

Justis- og beredskapsdepartementet
Postboks 8005 Dep
0030 Oslo

Vår dato: 01.11.2024
01.11.2024
Vår referanse: H241101JBD
Deres referanse: 24/4162

Abelias innspill til etterkontroll av personopplysningsloven

Abelia er foreningen for kunnskaps- og teknologibedrifter i NHO. Vi representerer mer enn 2 800 virksomheter og 65 000 årsverk innen IKT, rådgivning, utdanning, forskning og ideell sektor.

Vi takker for muligheten til å gi våre innspill til Justis- og Beredskapsdepartementets arbeid med etterkontroll av personopplysningsloven.

Abelia er positive til at det foretas en kontroll av hvordan loven har fungert, og at det gis mulighet til å gi innspill til dette arbeidet. Personopplysningsloven er helt sentral for norsk næringsliv og våre medlemmer, og det brukes i dag store ressurser i både privat og offentlig sektor for å sikre at virksomhetene opererer innenfor regelverket.

Vi er innforstått med at etterkontrollen i første rekke vil fokusere på de nasjonale supplerende reglene i personopplysningsloven, og i mindre grad på reglene som følger direkte av forordningen og som det primært tilligger EU å kontrollere. Samtidig er praktiseringen og tolkningen av forordningen, samt EU-kommisjonens andre rapport om anvendelsen av GDPR, viktig også i en vurdering av nasjonale supplerende regler. For næringslivet så vel som for forordningens legitimitet og funksjon, er harmonisert anvendelse av regelverket sentralt. Abelias viktigste overordnede innspill er derfor at etterkontrollen bør ha som utgangspunkt at personopplysningsloven i størst mulig grad må harmonisere med tilsvarende EU/EØS-regelverk. Dette er kritisk for konkurransevilkårene og muligheten for eksport at etablering i Norge ikke medfører et annet regelverk for personopplysninger enn i våre naboland.

Næringslivets største utfordring knyttet til harmonisering av regelverk er avvikende tolkninger av sentrale bestemmelser i GDPR, så vel som nasjonalt tolkningsarbeid som ikke følger prinsippene om en risikobasert tilnærming og proporsjonalitet. Dette er også viktige utfordringer i Norge, hvor vi opplever at det selv etter seks års virkning er stor uklarhet knyttet til praktisk implementering av sentrale deler av



regelverket, og især risikobaserte vurderinger. Disse uklarhetene koster samfunnet hvert eneste år, både i tapt verdiskaping og i at effektiviseringstiltak ikke tas ut i offentlig sektor.

Abelia vil derfor understreke at våre innspill må sees i lys av et ønske om større klarhet og forutsigbarhet rundt regelverket, og en harmonisert tolkning på tvers av EU/EØS.

Generelle betraktninger

I henhold til GDPR artikkel 57(1)(b) og (d) skal tilsynsmyndigheter, herunder Datatilsynet, fremme allmennhetens kjennskap til og forståelse for risikoer, regler, garantier og rettigheter i forbindelse med behandling, og fremme de behandlingsansvarliges og databehandlernes kjennskap til de forpliktelsene de har i henhold til GDPR. Flere virksomheter har imidlertid reagert på at tilsynets arbeid i enkelte tilfeller, særlig i samfunnsdebatten, snarere har bidratt til forvirring rundt praktiseringen av regelverket. Et eksempel på dette er uttalelsen og pressemeldingen fra Datatilsynet om at bruk av Google Analytics kan være ulovlig, og at tilsynet vil "*anbefale norske virksomheter å se etter alternativer til Google Analytics*".

Majoriteten av norske nettsider, inkludert departementenes og stortingets nettsider, brukte på dette tidspunktet verktøyet. Med tanke på tilsynets myndighet til bøteleggelse, og ønsket om å opptre i tråd med regelverket, tar virksomhetene denne typen utspill svært seriøst. Uttalelser som dette har derfor den effekt at flere virksomheter bruker store ressurser på juridisk og teknisk bistand for å sikre at de overholder regelverket. Tiltakene iverksatt fremstår uproporsjonale sett i forhold til utfallet av saken, som for Telenors del ble et administrativt vedtak, og for alle andre ny veileder og en endring i reglene for overføring av personopplysninger til USA. Som Datatilsynet selv skrev i nettsaken om Telenor-vedtaket: "*Det som frem til nå har vært et stort problem med Google Analytics, virker å være løst*".

