

Høringsuttalelse om koronasertifikat - endringer i
smittevernloven

Anna Nylund, Mona Naomi Lintvedt, Hans Petter Graver
og Kristin Bergtora Sandvik
12. mai 2021

Innholdsfortegnelse

OM BIDRAGET	2
SAMMENDRAG.....	3
HIGHLIGHTS AND RECOMMENDATIONS IN ENGLISH	4
KRAVET TIL LOVHJEMMELENS KVALITET OG INNHOLD.....	5
FORHOLDET TIL GRUNNLOVEN OG MENNESKERETTIGHETENE	8
RETTE TIL ANONYM FERDSEL.....	10
FORHOLDET TIL PERSONOPPLYSNINGSLOVEN OG PERSONVERNFORORDNINGEN	11
FORHOLDET TIL EØS-RETTE OG FORSLAG TIL FORORDNING OM KORONASERTIFIKAT	12
TILGANG TIL TESTING	13
KONKLUSJON	15
BIDRAGSYTERE.....	15

Om bidraget

Vi viser til høringsbrev av 5. mai 2020. Etter vårt syn er det vesentlige svakheter ved departementets forslag:

- **Forslaget bryter med Grunnloven, EMK og EØS-avtalen** når ikke Stortinget skal fastsette absolutte krav til hva et sertifikat skal brukes til og hva det ikke kan brukes til.
- **Departementet underkommuniserer** på hvilken måte et koronasertifikat griper inn i retten til privatliv, tanke-, samvittighets- og religionsfriheten, forsamlings- og forbudet mot diskriminering.
- **Notatet foreslår innføring av en legitimasjonsplikt**, og bryter dermed med retten til å ferdes anonymt.

Merknader:

I vårt hørings svar har vi merknader til fem temaer:

- (1) kravet til lovhjemmelens kvalitet og innhold,
- (2) forholdet til Grunnloven og menneskerettighetene, særlig retten til anonym ferdsel,
- (3) forholdet til personopplysningsloven og personvernforordningen,
- (4) forholdet til den foreslåtte EU-forordningen om koronasertifikat og
- (5) kostnader som testing medfører.

Anbefalinger:

- En lovregulering må gjøres *langt mer utfyllende* enn det departementet legger opp til i høringsnotatet.
- Loven må som et minstemål inneholde en *angivelse av for hvilke konkrete formål* et koronasertifikat kan gi rettigheter eller lettelser.
- Loven bør også angi til *hvilke formål* det ikke kan knyttes betingelse om koronasertifikat.
- Til grunn for lovhjemmelen bør det ligge en *konkret vurdering* av forholdet til retten til anonym ferdsel og fraværet av en generell legitimasjonsplikt i norsk rett.

Sammendrag

Den lovbestemmelsen departementet foreslår i høringsutkastet oppfyller ikke kravene til klar lovhjemmel etter norsk rett, EMK eller EØS-avtalen, og vil således stride både mot Grunnloven og våre internasjonale forpliktelser. Selv om bruksområder ennå ikke er fastsatt, må loven oppstille noen absolutte krav. Det er allerede nå mulig å angi hvilke opplysninger som skal og ikke skal brukes, og hvilken bruk som ikke vil være lov. Dette er et også et vilkår for behandling av personopplysninger etter personvernforordningen.

Krav om koronasertifikat for å kunne utøve visse rettigheter og friheter som eller er underlagt smittevernrestriksjoner vil gripe inn i retten til privatliv etter EMK art 8, tanke-, samvittighets- og religionsfriheten etter EMK art. 9, forsamlings- og foreningsfriheten i EMK art. 11 og vil være indirekte diskriminering som følge av blant annet helse, alder, etnisitet og overbevisning, jf EMK art. 14.

Høringsnotatet problematiserer i liten grad spørsmålet om forskjellsbehandling på grunnlag av etnisitet og nasjonalitet, selv om det er kjent at andelen som vaksinerer seg varierer signifikant med dette grunnlaget. Jo mer utstrakt bruken av sertifikatet er, og dermed et større inngrep den gjør i menneskerettighetene, desto høyere krav stilles til legitimitet, proporsjonalitet og nødvendighet. Disse synspunktene underkommuniseres i høringsnotatet.

Høringsnotatet berører også i liten grad spørsmålet om at den enkelte må fremvise dokumentasjon for sin helsetilstand for å få tilgang til tjenester. Forslaget om at det skal fremvises legitimasjon sammen med koronasertifikatet innebærer dessuten også en innføring av en legitimasjonsplikt. Dette griper inn i den enkeltes rett til anonym ferdsel, og vil også føre til forskjellsbehandlinger for personer som ikke har gyldig legitimasjon.

