



# **Juridisk utredning til UDI**

29. september 2015

Samtykke som rettslig grunnlag for utlendingsforvaltningens adgang til å registrere og behandle personopplysninger

**Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS**

## **UTREDNING AV SAMTYKKE SOM BEHANDLINGSGRUNNLAG I UDI**

### **FORORD**

Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS (SVW) har fått i oppdrag av Utlendingsdirektoratet (UDI) å utrede samtykke som rettslig grunnlag for utlendingsforvaltningens adgang til å behandle personopplysninger. SVW har også blitt bedt om å se nærmere på alternative rettslige grunnlag, slik som lovgrunnlag.

Formålet med utredningen er primært å øke utlendingsmyndighetenes kunnskap og bevissthet om behandlingsgrunnlag for personopplysninger. Rapporten reiser imidlertid prinsipielle spørsmål vedrørende behandlingsgrunnlag for behandling av personopplysninger som har overføringsverdi til andre forvaltningsområder.

Unni Kathe Ottersland har vært prosjektleder hos UDI. I tillegg har en rekke fagpersoner hos UDI bidratt med nyttige innspill underveis i prosessen. Det ble nedsatt en referansegruppe bestående av ansatte fra ulike fagavdelinger i UDI samt representanter fra UNE og fra Justisdepartementet som i møter med SVW har gitt verdifulle innspill til rapporten.

Advokat Malin Tønseth har ledet arbeidet med utredningen hos SVW, advokat, Ph.D. Thomas Olsen har vært forskningsansvarlig og advokatfullmektig Marit Stubø har hatt rollen som forskningsassistent. Advokat Rune Ljøstad har bidratt med kvalitetssikring av rapporten. Professor dr. juris Lee A. Bygrave ved Universitetet i Oslo har ytt et svært viktig bidrag til rapporten som eksternt kvalitetssikringsressurs.

Rapporten er ikke utelukkende ment for jurister. Rapporten redegjør for enkelte prinsipielle juridiske spørsmål som kan fremstå som lite tilgjengelig for personer uten kjennskap til regelverket og juridisk metode. Utredningen er likevel i hovedsak myntet på en videre leserkrets.

## INNHold

|          |                                                                                              |           |
|----------|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1</b> | <b>Sammendrag .....</b>                                                                      | <b>5</b>  |
| 1.1      | Sammendrag av rapporten.....                                                                 | 5         |
| 1.2      | Executive summary .....                                                                      | 6         |
| <b>2</b> | <b>Introduksjon – bakgrunnen for rapporten .....</b>                                         | <b>8</b>  |
| 2.1      | Problemstilling .....                                                                        | 8         |
| 2.2      | Avgrensning .....                                                                            | 8         |
| 2.3      | Metode og prosess .....                                                                      | 9         |
| <b>3</b> | <b>UDIs organisering, oppgaver og rammeverk.....</b>                                         | <b>9</b>  |
| 3.1      | Kort om utlendingsforvaltningen .....                                                        | 9         |
| 3.2      | Behandling av personopplysninger i utlendingsforvaltningen .....                             | 10        |
| 3.3      | Intern organisering i UDI – oppgaver og ansvarsområder .....                                 | 10        |
| 3.4      | Oversikt over UDIs behandlingsformål og opplysningstyper som behandles .....                 | 11        |
| 3.5      | Kort om informasjonssystemene .....                                                          | 12        |
| <b>4</b> | <b>Krav til behandling av personopplysninger.....</b>                                        | <b>13</b> |
| 4.1      | Innledning .....                                                                             | 13        |
| 4.2      | Grunnkrav for behandling av personopplysninger.....                                          | 14        |
| 4.2.1    | <i>Krav til rettslig grunnlag (behandlingsgrunnlag).....</i>                                 | <i>14</i> |
| 4.2.2    | <i>Krav til formålsangivelse og forbud mot gjenbruk til uforenlige formål .....</i>          | <i>15</i> |
| 4.2.3    | <i>Krav til datakvalitet og sletting av opplysninger .....</i>                               | <i>16</i> |
| 4.3      | Informasjonsplikt og rett til innsyn .....                                                   | 16        |
| 4.4      | Konsesjon.....                                                                               | 17        |
| <b>5</b> | <b>Generelt om samtykke som behandlingsgrunnlag .....</b>                                    | <b>17</b> |
| 5.1      | Innledning .....                                                                             | 17        |
| 5.2      | Forholdet til de andre behandlingsgrunnlagene – er samtykke hovedregel? .....                | 18        |
| 5.3      | Samtykket må være frivillig .....                                                            | 22        |
| 5.4      | Krav til uttrykkelig samtykke.....                                                           | 26        |
| 5.5      | Krav til informert samtykke .....                                                            | 26        |
| 5.6      | Tilbaketrekking av samtykke .....                                                            | 27        |
| 5.7      | Kompetanse til å samtykke – særlig om innhenting av samtykke fra mindreårige .....           | 28        |
| <b>6</b> | <b>Lovhjemmel som behandlingsgrunnlag .....</b>                                              | <b>28</b> |
| 6.1      | Innledning .....                                                                             | 28        |
| 6.2      | Generelle krav til lovhjemmel som behandlingsgrunnlag.....                                   | 29        |
| 6.3      | Lovhjemler på Utlendingsforvaltningens område .....                                          | 31        |
| 6.3.1    | <i>Innledning .....</i>                                                                      | <i>31</i> |
| 6.3.2    | <i>Utlendingsloven - historikk .....</i>                                                     | <i>32</i> |
| 6.3.3    | <i>Forvaltningsloven .....</i>                                                               | <i>34</i> |
| 6.3.4    | <i>Oversikt over lovgivningen.....</i>                                                       | <i>34</i> |
| 6.3.5    | <i>Utlendingens møte- og opplysningsplikt – Utlendingsloven § 83 .....</i>                   | <i>34</i> |
| <b>7</b> | <b>Vurdering av samtykke og lovhjemmel som behandlingsgrunnlag i Oppholdsavdelingen.....</b> | <b>37</b> |

|           |                                                                                                       |           |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 7.1       | Bruk av samtykke i Oppholdsavdelingen.....                                                            | 37        |
| 7.1.1     | Oppholdstillatelser mv. ....                                                                          | 37        |
| 7.1.2     | Særlig om Schengen-visum.....                                                                         | 38        |
| 7.1.3     | Samtykke til DNA-tester i familieinnvandringsaker .....                                               | 38        |
| 7.1.4     | Oppsummering av samtykkepraksis i Oppholdsavdelingen .....                                            | 39        |
| 7.2       | Lovhjemmel til å behandle personopplysninger i Oppholdsavdelingen .....                               | 40        |
| 7.2.1     | Innledning .....                                                                                      | 40        |
| 7.2.2     | Søknad om statsborgerskap.....                                                                        | 40        |
| 7.2.3     | Visumsøknader .....                                                                                   | 41        |
| 7.2.4     | Andre lovhemlede behandlinger .....                                                                   | 42        |
| 7.2.5     | Oppsummering vedrørende lovhemler på oppholdsområdet.....                                             | 42        |
| <b>8</b>  | <b>Vurdering av samtykke og lovhemmel som behandlingsgrunnlag i Asylavdelingen .....</b>              | <b>42</b> |
| 8.1       | Bruk av samtykke i Asylavdelingen.....                                                                | 42        |
| 8.1.1     | Ankomstregistrering.....                                                                              | 42        |
| 8.1.2     | Samtykke til DNA-undersøkelse .....                                                                   | 44        |
| 8.1.3     | Samtykke til aldersundersøkelse.....                                                                  | 44        |
| 8.1.4     | Samtykke til å utlevere opplysninger om menneskehandel.....                                           | 45        |
| 8.1.5     | Oppsummering av samtykkepraksis i Asylavdelingen.....                                                 | 45        |
| 8.2       | Lovhemler i Asylaker .....                                                                            | 45        |
| 8.2.1     | Utlendingsloven § 93 fjerde ledd .....                                                                | 45        |
| 8.2.2     | Andre lovhemlede behandlinger .....                                                                   | 46        |
| 8.2.3     | Oppsummering vedrørende lovhemler i asylaker.....                                                     | 46        |
| <b>9</b>  | <b>Vurdering av samtykke og lovhemmel som behandlingsgrunnlag i region- og mottaksavdelingen.....</b> | <b>46</b> |
| 9.1       | Bruk av samtykke i region- og mottaksavdelingen .....                                                 | 46        |
| 9.1.1     | Tilbud om mottaksplass.....                                                                           | 47        |
| 9.1.2     | Individuell kartlegging og utarbeidelse av tiltaksplan for enslige mindreårige i mottak .....         | 48        |
| 9.1.3     | Samtykke til utlevering av personopplysninger til UDI .....                                           | 49        |
| 9.1.4     | Samtykke til utlevering av personopplysninger til andre enn UDI .....                                 | 49        |
| 9.1.5     | Samtykke til å innhente personopplysninger fra andre enn UDI .....                                    | 49        |
| 9.1.6     | Assistert retur og reintegrasjonsstøtte .....                                                         | 50        |
| 9.1.7     | Økonomiske ytelser til personer i mottak.....                                                         | 50        |
| 9.1.8     | Oppsummering av samtykkepraksis i Region- og mottaksavdelingen.....                                   | 51        |
| 9.2       | Lovhemler på mottaksfeltet.....                                                                       | 51        |
| 9.2.1     | Tilbud om mottaksplass.....                                                                           | 51        |
| 9.2.2     | Saker om retur.....                                                                                   | 52        |
| 9.2.3     | Unntak fra taushetsplikt for ansatte i mottak .....                                                   | 52        |
| 9.2.4     | Oppsummering vedrørende lovhemler på mottaksfeltet.....                                               | 52        |
| <b>10</b> | <b>Krav til behandlingsgrunnlag i andre EU-land.....</b>                                              | <b>53</b> |
| 10.1      | Innledning .....                                                                                      | 53        |
| 10.2      | Tyskland.....                                                                                         | 53        |
| 10.2.1    | Sammendrag.....                                                                                       | 53        |
| 10.2.2    | Personopplysningslovgivning.....                                                                      | 53        |
| 10.2.3    | Regelverk på utlendingsområdet.....                                                                   | 54        |
| 10.2.4    | Samtykke som behandlingsgrunnlag .....                                                                | 54        |
| 10.3      | Storbritannia.....                                                                                    | 55        |
| 10.3.1    | Sammendrag.....                                                                                       | 55        |

|           |                                                                              |           |
|-----------|------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 10.3.2    | <i>Personopplysningslovgivning</i> .....                                     | 55        |
| 10.3.3    | <i>Regelverk på utlendingsområdet</i> .....                                  | 55        |
| 10.3.4    | <i>Samtykke som behandlingsgrunnlag</i> .....                                | 56        |
| 10.4      | Danmark.....                                                                 | 56        |
| 10.4.1    | <i>Sammendrag</i> .....                                                      | 56        |
| 10.4.2    | <i>Personopplysningslovgivning</i> .....                                     | 56        |
| 10.4.3    | <i>Regelverk på utlendingsområdet</i> .....                                  | 57        |
| 10.4.4    | <i>Samtykke som behandlingsgrunnlag</i> .....                                | 58        |
| <b>11</b> | <b>Konsekvenser av kommende EU-forordning for UDIs samtykkepraksis</b> ..... | <b>58</b> |
| <b>12</b> | <b>Hovedfunn og anbefalinger</b> .....                                       | <b>59</b> |
| 12.1      | Hovedfunn vedrørende behandlingsgrunnlag i UDI .....                         | 59        |
| 12.2      | Anbefaling vedrørende behandlingsgrunnlag .....                              | 59        |

## 1 Sammenheng

### 1.1 Sammenheng av rapporten

Rapporten utreder bruk av samtykke som rettslig grunnlag (behandlingsgrunnlag) for utlendingsforvaltningens adgang til å behandle personopplysninger. Hovedproblemstillingen i utredningen er hvorvidt samtykke er et egnet og gyldig behandlingsgrunnlag for behandling av personopplysninger til oppgaver som hører under utlendingsforvaltningen. Et annet sentralt spørsmål er om utlendingsforvaltningen må utvikle det lovmessige behandlingsgrunnlaget fremfor eller i tillegg til samtykke.

