



Universitetet
i Stavanger

**HANDELSHØGSKOLEN VED UIS
MASTEROPPGAVE**

STUDIEPROGRAM:

Master i forretningsjus

OPPGAVEN ER SKREVET INNEN FØLGENDE
SPESIALISERINGSRETNING:

Personvern

ER OPPGAVEN KONFIDENSIELL?

(NB! Bruk rødt skjema ved konfidensiell oppgave)

TITTEL:

Et gyldig samtykke og arbeidsforholdets innvirkning.

ENGELSK TITTEL:

A Valid Consent and the Effect of the Workplace

FORFATTER(E)

Kandidatnummer:

3221

.....

.....

Navn:

Cecilie Stava

.....

.....

VEILEDER:

Jacob Ryan Adams

Antall Ord: 13 161

Sammendrag

En økt interesse for behandling av personopplysninger skaper et behov for reguleringer som forhindrer inngrep og brudd på privatlivet. Personvernforordningen art. 6 (1) bokstav a) åpner for en lovlig behandling av personopplysninger med grunnlag i samtykke. I denne avhandlingen tas det stilling til hva som utgjør et gyldig samtykke etter personvernforordningen, og muligheten for behandling av personopplysninger på grunnlag av samtykke i et arbeidsforhold. Et gyldig samtykke må være et uttrykk for den registrertes vilje til å la sine opplysninger behandles, og må være gjenstand for et frivillig valg. Det ujevne maktforholdet mellom arbeidsgiver og den ansatte viser seg å være egnet til å skape en presset situasjon som i de fleste tilfeller går på bekostning av frivilligheten, og dermed også lovligheten av behandlingen. Oppgaven tar for seg en drøftelse av de vilkår som stilles til et gyldig samtykke, og en analyse av praksis knyttet til samtykke i arbeidsforhold for en fastlegging av den mulige adgangen til behandling på grunnlag av samtykke under slike forhold.

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	5
1.1. PROBLEMSTILLING, TEMA OG AKTUALITET	5
1.2. METODE OG RETTSKILDER?	6
1.2.1. EU-rettslig metode.....	6
1.2.2. Rettskilder	7
1.3. FREMSTILLINGEN VIDERE	11
1.4. AVGRENSNING	11
2. PERSONVERNFORORDNINGEN	13
2.1. SAKLIG OG GEOGRAFISK VIRKEOMRÅDE	13
2.2. BEGREPER	14
2.3. PRINSIPPER	15
2.3.1. Prinsippet om lovlighet, rettferdighet og åpenhet	15
2.3.2. Prinsippet om formålsbegrensning.....	16
2.3.3. Prinsippet om dataminimering	17
2.3.4. Prinsippet om riktighet	17
2.3.5. Prinsippet om lagringsbegrensning	17
2.3.6. Prinsippet om integritet og konfidensialitet.....	18
3. HVA ER ET GYLDIG SAMTYKKE?	18
3.1. SAMTYKKE SOM BEHANDLINGSGRUNNLAG ETTER ART. 6 NR. 1 BOKSTAV A.....	18
3.2. ART. 4 NR. 11 – DEFINISJON AV SAMTYKKE	19
3.2.1. Frivillig.....	19
3.2.2. Spesifikt.....	24
3.2.3. Informert.....	25
3.2.4. Utvetydig	27
3.2.5. Formelle krav	28
3.3. ART. 7 – VILKÅR FOR SAMTYKKE	28

3.3.1.	<i>Beviskrav</i>	29
3.3.2.	<i>Selvstendig anmodning</i>	29
3.3.3.	<i>Rett til å trekke tilbake samtykket</i>	30
3.3.4.	<i>Frivillig</i>	31
3.3.5.	<i>Varigheten av samtykket</i>	32
4.	BEHANDLING AV PERSONOPPLYSNINGER OM ANSATTE BASERT PÅ SAMTYKKE	32
4.1.	HOSPITAL Y	33
4.1.1.	<i>Datatilsynets vurdering</i>	33
4.1.2.	<i>Betraktninger</i>	35
4.2.	PWC	36
4.2.1.	<i>Datatilsynets vurdering</i>	36
4.2.2.	<i>Betraktninger</i>	37
4.3.	SKELLEFTEÅ KOMMUNE	37
4.3.1.	<i>Datatilsynets vurdering</i>	37
4.3.2.	<i>Betraktninger</i>	39
4.4.	FYSIODANMARK.....	40
4.4.1.	<i>Datatilsynets vurdering</i>	40
4.4.2.	<i>Betraktninger</i>	41
4.5.	TIMEPLAN AS.....	42
4.5.1.	<i>Datatilsynets vurdering</i>	42
4.5.2.	<i>Betraktninger</i>	43
4.6.	KONKLUSJON FRA DOMMENE.....	44
5.	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER	45
5.1.	HVA ER ET GYLDIG SAMTYKKE?	45
5.2.	ER DET MULIG Å OPPNÅ GYLDIG SAMTYKKE I ET ARBEIDSFORHOLD?	47
5.3.	AVSLUTTENDE KOMMENTARER.....	48
6.	KILDEREGISTER	49

1. Innledning

1.1. Problemstilling, tema og aktualitet

I en stadig mer digitalisert verden oppstår flere og flere interesser i å behandle¹ personopplysninger² for ulike formål. En økt interesse i personopplysninger, skaper et behov for reguleringer som forhindrer inngrep og brudd på den private sfære.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 1950 art. 8 nr. 1 lyder slik: «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse». Dette gjør retten til personvern til en grunnleggende menneskerettighet. Retten til privatliv er likevel ikke absolutt og må balanseres mot andre hensyn som kan gjøre seg gjeldende.

En sentral del av privatlivet er autonomi. I dette ligger det at den registrerte³ skal ha kontroll over egne opplysninger, og har rett til å styre hvilke og hvordan vedkommendes opplysninger brukes, samt også om de skal behandles. Dette er utgangspunktet innen behandling av personopplysninger, hvor behandling som hovedregel er forbudt.

Dersom personopplysninger likevel skal behandles kreves det et rettslig behandlingsgrunnlag. Personvernforordningen⁴ art. 6 nr. 1 gir en uttømmende liste over lovlige behandlingsgrunnlag som kan gi den behandlingsansvarlige⁵ rett til å behandle personopplysninger til unntak fra forbudet. Behandlingen kan være lovlig dersom opplysningene er nødvendige for den behandlingsansvarlige å behandle av ulike grunner.⁶ For opplysninger som ikke er nødvendige

¹ Definisjon av *behandling* under punkt 2.2.

² Definisjon av *personopplysninger* under punkt 2.2.

³ Se forklaring *den registrerte* under punkt 2.2.

⁴ Europaparlamentets- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27.april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (GDPR)

⁵ *Behandlingsansvarlig* er definert under punkt 2.2.

⁶ Behandlingsgrunnlagene etter art. 6 nr. 1 bokstav b) til f) stiller krav til at behandlingen må være nødvendig.

for den behandlingsansvarlige å behandle, gjelder et sjette alternativ; behandlingen kan ha grunnlag i samtykke fra den registrerte.

Samtykke vil nok for mange ved første øyekast anses å være det tryggeste, best egnede behandlingsgrunnlaget ettersom det bygger på den registrertes vilje til å la sine opplysninger behandles. Ved nærmere undersøkelser viser det seg derimot å være en rekke utfordringer knyttet til samtykke som behandlingsgrunnlag.

Hva er et gyldig samtykke og er det mulig å oppnå et gyldig samtykke i et arbeidsforhold?

Denne problemstillingen vil være gjenstand for den videre fremstillingen. Gyldigheten av et samtykke avhenger av at en rekke vilkår er oppfylt, som samlet sikrer at samtykket innebærer et frivillig valg. Den behandlingsansvarlige pålegges et ansvar for å sikre at frivilligheten er i behold ved innhenting av et samtykke.

Frivilligheten ved samtykket settes særlig på spissen når det kommer til bruk av samtykke som behandlingsgrunnlag for opplysninger om ansatte. Hvorvidt det kan foreligge et reelt valg under det maktforhold som arbeidsforholdet utgjør, er blitt problematisert både i regelverket og de tilknyttede retningslinjer, og byr på interessante problemstillinger som skal vurderes nærmere i denne fremstillingen.

1.2. Metode og rettskilder?

1.2.1. EU-rettslig metode

Oppgaven benytter en rettsdogmatisk metode for å analysere gjeldende rett når det kommer til hva som er et gyldig samtykke etter personvernforordningen, og de særlige begrensninger knyttet til frivilligheten av samtykke i et arbeidsforhold.

Tolkning av EU-rettslige bestemmelser skiller seg noe fra den nasjonale metoden for tolkning, på bakgrunn av sin særlige rekkevidde og mangfoldige språkversjoner. Det klare utgangspunkt

for tolkning av EU-rettslige bestemmelser er at den skal være selvstendig og ensartet, uavhengig av nasjonal begrepsbruk.⁷

Formålet med EU-regelverkene er å skape en harmonisering av regler på tvers av landegrensene, og det er derfor et behov for likhet ved tolkningen av bestemmelsene. EU-rettslig lovgivning inneholder derfor ofte egne definisjoner av begrep og uttrykk som skal gi veiledning for tolkningen. På grunn av sine 24 offisielle språkversjoner og enda flere rettskulturer kan tolkning av ordlyden i EU-rettslige kilder by på utfordringer og føre til ulike forståelser. Ved tolkning av EU-rettslige kilder må det derfor legges vekt på bestemmelsens kontekst og formål.⁸

1.2.2. Rettskilder

1.2.2.1. Personvernforordningen

Europaparlamentets- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27.april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (personvernforordningen, GDPR) ble besluttet innlemmet i EØS-avtalen⁹ ved beslutning nr. 154/2018 6.juli 2018. Norge har inkorporert forordningen i norsk lovverk, i tråd med forpliktelsen i EØS-avtalen art. 7 bokstav a), gjennom lov 15.juni 2018 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) § 1. Personvernforordningen er med det inntatt i norsk regelverk i sin helhet uten endringer.

Personvernforordningen er den primære rettskilden for tolkning av personvernspørsmål, og går etter EØS-avtalen foran norsk lov ved konflikt.¹⁰ Forordningen åpner enkelte steder for at

⁷ Det følger av EU-domstolens faste praksis omtalt i dom 18.oktober 2016 (GC), *Republik Griechenland v Grigorios Nikifordis*, C-135/15, ECLI:EU:C2016:774 (*Nikifordis*), avsnitt 28.

⁸ Uttalt blant annet i dom 15.desember 2016 (C6), *Alberto Jose Vieira de Azevedo and Others v CED Portugal Unipessoal, Lda and Instituto de Seguros de Protugal*, C-558/15, ECLI:EU:C:2016:957 (*Vieria de Azevedo*), avsnitt 19.

⁹ Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) er en avtale som knytter Norge og de andre EØS-landene til EUs indre marked. Formålet er å skape et felles regelverk med like rettigheter og plikter for næringsliv og borgere på tvers av landegrensene. Regjeringen.no, «Hva EØS-avtalen omfatter.»

¹⁰ Jf. personopplysningsloven § 2 fjerde ledd, jf. EØS-loven § 2.

medlemsstatene kan vedta nasjonale tilpasninger, så fremt det ikke er i strid med de hensyn, rettigheter og plikter som er fremgår gjennom forordningen.

Personvernforordningen består av både fortale og artikler. Det er bare artiklene i forordningen som utgjør en bindende rettskilde, mens fortalen gir en tolkningsveiledning for hvordan bestemmelsene skal forstås. Fortalen er ikke bindende, og kan dermed ikke underbygge en tolkning som avviker fra det som er fastsatt i artiklene. Selv om det som står i fortalen ikke er juridisk bindende, er det et tolkningsbidrag som må tillegges tung rettskildemessig vekt da den gir uttrykk for hva som er formålet og bakgrunnen for reguleringene.

1.2.2.2. Praksis fra EU-domstolen

Ved tolkning av personvernforordningen vil praksis fra EU-domstolene være en viktig rettskilde. EU-domstolen er det høyeste juridiske organ innen EU. Domstolens avgjørelser er ikke bindende for verken nasjonale domstoler eller for EU-domstolen selv, med unntak av tilfeller hvor domstolen gir svar på et forelagt spørsmål som da vil være bindende for den nasjonale domstolen i den aktuelle saken, men avgjørelsene anses å utgjøre tungtveiende rettskilder som det skal gode grunner til for å fravike.¹¹

EFTA-domstolen har samme funksjon overfor EØS-landene, men dens rådgivende avgjørelser er ikke bindende.¹² Det er i praksis ikke av stor betydning, da de nasjonale domstolene i stor grad vil innrette seg etter den uttalelse de har etterspurt.

Ettersom formålet med EØS-avtalen er å skape en harmonisering av regelverket på EU/EØS området, legger EFTA-domstolen i sine vurderinger stor vekt på rettspraksis fra EU-domstolen.¹³ Praksis fra EU-domstolen vil derfor være en sentral rettskilde også for EØS-landene, selv om avgjørelsene ikke er direkte bindende. Det tillegges derfor stor vekt på EU-

¹¹ Fredriksen og Mathisen (2018) «EØS-rett», side 315.

¹² Agreement between the EFTA States on the establishment of a surveillance authority and court of justice, with protocols 1-7, 2. mai 1994. (ODA-avtalen), art. 34.

¹³ Regjeringen.no, «Efta-domstolen».

domstolens avgjørelser når det kommer til tolkningsspørsmål knyttet til personvernforordningen.