Highlights and recommendations in English

In response to the public consultation on the proposed legislation for the COVID-19 certificate of 5 May 2021, we hereby take the liberty to highlight the following:

- **The proposal violates the Norwegian Constitution, the European Convention of Human Rights and the EAA Agreement** when the Government does not ask the Parliament to determine the precise purposes and requirements for the use and limitations of the COVID-19 certificate.
- **The Ministry fails to parse out** in an appropriate manner the ways in which a COVID-19 certificate will interfere with **the right to privacy, freedom of thought and conscience, religion, assembly, and the prohibition on discrimination**.
- **The proposal introduces an obligation of identification**, thus undermining the right to anonymous passage.

The present note focuses on five key topics:

- The requirements for quality and specification of a legal basis for a COVID-19 certificate and its use in Norway
- The considerations regarding human rights as they arise from the Norwegian Constitution and human rights treaties, with a particular view to the right to anonymous passage
- The nexus to the Norwegian data protection legislation and the GDPR
- The nexus to the proposed EU Regulation on the COVID-19 Certificate
- The costs of establishing and providing sufficient, accessible testing capacities

Recommendations:

- A regulation of the COVID-19 certificate must be developed in significantly more detail than in the proposal.
- As a minimum requirement, the legislation should include specific provisions of the purpose and scope of use, with respect to type of rights and obligations facilitated by the certificate.
- The regulation should also specifically demarcate non-permissible uses of the Certificate.
- Fundamentally, the *right* to anonymous passage and the *absence* of an obligation of identification in Norwegian law must be the point of departure for formulating the law.

Kravet til lovhjemmelens kvalitet og innhold

Det er ganske klart at innføring av et koronasertifikat som det knyttes rettsvirkninger til krever hjemmel i lov, både etter norsk rett, etter EMK og etter EØS-retten. Departementet tar utgangspunkt i Grl. § 113 om at inngrep krever hjemmel i lov, og at innføring av et koronasertifikat ikke er et inngrep. Departementet sier videre at de rettigheter som knyttes til et slikt sertifikat er “fravær av inngrep”, som derfor heller ikke krever hjemmel i lov. Departementet hopper her over at Grl. § 13 ikke uttømmende regulerer kravet til lovhjemmel etter norsk rett, og at all normering krever et kompetansegrunnlag, det såkalte formelle legalitetsprinsippet. Hvis myndighetene ikke har hjemmel i noen av de generelle kompetansegrunnlagene, så kreves hjemmel i lov.

Koronasertifikat er ikke bare et system for dokumentasjon som kan innføres med hjemmel i det offentliges myndighet til å organisere egen virksomhet. Etter forslaget legges det opp til at det skal knyttes rettsvirkninger til dokumentasjon gjennom et sertifikat, ved at slik dokumentasjon skal kunne være en forutsetning for visse lettelser i smittevernrestriksjoner, og ved at det skal kunne innføres en plikt til dokumentasjon i visse situasjoner. Det å knytte rettsvirkninger til å være vaksinert eller å ha et sertifikat er en normering som krever hjemmel i lov, da den ikke kan hjemles verken i organisasjons- og instruksjonsmyndigheten, eiendomsretten eller den private autonomi eller samtykke. Det spiller ingen rolle om det er snakk om inngrep eller ikke.

Spørsmålet blir da om det allerede eksisterer lovhjemmel for dette. Høringsnotatet synes å legge til grunn at slike begrensninger i restriksjonene kan hjemles i smittevernloven, og at det derfor allerede etter gjeldende rett kan innføres gjennom endringer i Covid-19 forskriften. Å innføre en ordning med et sertifikat som det knyttes rettsvirkninger til, er imidlertid noe mer, og noe annet, enn å innføre restriksjoner for å begrense og bekjempe smitte. Selv om det kan gjøres unntak i hver enkelt restriksjon, for eksempel karanteneplikt, for den som er vaksinert eller immun på grunn av gjennomført sykdom, så vil summen av en rekke slike unntak, koblet til en offentlig sertifikatordning innebære noe langt mer. Det skaper en rettslig status for en gruppe mennesker ut fra deres helseforhold, og gir dem tilgang til tjenester og tilbud i samfunnet som andre er utelukket fra. Etter vårt skjønn går det langt ut over det som er hjemlet i smittevernloven ut fra dens ordlyd eller forarbeider. Reelle hensyn trekker i mange forskjellige retninger. Det i seg selv er et argument for at en lovbehandling må til. Etter vårt syn er det dermed ikke bare “ønskelig” med lovhjemmel for innføring av koronasertifikat, men nødvendig, dersom det skal knyttes rettsvirkninger til det.