UDI har tre fagavdelinger som behandler enkeltsaker etter utlendingslovgivningen; henholdsvis Oppholdsavdelingen, Asylavdelingen og Region- og mottaksavdelingen som har hver sine ansvarsområder. Rapporten redegjør for samtykkepraksis i de tre avdelingene.

Rapporten redegjør for regelverkets krav til at samtykke skal være frivillig, informert og uttrykkelig. Et sentralt spørsmål er hvilken betydning kravet til frivillighet har for samtykkets gyldighet som behandlingsgrunnlag på utlendingsforvaltningens område. Utlendingsforvaltningen avgjør saker om tildeling av grunnleggende goder som har stor betydning for en særlig sårbar gruppe. I mange tilfeller risikerer enkeltindividet å bli nektet slike grunnleggende goder hvis vedkommende ikke samtykker til behandlingen av sine personopplysninger. I enkelte tilfeller utsettes også individet for inngrep som har karakter av å være tvang. Rapporten konkluderer derfor med at eksisterende samtykker i hovedsak ikke er gyldige som behandlingsgrunnlag i utlendingsforvaltningen. Enkelte unntak finnes likevel på mottaksområdet vedrørende oppgaver som ikke gjelder tildeling av grunnleggende goder, og hvor samtykke derfor kan være egnet som behandlingsgrunnlag.

Kartleggingen av UDIs samtykkepraksis viser at samtykkeskjemaer ofte benyttes ved utveksling av sensitive personopplysninger eller ved utveksling av opplysninger med utenlandske myndigheter eller organisasjoner. Samtykkeskjemaer er hyppigst brukt på mottaksområdet, men er lite brukt på oppholds- og asylområdet.

Som ledd i søknadsbehandlingen benyttes i stor utstrekning informasjonsskriv som ikke oppfyller kravene som stilles til samtykke. Den lille andelen av samtykkemaler som anses å oppfylle kravene til informert, frivillig og uttrykkelig samtykke, hjemler bare behandling av personopplysninger til nærmere definerte og klart avgrensede formål. Rapporten konkluderer på denne bakgrunn med at UDI hovedsakelig baserer seg på lovhjemmel fremfor samtykke som grunnlag for å behandle personopplysninger.

Rapporten behandler også spørsmålet om utlendingsforvaltningen må utvikle det lovmessige behandlingsgrunnlaget fremfor eller i tillegg til bruk av samtykke. I den forbindelse vurderer rapporten om samtykke har forrang fremfor andre behandlingsgrunnlag. Tross samtykkets sentrale rolle, konkluderer rapporten med at de ulike behandlingsgrunnlagene i personopplysningsretten er likestilte.

På bakgrunn av at samtykke som hovedregel vil være uegnet som behandlingsgrunnlag på utlendingsmyndighetens område, vurderer rapporten hvorvidt utvalgte sentrale lovhjemler gir grunnlag for behandling av personopplysninger. Rapporten redegjør i den forbindelse for de generelle kravene til lovhjemmel for behandling av personopplysninger med særlig vekt på de krav som følger av legalitetsprinsippet, rettsikkerhetsidealer og personopplysningsrettens formålsbestemthetsprinsipp.

Gjennomgangen av utvalgte sentrale lovhjemler viser at kun enkelte bestemmelser vedrørende særlig inngripende tiltak gir eksplisitt hjemmel for å behandle personopplysninger til klart definerte og nærmere avgrensede formål. Med unntak for disse enkeltbestemmelsene, mangler flere sentrale bestemmelser klar angivelse av formål og rammer for behandling av personopplysninger. Med forbehold for at det bare er

gjort en vurdering av et begrenset antall hjemler, er derfor konklusjonen at det er usikkerhet knyttet til rekkevidden av flere sentrale lovhjemler på området.

Rapporten anbefaler at utlendingsforvaltningen fortsetter å anvende samtykker der samtykke er egnet som behandlingsgrunnlag. Dette gjelder fortrinnsvis til enkelte formål innenfor mottaksområdet. For øvrig anbefaler rapporten at UDI baserer sin behandling av personopplysninger på lovhjemmel fremfor samtykke.

I lys av usikkerheten knyttet til rekkevidden av sentrale hjemler, anbefaler rapporten nærmere utredning av det lovmessige grunnlaget. Ved videreutvikling av regelverket bør det gis lovhjemler som på en tydeligere måte gir utlendingsmyndighetene adgang til å behandle personopplysninger til nærmere bestemte formål.

Ny kommende personvernforordning i EU vil mest sannsynlig stille strengere krav til samtykke enn det som følger av dagens personverndirektiv. EU-kommisjonen har foreslått at samtykke ikke kan benyttes i tilfeller hvor det er "significant imbalance" i forholdet mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige. Dersom forslaget blir stående, vil dette være i samsvar med konklusjonen i rapporten om at utlendingsforvaltningen som hovedregel ikke kan benytte samtykke.

## **1.2 Executive summary**

The Norwegian Directorate of Immigration ("UDI") has engaged Simonsen Vogt Wiig AS with the assignment of examining the use of consent as legal basis in relation to the activities carried out by the immigration authorities with regard to processing of personal data.

The main issues addressed by this report relate to UDI's practice with regard to using consent in its administrative practices, as well as whether consent is suitable and valid as a legal basis for the processing of personal data by the immigration authorities. Another important question addressed by this report is whether the immigration authorities should develop the legal basis for processing of personal data rather than, or in addition to, basing the processing on consent.

UDI is divided into three units: the Managed Migration Department, the Asylum Department and the Department for Regions, Reception and Return, respectively. Each department has their specific areas of responsibility. The report accounts for the relevant practice and legislation in relation to processing of personal data in each department.

The report accounts for the requirements of an informed, voluntary and explicit consent. An important issue is the significance of the voluntariness requirement in relation to the validity of consent as a legal basis for processing of personal data in the immigration authorities' field of competence. The immigration authorities have executive and administrative powers in cases regarding the fundamental rights of an especially vulnerable group of persons. Often the individual risks being refused fundamental benefits if he/she refuses to consent to the processing of his/her personal data. Additionally, in certain cases the individual may be exposed to interventions that have a constraining character. Accordingly, the main finding here is that the current consent practice in principle will not be a valid legal basis for the authorities' processing of relevant personal data. There are a few exceptions with regards to the Department for Regions, Reception and Return (as described above). In that respect the authorities have powers to perform tasks that do not impact significantly on fundamental rights or benefits of the individual concerned. In these situations consent will suffice as a legal basis for processing of personal data.

A mapping of the practice regarding use of consent in the respective departments reveals that consent forms are often used in connection with exchanging sensitive personal data or in relation to exchange of

data with foreign authorities or organizations. Consent forms are most frequently used in area covered by the Department for Regions, Reception and Return, but rarely in the managed migration and asylum areas.

As part of the application processes the immigration authorities often use information forms that do not meet the consent requirements. The few identified consent forms that meet the requirements of an informed, voluntary and explicit consent authorizes processing of personal data only for certain clearly defined and restricted purposes. Thus, on this point the report finds that in practice the immigration authorities rely on the statutory authorities rather than consent as the relevant legal basis for their processing of personal data.

The report also includes an assessment of whether the immigration authorities should develop the legal basis for processing of personal data rather than, or in addition to, basing the processing on consent. In this context the report considers whether consent shall have precedence over other bases for data processing. Notwithstanding the central role played by consent as a potential basis for data processing, the report concludes that the various bases for data processing laid down in the data protection legislation have equal normative status.

Based on the conclusion that consent as a general rule will not be an appropriate legal basis for processing of personal data in the immigration authorities' field of competence, the report considers whether certain central statutory authorities form sufficient basis for the processing of personal data in this area. In that respect the report accounts for the general requirements for statutory authority as legal basis for processing of personal data, especially with respect to the requirements relating to the principle of legality, the ideals of "rule of law" (rettssikkerhet) and the purpose limitation principle according to data protection law.

Relevant provisions in the administrative laws and regulations in the immigration authorities' area have been examined as part of this study. The report concludes that only certain of the relevant provisions, especially regarding certain invasive measures, provide statutory authority for the processing of personal data for clearly defined and restricted purposes. Except for such provisions, other central provisions are lacking a clearly defined purpose for processing of personal data. With the reservation that only a limited number of statutory provisions has been examined, the conclusion is that there are uncertainties with regard to what extent certain central provisions provides legal basis for processing of personal data.

The report recommends that the immigration authorities continue to use consent in areas where consent is appropriate as a basis for processing. This will principally apply to some Region, Reception and Return area objectives. The report recommends that UDI in other respects base their processing of personal data on the statutory provisions rather than basing the processing on consent.

In view of the uncertainties with respect to the scope of certain central statutory provisions, the report recommends further examination of statutory authority as legal basis. When developing and refining the legislation one should seek to provide an obvious and clear basis for the immigration authority to process personal data for certain purposes.

The future EU Regulation on data protection may introduce requirements on consent which are stricter than those pertaining under the current data protection Directive (95/46/EC). The EU Commission has proposed that consent cannot be used in situations where there is a *significant imbalance* between the position of the individual and the controller. If this proposal prevails it will correspond with the conclusion in this report that the immigration authorities cannot – as a general rule – use consent as a legal basis for data processing.

## **2 Introduksjon – bakgrunnen for rapporten**

### **2.1 Problemstilling**

Mandatet for rapporten følger av konkurransegrunnlagets angivelse av prosjektets formål/problemstillinger. UDI oppsummerer hovedproblemstillingene i følgende kulepunkter:

- Kartlegge omfanget av samtykke som behandlingsgrunnlag i UDI.
- Vurdering av om gjeldende samtykke er gyldig og tilstrekkelig behandlingsgrunnlag for de aktuelle behandlingene som foretas.
- Vurdere rekkevidden på gjeldende samtykker, hvilke behandlinger kan foretas som følge av disse.
- Vurdere om et samtykke overfor UDI tilfredsstiller kravene til et uttrykkelig, frivillig og informert samtykke.
- Vurdere om forslaget til ny EU-forordning på personvern får konsekvenser for eller innebærer vesentlige endringer for UDIs samtykkepraksis
- Vurdere om utlendingsforvaltningen må og eventuelt på hvilken måte bør utvikle det lovmessige behandlingsgrunnlaget fremfor eller i tillegg til bruk av samtykke.

Det følger av mandatet at hovedproblemstillingen i rapporten er knyttet til UDIs bruk av samtykke i sin forvaltningspraksis. En vesentlig del av arbeidet med rapporten har derfor vært knyttet til å kartlegge gjeldende samtykkepraksis og samtykkemaler. Rapporten vurderer gyldigheten og rekkevidden av samtykkemalene i lys av personopplysningsrettens krav til uttrykkelig, frivillig og informert samtykke. Hovedkonklusjonen er at samtykke som hovedregel, med noen få unntak, vil være uegnet som behandlingsgrunnlag fordi kravet til frivillighet ikke vil være oppfylt.