For denne oppgavens er det ikke funnet noen uttalelser fra EU-domstolen knyttet til det aktuelle temaet og oppgaven har derfor måtte ta utgangspunkt i andre rettskilder for bidrag til analysen.

1.2.2.3. Praksis fra nasjonale tilsynsmyndigheter

Etter personvernforordningen art. 51 nr. 1 skal hvert medlemsland etablere en eller flere uavhengige tilsynsmyndigheter som skal sikre overholdelse av forordningens regler, ved å gjennomføre undersøkelser og beslutte korrigerende tiltak i tråd med den kompetanse gitt etter art. 58.

Det nasjonale tilsynsorgan for norske personvernsaker er Datatilsynet. Datatilsynet i første instans og Personvernemnda som klageinstans, forvalter og behandler klager knyttet til personvern hensyn og personvernforordningen.¹⁴

Slik nasjonal forvaltningspraksis kan overprøves av EU-domstolene, og er derfor ikke bindende utenfor landegrensene. Tilsynsmyndigheten har likevel en særlig kyndighet på området, og må tillegges en viss vekt i nasjonal sammenheng.

Jeg viser i oppgaven til flere avgjørelser fra andre lands nasjonale tilsynsmyndigheter. Som nevnt er ikke slike avgjørelser bindende utover det aktuelle landets grenser. I mangel på avgjørelser fra EU-domstolene og norske tilsynsmyndigheter på området har det for oppgavens del vær interessant å se på tolkningen av regelverket fra tilsynsmyndigheter fra andre land, selv om disse avgjørelsene ikke har særlig rettskildemessig vekt for norsk rett, for å illustrere hvordan den gjeldende rett har blitt tolket andre steder. Dette er gjort med forbehold om at EU-domstolen er den øverste instans, og kan ved senere anledning komme frem til andre konklusjoner enn det som fremgår av de aktuelle avgjørelsene.

¹⁴ Personopplysningsloven §§ 20 og 22.

1.2.2.4. Uttalelser fra Artikkel 29-gruppen og Personvernrådet

Det europeiske Personvernråd (Personvernrådet) er et uavhengig juridisk EU-organ som ble opprettet for å sikre ensartet anvendelse Personvernforordningens regelverk.¹⁵ Personvernrådet erstattet det tidligere rådgivende organ for EU-kommisjonen, den såkalte Artikkel 29-gruppen, i 2018 ved innføringen av personvernforordningen og opphevingen av det tidligere personverndirektivet av 1995.

Blant Personvernrådets oppgaver er det å «utstede retningslinjer, anbefalinger og beste praksis for å fremme en ensartet anvendelse».¹⁶ Disse uttalelsene og retningslinjene er ikke juridisk bindende, men ettersom Personvernrådets formål er å sikre en ensartet anvendelse av regelverket og deres kompetanse er direkte hjemlet i forordningen, må det legges til grunn at de har stor rettskildemessig vekt.¹⁷

Artikkel 29-gruppen opphørte ved opphevingen av personverndirektivet. Uttalelser fra denne gruppen er derfor som utgangspunkt ikke lenger relevante rettskilder. Ettersom personvernforordningen i stor grad bygger videre på det tidligere personverndirektivet, har Personvernrådet ved flere anledninger henvist til uttalelser fra Artikkel 29-gruppen som fremdeles gjør seg gjeldende som veiledning for tolkning av regelverket, og dermed må tillegges vekt. Ettersom det er Personvernrådet som gir sin tilslutning til uttalelsene fra Artikkel 29-gruppen, må den samme rettskildemessige vekt tilkomme disse uttalelsene som Personvernrådets egne uttalelser.

I denne oppgaven baserer analysen seg i stor grad på uttalelser og retningslinjer fra Personvernrådet og Artikkel 29-gruppen. Da det er lite praksis fra EU-domstolene som kan gi tolkningsveiledning, utgjør uttalelsene og retningslinjene den tyngst veiende rettskilden for hvordan forordningen skal forstås.

¹⁵ GDPR, art. 70, samt art. 68.

¹⁶ GDPR, art. 70 nr. 1 bokstav e) flg.

¹⁷ Dette ble uttalt i forarbeidene til den norske personopplysningsloven, ved gjennomføringen av den nye personvernforordningen. Prop.56 LS (2017-2018), side 168.

1.3. Fremstillingen videre

Oppgaven er inndelt i fem kapitler, hvorav det første kapittel utgjør innledningen.

Kapittel 2 vil gi en fremstilling av personvernforordningens virkeområde, samt en gjennomgang av sentrale begreper og prinsipper som vil være sentrale for analysen. Det gis en forklaring av begreper som er viktige for forståelsen av den videre drøftelsen, og prinsipper som utgjør grunnleggende retningslinjer for behandling av personopplysninger etter personvernforordningen.

I oppgavens *kapittel 3* redegjøres det for samtykke som behandlingsgrunnlag etter personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav a). Det gjøres en analyse av vilkårene for et gyldig samtykke som fremgår av definisjonen i art. 4 nr. 11 og kravene ved innhenting av et samtykke for følger av art. 7.

Oppgaven vil i *kapittel 4* se nærmere på problemstillingen knyttet til bruk av samtykke i arbeidsforhold. Her vil det gjennomgå en rekke avgjørelser hvor nasjonale tilsynsmyndigheter har tatt stilling til arbeidsgivers bruk av samtykke som behandlingsgrunnlag, og hvordan maktforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker setter begrensninger for frivilligheten av samtykket.

Kapittel 5 vil ta for seg noen avsluttende betraktninger knyttet til oppgavens problemstilling.

1.4. Avgrensning

Oppgaven vil ta for seg hva som utgjør et gyldig samtykke etter personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav a), og særlige begrensninger knyttet til bruk av samtykke som behandlingsgrunnlag i arbeidsforhold. Det vil derfor foretas en avgrensning mot de øvrige behandlingsgrunnlagene som følger av personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav b) til f), da det ikke vil være hensiktsmessig for denne fremstillingen.

Nasjonale regler for behandling av personopplysninger, utover det som følger av personvernforordningen vil det ikke tas stilling til. Det gjøres en avgrensning mot nasjonale reguleringer som arbeidslovgivning eller avtalerettslige regler som vil kunne få innvirkning på

lovligheten av behandlingen og gyldigheten av samtykke, knyttet til spørsmål om hvorvidt det foreligger et arbeidsforhold og gyldigheten av en avtale.

Det gjøres en avgrensning mot problemstillinger knyttet til personvernforordningens saklige og geografiske virkeområde. Det gis en innledende omtale av forordningen regler for virkeområde av hensyn til oppgavens logiske fremstilling. I den videre fremstillingen forutsettes det at vilkårene for anvendelse av forordningens reguleringer er innfridd.

Oppgaven vil også avgrenses mot spørsmål knyttet til den registrertes evne til å samtykke. Med det siktes det til spørsmål rundt gyldigheten av samtykke på bakgrunn av at den registrerte er mindreårig, av andre grunner ikke har kompetanse til å samtykke til behandling, samt spørsmål knyttet til representasjon. Oppgaven avgrenses med det mot personvernforordningen art. 8 om samtykke fra barn i forbindelse med informasjonssamfunnstjenester. Det forutsettes i den videre fremstilling av samtykkekompetanse foreligger.

Personvernforordningen stiller særlige krav til samtykke ved behandling av særlige kategorier av personopplysninger, såkalte sensitive opplysninger, jf. art. 9 nr. 1 bokstav a). Oppgaven vil fokusere på de generelle krav til samtykke som behandlingsgrunnlag, og vil derfor avgrenses mot spørsmål knyttet til samtykke for behandling av sensitive personopplysninger. Fremstillingen vil gjøre bruk av praksis som omhandler behandling av sensitive personopplysninger. Henvisningene til avgjørelsene viser derimot til drøftelser knyttet til de generelle vilkår for gyldigheten av samtykket, og er ikke ment å belyse problemstillinger knyttet til sensitive opplysninger.

Behandlingsansvarliges plikter utover det som handler om innhenting av samtykke, vil ikke bli behandlet i oppgaven. Den behandlingsansvarlige har en rekke plikter knyttet til risikovurdering og sikkerhet rundt innhenting og lagring av personopplysninger. Dette er et omfattende tema, og vil bevege seg utenfor de rammene som oppstilles av oppgavens problemstilling.

2. Personvernforordningen

2.1. Saklig og geografisk virkeområde

Personvernforordningen er inkorporert som norsk rett gjennom personopplysningsloven § 1.

Personvernforordningens regler får anvendelse ved «behandling av personopplysninger».¹⁸ Det gjelder både for «helt eller delvis automatisert behandling», og ikke-automatisert behandling som «inngår eller skal inngå i et register». Forordningens saklige virkeområde utelukker dermed behandling av andre opplysninger enn personopplysninger.

Videre har forordningens regler også geografisk avgrensning. Forordningen kommer først til anvendelse når behandlingen av personopplysninger utføres «i forbindelse med aktivitetene ved virksomheten til en behandlingsansvarlig eller databehandler i Unionen».¹⁹ Dette gjelder uavhengig av om selve behandlingen finner sted i Unionen eller ikke. Forordningens reguleringer får dermed anvendelse på all behandling av personopplysninger, utført av en behandlingsansvarlig eller databehandler innenfor EU og EØS. Reguleringene er dermed ikke begrenset til personopplysninger knyttet til personer innad i EU, men gjelder også for opplysninger knyttet til personer utenfor unionen, gitt at behandlingen finner sted innenfor EUs geografiske område.

Personvernforordningens regler kan også få anvendelse for behandling utført av en behandlingsansvarlig eller databehandler som ikke er etablert i EU. Etter art. 3 nr. 2 får forordningen anvendelse på behandling av personopplysninger om «registrerte som befinner seg i Unionen» i tilfeller hvor behandlingen knytter seg til «a) tilbud av varer eller tjenester til slike registrerte i Unionen, uavhengig av om det kreves betaling fra den registrerte eller ikke», eller dersom behandlingen er knyttet til «b) monitorering av [registrertes] atferd, i den grad deres atferd finner sted i Unionen».

¹⁸ GDPR, art. 2 nr. 2.

¹⁹ GDPR, art. 3 nr. 1.

Enhver behandling av personopplysninger utført innenfor ett av EUs medlemsland, eller personopplysninger knyttet til en registrert som befinner seg innenfor EU, må være i samsvar med de regler som fremsettes av forordningen for å være lovlig.

2.2. Begreper

Personvernforordningen opererer med en rekke sentrale begreper, som defineres i art 4. Et utvalg av disse sentrale begrepene, som vil være grunnleggende for den videre fremstillingen, er begreper som *behandling*, *personopplysninger*, *registrerte*, *behandlingsansvarlig* og *databehandler*.

Hva det vil si å *behandle* personopplysninger er definert i art. 4 nr. 2 som «enhver operasjon eller rekke av operasjoner som gjøres med personopplysninger». Som eksempler er det listet blant annet innsamling, registrering, lagring, tilpasning eller endring, bruk, osv. Begrepet er derfor tenkt en meget vid rekkevidde, ment å omfatte enhver form for aktivitet utført med opplysningene.

Personvernforordningen gjelder, som nevnt under forordningens virkeområde, bare ved behandling av *personopplysninger*. Etter art. 4 nr. 1 er personopplysninger definert som «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person». En slik identifiserbar person omtales som «den registrerte». Opplysninger som er anonyme eller som ikke direkte eller indirekte kan lede til identifiseringen av en person, vil ikke falle inn under begrepet *personopplysninger* og dermed ikke være underlagt forordningens vern.²⁰ Hensynet bak det kan tenkes å være at opplysninger som ikke kan knyttet til en bestemt person, ikke har det samme behov for vern mot misbruk da det ikke vil være et inngrep i privatlivet til vedkommende på samme måte. Det må likevel nevnes at slike anonymiserte opplysninger også kan tenkes å misbrukes og ha negative konsekvenser for den enkelte, eksempel ved å bidra til statistikk som kan sette en gitt gruppe mennesker i dårligere lys i eksempelvis en ansettelsessituasjon.

²⁰ GDPR, art. 2 nr. 1.

Den som utfører behandlingen av personopplysninger, er omtalt som en *databehandler*. Databehandler er definert i forordningen som den som «behandler personopplysninger på vegne av den behandlingsansvarlige».²¹ Dette kan være både fysiske personer, juridiske personer, offentlig myndigheter eller andre institusjoner eller organer.²² Enhver kan være en databehandler, da det sentrale er at det foretas en behandling *på vegne av* en behandlingsansvarlig. Begrepet *behandlingsansvarlig* er definert som den som «alene eller sammen med andre bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke midler som skal benyttes».²³ Den behandlingsansvarlige er ansvarlig for at behandlingen av opplysningene har et lovlig behandlingsgrunnlag og er i tråd med retningslinjene og prinsippene som følger av regelverket. Selv om det kan være en databehandler som innhenter eller behandler opplysningene på vegne av en behandlingsansvarlig, vil det overordnede ansvaret og bevisbyrden for at behandlingen er i samsvar med regelverket ligge hos den behandlingsansvarlige. Databehandler og den behandlingsansvarlige kan være forskjellige aktører, eller det kan være samme aktør som er innehaver av begge rollene. Det sentrale er at det gjøres rede for hvem, gitt at det er snakk om flere aktører, som er innehaver av hvilken rolle, og dermed også hvilket ansvar og plikter som ligger hvor.

2.3. Prinsipper

GDPR bygger på en rekke prinsipper som er sentrale for tolkningen av forordningens bestemmelser. Disse prinsippene er listet opp i art. 5 nr. 1.

