prinsippet. Proporsjonalitetsprinsippet kan med andre ord være forbeholdt lovgiver; de trenger ikke å bli fortløpende gjennomført i forhold til enhver behandling av eksempelvis tilsynsmyndigheter eller behandlingsansvarlige.”

Utrederne drøfter deretter om unntakene i § 7 er utformet i henhold til proporsjonalitetsprinsippet. De påpeker at § 7 ikke innebærer en ”carte blanche” til publisering av enhver type personopplyninger som ledd i journalistisk, kunstnerisk eller litterær virksomhet, men at en rekke bestemmelser i annen lovgivning kommer til anvendelse, jf. rapporten side 71. Utrederne peker videre på at proporsjonalitetsprinsippet med tilhørende vurderinger i stor grad bygger på forholdet mellom EMK artikkel 8 om personvern og artikkel 10 om ytringsfrihet, jf. rapporten side 72. Utrederne finner ikke, ut fra vurderingen av EMDs samlede praksis om forholdet mellom EMK artikkel 8 og 10, holdepunkter for å hevde at det må eller bør skje en justering av personopplysningsloven § 7. Avveiningen mellom personvern hensyn og hensynet til ytringsfriheten som personopplysningsloven § 7 representerer, ligger trygt innenfor grensene satt av EMK og personverndirektivet artikkel 9, jf. rapporten side 78.

Utrederne mener også at § 7 er hensiktsmessig utformet, jf. rapporten side 78. De peker blant annet på at formålskategoriene ”kunstneriske”, ”litterære” og ”journalistiske” er diffuse nok til at anvendelse av bestemmelsen kan justeres noe i henhold til proporsjonalitetsvurderingen som direktivet artikkel 9 og EMK legger opp til. Utrederne mener dessuten at utdypingen av ordet ”journalistiske” ved tilføyelse av ”opinionsdannende” er svært heldig, fordi sistnevnte ord peker i retning mot det sentrale momentet i avveiningen mellom personvern og ytringsfrihet.

Utrederne peker deretter på at Datatilsynet har vært tilbakeholdne med å ta stilling til om behandling av personopplysninger kan subsumeres under unntakene i § 7. Det settes spørsmålstegn ved Datatilsynets vilje til å prøve grensene for dets kompetanse i forhold til behandling av personopplysninger i grenselandet mellom ytringsfrihet og personvern. Utrederne ber departementet vurdere tilsynets kompetanse.

Når det gjelder beskyttelse i forhold til nettpublisering, slår utrederne fast at det finnes flere regler med potensial til å bekjempe bruk av Internett som på en uakseptabel måte krenker personlig integritet. Disse er imidlertid plassert nokså spredd i lovverket og det er knyttet usikkerhet til anvendelsen av enkelte av dem. Spesielt stilles det spørsmål om spredning via Internett er å anses som "offentlig meddelelse" etter straffeloven § 390.

3.3 Departementets foreløpige merknader

3.3.1 Proporsjonalitetsprinsippet

Selv om § 7 ikke inneholder en formulering om proporsjonalitetsprinsippet, er avveiningen mellom personvern og ytringsfrihet kommet til uttrykk gjennom anvendelsen av dette prinsippet, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 79-82. Enkelte bestemmelser er unntatt fordi anvendelse ville være vanskelig å forene med pressens kildevern, deriblant varslingsreglene og bestemmelser om rett til innsyn. Andre er unntatt fordi anvendelse ville kunne innebære en risiko for forhåndssensur, herunder konsesjonsreglene og regler om retting og sletting. Atter andre er unntatt fordi deres anvendelse ville ha liten selvstendig nytteverdi for personvernet, for eksempel reglene om meldeplikt. Bestemmelsene om internkontroll og sikring av personopplysninger kommer derimot til anvendelse, da disse er viktige fra et personvernsperspektiv og heller ikke griper inn i ytringsfriheten.

Departementet mener proporsjonalitetsprinsippet er lojalt ivaretatt slik § 7 er utformet, dels gjennom hvilke lovbestemmelser som kommer til anvendelse når behandlingen har kunstneriske, litterære eller journalistiske formål og dels ved at de vide formålskategoriene åpner for at anvendelsen av bestemmelsen kan justeres i henhold til proporsjonalitetsvurderingen.

Heller ikke Danmark og Sverige har inntatt proporsjonalitetsprinsippet i sine tilsvarende bestemmelser, jf. persondataloven § 2 stk. 10 og personoppgiftslagen 7 § 2. stk. Også de nøyer seg med en konkret angivelse av hvilke bestemmelser som kommer eller ikke kommer til anvendelse når behandlingen har kunstneriske, litterære eller journalistiske formål. Det er imidlertid i tillegg fastsatt uttrykkelig at lovene ikke kommer til anvendelse dersom det vil være i strid med ytringsfriheten, jf. persondataloven § 2 stk. 2 og personoppgiftslagen 7 § 1 stk., noe som innebærer at hensynet til personvernet må veies opp mot hensynet til ytringsfriheten.

3.3.2 Datatilsynets kompetanse i saker som gjelder personopplysningsloven § 7

Et annet spørsmål er om Datatilsynet har vært for tilbakeholdne med å ta stilling til om § 7 kommer til anvendelse.

I sak PVN-2005-03 valgte Datatilsynet å ikke ta stilling til om behandling av personopplysninger var gjort for opinionsdannende formål eller ikke. Tilsynet poengterte at det hadde avvist saken, med den begrunnelse at det fant at ytringene lå i grenseområdet mellom ytringsfrihet og personvern. Tilsynet baserte sin avgjørelse på

at inngrep i ytringsfriheten etter legalitetsprinsippet og EMK artikkel 10 (2) forutsetter klar hjemmel. Datatilsynet mente at personopplysningsloven § 7 ikke ga klar nok hjemmel i saken. Personvernemnda la derimot til grunn at den måtte vurdere hvorvidt § 7 kom til anvendelse. Dette er i ettertid lojalt fulgt opp av Datatilsynet, som har vurdert spørsmålet blant annet i sakene PVN-2005-14, PVN-2006-02, PVN-2007-03 og PVN-2007-05.

Departementet viser til at § 42 tredje ledd nr. 3 gir Datatilsynet hjemmel til å kontrollere at lover og forskrifter som gjelder for behandling av personopplysninger blir fulgt. Dette tilsier at tilsynet også må kunne ta stilling til om en konkret behandling faller inn under unntaksbestemmelsen i § 7.

3.3.3 Personvernemndas tolkning av personopplysningsloven § 7

Departementet vil videre knytte noen kommentarer til Personvernemndas praktisering av § 7. Det kan anføres at unntaksbestemmelsen i § 7 i praksis har gjort et for stort innhugg i hovedregelen på bekostning av personvernet. Departementet har inntrykk av at vurderingstemaet i slike saker gjerne har vært om ytringen kan sies å være opinionsdannende, jf. for eksempel PVN-2005-03 og PVN-2007-05. Vilkårene i § 7 om at en behandling må ha utelukkende kunstneriske, litterære eller journalistiske formål for å unntas fra lovens sentrale regler, synes samtidig å ha kommet i bakgrunnen. Det kan nærmest virke som om begrepet "opinionsdannende" er forstått som et selvstendig vilkår, uten at det er grunnlag for det i bestemmelsens ordlyd. Dette har gitt seg utslag i at tilsynsorganene har vært tilbakeholdne med å gripe inn også i saker hvor publisering av personopplysninger åpenbart har hatt til hensikt å henge ut enkeltpersoner og/eller hevne en opplevd urett.

Departementet vurderer å fjerne begrepet "opinionsdannende" fra bestemmelsen. Departementet ser at begrepet peker hen på det sentrale momentet i avveiningen mellom personvern og ytringsfrihet i EMDs praksis om EMK artikkel 8 og 10. Likevel har begrepet "opinionsdannende" spilt en større rolle i praksis enn det opprinnelig var forutsatt å gjøre og trukket fokus vekk fra vilkårene i § 7. En slik endring vil bringe vilkårene tydeligere frem og åpne for en strengere håndheving av unntaket. Det bes om høringsinstansenes synspunkter.

3.3.4 Alternative forslag til ordlyd

Departementets har ennå ikke tatt stilling til hvilken utforming § 7 bør få, men vil nøye seg med å skissere enkelte alternative løsninger.

Et alternativ er å la personopplysningsloven § 7 bli stående uendret og således videreføre dagens ordning. Utrederne har argumentert for en slik løsning, jf. rapporten side 78.

Et annet alternativ er å fjerne begrepet "opinionsdannende", jf. ovenfor i punkt 3.3.3.

Et tredje alternativ er å innta en henvisning til ytringsfriheten, slik det er gjort i våre naboland. Det bemerkes at selv om proporsjonalitetsprinsippet er ivaretatt ved angivelsen av hvilke konkrete bestemmelser som kommer til anvendelse, utelukker ikke dette at det i tillegg inntas en henvisning til ytringsfriheten.

Personopplysningsloven § 7 kan for eksempel få et nytt annet punktum med følgende ordlyd:

”Loven kommer likevel ikke til anvendelse der dette vil være i strid med ytringsfriheten.”

Det bes om høringsinstansenes syn.

3.3.5 Straffelovens anvendelse på spredning av opplysninger via Internett

Utredningene har gitt uttrykk for at det er tvilsomt om straffeloven § 390 kan anvendes i forhold til spredning av opplysninger via nettet, jf. rapporten side 77. I Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) om lov om endringer i straffeloven 2005 konstateres det imidlertid på side 425 at forslag til ny § 267, som er en videreføring av straffeloven § 390, kan komme til anvendelse der foreldre legger ut sensitiv informasjon om sine barn på Internett (jf. punkt 9 om mindreåriges personvern):

”Bestemmelsen kan etter omstendighetene også få anvendelse på foreldre som legger ut personlige opplysninger om sine barn på internett, for eksempel foranlediget av en barnevernssak.”

Dette tilsier at spredning via Internett kan anses som ”offentlig meddelelse” etter straffeloven § 390, og forslaget til § 267 må utvilsomt forstås slik.

4. Krav til rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger (§§ 8-11)

4.1 Gjeldende rett

4.1.1 Innledning

Bestemmelsen i personopplysningsloven § 8 regulerer vilkår for å behandle personopplysninger generelt, mens § 9 angir tilleggsvilkår for å behandle sensitive personopplysninger. Vilkårene som oppstilles blir gjerne omtalt som krav til rettslig grunnlag for behandlingen. For sensitive personopplysninger er vilkårene i §§ 8 og 9 kumulative, slik at den behandlingsansvarlige må ha rettslig grunnlag i begge bestemmelsene før behandlingen tar til. Personopplysningsloven §§ 8 og 9 tilsvarer langt på vei artiklene 7 og 8 i personverndirektivet.

4.1.2 Generelle vilkår for å behandle personopplysninger

Personopplysningsloven § 8 oppstiller generelle vilkår for når behandling av personopplysninger kan finne sted. Det følger av bestemmelsen at behandling bare kan

skje dersom den registrerte har samtykket i behandlingen, hvis den er fastsatt ved lov eller dersom ett av nødvendighetskriteriene i bokstav a til f er oppfylt.

Felles for vilkårene i bokstav a til f er at behandling av personopplysninger bare er tillatt i den utstrekning behandlingen er nødvendig for å ivareta nærmere definerte interesser. Vilkårene inneholder til dels skjønsmessige begreper og krever en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Dette overlater en betydelig grad av skjønn til den behandlingsansvarlige. Etter disse reglene kan behandling finne sted dersom det er nødvendig for å oppfylle nærmere angitte avtaler eller rettslige forpliktelser, for å vareta visse interesser, samt for å utøve offentlig myndighet. Endelig kan behandling av personopplysninger skje når dette er nødvendig for at den behandlingsansvarlige eller en tredjeperson skal kunne ivareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen, jf. § 8 bokstav f. Ifølge forarbeidene skal hensynet til privatlivets fred tillegges betydelig vekt i avveiningen mot kommersielle interesser, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 109.

4.1.3 Vilkår for å behandle sensitive personopplysninger

Personopplysningsloven § 9 fastsetter når sensitive personopplysninger kan behandles. Det er høyere terskel for å behandle sensitive personopplysninger enn andre personopplysninger. Bakgrunnen er blant annet at dette er informasjon som den registrerte ofte vil ønske å ha for seg selv.

Første ledd slår innledningsvis fast at sensitive personopplysninger bare kan behandles dersom ett av vilkårene i § 8 er oppfylt, og behandlingen i tillegg oppfyller ett av vilkårene i § 9 første ledd bokstav a - h. I § 9 første ledd fremgår at behandling bare kan skje dersom den er hjemlet i lov, der den registrerte samtykker eller selv frivillig har gjort opplysningen alminnelig kjent, samt der behandlingen er nødvendig for å oppfylle eller vareta nærmere angitte interesser, plikter eller formål. Nødvendighetskriteriene avviker fra, og er til en viss grad strengere og mer konkrete enn, de kriterier som er opplistet i § 8 bokstav a til f.

Annet ledd gir ideelle sammenslutninger og stiftelser en utvidet adgang til å behandle sensitive personopplysninger. Med "ideelle sammenslutninger" menes politiske, religiøse, filosofiske og faglige organisasjoner og foreninger mv. som ikke har som formål å gi eierne økonomisk gevinst, og som ønsker å påvirke samfunnet på en eller annen måte, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 111.

I tredje ledd gis Datatilsynet kompetanse til ved enkeltvedtak å bestemme at sensitive personopplysninger kan behandles i andre tilfeller enn dem som er nevnt i første og annet ledd. Vilkårene er at viktige samfunnsinteresser tilsier det og at det settes i verk tiltak for å sikre den registrertes interesser. Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen er ment å ha et snevert anvendelsesområde, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 112.

4.1.4 Grunnkrav til behandling av personopplysninger

Personopplysningsloven § 11 oppstiller såkalte grunnkrav til behandling av personopplysninger. Vilåårene er kumulative, noe som betyr at alle fem vilåårene må være oppfylt for at behandlingen kan sies å være i samsvar med loven.

Bokstav a pålegger den behandlingsansvarlige å sørge for at personopplysninger bare behandles når dette er tillatt etter §§ 8 og 9. Bokstav b understreker at personopplysninger bare kan brukes til uttrykkelig angitte formål som er saklig begrunnet i virksomheten. Dette kravet gjelder både når opplysningene samles inn fra den registrerte og når opplysningene innhentes fra andre kilder. I tillegg begrenser bokstav c muligheten til å bruke allerede innsamlede personopplysninger til formål som er uforenlige med det opprinnelige innsamlingsformålet. Bokstav d pålegger den behandlingsansvarlige å sørge for at personopplysninger som behandles er tilstrekkelige og relevante for formålet med behandlingen. Uttrykket «relevante» markerer en ytre grense for hvilke personopplysninger som kan trekkes inn i behandlingen; behandlingen må ikke omfatte unødvendige personopplysninger. Bokstav e innebærer en plikt for den behandlingsansvarlige til å sørge for at opplysningene er korrekte og oppdaterte, samt at de ikke skal lagres lenger enn det som er nødvendig ut fra behandlingsformålet.

4.2 Schartum/Bygrave (2006)

4.2.1 Mandatet

Utrederne er bedt om å vurdere om det kommer klart nok frem i loven at de to førstnevnte vilåårene i § 8, samtykke og lovregulering, skal være de primære behandlingsgrunnlag, mens bokstavene a til f skal være sekundære behandlingsgrunnlag. Utrederne er i den sammenheng bedt om sitt syn på om det er nødvendig eller hensiktsmessig å presisere dette i loven med en klarere prioritering eller gradering av vilåårene. Utrederne er også bedt om å vurdere om § 8 første ledd bokstav f er hensiktsmessig utformet, blant annet sett i sammenheng med hvilken vekt de ulike interessene skal eller bør ha med i avveiningen.

4.2.2 Vurderinger og forslag til endringer

4.2.2.1 Primære og sekundære rettslige grunnlag

Utrederne peker på at personopplysningsloven ikke angir noen prioritering mellom de tre typene grunnlag for behandling av personopplysninger (lov, samtykke og nødvendig grunn), jf. rapporten side 81. De mener det er behov for å tydeliggjøre at lovhemmel går foran samtykke og nødvendig grunn, samt at prioriteringsproblemet gjelder de to siste grunnlagene, jf. rapporten side 84. Utrederne foreslår at vilåårene for behandling deles opp i såkalte "primære" og "sekundære" rettslige grunnlag, jf. lovutkastet § 8 a og b (radikalt lovforslag) på side 195 og 196 i rapporten.

4.2.2.2 Nærmere om de primære rettslige grunnlagene

Etter utredernes forslag skal lovhjemmel og samtykke falle inn under de primære rettslige grunnlagene for behandling av personopplysninger, jf. forslaget til § 8 a. Utrederne er dessuten av den oppfatning at kravene til lovhjemmel må klargjøres, jf. rapporten side 84 og radikalt lovforslag § 8 a bokstav a og b. For øvrig foreslår utrederne at adgangen til å behandle opplysninger som den registrerte selv frivillig har gjort alminnelig kjent skal utgjøre et primært rettslig grunnlag og inntas i § 8 a.

4.2.2.3 Nærmere om de sekundære rettslige grunnlagene

Utrederne mener at avveiningen mellom samtykke og nødvendighet bør gjøres mindre skjønnsmessig, samt at det bør gis klarere begrensninger av adgangen til å unnlate innhenting av samtykke. I lovutkastet § 8 b foreslås det at de sekundære rettslige grunnlagene kun skal være aktuelle dersom det er umulig eller uforholdsmessig vanskelig eller ressurskrevende å oppfylle de primære. Her oppstilles hjemmel til behandling av opplysninger dersom spesifikke formål, herunder å vareta den registrertes vitale interesser, gjør slik behandling nødvendig.

4.2.2.4 Behandling på grunnlag av skjønnsmessige avveininger

Utrederne tolker personverndirektivet artikkel 7 bokstav f om behandling på grunnlag av en skjønnsmessig avveining som en sikkerhetsventil (side 86 i rapporten):

”Hovedpoenget med direktivets bestemmelse er å unngå at fullt ut legitim behandling av personopplysninger blir ulovlig fordi den ikke er dekket av ett av de foregående spesifikke alternativene.”

De legger til grunn at medlemsstatene er forpliktet til å inkorporere en bestemmelse om behandling på grunnlag av skjønnsmessig avveining. Det vises til rapporten side 86-87, der det heter:

”Etter vårt syn er det med utgangspunkt i direktivet artikkel 7 vanskelig å tenke seg en annen løsning enn at konkrete nødvendighetsgrunner knyttet til formål, kombineres av en bestemmelse som kan gi rettslig grunnlag til å behandle personopplysninger ut i fra en bred interesseavveining. Bestemmelsen slik den står nå, er imidlertid paradoks: Den er basert på eksistensen av en (sannsynlig) interessekonflikt mellom behandlingsansvarlig (m.fl.) og den registrerte. Konflikten går ut på om det skal etableres en ny rett for den behandlingsansvarlige overfor enkeltpersoner. Lovgiver har gitt den parten som ønsker å oppnå en slik ny rett kompetanse til å avgjøre saken. Fordi beslutningen ikke er lagt til et forvaltningsorgan, er den behandlingsansvarlige likevel en habil beslutningstaker.”

Utrederne mener at det er behov for å stramme inn personopplysningsloven § 8 f. De anser den skjønnsmessige bestemmelsen om ”nødvendig grunn” som for åpen, da den kan berette interesseovervekt for den behandlingsansvarlige i nesten ethvert tilfelle, jf. rapporten side 87. En ny bestemmelse om behandling på grunnlag av skjønnsmessige avveininger foreslås inntatt i § 8 c, jf. side 196 i rapporten. Her fremgår

det at behandling som er nødvendig for å ivareta egne eller medkontrahenters interesser, bare kan skje dersom visse konkrete kumulative vilkår er oppfylt. For det første skal hensynet til personvernet ikke overstige hensyn som taler for behandling av opplysningene (bokstav a). Et annet vilkår er at behandlingen ikke gjelder sensitive personopplysninger (bokstav b). Videre innskrenkes adgangen til å påberope seg et skjønnsmessig rettslig grunnlag som basis for å behandle opplysninger om barn under 12 år (bokstav c). Utrederne foreslår dessuten at behandlingsansvarlig må foreta en systematisk kartlegging av personvernulempene for den enkelte (bokstav d). Utrederne mener at ovennevnte grep vil medføre en innstramming, uten at det oppstår konflikt med personverndirektivet artikkel 7.

4.2.2.5 Sammenslåing av §§ 8 og 9

Utrederne har enkelte betraktninger om det strukturelle forholdet mellom gjeldende §§ 8 og 9, jf. rapporten side 88. De ønsker en større grad av integrering mellom disse bestemmelsene, eventuelt ved å slå dem sammen. I det radikale lovforslaget fjernes sontringen mellom ikke-sensitive og sensitive opplysninger, slik at samtlige rettslige grunnlag, det være seg primære, sekundære eller skjønnsmessige, består av elementer både fra gjeldende § 8 og § 9. Utrederne er av den oppfatning at direktivet ikke er til hinder for å gjøre slike strukturelle endringer, jf. rapporten side 83.

4.2.2.6 Grunnkrav til behandling av personopplysninger

Utrederne finner det ulogisk at bestemmelsen om grunnkrav til behandlingen av personopplysninger (§ 11), står etter §§ 8 og 9. De foreslår likevel ikke at bestemmelsen flyttes, da de mener gevinsten ved slik flytting ikke er stor nok i forhold til ulempen ved at den sentrale bestemmelsen får en uvant plassering, jf. side 177 i rapporten. De synes det er en god idé å ha en slik ”regibestemmelse” i loven som formidler den prosedyre som må følges for at de alminnelige reglene for behandling skal anses å være etterlevd.