Dette innebærer at innføring av en lovhjemmel, og utformingen av denne, er et rettslig spørsmål, og ikke bare et spørsmål om hva som er hensiktsmessig eller ønskelig. Departementets forslag om bare å lovfeste en hjemmel og overordnede rettslige rammer, og å overlate den nærmere utformingen av rettsvirkningene til forskrift må vurderes i lys av dette. Departementet argumenterer for at forskrift er tilstrekkelig som rettslig grunnlag for videre regulering av bruksområder for koronasertifikat. Vi stiller spørsmål ved to forhold som legges til grunn for dette: 1) at det ikke utgjør et inngrep i rettigheter og friheter etter EMK

og Grunnloven, og 2) at forskrift etter smittevernloven uten høring sidestilles med ordinær forskriftsprosess.

Departementet viser i punkt 3.1.2 at det kan gjøres inngrep i retten til privatlivet i Grunnloven § 102 dersom inngrepet har en tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål, og er forholdsmessig, og henviser til Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28. Departementet vurderer imidlertid ikke hva som skal til for at det foreligger “tilstrekkelig hjemmel”, og legger til grunn at foreliggende lovhjemmel som gir departementet fullmakt til å fastsette forskrifter oppfyller dette kravet.

Om kravet til lovhjemmel ved inngrep i grunnlovfestede rettigheter uttaler Høyesterett i Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 30:

For å gi en slik hjemmel som Grunnloven og menneskerettskonvensjonene krever, holder det ikke at loven er formelt sett i orden, og at den etter alminnelige tolkningsprinsipper gir grunnlag for lagringen. Det gjelder også kvalitative krav: Loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater (vår understrekning).

Hjemmelen må dermed også oppfylle kvalitative krav. Tilsvarende krav til kvalitet stilles ved inngrep i rettigheter og friheter etter EMK, jf. rettspraksis fra EMD¹:

The Court has repeatedly affirmed that any interference by a public authority with an individual's right to respect for private life and correspondence must be with an accordance with the law (see notably Klaus Müller v. Germany, §§ 48-51). This expression does not only necessitate compliance with domestic law but also relates to the quality of that law, requiring it to be compatible with the rule of law (Halford v. the United Kingdom, § 49) (vår understrekning).

With regard to general measures taken by the national government, it emerges from the Court's case-law that, in order to determine the proportionality of a general measure, the Court must primarily assess the legislative choices underlying it. The quality of the parliamentary and judicial review of the necessity of the measure is of particular importance in this respect, including to the operation of the relevant margin of appreciation. The procedural safeguards available to the individual will be especially material in determining whether the respondent State has, when fixing the regulatory framework, remained within its margin of appreciation. In particular, the Court must examine whether the decision-making process leading to measures of interference was fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded to the individual by Article 8 (A.-M.V. v. Finland, §§ 82-84) (vår understrekning).

Utkast til hjemmel for bruk av koronasertifikat som er foreslått inneholder ikke regulering av formål og bruksområder, men gir en generalhjemmel til utforming av forskrifter. Forskriftene

¹ European Court of Human Rights, 'Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life' (31. desember 2020), avsnitt 14 og 28.

hjemles i Covid-19 forskriften, hvor endringer gjennomgående ikke har vært gjenstand for høring. Departementet kan med andre ord knytte svært omfattende rettsvirkninger til koronasertifikat, og som etter lovens ordlyd vil innebære forskjellsbehandling, uten at det hverken er klart eller forutsigbart for allmenheten. Dette kan vanskelig sies å oppfylle kravene til klar hjemmel etter norsk rett eller EMK.

I tillegg til kravene som følger av både EMK og Grunnloven til hjemmel og dens kvalitet, vil både innføringen av et koronasertifikat og behandling av tilhørende personopplysninger kreve klar hjemmel etter EØS-avtalens regler. Dette fremgår også av utkastet til forordning for felleseuropeisk koronasertifikat, som vil bli tatt inn i EØS-avtalen og gjort til norsk rett med forrang fremfor andre norske lover og forskrifter.