2.3.1. Prinsippet om lovlighet, rettferdighet og åpenhet

Behandling av personopplysninger må utføres i tråd med prinsippet om lovlighet, rettferdighet og åpenhet.²⁴ I dette ligger det en forutsetning om at behandlingen må ha et rettslig grunnlag

²¹ GDPR, art. 4 nr. 8.

²² GDPR, art. 4 nr. 8.

²³ GDPR, art. 4 nr. 7.

²⁴ GDPR, art. 5 nr. 1 bokstav a).

som legitimerer behandlingen. Det må være en behandling som er rettferdig i den forståelse at den registrerte skal gjøres kjent med hvilke risikoer som følger av behandlingen og at behandlingen utføres i samsvar med regelverket, slik at det ikke oppstår uforutsette negative konsekvenser for den registrerte.²⁵ I samspill med kravet om rettferdighet, skal behandlingen også være preget av åpenhet. Den registrerte skal informeres, forut for behandlingen, på en klar og forståelig måte om all relevant informasjon knyttet til behandlingen, slik at vedkommende har oversikt over hvilke regler, risikoer, sikkerhetstiltak og rettigheter som gjør seg gjeldende.²⁶ Informasjonen skal være tilgjengelig både før, under og etter behandlingen.

2.3.2. Prinsippet om formålsbegrensning

Det gjelder også et prinsipp om formålsbegrensning ved behandling.²⁷ Behandling av personopplysninger skal være begrenset til spesifikke formål for å sikre at behandling ikke gjennomføres vilkårlig, på bekostning av personvernet. Formålene må, i sammenheng med prinsippet om lovlighet, rettferdighet og åpenhet, være spesifikke, uttrykkelig angitt og berettiget. Et formål som er tilstrekkelig spesifisert og klart, gir en forsterket rettssikkerhet for den registrerte ved at vedkommende gis en riktig forutsetning for hva som kan forventes ved behandlingen. Et formål som ikke innfrir disse vilkår, vil medføre at behandlingen er rettstridig. Det følger av prinsippet at all behandling må være forenelig med de formål opplysningene ble innhentet for. Ved behandling for formål som ikke er forenelig med det opprinnelige formål, kreves det et eget behandlingsgrunnlag for at behandlingen skal være i tråd med hensynet til en lovlig behandling etter art. 5 nr. 1 bokstav a).

²⁵ Council of Europe mfl. (2018) «*Handbook on European Data Protection Law*», side 118.

²⁶ Council of Europe mfl. (2018), side 120.

²⁷ GDPR, art. 5 nr. 1 bokstav b).

2.3.3. Prinsippet om dataminimering

Prinsippet om dataminimering innebærer at personopplysningene som innhentes skal være «adekvate, relevante og begrenset til det som er nødvendig».²⁸ I det ligger det at det ikke skal samles inn opplysninger som ikke er strengt nødvendige for å gjennomføre det aktuelle formål. Behandling av personopplysninger er et inngrep i privatlivet, og i tråd med den grunnleggende retten til privatliv etter EMK art. 8, bør det ikke gjøres større inngrep enn det som er strengt nødvendig.

2.3.4. Prinsippet om riktighet

I tillegg til at opplysningene som behandles må være begrenset til det nødvendige, må opplysningene også være korrekte og oppdaterte, i tråd med prinsippet om riktighet.²⁹ Det er behandlingsansvarliges ansvar å sikre at opplysningene som behandles til enhver tid er riktige og oppdaterte.³⁰ Uriktige opplysninger må rettes eller slettes.

2.3.5. Prinsippet om lagringsbegrensning

Personopplysninger skal etter prinsippet om lagringsbegrensning ikke lagres lengre enn nødvendig.³¹ Opplysningene kan lagres så lenge det er nødvendig for å innfri formålet de er innsamlet for. Når formålet ikke lenger er gjør seg gjeldende, er det ikke lenger et legitimt grunnlag for å behandle opplysningene. Opplysningene må da slettes eller anonymiseres. Dette har nær sammenheng med prinsippet om dataminimering, om at bare nødvendige opplysninger skal oppbevares. Som nevnt tidligere vil anonymisering av opplysningene som gjør at den registrerte ikke lenger er mulig å identifisere, medføre at opplysningene ikke er å anse som personopplysninger, og dermed ikke være omfattet av forordningens regler om lagringsbegrensning.

²⁸ GDPR, art. 5 nr. 1 bokstav c).

²⁹ GDPR, art. 5 nr. 1 bokstav d).

³⁰ GDPR, art. 5 nr. 2.

³¹ GDPR, art. 5 nr. 1 bokstav e).

2.3.6. Prinsippet om integritet og konfidensialitet

Prinsippet om integritet og konfidensialitet innebærer at personopplysninger skal behandles på en måte som sikrer tilstrekkelig vern for opplysningene.³² En lovlig behandling innebærer at egnede tiltak og metoder benyttes som beskytter mot uautorisert adgang eller andre skadelige konsekvenser for den registrerte.

3. Hva er et gyldig samtykke?

3.1. Samtykke som behandlingsgrunnlag etter art. 6 nr. 1 bokstav a

I tråd med prinsippet om lovlighet, rettferdighet og åpenhet, for at behandlingen av personopplysninger skal være lovlig må det foreligge et rettslig behandlingsgrunnlag. Personvernforordningen art. 6 nr. 1 lister opp seks alternative vilkår for når en behandling er legitim. Denne listen er uttømmende, og behandling utover det vil være ulovlig. De seks behandlingsgrunnlagene er alle likeverdige og like legitime. Det vil si at det ikke er et behandlingsgrunnlag som gjør behandlingen mer lovlig enn et annet. De ulike grunnlagene vil derimot ha ulik egnethet avhengig av den aktuelle situasjonen.

Behandling av personopplysninger vil etter art. 6 nr. 1 bokstav a) være lovlig dersom «den registrerte har samtykket til behandlingen av sine personopplysninger for ett eller flere spesifikke formål». Dette er det eneste alternativet blant behandlingsgrunnlagene som forutsetter den registrertes vilje til å la sine personopplysninger bli behandlet, og skiller seg derfor fra de andre behandlingsgrunnlagene. En behandling basert på samtykke styrker dermed den registrertes autonomi over sitt privatliv og personopplysninger.

Ettersom behandling på grunnlag av samtykke baserer seg på den registrertes vilje, stilles det strenge krav for å sikre at denne viljen er i behold. Forordningen art. 4 nr. 11 definerer hva som utgjør et gyldig samtykke, mens art. 7 oppstiller vilkår for hva som er en gyldig innhenting av

³² GDPR, art. 5 nr. 1 bokstav f).

Samtykket. Disse bestemmelsene må derfor ses i sammenheng for å forstå hva som innebærer et gyldig samtykke. Behandling basert på den registrertes selvbestemmelsesrett kan by på ekstra utfordringer for den behandlingsansvarlige knyttet til dens ansvar og plikter overfor den registrerte, ettersom den behandlingsansvarlige konstant må forsøke å etterkomme den registrertes interesser og ønsker.

Som vi skal se på videre er frivillighet en sentral del ved samtykket, herunder retten til å trekke samtykket tilbake. Ansvar for å sikre at det foreligger et frivillig samtykke, har vist seg å være gjenstand for en rekke begrensninger. Samtidig innebærer retten til å trekke samtykket tilbake, lite forutsigbarhet for den behandlingsansvarlige. En behandling på grunnlag av samtykke krever derfor at den behandlingsansvarlige gjennomfører en omfattende vurdering for å sikre at samtykket oppfyller de krav som stilles, og er egnet til å sikre en lovlig behandling.

3.2. Art. 4 nr. 11 – definisjon av samtykke

Samtykke er definert som «enhver frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljesytring fra den registrerte der vedkommende ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke til behandling av personopplysninger som gjelder vedkommende».³³ Dette er fire kumulative vilkår som å være innfridd for at samtykket skal anses som gyldig. Det er ikke tilstrekkelig at den registrerte har samtykket til behandlingen, det foreligger også et ansvar for å sikre at vedkommende er gjort kjent med hva det innebærer å samtykke til behandlingen, samt at vedkommende er blitt forelagt et reelt valg. Det følger av kravet til et informert samtykke etter art. 7 nr. 2.

3.2.1. Frivillig

For at samtykket skal være gyldig må det per definisjon være gitt frivillig. Det er naturlig forutsetning ettersom behandling på grunnlag av samtykke baserer seg på at den registrerte er villig til å la sine opplysninger bli behandlet. I forordningens fortale som gir retningslinjer for

³³ GDPR, art. 4 nr. 11.

tolkningen av bestemmelsene, fremgår det av fortalepunkt 42 at et samtykke ikke er å anse som frivillig dersom «den registrerte ikke har en reell valgfrihet, eller ikke er i stand til å nekte å gi eller trekke tilbake samtykke uten at det er til skade for vedkommende». I et slikt tilfelle vil det ikke foreligge et reelt samtykke, og behandlingen vil være rettsstridig. Det viser til to momenter ved frivillighetsvilkåret. Det ene er at det må være en reell frivillighet hvor den registrerte ikke risikerer negative konsekvenser dersom vedkommende velger å ikke samtykke til behandlingen. Det andre er at den registrerte skal ha mulighet til å trekke tilbake samtykket når som helst uten konsekvenser.³⁴

Et samtykke vil ikke være frivillig dersom det vil medføre skade å ikke samtykke. I retningslinjer utgitt av Det europeiske Personvernråd (EDPB) for tolkningsveiledning vedrørende samtykke, ble eksempler på skade blant annet omtalt som «vildledning, intimidering, tvang eller væsentlige negative konsekvenser».³⁵ I slike situasjoner vil den registrerte være presset til å samtykke i frykt for de negative konsekvensene, fremfor å samtykke fordi vedkommende ønsker sine opplysninger behandlet. Ikke alle konsekvenser vil medføre at det ikke foreligger et valg, gitt at konsekvensen er liten nok til å ikke påvirke det frie valg.³⁶ Konsekvenser som for eksempel gir den registrerte en annen brukeropplevelse som er mindre persontilpasset, kan ikke anses som en konsekvens som har nok innvirkning på valget. Dersom den registrerte ikke kan benytte seg av tjenesten uten å samtykke til behandling, vil det være en negativ konsekvens som skaper en presset situasjon. Det sentrale synes å være at det foreligger et insentiv som presser den registrerte til å samtykke, og fjerner realiteten om et fritt valg.

For vurderingen av om den registrerte er forelagt et reelt valg ved innhenting av samtykket, er det også relevant å ta stilling til om den registrerte er blitt informert om sin rett til å trekke tilbake samtykket ved et senere tidspunkt. Dette er et av vilkårene som fremgår av art. 7 for hva

³⁴ GDPR, fortalepunkt 42, samt art. 7 nr. 3.

³⁵ Det europeiske Personvernrådet (EDPB, Personvernrådet), «Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679», 4.mai 2020 (versjon 1.1), avsnitt 47.

³⁶ Council of Europe mfl. (2018), side 145.

som er å anse som en gyldig innhenting av samtykke, og vil gjennomgå nærmere under punkt 3.3.3.

En rekke forhold kan sette begrensninger for valgfriheten ved samtykket. I retningslinjene fra Personvernrådet er det særlig nevnt tilfeller hvor en tjeneste eller ytelse er betinget av samtykket, hvor flere behandlingsformål er knyttet opp mot et felles samtykke, og tilfeller hvor det foreligger et ujevnt maktforhold mellom den behandlingsansvarlige og den registrerte.³⁷

3.2.1.1. Betinget

Dersom leveringen av en tjeneste eller ytelse er betinget av at den registrerte samtykker til behandling av personopplysninger som ikke er nødvendige for oppfyllelsen av avtalen, kan det ikke sies å foreligge et reelt valg. Det fremgår av forordningen art. 7 nr. 4, samt fortalepunkt 43 siste punktum. Dersom opplysningene er nødvendige for å oppfylle avtalen, vil det ikke være passende å behandle dem på grunnlag av samtykke fordi det ikke er av betydning hvorvidt den registrerte er enig i behandlingen eller ikke. For slike opplysninger må den behandlingsansvarlige benytte et annet behandlingsgrunnlag. Et slikt betinget samtykke vil gi den registrerte inntrykk av et valg som i realiteten ikke eksisterer. Det vil gi et misvisende inntrykk av at den registrerte har kontroll over sine opplysninger, og være i strid med de hensyn til åpen og rettferdig behandling som forordningen bygger på.

Til illustrasjon ble selskapet bak datingappen Grindr i 2021 bøtelagt av Datatilsynet for å være i strid med personvernforordningen, ved å behandle personopplysninger om deres brukere på uriktig grunnlag.³⁸ Et av forholdene som ble kritisert var at selskapet innhentet samtykke fra brukerne ved at de måtte samtykke til personvernerklæringen i sin helhet for å kunne benytte seg av appen. Det innebar at brukerne ikke kunne nekte å samtykke til behandlingen dersom de

³⁷ Retningslinjer 5/2020, avsnitt 16-24.

³⁸ Datatilsynet Norge (2021) Grindr. Saken er videresendt til Personvernemnda for videre klagebehandling, men det foreligger ikke avgjørelse på det skrivende tidspunkt. Datatilsynet (2022) Grindr.

ønsket å bruke appen, og var dermed presset til å samtykke. Dette var et klart fravær av frivillighet, og i strid med reglene for et gyldig samtykke.³⁹

Hensynet bak å skille mellom de nødvendige opplysningene og opplysninger som kan behandles på bakgrunn av samtykke er å sikre at behandlingsansvarlige opererer i tråd med prinsippet om dataminimering og å verne om den registrertes rett til kontroll over egne personopplysninger.