Som følge av mandatets siste kulepunkt vurderer utredningen også spørsmålet om utlendingsforvaltningen må utvikle det lovmessige behandlingsgrunnlaget fremfor eller i tillegg til bruk av samtykke. En sentral problemstilling i rapporten er derfor hvorvidt samtykke er å anse som hovedregel, og derfor har forrang fremfor de andre behandlingsgrunnlagene (herunder lov). Konklusjonen på dette spørsmålet er at behandlingsgrunnlagene må anses som likestilte.

På bakgrunn av at samtykke som hovedregel vil være uegnet som behandlingsgrunnlag på utlendingsmyndighetens område, vurderer rapporten om det er behov for å videreutvikle det lovmessige behandlingsgrunnlaget. Siden hovedproblemstillingen i rapporten er knyttet til UDIs samtykkepraksis, har det ikke vært anledning til en fullstendig gjennomgang av lovgivningen. Rapporten redegjør imidlertid for de generelle kravene til lovhjemmel for behandling av personopplysninger med utgangspunkt i legalitetsprinsippet og personopplysningsrettens formålsbestemthetsprinsipp. På denne bakgrunn er det gjort en vurdering av hvorvidt utvalgte sentrale hjemler gir grunnlag for behandling av personopplysninger.

### **2.2 Avgrensning**

Kartleggingen av samtykkepraksis er begrenset til praksis i UDI og omfatter ikke kartlegginger av praksis i andre virksomheter som har oppgaver på utlendingsfeltet, slik som eksempelvis politiet. Utredningen ser likevel på interaksjonen mellom UDI og andre aktører med oppgaver etter utlendingslovgivningen der dette er relevant for kartleggingen.

Utredningen konsentrerer seg om saksbehandlingen i UDI; behandling av personopplysninger til formål som UDI er pålagt å oppfylle i henhold til lovgivningen på innvandrings- og flyktningeområdet. Rapporten er avgrenset mot interne behandlingsformål hos UDI. Eventuelle spørsmål om samtykke vedrørende UDIs håndtering av egne ansattopplysninger og andre administrative behandlingsformål inngår derfor ikke i utredningen.

## 2.3 Metode og prosess

Rapporten anvender alminnelig juridisk dogmatisk metode. Dagens forvaltningspraksis i UDI og tilknyttede organer vurderes i lys av hva som må anses å være gjeldende rett på området.

Utredningen baserer seg i hovedsak på skriftlig dokumentasjon mottatt fra UDI. Den skriftlige dokumentasjonen består i all hovedsak av samtykkeskjemaer og informasjonsskriv som UDI benytter. Rapporten er følgelig primært en dokumentasjonsstudie.

Innledningsvis i arbeidet med utredningen ble det gjennomført møter med ansatte i UDI. Hovedformålet med disse møtene har vært å sikre at all relevant dokumentasjon inngår i dokumentasjonsgrunnlaget for rapporten. Møtene har imidlertid også fungert som en viktig kilde til informasjon om utlendingsforvaltningens oppgaver og organisering og annet av betydning for forståelsen av utlendingsforvaltningens oppgaver og behov.

Utredningen omfatter også en redegjørelse for regelverk og praksis i tre andre land. Dette er gjort for komparative formål. Storbritannia og Tyskland er etter ønske fra UDI valgt som to av de landene det er redegjort for. Danmark er valgt som det tredje og siste landet siden Danmark er et land det er naturlig for Norge å sammenligne seg med. I forbindelse med kartleggingen av praksis i de nevnte landene, har det blitt rettet direkte henvendelser til UDIs kontaktpunkter via UDIs eget nettverk. Simonsen Vogt Wiig har i tillegg kontaktet sine faste advokatforbindelser i de tre landene og bedt om en overordnet redegjørelse for regelverk og praksis på området. Vurderingene i den komparative delen av utredningen er gjort på bakgrunn av redegjørelsene som er mottatt fra de nevnte kontaktene.

## 3 UDIs organisering, oppgaver og rammeverk

### 3.1 Kort om utlendingsforvaltningen

Utlendingsloven<sup>1</sup> (utl.) og statsborgerloven<sup>2</sup> (sbl.) er de mest sentrale lovene på utlendingsfeltet og pålegger utlendingsmyndighetene en rekke ulike forvaltningsoppgaver. Flere etater utfører oppgaver etter disse lovene. Utøvende myndighet etter utlendingsloven er Utlendingsnemnda (UNE), Utlendingsdirektoratet (UDI), politiet og Utenriksdepartementet ved Utenriksstasjonene. jf. utl. § 75. Justis- og beredskapsdepartementet (JD) har det overordnede ansvaret for å utforme statens flyktning- og innvandringspolitikk og har ansvar for utlendingsloven og -forskriften. Departementet er videre klageinstans i sikkerhetssaker (saker som berører grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn) etter utlendingsloven, og kan også fatte vedtak i første instans i disse sakene. Arbeids- og sosialdepartementet har ansvar for regelverket i utlendingsloven som gjelder arbeidsinnvandring.

I tillegg er det flere andre etater som har oppgaver på utlendingsfeltet. Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet har det overordnede ansvaret for regjeringens integreringspolitikk. Integrerings- og mangfoldsdirektoratet (IMDi) og Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (BUF-dir) er underlagt departementet og har særlig sentrale oppgaver knyttet til bosetting av flyktninger og oppfølging av personer i mottak. Dette er oppgaver som i liten grad er lovregulert.

Utlendingsdirektoratet (UDI) er den sentrale etaten i utlendingsforvaltningen. UDI skal sette i verk og bidra til å utvikle regjeringens innvandrings- og flyktningpolitikk. UDI behandler søknader i de fleste sakstyper etter utlendingsloven og statsborgerloven; søknader om beskyttelse (asyl), opphold (besøksvisum, familieinnvandring, statsborgerskap m.m.) og fatter vedtak i første instans. Vedtakskompetansen er i noen tilfeller delegert til politiet.

<sup>1</sup> Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. mai 2008 nr. 35

<sup>2</sup> Lov om norsk statsborgerskap av 10. juni 2005 nr. 51.

Vedtak kan påklages til UNE som er klageorgan for UDI i vedtak etter utlendingsloven og statsborgerloven. UNE er et uavhengig forvaltningsorgan, hvilket innebærer at JD er avskåret fra å instruere UNE om lovtolkning eller vurderinger knyttet til avgjørelsen i en enkeltsak. UDI har også ansvar for ulike oppfølgingstiltak rettet mot asylsøkere og administrerer ordningen med assistert retur for personer som har fått avslag på sin asylsøknad.

Det er politiets utlendingsenhet som foretar ankomstregistrering av asylsøkere, og sentrale personopplysninger om asylsøkeren blir derfor i første omgang registrert av politiet og ikke av UDI. Saker som gjelder søknad om opphold starter og forberedes enten i politidistriktene eller ved utenriksstasjonene, og politiet og utenriksstasjonene har fått delegert kompetanse til å fatte vedtak i første instans i flere av disse sakene.

### **3.2 Behandling av personopplysninger i utlendingsforvaltningen**

Utlendingsforvaltningen er pålagt et bredt spekter av oppgaver som forutsetter registrering og videre behandling av personopplysninger, herunder sensitive personopplysninger. Utlendingsforvaltningen har å gjøre med mennesker som ofte er i en svært sårbar livssituasjon, eksempelvis asylsøkere, og dette gjør det ekstra viktig å sørge for en forsvarlig håndtering av personopplysningene.

Utlendingsforvaltningen består av mange aktører, jf. ovenfor i 3.1, og det er et stort behov for å utveksle opplysninger mellom etatene når det skal fattes vedtak i saker etter loven og i forbindelse med innkvartering og oppfølging av asylsøkere i mottak. Utlendingsforvaltningen har også behov for å utveksle personopplysninger med private oppdragstakere som drifter asylmottak mv. på oppdrag fra UDI. Internasjonalt samarbeid, særlig Schengen-samarbeidet og Dublin-samarbeidet, innebærer et behov for å dele personopplysninger med utenlandske myndigheter.

Et annet forhold som kjennetegner utlendingsforvaltningens område er at betingelsene for virksomheten stadig er gjenstand for endringer. Dette skyldes blant annet hyppige regelendringer som en konsekvens av skiftende politisk klima og variasjoner i antallet søknader virksomheten mottar. Det er på denne bakgrunn behov for stor grad av fleksibilitet.

Alle de nevnte forholdene bidrar til betydelig kompleksitet som det må tas høyde for i vurderingen av samtykke som behandlingsgrunnlag og vurderingene av alternative behandlingsgrunnlag.

### **3.3 Intern organisering i UDI – oppgaver og ansvarsområder**

Pr. 1. januar 2015 er UDI organisert i tre fagavdelinger som behandler enkeltsaker etter utlendingslovgivningen: Oppholdsavdelingen (OPA), Asylavdelingen (ASA) og Region- og mottaksavdelingen (RMA).

Asylavdelingen (ASA) behandler søknader om beskyttelse (asyl), og fattet også vedtak om reisedokumenter og utvisning i den forbindelse. Asylsakene reiser noen særskilte problemstillinger, og utlendingsloven inneholder saksbehandlingsregler som gjelder spesielt for denne typen saker, jf. utlendingsloven kapittel 11 II. Et særtrekk ved asylsakene er at det gjennomføres intervjuer av utlendingen som ledd i saksbehandlingen.

Oppholdsavdelingen (OPA) behandler søknader etter utlendingsloven om opphold i Norge og søknader om statsborgerskap etter statsborgerloven. OPA behandler ikke søknader om beskyttelse. Disse søknadene behandles i Asylavdelingen. Sakstyper som håndteres av OPA er søknader om oppholdstillatelse på grunnlag av familieinnvandring, arbeid og studier, søknader om permanent oppholdstillatelse, reisedokument, statsborgerskap eller visum og saker som gjelder utvisning fra landet.

Region- og mottaksavdelingen (RMA) har ansvar for innkvartering av asylsøkere i mottak. Avdelingen består av en administrativ stab, en fagstab og en returenhet i tillegg til seks regionskontorer. Sakstyper som hører under RMA er eksempelvis tildeling av plass på mottak, tildeling av økonomiske ytelser til personer i mottak og assistanse og økonomisk støtte i forbindelse med retur. RMAs oppgaver og ansvar skiller seg klart fra de oppgaver som hører under OPA og ASA. Flere problemstillinger er derfor også særegne for RMA.

Gjennomgangen av samtykkepraksis i UDI i kapitlene 7-9 nedenfor tar utgangspunkt i avdelingene og de behandlingsformål som hører under den enkelte avdeling. En slik tilnærming er valgt for å gjøre det enkelt for ansatte i UDI å relatere til vurderingene.

Ulempen ved en slik fremstilling er at den interne organiseringen kan endre seg med tiden. Behandlingsformålene vil imidlertid være de samme uavhengig av hvordan UDI i fremtiden vil velge å organisere seg. Vurderingene relaterer seg til behandlingsformålene og vil derfor fortsatt være relevante etter en eventuell omorganisering.