EU parlamentet legger til grunn i sitt forslag til endring av EU kommisjonens utkast til forordningen for felleseuropeisk koronasertifikat, at enhver bruk av det europeiske koronasertifikatet utover grensepassering må ha hjemmel i nasjonal rett, som må være tilstrekkelig klar og presis²:

Article 8b Further use of the EU COVID-19 Certificate framework

Where a Member State seeks to implement the EU COVID-19 Certificate for any possible use other than the intended purpose of facilitating free movement between Member States, that Member State shall create a legal basis under national law, complying with the principles of effectiveness, necessity, and proportionality, including specific provisions clearly identifying the scope and extent of the processing, the specific purpose involved, the categories of entities that can verify the certificate as well as the relevant safeguards to prevent discrimination and abuse, taking into account the risks to the rights and freedoms of data subjects. No data shall be retained in the context of the verification process. (vår understrekning)

Både parlamentet og European Data Protection Board/European Data Protection Supervisor legger til grunn at det må finnes et solid rettslig grunnlag i nasjonal rett, og viser til kravene som stilles til slikt rettslig grunnlag etter rettspraksis til EMD og EU-domstolen. Selv om både lov og forskrift kan utgjøre et gyldig rettslig grunnlag, vil kravet til tydelighet og kvalitet øke med inngreps art.

Den ordningen som departementet foreslår med at rettsvirkningene av et koronasertifikat fastsettes gjennom Covid-19 forskriften oppfyller dermed neppe de kravene som stilles til lovhjemmel verken etter norsk rett, EMK eller EØS-avtalen og den foreslåtte forordningen. I tillegg kommer det forhold at praksis ved endring av Covid-19 forskriften er at dette skjer uten forutgående høring. Dersom denne praksis skal ligge til grunn også ved innføring og

² Amendments adopted by the European Parliament on 29 April 2021 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic (Digital Green Certificate) (COM(2021)0130 – C9 0104/2021 – 2021/0068(COD))

endring av rettsvirkningene til et koronasertifikat, innebærer det at disse blir vedtatt uten at de vanlige garantiene for medinnflytelse og rettssikkerhet, som vi har i norsk rett, er oppfylt. Både EMK og EØS-retten krever at rettslige ordninger som griper inn i friheter og rettigheter skal være begrunnet og overprøvbare. Dette oppfylles ikke av en ordning der myndighetene ensidig fastsetter rettsvirkninger etter den prosedyre som nå er etablert ved endring i smittevernrestriksjonene.

Forholdet til Grunnloven og menneskerettighetene

Departementet skriver at bruk av koronasertifikat indirekte vil kunne berøre en rekke menneskerettigheter. Dette er å underslå hva et koronasertifikat er. En innføring av et koronasertifikat for å dokumentere helsetilstand som betingelse for å få tilgang til samfunnet griper *direkte* inn i menneskerettighetene. En bagatellisering av dette viser at konsekvensene ikke er tilstrekkelig forstått. Det å måtte oppgi opplysninger om sin helsestatus for å få tilgang til tjenester og goder og fritak fra restriksjoner er et direkte inngrep i retten til privatliv etter EMK art 8. Å innføre ordninger som innebærer at personer som av overbevisningsgrunner ikke vil la seg vaksinere blir underlagt begrensninger sammenlignet med dem som lar seg vaksinere, er et indirekte inngrep i tanke-, samvittighets- og religionsfriheten etter EMK art. 9. Å gjøre adgangen til utøvelse av forsamlings- og foreningsfriheten avhengig av at man har et sertifikat er et direkte inngrep i EMK art. 11. Å gi forskjellig rettslig status til dem som har et sertifikat, og dermed begrense rettigheter og friheter avhengig av om man har et sertifikat eller ikke, vil være indirekte diskriminering som følge av blant annet helse, alder, etnisitet og overbevisning, jf EMK art. 14. Høringsnotatet problematiserer i liten grad spørsmålet om forskjellsbehandling på grunnlag av etnisitet og nasjonalitet, selv om det er kjent at andelen som vaksinerer seg varierer signifikant med dette grunnlaget.

Videre begrenser departementet vurdering av forholdet til menneskerettighetene, uten å gå nærmere inn på hvorvidt kravene til legitimitet, proporsjonalitet og nødvendighet er oppfylt. Selv om EMK og Grunnloven tillater begrensninger av rettigheter og friheter, krever det gode og grundige vurderinger. Jo mer utstrakt bruken av sertifikatet er, og dermed et større inngrep den gjør i menneskerettighetene, desto høyere krav stilles til legitimitet, proporsjonalitet og nødvendighet. Også graden av og tempoet for de lettelsene som koronasertifikatet vil kunne medføre i en viss bransje, vil ha stor betydning for om kravene til nødvendighet og proporsjonalitet er oppfylt. Disse synspunktene underkommuniseres i høringsnotatet.

Departementet drøfter ikke betydningen av at det er stor variasjon av smitteverntiltakene lokalt. Hvorvidt en innføring av koronasertifikatet fremstår som nødvendig og forholdsmessig vil derfor kunne variere avhengig av både nasjonale og lokale tiltak og tiltaksnivåer. Kravene til forutsigbarhet og forholdsmessighet forutsetter at det finnes klare rammer for en (gjen)innføring av koronasertifikatet under eventuelle lokale smitteutbrudd.