3.2.1.2. Flere formål

Som det fremgår av definisjonen av et samtykke, og som vil bli utdypet i punkt 3.2.2, skal samtykket være gitt for et eller flere spesifikke formål. Det er ingenting i veien for å utføre flere behandlinger for flere formål. Gyldigheten av samtykket vil derimot påvirkes dersom flere formål knyttes sammen ved et felles samtykke. Ved innhenting av samtykke til behandling for flere formål, må den registrertes valgfrihet fremdeles være i behold. Behandlingsansvarlig må gjøre det mulig for den registrerte å velge mellom hvilke formål vedkommende ønsker eller ikke ønsker å samtykke til. En sammenknytning av flere formål til ett samtykke vil være i strid med det grunnleggende prinsippet om formålsbegrensning som skal sikre at innhenting av opplysninger ikke gjøres vilkårlig. Ved å frata den registrerte muligheten til å godkjenne hvert enkelt formål åpnes det opp for en mer omfattende behandling enn det som nødvendigvis vil være i den registrertes interesse, og er ikke et ønskelig tilfelle. Forutsetningen for behandling med grunnlag i samtykke er at den registrerte skal ha kontroll over hvorvidt opplysninger som ikke er direkte nødvendige for den behandlingsansvarlige behandles. Innhenting av et samtykke for flere formål, vil frata den registrerte denne kontrollen, og vil derfor begrense den registrertes mulighet for å velge hvordan opplysningene behandles.

I avgjørelsen i saken FysioDanmark, som beskrives nærmere i kapittel 4, uttalte det danske datatilsynet at dersom selskapet ønsket å samle inn personopplysninger om kunder gjennom

³⁹ I denne saken var snakk om opplysninger som kunne knyttes til seksuell legning, som er å anse som sensitive opplysninger som har et særlig vern under personvernforordningen. Behandling av slike opplysninger er forbudt med mindre ett av vilkårene i art. 9 nr. 2 er innfridd, noe som ikke var tilfellet da selskapet baserte behandlingen på et ugyldig samtykke.

ansiktsgjenkjenning til formål å føre adgangskontroll ved treningssenteret og samtidig innhente opplysninger om trafikken på treningssenteret til forretningsoptimering, måtte kunden gis mulighet til å gi samtykke til hver av behandlingene separat. De ulike formålene måtte separeres for å oppfylle kravet til et frivillig valg.

3.2.1.3. Maktubalanse

Etter fortalepunkt 43 anses ikke samtykket å være gitt frivillig dersom «det er en klar skjevhet mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige». Særlig er det pekt på tilfellet hvor den behandlingsansvarlige er en offentlig myndighet, da forholdene ofte tilsier at det er usannsynlig at samtykket er gitt frivillig. I retningslinjene fra Personvernrådet er det presisert at det ikke er forbudt for offentlige myndigheter å behandle opplysninger på grunnlag av samtykke, men at det er andre behandlingsgrunnlag som ofte er bedre egnet til denne type situasjoner.⁴⁰

Retningslinjene fremhever særlig også at det skjeve maktforholdet som foreligger i et arbeidsforhold kan begrense gyldigheten av samtykket, og viser til en tidligere uttalelse av Artikkel 29-gruppen fra 2017 for veiledning om databehandling på arbeidsplassen.⁴¹ Artikkel 29-gruppen uttalte om det tidligere databeskyttelsesdirektivet, som i stor grad er videreført i personvernforordningen, at det er feil at arbeidsgiver går ut fra at behandlingen er lovlig, fordi den ansatte har samtykket til den.⁴² Ved samtykke i slike tilfeller er det en «reel eller potensielt relevant risiko for, at den ansatte lider skade, hvis han eller hun avviser at give sit samtykke». Arbeidsplassen er preget av det avhengighetsforhold som foreligger mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, som anses å begrense arbeidstakers mulighet til å gi et frivillig samtykke. Sannsynligheten for at det ikke foreligger press eller tvang i en eller annen form i et slikt forhold er liten, da den ansatte er avhengig av arbeid og lønn, og det kan medføre en reell frykt for å miste jobben eller fremtidige muligheter dersom vedkommende ikke samtykker. På bakgrunn av det er det begrenset hvorvidt arbeidsgiver har mulighet til å behandle personopplysninger om ansatte på grunnlag av samtykke. Selv om artikkel 29-gruppen fraråder bruken av samtykke

⁴⁰ Retningslinjer 5/2020, avsnitt 17.

⁴¹ Artikkel 29-gruppen, «Udtalelse 2/2017 om databehandling på arbeidsplassen», 8.juni 2017, side 6.

⁴² Udtalelse 2/2017, side 7.

på arbeidsplassen, er det ikke ulovlig å basere behandlingen på samtykke. Det krever derimot sterke bevis for at det foreligger en reell valgfrihet, noe som kan være vanskelig å bevise i en slik situasjon. Bruk av samtykke på arbeidsplassen kan derfor bare brukes i eksepsjonelle omstendigheter.⁴³

Som et eksempel for et tilfelle hvor samtykke vil kunne være frivillig til tross for arbeidsforholdet viser retningslinjene til en situasjon hvor det skal filmes en reklamefilm på et kontor.⁴⁴ Dersom ansatte som oppholder seg på det aktuelle området, samtykker til å være med i bakgrunnen av filmen, ser Personvernrådet det som et frivillig samtykke, gitt at de som ikke ønsker å ta del i filmingen, kan flytte seg mens filmingen pågår uten noen negative konsekvenser.

Det er få andre konkrete eksempler fra retningslinjene og litteraturen på når et samtykke fra arbeidstaker kan være gyldig. Det kan ha bakgrunn i at Personvernrådet har presisert at det er en snever unntakssituasjon. I oppgavens kapittel 4 vil vi derfor se litt nærmere på praksis fra nasjonale tilsynsmyndigheter hvor det drøftes hvorvidt arbeidsforholdet begrenser frivilligheten av samtykke i de aktuelle sakene.

Personvernrådet og Artikkel 29-gruppen løfter særlig frem tilfeller hvor den behandlingsansvarlige er en offentlig myndighet eller arbeidsgiver, men viser til at også andre situasjoner hvor et slikt ujevnt maktforhold foreligger mellom den behandlingsansvarlige og den registrerte vil kunne sette begrensninger for muligheten til et gyldig samtykke.

3.2.2. Spesifikt

Samtykket må også være gitt for «ett eller flere spesifikke formål».⁴⁵ Dette må ses i sammenheng med prinsippet om formålsbegrensning som innebærer at enhver behandlingsaktivitet må knyttes til et spesifikt angitt formål. Dette skal sikre at behandlingen

⁴³ Retningslinjer 5/2020, avsnitt 22.

⁴⁴ Retningslinjer 5/2020, avsnitt 23.

⁴⁵ GDPR, art. 4 nr. 11.

begrenses til det som er lovlig og at den registrerte har full oversikt over hva behandlingen innebærer. Kravet til et spesifikt formål har nær sammenheng med kravet om informasjon.

Ved innhenting av samtykke til flere formål, kreves det samtykke til hvert formål.⁴⁶ I tråd med kravet om frivillighet må det være mulig for den registrerte å samtykke, eller ikke samtykke, til hvert enkelt formål. En gruppering av formål uten mulighet for den registrerte å velge bort formål, vil ikke gi den registrerte en reell valgfrihet, og vil dermed ikke være et gyldig samtykke.

3.2.3. Informert

For at samtykket skal være frivillig, må den registrerte være tilstrekkelig informert om hva det samtykkes til. Denne informasjonen må være tilgjengelig før samtykket gis.⁴⁷ Informasjonen må være i «forståelig og lett tilgjengelig form og formulert på et klart og enkelt språk som ikke bør inneholde urimelige vilkår».⁴⁸ Et minimumskrav av informasjon etter fortalen er den behandlingsansvarliges identitet og formål ved behandlingen. Den registrerte har en rett til å bli tilstrekkelig informert rundt behandlingen, og Personvernrådet uttalte derfor i sine retningslinjer at minimumskravet må forstås som informasjon om:

- i. Den dataansvarliges identitet
- ii. Formålet med hver enkelt behandlingsoperation, der indhentes samtykke til
- iii. Hvilke/hvilken type data, der blive indsamlet og anvendt
- iv. Retten til at trække samtykke tilbage
- v. Oplysninger om dataenes anvendelse til automatiske afgørelser, jf artikel 22, stk. 2, litra c), når dette er relevant
- vi. Eventuelle risici ved dataoverførsler som følge af manglende afgørelse om beskyttelsesniveauets tilstrækkelighed eller fornødne garantier, jf. artikel 46.⁴⁹

⁴⁶ GDPR, fortalepunkt 32.

⁴⁷ GDPR, art. 13 nr. 1

⁴⁸ GDPR, fortalepunkt 42.

⁴⁹ Retningslinjer 5/2020, avsnitt 64.

Den behandlingsansvarlige har en opplysningsplikt etter art. 13 og 14, for å sikre at den registrertes rett til informasjon er ivaretatt. Disse bestemmelsene lister en rekke krav til informasjonen som skal gis ved innhenting av opplysningene. I retningslinjene har Personvernrådet likevel uttalt at informasjonsplikten for et gyldig samtykke kan være oppfylt selv om ikke alle punktene i art. 13 og 14 er informert om ved innhenting av samtykket. Alle punktene må likevel informeres om på et annet vis tilgjengelig for den registrerte, for at samtykke skal anses for å være tilstrekkelig informert.⁵⁰

I retningslinjene til forordningen er det presisert at det med klart og enkelt språk siktes til at informasjonen skal utformes på en måte som er forståelig for det alminnelige folk.⁵¹ Informasjonen må derfor utformes med den aktuelle målgruppen i fokus. I tillegg skal informasjonen være lett tilgjengelig under hele behandlingen.

Kvaliteten på informasjonen som gis er sentralt for vurderingen av om den registrerte er innforstått med hva behandlingen innebærer og hva det samtykkes til. Vag informasjon, skjult i en omfattende tekst, på avansert språk, vil ikke tilfredsstillere kravene til et informert samtykke. Dette vil være i strid med det grunnleggende prinsippet om åpenhet, som krever en gjennomiktig behandling uten uforutsette risikoer for den registrerte. Den registrerte skal være informert på en slik måte at vedkommende kan ta et informert valg basert på hvilke konsekvenser behandlingen vil ha. I mangel på informasjon og gjennomiktighet rundt behandlingen, vil den registrerte ikke gis en riktig forventning til risiko og konsekvenser, og avgjørelsen vil da være gjort på uriktige forutsetninger. Et slikt valg kan ikke sies å være frivillig.

Det stilles ikke noe krav til hvilket format informasjonen som gis til den registrerte skal ha. Det innebærer at både muntlig, skriftlig eller annen form vil kunne tilfredsstillere kravet til informasjon. Det er likevel den behandlingsansvarliges ansvar å sikre at vedkommende er gitt den nødvendige informasjonen og har forstått hva behandlingen innebærer, samt å kunne bevise

⁵⁰ Retningslinjer 5/2020, avsnitt 72.

⁵¹ Retningslinjer 5/2020, avsnitt 67.

at informasjonskravet er oppfylt. Informasjonen må derfor gis på en måte som oppfyller ansvarskravet.

3.2.4. *Utvetydig*

Definisjonen av samtykke krever at det gis en «utvetydig viljesytring» i form av en «erklæring eller en tydelig bekreftelse».⁵² Det innebærer at den registrerte *aktivt* må uttrykke sin enighet til behandlingen på en slik måte at det ikke foreligger noen rimelig tvil om hvorvidt vedkommende har ønsket å samtykke. Det understrekes i fortalen hvor det presiseres at «[t]aushet, forhåndsavkryssede bokser eller inaktivitet» ikke bør utgjøre et samtykke.⁵³ Dette kan ses i sammenheng med den behandlingsansvarliges ansvar for å sikre at samtykket er frivillig og informert. Ved taushet, forhåndsavkryssede bokser eller inaktivitet, kan den behandlingsansvarlige ikke med sikkerhet si at den registrerte har forstått hva behandlingen innebærer, og har heller ikke gjort et aktivt valg om å samtykke. Det kan derfor være fravær av både informasjon og frivillighet ved en slik situasjon. Momentene i vurderingen av et gyldig samtykke må derfor ses i sammenheng med hverandre for å klarlegge om et gyldig samtykke foreligger.

Forbudet mot forhåndsavkryssede samtykke er blitt fastslått av EU-domstolen ved flere anledninger. I 2019 i saken ofte omtalt som Planet49-saken⁵⁴ slo EU-domstolen ned på bruk av forhåndsavkryssede felt ved innhenting av samtykke for plassering av informasjonskapsler på den registrertes terminalutstyr ved besøk på en nettside. Domstolen presiserte at det ikke utgjør et gyldig samtykke dersom den registrerte aktivt må fjerne avkryssingen for å nekte samtykke.

I Orange Romania⁵⁵ i 2020 bygget avgjørelsen videre på det som ble sagt i Planet49-saken, og slo fast at en kontrakt med klausul om at kunden samtykket til innsamling og lagring av

⁵² GDPR, art. 4 nr. 11.

⁵³ GDPR, fortalepunkt 32, tredje punktum.

⁵⁴ Dom 1.oktober 2019 (GC), *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände v Planet49 GmbH*, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801.