Når det gjelder sporing og kontroll ved bruk av elektroniske spor (jf. punkt 10.8 nedenfor), foreslår utrederne at det settes som vilkår for å sammenstille personopplysninger at dette eksplisitt er angitt som formål. Det vises til lovutkastet § 9 annet ledd, inntatt på side 197 i rapporten. Dette innebærer en endring av nåværende § 11.

Utredernes forslag til nytt kapittel II finnes i Schartum/Bygrave (2006) på side 195-199 (radikalt lovforslag) og på side 210-212 (moderat lovforslag).

4.3 Departementets foreløpige merknader

4.3.1 Primære og sekundære rettslige grunnlag

Innledningsvis er det grunn til å peke på at begrepene ”primære” og ”sekundære” rettslige grunnlag ikke benyttes i personopplysningsloven eller forarbeidene. Det

fremgår likevel av forarbeidene at gjeldende § 8 bokstav a til f opprinnelig er ment å være subsidiaire behandlingsgrunnlag, dersom behandling verken kan baseres på samtykke eller hjemmel i lov. I Ot.prp. nr. 92 (1998-99) heter det på side 108:

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

Også Personvernemnda har lagt til grunn at samtykke er hovedregelen ved behandling av personopplysninger. Det vises til sak PVN-2001-04, som gjaldt klage fra Statens Arbeidsmiljøinstitutt (STAMI) på Datatilsynets vedtak om samtykke som vilkår for konsesjon til oppfølgingsstudie om kreft- og lungesykdommer blant ansatte i silisiumkarbidindustrien. Nemnda slo fast at avvik fra hovedregelen om samtykke forutsetter en begrunnelse. Slik begrunnelse skal være noe mer enn en ren hensiktsmessighetsbetraktning, for eksempel å unngå kostnader, spare tid eller lignende. Nemnda fant at det forelå tilstrekkelig grunnlag for å fravike hovedregelen i denne konkrete saken.

I praksis har det imidlertid vist seg at personopplysninger ofte behandles med hjemmel i sikkerhetsventilen § 8 bokstav f. Dette tyder på at lovgivernes forutsetning om at samtykke og lovregulering prinsipalt skal legges til grunn, ikke realiseres. Departementet ber om høringsinstansenes syn på om det er ønskelig med en rangering av de rettslige grunnlagene for behandling av personopplysninger. Det bes videre om en vurdering av om oppdelingen i primære og sekundære rettslige grunnlag vil kunne bringe praksis nærmere det som var lovgivernes opprinnelige intensjon, eller om bestemmelsene bør utformes på annen måte.

Det bes videre om høringsinstansenes vurdering av om de foreslåtte inngangsvilkårene eller ”tersklene” for å benytte de enkelte rettslige grunnlagene, er hensiktsmessige. I henhold til lovutkastet § 8 b kan de sekundære rettslige grunnlagene kun gjøres gjeldende dersom det er ”umulig eller uforholdsmessig vanskelig eller ressurskrevende” å legge de primære til grunn. Videre forutsetter behandling på grunnlag av skjønnsmessige avveininger etter lovutkastet § 8 c at ”et av vilkårene i §§ 8 a og 8 b ikke kan oppfylles”. Departementet antar at meningen er at behandling etter dette grunnlaget kun kan skje dersom *ingen* av de alternative vilkårene i de primære eller sekundære grunnlagene kan benyttes. Departementet legger videre til grunn at inngangsvilkåret i lovutkastet § 8 b er ment å være oppfylt også før en skjønnsmessig avveining etter § 8 c foretas, altså at samtykke er forsøkt innhentet, eller er umulig eller uforholdsmessig vanskelig eller ressurskrevende å innhente. Det er neppe tilsiktet at terskelen for å benytte § 8 c skal være lavere enn for de sekundære grunnlagene.

4.3.2 Nærmere om utredernes forslag til primære rettslige grunnlag

Vilkårene i lovutkastet § 8 a (primære rettslige grunnlag) bygger på gjeldende § 8, samt § 9 første ledd bokstav a, b og d, og innebærer i all hovedsak en videreføring av det materielle innholdet i disse bestemmelsene.

Nytt er imidlertid presiseringen av kravet til lovhjemmel, jf. lovutkastet § 8 a bokstav a og b. Her fremgår det at behandling skal kunne skje både dersom det klart er fastsatt i lov eller forskrift (bokstav a), samt der etterlevelse av lovgivning gjør behandling nødvendig (bokstav b). Hjemmelskravet er i dag relativt, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 108, der det heter:

”Om behandlingen er så forankret i lov at dette alternativet får anvendelse, må avgjøres ved å tolke loven som eventuelt hjemler behandlingen. Hjemmelskravet er relativt, slik at det kreves klarere hjemmel jo større personvernmessige konsekvenser behandlingen kan få.”

Departementet ber om innspill på om det er behov for å presisere kravet til lovhjemmel.

Departementet ber videre om høringsinstansenes vurdering av om det er hensiktsmessig å gjøre frivillig offentliggjøring fra den registrerte selv til et eget primært rettslig grunnlag for behandling. Etter gjeldende rett vil slik offentliggjøring gi grunnlag for å behandle sensitive opplysninger, jf. § 9 første ledd bokstav d. Ut fra mer til det mindre-betraktninger kan det anføres at bestemmelsen også bør gjelde ikke-sensitive opplysninger, og dermed helt generelt. Det kan videre bemerkes at nevnte vilkår har likhetpunkter med samtykkevilkåret, da det i begge disse ligger elementer av aksept fra den opplysningen gjelder.

4.3.3 Nærmere om utredernes forslag til sekundære rettslige grunnlagene

Vilkårene i lovutkastet § 8 b (sekundære rettslige grunnlag) er hentet fra gjeldende § 8 bokstav a, b og c, samt § 9 første ledd bokstav c, e, f, g og h. Selv om formålet ikke nødvendigvis har vært å endre det materielle innholdet i disse bestemmelsene, har det likevel oppstått enkelte forskjeller. Etter gjeldende rett er det ikke adgang til å behandle *sensitive* opplysninger på grunnlag av at det er nødvendig for å oppfylle en avtale med den registrerte, kun ikke-sensitive opplysninger, jf. § 8 bokstav a. Her går utredernes forslag lenger, da tilsvarende vilkår i lovutkastet § 8 b bokstav a gjelder generelt.

4.3.4 Behandling på grunnlag av skjønnsmessige avveininger

Vilkårene i ny § 8 c (skjønnsmessige avveininger) har utspring i gjeldende § 8 bokstav f. Et spørsmål er om den skjønnsmessige bestemmelsen i forslag til ny § 8 c innebærer en slik innstramming i forhold til gjeldende § 8 bokstav f som tilsiktet av utrederne. Vi har også i dag en bestemmelse om interesseavveining i § 8 bokstav f som i stor grad tilsvarende lovutkastet § 8 c bokstav a. I lovutkastet § 8 c bokstav b nedsettes et forbud mot å behandle sensitive opplysninger med hjemmel i det skjønnsmessige behandlingsgrunnlaget. Det er imidlertid heller ikke i dag adgang til å behandle sensitive opplysninger kun med hjemmel i en skjønnsmessig vurdering hos den

behandlingsansvarlige, jf. § 9. Bestemmelsene i lovutkastet § 8 c bokstavene c og d, hvor henholdsvis adgangen til å behandle opplysninger om barn avskjæres og plikten til å kartlegge personvernulemper nedsettes, er imidlertid nye. Disse må kunne sies å innebære en viss skjerping i forhold til dagens mer åpne bestemmelse i § 8 bokstav f. Videre vil også inngangsvilkårene nevnt ovenfor i punkt 4.3.1 innebære en skjerping.

4.3.5 Sammenslåing av §§ 8 og 9

Departementet ber også om høringsinstansenes syn på de foreslåtte strukturelle endringene, herunder fjerningen av skillet mellom ikke-sensitive og sensitive opplysninger. På den ene siden vil en integrasjon av bestemmelsene kunne medføre enkelte lovtekniske fordeler, da gjentakelse av sentrale vilkår unngås. Det er dessuten forskjellig ordlyd enkelte steder der det må antas at det materielle innholdet i § 8 og § 9 er ment å være det samme. For eksempel heter det "å vareta den registrertes vitale interesser" i § 8 mens det i § 9 benyttes uttrykket "å beskytte en persons vitale interesser", uten at noen forskjell er tilsiktet.

På den annen side vil en sammenslåing av §§ 8 og 9 innebære et brudd med strukturen i personverndirektivet artikkel 7 og 8. Likevel synes det materielle innholdet i all hovedsak å være beholdt. Et unntak er imidlertid lovutkastet § 8 b bokstav a, jf. punkt 4.3.3 ovenfor. Her går utrederne lenger enn det som følger av artikkel 8, da adgangen til å behandle sensitive opplysninger er utvidet til også å gjelde der behandling er nødvendig for å oppfylle en avtale med den registrerte.

4.3.6 Grunnkrav til behandling av personopplysninger

Grunnkravene til behandling av personopplysninger i dagens § 11 kan sies å være av mer overordnet karakter enn de enkelte vilkår for behandling i §§ 8 og 9. Dette fremgår blant annet ved at overholdelse av sistnevnte bestemmelser inngår som ett av en rekke grunnkrav, jf. § 11 første ledd bokstav a. Det kan anføres at en endret plassering av grunnkravene i liten grad vil tilføre noen ekstra ulempe for brukerne av loven. Det er foreslått omfattende endringer i de alminnelige reglene for behandling av personopplysninger, og brukerne vil derfor uansett måtte orientere seg i lovverket. Departementet antar etter dette at det kan være naturlig å flytte grunnkravene i dagens § 11, foran bestemmelsene om vilkår for å behandle personopplysninger. Det bes om høringsinstansenes syn.

5. Overføring av personopplysninger til utlandet (§§ 29-30)

5.1 Gjeldende rett

Ved en behandling av personopplysninger der disse overføres til utlandet, oppstiller personopplysningsloven § 29 første ledd første punktum et krav om at mottakerlandet må sikre en "forsvarlig behandling" av personopplysningene. Alle EØS-statene som har gjennomført personverndirektivet tilfredsstiller automatisk kravet om forsvarlig behandling, jf. § 29 første punktum annet ledd.

Norge er i tillegg bundet av EU-kommisjonens beslutninger om tilfredsstillende beskyttelsesnivå i land utenfor EØS, såkalte tredjeland, jf. personopplysningsforskriften § 6-1. For andre tredjeland må det foretas en konkret forsvarlighetsvurdering, jf. § 29 annet ledd hvor det angis hvilke momenter som skal vektlegges ved denne vurderingen. Forsvarlighetsvurderingen forutsetter kunnskap om mottakerlandets personvernregulering. Det er den behandlingsansvarlige selv som må skaffe seg denne kunnskapen, men i praksis vil det kunne være naturlig å søke råd hos Datatilsynet.

Personopplysningsloven § 30 første ledd bokstav a til h angir visse unntak fra § 29, dvs. når overføring til et tredjeland kan skje uten at forsvarlighetskravet er oppfylt. Viktigst er de tilfeller der den registrerte har samtykket i overføringen (bokstav a), der det foreligger folkerettslig plikt til overføring (bokstav b), der en overføring er nødvendig for å ivareta den registrertes vitale interesser (bokstav e) eller for å beskytte en viktig samfunnsinteresse (bokstav g).

Etter personopplysningsloven § 30 annet ledd kan den behandlingsansvarlige søke Datatilsynet om å tillate overføring til utlandet selv om verken vilkårene i personopplysningsloven § 29 eller § 30 første ledd er oppfylt. Forutsetningen er at den behandlingsansvarlige gir tilstrekkelige garantier for vern av den registrertes rettigheter, for eksempel gjennom kontraktsbestemmelser mellom den behandlingsansvarlige og mottakerlandet.

Det fremgår av personopplysningsloven § 32 første ledd bokstav h at Datatilsynet som utgangspunkt skal ha beskjed om hvem som mottar opplysningene i utlandet, dersom overføringen av personopplysningene til utlandet er omfattet av meldeplikten etter personopplysningsloven § 31.

5.2 Schartum/Bygrave (2006)

5.2.1 Mandatet

Ved overføring av opplysninger til utlandet kan den registrerte, den behandlingsansvarlige og tilsynsmyndighetene miste kontroll over behandlingen av opplysningene. Utrederne er derfor for det første bedt om å vurdere om samtykke etter personopplysningsloven § 30 første ledd bokstav a bør være et tilstrekkelig vilkår for tredjelandsoverføringer som ikke oppfyller kravet til forsvarlig behandling. For det andre er de bedt om å drøfte om det er grunn til å endre personopplysningsloven eller personopplysningsforskriften, slik at det kommer klarere frem at Norge er bundet av EU-kommisjonens beslutninger om beskyttelsesnivået i tredjeland. For det tredje er det bedt om utredning av om overføring av personopplysninger til tredjeland bør utløse en ubetinget meldeplikt til Datatilsynet.

5.2.2 Vurderinger og forslag til endringer

Når det gjelder spørsmålet om samtykke etter personopplysningsloven § 30 første ledd bokstav a er et tilstrekkelig vilkår for tredjelandsoverføringer som ikke oppfyller kravet

til forsvarlig behandling, viser utrederne til at det store flertall av EØS-statene – inklusive alle nordiske land – har denne løsningen, jf. rapporten side 99. Etter modell av den franske løsningen foreslås det imidlertid at det presiseres i loven at samtykket skal være ”informert”, jf. rapporten side 100. Det viktigste elementet i dette kravet er at den registrerte gjøres oppmerksom på de særlige risiki som en overføring kan innebære, herunder at det kan være vanskelig eller umulig å trekke et samtykke tilbake når opplysningene først er blitt overført til utlandet.

Med hensyn til EU-kommisjonens beslutninger om beskyttelsesnivået i bestemte tredjeland, vises det til at det hittil er truffet relativt få slike beslutninger. De fleste andre EØS-stater har unnlatt å si noe om plikten til å følge EU-kommisjonens beslutninger i sine lover, og det foreslås derfor ikke å flytte regelen i personopplysningsforskriften § 6-1 over i personopplysningsloven, jf. rapporten side 101-102.

Det foreslås heller ikke å endre meldepliktreglene for overføringer av personopplysninger til tredjeland, jf. rapporten side 102-103. Både den teknologiske utviklingen og manglende kjennskap til meldepliktordningen gir grunn til å tro at det i Norge – som i resten av EØS-området – foregår omfattende behandling og overføring av opplysninger til utlandet i strid med meldepliktreglene. Det antas imidlertid at utvidet meldeplikt ikke uten videre vil kunne bote på dette problemet. Datatilsynet synes i liten grad å analysere og ta aktivt stilling til innkomne meldinger, og det er vanskelig å se for seg at denne situasjonen vil endre seg etter innføring av en mer omfattende meldepliktsordning for dataoverføring til utlandet. Utrederne mener i stedet at deres forslag til endringer i meldepliktordningen og ordningen med personvernombud kan løse en del av de problemer som gjelder overføring av personopplysninger til tredjeland.

Forslagene til lovendring er inntatt i rapporten side 204 (radikalt lovforslag) og side 214 (moderat lovforslag).

5.3 Departementets foreløpige merknader

Det bes om høringsinstansenes synspunkter på utredernes forslag. I tillegg finner departementet grunn til å fremheve at publisering av personopplysninger på Internett reiser spesielle spørsmål i relasjon til personopplysningsloven §§ 29-30. Slik publisering innebærer ofte at opplysningene kan leses og lastes ned av personer over hele verden, også folk som bor i land med andre krav til personvernlovgivning enn det som oppstilles i Norge og EØS-området. Departementet la i forarbeidene til grunn at vilkårene for overføring til utlandet i personopplysningsloven § 29 i slike tilfeller måtte tolkes i lys av de alminnelige behandlingsvilkårene i personopplysningsloven § 8 og § 9 (jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 76):

”Har man først tillatt en vid og i prinsippet ubegrenset spredning av personopplysningene i henhold til de alminnelige behandlingsreglene, kan det neppe hevdes å utgjøre noen trussel mot privatlivets fred å offentliggjøre de samme opplysningene i en global sammenheng. I slike

tilfeller bør det derfor ved vurderingen etter § 29 annet ledd i lovforslaget legges avgjørende vekt på det forhold at opplysningene i utgangspunktet kan offentliggjøres til en ubegrenset krets av mottakere. Ved vurderingen av om og i hvilken utstrekning det er adgang til å utlevere personopplysninger i henhold til de alminnelige behandlingsreglene i §§ 8 og 9, må man til gjengjeld ta i betraktning det forhold at man gjennom internett vil få en global spredning av opplysningene. Begrensningene i adgangen til å overføre personopplysninger til utlandet vil etter dette først og fremst få selvstendig betydning for personopplysninger som i henhold til de alminnelige behandlingsreglene bare kan utleveres til en begrenset krets av mottakere.”

Dette ble utdypet i merknadene til personopplysningsloven § 29 (jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 126):

”... det [bør] ved vurderingen etter § 29 legges avgjørende vekt på om opplysningene er av en slik art at de kan offentliggjøres i henhold til de alminnelige behandlingsreglene i §§ 8 og 9 i lovforslaget. Kan opplysningene gis en ubegrenset spredning i medhold av disse bestemmelsene, bør de også kunne offentliggjøres globalt via internett.”

Departementets uttalelser kan forstås slik at skrankene i personopplysningsloven § 29 i praksis ikke kommer til anvendelse ved publisering på Internett, det er tilstrekkelig at grunnvilkårene i §§ 8-9 er oppfylt. Justiskomiteen var imidlertid tydelig på at personopplysningsloven §§ 29-30 skulle anvendes ved publiseringer på Internett (jf. Innst. O nr. 51 (1999-2000) side 21):

”Bruk av internasjonale kommunikasjonskanaler, som internett, stiller en overfor spesielle utfordringer. Komiteen er enig med Justisdepartementet i at private hjemmesider med informasjon av privat karakter, og internettjenester der personopplysninger kun brukes for kunstneriske, litterære eller journalistiske formål, fritt må kunne legges ut på nettet. For de hjemmesidene som omfattes av lovforslaget, mener komiteen imidlertid at overføringsreglene for personopplysninger til utlandet må gjelde.”

Et av spørsmålene som ble forelagt EF-domstolen i Lindqvist-dommen (referert ovenfor i punkt 2.2.1) var om publisering av personopplysninger på den aktuelle hjemmesiden innebar en overføring av opplysninger til tredjeland. Blant annet under henvisning til at man ved utformingen av personverndirektivet ikke inntok bestemmelser om Internett, og at den teknologiske utviklingen på dette felt har vært stor, fant domstolen at (premiss 71):

”... der ikke foreligger en ”videregivelse til et tredjeland af personoplysninger” i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 25 i direktiv 95/46, når en person, der befinder sig i en medlemsstat, lægger personoplysninger ud på en internetside, der er lagret hos vedkommendes udbyder af webhoteltjenester, som er etableret i den samme medlemsstat eller i en anden medlemsstat, hvorved personoplysningene bliver tilgængelige for alle, der kobler sig på internettet, herunder personer i et tredjeland.”

Disse uttalelsene trekker isolert sett i retning av at personopplysningsloven §§ 29-30 må tolkes slik at reglene *ikke* kommer til anvendelse ved publiseringer på Internett, under forutsetning av at den som publiserer opplysningene og internettleverandøren (ISP) befinner seg innenfor EU og EØS-området.

På den annen side må EF-domstolens uttalelser til en viss grad ses i lys av de konkrete forholdene i Lindqvist-avgjørelsen. Det ble blant annet ikke ført bevis for at personopplysningen som ble publisert rent faktisk ble nedlastet i tredjeland. I tillegg var opplysningene på svensk og rettet mot et svært begrenset publikum. Dette kan tilsi at man bør være varsom med å trekke mange prinsipielle avgrensninger ut av avgjørelsen.

Departementet er som utgangspunkt innstilt på å beholde dagens teknologinøytrale utforming av personopplysningsloven §§ 29-30. Lindqvist-avgjørelsens noe usikre rekkevidde tilsier en viss forsiktighet med å oppstille spesifikke lovregler for denne formen for behandling av personopplysninger. Praktiske og pedagogiske hensyn kunne imidlertid tilsi at publisering av personopplysninger på Internett ble omtalt i personopplysningsforskriften kapittel 6, for eksempel gjennom en hovedregel om at publisering av opplysninger på personlig hjemmeside – slik som i Lindqvist-avgjørelsen – som hovedregel ikke skal anses som ev overføring av personopplysninger til utlandet. Det bes om høringsinstansenes syn.

6. Melde- og konsesjonsplikten (§§ 31-35)

6.1 Gjeldende rett

6.1.1 Meldeplikten

Meldeplikten etter personopplysningsloven § 31 første ledd innebærer at en behandlingsansvarlig som ønsker å sette i gang behandling av personopplysninger, må melde fra skriftlig til Datatilsynet før behandlingen iverksettes. Dette gjelder ved all behandling av personopplysninger med elektroniske hjelpemidler (bokstav a) og ved opprettelse av manuelle registre som inneholder sensitive opplysninger (bokstav b).