Kravet til nødvendighet innebærer også at man må ha en klar forestilling om forutsetningen for utviklingen av bruken av koronasertifikat. Når smittepresset er lavt og når en stor del av befolkningen er vaksinert, vil det ikke lenger være noen grunner som kan begrunne at sertifikatet er nødvendig, bortsett fra reiser til enkelte land.

Departementets vurdering av ulike rettigheter og friheter er hovedsakelig begrenset til omtale av *Vavricka mfl v Tsjekkia*, hvor EMD fastslår at nasjonalstaten har en vid skjønnsmargin til å fastsette vaksinasjonsplikt. Departementet argumenterer på bakgrunn av dommen for at det vil være mulig å knytte goder til vaksinerings. Det er uklart om departementet tenker at de foreslåtte hjemlene vil være tilstrekkelig grunnlag for å innføre en indirekte vaksinasjonsplikt ved bruk av koronasertifikat. Dette krever imidlertid et gyldig lovgrunnlag slik EMD vurderte i den aktuelle saken³:

The Court considered that the interference complained of had an adequate basis in domestic law, being based on a combination of primary and secondary legislation that had already been found by the domestic courts to satisfy the requirements of Czech constitutional law.

(...)

The Court also noted the procedural safeguards provided for in national law. The applicants had had at their disposal both administrative appeals as well as judicial remedies before the administrative courts and, ultimately, the Constitutional Court.

Dommen kan dermed ikke tas til inntekt for at det å stille vaksinerings som vilkår for ulike tjenester ikke vil være krenkelse av EMK, slik departementet hevder. Det må foreligge et grunnlag i nasjonal rett som må oppfylle kravene til lovgrunnlag, og som har tilstrekkelige "safeguards".

Høringsnotatet foreslår at negativ test også skal gi rettigheter tilsvarende vaksinasjon og immunitet, og at dette er et tilstrekkelig kompenserende tiltak slik at krav om koronasertifikat ikke fører til forskjellsbehandling. Notatet berører i liten grad hvorvidt krav om test og fremvisning av negativ test vil være et inngrep. Argumentet er at dette vil være en lettelse sammenlignet med full nedstenging.

Dersom presumtivist friske mennesker må fremvise negativ test for tilgang til samfunnet, innebærer dette både en begrensning av den normale bevegelsesfriheten og et inngrep i privatlivet. Det krever både at personene foretar en test og at resultatet, dvs. helseopplysninger, fremvises. Dette forutsetter at testing er tilgjengelig og at resultatet kommer raskt, hvis ikke vil den praktiske konsekvensen være forskjellsbehandling etter hvor du bor eller hvilke forutsetninger du har for å få tilgang til testing. Departementet drøfter ikke

³³ European Court of Human Rights, 'Press release: Court's first judgment on compulsory childhood vaccination: no violation of the Convention' ECHR 116 (2021) (8. april 2021)

dette premisset, og hva det vil kreve av testkapasitet. Ved manglende testkapasitet vil en slik rett til fremvisning av negativ test kun bli teoretisk.

Retten til anonym ferdsel

Høringsnotatet berører i liten grad spørsmålet om at den enkelte må fremvise dokumentasjon for sin helsetilstand for å få tilgang til tjenester.

Departementet legger til grunn en fra det mer til mindre betraktning, slik at krav om koronasertifikat ikke vil være et inngrep, men en lettelse av tiltak. Her må det skilles mellom det å gi lettelser til f.eks. vaksinerte og det å oppstille et vilkår om dokumentasjon. Det er mulig å gi lettelser til enkelte grupper, uten at de samtidig må dokumentere sin helsetilstand.

I *P.T. v Moldova* kom EMD til at⁴:

The unnecessary disclosure of sensitive medical data in a certificate, which has to be produced in various situations such as obtaining a driving licence and applying for a job, is disproportionate to any possible legitimate aim.

Det kan være mulig at pandemien vil gi større handlingsrom for å stille krav om slikt helsesertifikat, men det er ingen tvil om at dette vil være et inngrep i rettigheter etter EMK som krever solide vurderinger av legitimitet, proporsjonalitet og nødvendighet.

Departementet nevner i punkt 6.8.2 at sertifikatet ikke skal inneholde fødselsnummer og bilde, noe som eksplisitt bør reguleres. Videre uttaler departementet at det på grunn av manglende fødselsnummer og bilde i sertifikatet, er nødvendig å kontrollere koronasertifikatet opp mot gyldig legitimasjon. Dette forholdet er ikke vurdert nærmere.