⁵⁵ Dom 11.november 2020 (GC), *Orange Romania SA v Autoritatea Nationala de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal*, C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901.

identitetspapirer, ikke kunne utgjøre et gyldig samtykke når klausulen var forhåndsavkrysset før kunden signerte kontrakten. Dersom den registrerte aktivt må ta forbehold om at den aktuelle klausulen om samtykke ikke skal gjelde, er det ikke å anse som frivillig.

3.2.5. Formelle krav

Det er ikke noe formkrav til hvordan samtykket avgis. Etter fortalen kan samtykket gis både skriftlig og muntlig, eller på annen måte, men det må som sagt være en aktiv handling.⁵⁶ Selv om det kan være muntlig er det den behandlingsansvarliges ansvar å kunne bevise at den registrerte har samtykket til behandlingen.⁵⁷ Ved muntlig samtykke, må den behandlingsansvarlige sørge for å gjøre opptak av, eller på annen måte sikre bevis for at samtykket er avgitt. Den ene formen er ikke mer lovlig enn den andre, men det må være mulig å bevise at samtykket er avgitt, og den behandlingsansvarlige må derfor sørge for å benytte et format som oppfyller dette kravet.

Det er videre et krav at samtykket skal være innhentet, før behandlingen av personopplysningene starter. Det er konsekvent uttrykt i Artikkel 29-gruppens uttalelser, og videreført av Personvernrådets retningslinjer.⁵⁸ Forordningen uttrykker ikke dette direkte, men en naturlig forståelse av det valg samtykket utgjør, tilsier at behandlingen ikke kan starte før samtykket foreligger. Dette har også støtte i formuleringen i art. 6 nr. 1 bokstav a) hvor behandlingen bare er lovlig når «den registrerte *har samtykket*» (min kursivering).

3.3. Art. 7 – vilkår for samtykke

GDPR stiller ikke bare krav til gyldigheten av selve samtykket, men også gyldigheten ved innhenting av samtykket. Vilkårene for innhenting av samtykke som behandlingsgrunnlag er listet opp i art. 7 i forordningen.

⁵⁶ GDPR, fortalepunkt 32, første punktum.

⁵⁷ GDPR, art. 7 nr. 1.

⁵⁸ Retningslinjer 5/2020, avsnitt 90.

3.3.1. Beviskrav

Ved bruk av samtykke som behandlingsgrunnlag skal den behandlingsansvarlige «kunne påvise at den registrerte har samtykket til behandlingen». Det følger av bestemmelsens første ledd. Det pålegges dermed et beviskrav på behandlingsansvarlig for at det faktisk foreligger samtykke. Det fremgår ingen formelle krav til beviset etter forordningen. Det er derfor opp til den behandlingsansvarlige å fastsette hvordan beviskravet på best mulig måte skal overholdes. Beviskravet foreligger så lenge behandlingsaktiviteten(e) står på, og den behandlingsansvarlige må sikre at bevisene oppbevares gjennom hele perioden. I tråd med prinsippet om lagringsbegrensning er det bare opplysninger som er strengt nødvendige for å oppfylle beviskravet som kan lagres lovlig. Lagringen er lovlig så lenge behandlingen foregår, og ved behandlingens opphør må opplysningene ikke lagres lengre enn det som er nødvendig for å oppfylle forpliktelsen om bevis.

Beviskravet innebærer å kunne påvise at samtykket er avgitt, men også å kunne påvise at den registrerte mottok den nødvendige informasjonen på innhentingstidspunktet og at den behandlingsansvarliges fremgangsmåte ved innhenting av samtykket var i tråd med regelverket for et gyldig samtykke.

Det er den behandlingsansvarliges ansvar å bevise at det ikke foreligger skadelig konsekvenser dersom den registrerte ikke samtykker eller trekker tilbake sitt samtykke, og ikke den registrerte som må påvise at et slikt skadepotensial foreligger. På den måten plasseres ansvaret for en lovlig behandling hos den behandlingsansvarlige, som er i tråd med hensynet bak forordningen som er å beskytte den registrertes rett til privatliv.

3.3.2. Selvstendig anmodning

Når samtykke gis i forbindelse med en skriftlig erklæring som også gjelder andre forhold, skal det tydelig kunne skilles mellom anmodningen om samtykke og de andre forhold.⁵⁹ Den

⁵⁹ GDPR, art. 7 nr. 2.

registrerte må gjøres klar over at samtykket er en separat anmodning som er frivillig og ikke har noen påvirkning på de andre forholdene. Anmodningen skal fremlegges på «et klart og enkelt språk» i en «forståelig og lett tilgjengelig form». Dersom anmodningen knyttes opp mot andre forhold vil det kunne medføre begrensninger på den registrertes valgfrihet, slik som nevnt under punkt 3.2.1.1.

3.3.3. Rett til å trekke tilbake samtykket

Et vilkår ved samtykke som behandlingsgrunnlag er at det også skal være mulig å «trekke tilbake[...] samtykket til enhver tid».⁶⁰ Dette er tett knyttet opp mot kravet om at samtykket skal være frivillig å gi. For at samtykket skal være frivillig må det dermed også være mulighet for å ombestemme seg, og trekke tilbake samtykket. Den behandlingsansvarlige har ansvar for å sikre at den registrerte til enhver tid kan trekke sitt samtykke tilbake.

Tilbakekall av samtykket påvirker ikke lovligheten av den behandlingen som allerede har funnet sted. Denne behandlingen har vært forankret i et lovlig rettsgrunnlag. Tilbakekallet stopper derimot fremtidig behandling med samtykket som behandlingsgrunnlag. Behandling etter dette tidspunkt vil kreve et nytt behandlingsgrunnlag og en ny informasjonsprosess, ellers vil behandlingen være ulovlig.

I tråd med retten til informasjon, skal den registrerte informeres før samtykket gis, om retten til å trekke samtykket tilbake på et senere tidspunkt. Dette er også i tråd med kravet om at samtykket skal være informert.⁶¹

Det er også et viktig poeng at samtykket skal være like enkelt å trekke tilbake som det er å gi samtykket i utgangspunktet.⁶² Begrunnelsen for det må følge av at samtykket skal være frivillig. Tilbakekall av samtykket trenger ikke å gjøres på samme måte som da samtykket ble avgitt. Kravet om at det skal være like lett å trekke det tilbake hindrer likevel behandlingsansvarlige fra å lage vanskelige ordninger som de registrerte ikke klarer eller ikke orker å gjennomføre,

⁶⁰ GDPR, art. 7 nr. 3.

⁶¹ GDPR, art. 4 nr. 11.

⁶² GDPR, art. 7 nr. 3, siste punktum.

og dermed forlenge sin lovlige behandlingsperiode. Dersom det gjøres unødvendig vanskelig å trekke tilbake samtykket, setter det begrensninger for hvor frivillig samtykket kan være til å begynne med.

Retten til å trekke samtykket tilbake kan gjøre behandlingen utfordrende for den behandlingsansvarlige, og er en av konsekvensene ved å anvende samtykke som behandlingsgrunnlag. Den registrerte har på ethvert tidspunkt rett til å stanse behandlingen etter eget ønske. Det medfører at den behandlingsansvarliges aktiviteter er gjenstand for lite forutsigbarhet. Dette har nok en sammenheng med at opplysningene som behandles etter samtykke er opplysninger som ikke er nødvendige å behandle, men som den behandlingsansvarlige har en interesse i å behandle. Som en sikkerhetsgaranti for at den registrerte fremdeles har kontroll over sine opplysninger, eksisterer retten til tilbakekall som en opprettholder av frivilligheten.

3.3.4. Frivillig

Et gyldig samtykke må som nevnt flere ganger være frivillig. En del av den frivilligheten ligger i at samtykket ikke knyttes til andre ting, men er en selvstendig erklæring. Det innebærer at den behandlingsansvarlige ved innhenting av samtykke, må ha gått frem på en måte som sikrer den registrerte et reelt valg. Ved vurderingen av om innhenting av samtykket har vært i tråd med kravet om frivillighet, skal det tas stilling til om «oppfyllelsen av en avtale, herunder om yting av en tjeneste, er gjort betinget av samtykke til behandling av personopplysninger som ikke er nødvendige for å oppfylle nevnte avtale».⁶³ Som omtalt under punkt 3.2.1.1. vil et slikt betinget samtykke sette begrensninger for frivilligheten av samtykke, og kunne medføre at samtykke er ugyldig. Den behandlingsansvarlige plikter derfor etter denne bestemmelsen å sørge for at samtykket som er innhentet er gjenstand for en reell frivillighet og ikke er en betingelse knyttet til ytelsen.

⁶³ GDPR, art. 7 nr. 4.

3.3.5. Varigheten av samtykket

Hvor lenge et samtykke er gyldig er ikke fastsatt noe sted i personvernforordningen. I retningslinjene fra Personvernrådet er det uttalt at varigheten vil avhenge av «sammenhengen, omfanget af det oprindelige samtykke og den registreredes forventninger», med en anbefaling om å fornye samtykket jevnlig for å sikre at den registrertes interesser ivaretas og er informert.⁶⁴ Det må derfor foretas en vurdering for hvert enkelt tilfelle for hva som er en rimelig varighet i tråd med den registrertes forventninger.

4. Behandling av personopplysninger om ansatte basert på samtykke

Arbeidsgiver kan ha interesse i å behandle en rekke personopplysninger, men for de fleste behandlinger må det være grunnlag i et annet behandlingsgrunnlag enn samtykke. Det er tilsynelatende få saker som har vært oppe til behandling hvor arbeidsgiver har behandlet personopplysninger på grunnlag av samtykke fra den ansatte. Det kan ha en sammenheng med Personvernrådet og Artikkel 29-gruppen sin kritiske holdning til å bruke samtykke som grunnlag i slike forhold. Dette ser ut til å ha skapt et skifte i behandlingsrutiner, ikke bare hos arbeidsgivere, men hos behandlingsansvarlige generelt. Det som før ble ansett som den sikreste løsningen for å ivareta personvernet, å få den registrerte til å samtykke til behandlingen, er i dag bare å anse som en løsning dersom andre grunnlag ikke kan anvendes.

Når det kommer til bruk av samtykke som behandlingsgrunnlag i arbeidsforhold, har Personvernrådet, innenfor de grenser som følger av personvernforordningen, nedlagt et nokså strengt forbehold. Det er likevel ikke nedlagt et forbud, ettersom det kan tenkes tilfeller hvor den registrertes frivillighet er i behold. Dette må likevel sies å bare være under eksepsjonelle omstendigheter.

I den videre fremstillingen i dette kapittelet vil jeg gjennomgå noen saker som har vært oppe til behandling hos nasjonale tilsynsmyndigheter i EU, hvor det er tatt stilling til hvorvidt

⁶⁴ Retningslinjer 5/2020, avsnitt 110-111.

arbeidsgivers bruk av samtykke til behandling av opplysninger om ansatte har utgjort et gyldig samtykke. Fremstillingen vil gi et innblikk i hvilke tilfeller arbeidsgiver har kunnet basere behandlingen på samtykke, og i hvilke tilfeller samtykke er funnet å være upassende. Det tas forbehold om at dette er praksis fra nasjonale tilsynsmyndigheter og dermed ikke har noen prejudikatsverdi for hvordan regelverket skal tolkes. Tilsynsmyndighetene har likevel sterk kompetanse på området og sakene gir en god illustrasjon på hvordan regelverket er blitt anvendt rundt om i EU, i mangel på praksis fra EU-domstolen selv.

4.1. Hospital Y

4.1.1. Datatilsynets vurdering

I november 2020 behandlet det belgiske datatilsynet en sak som gjaldt lovligheten av behandling av personopplysninger om ansatte.⁶⁵ Arbeidsgiver, Sykehus Y, hadde behandlet opplysninger om ansattes fagforeningsmedlemskap for å kunne gjennomføre en lønnstrekking hvor fagforeningsavgiften ble trukket fra lønnen før utbetaling, og på et senere tidspunkt overført til fagforeningen. Behandlingen ble gjort med grunnlag i samtykke fra den enkelte arbeidstaker, gjennom en skriftlig fullmakt.⁶⁶

Datatilsynet tok stilling til hvorvidt behandlingen hadde et lovlig grunnlag i art. 9 nr. 2 bokstav a), samt art. 6 nr. 1 bokstav a) når den baserte seg på et samtykke fra den ansatte og om arbeidsforholdet påvirket samtykkets gyldighet. Behandlingen av opplysninger knyttet til fagforeningsmedlemskap er å anse som en særlig kategori personopplysninger som nyter et særlig vern etter personvernforordningen.⁶⁷ Det er derfor krav om at samtykket er gitt «uttrykkelig».⁶⁸ Formålet ved denne fremstillingen er datatilsynets drøftelse knyttet til bruk av samtykke fra ansatte, og det vil av den grunn ikke gås nærmere inn på kravene rundt til et slikt

⁶⁵ Belgian Data Protection Authority, nr. 72/2020 9.november 2020, saksnummer: DOS-2018-02075.

⁶⁶ Belgian Data Protection Authority (2020), avsnitt 28.

⁶⁷ Belgian Data Protection Authority (2020), avsnitt 27 -29.

⁶⁸ GDPR, art. 9 nr. 2 bokstav a).

uttrykkelig samtykke, men fokuseres på hvordan gyldigheten av samtykket påvirkes av arbeidsforholdet.

Vurderingen tok utgangspunkt i definisjonen av et samtykke etter art. 4 nr. 11 om et *frivillig, spesifikt, informert og utvetydig* samtykke.