Datatilsynet har også tidligere offentliggjort visse varsler om vedtak og kommunisert med media om disse før tilsynet har fattet sitt endelige vedtak. Denne praksisen kan også ha store konsekvenser for virksomhetene, som omdømmetap for parten som varselet er rettet mot, og tiltak i andre virksomheter som følge av forventet utfall. Næringslivets tillit til tilsynet hviler på dialog og mulighet for kontradiksjon i saker.

Det er også en risiko for at slike uttalelser gir inntrykk av at Datatilsynet i mindre grad vurderer partens anførsler objektivt og/eller at det påvirker Datatilsynets endelige vedtak. Denne praksisen er regelrett myndighetsmisbruk og bør derfor forbys, og det bør tydeliggjøres at forvaltningsloven også gjelder



tilsynsarbeidet i Datatilsynet.

I tråd med GDPRs krav til å balansere retten til vern av personopplysninger mot andre grunnleggende rettigheter og friheter, herunder friheten til å drive næringsvirksomhet, bør Datatilsynets virksomhet i større grad legge til rette for praktisk og forutsigbar anvendelse av regelverket for å sikre andre rettigheter, innovasjon og næringsutvikling. I DFØs evaluering av Datatilsynet "Både vaktbikkje og førerhund" fra august i år (DFØ-rapport 2024:8) kommer det frem at flere opplever at *"Datatilsynet ikke i tilstrekkelig grad vurderer hensyn opp mot hverandre."* Eksemplene fra finanssektoren og helsesektoren i rapporten er illustrerende, og ikke unike. Bouvet fant i rapporten "Står personvernet i veien for pasientsikkerheten?" (2024), at praktisering av *"personvernregler på noen områder truer pasientsikkerheten"*, og at det kan *"se ut til at mange forventer en nullrisiko når det gjelder personvern, selv om dette ikke er personvernlovens intensjon"*. Her vil både praktisk og konkret risikobasert tilnærming til veiledning, så vel som et tydelig skille mellom regelverkshåndheving og samfunnsdebatt bidra til en mer balansert anvendelse.

Abelia mener derfor i likhet med vurderingen fra DFØ-rapporten at *"ombudsrollen bør fjernes fra instruksene for Datatilsynet"* og det bør heller legges vekt på *"konkret og løsningsorientert veiledning og for å forsterke arbeidet med dialogbasert tilsyn."*

Forvaltningsrettslig klageadgang

En parts rett til administrativ overprøving av et vedtak, slik den er sikret i forvaltningsloven § 28, er en grunnleggende rettighet i norsk rett. Forarbeidene til forvaltningsloven viser klart lovgivers intensjon om å kodifisere en generell rett til forvaltningsklage: *"Konklusjon. En alminnelig klagerett bør kunne innføres i den form at loven fastsetter at alle forvaltningens vedtak som avgjør saken eller som nekter å ta en sak under behandling (avviser den), skal kunne påklages. Noen annen begrensning av klagerettens gjenstand i en alminnelig lov er ikke påkrevet. De nødvendige unntak bør i tilfelle fastsettes i særlovgivningen."* Videre understrekes det i merknadene til forvaltningsloven § 28 at: *"Klageadgangen vil stå åpen hvis ikke noe annet uttrykkelig er bestemt i lov eller i annen gyldig forskrift."*

Når Datatilsynet fatter et vedtak som retter seg mot en eller flere bestemte aktører, utgjør dette et enkeltvedtak i henhold til forvaltningsloven. Forvaltningsloven § 28(1) gir en part med rettslig klageinteresse i et enkeltvedtak rett til å påklage et slikt vedtak til *"det forvaltningsorgan (klageinstansen) som er nærmest overordnet det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket"*



(underinstansen)".

Personopplysningsloven § 22(2) angir imidlertid at Datatilsynets *"vedtak etter personvernforordningen artikkel 56 og kapittel VII ikke kan påklages til Personvernemnda"*.

Personvernemnda fattet et vedtak datert 17. april 2024 (PVN-2023-26) som klargjør at Personvernemnda ikke har myndighet til å behandle klager på vedtak fattet av Datatilsynet etter GDPR kapittel VII.1 Gitt at Digitaliserings- og forvaltningsdepartementet fastholder at det heller ikke har myndighet til å behandle klager på vedtak fattet av Datatilsynet, gir gjeldende rett i Norge ingen administrativ klagerett på vedtak fattet av Datatilsynet i henhold til GDPR artikkel 66(1).