Det foreligger ingen generell legitimasjonsplikt i Norge. Den enkelte kan ferdes i samfunnet uten å måtte fremvise ID-kort, med noen unntak slik som ved krav til førerkort ved kjøring og aldersbevis ved kjøp av alkohol.

Forslaget om at det skal fremvises legitimasjon sammen med koronasertifikatet innebærer dermed også en innføring av en legitimasjonsplikt. Dette griper inn i den enkeltes rett til anonym ferdsel, og vil også føre til forskjellsbehandlinger for personer som ikke har gyldig legitimasjon. Det kan ikke oppstilles et krav som medfører at personer må bære med seg pass, nasjonalt ID-kort eller førerkort (noe ikke alle har) for å kunne ta del i helt normale tjenester i samfunnet. Dersom dette skal være et vilkår, må det også fremkomme av loven, selv om vårt forslag vil være at det heller presiseres at det ikke skal kreves fremvisning av legitimasjon.

Det vil være en risiko for at noen bruker andres koronasertifikat, men det er en risiko som må kunne aksepteres. Siden et digitalt koronasertifikat vil kreve innlogging med eID, vil det

⁴ European Court of Human Rights, 'Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life' (31. desember 2020), avsnitt 187.

være begrenset fare for misbruk. Ordningen med koronasertifikat vil uansett ikke eliminere smitterisikoen, og når det kan aksepteres at det er en restrisiko for smitte ved bruk av sertifikat, må det også kunne aksepteres at det er en risiko for at enkelte ikke har gyldig sertifikat. Selv om noen skulle jukse, betyr det ikke at de er smittet.

Ved å oppstille et krav til legitimasjon går departementet også utover formålet med koronasertifikat slik de selv skisserer det, hvor de understreker at et koronasertifikat kun er dokumentasjon på gjennomført vaksinerings, tidligere sykdom eller negativ test.

Forholdet til personopplysningsloven og personvernforordningen

Kravet til “lovgivningsmessige tiltak” etter personvernforordningen omfatter både lov og forskrift, og i noen tilfeller annet rettslig grunnlag slik som instruks eller rundskriv. Kravet til lovgrunnlag henviser imidlertid til rettspraksis fra EMD og EU-domstolen. Spørsmålet er også her om forskrift er tilstrekkelig for den foreslåtte behandlingen, og særlig tatt i betraktning at forskriftene kan vedtas uten høring.

Vi viser her til uttalelsen fra European Data Protection Board (EDPB) og European Data Protection Supervisor (EDPS) til EU Kommisjonens forslag til forordning at kravet til rettslig grunnlag etter personvernforordningen forutsetter at det er hjemmel i lov, og minner om kravene til utforming av slik hjemmel⁵:

This implies the need for a proper legal basis in Member State law, complying with the principles of effectiveness, necessity, proportionality and including strong and specific safeguards implemented following a proper impact assessment, in particular to avoid any risk of discrimination and to prohibit any retention of data in the context of the verification process. Moreover, the EDPB and the EDPS emphasize that such system needs to be integrated into a comprehensive health policy. The EDPB and the EDPS consider that such a legal basis in Member State law should at the very least include specific provisions clearly identifying the scope and extent of the processing, the specific purpose involved, the categories of entities that can verify the certificate as well as the relevant safeguards to prevent abuse, taking into account the risks for the rights and freedoms of data subjects. As clarified by the CJEU, the need for safeguards is all the greater where personal data is subject to automated processing and where the protection of the particular category of personal data that is sensitive data is at stake. (vår understrekning)

⁵ EDPB-EDPS Joint Opinion 04/2021 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic (Digital Green Certificate) Version 1.1, avsnitt 24.

Den foreslåtte lovhjemmelen regulerer ingen av disse forholdene. Faktisk kan det stilles spørsmål ved om lovbestemmelsen i det hele tatt gir grunnlag for behandling av personopplysninger.

Å fastsette et formål for behandling av personopplysninger er et helt grunnleggende personvernprinsipp. Det er formålet som vil være styrende for alle andre vurderinger. Formålet som loven angir er at et koronasertifikat skal kunne dokumentere vaksinasjon, tidligere sykdom eller negativ test. Det er dermed kun personopplysninger som er nødvendig for dette formålet som kan brukes videre. Forskrifter med hjemmel i loven kan ikke gå utover dette, og dermed utvide formål og bruksområder. Ved å ikke regulere noen forhold rundt behandling av personopplysninger, er det stor fare for formålsutglidning og at spørsmål om bruken overlates til den tekniske utviklingen og senere behov. Foreslått lovbestemmelse gir ingen garantier mot krenkelse av den enkeltes integritet og personvern.