### **3.4 Oversikt over UDIs behandlingsformål og opplysningstyper som behandles**

I gjeldende konsesjon fra Datatilsynet datert 10. desember 2004 er utlendingsforvaltningens behandlingsformål gjengitt slik:

- Oppholds og arbeidstillatelser
- Familiegjenforening
- Søknad om statsborgerskap
- Asyl (Beskyttelse)
- Visum
- Bortvisning/utvisning
- Reisedokumenter
- Tilbud om mottaksplass
- Bosetting og tilskudd
- Returfremmende tiltak for de som oppholder seg ulovlig i landet
- Tilrettelegging for tilbakevending til hjemlandet

Oppholdstillatelser, arbeidsinnvandring, familieinnvandring og visum er behandlingsformål som hører under Oppholdsavdelingen. Vurdering av behovet for beskyttelse er behandlingsformålet i Asylavdelingen, mens de fire siste kulepunktene er behandlingsformål som hører under Region- og mottaksavdelingen (ansvaret for bosetting og tilskudd er imidlertid blitt lagt til IMDi).

Bortvisning/utvisning er et behandlingsformål som det ikke er nødvendig å utrede med tanke på samtykke som behandlingsgrunnlag, idet det er klart at samtykke verken benyttes pr. i dag, og at det heller ikke er egnet som behandlingsgrunnlag pga. det åpenbare elementet av tvang som er tilstede i slike saker.

Utlendingsforvaltningen behandler et bredt spekter av personopplysninger til de formål som er nevnt ovenfor, herunder flere kategorier av sensitive personopplysninger. I søknadskjemaene innhentes opplysninger om alt fra navn og bosted til helseopplysninger og opplysninger om straffbare forhold. I en del tilfeller har utlendingsmyndigheten også hjemmel til å innhente opplysninger fra hverandre eller fra annen offentlig virksomhet.

Det er et stort spenn i sensitiviteten av de opplysningene som samles inn. Mens opplysninger om navn og bosted gjennomgående anses som lite sensitive, er helseopplysninger og opplysninger om straffbare forhold i de fleste henseender svært sensitive. Personopplysningsloven stiller strengere krav til behandlingen av sensitive personopplysninger, herunder også strengere krav til rettslig grunnlag for å behandle slike opplysninger, se kapittel 4.2.1 nedenfor.

### 3.5 Kort om informasjonssystemene

Personopplysninger som utlendingsmyndighetene innhenter og behandler som ledd i saksbehandlingen i saker etter utlendingsloven og statsborgerloven, registreres i Utlendingsdatabasen. I Utlendingsdatabasen lagres personopplysninger om søkeren i tillegg til personopplysninger om referansepersoner eller familie dersom dette er relevant. Opplysningene kan være innhentet fra søkeren selv, for eksempel gjennom søknadsskjema og/eller intervju, eller de kan være innhentet fra andre myndigheter, herunder utenlandske myndigheter.

UDI er pr. i dag systemeier og i all hovedsak behandlingsansvarlig for Utlendingsdatabasen med tilhørende saksbehandlingssystemer. Justis- og beredskapsdepartementet, UNE, utenriksstasjonene og politiet har tilgang til opplysninger i denne databasen både for å ivareta egne behandlingsformål og for å bistå UDI i saksbehandlingen. UNE har selvstendig behandlingsansvar for egne behandlingsformål. Eksempelvis er det politiet som foretar ankomstregistrering av en asylsøker og som legger disse opplysningene inn i Utlendingsdatabasen som databehandler for UDI. UNE har tilgang til opplysningene i Utlendingsdatabasen for å avgjøre klager på vedtak som er fattet av UDI.

De viktigste saksbehandlingssystemene som er tilknyttet utlendingsdatabasen er DUF (Datasytemet for utlendings- og flyktningsaker), NORVIS (Norsk Visumsystem) og SESAM (System for elektronisk samhandling med asylmottak).

De senere år har man sett en opptrapping av samarbeidet mellom europeiske land på utlendingsområdet. Som ledd i Schengen- og Dublinsamarbeidet har man opprettet flere multinasjonale registre som benyttes til å identifisere tredjelandsborgere.

Det såkalte Schengen-informasjonssystemet (SIS) er regulert i en egen lov; SIS-loven<sup>3</sup>. Det overordnede formålet med opprettelsen av informasjonssystemet er å bekjempe kriminalitet. Kripos er behandlingsansvarlig for den nasjonale delen av SIS-systemet som kommuniserer med det sentrale SIS-systemet. Utlendingsmyndighetene har på bestemte vilkår tilgang til opplysninger som er lagret i SIS, jf. § 12 første ledd bokstav c. UDI registrerer også opplysninger i SIS. Forholdet er nærmere regulert i avtale mellom Kripos og UDI.

Eurodac er et multinasjonalt register som er opprettet som ledd i Schengen-samarbeidet hvor det registreres fingeravtrykk av tredjelandsborgere som søker beskyttelse (asyl) eller oppholder seg ulovlig i et medlemsland. Registeret er et virkemiddel for gjennomføring av Dublin-samarbeidet som i dag reguleres av Dublin III-forordningen<sup>4</sup> som gjelder hvilket medlemsland som er ansvarlig for å behandle en søknad om beskyttelse. Utlendingsforvaltningen har plikt til å registrere bestemte personopplysninger i dette registret, jf. utlendingsloven § 101, jf. utlendingsforskriftens kapittel 18.

Utlendingsregistret er et nasjonalt register for oppbevaring av fingeravtrykk. UDI er behandlingsansvarlig for Utlendingsregisteret. Registeret er en avgrenset del av politiets fingeravtrykksdatabase, som for øvrig forvaltes av Kripos. I hvilke tilfeller det kan opptas fingeravtrykk og fotografi er regulert i utlendingsloven § 100 første og annet ledd, jf. utlendingsforskriften kapittel 18.

Visa Information System (VIS) er Schengen-landenes felles visum-informasjonssystem. Opplysninger om visumsøkere lagres i en sentral database (C-VIS). NORVIS er den nasjonale enheten som er tilknyttet VIS. Alle visumsøknader som utlendingsforvaltningen mottar, behandles i NORVIS. Formålet med et felles visumsystem er å legge til rette for utveksling av opplysninger i forbindelse med behandling av visumsøknader og for identifisering bl.a. ved innreise over Schengen-yttergrense. Det er i VIS-regelverket

<sup>3</sup> Lov om Schengen informasjonssystem av 16. juli 1999 nr. 66.

<sup>4</sup> Europaparlaments- og rådsforordning 604/2013/EU av 26. juni 2013.

gitt adgang til rutinemessige søk i databasen for en rekke av utlendingsmyndighetenes saksbehandlingsformål. Hvilke opplysninger som skal registreres i VIS følger av utlendingsloven § 102 b. Registrering i NORVIS er regulert i § 102 c

UDI har utarbeidet en fullstendig oversikt over egne databaser og saksbehandlingssystemer.

## 4 Krav til behandling av personopplysninger

### 4.1 Innledning

Personopplysningsloven<sup>5</sup> (pol.) er den generelle loven som regulerer behandling av personopplysninger i Norge. Loven gjennomfører EUs personverndirektiv<sup>6</sup> fra 1995, og suppleres av ytterligere detaljerte regler i personopplysningsforskriften.<sup>7</sup> At personopplysningsloven er den generelle loven som oppstiller viktige grunnprinsipper for behandling av personopplysninger, følger av lovens § 5 som slår fast at lovens bestemmelser gjelder om ikke annet følger av en særskilt lov som regulerer behandlingsmåten. I norsk rett finner vi også flere eksempler på sektorlovgivning, for eksempel helseregisterloven og politiregisterloven, som bygger på samme prinsipper som personopplysningsloven.

Formålet med personopplysningsloven er å beskytte den enkelte mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger. Av lovens formålsbestemmelse, fremgår det at loven skal bidra til at personopplysninger blir behandlet i samsvar med grunnleggende personvern hensyn, herunder behovet for personlig integritet, privatlivets fred og tilstrekkelig kvalitet på personopplysninger.<sup>8</sup> Det er verdt å merke seg at taushetspliktsregler også har en viktig funksjon for å ivareta personvern hensyn. Taushetspliktsregler oppstiller imidlertid ikke særlige regler for behandlingen av opplysningene, men pålegger generelt forvaltningen og dens ansatte å sikre at opplysninger ikke gjøres kjent for uvedkommende.

Personopplysningsloven har et meget vidt virkeområde. Det praktisk viktigste på utlendingsområdet er at loven gjelder for all behandling av personopplysninger som helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler, dvs. ved hjelp av automatiserte systemer og datamaskiner. Loven gjelder imidlertid også for annen behandling av personopplysninger når disse inngår eller skal inngå i et personregister. Dette betyr at loven også regulerer manuell håndtering av personopplysninger som inngår i systematiske registre, fortegnelser mv. som gjør at opplysninger om den enkelte kan finnes igjen, jf. pol. § 3.

Med "personopplysning" menes opplysninger og vurderinger som kan knyttes til enkeltpersoner, jf. pol. § 2 nr 1. Dette omfatter faktiske opplysninger om personer som for eksempel navn, adresse, identifikasjonsnumre mv, men også uverifiserbare og subjektive vurderinger. "Behandling av personopplysninger" omfatter i praksis all innsamling, lagring, sammenstilling, utlevering og videre håndtering av personopplysninger, jf. pol. § 2 nr 2.

Loven oppstiller skjerpede krav for behandling av sensitive personopplysninger. Hvilke personopplysninger som anses som sensitive, er uttømmende definert i lovens § 2 nr. 8 og omfatter følgende forhold:

- a) rasemessig eller etnisk bakgrunn, eller politisk, filosofisk eller religiøs oppfatning,
- b) at en person har vært mistenkt, siktet, tiltalt eller dømt for en straffbar handling,
- c) helseforhold,

<sup>5</sup> Lov om behandling av personopplysninger av 14. april 2000 nr. 31.

<sup>6</sup> Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995.

<sup>7</sup> Forskrift om behandling av personopplysninger 15. desember 2000 nr. 1265.

<sup>8</sup> Jf. § 1.

- d) seksuelle forhold,
- e) medlemskap i fagforeninger".

De aller fleste av lovens bestemmelser retter seg mot den "behandlingsansvarlige", dvs. den fysiske eller juridiske personen som bestemmer formål og hjelpemidler for behandlingen av personopplysninger. På utlendingsområdet, og som en generell hovedregel, vil det være det enkelte forvaltningsorganet som anses som behandlingsansvarlig og som må sørge for å etterleve lovens regler.

Den behandlingsansvarlige kan velge å sette bort databehandling til en databehandler, dvs. virksomheter eller personer utenfor den behandlingsansvarliges virksomhet. Databehandlers håndtering av personopplysninger skal være regulert av en databehandleravtale som bl.a. må pålegge databehandleren å følge den behandlingsansvarliges instruksjoner, ikke benytte opplysningene til andre formål enn det som følger av databehandleravtalen samt å ha på plass tilfredsstillende informasjonssikkerhet.

Den enkeltperson som personopplysningene knytter seg til omtales i loven som den registrerte. På utlendingsområdet vil den registrerte som regel være utlendingen som søker opphold i Norge samt dennes referanseperson. Enhver som registreres har rettigheter etter personopplysningsloven.

## **4.2 Grunnkrav for behandling av personopplysninger**

### **4.2.1 Krav til rettslig grunnlag (behandlingsgrunnlag)**

For at det skal være tillatt å behandle personopplysninger må den behandlingsansvarlige oppfylle visse grunnkrav som følger av lovens § 11.

For det første må behandlingen ha et rettslig grunnlag – også kalt behandlingsgrunnlag, jf. § 11 første ledd bokstav a. Loven sonderer her mellom alminnelige personopplysninger, jf. alternative behandlingsgrunnlag i § 8, og sensitive personopplysninger, jf. opplistede alternative behandlingsgrunnlag i § 9. For behandling av sensitive personopplysninger kreves at både ett av vilkårene i § 8 og ett av vilkårene i § 9 er oppfylt.