Melding må gis senest 30 dager før behandlingen påbegynnes, jf. personopplysningsloven § 31 annet ledd første punktum, og man mottar da en kvittering for innsendt melding i retur fra Datatilsynet, jf. personopplysningsloven § 31 annet ledd annet punktum. Kvitteringen er bare en bekreftelse på at meldingen er mottatt og innebærer ingen realitetsvurdering fra tilsynets side av om behandlingen er i overensstemmelse med personopplysningsloven. Den innsendte meldingen kan likevel foranledige nærmere undersøkelser fra Datatilsynets side, jf. personopplysningsloven § 44. Ny melding må sendes inn dersom behandlingsmåten endres og under enhver omstendighet hvert tredje år, jf. personopplysningsloven § 31 tredje ledd.

Personopplysningsloven § 32 første ledd bokstav a til i fastsetter hva som må med i meldingen. Melding gis på skjema utferdiget av Datatilsynet og etter regler om innsendelse som tilsynet har utarbeidet, jf. personopplysningsforskriften § 7-5.

I personopplysningsloven § 31 fjerde ledd åpnes det for at unntak fra meldeplikten kan gis i forskrift, og slike unntak er gitt i personopplysningsforskriften §§ 7-6 til 7-21. Blant de viktigste unntakene er kunde-, abonnent- og leverandøropplysninger (§ 7-7), opplysninger i boligforhold (§ 7-8), aksjebok (§ 7-9), protokollføring av mekling (§ 7-10) og aktivitetslogg i edb-system eller datanett (§ 7-11).

6.1.2 Konsesjonsplikten

En plikt for den behandlingsansvarlige til å søke forhåndstillatelse – konsesjon – fra Datatilsynet inntreffer når det er tale om behandling av sensitive personopplysninger, jf. personopplysningsloven § 33 første ledd første punktum og § 2 nr. 8.

Unntak gjelder der sensitive opplysninger er avgitt ”uoppfordret”, dvs. frivillig og på eget initiativ, jf. personopplysningsloven § 33 første ledd annet punktum. Det er heller ikke konsesjonsplikt for stat eller kommune når dette er bestemt i lov, jf. personopplysningsloven § 33 fjerde ledd, eller når unntak er gjort i forskrift, jf. personopplysningsloven § 33 femte ledd. Unntak finnes i personopplysningsforskriften §§ 7-13 til 7-21 (behandlinger unntatt både konsesjonsplikt og meldeplikt) og §§ 7-22 til 7-27 (behandlinger unntatt konsesjonsplikt, men underlagt meldeplikt).

Når en behandling ”åpenbart” vil krenke ”tungtveiende personverninteresser” kan Datatilsynet bestemme at også behandling av ikke-sensitive personopplysninger skal være konsesjonspliktig, jf. personopplysningsloven § 31 fjerde ledd. For visse typer behandling av personopplysninger i telesektoren, forsikringsbransjen og for banker og finansieringsinstitusjoner er dette eksplisitt fastsatt i personopplysningsforskriften §§ 7-1 til 7-3.

Den behandlingsansvarlige har etter personopplysningsloven § 33 tredje ledd rett til å på forhånd få avklart av Datatilsynet om en bestemt behandlingsmetode vil kreve konsesjon eller ikke.

Personopplysningsloven § 34 stiller opp visse retningslinjer for Datatilsynets vurdering av om konsesjon skal gis. Tilsynet skal foreta en konkret vurdering av om den ønskede behandlingen vil volde personvernmessige problemer og eventuelt om problemene kan fjernes ved at det stilles vilkår for behandlingen, jf. personopplysningsloven § 35.

Både forhåndsavgjørelser og konsesjonsvedtak er enkeltvedtak som kan påklages til Personvernemnda.

Personverndirektivet stiller ikke opp noe krav om noen konsesjonsordning. For behandlinger av personopplysninger som kan innebære særlige farer for de registrertes friheter og rettigheter, bestemmer imidlertid artikkel 20 nr. 1 at det skal foretas en

strengere forhåndskontroll. Det er opp til medlemsstatene å fastsette hvilke behandlinger som antas å innebære en slik risiko. Forhåndskontrollen kan etter artikkel 20 nr. 2 utøves både av tilsynsmyndigheten og personvernombudet.

6.2 Schartum/Bygrave (2006)

6.2.1 Mandatet

Erfaringer fra Datatilsynet har vist at dagens konsesjonsplikt er for omfattende og fører til lite hensiktsmessig bruk av tilsynets ressurser. Utrederne er derfor bedt om å utforme ett eller flere forslag som fører til en klar reduksjon i antallet konsesjonssaker. Det bes også undersøkt om endringer av konsesjonsreglene bør føre til at reglene om meldeplikt bør forandres for å oppnå best mulig sammenheng i regelverket.

6.2.2 Vurderinger og forslag til endringer

6.2.2.1 Generelt

Utrederne fremhever innledningsvis viktigheten av å se koblingen mellom melde- og konsesjonsplikten, jf. rapporten side 105-107. Et svakt eller ikke-fungerende meldesystem bør etter utredernes syn gjøre det mindre aktuelt å redusere omfanget av konsesjonsplikten, og omvendt.

Når det gjelder spørsmålet om en eventuell revisjon av konsesjonsordningen, mener utrederne at den bastante koblingen mellom konsesjonsplikt og sensitive personopplysninger bør fjernes, jf. rapporten side 116-119. En mest mulig treffsikker konsesjonsordning bør i stedet baseres på en kombinasjon av følgende tre teknikker:

- konsesjonsplikt for bestemte bransjer eller lignende, angitt i forskrift
- konsesjonsplikt på grunnlag av en konkret vurdering fra Datatilsynets side
- konsesjonsplikt styrt av oppfatninger hos sammenslutninger av berørte enkeltpersoner

Utrederne har på denne bakgrunn formulert to alternative endringsforslag, se punkt 6.2.2.2 og 6.2.2.3 nedenfor. I tillegg har utrederne under sin løpende gjennomgåelse av melde- og konsesjonspliktsreglene kommet med merknader om behovet for konkrete endringer i dagens regelverk. Disse innspillene er inntatt i punkt 6.2.2.4.

6.2.2.2 Radikalt forslag

Utredernes radikale forslag, jf. rapporten side 119-122, går ut på at det etableres en generell hovedregel om innsending av melding til Datatilsynet ved behandling av personopplysninger som helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler. Kravene til meldingens innhold foreslås endret og forenklet, i kombinasjon med strengere vilkår om dokumentasjon for at forpliktelsene i personopplysningsloven § 13 og 14 er overholdt. Det vises for øvrig til utkastet til ny §§ 31, 31a og 32 i rapporten side 205-206.

Utrederne foreslår videre at den innsendte meldingen kan medføre at Datatilsynet etter en konkret vurdering kan bestemme at behandlingen også krever konsesjon. Konsesjonsplikt skal bare inntre der det er fare for at behandlingen kan krenke tungtveiende personverninteresser, jf. utkastet til ny § 33 i rapporten side 206.

Tilsynets adgang til å fastsette konsesjonsplikt suppleres av en regel om at Kongen ved forskrift kan fastsette at det skal kreves konsesjon for å behandle personopplysninger innen bestemte næringer, for bestemte formål eller på bestemte måter, jf. utkastet til ny § 33b i rapporten side 207.

Det foreslås også at det tas inn et demokratiserende element i konsesjonsplikten, ved at personer som blir registrert, eller organisasjoner som representerer de registrerte, på nærmere angitte vilkår kan kreve konsesjonsbehandling. I tillegg foreslås tvungen konsesjonsbehandling der det kan dokumenteres at minst 5 000 personer stiller seg bak et krav om konsesjon. For at dette skal fungere, foreslås at de berørte personene eller organisasjonene skal få varsel om den aktuelle behandlingen fra den behandlingsansvarlige samtidig med at melding sendes Datatilsynet. Det vises for øvrig til utkastet til ny § 31 annet ledd, § 32 annet og tredje ledd og 33a i rapporten side 205-207.

6.2.2.3 Moderat forslag

Utredernes moderate forslag, jf. rapporten side 123-125, går ut på at konsesjonsplikten innskrenkes til å gjelde noen få og åpenbare kategorier behandlinger som angis i forskrift, i kombinasjon med at Datatilsynet kan treffe vedtak om konsesjonsplikt dersom tungtveiende personverninteresser tilsier det eller saken reiser spørsmål av prinsipiell betydning. Det vises til utkastet til ny § 33 i rapporten side 215. Utrederne har ikke gått inn på hvilke behandlinger som kan være aktuelle for konsesjonsplikt.

6.2.2.4 Øvrige endringsforslag

6.2.2.4.1 Reglene om meldeplikt

Når det gjelder reglene om meldeplikt, jf. rapporten side 107-110, er det for det første pekt på at det saklige virkeområde for meldeplikten, angitt i personopplysningsloven 31 første ledd a og b, fullt ut bør samsvare med personopplysningsloven § 3 første ledd a og b.

For det andre anses det som en mangel at det ikke fremgår eksplisitt av loven om en endringsmelding etter personopplysningsloven § 31 tredje ledd forutsetter at det skal sendes inn en helt ny melding.

For det tredje mener utrederne at det er uklart om fristen i personopplysningsloven § 31 annet ledd også gjelder for meldinger som omfattes av treårsregelen i personopplysningsloven § 31 tredje ledd annet punktum.

For det fjerde er det anført at personopplysningsloven § 31 siste ledd uttrykkelig bør vise til at unntak er gitt, samt hvor disse unntakene er å finne.

For det femte er det reist spørsmål om ikke personopplysningsloven § 32 bør suppleres med et krav om at meldingen også må inneholde opplysninger om hvem de registrerte er, ettersom dette er nevnt i personverndirektivet artikkel 19 nr. 1 bokstav c.

6.2.2.4.2 Reglene om konsesjonsplikt

Når det gjelder reglene om konsesjonsplikt, jf. rapporten side 110-119, har utrederne for det første reist spørsmål om ikke det bør oppstilles en tidsfrist for Datatilsynet til å treffe avgjørelse om konsesjonsplikt etter personopplysningsloven § 33 annet ledd.

For det andre er vist til at Datatilsynet kun kan gi bindende forhåndsavgjørelse for om det foreligger konsesjonsplikt eller ikke, jf. personopplysningsloven § 33 tredje ledd. I den grad Datatilsynet avgir en ikke-bindende uttalelse, for eksempel om innholdet av et eventuelt konsesjonsvedtak, vil den behandlingsansvarlige trolig anse uttalelsen som tungtveiende. Det bør derfor utarbeides krav til hvordan slike ikke-bindende uttalelser og annen veiledning fra Datatilsynet skal utformes og begrunnes.

For det tredje kan det stilles spørsmål om ikke reglene om forhåndsavgjørelse i personopplysningsloven § 33 tredje ledd bør få klarere frem at en forhåndsavgjørelse kan gjelde alle typer spørsmål konsesjonsplikt, herunder spørsmål knyttet til unntakene som er gitt i personopplysningsforskriften.

For det fjerde er det vist til at det også for konsesjonsplikten bør sies eksplisitt at det finnes unntak fra konsesjonsplikten, samt hvor disse unntakene finnes, jf. personopplysningsloven § 33 siste ledd.

6.3 Departementets foreløpige merknader

6.3.1 Generelt

Utrederne har gjennom sitt radikale og moderate forslag, samt øvrige endringsforslag, kommet med en rekke konkrete innspill til hvordan melde- og konsesjonspliktsreglene bør utformes. På generelt grunnlag ber departementet om høringsinstansenes synspunkter på disse forslagene.

Erfaringer fra Datatilsynet har vist at dagens konsesjonsplikt er for omfattende. I stedet for at Datatilsynet bruker store ressurser på forhåndsgodkjenning av ulike behandlinger av personopplysninger, er det ønskelig med større fokus på etterfølgende kontroll og tilsyn. Høringsinstansene bes derfor komme med synspunkter på i hvilken grad utredernes forslag kan antas å bidra til en klar reduksjon av antallet konsesjonssaker, slik mandatet forutsatte.

Departementet finner videre grunn til å understreke at eventuelle innspill fra høringsinstansene ikke nødvendigvis må knyttes til enten utredernes radikale eller

moderate forslag. Det radikale forslaget angis å være en mer helhetlig løsning der melde- og konsesjonsplikten integreres i en og samme ordning, jf. rapporten side 119. Det moderate forslaget, derimot, innebærer tilsynelatende kun en endring av hovedregelen om konsesjonsplikt etter personopplysningsloven § 33. De to forslagene har imidlertid mange likhetstrekk. Ettersom det moderate forslaget ikke inneholder noe forslag om endringer i dagens meldepliktsregler, innebærer begge forslagene en meldeplikt som omfatter de aller fleste behandlinger av personopplysninger. Når det gjelder konsesjonsplikten, ligger det i begge forslagene at konsesjonsplikt for nærmere angitte behandlinger skal fastsettes i forskrift, supplert med en skjønnsmessig kompetanse for Datatilsynet til å oppstille konsesjonsplikt i enkelttilfeller. Hovedforskjellen mellom de to forslagene synes dermed først og fremst å være at det radikale forslaget innebærer at berørte privatpersoner og/eller organisasjoner på nærmere angitte vilkår skal varsles i forbindelse med innsendelse av melding, samt gis en adgang til å kunne kreve konsesjonsbehandling.

6.3.2 Nærmere om meldeplikten

Gjennom meldeplikten etableres den første kontakten mellom Datatilsynet og den behandlingsansvarlige. Som utrederne peker på, er det en nær sammenheng mellom melde- og konsesjonsplikten. Hvorvidt reglene om konsesjonsplikt kan og bør endres, vil i stor grad være avhengig av om meldepliktsordningen skaffer Datatilsynet informasjon om behandlinger som reiser personvernmessige utfordringer.

Utrederne antyder at ordningen med meldeplikt i dag er til begrenset nytte for Datatilsynet, jf. rapporten side 105. Her vises det blant annet til samtaler med representanter fra Datatilsynet og en studentavhandling (jf. fotnote nr. 211) hvor det fremgår at meldesystemet primært brukes i forbindelse med fjernsynsovervåking. Departementet vil i det følgende derfor se nærmere på aktuelle tiltak som kan bidra til å effektivisere meldepliktsordningen.

For det første kan det være en mulighet å legge selve meldingsdatabasen og administreringen av denne utenfor Datatilsynet, men uten at tilgangen til denne reduseres eller begrenses. En mulighet kan her være å benytte tjenesten "Altinn", hvor man i dag allerede har elektronisk innleveringsmulighet for en rekke offentlige skjemaer. Altinns sentralforvaltning er opprettet som en seksjon ved Brønnøysundregistrene.

Uavhengig av hvem som administrerer meldingsdatabasen kan det også være et alternativ å rasjonalisere selve innsendingsprosessen, slik at meldingene blir færre og mer konsentrerte. For en behandlingsansvarlig som befatter seg med flere typer behandlinger av personopplysninger kan det for eksempel være aktuelt med innsendelse av én felles melding på vegne av hele virksomheten. I tillegg kan det spørres om det ikke bør være adgang til å kunne fortsette på et og samme skjema når nye typer behandlinger skal påbegynnes.

For det tredje kan det reises spørsmål om det finnes papirbaserte og/eller elektroniske løsninger som innebærer at Datatilsynet automatisk varsles eller på annen måte blir gjort oppmerksom på når en bestemt type informasjon inngår i en melding. Meldepliktsreglene innebærer at store mengder opplysninger tilflyter tilsynet, og det er en stor utfordring å etablere ordninger som gjør at personvernmessig viktig informasjon skilles fra den mindre viktige informasjonen.

For det fjerde kan det være aktuelt med endringer i unntakene fra meldeplikten etter personopplysningsforskriften §§ 7-6 til 7-21. Det kan for eksempel gis mer generelle unntaksregler i selve loven, samtidig som de detaljerte reglene i forskriften endres eller fjernes helt. Avgjørende vil igjen være hvilken ordning som fra Datatilsynets og de behandlingsansvarliges side anses som effektiv og rasjonell, uten at det går på bekostning av den nødvendige informasjonsutvekslingen.

Det bes om høringsinstansenes syn på disse alternativene og på hvordan meldepliktsordningen kan gjøres mest mulig effektiv.

6.3.3 Nærmere om konsesjonsplikten

6.3.3.1 Kan eller bør konsesjonsordningen fjernes?

Personverndirektivet artikkel 20 forutsetter at visse typer behandlinger som representerer en særlig risiko for personvernet skal forhåndskontrolleres ("prior checking"), men oppstiller ikke noe krav om at kontrollen må skje gjennom et konsesjonssystem. Etter artikkel 20 nr. 2 skal forhåndskontrollen enten foretas av tilsynsmyndigheten eller et personvernombud. Noen nærmere regulering av hvordan forhåndskontrollen skal utføres er ikke gitt, og som utrederne har vist til i rapporten side 111, synes fortalen punkt 54 å forutsette at denne type forhåndskontroll skal ha et begrenset omfang.

På denne bakgrunn kan det reises spørsmål om forhåndskontrollen kan tenkes utformet og gjennomført på en annen måte enn gjennom et konsesjonssystem. En nærliggende mulighet er i så fall å koble forhåndskontrollen opp mot meldepliktsordningen. En slik løsning er valgt i den svenske personoppgiftslagen. Etter 36 § skal den behandlingsansvarlige sende melding til tilsynsmyndighetene før en behandling gjennomføres. Etter 37 § gjelder ikke denne meldeplikten dersom den behandlingsansvarlige har personvernombud. For behandlinger som "innebär särskilda risker för otilbörligt intrång i den personliga integriteten", og som er nærmere definert ved forskrift, skal det imidlertid etter 41 § senest tre uker før behandlingen starter inngis melding til tilsynsmyndigheten for en forhåndskontroll. Forhåndskontrollen består i at det treffes en avgjørelse av om den aktuelle behandlingen er i tråd med personoppgiftslagen. For denne delen av meldepliktsordningen gjelder ikke unntaket i 37 § om personvernombud.

Etter norsk rett skal en melding inngis senest 30 dager før behandlingen tar til, jf. personopplysningsloven § 31 annet ledd første punktum. Etter mønster av de svenske

reglene kunne man for eksempel tenke seg et system der det lempes på denne fristen, for eksempel ved at det blir tilstrekkelig at meldinger som hovedregel sendes Datatilsynet før behandlingen påbegynnes. Unntak kan eventuelt gjøres for behandlinger som krever forhåndskontroll, jf. personverndirektivet artikkel 20 og punkt 6.3.3.2 nedenfor. Her må melding sendes inn og forhåndskontroll foretas før behandlingen kan settes i gang. Personverndirektivet artikkel 20 har ingen regler om hvordan selve forhåndskontrollen skal foregå, men en skriftlig tilbakemelding fra Datatilsynet om handlingens lovlighet, eventuelt supplert med en klagerett, kan være et nærliggende alternativ.

Det bes om høringsinstansens syn.

6.3.3.2 Hvilke behandlinger bør underlegges konsesjonsplikt eller annen forhåndskontroll?

Uavhengig av om konsesjonsordningen erstattes med en annen og mindre ressurskrevende form for forhåndskontroll, blir det spørsmål om hvilke behandlinger som bør være omfattet. I dag er hovedregelen konsesjonsplikt ved behandling av opplysninger som i loven er kategorisert som sensitive, jf. personopplysningsloven § 33 første ledd og § 2 nr. 8. I tillegg gjelder konsesjonsplikt for en rekke bransjer som er nærmere angitt i personopplysningsforskriften kapittel 7 punkt I. Dersom formålet om endret ressursbruk skal oppnås, er det nødvendig å finne en annen snevrere angivelse av hvilke behandlinger som skal forhåndskontrolleres.

Det kan for det første være et alternativ å knytte konsesjonsplikt eller annen forhåndskontroll til kun noen utvalgte typer sensitive personopplysninger. For eksempel må det antas at de fleste oppfatter opplysninger om medlemskap i fagforeninger som mindre sensitive enn for eksempel opplysninger om helseforhold.

Et annet alternativ kan være å ta utgangspunkt i bestemte bransjer eller virksomheter, typisk innenfor sektorer som vanligvis har høy frekvens av behandlinger av sensitive opplysninger. Forsikringsbransjen kan her være et eksempel.

En tredje mulighet kan være å begrense konsesjonsplikt eller annen forhåndskontroll til behandlinger som i seg selv kan oppleves som inngripende, eller som har potensial til å være personvernmessig krenkende. Visse typer fjernsynsovervåking, for eksempel på skoler, er behandlinger som kan tenkes å falle i en slik kategori.

Det er også mulig å se for seg kombinasjoner av de angitte alternativer.

Det bes om høringsinstansenes synspunkter på hvilke behandlinger som bør underlegges konsesjonsplikt eller annen forhåndskontroll i lov eller forskrift, herunder hvilke avgrensningskriterier som kan være aktuelle.

7. Fjernsynsovervåking (§§ 36-41)

7.1 Innledning

Utbredelsen av fjernsynsovervåking har økt markant de senere årene. Dette skyldes blant annet at den teknologiske utviklingen har medført at kameraløsninger som kan benyttes til overvåking i dag både er billigere og enklere enn tidligere. Samtidig reiser slik overvåking flere personvernmessige utfordringer.

Reglene om fjernsynsovervåking i personopplysningsloven kapittel VII var ikke en del av mandatene som lå til grunn for Rapport 2006 og Rapport 2008. Bakgrunnen var blant annet at departementet i brev 13. desember 2005 mottok en rapport med gjennomgåelse og vurdering av disse reglene fra Datatilsynet. I samråd med tilsynet sendes også denne rapporten nå på høring. I det følgende vil de mest sentrale innspillene i rapporten bli presentert, samt enkelte foreløpige merknader fra departementet. Et sammenfattende forslag til lovendringer med kommentarer er inntatt i rapporten side 37-40.