Vi stiller også spørsmål ved hvordan personvernet i koronasertifikatet med tilhørende integrasjon med SYSVAK og MSIS kan ivaretas når kravene til løsning ikke er spesifisert i lov eller forskrift ennå. Arbeidet med løsningen er allerede i gang, og vi er kjent med at det også er påbegynt arbeid med risiko- og sårbarhetsanalyser, noe som er krevende når bruken ikke er kjent. Når formål og bruksområder og mer presise krav til behandlingen av personopplysninger ikke ennå er fastlagt, vil kravet til innebygd personvern vanskelig kunne ivaretas. Det er derfor risiko for at det vil bli den tekniske løsningen som legger føringer for personvernet, i stedet for at loven setter rammene for den tekniske løsningen.

Selv om bruksområder ikke er fastsatt, må loven oppstille noen absolutte krav. Det er allerede nå mulig å angi hvilke opplysninger som skal og ikke skal brukes, og hvilken bruk som ikke vil være lov.

Det bør blant annet presiseres at et koronasertifikat ikke skal behandle flere personopplysninger enn det som vil følge av EUs forordningen, slik at ikke innenlands bruk utvider omfanget av personopplysninger.

Det må i § 4A-2 presiseres at ingen kan kreve et personer fremviser koronasertifikat med mindre dette følger av lov eller forskrift. Dette for å forhindre at arbeidsgivere og andre på eget initiativ stiller krav om sertifikat. Ordlyden bør derfor ikke være begrenset til at "forskjellsbehandling" ikke er lov dersom det ikke følger av lov eller forskrift, men at det ikke kan stilles krav om fremvisning av koronasertifikat med mindre det følger av lov eller forskrift.

Forholdet til EØS-retten og forslag til forordning om koronasertifikat

I punkt 1 uttaler departementet at hensikten med de foreslåtte endringene i smittevernloven er å tilrettelegge for innføring av den kommende EU-forordningen om koronasertifikat og grunnleggende EØS-rettslige prinsipper, særlig prinsippet om fri bevegelighet. Likevel drøfter departementet bare den tekniske delen av implementeringen av forordningen i punkt

2.2 og 6.3, og ikke hvordan innholdet i utkast til forordning påvirker rammene for den foreslåtte nasjonale ordningen.

Med tanke på at den foreslåtte forordningen om koronasertifikat har relativt detaljerte regler, vil den nasjonale ordningen måtte tilpasses den europeiske ordningen. Løsningene i den foreslåtte forordningen bør derfor langt på vei være styrende for de nasjonale løsningene. Dersom man vurderer en nasjonal løsning som avviker fra den felleseuropeiske løsningen, bør man drøfte de potensielle konsekvensene, og i hvilken grad det er mulig å lage en avvikende ordning uten at den kommer i strid med retten til fri bevegelighet. Blant annet betyr dette at testresultat fra andre EØS-land må godkjennes på samme vilkår som norske testresultater, testing i Norge må være tilgjengelig på lik linje for alle EØS-borgere og testing må være lett tilgjengelig ved alle grenseoverganger der en utreise til en eller flere destinasjoner krever fremvisning av koronasertifikatet.

Tilgang til testing

Negativ test som vilkår for tilgang til goder og rettigheter i samfunnet forutsetter lett, rask, gratis og likeverdig tilgang til testing for alle. I og med at vaksinasjon er gratis, og negativ testing er foreslått som et alternativ til vaksinasjon for å kunne motta goder og rettigheter bør også testing gjøres gratis og lett tilgjengelig for alle som ønsker det. Negativt testsvare som vilkår kan likevel ikke fullgodt sammenlignes med vaksinasjon fordi testens verdi er kortvarig (kun noen dager) og derved må stadig gjentas og bekreftes med negativ status for å kunne være en erstatter for vaksinasjon. Det gjelder særlig de befolkningsgrupper som ikke får et tilbud om vaksine, f.eks. barn og ungdom, og som derved ikke har et reelt valg for hvordan de kan tilegne seg godene som vaksinesertifikat innebærer. Kompenserende ordninger bør konkretiseres i loven. Koronasertifikatet kan ikke vurderes uten å ta hensyn til disse forhold, men dette er uklart i departementets forslag. Kostnader for test er blant annet ikke omtalt under økonomiske og administrative konsekvenser. Forslaget til EU forordningen om koronasertifikat COM (2021) 130 av 29. april 2021 artikkel 3 nr. 3c slår uttrykkelig fast at:

Member States shall ensure universal, accessible, timely and free of charge testing possibilities in order to guarantee the right to free movement inside the Union without discrimination on grounds of economic or financial possibilities. (vår understrekning)

Sidestilling av negativ test med vaksine og immunitet blir fremstilt som et kompenserende tiltak som utjevner eventuell forskjellsbehandling. Dette vil imidlertid kun være realitet dersom det samtidig legges til rette for enkel og rask testkapasitet for alle.