Av særlig interesse var spørsmålet knyttet til hvorvidt samtykket var å anse som frivillig ettersom det forelå et arbeidsforhold. Datatilsynet henviste til fortalepunkt 43, samt retningslinjene for samtykke⁶⁹ som utpekte en risiko for at maktubalansen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker kan svekke frivilligheten ved et samtykke, og at det derfor som utgangspunkt ikke er gyldig. Retningslinjene oppstiller som nevnt ikke er forbud mot bruk av samtykke ved behandling av personopplysninger om ansatte, men krever eksepsjonelle omstendigheter hvor det er sterke bevis for at det ikke foreligger press eller andre negative konsekvenser. Datatilsynet formulerte dette som at samtykket må være frivillig dersom den behandlingsansvarlige ikke får noen fordeler av behandlingen.⁷⁰

Ifølge undersøkelsene som ble fremlagt for datatilsynet, var det ingen holdepunkter for at sykehuset behandler opplysningene om fagforeningsmedlemskap for noe annet formål enn å gjøre trekk i lønnen og overføre avgiften til fagforeningen. Datatilsynet konkluderte dermed med at arbeidsgiver ikke hadde noen fordel eller interesser ved behandlingen, og at maktforholdet mellom sykehuset og de ansatte ikke var egnet til å svekke samtykket.⁷¹

Videre tok datatilsynet også stilling til kravene om samtykket var spesifikt, informert og utvetydig. På spørsmålet om samtykket var gitt for et spesifikt formål og ved en utvetydig viljeserklæring konkluderte datatilsynet bekreftende.⁷² Det ble påpekt at samtykke ble innhentet ved en individuell fullmakt fra den enkelte arbeidstaker, for den aktuelle behandlingsaktiviteten for et spesifikt formål, å bekrefte medlemskap for å gjennomføre lønnstrekkordningen.⁷³ De

⁶⁹ Artikkel 29-gruppen 'Guidelines on Consent under Regulation 2016/679' (wp259), erstattet av Personvernrådets 'Retningslinjer 5/2020'.

⁷⁰ Belgian Data Protection Authority (2020), avsnitt 32.

⁷¹ Belgian Data Protection Authority (2020), avsnitt 32.

⁷² Belgian Data Protection Authority (2020), avsnitt 33 og 37.

⁷³ Belgian Data Protection Authority (2020), avsnitt 33.

ansatte måtte også aktivt samtykke til behandlingen ved å underskrive fullmakten.⁷⁴ Datatilsynet anså det som tilfredsstillende for kravene til et spesifikt og utvetydig samtykke.

Samtykket i denne saken ble likevel funnet ugyldig på grunnlag av mangelfull informasjon i strid med art. 7 nr. 3, samt art. 4 nr. 11 om at et gyldig samtykke må være informert. Etter art. 7 nr. 3 må den behandlingsansvarlige informere den registrerte om retten til å trekke tilbake samtykket på tidspunktet for innhenting av samtykket. Denne informasjonen var fraværende på fullmakten, og datatilsynet konkluderte derfor med at samtykket ikke var gitt på en informert måte, og dermed ikke oppfylte kravene til et gyldig samtykke som grunnlag for unntaket etter art. 9 nr. 2 bokstav a).⁷⁵

4.1.2. Betrakninger

Samtykket ble i denne saken vurdert ugyldig på grunnlag av den manglende informasjonen rundt den registrertes rett til å trekke tilbake samtykket, som hindrer den registrerte fra å ta et informert valg og dermed begrenser den reelle valgfriheten. Saken gir likevel en illustrasjon for hvordan gyldigheten av samtykket ikke nødvendigvis påvirkes av at det foreligger en maktubalanse mellom den behandlingsansvarlige og den registrerte. Dersom kravet til informasjon hadde vært innfridd, var det tilsynelatende ingenting som skulle tilsi at samtykket ikke var å anse som frivillig. Som Personvernrådet og Artikkel 29-gruppen har uttalt vil maktfordelingen i arbeidsforhold i de aller fleste tilfeller ugyldiggjøre samtykket, da det bare unntaksvis kan sies å foreligge et reelt valg.⁷⁶ Selv om det er en snever unntaksregel, er det likevel en reell mulighet for at situasjoner hvor behandlingen har grunnlag i samtykke vil være lovlig. Som det belgiske datatilsynet viste i denne saken, kan det at arbeidsgiver ikke får noen fordel av behandlingen tilsi et slikt unntakstilfelle hvor maktforholdet mellom partene ikke får noen innvirkning på frivilligheten av samtykket og dermed er å anse som gyldig

⁷⁴ Belgian Data Protection Authority (2020), avsnitt 37.

⁷⁵ Belgian Data Protection Authority (2020), avsnitt 35-36.

⁷⁶ Retningslinjer 5/2020, avsnitt 22.

4.2. PWC

4.2.1. Datatilsynets vurdering

Selskapet Pricewaterhousecoopers business solutions SA (PWC) ble i 2019 bøtelagt av det greske datatilsynet for blant annet å behandle personopplysninger om sine ansatte på feil grunnlag.⁷⁷ PWC hadde krevd samtykke fra de ansatte for å behandle personopplysninger som var direkte knyttet til oppfyllelse av arbeidsavtaler, overholdelse av rettslige plikter og selskapets ønske om å sikre en smidig og effektiv drift.⁷⁸

Datatilsynet presiserte at behandling av personopplysninger bare er lovlig etter personvernforordningen, så lenge behandlingen er i overensstemmelse med de grunnleggende prinsippene oppstilt i art. 5 nr. 1.⁷⁹ I forlengelsen av dette uttalte datatilsynet at prinsippet om lovlig, rettferdig og åpen behandling etter art. 5 nr. 1 bokstav a) tilsier at bruken av samtykke som behandlingsgrunnlag etter art. 6 nr. 1 bokstav a) bare kan gjøres gjeldende der hvor ingen andre behandlingsgrunnlag kan anvendes. Dette av den grunn at et avslag på samtykke da vil hindre at behandlingen utføres på et annet grunnlag, som vil medføre at avslaget eller tilbakekallet av samtykket innebærer et absolutt forbud mot behandling.⁸⁰ Datatilsynet konkluderte med at behandlingen av de aktuelle personopplysningene ikke kunne gjennomføres på grunnlag av samtykke da opplysningene var nødvendige for selskapet å behandle og de ansatte dermed ikke hadde et valg.⁸¹ Det ga et uriktig og misvisende inntrykk av kontroll i strid med prinsippet om en gjennomsiktig behandling, når selskapet i realiteten behandlet opplysningene på et annet grunnlag enn samtykke.

På spørsmålet om hvorvidt samtykke kunne brukes som behandlingsgrunnlag for de ansattes personopplysninger, presiserte datatilsynet at samtykke fra registrerte i arbeidsforhold ikke kan anses å være frivillig på bakgrunn av den klare ubalansen mellom partene.⁸²

⁷⁷ Hellenic Data Protection Authority, no. 26/2019 (PWC)

⁷⁸ PWC (2019), avsnitt 8.

⁷⁹ PWC (2019), avsnitt 2.

⁸⁰ PWC (2019), avsnitt 6.

⁸¹ PWC (2019), avsnitt 8.

⁸² PWC (2019), avsnitt 7.

4.2.2. Betragtninger

I denne saken var samtykke ikke et egnet behandlingsgrunnlag, ettersom den registrerte ikke kunne nekte behandlingen. Den ansatte hadde derfor bare illusjonen av et valg, og ikke en reell valgfrihet. Dersom den ansatte hadde avstått fra å samtykke, ville selskapet behandlet personopplysningene likevel, da de var nødvendige for selskapets drift. Som datatilsynet presiserte innebærer en korrekt bruk av samtykke som behandlingsgrunnlag, at det å ikke samtykke fører til et absolutt forbud mot behandling.⁸³ Det var ikke tilfellet i denne saken, da behandlingen i realiteten ble gjort på andre behandlingsgrunnlag som ikke ble formidlet til den registrerte.

Ettersom samtykke ikke var egnet til å behandle de aktuelle opplysningene, og behandlingen i realiteten ikke ble gjort på grunnlag av samtykke, var det heller ikke behov for en vid vurdering av om forholdet var påvirket av maktubalansen. Forholdet ble likevel omtalt, da datatilsynet konstaterte at arbeidsforholdet medfører at samtykket ikke kan anses som frivillig på grunn av den klare ubalansen mellom partene. Med støtte i fortalepunkt 43 og retningslinjene⁸⁴ er hovedregelen at samtykket ikke er frivillig under slike forhold, og at det er unntaket som må begrunnes. Det kan forklare at datatilsynet la hovedregelen til grunn, uten videre drøftelse.

4.3. Skellefteå Kommune

4.3.1. Datatilsynets vurdering

I Sverige ble en offentlig skole i 2019 funnet å være i strid med personvernforordningen for å anvende biometriske opplysninger til ansiktsgjenkjenning for å registrere oppmøte blant elevene.⁸⁵ Det svenske datatilsynet fant den behandlingsansvarlige, Gymnasienämnden i Skellefteå kommune, i strid med personvernforordningen for å ha behandlet personopplysninger om elevene på grunnlag av et ugyldig samtykke.⁸⁶

⁸³ PWC (2019), avsnitt 6.

⁸⁴ Retningslinjer 5/2020, avsnitt 22 og Udtalelse 2/2017, side 7.

⁸⁵ Datainspektionen, 20. oktober 2019, DI-2019-2221.

⁸⁶ Datainspektionen (2019), side 2.

Som grunnlag for behandlingen innhentet skolen uttrykkelig samtykke⁸⁷ fra elever og foresatte, med mulighet for å avstå fra behandlingen. De som ikke samtykket til behandlingen ville få registrert oppmøte på vanlig vis, ved opprop i timen.⁸⁸ Datatilsynets vurdering var at elevene eller deres foresatte var tilstrekkelig informert om behandlingens formål, hvilken behandling som ville gjøres, samt informasjon om retten til å trekke tilbake samtykket på et senere tidspunkt. Kravet til et informert samtykke var derfor ivaretatt av den behandlingsansvarlige.

Datatilsynets kritikk ved behandlingen var derimot rettet mot frivilligheten av samtykket. Datatilsynet uttalte at det ikke var tilstrekkelig å bare gjøre en vurdering basert på den valgfrihet som forelå, men at det også var behov for å se det i sammenheng med forholdet mellom den behandlingsansvarlige og den registrerte.⁸⁹ Tilsynet fant at samtykket ikke kunne anses å være gitt frivillig på bakgrunn av det avhengighetsforhold som foreligger mellom skolen og eleven.⁹⁰ Skolen som en offentlig myndighet står i en særlig maktposisjon med henvisning til personvernforordningens fortalepunkt 43, noe som innebærer en usannsynlighet for at samtykket er gitt frivillig. Det ble pekt på at oppmøtere registrering er en offentligrettslig plikt som skolen har, og har vesentlig betydning for elevens karakterer og dermed også videre utdannings- og arbeidsmuligheter.⁹¹ Eleven står dermed i en så avhengig posisjon til skolen, at det vanskelig kan tenkes at forholdet ikke begrenser valgfriheten ved samtykket. Datatilsynet konkluderte med at samtykke ikke kunne utgjøre et lovlig behandlingsgrunnlag for denne typen behandling.⁹²

Datatilsynet påpekte også at bruken av biometriske opplysninger til ansiktsgjenkjenning via kameraovervåkning innhentet flere opplysninger enn det som var nødvendig for det formål å registrere oppmøte. Det medførte en behandling som var mer inngripende i privatlivet enn det

⁸⁷ Behandlingen innebar behandling av sensitive opplysninger som etter art. 9 nr. 2 er forbudt. Unntak fra dette forbudet krever grunnlag i «uttrykkelig samtykke» etter art. 9 nr. 2 bokstav a).

⁸⁸ Datainspektionen (2019), side 4.

⁸⁹ Datainspektionen (2019), side 5.

⁹⁰ Datainspektionen (2019), side 6.

⁹¹ Datainspektionen (2019), side 5.

⁹² Datainspektionen (2019), side 6.

som var nødvendig for å oppfylle forpliktelsene.⁹³ En slik situasjon er ikke ønskelig etter personvernforordningen da det gir den registrerte lite oversikt over hvilke opplysninger som innhentes og hvordan disse behandles. Det ble presisert at formålet kunne oppnås med andre tiltak enn behandlingen av biometriske data, og at behandlingen derfor var strid med prinsippet i art. 5 nr. 1 bokstav c) om dataminimering og fortalepunkt 39 som tilsier at behandlingen av personopplysninger bare bør gjennomføres dersom formålet ikke med rimelighet kan oppfylles på en annen måte.⁹⁴

4.3.2. Betrakninger

Saken gjaldt ikke et arbeidsforhold, men illustrerer hvordan et tilsvarende tilfelle ved bruk av ansiktsgjenkjenning på arbeidsplassen kan være ugyldig på grunn at det avhengighetsforhold som foreligger.

I denne saken ble samtykket kjent ugyldig som følge av at maktforholdet mellom skolen og eleven førte til at eleven ikke hadde en reell valgfrihet. Det til tross for at det forelå et alternativ for elevene som ikke ønsket å delta i ordningen, hvor oppmøte ble registrert på ordinært vis. Datatilsynet påpekte derimot at dette alternativet ikke var tilstrekkelig for å anses som frivillig, ettersom det avhengighetsforhold eleven står i når det kommer til registrering av oppmøte, i forhold til skolen, sannsynligvis skaper et press eller en frykt for negative konsekvenser dersom eleven ikke samtykker med tanke på hvor stor innvirkning oppmøte kan ha på fremtidige muligheter. Av den grunn kan det konstateres at det ikke var tilstrekkelig bevist at forelå en reell frivillighet.