For mange av utlendingsmyndighetenes behandlingsformål vil det inngå opplysninger som anses som sensitive personopplysninger, eksempelvis opplysninger om helseforhold, opplysninger om rasemessig eller etnisk bakgrunn og opplysninger om straffbare forhold. Som hovedregel må derfor utlendingsmyndighetenes behandling av personopplysninger ha hjemmel i både § 8 og § 9.

For de tilfellene hvor det ikke inngår sensitive personopplysninger vil § 8 bokstav e kunne være et praktisk viktig behandlingsgrunnlag. Bestemmelsen gir behandlingsgrunnlag for behandling av personopplysninger som er nødvendig for utøvelse av offentlig myndighet. Bestemmelsen er generell og gir hjemmel for nødvendig behandling av personopplysninger i forbindelse med alle sakstyper etter utlendingsloven – likevel med den viktige begrensningen at den ikke hjemler behandling av sensitive personopplysninger. De øvrige behandlingsgrunnlagene i § 8, bl.a. alternativet i bokstav c om ivaretagelse av den registrertes vitale interesser og alternativet i bokstav f om ivaretagelse av berettiget interesse som veier tyngre enn den registrertes personvern, vil i mindre grad være aktuelle som behandlingsgrunnlag for ikke-sensitive personopplysninger på utlendingsområdet.

Siden en stor andel av utlendingsforvaltningens behandling av personopplysninger omfatter sensitive personopplysninger er det samtykke og lovhjemmel som fremstår som de mest sentrale behandlingsgrunnlagene, jf. at disse alternativene er nevnt i både § 8 og § 9 og derfor gir hjemmel til å behandle sensitive personopplysninger. En nærmere redegjørelse for de generelle kravene til samtykke og lovhjemmel er gitt i henholdsvis kapittel 5 og 6, og i kapittel 7-9 er det redegjort for samtykke og lovhjemmel som behandlingsgrunnlag i UDIs ulike avdelinger.

#### 4.2.2 *Krav til formålsangivelse og forbud mot gjenbruk til uforenlige formål*

Et annet sentralt grunnkrav i personopplysningsloven er at personopplysninger bare kan innsamles og nyttes til uttrykkelig angitte formål som er saklig begrunnet i den behandlingsansvarliges virksomhet, jf. § 11 bokstav b.

Videre slår loven fast at den behandlingsansvarlige ikke senere kan benytte personopplysninger til formål som er uforenlig med det opprinnelige formålet med innsamlingen, uten at den registrerte samtykker, jf. § 11 bokstav c.

Samlet angir disse to bestemmelsene det som ofte omtales som personopplysningsrettens "formålsbestemthetsprinsipp". Formålsbestemthetsprinsippet innebærer i realiteten tre viktige skranker for innsamling og behandling av personopplysninger:

- For det første stiller prinsippet krav til at det angis formål for behandlingen av personopplysninger før slike samles inn av utlendingsmyndighetene.
- For det andre oppstiller prinsippet krav til formålsangivelsens presisjon og innhold idet slike formål skal være "uttrykkelig angitte" og "saklig begrunnet i den behandlingsansvarliges virksomhet".
- For det tredje oppstiller prinsippet begrensninger med hensyn til videre behandling av personopplysninger. Det er anledning til å benytte personopplysninger til nye (saklig berettigede formål), men nye formål kan ikke være uforenlige med det opprinnelige angitte formålet uten at den registrerte samtykker til dette.

Formålsbestemthetsprinsippet er en viktig personverngaranti som sammen med øvrige regler ivaretar den registrertes interesse i forutsigbarhet, transparens og medvirkning og kontroll knyttet til behandling av personopplysninger.<sup>9</sup> Sett i lys av at personopplysninger danner det viktigste grunnlaget for beslutninger som kan ha stor betydning for utlendingsforvaltningens søkere, overlapper formålsbestemthetsprinsippet med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper innenfor forvaltningsretten.

Høyesterett har i Avfallsservicesaken (Rt. 2013 s 143) presisert at formålsbestemthetsprinsippet er en selvstendig skranke for bruk av opplysninger til nye formål i tillegg til lovens krav til behandlingsgrunnlag. I følge Høyesterett må det gjøres en konkret vurdering av om nye behandlingsformål er uforenlige med det opprinnelige formålet, basert på momenter fra forarbeidene. Sentrale momenter er hvorvidt bruken av opplysningene innebærer ulemper for den registrerte, om bruken skiller seg sterkt fra den som lå til grunn for innsamlingen, eller om bruken stiller strengere krav til datakvalitet enn det opprinnelige behandlingsformålet. Etter en konkret vurdering av disse momentene kom Høyesterett til at Avfallsservices bruk av GPS-logg for å kontrollere timelister var uforenlig med det opprinnelige innsamlingsformålet for loggen.<sup>10</sup>

Prinsippet om formålsbestemthet har relevans for Utlendingsforvaltningens praksis. Eksempelvis kan det være behov for å benytte opplysninger i en bestemt utlendingsak i forbindelse med at familiemedlemmer søker om opphold. Slik gjenbruk kan finne sted lenge etter at opplysningene ble samlet inn og etter at søknadsbehandlingen er avsluttet. Hvorvidt slik bruk er et behandlingsformål som er uforenlig med det opprinnelige formålet med innsamlingen av opplysningene må vurderes konkret i tråd med momentene som er angitt ovenfor. Det ligger utenfor mandatet for denne rapporten å gå nærmere inn i denne problemstillingen.

<sup>9</sup> For nærmere redegjørelse for formålsbestemthetsprinsippet og andre grunnleggende personvernprinsipper, se Olsen, Thomas, *Personvernøkende identitetsforvaltning*, Complex 2/2015, kapittel 2.5; Bygrave, Lee A., *Data Privacy Law: An International Perspective*, Oxford University Press 2014, kapittel 5.

<sup>10</sup> For nærmere redegjørelse for formålsbestemthetsprinsippet og Avfallsservice-saken, se Olsen, Thomas, "Høyesteretts avgjørelse i GPS-/Avfallsservice-saken klargjør formålsbestemthetsprinsippet", *Lov & Data* 2013 nr. 2 s. 24-26.

#### 4.2.3 *Krav til datakvalitet og sletting av opplysninger*

Kravet til formålsangivelse danner grunnlaget for vurderinger som må gjøres i henhold til flere av lovens grunnkrav. I henhold til § 11 bokstav d skal opplysninger være tilstrekkelige og relevante for formålet med behandlingen. Dette innebærer at opplysningene må være dekkende for formålet, for eksempel at opplysningene er tilstrekkelig detaljerte til å fatte korrekt vedtak. Samtidig innebærer kravet til relevans et forbud mot å samle inn opplysninger som er unødvendige og irrelevante for formålet. Dette omtales ofte som personopplysningsrettens minimalitetsprinsipp.

Formålet med behandlingen danner også utgangspunktet for lovens regler om datakvalitet og sletting. Etter § 11 bokstav e skal personopplysninger være korrekte og oppdaterte, og ikke lagres lenger enn det som er nødvendig ut fra formålet med behandlingen.

### 4.3 **Informasjonsplikt og rett til innsyn**

Personopplysningsloven kapittel III om informasjon om behandling av personopplysninger er grunnleggende for å bidra til transparent behandling og for at den registrerte skal kunne ivareta sine interesser og rettigheter knyttet til behandling av personopplysninger.

Informasjonspliktreglene har nær sammenheng med kravet til informert samtykke. Som redegjort for i kapittel 5.5 vil den informasjonen som kreves for at samtykket skal være informert i mange tilfeller være sammenfallende med den informasjon som kreves etter reglene om informasjonsplikt. Det er imidlertid viktig å være oppmerksom på at den behandlingsansvarliges plikt til å gi informasjon er en selvstendig plikt i tillegg til kravet om behandlingsgrunnlag.

Loven sonderer mellom den behandlingsansvarliges informasjonsplikt når personopplysninger samles inn direkte fra den registrerte (§ 19), og når opplysninger samles inn fra andre enn den registrerte (§ 20).

Ved innsamling fra den registrerte skal den behandlingsansvarlige av eget tiltak først informere den registrerte om:

- a) Navn og adresse på den behandlingsansvarlige,
- b) Formålet med behandlingen,
- c) Opplysningene vil bli utlevert, og eventuelt hvem som er mottaker
- d) Det er frivillig å gi fra seg opplysningene, og
- e) Annet som gjør den registrerte i stand til å bruke sine rettigheter etter loven på best mulig måte, som f.eks. informasjon om retten til å kreve innsyn, jf. § 18, og retten til å kreve retting, jf. § 27 og § 28.

Dersom opplysninger samles inn fra andre enn den registrerte, skal den behandlingsansvarlige informere den registrerte om de samme forhold som nevnt over så snart opplysningene er innhentet. Dersom formålet med innsamlingen er å gi opplysningene videre til andre, kan den behandlingsansvarlige vente med å informere til utleveringen skjer.

Fra hovedregelen om at den registrerte skal informeres når det samles inn personopplysninger om vedkommende (direkte, eller fra tredjepart), er det enkelte unntak. Dersom den registrerte allerede kjenner til informasjonen er det ikke nødvendig å informere. Når opplysninger innhentes via tredjepart, er det heller ikke nødvendig å varsle dersom innsamlingen eller formidlingen er uttrykkelig fastsatt i lov, eller varslingen er umulig eller uforholdsmessig vanskelig. I sistnevnte tilfelle skal informasjon likevel gis senest når det gjøres en henvendelse til den registrerte på grunnlag av opplysningene.

Den behandlingsansvarliges plikt til på eget initiativ å informere den registrerte om behandling av personopplysninger korresponderer med den registrertes rett til å be om innsyn i behandling av

personopplysninger. Enhver, også den som ikke allerede får sine personopplysninger behandlet, kan be om generelt innsyn i hvordan den behandlingsansvarlige behandler personopplysninger, jf. pol 18 første ledd. Den behandlingsansvarlige har da plikt til å gi slik informasjon som er opplistet overfor vedrørende informasjonsplikten, med tillegg av hvem som har det daglige ansvaret for den behandlingsansvarliges plikter og hvor opplysningene er hentet fra.

Dersom den som ber om innsyn er registrert, skal den behandlingsansvarlige opplyse om (§ 18 andre ledd):

- a) Hvilke opplysninger om den registrerte som behandles, og
- b) Sikkerhetstiltakene ved behandlingen så langt innsyn ikke svekker sikkerheten.

Den registrerte kan be om at den behandlingsansvarlige utdyper informasjonen, i den grad dette er nødvendig for at den registrerte skal kunne vareta egne interesser.

Personopplysningsloven oppstiller enkelte unntak fra informasjonsplikten og retten til innsyn i § 23, bl.a. av hensyn til etterforskning av straffbare handlinger mv, taushetsplikt og intern saksforberedelse. Hvorvidt det er adgang til å gjøre unntak fra hovedreglene om informasjonsplikt og innsynsrett må vurderes konkret, og unntak må begrunnes skriftlig med presis henvisning til unntakshjemmelen, jf. § 23 tredje ledd.

#### 4.4 Konsesjon

Behandling av sensitive personopplysninger krever som hovedregel konsesjon fra Datatilsynet, jf. personopplysningsloven § 33 første ledd. Konsesjon er imidlertid ikke påkrevet for statlige eller kommunale virksomheter som har lovhjemmel for behandlingen, jf. bestemmelsens femte ledd. UDI har konsesjon fra Datatilsynet til å behandle personopplysninger. Konsesjonen regulerer UDIs behandling av personopplysninger innenfor de behandlingsformål konsesjonen omfatter, se kapittel 3.4.