Ifølge den foreslåtte EU forordningen vil et testresultat fra PCR-tester, og lignende tester, var gyldige i maksimalt 72 timer etter prøvetakingen. Dersom analysen av testen tar lang tid, for eksempel 36 eller 48 timer, vil koronasertifikatet kunne brukes i maksimalt 36 respektive 24 timer. Den maksimale gyldigheten for hurtigtester er 24 timer. Dette medfører at man trenger

en betydelig testkapasitet for at uvaksinerte skal få tilsvarende rettigheter som vaksinerte. Dette burde ha blitt omtalt i notatet.

Under punkt 2.1 viser departementet til at det kun vil være testresultater registrert i MSIS som skal brukes i koronasertifikatet. Det er dermed en forutsetning at testing foretas av helsepersonell, og det uttales at massetesting ved f.eks. studiesteder og skoler ikke vil være gyldig test som kan benyttes.

Departementets forslag er imidlertid inkonsekvent. I punkt 6.4 nevner departementet som eksempel at testing kan foretas i regi av cruiseselskap eller arrangementsarrangør. Dette synes å være tester som kun gir en type lettelse der og da, og som ikke innrapporteres til MSIS. Det ser dermed ut som at departementet foreslår både et koronasertifikat og bruk av tester utenom dette for å tilrettelegge for lettelser. Dette må presiseres.

Vi er svært kritiske til at private aktører skal ha ansvar for å utføre oppgaver som normalt ligger til helsepersonell og behandle helseopplysninger.

Med tanke på at det norske koronasertifikatet antakelig blir en del av den felleseuropeiske ordningen, vil tester tatt i EØS-området likestilles med norske tester. Samtidig vil personer som reiser inn i landet med koronasertifikat med negativ test, ha behov for tilgang til test mens de oppholder seg i Norge. Det er uklart hvorvidt disse vil få tilgang til testing og testresultater dersom det stilles krav om innenlandsbruk. Siden personene ikke nødvendigvis har norsk fødselsnummer eller D-nummer vil de heller ikke ha tilgang til helsenorge.no, og dermed ikke ha mulighet til å oppdatere sitt koronasertifikat. Krav om gyldig sertifikat vil derfor også kunne føre til at EØS-borgere ikke får samme tilgang til tjenester som norske borgere.

Videre skal koronasertifikat på papir og digitalt sidestilles. Høringsnotatet går imidlertid ikke inn på hvordan personer som ikke er digitale brukere skal få tilgang til koronasertifikat på papir. Den foreløpige løsningen som er lansert krever at den enkelte logger seg inn på helsenorge.no for å ta utskrift. Dette er ikke en varig løsning, da dette ikke tilrettelegger for personer som enten ikke har digital tilgang eller ikke klarer bruke denne. Det må finnes et fullverdig tilbud for disse personene også, ellers vil et koronasertifikat føre til forskjellsbehandling mellom de som er digitale borgere og de som ikke er det.

Departementet drøfter ikke de merkostnader koronasertifikatet vil medføre for de bransjer der sertifikatet skal brukes. Dette kan være kostnader til utstyr og personell til kontroll av sertifikatet. Dersom en viss bransje eller de som tilbyr en viss type aktivitet pålegges til å kreve koronasertifikat av sine kunder, bør man ta stilling til hvordan kontrollen av sertifikatene skal håndheves.

Konklusjon

På bakgrunn av det ovenstående mener vi at en lovregulering av rettsvirkningene av et koronasertifikat må være langt med utfyllende enn det departementet legger opp til i høringsnotatet. Loven må i det minste inneholde en angivelse av for hvilke konkrete formål et koronasertifikat kan gi rettigheter eller lettelser. Loven bør også angi til hvilke formål det ikke kan knyttes betingelse om koronasertifikat. Dette er særlig av betydning for private rettsforhold som arbeidsforhold, adgang til steder der allmenheten har tilgang, leveranse av tjenester etc. Til grunn for lovhjemmelen bør det ligge en konkret vurdering av forholdet til retten til anonym ferdsel og fraværet av en generell legitimasjonsplikt i norsk rett.

Bidragstere

Oslo/Tromsø 12. mai 2021



Hans Petter Graver



Mona Naomi Lintvedt



Anna Nylund



Kristin Bergtora Sandvik