Tilsvarende i en arbeidssituasjon kan det tenkes at registrering av arbeidstid ved bruk av ansiktsgjenkjenning med grunnlag i samtykke, kan skape en presset situasjon i relasjon til den ansattes rett til godtgjørelse for arbeid. Det var et lignende tilfellet i avgjørelsen fra det danske datatilsynet i *TimePlan AS* som blir drøftet i punkt 4.5.

⁹³ Datainspektionen (2019), side 12.

⁹⁴ Datainspektionen (2019), side 12.

4.4. FysioDanmark

4.4.1. Datatilsynets vurdering

I mars 2022 avgjorde det danske datatilsynet en sak som gjaldt bruk av biometriske opplysninger til ansiktsgjenkjenning av kunder og ansatte for adgangskontroll til treningssenteret til FysioDanmark Hillerød ApS.⁹⁵ Datatilsynet mottok informasjon om en planlagt innføring av det aktuelle systemet, og gjennomførte derfor nærmere undersøkelser og en vurdering av behandlingens lovlighet etter personvernforordningen.

Selskapet skulle behandle personopplysninger på grunnlag av samtykke innhentet fra kunder og ansatte på treningssenteret, med formål å kunne føre adgangskontroll via ansiktsgjenkjenning, istedenfor ved fysiske adgangskort og adgangskode. Selskapet presiserte at det var en frivillig ordning, hvor kunder og ansatte som ikke samtykket ville fortsette den ordinære ordningen med bruk av adgangskort og kode.

Datatilsynet fastslo at behandlingen gjaldt sensitive opplysninger og måtte derfor i tillegg til å ha et lovlig behandlingsgrunnlag etter personvernforordningen art. 6, også ha grunnlag i ett av unntakene for lovlig behandling av slike opplysninger etter art. 9 nr. 2.⁹⁶

Når det kom til behandlingen av kunders personopplysninger konkluderte datatilsynet med at uttrykkelig samtykke etter art. 9 nr. 2 bokstav a) var det mest passende grunnlaget for behandlingen, samt at erklæringen innfridde alle krav til et gyldig samtykke etter art. 7 og art. 4 nr. 11.⁹⁷

I vurderingen av hvorvidt de ansatte kunne samtykke til behandlingen fremhevet datatilsynet kravet til et frivillig samtykke. Det ble uttalt at det i et arbeidsforhold er det klare utgangspunkt at det normalt ikke foreligger frivillighet på bakgrunn av den skjevhet som foreligger mellom den registrerte, arbeidstaker, og den behandlingsansvarlige, arbeidsgiver. Datatilsynet påpekte

⁹⁵ Datatilsynet Danmark, 17.mars 2022, 2021-431-0145.

⁹⁶ Datatilsynet Danmark (2022), punkt 3.1, avsnitt 3 og 4.

⁹⁷ Datatilsynet Danmark (2022), punkt 3.2.1., avsnitt 7.

at et unntak fra dette utgangspunktet krever særlige omstendigheter, og hvorvidt slike omstendigheter foreligger krever en konkret vurdering i det aktuelle tilfellet.⁹⁸

Datatilsynet la i sin vurdering vekt på at de ansatte som ikke ønsket å benytte løsningen, kunne benytte løsningen med fysisk adgangskort og adgangskode.⁹⁹ Dette ble vurdert som et bevis på at det forelå en reell frivillighet. Det ble også lagt vekt på at det bare ble gjort en registrering av den ansatte i forbindelse med adgang til senteret, og ikke opplysninger knyttet til den ansattes ferdsel på senteret eller når den ansatte forlot arbeidsplassen.¹⁰⁰ Datatilsynet konkluderte derfor med at det ikke var grunnlag for å tilsidesette FysioDanmark sin vurdering av samtykke som behandlingsgrunnlag for personopplysninger om ansatte etter art. 9 nr. 2 bokstav a), jf. art 6. nr. 1 bokstav a.¹⁰¹

Datatilsynet kom også til den konklusjon at systemets kontinuerlige skanning av kunder og ansatte som ikke hadde samtykket til behandlingen trolig ville være i strid med personvernforordningen regler selv om det ikke fører til en match eller lagring, ettersom skanningen i seg selv utgjør en behandlingsaktivitet.¹⁰² Tilsynet anbefalte dermed en løsning hvor systemet må aktiveres av kunden eller ansatte for å foreta skanningen.

4.4.2. Betraktninger

Selv om utgangspunktet er at samtykke i arbeidsforhold ikke er å anse som frivillig, kom datatilsynet i denne saken frem til at den ansatte i denne situasjonen var blitt forelagt et reelt valg til tross for det avhengighetsforhold som foreligger. Selskapet kunne bevise at den ansatte ikke var presset til å samtykke til behandlingen eller var fare for negative konsekvenser ved å nekte å samtykke, ettersom den ansatte kunne benytte seg av den gamle løsningen med adgangskort og adgangskode for å få tilgang til senteret. Av betydning for avgjørelsen var det også at behandlingen var benyttet til registrering i forbindelse med adgang til treningssenteret,

⁹⁸ Datatilsynet Danmark (2022), punkt 3.3., avsnitt 7.

⁹⁹ Datatilsynet Danmark (2022), punkt 3.3., avsnitt 8.

¹⁰⁰ Datatilsynet Danmark (2022), punkt 3.3., avsnitt 9.

¹⁰¹ Datatilsynet Danmark (2022), punkt 3.3., avsnitt 10.

¹⁰² Datatilsynet Danmark (2022), punkt 3.4., avsnitt 5-6.

og ikke til sporing av den ansattes ferdsel. Sistnevnte er av Artikkel 29-gruppen særlig utpekt som et tilfelle hvor det er ytterst sannsynlig at det foreligger en reell eller potensiell risiko for skade dersom den ansatte avstår fra å samtykke, og innebærer dermed ikke frivillighet.¹⁰³

Konklusjonen må likevel ses i sammenheng med det forbehold datatilsynet tok knyttet til systemets kontinuerlige skanning av kunder og ansatte. Det må legges til grunn at behandlingen bare vil være lovlig, gitt at selskapet endrer systemet slik at de som ikke samtykker til behandlingen, ikke vil bli skannet. Foretas ikke en slik endring, vil valget om å ikke samtykke til behandlingen, ikke forhindre at vedkommendes biometriske opplysninger blir behandlet, og dermed ikke være et reelt valg. En slik behandling vil være uten lovlig behandlingsgrunnlag og være i strid med prinsippet om lovlig behandling etter art. 5 nr. 1 bokstav a).

4.5. TimePlan AS

4.5.1. Datatilsynets vurdering

Det danske datatilsynet gav i 2019 en veiledende uttalelse på en henvendelse fra en advokat som på vegne av en klient, TimePlan AS, ønsket en klarlegging på spørsmålet om behandling av personopplysninger om ansattes fingeravtrykk til registrering av arbeidstid, på grunnlag av art. 9 nr. 2 bokstav f)¹⁰⁴. Datatilsynet benyttet samtidig anledningen til å ta stilling til en eventuell behandling på grunnlag av art. 9 nr. 2 bokstav a) uttrykkelig samtykke.¹⁰⁵

Datatilsynet kom til den konklusjon at det ikke var grunnlag for å fravike forbudet mot behandling av biometriske opplysninger med grunnlag i art. 9 nr. 2 bokstav f), når behandlingen skjer som ledd i kontrollen av arbeidstakers arbeidstid, ettersom nødvendighetskravet ikke var oppfylt.¹⁰⁶

¹⁰³ Udtalelse 2/2017, side 7.

¹⁰⁴ «Behandlingen er nødvendig for å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare rettskrav eller når domstolene handler innenfor rammen av sin domsmyndighet».

¹⁰⁵ Datatilsynet Danmark, 29.mai 2019, 2018-211-0135.

¹⁰⁶ Datatilsynet Danmark (2019), punkt 3.3.

Datatilsynet benyttet derimot anledningen til å vurdere hvorvidt behandling av ansattes fingeravtrykk for å kontrollere arbeidstid kunne utføres med grunnlag i samtykke fra den ansatte, etter art. 9 nr. 2 bokstav a), jf. art. 6 nr. 1 bokstav a). Med henvisning til definisjonen av et gyldig samtykke i art. 4 nr. 11, presiserte datatilsynet at det er lovlig å behandle personopplysninger om ansatte på grunnlag av samtykke, men at den ansatte må ha et reelt og fritt valg og kontroll over behandlingen av sine personopplysninger.¹⁰⁷ Datatilsynet uttalte derimot at det på bakgrunn av det avhengighetsforhold som foreligger mellom en ansatt og arbeidsgiver, er tvilsomt at den ansatte kan nekte å samtykke til en slik behandling uten at det foreligger frykt eller en reell risiko for at det vil være til skade for vedkommende eller at vedkommende føler et visst press til å samtykke. På bakgrunn av det var det datatilsynets oppfatning at det ikke ville være lovlig å behandle ansattes fingeravtrykk i forbindelse med registrering av arbeidstid på grunnlag av den ansattes samtykke, da det som det klare utgangspunkt ikke kan anses å være gitt frivillig.¹⁰⁸

4.5.2. Betrakninger

Datatilsynet konkluderte i denne saken med at maktubalansen i arbeidsforholdet hadde en påvirkning på samtykkets frivillighet, og av den grunn ikke kunne anses som et egnet behandlingsgrunnlag. Avgjørelsen uttrykker ikke direkte hvorfor samtykke til behandling, til bruk for registrering av arbeidstid blir vurdert som ikke frivillig, men det kan forstås på den måten at det å registrere arbeidstid er så grunnleggende for arbeidsforholdet at det vanskelig kan tenkes at den ansatte ikke frykter konsekvenser eller føler seg presset til å samtykke til behandlingen. Den ansatte vil være avhengig av at arbeidstid registreres for blant annet å beregne godtgjørelse for det arbeidet som er lagt ned. Slike forhold kan sette et særlig press på en situasjon hvor den ansatte ikke ønsker å ta del i behandlingen.

¹⁰⁷ Datatilsynet Danmark (2019), punkt 3.4., avsnitt 6.

¹⁰⁸ Datatilsynet Danmark (2019), punkt 3.4., avsnitt 8.

4.6. Konklusjon fra dommene

Praksisen fra de omtalte tilsynsmyndighetene synes å gjenspeile den holdningen Personvernrådet og Artikkel 29-gruppen har gitt uttrykk for når det kommer til bruk av samtykke i arbeidsforhold; samtykket vil som hovedregel være preget av en begrenset frivillighet og ikke være egnet som behandlingsgrunnlag, men det er ikke et forbud ettersom det kan tenkes eksepsjonelle tilfeller hvor frivilligheten kan bevises å være intakt.

I tråd med hovedregelen ble samtykket i *PWC*, *Skellefteå kommune* og *Timeplan AS* funnet å være ugyldig på bakgrunn av den påvirkning arbeidsforholdet hadde på valgfriheten. I *Hospital Y* og *FysioDanmark* ble samtykket derimot etter unntaket vurdert å være et reelt valg, hvor maktforskjellen i arbeidsforholdet ikke påvirket gyldigheten. Basert på det knippe utvalget av praksis som er gjennomgått i denne fremstillingen synes en gjennomgående holdning å være at behandling for formål som inngår i den daglige driften og pliktene til arbeidsgiver ikke kan behandles på grunnlag av samtykke, da avhengigheten mellom arbeidsgiver og den ansatte knyttet til denne typen formål skaper en presset situasjon. Som det ble påpekt i *Skellefteå kommune* saken skapte det at behandlingens formål var å oppfylle en offentligrettslig plikt skolen hadde, en så sterk avhengighet til skolen at maktforholdet mellom partene måtte ha en påvirkning på frivilligheten.

For oppgaver som ikke er like grunnleggende for arbeidsforholdet, slik som i *Hospital Y* og *FysioDanmark*, kan det tyde på at tilsynsmyndighetene er mer aksepterende for bruken av samtykke, ettersom behandling ikke er knyttet til den ansattes rettigheter på samme måte. I disse sakene ble lønnstrekk av fagforeningskontingent og adgangskontroll ansett for å ikke være påvirket av maktforholdet. Trolig fordi det ikke nødvendigvis er oppgaver som arbeidsgiver plikter å utføre og gode alternative løsninger forelå som sikret den ansatte en reell valgfrihet.

Skille mellom bruken av samtykke fra ansatte til behandling for formål grunnleggende for arbeidsgivers plikter og for andre formål, kom særlig til uttrykk i sakene *Skellefteå kommune*, *FysioDanmark* og *TimePlan AS*. De tre sakene var tilsynelatende lignende saker, som alle omhandlet behandling av biometriske opplysninger om de ansatte, i form av ansiktsgjenkjenning eller fingeravtrykk, men fikk ulike utfall. Samtykket i *Skellefteå kommune* og *TimePlan AS* til behandling for formålene registrering av oppmøte og arbeidstid, ble funnet ugyldig, mens samtykket i *FysioDanmark* innfridde kravene til frivillighet. Det forelå

alternative løsninger til behandlingen i alle tre sakene, likevel var frivilligheten ikke tilstrekkelig ivaretatt i de to førstnevnte. Det tilsynelatende skille synes som nevnt å være hvorvidt formålet med behandlingen er å oppfylle arbeidsgivers plikter. Dette synes å samsvare med datatilsynets uttalelse i *Hospital Y*, om at frivilligheten ved samtykket har sammenheng med hvorvidt den behandlingsansvarlige har noen fordeler eller interesser ved behandlingen. Oppfyllelse av plikter vil klart utgjøre en slik fordel eller interesse, og har dermed også en innvirkning på valgfriheten for den ansatte.