I tillegg har Datatilsynet i brev 19. mai 2009 til Justisdepartementet kommet med enkelte supplerende bemerkninger til sin rapport fra 2005. Brevet inneholder både en utdyping av noen av problemstillingene i rapporten fra 2005, samt erfaringer og utviklingstrekk den seneste tiden. Brevet er inntatt som vedlegg til 2005-rapporten.

7.2 Utformingen av personopplysningsloven kapittel VII om fjernsynsovervåking

7.2.1 Gjeldende rett

Personopplysningsloven kapittel VII om fjernsynsovervåking er begrunnet i et antatt behov for særlige regler for behandling av personopplysninger som skjer i tilknytning til fjernsynsovervåking. Reglene er i stor utstrekning en videreføring av personregisterloven kapittel 9 a.

Personopplysningsloven § 36 definerer fjernsynsovervåking som vedvarende eller regelmessig gjentatt personovervåking ved hjelp av fjernbetjent eller automatisk virkende fjernsynskamera, fotografiapparat eller lignende apparat. Hvilke regler som gjelder ved slik overvåking er deretter angitt i personopplysningsloven § 37. Dels er det her henvist til alminnelige bestemmelser i personopplysningsloven, dels er det vist til spesialbestemmelsene i §§ 38-41.

Den tekniske utviklingen har medført at mange kameraløsninger i dag leveres med mulighet for lydopptak. Definisjonen av fjernsynsovervåking i personopplysningsloven § 36 er imidlertid kun knyttet til bildebehandlingen ved en fjernsynsovervåking. Lydopptak som er direkte knyttet opp mot en fjernsynsovervåking, samt andre former for lydopptak, må derfor vurderes separat og etter de alminnelige reglene i personopplysningsloven og eventuell annen lovgivning.

Personverndirektivet har ingen særskilte regler om fjernsynsovervåking. Denne formen for behandling av personopplysninger er derfor omfattet av direktivet i den utstrekning den faller inn under de alminnelige regler om saklig virkeområde mv. Artikkel 29-arbeidsgruppen har imidlertid i en uttalelse 11. februar 2004 kommet med synspunkter på fjernsynsovervåking og hvordan slik behandling av personopplysninger skal vurderes i forhold til personverndirektivet. Uttalelsen vil være en viktig tolkingsfaktor når reglene for fjernsynsovervåking etter direktivet og den nasjonale gjennomføringsloven skal fastsettes.

Det tilføyes at det ved siden av reglene om fjernsynsovervåking i personopplysningsloven finnes en rekke andre bestemmelser i lovgivningen som retter seg mot ulike former for fotografering og filming. Et eksempel er åndsverksloven § 45 c som regulerer adgangen til å offentliggjøre bilder av personer.

7.2.2 Datatilsynets rapport

Datatilsynet anfører i sin rapport at regelverket for fjernsynsovervåking er blitt noe uoversiktlig, jf. rapporten side 25:

”Reguleringen i personopplysningslovens kapittel VII, kan (...) fremstå som noe uklar. Dette skyldes dels blandingen av spesifikke bestemmelser (f.eks §§ 39 og 40), med generelle bestemmelser (f.eks § 38), dels på grunn av henvisningen til lovens alminnelige bestemmelser (f.eks §§ 8 og 9). Også skillet mellom reguleringsformene i henholdsvis lov og forskrift kan fremstå som en pedagogisk utfordring, primært da hvilke bestemmelser som er valgt inntatt i loven og hvilke i forskriften.

En mulighet for å gjøre dette klarere kan være at formen for overvåking bare reguleres ett sted, eksempelvis i et eget kapittel eller i forskrift. I den sammenheng kan det vurderes å tilføye en setning i personopplysningslovens § 3 (saklig virkeområde) om at kameraovervåking reguleres særskilt.”

Datatilsynet setter særlig spørsmålstegn ved den måten det i personopplysningsloven § 37 er henvist til andre regler i personopplysningsloven på, jf. også det supplerende brevet side 3-4. Fjernsynsovervåking er en spesiell behandlingsform, og det kan derfor være vanskelig å anvende de generelle reglene i personopplysningsloven.

7.2.3 Departementets foreløpige merknader

Ved overveielser av om det i personopplysningsloven skulle gis egne regler om fjernsynsovervåking, var behovet for å skape oversikt og tilgjengelighet et viktig moment, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) side 69:

”Departementet er (...) enig med utvalget i at man bør videreføre personregisterlovens system med at overvåking som ikke faller inn under lovens alminnelige regler, reguleres særskilt. For å gjøre særreglene om overvåking lettere tilgjengelig for brukerne går departementet inn for å samle dem i et eget kapittel VII i lovforslaget.”

Den rettslige løsningen som er valgt, med et eget kapittel om fjernsynsovervåking i personopplysningsloven, er imidlertid bare ett av flere alternativer som kan være aktuelle innenfor personverndirektivets rammer.

Et alternativ til dagens løsning kan være en spesiallov som regulerer en eller flere sider av denne formen for behandling. I Danmark har for eksempel den såkalte tv-overvågningsloven regler om når privatpersoner kan foreta fjernsynsovervåking – mens selve behandlingen av personopplysninger som en slik fjernsynsovervåking medfører omfattes av persondataloven. Fordelen med en slik ordning vil blant annet kunne være at det vil være lettere å gi flere og spesifikke lovbestemmelser knyttet til fjernsynsovervåking som behandlingsform. Risikoen er imidlertid at man får et mer uoversiktlig regelverk, særlig dersom fjernsynsovervåkingen skal omfattes av to ulike lover, slik som i Danmark.

Et annet alternativ er å rendyrke personopplysningslovens ellers teknologinøytrale oppbygning og ta ut hele kapittel VII om fjernsynsovervåking. En slik ordning ville ligge nærmere personverndirektivets ordning. Fjernsynsovervåking vil da være omfattet av de alminnelige reglene i den utstrekning vilkårene for dette er tilstede. Denne løsningen kan eventuelt suppleres av regler om fjernsynsovervåking i personopplysningsforskriften. Det tilføyes dog at det neppe vil være hensiktsmessig å plassere sentrale regler på forskriftsnivå.

Departementet ber om høringsinstansenes syn på den struktur som er valgt når det gjelder reglene om fjernsynsovervåking, herunder om andre løsninger kan være aktuelle.

7.3 Begrepet "jernsynsovervåking"

7.3.1 Terminologi

7.3.1.1 Gjeldende rett

Begrepet "jernsynsovervåking", slik det er benyttet i personopplysningsloven kapittel VII, er en videreføring av den terminologi som ble benyttet i personregisterloven. Av forarbeidene til sistnevnte lov fremgår at begrepet ble valgt blant annet av pedagogiske grunner, og at formen på den tekniske innretningen ikke var avgjørende for begrepsvalget, jf. Ot.prp. nr. 56 (1992-1993) om lov om endringer i lov 9. juni 1978 nr 48 om personregistre m.m (jernsynsovervåking) side 11:

"Spørsmålet om begrepsbruken (...) var også oppe i forbindelse med lovarbeidet med ny § 390 b i straffeloven. Som det også er vist til i Datatilsynets høringsuttalelse (...), var tilsynet også den gangen kritisk til bruk av begrepet "jernsynsovervåking" på dette området. Når man i sin tid valgte dette, var det først og fremst fordi begrepet ble ansett mer forståelig og folkelig enn f.eks "optisk overvåking". Det har imidlertid neppe vært meningen å gjøre reguleringen teknologiavhengig. Som det framgår av definisjonen i straffeloven § 390 b, omfatter denne

personovervåkning ved hjelp av "fjernsynskamera, fotografiapparat *eller liknende apparat*" (uthevet her). Denne siste formuleringen synes nettopp å vise at det er uten betydning hva slags teknologisk apparat (eller utstyr) som benyttes under overvåkningen. Det avgjørende må være om overvåkningen skjer ved hjelp av utstyr som kan produsere bilder."

7.3.1.2 Datatilsynets rapport

Datatilsynet reiser spørsmål om begrepet "fjernsynsovervåking" bør endres fordi det er i ferd med å bli noe utdatert, jf. rapporten side 27:

"Termen fjernsynsovervåking som benyttes i dagens personopplysningslov fremstår som "gammeldags" og ikke inkluderende nok. Kameraovervåking er et mer dekkende begrep."

På sine nettsider bruker Datatilsynet da også gjennomgående begrepet "kameraovervåking", og ikke fjernsynsovervåking.

7.3.1.3 Departementets foreløpige merknader

Fjernsynsbegrepet kan lett gi assosiasjoner til en skjermbasert kameraløsning. I takt med den teknologiske utviklingen har kameraløsningene imidlertid blitt stadig mindre, og selv uten noen skjerm/monitor kan et kamera i dag bli anvendt på en måte som gjør at det må anses som overvåking etter personopplysningsloven § 36. Det bes om høringsinstansenes syn på om begrepet "fjernsynsovervåking" bør erstattes med et mer teknologinøytralt begrep, for eksempel "kameraovervåking" slik Datatilsynet foreslår.

7.3.2 Definisjonen av fjernsynsovervåking

7.3.2.1 Gjeldende rett

I personopplysningsloven § 36 er fjernsynsovervåking definert som "vedvarende eller regelmessig gjentatt personovervåking ved hjelp av fjernbetjent eller automatisk virkende fjernsynskamera, fotografiapparat eller lignende apparat". Vilåret om at kameraet skal være "fjernbetjent eller automatisk virkende" innebærer som utgangspunkt at mobile/håndholdte kameraer faller utenfor. Problemstillingen er ikke utdypet i Ot.prp. nr. 92 (1998-1999), det er på side 130 kun vist til at definisjonen er en videreføring av personregisterloven § 37 a. I forarbeidene til sistnevnte bestemmelse ble imidlertid vilåret drøftet, jf. Ot.prp. nr. 56 (1992-1993) side 11:

"Departementet forstår Datatilsynet slik at det mener at kravet om at overvåkningen skal skje ved hjelp av fjernbetjent eller automatisk virkende fjernsynskamera m.v, generelt ikke bør gjelde. Dette ville i så fall i prinsippet innebære at ordinær fotografering, filming og videoopptak som gjøres manuelt, ville falle inn under reguleringen, - forutsatt at overvåkningen har karakter av *personovervåkning*. Departementet mener at dette ville være å strekke reguleringen for langt."

7.3.2.2 Datatilsynets rapport

Datatilsynet opprettholder sitt tidligere synspunkt om at også mobile/håndholdte kameraer bør være omfattet av personopplysningsloven § 36, jf. rapporten side 27:

”Det bør heller ikke være krav om at kameraet skal være fastmontert, da det avgjørende må være formålet med overvåkingen og hvor inngripende denne er. Et eksempel kan være flyttbart web-kamera. Begrepet bør tydelig omfatte for eksempel forsikringsselskaper som måtte ønske å foreta bevissikring (såkalt videobevis), og overvåking ved hjelp av ordinært håndholdt (digitalt) fotoapparat. Forsikringsbransjen har gjentatte ganger fremmet ønske om å utøve skjult overvåking av forsikringstakere de mistenker for forsikringssvindel knyttet til uførhet og lignende. Måten dette ønskes gjennomført på er at representanter for selskapet, i det skjulte, fotfølger de mistenkte og filmer/tar bilder av disse hvis de utfører handlinger de har oppgitt at de ikke kan klare.”

7.3.2.3 Departementets foreløpige merknader

Personvernmessig hensyn kan tilsi at også mobile/håndholdte kameraer bør inkluderes i definisjonen av fjernsynsovervåking i personopplysningsloven § 36. Overvåking med slike kameraer vil kunne være like inngripende som tradisjonell fjernsynsovervåking, ikke minst fordi mobiliteten vil kunne gjøre det vanskelig å forutse når og hvor en overvåking finner sted.

På den annen side vil dette innebære en vesentlig utvidelse av virkeområdet for reglene om fjernsynsovervåking. Spesialreglene i personopplysningsloven §§ 38-40 er dessuten utformet med henblikk på permanente og/eller stedsbundne overvåkinger. Varslingsregelen i § 40 kan for eksempel vanskelig overholdes ved bruk av et mobilt kamera.

Departementet finner grunn til å peke på at selv om bruk av mobile/håndholdte kameraer ikke anses som fjernsynsovervåking etter personopplysningsloven § 36, vil det like fullt kunne være tale om behandlinger som er omfattet av personopplysningslovens alminnelige regler. Det vises i denne sammenheng til drøftelsen av Personvernemndas avgjørelse i PVN-2005-01 og personopplysningsloven § 3 første ledd bokstav a i punkt 2.1.3 ovenfor. Det eksempelet som Datatilsynet har vist til – bruk av mobile/håndholdte kameraer i forsikringsbransjen – vil etter departementets oppfatning kunne falle inn under personopplysningslovens saklige virkeområde. Privatpersoners bruk av mobile/håndholdte kameraer, derimot, ofte kunne være omfattet av unntaket i personopplysningsloven § 3 annet ledd.

Departementet ber om høringsinstansenes synspunkter.

7.4 Behandlingsgrunnlaget ved fjernsynsovervåking

7.4.1 Datatilsynets rapport

Datatilsynet har anført at kravet til behandlingsgrunnlag ved fjernsynsovervåking, jf. personopplysningsloven § 37, jf. §§ 8-9, kan være vanskelig å fastslå, jf. rapporten side 25-26:

”Personopplysningslovens § 37 viser i dagens utforming til §§ 8 og 9. Det mest praktiske behandlingsgrunnlaget er § 8, f. Bestemmelsen er meget skjønnsmessig utformet, og medfører ofte fortolkningsproblemer.

(...)

Et annet problem med det vurderingstema § 8, bokstav f, henviser til, er at det ikke er spesielt klart hva som ligger i vilkårene ”berettiget interesse” og ”den registrertes personvern”. Dette er i og for seg vanlig lovgivningsteknikk, men manglende konkretisering på dette praktisk viktige området kan fremstå som uheldig. Datatilsynets praksis fremstår i dag som hovedrettskilden i forhold til vurderingen av § 8 f, noe som er problematisk når den behandlingsansvarlige selv skal fortolke og anvende bestemmelsen ”i første omgang”. Skjønnsmessige vurderingstema setter også begrensninger mht. straffesanksjoner. Det bør vurderes om det er hensiktsmessig å spesifisere bestemmelsene i større grad, særlig i forhold til det rettslige grunnlaget for fjernsynsovervåking.”

Av denne grunn tar Datatilsynet til ordet for at det bør gis egne regler om behandlingsgrunnlag ved fjernsynsovervåking, som også klart får frem at en lovlig overvåking forutsetter at det finnes slikt grunnlag (rapporten side 27):

”Det bør vurderes særskilt regulering av det praktisk viktigste behandlingsgrunnlaget på området (§ 8, f), der det fremkommer mer uttømmende hvilke interesser som skal vernes (liv, helse, kriminalitetsforebygging). En slik reguleringsform er valgt i den svenske loven om allmenn kameraovervåking (1998-04-02), jf. § 6.

(...)

Bestemmelsen kan utformes på en slik måte at det tydelig fremkommer at kameraovervåking som hovedregel er ulovlig, og at det er overvåkingen som krever rettslige grunnlag, ikke retten til å være fri fra overvåking. Viser igjen til nevnte svenske lovs § 6.”

Det vises også til Datatilsynets supplerende brev side 4.

7.4.2 Departementets foreløpige merknader

7.4.2.1 Behov for utdyping av personopplysningsloven § 8 bokstav f?

Datatilsynet reiser spørsmål om det ikke er behov for flere spesialbestemmelser i personopplysningsloven kapittel VII tilpasset fjernsynsovervåking som behandlingsform. Det er særlig fremhevet at personopplysningsloven § 8 bokstav f, som anføres å være det mest praktiske behandlingsgrunnlaget ved fjernsynsovervåking, bør utdypes for denne type behandling av personopplysninger.

Departementet ser fordelene ved en slik løsning. En ny bestemmelse i personopplysningsloven kapittel VII kunne for eksempel lyde:

”Ved vurderingen av hva som er en berettiget interesse etter personopplysningsloven § 8 bokstav f skal det for fjernsynsovervåking legges vesentlig vekt på om overvåkingen verner om liv eller helse, eller forebygger kriminalitet.”

Det bes om høringsinstansenes syn på Datatilsynets innspill knyttet til behovet for særlige regler om behandlingsgrunnlag for fjernsynsovervåking, herunder ønsket om en konkretisering av personopplysningsloven § 8 bokstav f.

7.4.2.2 Fjernsynsovervåking og sensitive personopplysninger

Personvernemnda har lagt til grunn at fjernsynsovervåking med lagring av bildeopptak vil kunne innebære behandling av sensitive personopplysninger, jf. sak PVN-2005-12 som gjaldt fjernsynsovervåking på Sporveisbussene i Oslo (punkt 6.3):

”Ved overvåkingen lagres bilder av passasjerene. Et fotografi av en person vil nødvendigvis gi opplysninger om denne personen. Disse opplysningene vil også kunne omfatte opplysninger som etter personopplysningsloven § 2 nr 8 *litra* a er kategorisert som ”sensitive” – typisk ”rasemessig eller etnisk bakgrunn” eller ”religiøs oppfatning” – implisert av utseende, klesdrakt eller lignende. Fotografiet kan også gi opplysninger om en persons ”helseforhold”, jf. personopplysningsloven § 2 nr 8 *litra* c, f eks ved bandasjer, synlige sår mv.”

Etter dette la Personvernemnda til grunn at fjernsynsovervåking krevde behandlingsgrunnlag også etter personopplysningsloven § 9. Etter nemndas syn kunne personopplysningsloven § 9 tredje ledd utgjøre et tilstrekkelig behandlingsgrunnlag:

”Slik Personvernemnda ser det, vil ingen av de oppregnede grunnene i personopplysningsloven § 9, 1.ledd *litra* a-h naturlig passe for den aktuelle situasjonen. Imidlertid må det være på det rene at personopplysningsloven kap VII må tolkes slik at fjernsynsovervåking i prinsippet også kan tillates i en situasjon som den foreliggende. Hvis man strengt holder på at det må finnes en hjemmel i personopplysningsloven § 9, 1.ledd ville det i praksis bety at man sjelden eller aldri ville kunne gjennomføre fjernsynsovervåking der det skjer en behandling av opptakene ved datamaskinbaserte system, ettersom fotografier etter sin natur alltid vil kunne omfatte sensitive opplysninger i den forstand uttrykket brukes i personopplysningsloven § 2 nr 8. Personvernemnda anser derfor ikke at loven kan tolkes på denne måten, men antar at man kan bruke hjemmelen i personopplysningsloven § 9, 3.ledd som tillater ’at sensitive personopplysninger kan behandles også i andre tilfeller dersom viktige samfunnsinteresser tilsier det og det settes i verk tiltak for å sikre den registrertes interesser’. Dette betyr at man i tillegg til å finne en behandlingsgrunn etter personopplysningsloven § 8 må anta at behandlingen tjener viktige samfunnsinteresser, og at tiltakene er iverksatt i den registrertes interesse.”

Disse uttalelsene ble gjentatt i Personvernnemndas avgjørelse i sak PVN-2005-13, som gjaldt fjernsynsovervåking av publikumsområder på lokaltogene til NSB.

I Datatilsynets brev 8. august 2006 til Justisdepartementet er det anført at Personvernnemndas tolking i disse to sakene blant annet medfører en innføring av konsesjonsplikt ved fjernsynsovervåking, jf. personopplysningsloven § 33 første ledd. Det hevdes at dette er i strid med det Stortinget forutsatte ved vedtakelsen av personopplysningsloven:

”I prinsippet har Personvernnemnda med sitt vedtak innført en ’generell konsesjonsplikt’ for noe Stortinget uttrykkelig ikke har ønsket å konsesjonsregulere. Da loven ble behandlet i Stortinget ble man oppmerksom på at bruk av fjernsynsovervåking som hovedregel ville indikere mistanke om straffbare forhold, som igjen ville medføre konsesjonsplikt for den enkelte bruker. Stortinget fant det ikke nødvendig å kreve konsesjonsplikt for denne type bruk, da regler som ble fremmet i realiteten skjerpet kontrollen med bruk av fjernsynsovervåking.”

I Innst. O. nr. 51 (1999-2000), som Datatilsynet har henvist til, uttalte justiskomiteen (side 19) følgende om konsesjonsplikten ved fjernsynsovervåking:

”Komiteen peker på at iht. § 37 gjelder bl.a. reglene i § 9 om behandling av sensitive personopplysninger for all fjernsynsovervåking. Etter § 2 nr. 8 inkluderer sensitive personopplysninger ’at en person har vært mistenkt, siktet, tiltalt eller dømt for en straffbar handling’. Av de opplysninger som defineres som sensitive, er det i første rekke denne regelen som er relevant i forhold til fjernsynsovervåking.
(...)

For behandling av sensitive personopplysninger som ikke er hjemlet i § 9 første (eller annet) ledd, vil det være påkrevet både med Datatilsynets samtykke etter § 9 tredje ledd og konsesjon etter § 33. Komiteen forstår § 9 tredje ledd slik at Datatilsynet ikke gis myndighet til å utforme *generelle* regler, men at regelen tar sikte på at Datatilsynet skal fatte avgjørelser i enkeltsaker. Enkeltsaksbehandling av tillatelser til fjernsynsovervåking er en lite hensiktsmessig fremgangsmåte, og denne regelen er derfor etter komiteens syn ikke egnet som hjemmel til å gi særregler for fjernsynsovervåking.”