Konsesjonen fastsetter visse vilkår for behandling av personopplysninger, herunder om bruk av samtykke. Vilkårene i konsesjonen anses å ha begrenset relevans for de vurderinger som er gjort i denne rapporten, dels fordi vilkårene knytter seg til spesielle problemstillinger som ikke står sentralt i utredningen og dels fordi konsesjonen ikke går særlig langt i å utdype eller analysere hjemmelsgrunnlaget som sådan.

## 5 Generelt om samtykke som behandlingsgrunnlag

### 5.1 Innledning

Samtykke er som redegjort for i kapittel 4.2.1 ett av flere alternative behandlingsgrunnlag for å kunne behandle personopplysninger. Samtykke innebærer en viljeserklæring fra den enkelte om å tillate behandling av personopplysninger, og er slik sett nært knyttet til den registrertes grunnleggende interesse i brukermedvirkning og kontroll over egne personopplysninger.<sup>11</sup>

Hensynet til den enkeltes autonomi er også tillagt stor betydning på andre rettsområder. Innenfor strafferetten vil for eksempel samtykke kunne gjøre en ellers straffbar handling straffri,<sup>12</sup> og på helseområdet er den enkeltes samtykke en forutsetning for mange tiltak som ellers ville være en ulovlig krenkelse av fysisk eller psykisk integritet.<sup>13</sup> Til tross for likhetstrekk vil det etter vår oppfatning likevel

<sup>11</sup> For nærmere redegjørelse for regler vedrørende brukermedvirkning og kontroll, se Olsen, Thomas, *Personvernøkende identitetsforvaltning*, Complex 2/2015, kapittel 7; Bygrave, Lee A., *Data Privacy Law: An International Perspective*, Oxford University Press 2014, s. 158–163.

<sup>12</sup> Se for eksempel straffeloven § 235: "Straf efter §§ 228 og 229 kommer ikke til Anvendelse, når Handlingen er foretaget med nogen, som deri har samtykket."

<sup>13</sup> Se nærmere Aasen, Henriette Sinding, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, Fagbokforlaget, Bergen 2000.

ha begrenset overføringsverdi å se nærmere på samtykke på disse områdene pga. livs- og rettsområdenes egenart.

Lovgivningen stiller i enkelte tilfeller krav til samtykke som betingelse for utøvelse av forvaltningsmyndighet. Det er viktig å være oppmerksom på at samtykke i denne forbindelse ikke nødvendigvis harmonerer med personopplysningslovens samtykkedefinisjon. I møte med lovbestemmelser som legger opp til samtykke, må man gjøre en konkret vurdering av om dette utgjør et gyldig samtykke i personopplysningslovens forstand.

Personopplysningsloven § 2 (7) gir følgende definisjon av samtykke:

"en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte om at han eller hun godtar behandling av opplysninger om seg selv".

Bestemmelsen gjennomfører EUs personverndirektivs definisjon av samtykke i artikkel 2 bokstav h. I tillegg til tradisjonelle norske rettskilder som personopplysningslovens forarbeider, domstols- og myndighetspraksis og juridisk teori er derfor direktivet og praksis knyttet til direktivet viktige kilder for å fastlegge hvilke krav som stilles til samtykke. Den såkalte Artikkel 29-gruppen, som består av representanter fra datatilsynene i EU og EU-kommisjonen og som bl.a. har til oppgave å bidra til ensartet praksis i EØS-området, har avgitt flere uttalelser om samtykke. Uttalelsene er bare rådgivende og ikke rettslig bindende. Men siden datatilsynsmyndighetene synes å følge opp arbeidsgruppens generelle standpunkter, får uttalelsene ofte stor praktisk betydning. Det er imidlertid viktig å være oppmerksom på at arbeidsgruppens sammensetning og mandat innebærer at gruppen utøver en ombudsmannsrolle for personvernet, slik at uttalelsene i noen tilfeller kan bære preg av å fremheve personvern hensyn fremfor andre kryssende hensyn.

I Artikkel 29-gruppens grundige "Opinion 15/2011 on the definition of consent" fremkommer det at direktivets regler om samtykke er blitt implementert og praktisert forskjellig i medlemslandene. Videre fremhever arbeidsgruppen at det i mange land er usikkert om samtykke har forrang fremfor de andre behandlingsgrunnlagene og hvilke nærmere krav som stilles for at det skal foreligge et gyldig samtykke.

Redegjørelsen nedenfor viser at det også i norsk rett har rådet en viss usikkerhet om hvorvidt samtykke skal anses for å være hovedregelen, dvs. foretrukket behandlingsgrunnlag fremfor de andre behandlingsgrunnlagene. Nyere praksis fra Personvernemnda og uttalelser fra Artikkel 29-gruppen modererer tidligere oppfatning om at behandling av personopplysninger i størst mulig grad bør baseres på samtykke.

Redegjørelsen viser også at personopplysningslovens strenge krav til at samtykket skal være frivillig gjør at samtykket som hovedregel vil være uegnet som behandlingsgrunnlag på sentrale deler av utlendingsforvaltningens myndighetsområde.

Nedenfor er det først redegjort for samtykke og forholdet til de andre behandlingsgrunnlagene. Deretter er det redegjort for vilkårene om at samtykke må være "frivillig", "uttrykkelig" og "informert". Avslutningsvis er særlige spørsmål vedrørende adgangen til å trekke samtykke tilbake og innhenting av samtykke fra mindreårige omtalt.

## 5.2 Forholdet til de andre behandlingsgrunnlagene – er samtykke hovedregel?

Siden ikrafttredelsen av personopplysningsloven i januar 2001 har det vært usikkerhet knyttet til om samtykke skal anses som hovedregelen, dvs. om samtykke har forrang fremfor de andre behandlingsgrunnlagene.

Ordlyden i pol §§ 8 og 9 tilsier ikke at samtykke har forrang fremfor lov eller nødvendighetsgrunnene. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at behandlingen bør baseres på samtykke fremfor lovens nødvendighetsgrunner:

"Behandling av personopplysninger bør i størst mulig utstrekning baseres på samtykke fra den registrerte, selv om den også kan hjemles i de grunnlagene som oppstilles i bokstavene a-f. For det første vil dette styrke den registrertes muligheter til å råde over opplysninger om seg selv. For det annet vil man ved å basere behandlingen på samtykke unngå mulig tvil om de mer skjønsmessige vilkårene i bokstavene a til f er oppfylt."<sup>14</sup>

Personvernemndas tidligere praksis har vært i tråd med uttalelsene i forarbeidene om at behandling bør baseres på samtykke fremfor lovens nødvendighetsgrunner. Det er imidlertid viktig å merke seg at forarbeidene og Personvernemnda kun har uttalt seg om forholdet mellom samtykke og nødvendighetsgrunnene. Forholdet mellom samtykke og lovhjemmel er strengt tatt ikke vurdert.

I sak PVN-2004-1 (Statens arbeidsmiljøinstitutt – STAMI)<sup>15</sup> legger nemnda, i samsvar med Datatilsynets standpunkt, til grunn at samtykke skal ha prioritet fremfor nødvendighetsgrunnene. Nemnda støtter sitt syn på forarbeidenes uttalelser (jf. over) om at behandlingen i størst mulig utstrekning bør baseres på samtykke fra den registrerte. Nemnda viser også til helseregisterloven § 5 nr. 1 til 3 som etter nemndas vurdering styrker oppfatningen om at samtykke skal være hovedregel som behandlingsgrunnlag. Det vises også til at en slik regel harmonerer med direktivet hvor den enkeltes selvbestemmelse er tillagt stor vekt:

"Samtykke må i personopplysningsloven ses i sammenheng med det syn at den enkelte skal kunne bestemme og kontrollere bruken av personopplysninger om seg selv, og at denne muligheten anses å henge sammen med den enkeltes autonomi som borger i samfunnet, og å styrke den enkeltes mulighet til selv fritt å bestemme over sin egen situasjon. Personvernemnda mener at dette er en endring i det grunnleggende syn på innholdet av personvern i forhold til det som lå til grunn for personregisterloven, og finner sin begrunnelse i den forståelse av personvernet som personverndirektivet bygger på, og som personopplysningsloven er den norske implementeringen av."<sup>16</sup>

Skal man benytte en av nødvendighetsgrunnene fremfor hovedregelen om samtykke krever dette i følge nemnda en begrunnelse som ikke bare er en ren hensiktsmessighetsbetraktning:

"Det forhold at samtykke er hovedregelen, betyr imidlertid *ikke* at man ikke kan avvike fra dette prinsippet, og i stedet bygge på en av nødvendighetsbegrunnelsene i personopplysningsloven § 8. Det betyr imidlertid at alternativet med nødvendighetsbegrunnelser ikke er *likestilt* med samtykke, slik at den behandlingsansvarlige står fritt til å velge en nødvendighetsbegrunnelse av rene hensiktsmessighetsbetraktninger fremfor å bygge på samtykke. På den annen side vil man i valget mellom samtykke og nødvendighetsgrunn ikke bare bygge på det rent prinsipielle og formelle syn at loven må forstås slik at samtykke skal prioriteres, man må også ta hensyn til de konkrete argumentene for å velge nødvendighetsbegrunnelsen, og hvor tungtveiende de er i den konkrete sak. (...)

For at man skal kunne gjøre et avvik fra hovedprinsippet, må det derfor foreligge en begrunnelse. Denne begrunnelsen kan, som nevnt ovenfor, ikke bare være en ren hensiktsmessighetsbetraktning, f eks for å unngå kostnader, spare tid eller lignende – selv om slike begrunnelser selvsagt også må vurderes konkret i forhold til den enkelte sak."<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Ot. Prp. nr. 92 (1998-99) s. 108.

<sup>15</sup> PVN-2004-1 "STAMI".

<sup>16</sup> PVN-2004-1 "STAMI", punkt 6.2.

<sup>17</sup> PVN-2004-1 "STAMI", punkt 6.2.

I den aktuelle saken, som gjaldt en spørreundersøkelse, ble det anført at samtykke som behandlingsgrunnlag erfaringsvis ville medføre en lav svarprosent (mellom 40-50%). Dette ble ansett av nemnda som en legitim begrunnelse for å ikke velge samtykke, da samtykke ville redusere muligheten for å realisere prosjektets formål. Etter denne avklaringen av valg av behandlingsgrunnlag, vurderte nemnda alternative nødvendighetsgrunner, og kravet til behandlingsgrunnlag ble ansett å være oppfylt med hjemmel i § 8 bokstav d og § 9 første ledd bokstav h.

Standpunktet om at samtykke er hovedregelen er blitt opprettholdt i flere senere saker for Personvernemnda med henvisning til STAMI-saken.<sup>18</sup> Med henvisning til forarbeidene og STAMI-saken har dette også vært den rådende oppfatningen i juridisk teori.<sup>19</sup> Videre har Datatilsynet i sin praksis og gjeldende veiledning på nettet bidratt til å sementere en oppfatning om at samtykke har forrang fremfor de andre behandlingsgrunnlagene:

"Når ulike verksemder handsamar personopplysninger, skal dei i størst mogleg grad basere det på samtykke. Det inneber at du godtek at verksemda behandlar personopplysningar om deg."<sup>20</sup>

Nyere juridisk teori,<sup>21</sup> senere praksis fra Personvernemnda og uttalelser fra Artikkel 29-gruppen om tolkningen av personverndirektivet moderer imidlertid den tilsynelatende befestede oppfatningen om samtykke som hovedregel.