5. Avsluttende betraktninger

Opplysninger knyttet til en fysisk person inngår i vedkommendes grunnleggende rett til privatliv og har derfor et behov får å bli beskyttet mot vilkårlig behandling. Personvernforordningen er et forsøk på å verne om den enkeltes privatliv, ved å regulere hvordan slike opplysninger lovlig kan behandles. Gjennomgående i regelverket er hensynet til en åpen og gjennomsiktig behandling som skal skape trygghet for den registrerte ved å sikre en informert behandling.

Behandling av personopplysninger er et inngrep i den registrertes privatliv og er derfor gjenstand for en rekke reguleringer og hensyn for å sikre en balanse mellom inngrepet og den registrertes grunnleggende rettigheter.

5.1. Hva er et gyldig samtykke?

Spørsmålet om hva som utgjør et gyldig samtykke er et utfordrende spørsmål, og beror på en sammensatt vurdering. Fremstillingen har vist at det at den registrerte har avgitt en erklæring ikke i seg selv grunnlag for et gyldig samtykke, men krever en mer omfattende vurdering. Personvernforordningen reiser en rekke krav til samtykket i seg selv og hvordan samtykket skal innhentes for å oppfylle de krav og hensyn som reguleringen oppstiller. Samtykket skal gi uttrykk for den registrertes vilje til å la sine opplysninger bli behandlet, og som drøftelsene i fremstillingen har utpekt må det derfor foreligge et reelt valg for å ivareta denne forutsetningen.

Et reelt valg krever en viljesytring som er *frivillig, spesifikk, informert* og *utvetydig*.¹⁰⁹ Kravene overlapper hverandre i stor grad, da kravene i sammenheng skaper det frivillige valget som samtykket skal utgjøre. Et valg vil ikke være reelt dersom den registrerte ikke har mulighet til å nekte behandling, *frivillig*, ikke har forståelse for hvilke formål behandlingen søker å oppfylle, *spesifikt*, ikke er informert om hva behandlingen vil innebære og hvordan behandlingen vil påvirke privatlivet, *informert*, eller ikke er klar over at vedkommende samtykker til behandlingen, *utvetydig*. Et reelt valg skal basert på dette sikre at den registrerte har mulighet til å foreta en gjennomtenkt beslutning, og ivareta sine egne interesser i tråd med retten til privatliv.

Ansvar for å sikre at det er innhentet et gyldig samtykke, hvorpå den registrerte er blitt forelagt et reelt valg, og dermed foreligger en lovlig behandling hviler på den behandlingsansvarlige.¹¹⁰ I dette ansvaret ligger det at den behandlingsansvarlige, i tillegg til at kravene til et samtykke etter art. 4 nr. 11 må være oppfylt, også må sikre at innhenting av samtykket ikke begrenser den registrertes frivillighet. Etter art. 7 må den behandlingsansvarlige sikre at samtykket er en selvstendig anmodning som ikke er betinget av andre forhold¹¹¹, at frivilligheten ved behandlingen er ivaretatt ved at den registrerte er informert om retten til å trekke samtykket tilbake¹¹², at frivilligheten ikke er begrenset ved at samtykke er en betingelse for en ytelse¹¹³, og kunne bevise at det er innhentet et samtykke som oppfyller kravene til et samtykke etter art. 4 nr. 11, samt art. 7¹¹⁴, som oppfyller kravet til en lovlig behandling etter art. 6.

I tråd med disse vurderinger som nevnt ovenfor vil et gyldig samtykke være et samtykke som gir uttrykk for den registrertes vilje og interesser, og som ivaretar frivilligheten gjennom behandlingen.

¹⁰⁹ GDPR, art. 5 nr. 2.

¹¹⁰ GDPR, art. 7 nr. 1.

¹¹¹ GDPR, art. 7 nr. 2.

¹¹² GDPR, art. 7 nr. 3.

¹¹³ GDPR, art. 7 nr. 4.

¹¹⁴ GDPR, art. 7 nr. 1.

5.2. Er det mulig å oppnå gyldig samtykke i et arbeidsforhold?

Hvorvidt det er mulig å oppnå et gyldig samtykke i et arbeidsforhold må besvares bekreftende basert på den drøftelse som fremgår av kapittel 4.

Personvernforordningens fortalepunkt 43, samt Personvernrådet og Artikkel 29-gruppen har gitt uttrykk for en sterk anbefaling mot bruken av samtykke ved behandling av personopplysninger i arbeidsforhold.¹¹⁵ En slik anbefaling har gode grunnlag i samtykkets frivillige natur og den innvirkning maktforholdet på arbeidsplassen kan ha på valget.

Holdningen blant Personvernrådet og Artikkel 29-gruppen, i sammenheng med den praksis som er gjennomgått i kapittel 4 synes å støtte opp om den forståelse at det i de fleste tilfeller ikke vil være mulig å oppnå et gyldig samtykke i et arbeidsforhold, på det grunnlag at frivilligheten ved samtykket vil være presset. Praksisen viser likevel at det vil være en mulighet for at frivilligheten er ivaretatt, i eksepsjonelle tilfeller slik som det ble vurdert i sakene *Hospital Y*¹¹⁶ og *FysioDanmark*¹¹⁷.

Den retningslinje som tilsynelatende kan utledes fra drøftelsen av avgjørelsene i kapittel 4, synes å være at det går et skille mellom behandling til formål som inngår i arbeidsgivers daglige drift og plikter, og behandling for andre formål. For behandling til formål som inngår i arbeidsgivers daglige drift og plikter synes konklusjonen å være at den avhengighet den ansatte står ovenfor i slike situasjoner skaper en såpass presset situasjon at frivilligheten klart må sies å være påvirket.¹¹⁸

Unntakstilfellene, hvor samtykket er blitt vurdert som gyldig til tross for arbeidsforholdet, synes å være tilfeller hvor formålet ved behandlingen ikke direkte angår arbeidsforholdet.¹¹⁹ For disse tilfellene synes frivilligheten ved samtykket å være upåvirket av maktforholdet mellom

¹¹⁵ Retningslinjer 5/2020, avsnitt 21, samt Udtalelse 2/2017, side 6.

¹¹⁶ Belgian Data Protection Authority (2020), avsnitt 32.

¹¹⁷ Datatilsynet Danmark (2022), punkt 3.3.

¹¹⁸ Se drøftelse av avgjørelsene PWC (2019), Skellefteå kommune (2019), og TimePlan AS (2019), under punkt 4.2, 4.3 og 4.5 i oppgavens kapittel 4.

¹¹⁹ Se drøftelse av avgjørelsene Hospital Y (2020) og FysioDanmark (2022), under punkt 4.1 og 4.4.

arbeidsgiver og arbeidstaker, på bakgrunn av at behandlingen ikke knytter seg direkte til rettigheter underlagt arbeidsforholdet.

Konklusjonen basert på drøftelsene gjort i denne fremstillingen, må være at det er mulig for arbeidsgiver å basere behandling av personopplysninger om ansatte på grunnlag at samtykke, uten at frivilligheten ved samtykket blir påvirket. Det er likevel, som det fremgår av kapittel 4, bare unntaksvis at samtykke under slike forhold vil være gyldig, og arbeidsgiver bør derfor operere med varsomhet og oppmerksomhet for å sikre seg at behandlingen har et lovlig grunnlag.

5.3. Avsluttende kommentarer

Behandlingsgrunnlagene som fremgår av art. 6 som utgjør en rettslig forankring for behandling av personopplysninger er likestilte når det kommer til lovligheten av behandlingen. Det kan likevel være forskjellig egnethet ved de ulike grunnlagene gitt situasjonen rundt behandlingen, som kan medføre at samtykke i noen situasjoner ikke er det beste behandlingsgrunnlaget.

Som det greske datatilsynet uttalte i PWC¹²⁰ avgjørelsen forutsetter en korrekt bruk av samtykke som behandlingsgrunnlag, at et avslag på samtykke innebærer et absolutt forbud mot behandling. En anbefaling om en tilbakeholden bruk av samtykke som behandlingsgrunnlag, gjør seg dermed ikke bare gjeldende i arbeidsforhold, men for behandling generelt. En optimal anvendelse av regelverket vil derfor være å anvende samtykke der hvor ingen andre behandlingsgrunnlag gjør seg gjeldende, og dermed sikre at det valget samtykket utgjør har en avgjørende kraft.

¹²⁰ PWC (2019), avsnitt 6.

6. Kilderegister

Norske lover

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

Personopplysningsloven (2018) Lov 15.juni 2018 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

Internasjonale rettsakter

Menneskerettighetskonvensjonen (1950) Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4.november 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen).

TFEU (1957) Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU, consolidated version of 2016, 25.mars 1957.

ODA-avtalen (1994) Agreement between the EFTA States on the establishment of a surveillance authority and court of justice, with protocols 1-7, 2. mai 1994. (ODA-avtalen).

Personvernforordningen (2016) Europaparlamentets- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27.april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (GDPR).

Forarbeider

Prop.56 LS (2017-2018) Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr.2016/679 (generell personvernforordning) i EØS-avtalen.

Retningslinjer og uttalelser

Artikkel 29-gruppen (2016)	Artikkel 29-gruppen, «Guidelines on Consent under Regulation 2016/679», 10.april 2018.
Artikkel 29-gruppen (2017)	Artikkel 29-gruppen, «Udtalelse 2/2017 om databehandling på arbeidsplassen», 8.juni 2017.
Personvernrådet (2020)	Det europeiske Personvernrådet (EDPB) «Retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679», 4.mai 2020 (versjon 1.1.).

Praksis fra EU-domstolen

Nikifordis (2016)	Dom 18.oktober 2016 (GC), <i>Republik Griechenland v Grigorios Nikifordis</i> , C-135/15, ECLI:EU:C2016:774.
Vieria de Azevedo (2016)	Dom 15.desember 2016 (C6), <i>Alberto Jose Vieira de Azevedo and Others v CED Portugal Unipessoal, Lda and Instituto de Seguros de Protugal</i> , C-558/15, ECLI:EU:C:2016:957.
Planet49 (2019)	Dom 1.okotber 2019 (GC), <i>Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände v Planet49 GmbH</i> , C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801.
Orange Romania (2020)	Dom 11.november 2020 (GC), <i>Orange Romania SA v Autoritatea Nationala de Supraveghere a Prelucrarii Datelor cu Caracter Personal</i> , C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901

Praksis fra nasjonale tilsynsmyndigheter

TimePlan AS (2019)	Datatilsynet Danmark, 29.mai 2019, 2018-211-0135, https://www.datatilsynet.dk/afgoerelser/afgoerelser/2019/maj/vejledende-udtalelse-om-anvendelsen-af-fingeraftryk-til-brug-for-registrering-af-ansattes-komme-gaa-tider .
--------------------	---

- PWC (2019) Hellenic Data Protection Authority, no. 26/2019, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/news/summary_of_decision_26_2019_en_2.pdf.
- Skellefteå kommune, Gymnasienämnden (2019) Datatilsynet, 20. oktober 2019, DI-2019-2221, [https://www.imy.se/globalassets/dokument/beslut/ansiktsgenkanning-for-narvarokontroll-av-elever-dnr-di-2019-2221.pdf](https://www.imy.se/globalassets/dokument/beslut/beslut-ansiktsgenkanning-for-narvarokontroll-av-elever-dnr-di-2019-2221.pdf).
- Hospital Y (2020) Belgian Data Protection Authority, nr. 72/2020 9.november 2020, saksnummer: DOS-2018-02075, <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-72-2020.pdf>.
- Grindr (2021) Datatilsynet Norge 2021, <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/lover-og-regler/avgjorelser-fra-datatilsynet/2021/gebyr-til-grindr/>.
- Grindr (2022) Datatilsynet Norge 2022, klagevedtak, https://www.datatilsynet.no/contentassets/710ea195d6a241b7b1cc10fd6f573c35/offentlig-versjon--20_02136-43-oversendelse-av-klagesak-til-personvernemnda-301938_220_2.pdf.
- FysioDanmark (2022) Datatilsynet Danmark, 17.mars 2022, 2021-431-0145, <https://www.datatilsynet.dk/afgoerelser/afgoerelser/2022/mar/datatilsynet-har-truffet-afgoerelse-i-en-sag-om-brugen-af-et-system-til-ansigtsgenkendelse>.

Litteratur

- Council of Europe mfl. (2018) Council of Europe, European Court of Human Rights, European Data Protection Supervisor, og European Union Agency for Fundamental Rights (EU body or agency). *Handbook on European Data Protection Law: 2018 Edition*, Publications Office of the European Union, 2018. <https://data.europa.eu/doi/10.2811/343461>.

- Datatilsynet (2020) Datatilsynet, «Det europeiske Personvernrådet (EDPB)». (03.05.2019, sist endret 19.07.2020) <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/internasjonalt/personvernradet/>, hentet 11.05.2023.
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*, 3.utg., Fagbokforlaget 2018.
- Regjeringen.no (2021a) Regjeringen.no. «Hva EØS-avtalen omfatter.» Sist oppdatert 06.12.2021. <https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/eos1/hva-avtalen-omfatter/id685024/> . Lest 04.06.2023.
- Regjeringen.no (2021b) Regjeringen.no. «Efta-domstolen.» Sist oppdatert 07.12.2021. <https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/eos1/eos-organene/efta-domstolen/id685068/>. Lest 04.06.2023.