Abelia mener at lovgiver ved utformingen av personopplysningsloven § 22 ikke hadde til hensikt å avskjære en parts rett til administrativ klage i saker der Datatilsynet fatter vedtak etter GDPR artikkel 66(1). De relevante forarbeidene viser at målet var å unngå en konflikt mellom klageadgangen til Personvernemnda og GDPRs samarbeids- og konsistensmekanisme fastsatt i kapittel VII og GDPR artikkel 56. I Prop. 56 LS (2017-2018) side 219 begrunnes ekskluderingen av Personvernemndas kompetanse etter GDPR § 22(2) med at GDPR *"gir detaljerte regler om behandling av saker etter konsistensmekanismen som ikke kan forenes med klage til Personvernemnda"*.

I henhold til GDPRs samarbeids- og konsistensmekanismen har den ledende tilsynsmyndighet kompetanse til å fatte vedtak, og i visse tilfeller kan Datatilsynet være den ledende myndigheten. Vedtak som er truffet av ledende tilsynsmyndighet kan deretter overprøves av EDPB i henhold til tvisteløsningsprosedyren i GDPRs artikkel 65. Med andre ord finnes det allerede en administrativ overprøvningsprosess innebygd i GDPRs samarbeids- og konsistensmekanisme for vedtak utstedt av ledende tilsynsmyndighet, noe som taler mot å innføre en egen spesifikk norsk administrativ overprøvningsprosess for vedtak utstedt av Datatilsynet som ledende tilsynsmyndighet.

Derimot gir GDPR artikkel 66(1) tilsynsmyndighetene kompetanse til å treffe vedtak som unntak fra konsistensmekanismen, dvs. utenfor GDPRs konsistensmekanisme, og bare for å *"ha rettsvirkning på [tilsynsmyndighetens] eget territorium"*. Gitt at GDPR ikke gir noen administrativ overprøvningsprosess for tiltak som er truffet i henhold til GDPR artikkel 66(1) er det ingen konflikt mellom på den ene siden

¹ <https://www.personvernemnda.no/pvn-2023-26>.



klageprøving av Datatilsynets vedtak etter GDPR artikkel 66(1) av Personvernemnda, og på den andre siden GDPRs samarbeids- og konsistensmekanismen som er fastsatt i GDPR kapittel VII og artikkel 56.

Abelia mener derfor departementet bør klargjøre partenes rett til å forfølge administrative klager over Datatilsynets vedtak, herunder også i henhold til GDPR artikkel 66(1).

Hjemmelsgrunnlag for ilegging av tvangsmulkt i grenseoverskridende saker

Abelia registrerer at regjeringen i pressemelding Nr. 75 – 2024 delvis begrunner etterkontrollen med et ønske om å *"tette hull i regelverket"* knyttet til Datatilsynets anledning til å ilegge tvangsmulkt ved vedtak etter GDPR artikkel 66(1). Datatilsynet har også uttalt at de *"har mistet et viktig virkemiddel for å kunne føre tilsyn med sosiale medier-giganter"*.

Abelia vil understreke at formålet med GDPR er en harmonisert beskyttelse på tvers av landegrenser, og at tilsynsmyndigheten for databehandlerens hovedvirksomhet skal ha kompetanse til å fungere som ledende tilsynsmyndighet i forbindelse med grenseoverskridende behandling. Datatilsynet er ikke ledende tilsynsmyndighet for *"sosiale medier-giganter"*, og bør etter vårt syn ikke prioritere å gjøre mest mulig arbeid for den irske datatilsynsmyndigheten.

Som det fremgår av Personvernemndas avgjørelser i PVN-2023-3 og PVN-2024-04, kan den særlige kompetansen til å ilegge tvangsmulkt som er gitt til Datatilsynet etter personopplysningsloven § 29, kun være gyldig i den utrekning slik kompetanse ikke er til hinder for effektiv anvendelse av samarbeids- og konsistensmekanismen i GDPR kapittel VII.

Abelia mener derfor at et forsøk på å *"tette hull"* på dette området vil undergrave hensikten med forordningen, og dersom Datatilsynet skulle gis anledning til å ilegge tvangsmulkt i grenseoverskridende saker, vil dette fungere som en omgåelse av samarbeids- og konsistensmekanismen.