På denne bakgrunn fremmet komiteen forslag til unntak fra personopplysningsloven § 9 for fjernsynsovervåking som har til formål å avdekke slike sensitive opplysninger som er omhandlet i personopplysningsloven § 2 nr. 8 bokstav b, jf. personopplysningsloven § 37 første ledd tredje punktum. Videre foreslo komiteen at det for slike behandlinger også skulle gjelde unntak fra konsesjonsplikt, jf. personopplysningsloven § 37 annet ledd annet punktum.

Departementet mener Personvernnemndas synspunkter i de to nevnte avgjørelsene reiser spørsmål om det kan være hensiktsmessig med enkelte endringer i personopplysningsloven. Gode grunner kan tilsi at det for det første bør fremgå uttrykkelig av loven at fjernsynsovervåking som hovedregel vil innebære behandling av sensitive personopplysninger. Dernest taler mye for at det både kravet til rettslig

grunnlag i personopplysningsloven § 9 og konsesjonsplikten etter personopplysningsloven § 33 bør tilpasses fjernsynsovervåking som behandlingsform. Departementet ser det som mest nærliggende at spesialregler på dette punkt inntas i personopplysningslovens kapittel VII om fjernsynsovervåking. Det bes om høringsinstansenes synspunkter.

Departementet finner imidlertid grunn til å påpeke at Personvernemndas standpunkt til det grunnleggende spørsmålet om når fjernsynsovervåking er å anse som behandling av sensitive personopplysninger ikke synes å være samsvar med blant annet praksis i Danmark. Det danske datatilsynet har i flere saker lagt til grunn at selv om en fjernsynsovervåking unntaksvis fanger opp sensitive personopplysninger så skal den likevel som helhet anses som en behandling av ikke-sensitive personopplysninger. Det vises her til tilsynets uttalelser 3. juni 2002 og 31. juli 2002 om fjernsynsovervåking av henholdsvis et supermarked og en jernbanestasjon. I de samme sakene vektla tilsynet dessuten om det var tilfeldig at de sensitive personopplysningene hadde kommet med på opptaket, samt om opptakets formål ikke var å skaffe slike sensitive opplysninger.

Departementet er enig i at personopplysningslovens regler ikke stenger for en slik tolking nemnda har lagt til grunn, men formålet bak skillet mellom sensitive og ikke-sensitive personopplysninger kan tilsi en slik rettslig løsning som er valgt i Danmark. De personvernmessige hensyn som ligger bak de strengere behandlingsvilkår for sensitive personopplysninger slår ikke nødvendigvis til der det er tilfeldig om sensitive personopplysninger blir en del av behandling og/eller formålet med behandlingen er noe helt annet enn innhenting av sensitive opplysninger. Også Schartum/Bygrave (2006) synes enkelte steder i rapporten å forutsette at forekomst av sensitive enkeltopplysninger ikke nødvendigvis gjør at behandlingen som sådan må anses som behandling av sensitive personopplysninger, jf. blant annet rapporten side 108.

Departementet ber derfor om høringsinstansenes syn på en alternativ hovedregel om at fjernsynsovervåking ikke er å anse som behandling av sensitive personopplysninger, i kombinasjon med unntak for situasjoner der formålet med overvåkingen er å innhente sensitive personopplysninger.

7.4.2.3 Særlig om opplysninger om straffbare forhold

I personopplysningsloven § 37 første ledd tredje punktum og annet ledd annet punktum er det for fjernsynsovervåking som har "som formål å avdekke opplysninger som nevnt i § 2 nr. 8 bokstav b" oppstilt unntak fra personopplysningsloven § 9 første ledd og § 33. Hensikten med formuleringen var å oppstille unntak for fjernsynsovervåking som har til formål å beskytte mot og/eller avdekke straffbare handlinger, jf. Innst. O. nr. 51 (1999-2000) side 19. Personopplysningsloven § 2 nr. 8 bokstav b bestemmer at opplysninger om "at en person har vært mistenkt, siktet, tiltalt eller dømt for en straffbar handling" skal anses som sensitive personopplysninger. En fjernsynsovervåking vil imidlertid sjelden ha til formål å avdekke opplysninger om at noen har vært strafferettslig mistenkt, siktet, tiltalt eller dømt. Selv om henvisningen til § 2 nr. 8 bokstav b må forstås og tolkes slik at det her er tenkt på opplysninger om straffbare handlinger – og

ikke om en ev. strafferettslig forfølgning – kan det reises spørsmål om ikke ordlyden i personopplysningsloven § 37 bør endres. Det kan for eksempel være aktuelt å erstatte ”som har som formål å avdekke opplysninger som nevnt i § 2 nr. 8 bokstav b” med ”som har som formål å forhindre eller avdekke straffbare handlinger”.

7.5 Fjernsynsovervåking på sted hvor en begrenset krets av personer ferdes jevnlig

7.5.1 Gjeldende rett

Personopplysningsloven § 38 regulerer situasjoner hvor fjernsynsovervåking skjer på et sted hvor en begrenset krets av personer ferdes jevnlig, for eksempel en arbeidsplass. Her oppstilles det et krav om at virksomheten må ha et ”særskilt behov” for at overvåking skal kunne skje. Bestemmelsen, som er en videreføring av personregisterloven § 37 a, supplerer regelen om grunnkrav i § 11 og gir anvisning på at det i disse tilfellene gjelder et kvalifisert krav til den behandlingsansvarliges behov. Om hva som ligger i begrepet ”særskilt behov” uttaler forarbeidene til personregisterloven (Ot.prp. nr. 56 (1992-93) side 18) at dette:

”... må vurderes konkret i forhold til virksomheten i det organ eller foretak som ønsker å foreta overvåkningen. Kravet må f.eks anses oppfylt der en bedrift ønsker å foreta overvåkning som ledd i arbeidet med å forebygge at farlige situasjoner oppstår, eller av hensynet til ansattes eller andres sikkerhet.”

Når det gjelder hva som nærmere ligger i ”sted hvor en begrenset krets av personer ferdes”, heter det i forarbeidene Ot.prp. nr. 56 (1992-93) side 28) at:

”Steder som er tilgjengelig for allmenheten og hvor allmenheten normalt ferdes, vil ikke omfattes. F.eks vil de deler av lokalene som er offentlig tilgjengelige i forretninger, bensinstasjoner, banker, restauranter/kaféer, jernbanestasjoner, tunnelbanestasjoner og flyplasser falle utenfor. Dette vil være situasjonen selv om enkelte jevnlig ferdes på det sted hvor overvåkningen foretas, f.eks ansatte i forretninger m.v.”

7.5.2 Datatilsynets rapport

Datatilsynet mener at kriteriet ”særskilt behov” i personopplysningsloven bør utdypes eller eksemplifiseres, samt at det bør vurderes om fjernsynsovervåking også bør begrenses andre steder, jf. rapporten side 27:

”[Det] bør (...) vurderes ytterligere presisering av det strengere kravet om ”særskilt behov” for overvåking av områder der en begrenset krets ferdes. (...) I denne sammenheng vil det kanskje også være naturlig å se nærmere på hvor integritetstrusselen faktisk er størst. Kan det være naturlig med andre skillelinjer enn offentlig sted og der en begrenset krets jevnlig ferdes? Bør det tenkes i retning av områder der forventningen om ikke å bli overvåket er størst, så som offentlig rom begrenset til friluft, offentlig vei, badestrender, skog og mark, annens eiendom?”

I sitt supplerende brev side 8 har Datatilsynet pekt på at det for eksempel kan settes spesielle krav til fjernsynsovervåkingen for nærmere definerte bransjer/virksomheter, situasjoner, steder, funksjoner eller grupper.

7.5.3 Departementets foreløpige merknader

Overskriften til personopplysningsloven § 38 er "Grunnkrav til overvåking", mens det i realiteten er tale om tilleggsvilkår for behandlingsformen fjernsynsovervåking. Grunnkravene til behandling av personopplysninger er regulert i personopplysningsloven § 11, og disse kravene gjelder også for all fjernsynsovervåking, jf. personopplysningsloven § 37. Av hensyn til lovens system kan derfor være aktuelt at overskriften i § 38 endres til for eksempel "Overvåking på sted hvor en begrenset krets av personer ferdes jevnlig".

Når det gjelder Datatilsynets forslag om å begrense muligheten for fjernsynsovervåking også på andre steder enn der en begrenset krets av personer jevnlig ferdes, er departementet enig i at det finnes flere steder enn de som i dag omfattes av personopplysningsloven § 38 hvor adgangen til fjernsynsovervåking bør være avskåret eller sterkt begrenset. Som påpekt vil for eksempel en del friluftsområder være steder hvor man forventer å kunne oppholde seg uten å bli fjernsynsovervåket. Utfordringen er å finne en hensiktsmessig geografisk eller funksjonell avgrensning av slike områder. Generelle formuleringer kan by på tolkingstvil og generere mange saker hos og forespørslar til Datatilsynet.

Det bes om høringsinstansenes synspunkter på om også andre steder enn der en begrenset krets av personer jevnlig ferdes bør underlegges restriksjoner mht. fjernsynsovervåking, herunder hvilke konkrete områder dette eventuelt bør være og hvilke begrensninger som bør gjelde.

Departementet ber også om høringsinstansenes syn på Datatilsynets forslag om en konkretisering av kravet om "særskilt behov", for eksempel slik at den interessevurdering som er oppstilt i personopplysningsloven § 38 suppleres med eksempler eller utdyping i loven.

7.6 Varsel om fjernsynsovervåking

7.6.1 Gjeldende rett

De alminnelige reglene om varsling i personopplysningsloven kapittel III passer dårlig på fjernsynsovervåking, og får derfor ikke anvendelse. Det vil som regel ikke være kontakt mellom den behandlingsansvarlige og de registrerte, og den behandlingsansvarlige vil ikke kjenne de registrertes identitet. Ved fjernsynsovervåking på offentlig sted eller sted hvor en begrenset krets av personer ferdes jevnlig, skal det derfor i stedet ved skilting eller på annen måte gjøres tydelig oppmerksom på at stedet blir overvåket og hvem som er behandlingsansvarlig, jf. § 40.

7.6.2 Datatilsynets rapport

Datatilsynet spør om ikke varslingsplikten også bør omfatte hva slags overvåking som foretas, jf. rapporten side 33:

”Varslingsbestemmelsen fremstår i seg selv som tilfredsstillende. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om den er egnet til å fange opp utviklingstrendene. Av varslingen bør det også fremgå hvor sterk overvåkingen er, herunder om det bare utføres monitorering, biometri (ansiktsgjenkjenning), lydopptak med mer. Det kan også tenkes løsninger med en form for lampe som lyser på kameraet når opptak foretas. Ved at det informeres om hvor sterk overvåkingen er kan det tenkes løsninger med bruk av standardsymboler.”

En nærmere omtale av muligheten for standardisert varsling er inntatt i Datatilsynets supplerende brev side 6-7. Her er også bruken av såkalt ”dummy-kamera” tatt opp, jf. side 9.

7.6.3 Departementets foreløpige merknader

Det må antas at det for den som utsettes for overvåking ofte vil være av personvernmessig interesse å få vite overvåkingsmetoden. Det bes om synspunkter på Datatilsynets forslag, herunder hvordan en slik varsling praktisk sett eventuelt kan gjennomføres.

7.7 Skillet mellom fjernsynsovervåking med og uten bildeopptak

7.7.1 Gjeldende rett

I forarbeidene til personopplysningsloven ble det antatt at fjernsynsovervåking uten noen form for lagring av bildeopptaket ikke uten videre ville være omfattet av loven, jf. Ot.prp. nr. 90 (1998-99) side 69:

”Det vil følge av lovens generelle virkeområde at den overvåkingen som utgjør en elektronisk behandling av personopplysninger ikke uten videre faller inn under lovens samlede regelsett. Selv om det elektroniske behandlingsbegrepet som lovforslaget bygger på er videre enn registerbegrepet i personregisterloven, vil det fremdeles være en del typer fjernsynsovervåking som faller utenfor lovforslagets alminnelige virkeområde. F.eks vil fjernsynsovervåking som overføres direkte til en tv-skjerm uten at bildeopptak blir lagret, neppe være noen behandling av personopplysninger slik direktivet og lovforslaget nytter uttrykkene.”

Blant annet for å sikre at enkelte sentrale bestemmelser i personopplysningsloven skulle komme til anvendelse for alle former for fjernsynsovervåking uavhengig av reglene om lovens saklige virkeområde i personopplysningsloven § 3 første ledd, ble det gitt en særlig bestemmelse om lovens virkeområde for fjernsynsovervåking i personopplysningsloven § 37.

Personopplysningsloven § 37 første ledd første punktum angir at spesialreglene i personopplysningsloven §§ 38-41 kommer til anvendelse for alle former for

fjernsynsovervåking. Av § 37 første ledd annet punktum følger at det samme også gjelder for personopplysningsloven § 8, 9, 11 og 31 og 32. Dersom bildeopptak fra en fjernsynsovervåking lagres på en slik måte at det er mulig å finne igjen opplysninger om en bestemt person, bestemmer personopplysningsloven § 37 annet ledd første punktum at også de øvrige reglene i loven gjelder.

7.7.2 Datatilsynets rapport

Datatilsynet viser til at personopplysningsloven § 37 er utformet med tanke på at det går et skille mellom fjernsynsovervåking med og uten bildeopptak, men at dette skillet i dag er blitt upraktisk. Den teknologiske utviklingen har medført at fjernsynsovervåking med analog løsning i stor utstrekning er blitt erstattet av digitale løsninger. Digitale løsninger har gjort lagring av bildeopptak både enklere og billigere, og det kan reises spørsmål om ikke fjernsynsovervåking uten opptak – såkalt ren monitorering – er i ferd med å forsvinne helt, jf. rapporten side 28-29:

”Det kan (...) stilles spørsmål ved om ”bare” monitorering vil være aktuelt i fremtiden, når overvåkingen stort sett vil foretas ved hjelp av digitale løsninger.

(...)

Gjeldende lovgivning (jf. § 37, jf. § 3) har i praksis blitt oppfattet å skille mellom analog og digital kameraovervåking.

(...)

Det foreslås (...) at et slikt skille ikke videreføres. Gjeldende regulering, § 37, fremstår i dag som uklar, og analoge opptak er langt på vei i ferd med å bli erstattet av digitale systemer. Av det totale salget i 2004 utgjorde de analoge systemene bare 1 %.”

I Datatilsynets supplerende brev er det vist til at denne utviklingen bare har fortsatt de senere år, jf. side 2 og 5.

7.7.3 Departementets foreløpige merknader

Som Datatilsynet viser til, innebærer den teknologiske utviklingen at fjernsynsovervåking med digitalt utstyr stadig blir mer utbredt.

Personopplysningsloven § 37 første og annet ledd skiller etter sin ordlyd ikke mellom analogt og digitalt utstyr, men med digital teknologi ligger forholdene i større grad til rette for lagring av bildeopptaket. Både økt tilgjengelighet, lav pris og muligheten til å oppbevare og overføre store mengder data uten store kostnader, er faktorer som har bidratt til økt fjernsynsovervåking. Analogt utstyr uten noen form for opptak, eller med opptak ved bruk av magnetbånd og videokassetter (VHS), er mindre i bruk enn for noen år siden. Samtidig er det nærliggende å tro at de enkle lagringsmulighetene som finnes i stor grad blir utnyttet, fordi det i hovedsak er i ettertid den behandlingsansvarlige vil ønske å nyttiggjøre seg bildene fra overvåkingen. Det kan legges til at digitale løsninger også innebærer nye muligheter for overføring av data.

Når fjernsynsovervåking med bildeopptak nå trolig har blitt den klart vanligste formen fjernsynsovervåking, kan det reises spørsmål om det fremdeles er behov for det rettslige skillet man i dag har mellom personopplysningsloven § 37 første og annet ledd.

Særlig gjelder dette fordi det ikke alltid være enkelt å avgjøre om en konkret behandling er omfattet av § 37 annet ledd eller ikke.

Slik departementet vurderer det, kan det være et alternativ å erstatte personopplysningsloven § 37 med en ny bestemmelse i personopplysningsloven § 3 hvor det slås fast at personopplysningsloven kommer til anvendelse på all fjernsynsovervåking. Ved å innta en slik presisering i § 3, samtidig som man fjerner personopplysningsloven § 37, opphever man det rettslige skillet mellom de to ulike formene for fjernsynsovervåking. I tillegg unngår man å ha en alminnelig regel og en spesiell regel om personopplysningslovens saklige virkeområde.

En lignende løsning er valgt i dansk rett. Persondataloven § 1 stk. 1, som tilsvarer personopplysningsloven § 3 første ledd, lyder som følger:

”Loven gjelder for behandling af personoplysninger, som helt eller delvis foretages ved hjælp af elektronisk databehandling, og for ikke-elektronisk behandling af personoplysninger, der er eller vil blive indeholdt i et register.”

I persondataloven § 1 stk. 7 er imidlertid følgende presisering tatt inn:

”Loven gjelder for enhver form for behandling af personoplysninger i forbindelse med tv-overvågning.”

Sistnevnte formulering ble tatt inn i persondataloven ved en lovendring i 2007, etter forslag fra et utvalg som hadde gjennomgått reglene om fjernsynsovervåking. Av utvalgets begrunnelse, jf. Betænkning nr. 1483/2006 ”Betænkning om tv-overvågning” side 148, fremgår at man blant annet så et behov for å skape klarhet i spørsmålet om når fjernsynsovervåking som behandlingsform var omfattet av persondataloven:

”Konsekvensen af reglerne i lovens § 1, stk. 1 og 2, er (...) at det i nogle sammenhænge kan være vanskelig at fastlægge lovens præcise anvendelsesområde, ligesom det undertiden kan synes noget tilfældigt om en behandling af personoplysninger er omfattet af loven eller ej. Dette har blandt andet vist sig være tilfældet med hensyn til behandling af personoplysninger i forbindelse med tv-overvågning.”

Å la hele personopplysningsloven komme til anvendelse på all fjernsynsovervåking kan rent umiddelbart fremstå som en vesentlig utvidelse av lovens virkeområde. Utvalget av bestemmelser som det er henvist til i personopplysningsloven § 37 første ledd første punktum, jf. annet punktum, gir imidlertid heller ikke i dag noen uttømmende angivelse av hvilke av lovens regler som gjelder. For eksempel må det antas at personopplysningsloven kapittel VIII om tilsyn og sanksjoner også gjelder så langt de passer ved fjernsynsovervåking uten opptak, selv om det ikke eksplisitt er vist til disse bestemmelsene. Dertil tilkommer at enkelte bestemmelser i personopplysningsloven, for eksempel reglene om innsyn, lagring og sletting, av praktiske grunner ikke vil være aktuelle ved ren monitorering – selv om de formelt sett skulle gis anvendelse.

Det tilføyes at en hovedregel i personopplysningsloven § 3 om at loven kommer til anvendelse på all fjernsynsovervåking kan suppleres med de unntak som i dag er inntatt i personopplysningsloven § 37 første ledd tredje punktum og annet ledd annet punktum.

Departementet ber om høringsinstansenes syn på dette forslaget.

7.8 Overføring av tilsynsansvaret med fjernsynsovervåking til kommuner

Departementet sendte 7. mars 2005 på høring et forslag om at kommuner som ønsker det, skal få ansvaret for å føre tilsyn med fjernsynsovervåking i kommunen. Det ble dessuten foreslått at kommunene skal kunne bestemme at slik overvåking skal kreve forhåndsgodkjenning (konsesjon) fra kommunen. Høringsfristen gikk ut 15. juni 2005. Departementet har mottatt en rekke innspill fra høringsinstansene og vil behandle forslaget sammen med andre eventuelle endringer i personopplysningsloven når herværende høring er avsluttet.

8. Mindreåriges personvern

8.1 Gjeldende rett

8.1.1 Personopplysningsloven og personverndirektivet

Det finnes ingen særskilte regler om vern av mindreåriges personopplysninger i personopplysningsloven. Dette innebærer at de generelle reglene kommer til anvendelse ved behandling av slike opplysninger.

Heller ikke personverndirektivet skiller mellom opplysninger som kan knyttes til barn og opplysninger som kan knyttes til voksne. Det foreligger imidlertid en uttalelse fra Artikkel 29-arbeidsgruppen som vil ha betydning for forståelsen av direktivet og personopplysningsloven, jf. uttalelse nr. 1/2008. Denne er tilgjengelig på nettsiden http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/consultations/index_en.htm.

Anbefalingen tar utgangspunkt i behandling av barns personopplysninger i skolesektoren, men den er ment å identifisere momenter som er viktige for beskyttelse av barns personopplysninger mer generelt. Det konkluderes med at personverndirektivet i de fleste tilfeller ivaretar beskyttelsen av barns personopplysninger på en tilfredsstillende måte. En forutsetning er imidlertid at regelverket tolkes i lys av prinsippet om barnets beste, jf. FNs konvensjon om barns rettigheter av 20. november 1989 (Barnekonvensjonen). Medlemsstatene oppfordres til å sørge for at deres lovverk er i tråd med nevnte prinsipp.

Artikkel 29-arbeidsgruppen gir også uttrykk for at det skal være en sammenheng mellom det stadium barnet er på i sin utvikling og dets kompetanse til å utøve rettigheter. Det vises til arbeidsgruppens uttalelse side 6:

”Since the child is a person who is still developing, the exercise of their rights – including those relating to data protection – must adapt to their level of physical and psychological development. Not only are children in the process of developing, but they have a right to this development. The way in which this process is managed in the legal system varies from state to state, but in any society children should be treated in accordance with their level of maturity. Where consent is concerned, the solution can progress from mere consultation of the child, to a parallel consent of the child and the representative, and even to the sole consent of the child if he or she is already mature.”