I 2009 gjennomførte den danske jusprofessoren Peter Blume en gjennomgang av Personvernemndas praksis i 2001-2008.<sup>22</sup> Blume bemerket i sin redegjørelse særskilt at samtykke betraktes som hovedregel eller primært behandlingsgrunnlag i nemndas praksis. I følge Blume fremgår slik forrang ikke klart av personopplysningslovens ordlyd eller av personverndirektivet. Videre poengterte Blume at nemndas strenge fortolkning av frivillighet gjør at samtykke i meget vid utstrekning ikke vil kunne benyttes som behandlingsgrunnlag, noe som vil undergrave den praktiske betydningen av samtykke som det primære behandlingsgrunnlag.

Blant annet med henvisning til Blumes kritikk av Personvernemndas tidligere praksis, er det viktig å merke seg at Personvernemnda i PVN-2012-01 (Barn med påførte dødelige skader) på ny tar prinsipiell stilling til samtykkets status som behandlingsgrunnlag. Personvernemndas konklusjon denne gangen er at behandlingsgrunnlagene må anses som likestilte:

"Datatilsynet synes å legge til grunn at behandlingsgrunnlag som hovedregel skal være samtykke. Nemnda skal bemerke at etter en naturlig språklig forståelse av lovteksten i personopplysningsloven § 8 fremstår de ulike behandlingsgrunnlagene (samtykke, lov eller nødvendig) som likeverdige. I forarbeidene fremheves det riktignok at man "bør" forsøke å innhente samtykke, men nemnda kan ikke se at det dermed foreligger en hovedregel om samtykke, selv om nemnda ser at samtykke i det store antall saker likevel vil være det mest aktuelle behandlingsgrunnlag fordi de øvrige behandlingsgrunnlag fremstår med et snevrere anvendelsesområde. Uttalelsen i forarbeidene anses

<sup>18</sup> Se bl.a. PVN-2004-3 "Posten Norge", PVN-2006-10 "Esso Norge" og PVN-2007-7 "ung1881.no".

<sup>19</sup> Se f.eks. Johansen m. fl., *Personopplysningsloven: kommentarutgave*, Universitetsforlaget 2001, s. 97-99, Schartum og Bygrave, *Personvern i informasjonssamfunnet: en innføring i vern av personopplysninger*, Fagbokforlaget 2011, s. 161-163 og Blixrud og Ottesen, *Personvern i finanssektoren*, Gyldendal 2010 s. 84-87.

<sup>20</sup> <https://www.datatilsynet.no/personvern/Samtykke/>. Veiledningen er publisert 25. november 2011 og sist endret 23. februar 2015.

<sup>21</sup> Se Blume, *Databeskyttelsesret*, 3. utgave, København 2008, s. 150-151; Blume, "Samtykke i databeskyttelsesretten", UfR, U.2000B.77 (2000), punkt 4. Se også Kotschy i Poulet m. fl. (red), *Concise European IT law*, Alphen aan den Rijn 2006, s. 47: "Contrary to the doctrine of "informational self-determination" (Census case (Germany)), art. 7 does not overemphasize the importance of "consent": all grounds for lawful processing mentioned in art. 7 have the same status". Se videre Olsen, Thomas, *Personvernøkende identitetsforvaltning*, Complex 2/2015, kapittel 7.5.

<sup>22</sup> Blume, *Vurdering af Personvernemndas praksis 2001-2008*, Complex 3/09, s. 13-14.

ikke som en rettslig normering, men som en hensiktsmessighetsbetraktning. Rettslig sett må de ulike behandlingsgrunnlagene derfor behandles som likestilte. Nemnda viser også til Personverndirektivet (95/46 EF) artikkel 7, samt til artikkelen "Vurdering af Personvernmemndas praksis 2001-2008" av Peter Blume (Complex 3/2009) hvor det ble rettet en viss kritikk mot nemnda for å ha lagt for stor vekt på samtykke som behandlingsgrunnlag. Blume uttaler på side 13 at "Direktivet (artikel 7 og artikkel 8, stk 2) giver ikke efter min vurdering, modsat som indiceret bl.a. i nævnets afgørelse i PVN 2004/01, samtykke forrang".

Personvernmemndas avgjørelse i 2012 innebærer altså et prinsipielt skifte fra å anse samtykke som hovedregel til å anse behandlingsgrunnlagene som likestilte. Tilsynelatende har denne viktige avgjørelsen ikke fått den oppmerksomheten den fortjener. Det vises her for eksempel til at gjeldende veiledning fra Datatilsynet fremdeles fremhever samtykke som hovedregel.

Personvernmemndas endrede praksis bringer norsk rett i bedre samsvar med rådende oppfatning fra internasjonale datatilsynsmyndigheter. Som nevnt ovenfor, kom Artikkel 29-gruppen i 2011 med en grundig uttalelse om fortolkningen av personverndirektivets regler om samtykke.<sup>23</sup>

Arbeidsgruppen kommenterer eksplisitt det forhold at enkelte lands nasjonale rett fremhever samtykke som hovedregel. Om dette uttaler arbeidsgruppen at det er viktig å understreke at samtykke ikke alltid vil være det primære eller foretrukne grunnlag for å hjemle behandling av personopplysninger. Avhengig av konteksten, vil andre rettslige grunnlag være mer egnede, både fra den registrertes og den behandlingsansvarliges perspektiv.<sup>24</sup> Hvis samtykke benyttes på korrekt måte, vil dette gi den registrerte kontroll over behandling av egne opplysninger. Hvis samtykke derimot benyttes i tilfeller hvor det er usannsynlig at vilkårene for gyldig samtykke er til stede, vil dette føre til sårbarhet og i praksis svekke den registrertes posisjon.<sup>25</sup>

Oppsummeringsvis viser redegjørelsen at det ikke lenger er grunnlag for forbeholdsløst å hevde at samtykke er hovedregelen i norsk rett. Personvernmemndas avgjørelse i 2012 (PVN-2012-01 – Barn med påførte dødelige skader) korrigerer nemndas tidligere praksis om samtykke som hovedregel og fastslår at behandlingsgrunnlagene er likestilte.

Etter vår vurdering er Personvernmemndas avgjørelse i PVN-2012-01 en hensiktsmessig korrigering av rettsstilstanden. Vi oppfatter at man med nemndas nye linje i mindre grad risikerer den uheldige situasjonen at behandlingsansvarlige legger for mye vekt på en formell rangering av behandlingsgrunnlagene uten å gjøre en konkret vurdering av hvilket behandlingsgrunnlag som er best egnet i det enkelte tilfellet.

Oppmerksomheten har i juridisk teori og praksis primært vært rettet mot forholdet mellom samtykke og nødvendighetsgrunnene, mens forholdet mellom samtykke og lov i mindre grad er omtalt. For utlendingsmyndighetenes vedkommende er det sistnevnte problemstilling som er den sentrale. Siden samtykke og lov etter Personvernmemndas praksis er likestilte behandlingsgrunnlag, må det gjøres en konkret vurdering av hvilket behandlingsgrunnlag som er best egnet i det enkelte tilfellet.

Som Artikkel 29-gruppen påpeker, er samtykke et sentralt behandlingsgrunnlag som, dersom det benyttes på riktig måte på egnende områder, ivaretar den enkeltes grunnleggende interesse i selvbestemmelse over egne opplysninger. Brukt på områder hvor det er vanskelig eller umulig å oppfylle vilkårene til frivillig, uttrykkelig og informert samtykke, vil derimot samtykke svekke den enkeltes personvern. Gjelder det

<sup>23</sup> Artikkel 29-gruppen, "Opinion 15/2011 on the definition of consent", WP 187, 13. juli 2011.

<sup>24</sup> Artikkel 29-gruppen, "Opinion 15/2011 on the definition of consent", WP 187, 13. juli 2011, s. 2.

<sup>25</sup> Artikkel 29-gruppen, "Opinion 15/2011 on the definition of consent", WP 187, 13. juli 2011, s. 10.

spesielt inngripende tiltak og behandling av sensitive personopplysninger taler dette for at samtykke bør innhentes såfremt det er mulig å innhente *gyldig* samtykke.<sup>26</sup>

En av hovedkonklusjonene i denne rapporten er imidlertid at samtykke i *liten* utstrekning vil være egnet som behandlingsgrunnlag på utlendingsområdet fordi kravet til frivillighet ikke vil være oppfylt, jf. kapittel 5.3 og kapitlene 7-9 nedenfor. Rapporten anbefaler derfor utvikling av det lovmessige behandlingsgrunnlaget. Selv om behandlingen er hjemlet i lov, er det likevel grunn til å forsøke å oppnå de fordelene som knytter seg til samtykke, for eksempel ved at opplysningene innhentes direkte fra den registrerte på bakgrunn av klar og tydelig informasjon om hvordan opplysningene vil bli behandlet.

Gjennomgangen av praksis i UDI viser for øvrig at forvaltningen i enkelte tilfeller bygger på en kombinasjon av samtykke og lov. Eksempelvis gir utlendingsloven i enkelte tilfeller anvisning på at utlendingsforvaltningen skal innhente utlendingens samtykke for behandling av personopplysninger til et nærmere bestemt formål, se kapitlene 8.1.2-8.1.4. Etter vår oppfatning er behandlingsgrunnlaget i disse tilfellene lovhjemmel og ikke samtykke. Samtykket oppfyller ikke personopplysningslovens strenge krav til frivillighet, men har karakter av å være en medbestemmelsesrett eller valgfrihet som knytter seg til myndighetsutøvelsen. Slike kombinasjoner av lovhjemmel og samtykke kan legge til rette for en prosess som i større grad bidrar til å øke utlendingens opplevelse av selvbestemmelse og kontroll samtidig som lovhjemmelen gir klare rammer for behandlingen av personopplysninger.

### 5.3 Samtykket må være frivillig

På utlendingsområdet er det særlig kravet til at samtykket skal være frivillig som vil være avgjørende for om samtykke er egnet som rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger.

Det som kjennetegner utlendingsmyndighetenes behandling av personopplysninger er at det ofte skjer i tilknytning til saker om tildeling av grunnleggende goder. Sakene anses også for generelt å ha stor betydning for mennesker som kan være i en særlig sårbar situasjon. Dersom utlendingen ikke samtykker kan dette føre til avslag på søknaden og nektelse av et grunnleggende gode. I enkelte tilfeller benyttes også tvang.

Personopplysningsloven har ikke bestemmelser utover definisjonen av samtykke i § 2 nr. 7 som klargjør kravet til frivillighet. Forarbeidene gir heller ikke nærmere veiledning utover å påpeke at ingen kan tvinges til å samtykke: "samtykket ikke må være avgitt under noen form fra tvang fra den behandlingsansvarlige eller andre."<sup>27</sup>

Det nærmere innholdet i kravet til frivillighet må derfor søkes i tilsynsmyndighetenes praksis og juridisk teori. Professor Peter Blumes gjennomgang av Personvernemndas praksis vedrørende samtykke viser at det gjennomgående stilles strenge krav til samtykke. Blume poengterer at selv om nemnda utviser en viss fleksibilitet er det under enhver omstendighet tale om en tolkning som er mer restriktiv enn i en del andre land. I følge Blume vil dette i praksis underminere den praktiske betydning av samtykke, jf. redegjørelsen i kapittel 5.2 om at samtykke tidligere ble ansett som hovedregel.<sup>28</sup>

Av den nokså omfattende praksis fra Personvernemnda fremgår at det er særlig relevant å se hen til om samtykke stilles som betingelse for å få tilgang til et gode eller en tjeneste, og om vedkommende har en reell valgfrihet.