Gjennomføring av offentlige høringer før utgivelse av veiledere vedrørende tolkningen av personopplysningsloven og GDPR

Departementet bør vurdere å endre personopplysningsloven eller utstede instruks slik at Datatilsynet pålegges å gjennomføre offentlige høringer før de utgir veiledere om tolkningen av personopplysningsloven eller GDPR.



Dette vil blant annet gi interessenter med relevant ekspertise og erfaring en mulighet til å gi verdifulle innspill i forkant. I dag utgir datatilsynet gjerne veiledere som det er reell faglig uenighet om, eller hvor det bes om innspill til veilederen først etter at den er publisert. Et eksempel på dette er *veileder om overvåkning av ansattes bruk av elektronisk utstyr* (Se også påfølgende punkt). Her ble det kun bedt om tilbakemeldinger, med frister for dette, i den publiserte veilederen. Resultatet på denne prosessen er at veilederen hadde flere svakheter som gjorde den lite praktisk anvendbar for næringslivet. Dette er en svakhet med flere av tilsynets veiledere, slik det også kommer frem i DFØs evaluering av tilsynet. En høringsprosess på utkast til veiledere vil gi mulighet til å gi innspill på praktikaliteten i veiledere, men også på proporsjonalitets- og risikovurderinger, som er trukket frem som en svakhet i datatilsynets arbeid.

En slik offentlig høringsprosess er vanlig for mange tilsynsmyndigheter, herunder den franske datatilsynsmyndighetet (CNIL) og den irske datatilsynsmyndigheten (Data Protection Commission), samt andre europeiske myndigheter som EDPB og EU-kommisjonen

Klargjøring av forståelsen av overvåkningsforbudet i e-postforskriften

Abelia mener departementet i forbindelse med etterkontrollen bør klargjøre forståelsen av overvåkningsforbudet i e-postforskriften § 2 (2).

Abelia opplever at det er en pågående diskusjon om forståelsen av bestemmelsen, som skaper usikkerhet for virksomhetene med hensyn til deres sikkerhetsarbeid, drift og forretningsutvikling. Vi viser også til Finans Norges innspill på dette.

Hjemmelsgrunnlag for deling av personopplysninger med grunnlag i tariffavtale

Abelia støtter innspill fra blant annet LO og NHO om et supplerende behandlingsgrunnlag i personopplysningsloven for å sikre et tydeligere hjemmelsgrunnlag for deling av personopplysninger for å overholde arbeidsrettslige forpliktelser eller rettigheter som fastsatt i tariffavtaler.

Aldersgrense for barns samtykke ved informasjonssamfunnstjenester

I Prop. 56 LS (2017–2018) blir den nasjonale aldersgrensen for barns samtykke ved informasjonssamfunnstjenester trukket frem som et område det er naturlig å vurdere i forbindelse med



etterkontroll. Abelia registrerer at det allerede er varslet et forslag om å endre denne grensen, og ser det som naturlig at disse prosessene sees i sammenheng.

Ettersom begrepet "informasjonssamfunnstjenester" er svært bredt, og ikke har en entydig definisjon i personopplysningsloven, mener vi det i den forbindelse vil være hensiktsmessig å gjøre en bredere vurdering av hvilke typer tjenester som omfattes av bestemmelsen.

Abelia er også opptatt av at en eventuell endring må følges av en tilstrekkelig tid til omstilling for berørt næringsliv. Informasjonssamfunnstjenester er en bred kategori som omfatter mange ulike tjenester, og disse må få tid til å utvikle og implementere tekniske løsninger som sikrer at de har en reell mulighet til å overholde regelverket. Vi mener derfor det etter et eventuelt vedtak må gå minimum seks måneder før endringen trer i kraft.

Videre vil vi fremheve barns rett til ytringsfrihet etter art. 13, og barns rett å medvirke etter art. 12 i barnekonvensjonen. Vi legger til grunn at departementet i et eventuelt lovforslag vil legge til rette for at barn får reell mulighet til å delta i høringsprosessen, og at deres stemmer blir lagt tillagt behørig vekt.

Vi vil avslutte med å takke for muligheten til å gi innspill og stiller oss til disposisjon for videre dialog om etterkontrollen.

På vegne av Abelia

Nils-Ola Widme /s/
Direktør for næringspolitikk

Mikal Kvamsdal
Næringspolitisk rådgiver