8.1.2 Annen relevant lovgivning

8.1.2.1 Innledning

Personopplysningslovens generelle regler må suppleres av bestemmelser i barneloven og spesiallovgivningen. Nedenfor nevnes enkelte lover som er relevante for behandling av barns personopplysninger, herunder spørsmålet om det er avgitt gyldig samtykke til slik behandling, jf. personopplysningsloven § 2 nr. 7.

8.1.2.2 Barneloven

Foreldreansvaret etter barneloven § 30 innebærer både en rett og en plikt til å ta avgjørelser for barnet om personlige forhold. Dette vil i utgangspunktet omfatte alle de avgjørelser som ikke gjelder økonomiske spørsmål og som derfor faller utenfor vergemålet. Det å samtykke til behandling av personopplysninger er en slik avgjørelse.

Foreldrenes bestemmelsesrett ovenfor barna er imidlertid ikke absolutt. For det første gjelder den generelle begrensning at foreldreansvaret må utøves ut fra barnets interesser og behov. Foreldreansvaret begrenses dessuten både av barnets medbestemmelsesrett og barnets selvbestemmelsesrett, jf. barneloven §§ 31 og 33.

8.1.2.3 Pasientrettighetsloven

Det følger av lov 2. juli 1999 nr. 63 (pasientrettighetsloven) § 4-3 at mindreårige som hovedregel selv kan samtykke til helsehjelp når de har fylt 16 år.

8.1.2.4 Helseregisterloven

I henhold til lov 18. mai 2001 nr. 24 (helseregisterloven) § 5 fjerde ledd kan barn helt ned til 12 år selv treffe beslutning om samtykke til behandling av helseopplysninger, dersom barnet av grunner som bør respekteres ikke ønsker at opplysningen gjøres kjent for foreldrene.

8.1.3 Internasjonale konvensjoner

Barnekonvensjonen anerkjenner barnet som et selvstendig individ med uavhengige rettigheter, også i tilfeller hvor barnets interesser er forskjellig fra hva foreldrene måtte ønske. Barnekonvensjonen har som generelt utgangspunkt at det først og fremst skal tas hensyn til hva som er barnets beste, jf. artikkel 3 nr. 1. Barns rett til privatliv presiseres nærmere i artikkel 16. Beskyttelse av barns personopplysninger må anses omfattet av begrepet "privatliv". I artikkel 12 knesettes prinsippene om barns uttalelsesrett og medbestemmelsesrett, også disse relevante i forbindelse med de problemstillinger som drøftes i dette punktet.

EMK artikkel 8 verner retten til respekt for privatliv og familieliv. Den gjelder alle individer, uavhengig av alder, og pålegger derfor medlemsstatene å gi også barna effektiv beskyttelse mot privatlivskrenkelser.

Bestemmelsene i nevnte konvensjoner vil ved motstrid gå foran bestemmelsene i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3, jf. § 2 nr. 1 og nr. 4.

8.1.4 Datatilsynets og Forbrukerombudets veileder

I 2004 ga Datatilsynet i samarbeid med Forbrukerombudet ut en veileder om innhenting og bruk av mindreåriges personopplysninger. Denne gir uttrykk for hvordan Datatilsynet tolker de generelle reglene på saker som gjelder behandling av mindreåriges personopplysninger. Den kan derfor være en viktig tolkningsfaktor når innholdet i de generelle reglene skal fastsettes. Veilederen finnes på nettsiden http://www.forbrukerombudet.no/asset/1507/1/1507_1.pdf.

I henhold til retningslinjene kan mindreårige som har fylt 15 år som hovedregel selv samtykke til innhenting og bruk av egne personopplysninger. For barn som er yngre enn 15 år må foreldrene samtykke til innhenting og bruk av opplysninger om barnet. Også behandling av sensitive personopplysninger forutsetter foreldrenes samtykke, inntil barnet er 18 år.

Før samtykket innhentes, må den som samler inn opplysningene om den mindreårige foreta en konkret skjønnsmessig vurdering. Her skal det ses hen til opplysningenes art og omfang, hvilket medium som benyttes, aldersgruppe, samt hva opplysningene skal brukes til. Dersom den mindreårige ikke kan forventes å overskue konsekvensene av sitt samtykke, skal hovedregelen ikke brukes.

8.1.5 Forskriftsbestemmelser

Det finnes enkelte bestemmelser om behandling av barns personopplysninger på forskriftsnivå. I henhold til personopplysningsforskriften § 7-20 er behandling av personopplysninger om elever og studenter i medhold av lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova) unntatt konsesjons- og meldeplikt. Det samme gjelder behandling av personopplysninger om barn i barnehage

eller skolefritidsordninger i medhold av lov 5. mai 1995 nr. 19 om barnehager (barnehageloven) og opplæringslova, jf. personopplysningsforskriften § 7-21.

8.2 Schartum/Bygrave (2006)

8.2.1 Mandatet

Utredene er bedt om å vurdere om det er behov for å endre personopplysningsloven for å sikre mindreåriges personvern best mulig.

8.2.2 Vurderinger og forslag til endringer

Utredene trekker frem som en særlig utfordring for mindreåriges personvern at de gradvis bør få større selvråderett i familien, i tråd med barnelovens regler. Samtidig skal barn sikres personvern i forhold til andre som behandler opplysninger om dem. Utredene peker på at barns personvern derfor gjelder i ”i to retninger” – både overfor foreldrene og overfor samfunnet rundt.

Etter utredernes syn er det særlig tre problemområder som er viktig for barns personvern: spørsmålet om innsamling av opplysninger (herunder samtykke), spørsmålet om innsyn i opplysninger og spørsmålet om retting, sletting mv. av opplysninger, jf. rapporten side 142. Utredene tar til ordet for at personopplysningsloven bør inneholde noen utgangspunkter som tydeliggjør hvilke alminnelige regler som gjelder for behandling av opplysninger om barn.

I tråd med dette foreslår utredene et generelt regelsett om forholdet mellom barn og foreldre innenfor rammene av personopplysningsloven, jf. forslag til § 6 a inntatt på side 193 i rapporten (radikalt lovforslag). Lovforslaget går i hovedtrekk ut på at for barn mellom 7 og 12 år kan foreldrene opptre alene. Der barnet er mellom 12 og 15 år skal barn og foreldre opptre i fellesskap. Barn mellom 15 og 18 år kan opptre alene. Med dette forslaget tar utredene sikte på å gi en samlet regulering for barn som dekker både spørsmålet om innsamling av opplysninger (herunder samtykke) og spørsmålet om innsyn, retting, sletting mv.

Utredene foreslår videre en særlig bestemmelse om unntak for innsyn i opplysninger som det anses utilrådelig at den registrerte får kjennskap til, for eksempel fordi de kan virke skremmende eller forvirrende for et barn, jf. § 22 annet ledd i det radikale lovforslaget, inntatt på side 201 og 202 i rapporten. I så tilfelle bør opplysningene gjøres kjent via en representant (gjerne foreldrene). Bestemmelsen skal erstatte gjeldende § 23 bokstav c, som også fastsetter restriksjoner i innsynsretten.

I tillegg foreslår utredene at det gjøres unntak fra adgangen til å behandle personopplysninger på grunnlag av skjønnsmessige avveininger, dersom det inngår personopplysninger om barn under 12 år. Det vises til forslag til ny § 8 c, jf. rapporten side 196 (radikalt lovforslag).

8.3 Departementets foreløpige merknader

8.3.1 Bør det gis særregler om mindreårige i personopplysningsloven?

8.3.1.1 Innledning

Et prinsipielt spørsmål man først må ta stilling til er hvorvidt det er ønskelig med særregler for denne gruppen. Ved avveiningen gjør en rekke kryssende hensyn seg gjeldende. Nedenfor følger en kort redegjørelse over disse.

8.3.1.2 Særtrekk ved barn

I fortalen til Barnekonvensjonen fremheves det at barn, på grunn av sin fysiske og psykiske umodenhet, har behov for spesielle beskyttelsestiltak. Barns sårbarhet, kombinert med deres utstrakte bruk av nye medier og kommunikasjonsverktøy, medfører en viss fare for at de ukritisk oppgir, eller samtykker til behandling av, personopplysninger om seg selv eller andre. Barn har ikke alltid forutsetninger for å forstå konsekvensene av å oppgi personopplysninger, noe som tilsier at det kan være behov for særregler til beskyttelse av mindreårige.

Nyere forskning viser imidlertid at barn har fått større bevissthet om personvern i forhold til nettbruk de siste årene. Dette er slått fast i Medietilsynets Trygg bruk-undersøkelse 2008. Et stort europeisk forskningsprosjekt om hvordan barn og unge bruker Internett og nye medier, viser at norske barn er meget selvstendige internettbrukere sammenlignet med andre europeiske barn ("EU Kids Online – Comparing children's online opportunities and risks across Europe", rapport juni 2008). Til tross for at det er utstrakt bruk av Internett her, at eksponeringen til risiko er relativt høy og at norske foreldre er lite involvert, håndterer norske barn risiko godt.

Selv om barn tradisjonelt har vært betraktet som sårbare stilt ovenfor de utfordringer den teknologiske utviklingen representerer, kan mye tyde på at barn er ressurssterke bidragsytere med like stor, eller større, kompetanse om Internett sammenlignet med voksne.

8.3.1.3 Hvilket vern eksisterer i dag?

Dersom krenkelser av mindreåriges personvern, for eksempel uønsket eksponering på Internett, fanges opp av eksisterende lovgivning, er behovet for særregler mindre. Departementet bemerker i den sammenheng at det i de senere år har det vært flere eksempler på at andre enn barnet selv, og da især barnets foreldre, har lagt ut personopplysninger om barnet på Internett.

Straffeloven § 390 rammer den som krenker privatlivets fred ved å gi offentlig meddelelse om personlige eller huslige forhold. Utrederne har gitt uttrykk for at det er tvilsomt om straffeloven § 390 kan anvendes i forhold til spredning av opplysninger via nettet, jf. rapporten side 77. I forslaget til ny straffelov konstateres det imidlertid at forslag til ny § 267, som er en videreføring av straffeloven § 390, kan komme til

anvendelse der foreldre legger ut sensitiv informasjon om sine barn på Internett, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) om lov om endringer i straffeloven 2005 på side 425:

”Bestemmelsen kan etter omstendighetene også få anvendelse på foreldre som legger ut personlige opplysninger om sine barn på internett, for eksempel foranlediget av en barnevernssak.”

Dersom barnet mener det foreligger en behandling av personopplysninger i strid med personopplysningsloven, kan det be Datatilsynet om å gi pålegg om at behandlingen skal opphøre, jf. personopplysningsloven § 46. Dette forutsetter imidlertid både kunnskap om behandlingen og aktivitet fra barnets side.

Bestemmelser om straff og sletting av opplysninger vil, foruten en mulig preventiv effekt, hovedsakelig ha relevans *etter* at behandlingen er foretatt. På dette tidspunktet vil skaden, i form av krenkelse av barnets privatliv, alt være skjedd. Klarere regler om hvem som har kompetanse til å gi ut opplysninger om barnet, vil muligens kunne virke forebyggende.

8.3.1.4 Bør eksisterende retningslinjer kodifiseres?

Det kan reises spørsmål om det er hensiktsmessig å kodifisere de eksisterende retningslinjer for innhenting og bruk av barns personopplysninger.

På den ene side innebærer veilederen, utformet av Datatilsynet og Forbrukerombudet i fellesskap, en viss beskyttelse av mindreårige, noe som indikerer at behovet for særregler ikke er så stort. Det er dessuten en risiko for at en ved å innføre lovbestemmelser svekker det pedagogiske elementet som de mer kasuistiske og detaljerte retningslinjene besørger, samt at tilsynsorganenes skjønnsmessige spillerom innskrenkes. Det vil for øvrig være lettere å oppdatere innholdet i veilederen enn å gå veien om en lovendring.

På den annen side vil en kodifisering av de eksisterende retningslinjene kunne synliggjøre dagens praksis, samt klargjøre rettsspørsmål som i dag må anses å være uklare. Kodifiseringen vil også kunne øke bevisstheten rundt behovet for å beskytte mindreårige, og være en viktig signalbestemmelse i så måte.

8.3.1.5 Brudd med personopplysningslovens og personverndirektivets system

Et argument mot særregulering 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 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.

8.3.1.6 Oppsummering

Departementet antar at det kan være behov for særregler om beskyttelse av mindreåriges personopplysninger. Til tross for at det kan anføres viktige argumenter mot slik særregulering, er departementet foreløpig kommet til at de hensyn som tilsier et styrket vern av denne gruppen veier tyngre.

8.3.2 Hvordan bør eventuelle særregler utformes?

8.3.2.1 Innledning

Eventuelle særregler om beskyttelse av barns personopplysninger kan ha flere formål. Det kan være behov for at barn beskyttes mot seg selv, for eksempel ved at det nedsettes krav om samtykke fra foresatte før personopplysninger behandles. Det kan også være behov for å beskytte barnet mot andre, for eksempel ved å begrense foreldrenes rett til å gi ut, eller få innsyn i, personopplysninger som barnet selv ønsker hemmeligholdt. Det kan videre være aktuelt med mer restriktive vilkår for behandling av barns personopplysninger, noe som blant annet vil påvirke den behandlingsansvarliges mulighet til å samle inn opplysninger om barn.

8.3.2.2 Generell bestemmelse om utøvelse av rettigheter etter loven eller særskilt regulering av samtykke?

Utrederne foreslår en generell bestemmelse i personopplysningsloven om hvem som kan utøve rettigheter etter loven; barnet, foreldrene eller begge i fellesskap. Barnets alder avgjør hvem som innehar denne kompetansen.

Uttrykket ”opptre som registrert person” i lovutkastet § 6 a er ment å dekke all utøvelse av rettigheter etter personopplysningsloven, herunder regulere hvem som kan samtykke til innsamling av, kreve innsyn i og retting, sletting mv. av barns personopplysninger.

Det er ikke gitt at det er nødvendig med en helt generell regel om utøvelse av samtlige rettigheter etter loven. Det kan være tilstrekkelig å regulere hvem som har kompetanse til å samtykke i behandling av barns opplysninger. Dersom en mindreårig er gammel nok til å avgjøre om egne personopplysninger skal behandles, for eksempel ved at disse registreres hos en behandlingsansvarlig, vil det kunne innfortolkes at han eller hun også kan kreve innsyn i, samt retting eller sletting av, opplysninger. På samme måte vil foreldrene kunne utøve slike rettigheter når de har kompetanse til å samtykke til behandling.

Departementet ber om høringsinstansenes vurdering av utredernes forslag til lovregulering, herunder om det er behov for en generell regel om forholdet mellom barn og foreldre innenfor rammene av personopplysningsloven, jf. lovutkastet § 6 a.

Departementet ber videre om høringsinstansenes syn på om en eventuell særbestemmelse om mindreårige bør knyttes til begrepet ”registrert person”, jf.

lovutkastet § 6 a, jf. § 6 første ledd. Hensikten med en særregulering er å styrke barns personvern. En regulering av når barnet kan "opptre som registrert person" gir imidlertid assosiasjoner til å begrense barnets status som rettighetssubjekt etter loven. En alternativ formulering kan være å "utøve rettigheter etter denne loven".

Departementet ber videre om høringsinstansenes syn på om det er hensiktsmessig å lovfeste en gradering av samtykkekompetansen, samt hvilke aldersgrupper man bør knytte slik gradering til. Det bes også om høringsinstansenes vurdering av om det bør være krav om felles samtykke fra barn og foreldre når barnet når en viss alder (for eksempel 12 år, som foreslått av utrederne), samt om også yngre barn bør høres før foreldrene tar en avgjørelse.

8.3.2.3 Begrensning av foreldrenes samtykkekompetanse

Utrederne tar i liten grad opp spørsmålet om foreldrenes samtykkekompetanse på vegne av barnet kan begrenses på områder hvor de i utgangspunktet har slik kompetanse. Departementet vil derfor knytte noen kommentarer til dette. Problemstillingen har særlig vært diskutert i forbindelse med foreldre som publiserer følsom informasjon om sine barn på Internett, for eksempel videoklipp eller dokumenter fra opprivende barnevernssaker.

Utgangspunktet er at foreldrene har samtykkekompetanse på vegne av sine barn i kraft av foreldreansvaret, jf. punkt 8.1.2.2 ovenfor. I Ot.prp. nr. 92 (1998-99) side 103 er det uttalt følgende om definisjonen av samtykke i personopplysningsloven § 2 nr. 7:

"Samtykke må i utgangspunktet gis av den registrerte selv. (...) For mindreårige og umyndiggjorte som ikke kan samtykke selv, må spørsmålet om samtykke skal gis vurderes av vergen".

Datatilsynet uttaler i henvendelse til Barne- og likestillingsdepartementet 29. november 2007 at tilsynets kompetanse til å gripe inn ved uønsket eksponering på Internett er begrenset:

"Så lenge det foreligger et gyldig samtykke fra foreldrene vil behandling av opplysningene (publiseringen) i utgangspunktet være i samsvar med personopplysningsloven. Dette gjør at Datatilsynet i begrenset grad har hjemmel til å pålegge sletting, selv om tilsynet måtte mene at barnets selvstendige rett til integritet og privatliv tilsier det."

Bakgrunnen for henvendelsen var et ønske om å få klarhet i om foreldrenes samtykkekompetanse kunne begrenses i kraft av foreldreansvaret, jf. barneloven § 30. Dette ville kunne få betydning for samtykkereglene og hjemmelsgrunnlaget i personopplysningsloven.

Barne- og likestillingsdepartementet svarer i brev 6. mars 2008 at det er usikkert om det i lovgivning som nevnte departement har ansvar for, finnes skranker som kan være til hinder for foreldres publisering av informasjon om barnet.

Personvernkommisjonen påpeker imidlertid i NOU 2009: 1 side 138 at foreldrenes samtykkekompetanse ikke er ubegrenset, og det refereres i den anledning til dialog med fagpersoner, herunder professor dr. juris Lucy Smith:

”Smith ga tydelig uttrykk for at det er klare grenser for hva foreldre kan samtykke til på barnets vegne på områder hvor de har samtykkekompetanse og at FNs barnekonvensjon artikkel 16 setter grenser for foreldrenes adgang til å legge ut private opplysninger om sine barn på Internett. Dette gjelder også bilder.”

Personvernkommisjonen slår fast at det er et sentralt prinsipp i norsk og internasjonal barnerett at utøvelsen av foreldreansvaret skal skje ut i fra hva som er barnets beste. Kommisjonen mener at prinsippet må tillegges vekt når rekkevidden av samtykkereguleringene i personopplysningsloven vurderes, jf. NOU 2009: 1 side 138. Kommisjonen stiller imidlertid spørsmål om hvem som skal ha kompetanse til å overprøve utøvelsen av foreldreansvaret i slike tilfeller og når inngrep kan forsvares.

Departementet bemerker at foreldreansvaret ikke er en konstant størrelse, men uttynnes gradvis, idet foreldrenes rett til å bestemme for barnet avtar etter hvert. Særlig barnets selvbestemmelsesrett etter barneloven § 33 vil kunne føre til at foreldrenes bestemmelsesrett bortfaller før barnet er 18 år.

I juridisk teori er det antatt at barnet kan ha større selvbestemmelsesrett til å nekte (”nektingskompetanse”) enn til å gi samtykke (”samtykkekompetanse”) til inngrep eller tiltak, jf. Backer: Barneloven Kommentartutgave, 2. utgave side 306 (2008). På side 309 nevnes samtykke etter åndsverkloven § 45 c til offentlig gjengivelse av fotografi av barnet som eksempel:

”Gode grunner kan tale for å se dette i lys av situasjonen og formålet ved gjengivelsen. Barnet bør kunne nekte slik bruk fra forholdsvis ung alder – f.eks. 7 år – mens det bør gjelde en høyere alder før samtykke fra barnet er tilstrekkelig, f.eks. 12 eller 15 år avhengig av hva fotografiet gjelder og hvor publisering skjer.”

Departementets foreløpige vurdering er at foreldrenes samtykkekompetanse kan begrenses på områder hvor de i utgangspunktet har slik kompetanse, både med hjemmel i nasjonal rett, jf. barneloven § 30 flg., og internasjonal rett, jf. Barnekonvensjonen. Departementet støtter Personvernkommisjonen i at prinsippet om barnets beste også må tillegges vekt når det skal avgjøres om det foreligger gyldig samtykke, og dermed tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag, etter personopplysningsloven. Det samme gjelder hensynet til barnets selvbestemmelsesrett.

Departementet registrerer imidlertid at det er usikkerhet knyttet til om Datatilsynet har kompetanse til å gripe inn, for eksempel ved å slette opplysninger som er lagt ut av barnets foreldre. De folkerettslige forpliktelsene ser heller ikke ut til å ha manifestert seg. Samtykkekompetansen kan muligens klargjøres ved å inkorporere prinsippet om

barnets beste i eventuelle særregler om behandling av barns personopplysninger, eventuelt i tillegg å innta en henvisning til barnets selvbestemmelsesrett. Det bes om høringsinstansenes syn.

8.3.2.4 Rettslig grunnlag for å behandle barns personopplysninger

Utredene har foreslått restriksjoner for behandling av barns personopplysninger, jf. lovutkastet § 8 c alternativ c. Regelen retter seg mot den behandlingsansvarlige, og den begrenser adgangen til å behandle barns personopplysninger etter en skjønnsmessig vurdering som regulert i dagens § 8 første ledd bokstav f. En slik regel vil innebære at barns personopplysninger bare kan behandles der det er hjemmel i lov, samtykke eller en av de bestemte nødvendige grunner som loven for øvrig opererer med.

Departementet vil nevne at også Personvernkommisjonen foreslår tiltak for å trygge barns personvern, jf. NOU 2009: 1 side 145-146. Personvernkommisjonen mener å ha identifisert klare svakheter i dagens rettslige regulering, spesielt tilknyttet spørsmålet om foreldrenes samtykke til publisering av barns personopplysninger på Internett (jf. punkt 8.3.2.3 ovenfor). Kommisjonen foreslår at det utredes om denne typen behandling bør ilegges restriksjoner, slik at samtykke etter §§ 8 og 9 ikke utgjør tilstrekkelig behandlingsgrunnlag.

Departementet ber om høringsinstansenes syn på om det bør fastsettes særskilte restriksjoner for behandling av barns personopplysninger.

9. Personvernombud

9.1 Gjeldende rett

Personopplysningsforskriften § 7-12 bestemmer at Datatilsynet kan gjøre unntak fra meldeplikten etter personopplysningsloven §§ 31-32 dersom den behandlingsansvarlige utpeker et såkalt personvernombud. Verken personopplysningsloven eller personopplysningsforskriften inneholder imidlertid flere regler om denne ordningen. I kgl. res. 15. desember 2000 nr. 1265 om fastsettelse av forskrift til personopplysningsloven i merknaden til § 7-12, er ordningen likevel utdypet noe:

”Etter ordningen skal den behandlingsansvarlige utpeke en person med ansvar for beskyttelse av personopplysninger. Datatilsynet kan da samtykke i at det gjøres unntak fra den meldeplikten som ellers foreligger. Ombudet skal være en fysisk person. Vedkommende som utpekes, skal ha ansvar på et bestemt og begrenset område. Ombudet skal føre fortegnelser over behandlinger og behandlingsansvarlige, kontrollere den behandlingsansvarliges behandlinger og bistå de registrerte med å ivareta sine rettigheter etter personopplysningsloven og forskrifter gitt i medhold av den. Ordningen innebærer at meldinger sendes til ombudet i stedet for Datatilsynet. Dersom ombudet har mistanke om brudd på reglene om behandling av personopplysninger, skal dette påpekes overfor den behandlingsansvarlige og meddeles Datatilsynet. I forbindelse med godkjenning av ombudet

kan Datatilsynet stille konkrete krav til vedkommende. Datatilsynet vil også kunne trekke tilbake samtykket som er gitt. Det må kunne avtales hvilke opplysninger ombudet skal overføre til Datatilsynet.”

I tiden etter ikrafttredelsen av personopplysningsloven og personopplysningsforskriften er ordningen med personvernombud blitt utviklet videre av Datatilsynet. Tilsynet arrangerer med jevne mellomrom seminarer/opplæring for personvernombud og har dessuten publisert en veiledning om ordningen: ”Personvernombud – Ombudets rolle og arbeidsoppgaver”. Både veilederen og en oversikt over eksisterende personvernombud (totalt 136 pr. 3. juni 2009) og virksomheter som benytter ordningen finnes på Datatilsynet nettsider.

Personverndirektivet forutsetter at den behandlingsansvarlige kan etablere en ordning med et personvernombud (”Data Protection Official”). I artikkel 18 nr. 2 knyttes ordningen opp til muligheten for å gjøre unntak fra meldeplikten, og i artikkel 20 nr. 2 nevnes personvernombudet i forbindelse med forhåndskontroll av behandlinger som innebærer særlige personvernmessige konsekvenser. Direktivet fastsetter ingen øvrige krav til ordningen, men fortalen punkt 49 understreker at i den grad et ombud oppnevnes, så skal det kunne fungere uavhengig av den behandlingsansvarlige. Ordningen med personvernombud er i varierende utstrekning utviklet i de ulike EU- og EØS-land. Ordningen er lite utviklet i eksempelvis Finland og Danmark, mens den har fått en relativt sterk posisjon i svensk personvernlovgivning.

9.2 Schartum/Bygrave (2006)

9.2.1 Mandatet

Ettersom ordningen med personvernombud vurderes som positiv, er utrederne bedt om å vurdere om lovverket kan utformes slik at det i større grad enn i dag oppmuntrer den behandlingsansvarlige til å ta ordningen i bruk. I denne sammenhengen er det blant annet bedt om at personvernombudets rettslige stilling, herunder forholdet til Datatilsynet, vurderes nærmere.

9.2.2 Vurderinger og forslag til endringer

Utrederne peker innledningsvis på at ordningen med personvernombud er uklart formulert, mangelfullt integrert i personopplysningsloven og uensartet praktisert, jf. rapporten side 129. Utrederne mener ordningen med personvernombud bør lovreguleres og at det må klargjøres hvem ombudet er til for og hvilken funksjon vedkommende skal ha. Utrederne mener det er behov for et klart skille mellom offentlige myndigheter som Datatilsynet, og private ordninger med personvernombud. Som en følge av dette bør det ikke forutsettes et uavhengig forhold mellom ombudet og den behandlingsansvarlige. Utrederne spør også om ombudsbegrepet er hensiktsmessig sett i lys av at det er tale om en privat ordning.

Utrederne foreslår derfor at det inntas et eget kapittel om personvernombudet i personopplysningsloven, se forslag til lovbestemmelser i rapporten side 203-204

(radikalt lovforslag). Det foreslås for det første en bestemmelse i personopplysningsloven om hvordan personvernombudet etableres, jf. lovutkastet § 27. Den behandlingsansvarlige bør etter utredernes syn gis adgang til å sende inn en erklæring til Datatilsynet om at det vil bli etablert et ombud. Datatilsynet bør kvittere med å utstede et sertifikat som bekrefter at ordningen er etablert og som beskriver det nærmere innholdet i ordningen. Dersom et personvernombud gjentatt eller grovt forsømmer sine oppgaver, skal imidlertid Datatilsynet kunne suspendere eller trekke sertifikatet tilbake, jf. lovutkastet § 18.

For det andre foreslås det en bestemmelse som beskriver hvilke fordeler som ordningen med et personvernombud innebærer for den behandlingsansvarlige, jf. lovutkastet § 27 a. Den behandlingsansvarlige bør etter utredernes oppfatning være fritatt for kravet om internkontroll etter personopplysningsloven § 14 og tilbys gratis informasjons-, veilednings- og opplæringstjenester av Datatilsynet. Dagens unntak fra meldeplikten, jf. personopplysningsforskriften § 7-12, bør imidlertid ikke uten videre opprettholdes. Utrederne viser blant annet til at det neppe innebærer noen lettelse å være fritatt for meldeplikten ettersom de samme opplysningene som inngår i en melding likevel må registreres og være tilgjengelig hos personvernombudet.

For det tredje foreslås en bestemmelse om hvilke oppgaver personvernombudet bør ha, jf. lovutkastet § 27 b. Ved siden av en generell regel om at ombudet skal bidra til at den behandlingsansvarlige etterlever regelverket på personvernrettens område, mener utrederne at det bør oppstilles en plikt til å bistå både registrerte, ansatte og ledelsen hos den behandlingsansvarlige. Bistanden kan både bestå i generell orientering om regelverket og oppfølging av enkeltsaker.

Utrederne mener at personvernombudet skal ha en servicefunksjon overfor registrerte og behandlingsansvarlige, og ikke være en myndighetslignende instans som driver lovlighetskontroll. Av den grunn foreslås det at ombudene kun bør være internt ansatte.

9.3 Departementets foreløpige merknader

9.3.1 Generelt

Ordningen med personvernombud ble viet liten oppmerksomhet i forbindelse med vedtakelsen av personopplysningsloven. Datatilsynet har imidlertid gjennom et betydelig informasjonsarbeid gjort ordningen kjent, og i tillegg utviklet retningslinjer for ombudenes opprettelse og rolle. Departementet har fått klare signaler om at ordningen har hatt en viktig effekt i personvernmessig henseende og ønsker derfor å legge til rette for styrking og videreutvikling av den.

9.3.2 Begrepet "ombud"

De fleste ulike ombud er i dag oppnevnt av det offentlige, slik som Sivilombudsmannen og Barneombudet. Personvernombudet er en frivillig ordning, knyttet til den enkelte virksomhet. Det kan derfor reises spørsmål om det er naturlig å benytte ombudsbegrepet for denne ordningen.

Ved spørsmålet om endring av ombudsbegrepet, må det for det første legges vekt på at "personvernombud" er blitt en innarbeidet tittel. Datatilsynet har benyttet mye ressurser på å gjøre ordningen kjent, og de positive assosiasjoner som i økende grad kan knyttes til begrepet "personvernombud" har vært et viktig virkemiddel for å få virksomheter til å vurdere ordningen. En begrepsendring kan ha en negativ effekt på denne utviklingen, i hvert fall så lenge ordningen med personvernombud er basert på frivillighet.

Dernest er det av betydning om det finnes et mer egnet begrep enn "personvernombud". Utrederne har antydnet at "personvernansvarlig" kan være et mer hensiktsmessig begrep. Det kan imidlertid hevdes at dette begrepet er noe negativt ladet ved at det skaper assosiasjoner om rettslig ansvar. Videre er det trolig ikke ønskelig med et begrep som lett kan blandes med "behandlingsansvarlig." Det kan spørres om "personvernrådsgiver" eller "personopplysningsrådsgiver" kan være mer aktuelle alternativer. Sistnevnte forslag har den fordel at det får frem at det først og fremst er personopplysninger og personopplysningsloven som ombudet skal befatte seg med, og ikke personvern i en mer videre forstand.

Det bes om høringsinstansens syn på om det er ønskelig å endre ombudsbegrepet, samt hvilket begrep som eventuelt bør anvendes.

9.3.3 Eksterne personvernombud

Et prinsipielt viktig spørsmål er om personvernombudet må være en person som er ansatt eller en annen med intern tilknytning til virksomheten, eller om vervet kan tilligge en ekstern person. Datatilsynet har i sin veileder for personvernombud åpnet for både interne og eksterne ordninger, men anbefaler den interne, jf. veiledningen side 3. På Datatilsynets internettsider fremgår det for eksempel at én enkelt person i selskapet IT-CON AS er personvernombud for flere kommuner og helseforetak. Et annet eksempel på et kollektiv ombudsordning er Norsk samfunnsvitenskapelig datatjeneste AS (NSD), som er personvernombud for forskning ved alle landets universiteter og de vitenskapelige og statlige høyskolene. I tillegg har flere institutter, private høyskoler, helseforetak og sykehus valgt NSD som sitt personvernombud.

Som utgangspunkt bør ombudenes primære oppgave være å bidra til at behandlingsansvarlige etterlever personvernlovgivningen. I tillegg bør ombudet i størst mulig utstrekning kunne bistå registrerte personer, ansatte og ledelsen hos den behandlingsansvarlige. Dette tilsier at personvernombudet bør være en person som naturlig tar del i, eller i det minste har inngående kjennskap til den behandlingen av personopplysninger som foregår. Det kan settes spørsmålstegn ved om en person som befinner seg utenfor virksomheten, og kanskje samtidig har ansvaret for en rekke virksomheter, kan makte å ivareta ombudsrollen på en tilfredsstillende måte.

På den annen side er det en risiko for at en rekke virksomheter vil fjerne sin ordning med personvernombud dersom de ikke lenger kan benytte et eksternt ombud. Vervet

som personvernombud kan være arbeidskrevende, og ikke alle virksomheter har anledning til å avse en ansatt til ordningen. Det foreligger heller ikke dokumentasjon på at eksterne ordninger fungerer dårligere enn interne. Personverndirektivet forutsetter i fortalen punkt 49 at også andre enn ansatte hos den behandlingsansvarlige kan være personvernombud. Et eksplisitt forbud mot eksterne ombud kan derfor tenkes å komme i konflikt med direktivet.

Det bes om høringsinstansenes syn. Det tilføyes at for det tilfellet det oppstilles et krav om at personvernombudet må ha en intern tilknytning til virksomheten, så kan de eksisterende eksterne ombudsordningene likevel ha en slik verdi at de bør ivaretas som et supplement til personopplysningslovens ordning, jf. her også rapporten side 136.

9.3.4 Personvernombudets oppgaver

Datatilsynet har i sin veileder for personvernombud gitt følgende beskrivelse av rollen til ombudet (jf. veiledningen side 3):

”Personvernombudet er en ressursperson som kjenner virksomheten, hvilke formål som ligger til grunn for behandlingen av personopplysninger, hvilke fremgangsmetoder som benyttes og hvilke behandlingssystem som er innført. Ombudet vil raskt og presist kunne håndtere problemstillinger som måtte oppstå. Ikke minst vil personvernombudet både innad i virksomheten og utad fremstå som en fagperson med spesialkompetanse, som kan bistå i for eksempel opplæring og klagesaksbehandling.”

Denne beskrivelsen er treffende og i tråd med hva som ideelt sett ønskes oppnådd med ordningen med et personvernombud. Personvernombudet skal kunne bistå både den behandlingsansvarlige og andre ansatte, samt eksterne personer som blir berørt av den aktuelle behandlingen. Bistanden skal i prinsippet kunne ytes hele veien i behandlingsprosessen, fra planleggingsstadiet til behandlingen er avsluttet. I mange tilfeller vil det være tale om en kontinuerlig prosess, ikke minst der virksomheten befatter seg med flere behandlinger som løper parallelt eller overlapper hverandre. Bistanden kan ytes både muntlig og skriftlig, formelt og uformelt, samt i form av større utredninger eller evalueringer.

Det kan være hensiktsmessig med en bestemmelse i personopplysningsloven som angir personvernombudets oppgaver, jf. utkastet til § 27 b i rapporten side 138. I sin veiledning for personvernombud har Datatilsynet angitt følgende sentrale oppgaver for ombudet (veiledningen side 5):

- Gi råd og veiledning til den behandlingsansvarlige.
- Bistå den eller de registrerte.
- Motta meldinger og føre fortegnelser i tråd med personopplysningsforskriften § 7-12.
- Bistå den behandlingsansvarlige ved internkontroll etter personopplysningsloven § 14.
- Påpeke brudd på reglene for behandling av personopplysninger.

- Motta informasjon og opplæring fra Datatilsynet.
- Foreta undersøkelser på forespørsel fra Datatilsynet.

Som et alternativ til utredernes forslag kan det være aktuelt med en noe kortere og mer generell bestemmelse der kun disse oppgavene inngår.

Det bes om høringsinstansene synspunkter.

9.3.5 Personvernombudets uavhengighet

9.3.5.1 Forholdet til den behandlingsansvarlige

For at ombudet skal kunne utføre sine oppgaver på en ryddig og selvstendig måte, er det viktig at den behandlingsansvarlige og/eller arbeidsgiveren legger forholdene til rette for dette. Personvernombudet skal ikke måtte risikere inntektstap eller forringede arbeids- eller ansettelsesvilkår som følge av vervet. Det kan på denne bakgrunn reises spørsmål om det er behov for en tilsvarende bestemmelse om stillingsbeskyttelse som gjelder for verneombud etter arbeidsmiljøloven § 6-5 fjerde ledd. Ettersom personvernombudet er en frivillig ordning som primært skal bidra til å sikre etterlevelsen av personvernlovgivningen i en virksomhet, og som ikke er tiltenkt de samme sanksjonsmuligheter som et verneombud, er det imidlertid ikke åpenbart at det er behov for en slik regel. Departementet ber om høringsinstansenes syn.

9.3.5.2 Forholdet til Datatilsynet

Utredernes forslag om et mest mulig uavhengig og selvstendig ombud fremstår som et hensiktsmessig utgangspunkt. Det kan derfor anføres at ombudet ikke bør være underlagt Datatilsynets styrings- eller instruksjonsmyndighet utover det som fremgår av personopplysningsloven § 44. For nære bånd til tilsynet kan svekke tilliten som den behandlingsansvarlige har til ombudet. Departementet ber om høringsinstansenes syn på dette spørsmålet, herunder på om det er behov for en egen lovbestemmelse som presiserer forholdet til Datatilsynet.

9.3.6 Behov for lovbestemte fordeler ved opprettelse av personvernombud

Virksomheter som oppretter personvernombud kan i dag få fritak fra plikten til å melde fra til Datatilsynet om behandling av personopplysninger jf. personopplysningsforskriften § 7-12. Tanken er at dette kan være et virkemiddel som bidrar til at ordningen med personvernombud faktisk benyttes.

Utrederne legger til grunn at reduksjon av plikter overfor Datatilsynet i visse tilfeller kan motivere behandlingsansvarlige til å opprette personvernombud, og det er antydning hvilke lettelser og incentiver som kan være aktuelle – se blant annet rapporten side 131-132. Utrederne foreslår imidlertid kun unntak fra kravet om intern kontroll i § 14. Utrederne argumenterer for at intern kontroll og personvernombud kan ses som alternative ordninger forutsatt at ombudet faktisk gjør jobben med å sikre etterlevelsen av loven. For øvrig legger utrederne opp til at Datatilsynet skal tilby

særskilte og kostnadsfrie informasjons- veilednings- og opplæringstjenester. Det legges altså ikke opp til noen videreføring av unntaket fra meldeplikten.

Fra blant annet Datatilsynet har det kommet signaler om at det ikke uten videre er noe stort behov for regler som kun har til formål å stimulere til opprettelse av personvernombud. Ordningen med personvernombud har i seg selv så mange positive følger for den behandlingsansvarlige at det ikke er nødvendige med slike incentiver: Ved siden av at den aktuelle virksomheten får en ressursperson som kan sikre overholdelse av personopplysningsloven, har ordningen også potensial til å styrke virksomhetens tillit utad – både ovenfor registrerte, brukere og kunder. Særlig vil dette gjelde etter hvert som ordningen blir mer brukt, og dermed bedre kjent.

Det bes om høringsinstansenes syn på om det er behov for lovbestemte fordeler ved opprettelse av personvernombud, herunder hvilke fordeler som eventuelt kan være aktuelle. Det bes videre om synspunkter på om det er grunn til å opprettholde unntaket fra meldeplikten i personopplysningsforskriften § 7-12.

9.3.7 Opphør av personvernombudet

Utrederne har i lovutkastet § 28 foreslått en bestemmelse om opphør av personvernombudet. Ettersom ombudsordningen foreløpig er basert på frivillighet, må det antas at den behandlingsansvarlige på ethvert tidspunkt, og uten noen begrunnelse, kan trekke erklæringen om opprettelse av ombudet tilbake. Det kan reises spørsmål om det reelt sett er behov for å regulere dette særskilt.

Det må antas å kunne være hensiktsmessig at Datatilsynet gis adgang til å bestemme at en virksomhet må avvikle sitt personvernombud, slik utrederne også har foreslått. Det kan skade tilliten til ordningen dersom tilsynet ikke har adgang til å gripe inn der den behandlingsansvarlige eller personvernombudet unnlater å oppfylle sentrale personvernmessige forpliktelser. Etter personopplysningsloven § 46 kan Datatilsynet gi pålegg om opphør av en behandling som er i strid med bestemmelser i loven eller bestemmelser gitt i medhold av loven. Dersom et personvernombud direkte kan knyttes til en ulovlig behandling, vil personopplysningsloven § 46 antakelig kunne benyttes til å pålegge virksomheten om å avvikle sin ombudsordning. Derimot er det mer tvilsomt om påleggsbestemmelsen kan benyttes til å avvikle et ombud for eksempel der de ulovlige behandlingene har skjedd uten at ombudet har hatt kjennskap til disse. Dette kan tilsi at personopplysningsloven § 46 bør suppleres med en egen bestemmelse som gir adgang til å avvikle personvernombud. Det bes om synspunkter på spørsmålet.

Utrederne har videre foreslått at opphør skal kunne skje der det foreligger ”gjentatte eller grove tilsidesettelser av personopplysningslovens regler”. Departementet er i enig i at terskelen bør være høy for at tvungent opphør skal kunne skje.

10. Andre problemstillinger

10.1 Personopplysningsloven og særlovgivningen

Utredningene er i mandatet bedt om å ta stilling til forholdet mellom personopplysningsloven og særlovgivningen, herunder utrede noen overordnede retningslinjer for valg av lovstruktur.

I Schartum/Bygrave (2006) kapittel 12 er først spørsmål knyttet til eksisterende særlovgivning drøftet. Utredningene gir her en fremstilling av det de mener er ulike kategorier av særlovgivning om behandling av personopplysninger, jf. rapporten side 151-156. Utredningene tar blant annet til ordet for at forholdet mellom personopplysningslovens behandlingsregler og regler om taushetsplikt i annen lovgivning klargjøres. I tillegg kan det være behov for å revidere eksisterende registerlover for å bringe disse mer i samsvar med systematikk, begrepsbruk og innhold i personopplysningsloven. Utredningene foreslår at dette kan gjennomføres som en regelverksdugnad.

I tilknytning til fremtidig særlovgivning, jf. rapporten side 156-162, foreslår utredningene særlig regulering innenfor ulike områder, for eksempel skolesektoren. Slik regulering vil i følge utredningene i større grad kunne utformes slik at innholdet blir umiddelbart gjenkjennelig for dem som er direkte berørt av reglene. Videre har utredningene en del synspunkter på lovtekniske spørsmål, blant annet når lovs eller forskriftsform bør velges og i hvilket regelverk nye bestemmelser om behandling av personopplysninger bør plasseres.

Slik departementet ser det, faller utredningenes anbefalinger i ulike kategorier. Dels har utredningene synspunkter på behovet og prinsipper for endringer i allerede eksisterende særlovgivning og dels kommer de med innspill til hvordan fremtidig regelverksutforming bør skje. I begge tilfeller har anbefalingene en særlig side til lovgiverne, herunder fagdepartementer med ansvar for regler om behandling av personopplysninger. Departementet antar at disse retningslinjene i mindre grad er egnet for høring, og det forventes således ikke at høringsinstansene kommer med innspill til disse. Utredningene har imidlertid ett konkret forslag til endring av personopplysningsloven – en klargjøring av forholdet til taushetsplikten, jf. lovutkastet § 8 på side 195 (radikalt lovforslag). Departementet ber her om høringsinstansenes syn på dette forslaget.

10.2 Personopplysningslovens struktur

I Schartum/Bygrave (2006) side 176-183 foreslås enkelte strukturelle endringer i personopplysningsloven. For så vidt gjelder punkt 12.5.2.4 om retten til å reservere seg mot direkte markedsføring, finner departementet grunn til å fremheve at personopplysningsloven § 26 nå er opphevet og i stedet tatt inn i ny markedsføringslov, jf. lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) 9.

januar 2009 nr. 2 § 12. For de øvrige strukturelle forslagene står høringsinstansene fritt til å komme med innspill.

10.3 Forholdet mellom personopplysningsloven og personopplysningsforskriften

Utrederne peker i Schartum/Bygrave (2006) side 183-189 på ulike problemstillinger knyttet til forholdet mellom personopplysningsloven og personopplysningsforskriften. Eventuelle endringer i forskriften vil i stor utstrekning henge sammen med hvilke endringer som blir foretatt i personopplysningsloven. Departementet antar derfor at det kan være et hensiktsmessig utgangspunkt at forskriften gjennomgås etter at aktuelle lovendringer er klarlagt. Under denne gjennomgåelse kan det blant annet vurderes om enkelte av forskriftens bestemmelser bør flyttes opp i loven. På områder der loven og forskriften henger nøye sammen, er det aktuelt å vente med å sette i kraft lovendringer inntil også forskriften er endret.

Departementet vil likevel allerede nå ta opp spørsmålet om det foreligger et behov for å endre reglene om kredittopplysningsvirksomhet i personopplysningsforskriften kapittel 4. I forarbeidene til personopplysningsloven ble det lagt til grunn at det var et særlig behov for regler for denne type virksomhet, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) side 27:

”For kredittopplysningsvirksomhet er det behov for å gi særlige regler. Kredittanmerkninger oppfattes av mange som sensitive og kan få store konsekvenser i ulike sammenhenger. Departementet ser det som nødvendig å foreta en grundig gjennomgang av hvilke særlige regler det er behov for, blant annet i lys av lovforslagets alminnelige bestemmelser. Selv om kredittopplysningsvirksomhet har så stor praktisk betydning og berører så mange mennesker at regulering i lov kan ha gode grunner for seg, finner departementet det i første omgang mest hensiktsmessig å gi særlige regler ved forskrift til personopplysningsloven.”

Det ble derfor gitt egne regler om kredittopplysningsvirksomhet i personopplysningsforskriften kapittel 4, jf. også personopplysningsloven § 3 fjerde ledd. Det ble imidlertid tatt forbehold om at det kunne bli aktuelt å gi slike regler i lovs form, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) side 27:

”Når forskriften blir forberedt, vil det være mulig å gå grundig gjennom hvilke særlige regler det er behov for. Gjennom høringsbehandling av forskriften vil man også kunne innhente synspunkter fra de berørte miljøer og sikre forutberegnelighet både for de behandlingsansvarlige og de registrerte. På sikt bør det imidlertid vurderes om reglene for kredittopplysningsvirksomhet bør lovfestes, enten som del av den nye personopplysningsloven eller ved en egen lov om behandling av kredittopplysninger.”

Også Justiskomiteen forutsatte at dette spørsmålet ble utredet, jf. Innst. O nr. 51 (1999-2000) side 18.

I Datatilsynes brev 3. april 2009 til Fornyings- og administrasjonsdepartementet er det i tillegg pekt på at reglene i personopplysningsforskriften kapittel 4 materielt sett bør endres:

”Det foretas flere og flere kredittvurderinger, og da særlig kredittvurderinger av enkeltpersoner. Fremgangsmåten for innhenting av vurderingene har i tillegg endret seg i stor grad fra skriftlige vurderinger, via brev, til bruk av online tilgang til kredittopplysningsbyråenes databaser. Den faktiske utviklingen er ikke fulgt opp med endringer i lovverket, noe som medfører at store deler av kapittel 4 i personopplysningsforskriften er utdatert. Datatilsynet har forsøkt å fange opp noe av utviklingen gjennom regulering i standardkonsesjonen, men ser man bestemmelsene i forskriftens kapittel 4 og kredittopplysningskonsesjonen i sammenheng, fremstår ansvarsforholdene som uklare.”

Blant annet på bakgrunn av Datatilsynets innspill, antar departementet at evalueringen av personopplysningsforskriftens regler om kredittopplysningsvirksomhet bør påbegynnes snarlig. Det bes derfor om høringsinstansenes synspunkter på om reglene i personopplysningsforskriften kapittel 4 bør flyttes til personopplysningsloven, eventuelt gis i særlov. I tillegg bes det om innspill på hvilke materielle endringer som eventuelt bør gjøres i disse reglene. Det vises i denne sammenheng til Schartum/Bygrave (2006) side 18-19 hvor enkelte sider ved disse reglene er tatt opp. Departementet utelukker for øvrig ikke at det kan være hensiktsmessig å oppnevne et utvalg for å se nærmere på disse problemstillingene.

10.4 Informasjonssikkerhet og internkontroll.

Reglene om informasjonssikkerhet og internkontroll, jf. personopplysningsloven § 13 og 14, var ikke en del av mandatene som lå til grunn for Rapport 2006 og Rapport 2008. Departementet vil imidlertid likevel ta opp enkelte problemstillinger knyttet til disse bestemmelsene, som sammen skal sikre at behandlinger av personopplysninger skjer på en forsvarlig måte.

Personopplysningsloven § 13 pålegger den behandlingsansvarlige og databehandleren å sørge for tilfredsstillende informasjonssikkerhet gjennom planlagte og systematiske tiltak. Informasjonssikkerheten skal gjelde ”konfidensialitet, integritet og tilgjengelighet” ved behandling av personopplysninger, jf. § 13 første ledd. Det kan reises spørsmål om ikke også ”kvalitet” bør tas inn som element ved informasjonssikkerheten. Dette er blant annet gjort i helseregisterlovens sikkerhetsbestemmelse, jf. helseregisterloven § 16, og isolert sett er det ønskelig med harmoni mellom personopplysningsloven som generell lov og spesiallovgivningen. På den annen side kan det settes spørsmålstegn ved om et slikt krav om kvalitet vil tilføre noe mer enn det som i dag allerede følger av bestemmelsen. De nevnte kravene i § 13 første ledd, sett i lys av de lovpålagte oppgavene som følger av annet og tredje ledd, vil samlet sett kunne hevdes å medføre også et krav til høy kvalitet på de behandlinger av personopplysninger som gjennomføres. Det bes om høringsinstansenes synspunkter.

Etter personopplysningsloven § 14 skal den behandlingsansvarlige etablere og vedlikeholde planlagte og systematiske tiltak som er nødvendige for å sikre at personopplysningsloven overholdes. Det kan reises spørsmål om denne internkontrollen bør presiseres noe i lovteksten, for eksempel gjennom en utdyping av hva som ligger i "systematiske tiltak". Tiltakene kan tenkes oppdelt i en styrende, gjennomførende og kontrollerende del. I den styrende delen kunne det ligge et krav om å dokumentere hvem som anses som behandlingsansvarlig og hvordan øvrige ansvarsforhold i virksomheten er ordnet (delegasjon, databehandleravtaler). Videre kunne det være krav om utarbeidelse av en oversikt over behandlinger av personopplysninger der formål og behandlingsgrunnlag for behandlingene skal være dokumentert. I den gjennomførende delen kunne det oppstilles et rutinekrav der det er identifisert en plikt; for eksempel publisering av postlister på Internett. I den kontrollerende delen kunne det vært aktuelt med dokumenterte rutiner for revisjon, avvikshåndtering og ledelsens gjennomgåelse. Det bes om høringsinstansenes synspunkter på om reglene om internkontroll i personopplysningsloven § 14 bør konkretisere og utdypes.

10.5 Databehandlerens rådighet over personopplysninger

Personopplysningsloven § 15 bestemmer at en databehandler, jf. personopplysningsloven § 2 nr. 5, ikke kan behandle personopplysninger på annen måte enn det som er skriftlig avtalt med den behandlingsansvarlige. Etter departementets syn kan det reises spørsmål om er behov for en klargjøring av når en slik avtale skal inngås, samt hva denne avtalen skal inneholde, utover opplysninger om sikringstiltak etter personopplysningsloven § 13, jf. § 15 annet ledd. Databehandleren vil ofte være den som har størst befatning med de aktuelle personopplysningene, og det er viktig at reglene som angir databehandleres plikter er tydelige. Det kan også være aktuelt å klargjøre den behandlingsansvarliges plikter i denne sammenheng. Det bes om høringsinstansenes synspunkter.

10.6 Automatiserte avgjørelser – personopplysningsloven § 22

Dersom en avgjørelse har rettslig eller annen vesentlig betydning for den registrerte og fullt ut er basert på automatisk behandling av personopplysninger, så kan den registrerte som avgjørelsen retter seg mot i medhold av personopplysningsloven § 22 kreve at den behandlingsansvarlige gjør rede for regelinholdet i datamaskinprogrammene som ligger til grunn for avgjørelsen. Bestemmelsen gjennomfører personverndirektivet artikkel 12 bokstav a tredje strekpunkt, og hadde ingen parallell i personregisterloven.

Bestemmelsen gjelder bare for fullstendig automatiserte avgjørelser, det vil si beslutninger som utelukkende er basert på beslutningsprosessen i et datamaskinsystem (jf. personverndirektivet artikkel 15). Dersom ett eller flere mennesker tar del i beslutningsprosessen, for eksempel ved å tolke resultatet av datamaskinbehandlingen, eller ved å kvalitetskontrollere dette, gjelder ikke bestemmelsen. Det manuelle delen av behandlingen må imidlertid være reell.

Mens personopplysningsloven § 22 bare gir rett til informasjon, åpner direktivet også for en overprøvmulighet. For å være helt sikre på at direktivet er gjennomført korrekt antar departementet at en regel om overprøving også bør inntas i personopplysningsloven § 22. Det vises i denne sammenheng blant annet til at den svenske personoppgiftslagen 29 § åpner for slik overprøving.

En begjæring om overprøving av den automatiserte avgjørelsen skal kunne fremsettes enten muntlig eller skriftlig, og normalt ovenfor den behandlingsansvarlige. Departementet vil vurdere om det kan være behov for å innta konkrete saksbehandlingsregler om overprøvingen, for eksempel i personopplysningsforskriften.

10.7 Straffbestemmelsen i personopplysningsloven § 48

Personopplysningsloven § 48 første ledd åpner for idømmelse av straff for den som forsettlig eller grovt uaktsomt har overtrådt en eller flere angitte bestemmelser i personopplysningsloven. Strafferammen er bot eller fengsel inntil ett år, eller begge deler, jf. personopplysningsloven § 48 annet ledd. Foreligger særdeles skjerpene omstendigheter, kan fengsel inntil 3 år idømmes. Også medvirkning er straffbart, jf. personopplysningsloven § 48 tredje ledd.

Utrederne reiser i Schartum/Bygrave (2006) spørsmål om personopplysningsloven § 48 i større grad bør tydeliggjøre *hvem* som kan straffes. Bestemmelsen taler om "den som" har overtrådt regler i personopplysningsloven, og utrederne mener at denne formuleringen kan by på tolkingstil, jf. rapporten side 40-41:

"Etter vår mening tilsier legalitetsprinsippet at det klargjøres utenfor enhver rimelig tvil hvilke personer som kan straffes etter denne bestemmelsen. Det bør dessuten fremgå klart at det her er tale om et personlig straffeansvar, og at virksomhetsstraff kan komme til anvendelse i tillegg til det personlige straffeansvaret.

(...)

Det er etter vår mening grunn til å spørre om hensiktsmessigheten ved å beholde et personlig straffeansvar som på lite spesifikke og dermed uklare måter kan synes å dekke en lang rekke personer innenfor vidt ulike roller. Uansett begrunner både hensynet til etterlevelse av loven og krav til tilstrekkelig klare straffebestemmelser at en gjennomgår bestemmelsene i loven og forskriften i sammenheng, for på den måten å ta stilling til om det er tilstrekkelig tydelig hvem den enkelte bestemmelse retter seg mot."

Utrederne hevder således at dagens ordlyd – "den som" – i prinsippet omfatter enhver ansatt som får delegert oppgaver i henhold til arbeidsgivers (behandlingsansvarlige) arbeidsordning. Et slik system, der ledelsen i en organisasjon kan fordele straffeansvar, fremstår både tilfeldig og urettferdig. Etter deres syn er det derfor nærliggende å rette straffesanksjonen mot den person som er den øverste lederen for virksomheten.

Departementet er for så vidt enig i at ordlyden i personopplysningsloven § 48 kan trekke i retning av at enhver som befatter seg med de plikter som er straffebelagt i

bestemmelsen kan straffes. Enkelte uttalelser i forarbeidene til bestemmelsen kan også tas til inntekt for en slik tolking, jf. for eksempel Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) side 135:

”Straffebudet omfatter både ansatte hos den behandlingsansvarlige og andre hjelpere som denne benytter (f.eks databehandlere).”

Ansvarssubjektet etter personopplysningsloven § 48 må imidlertid ses i sammenheng med hvem som er pliktsubjekt etter bestemmelsene det er knyttet straffeansvar til. Når det i personopplysningsloven § 48 første ledd bokstav a oppstilles straffansvar for den som unnlater å sende inn melding etter personopplysningsloven § 31, er det bare den behandlingsansvarlige som kan straffes – all den tid meldeplikten etter personopplysningsloven § 31 nettopp ligger hos den behandlingsansvarlige.

Personopplysningsloven § 48 åpner således ikke for noen ”delegering” eller ”fordeling” av straffeansvar, slik utrederne anfører. Personer som kun utfører oppgaver på vegne av den som etter personopplysningsloven er angitt som pliktsubjekt, vil ikke kunne straffes etter personopplysningsloven § 48. Det bes imidlertid om høringsinstansenes synspunkter på om dette bør fremkomme klarere av lovens ordlyd.

Departementet tilføyer at ettersom det ikke bare er den behandlingsansvarlige som er pliktsubjekt ved de straffebelagte handlingene/unnlatelsene i personopplysningsloven § 48 første ledd, kan det være grunn til å erstatte formuleringen ”den behandlingsansvarlige” med ”vedkommende” i tredje ledd. Det er neppe hensiktsmessig at det i tredje ledd – i motsetning til første ledd – er inntatt en slik beskrivelse av hvem som kan straffes.

10.8 Elektroniske spor

I Schartum/Bygrave (2006) kapittel 7 drøftes ulike problemstillinger knyttet til såkalte elektroniske spor. Begrepet ”elektroniske spor” benyttes ikke i lovgivningen, men har sitt utgangspunkt i at nye informasjons- og kommunikasjonsteknologier introduseres i høyt tempo. Mange av disse lager elektroniske spor som kan føres tilbake til oss som brukere og som kan utnyttes til å overvåke vår atferd. Utrederne har imidlertid pekt på at begrepet er mer populær-retorisk enn systematisk, og at det omfatter så mange og varierte fenomener at det er problematisk å benytte en felles betegnelse.

Utrederne mener det er viktig å alminneliggjøre sporproblematikken og dessuten vise berøringspunktene med personopplysningslovgivningen. Flere uheldige sider ved elektroniske spor kan etter utredernes syn dempes ved hjelp av mindre lovgivningsmessige grep. Konkret foreslår utrederne i rapporten side 96-97 endringer i personopplysningsloven gjennom klargjøring av et eventuelt kontrollformål med behandlingen, jf. lovutkastet § 9 annet ledd og § 18 første ledd bokstav b i rapporten side 196 og 200 (radikalt lovforslag). Forslaget innebærer en endring av nåværende § 11 om grunnkrav til behandling av personopplysninger og nåværende § 19 om informasjonsplikt når det samles inn opplysninger fra den registrerte. Departementet ber om høringsinstansenes syn på forslaget.

Utredningene har for øvrig pekt på at det med en stor mengde elektroniske spor og mange forskjellige kilder, er en økende fare for effektiv samkjøring av ulike informasjonskilder og databaser, jf. blant annet rapporten side 94 og 95. Departementet finner imidlertid grunn til å fremheve at "elektroniske spor" i sin alminnelighet ikke vil være fritt tilgjengelig for enhver som måtte ønske å sammenkoble opplysninger og/eller drive kontroll med enkeltpersoner. I mange tilfeller vil det foreligge rettslige skranke mot slik innsamling og bruk. For eksempel innebærer personopplysningslovens behandlingsregler en slik skranke. Det samme gjør lovgivning som regulerer ulike kontrollmyndigheters adgang til å innhente og bruke informasjon om den enkelte. Straffeprosessloven er en slik lov. Denne regulerer politiets metodebruk ved etterforskning av straffbare handlinger. Også forvaltningslovens taushetspliktbestemmelser vil være en viktig skranke for offentliggjøring av personlig informasjon om den enkelte. I tillegg vil den enkelte på mange områder selv ha muligheten til å reservere seg mot ordninger som genererer elektroniske spor. I lys av dette ser departementet i likhet med utredningene ikke noe behov for lovgivning som regulerer "elektroniske spor".

10.9 Bruk av fødselsnummer, fingeravtrykk og annen biometri

Etter personopplysningsloven § 12 første ledd kan fødselsnummer og andre entydige identifikasjonsmidler bare benyttes i en behandlingsprosess når det er saklig behov for sikker identifisering og metoden er nødvendig for å oppnå slik identifisering. I forarbeidene er bruk av fingeravtrykk og andre biometriske data angitt som eksempler på "andre entydige identifikasjonsmidler", jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) side 114.

I Datatilsynets brev 31. mars 2006 til departementet ble det gitt uttrykk for at personopplysningsloven § 12 er vanskelig å anvende i saker om biometriske kontrollmetoder, og det ble blant annet foreslått å etablere en egen bestemmelse som regulerer slike behandlinger. Professor dr. juris Dag Wiese Schartum og førsteamanuensis dr. juris Lee A. Bygrave fikk i oppdrag av departementet å supplere sin rapport fra 2006 med en utredning av denne problematikken, og la i 2008 frem rapporten "Utredning om fødselsnummer, fingeravtrykk og annen bruk av biometri i forbindelse med lov om behandling av personopplysninger § 12".

Utredningenes konkrete lovforslag, samt kommentarer til dette, er inntatt i rapportens kapittel 7 (side 58-73).

I rapporten foreslås for det første at personopplysningsloven § 12 forbeholdes behandlinger som innebærer bruk av fødselsnummer. Utredningenes utkast til ny bestemmelse bygger i stor grad på dagens ordlyd, men slik at den behandlingsansvarlige må ha gjennomført en risikovurdering som klart viser at fødselsnummer er nødvendig for å oppnå sikker identifisering. I tillegg foreslås et generelt forbud mot å alene benytte et fødselsnummer til såkalt autentisering (verifisering av en persons identitet).

Utredningene foreslår i tillegg en ny bestemmelse om biometriske kontrollmetoder. Bruk av fingeravtrykk og andre biometriske metoder for identifisering (avdekking av en persons identitet), bør etter utredningene syn være forbudt uten lovhjemmel. Bruk av fingeravtrykk og andre biometriske metoder for autentisering bør være tillatt dersom det enten foreligger lovhjemmel eller samtykke. Visse krav til gyldig samtykke foreslås presisert, blant annet at det må tilbys alternative fremgangsmåter for personer som ikke ønsker å bli autentisert ved hjelp av biometri.

Departementet ber om synspunkter på de to nye lovbestemmelsene som utredningene har foreslått. Det tilføyes imidlertid at personvernloven overlater stor grad av skjønn til den enkelte staten med hensyn til utformingen av reglene for fødselsnummer og biometriske kontrollmetoder, jf. direktivet artikkel 8 nr. 7 og rapporten side 31-32. Høringsinstansene står således fritt med å komme med forslag til lovregler som ikke nødvendigvis fullt ut svarer til utredningenes skisse.

Departementet finner også grunn til å fremheve at utredningenes forslag representerer relativt omfattende restriksjoner i adgangen til å benytte fødselsnummer og biometriske kontrollmetoder. De personvernmessige fordelene man oppnår med en slik innstramming må ses i sammenheng med de praktiske og økonomiske konsekvensene dette vil kunne få – eksempelvis for virksomheter som har innrettet tekniske løsninger etter dagens regelverk.

11. Økonomiske og administrative konsekvenser

Mange av forslagene i rapportene og høringsnotatet vil først og fremst få konsekvenser for Datatilsynet. Eksempelvis må det antas at lovfesting av en ordning med personvernombud vil innebære at flere virksomheter benytter seg av denne ordningen. Dette vil i sin tur igjen trolig bidra til at flere vil hevende seg til Datatilsynet for å motta opplæring, veiledning mv. Enkelte av forslagene har imidlertid til formål å frigjøre ressurser for tilsynet. Dette gjelder blant annet forslaget om omlegging av meldepliktsordningen og reduksjon av konsesjonsplikten.