<sup>26</sup> Støtte for dette, finner man i personvern direktivets fortale premiss 33 om at uttrykkelig samtykke bør innhentes i forbindelse med behandling av "opplysninger som er av en slik art at de kan krenke grunnleggende friheter eller privatlivets fred". Se nærmere Olsen, Thomas, *Personvernøkende identitetsforvaltning*, Complex 2/2015, kapittel 7.4.2.

<sup>27</sup> Ot. prp. nr. 92 (1998-99), s. 103-104.

<sup>28</sup> Blume, *Vurdering af Personvernemndas praksis 2001-2008*, Complex 3/09, s. 13-14.

Dette var de sentrale problemstillingene i Personvernemndas avgjørelse i PVN-2003-1 "Kreditnett AS".<sup>29</sup> Saken gjaldt Datatilsynets avslag på konsesjonssøknad om å få opprette et sentralt register for låneporteføljen i landets kredittinstitusjoner. Formålet med registeret var å sørge for at kredittinstitusjonene til enhver tid har oversikt over hva en lånesøker har av løpende lån, slik at de kunne legge dette til grunn for vurdering av den enkelte lånesøknad. Når det gjelder spørsmålet om frivillighet, viser nemnda til forarbeidene og juridisk teori<sup>30</sup> som nevner et eksempel på et tilfelle hvor kravet til frivillighet ikke er oppfylt, nemlig hvor "en person søker på en stilling og bes om samtykke til at det skal foretas en psykologtest". På dette grunnlag kommer nemnda med følgende prinsipputtalelse:

"Personvernemnda ser det slik at når samtykke stilles som betingelse for å få et gode av betydning for den registrerte, vil som hovedregel samtykket ikke kunne anses å være avgitt frivillig. Det er åpenbart at hvis samtykke stilles som vilkår for at en lånesøknad skal behandles, vil det ikke være avgitt med det krav til frivillighet som stilles i personopplysningsloven."<sup>31</sup>

På denne bakgrunn antok Personvernemnda at et sentralt gjeldsregister vanskelig kan etableres uten hjemmel i lov.

Ytterligere en sak med sentrale betraktninger vedrørende om kravet til frivillighet vil være oppfylt hvis samtykke stilles som betingelse for et viktig gode, er PVN-2014-3 ("Husbanken"). Nemnda vurderte her hvorvidt samtykke til innhenting av opplysninger er en betingelse for å få behandlet en bostøttesøknad i henhold til bostøtteleven § 8.

Husbankens standpunkt og etablerte praksis var at samtykke til Husbankens innhenting av opplysninger fra andre offentlig myndigheter, uten hinder av taushetsplikten, var et vilkår for å få saken behandlet. Datatilsynets standpunkt i saken var at kravene til frivillig samtykke ikke vil være oppfylt sett i lys av partenes styrkeforhold og at søker i realiteten ikke har noe annet alternativ enn å samtykke hvis vedkommende skal få innvilget sin søknad.

Personvernemndas flertall kom til at man har krav på å få behandlet søknad om bostøtte uten å ha avgitt samtykke i henhold til bostøtteleven § 8 annet ledd, og slik sett kom ikke spørsmålet om frivillighet på spissen siden søkeren hadde valgfrihet med hensyn til å avgi samtykke. Det skal bemerkes at nemndas mindretall var av den oppfatning at lovgiver her hadde tatt et bevisst valg om at samtykke er en forutsetning for å få behandlet søknaden, vel vitende om at et slikt samtykke ikke tilfredsstiller de krav som tidligere er blitt stilt til frivillig samtykke.

Hvorvidt det er reell valgmulighet til ikke å gi samtykke var også avgjørende for hvorvidt frivillighetsvilkåret var oppfylt i PVN-2009-16 (Drosjeløyve). På bakgrunn av tidligere misligheter innen drosjenæringen var det blitt oppstilt skjerpede krav til fremleggelse av dokumentasjon på godandel i forbindelse med søknad om drosjeløyve i Oslo. Spørsmålet var om en samtykkeerklæring, hvor løyvesøker samtykker til at kommunen selv innhenter relevante opplysninger, tilfredsstiller kravet til frivillighet. Om dette uttalte nemnda:

"I denne saken, hvor det er tale om å innhente informasjon om en søker som søker er pålagt å fremlegge, må frivillighetskravet innebære at det må foreligge et alternativ til samtykke. Alternativet til samtykke må i denne saken være å selv legge frem de samme dokumentene som samtykkeskjemaet

<sup>29</sup> PVN-2003-1 "Kreditnett".

<sup>30</sup> Johansen m fl., *Personopplysningsloven: kommentarutgave*, Oslo 2001, s. 77.

<sup>31</sup> PVN-2003-1 "Kreditnett", punkt 6. Dette sitatet er for øvrig også gjengitt i følgebrev til UDIs konsesjon datert samme dag som konsesjonsvedtaket, jf. kapittel 4.4.

spesifiserer. Det er derfor Personvernemndas oppfatning at vilkåret om frivillighet kun er oppfylt dersom løyvesøker har valget mellom disse to alternativene."<sup>32</sup>

Personvernemndas praksis innebærer at kravet til frivillighet i mange tilfeller ikke vil være oppfylt ved gjennomføring av kontrolltiltak. Kravet til frivillighet er ellers problematisk i tilfeller hvor det foreligger et avhengighetsforhold mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige, slik tilfellet er i arbeidslivet. I Personvernemndas avgjørelse i PVN-2005-6 (Securitas), var spørsmålet om samtykke fra den enkelte ansatte kunne hjemle rusmiddelkontroll. Til tross for lovnader fra Securitas om at nektelse av rusmiddelkontroll ikke ville få konsekvenser for den aktuelle personens ansettelsesforhold, uttalte nemnda:

"For den enkelte vil det likevel være nærliggende å oppleve at det vil kunne få konsekvenser for vedkommendes arbeidsforhold. Arbeidsgiver har alltid en viss makt over de ansatte gjennom sin styringsrett. Det vil i skyggen av denne være vanskelig å anse et samtykke fra en ansatt avgitt uten tanke på at nektelse vil kunne ha betydning for fremtiden – selv om arbeidsgiver ikke har til hensikt å utnytte opplysningene til skade for arbeidstaker."<sup>33</sup>

Utgangspunktet er derfor at samtykke som hovedregel ikke vil være egnet som rettslig grunnlag i arbeidsforhold, siden den ansatte vil kunne være bekymret for at nektelse av samtykke kan påvirke forholdet til arbeidsgiver.

Uttalelser fra Artikkel 29-gruppen gir etter vår oppfatning også anvisning på relevante vurderingsmomenter for hvorvidt kravet til frivillighet er oppfylt. Arbeidsgruppen oppsummerer kravet til frivillighet på følgende måte:

"Consent can only be valid if the data subject is able to exercise a real choice, and there is no risk of deception, intimidation, coercion or significant negative consequences if he/she does not consent. If the consequences of consenting undermine individuals' freedom of choice, consent would not be free."<sup>34</sup>

Arbeidsgruppen fremhever at i tilfeller hvor den registrerte er underordnet den behandlingsansvarlige, som for eksempel i et arbeidsgiver-arbeidstaker-forhold vil samtykke ikke være frivillig hvis det reelt eller potensielt kan være konsekvenser knyttet til ikke å samtykke. Arbeidsgruppen poengterer at et underordningsforhold kan være en viktig grunn til at samtykke ikke anses som frivillig, men at også andre forhold kan være av betydning, som for eksempel finansielle, emosjonelle eller praktiske forhold.<sup>35</sup>

Når det gjelder offentlige myndigheters behandling av personopplysninger, er Artikkel 29-gruppen klar på at samtykke ikke vil være et egnet behandlingsgrunnlag. Dette gjelder særlig offentlige myndigheters tvangsutøvelse. Som eksempel nevnes at politiet ikke kan basere seg på samtykke for tiltak som ellers ikke ville være tillatt i henhold til lovgivningen.

Arbeidsgruppen innrømmer videre at det i enkelte tilfeller kan være tale om ordninger hvor offentlige myndigheter tilbyr tilleggstenester som kan bidra til usikkerhet og misbruk dersom de feilaktig baseres på samtykke:

"It should be acknowledged, nevertheless, that even though States may have a legal duty to process personal data, the individual does not always have a duty to collaborate. There may be cases where

<sup>32</sup> PVN-2009-16 "Drosjeløyve", punkt 6.

<sup>33</sup> PVN-2005-6 "Securitas", punkt 6.2.2.

<sup>34</sup> Artikkel 29-gruppen, "Opinion 15/2011 on the definition of consent", WP 187, 13. juli 2011, s. 12.

<sup>35</sup> Artikkel 29-gruppen, "Opinion 15/2011 on the definition of consent", WP 187, 13. juli 2011, s. 14.

"added value services" are provided to data subjects, which they can decide to use or not. But in most of the cases the processing is actually mandatory. It is often not so easy to identify whether the processing of personal data by public authorities rightfully relies on the consent of the individual. The processing of personal data in the public sector therefore often involves hybrid schemes, which can lead to uncertainty and abuse if wrongly justified by consent."<sup>36</sup>

I slike tilfeller må det i følge arbeidsgruppen gjøres en konkret vurdering i det enkelte tilfelle om samtykke reelt sett er frivillig.

Oppsummeringsvis viser redegjørelsen at det stilles strenge krav til frivillighet ved samtykke. Det kreves at den registrerte har en reell valgfrihet. Dersom den enkeltes samtykke gjøres til en betingelse for innvilgelse av et viktig og grunnleggende gode, vil utgangspunktet være at samtykket ikke er frivillig. Eksempler på dette er innvilgelse av asyl eller oppholdstillatelse der utlendingsmyndigheten har et monopol på å innvilge tillatelser. Gjelder det derimot goder eller tjenester som ikke anses som grunnleggende/nødvendige og som man fint kan klare seg uten ("luksusgoder"), eller som kan skaffes på andre måter uten å måtte avgi samtykke, vil frivillighetskravet kunne anses oppfylt.<sup>37</sup> Eksempel på dette kan være der utlendingsmyndighetene utover saksbehandlingen av søknaden tilbyr en tilleggstjeneste, for eksempel tilrettelegging av mottaksplass mv.

Frivillighetskravet vil heller ikke være oppfylt dersom den registrerte er i en posisjon som gjør at det er grunn til å frykte at det å nekte å samtykke kan få negative konsekvenser. Etter vår vurdering vil utlendinger i mange tilfeller kunne ha en begrunnet frykt for at nektelse av samtykke vil ha negative følger for søknaden eller forholdet til utlendingsmyndigheten. Selv om utlendingsmyndigheten etablerer en praksis om at samtykke til behandling av personopplysninger ikke er en nødvendig forutsetning for behandling av søknaden, vil konsekvensen av ikke å samtykke i mange tilfeller være at søknaden avslås.

Sett i lys av de faktiske forhold som kjennetegner utlendingsmyndighetenes behandling av personopplysninger, som er beskrevet innledningsvis i dette kapitlet, innebærer de strenge kravene til frivillighet at samtykke som hovedregel vil være uegnet som behandlingsgrunnlag. Det utelukkes imidlertid ikke at samtykke kan være egnet som behandlingsgrunnlag for nærmere bestemte formål der den registrerte har en reell valgfrihet. Dette må imidlertid vurderes konkret, jf. gjennomgangen av UDIs samtykkepraksis i kapitlene 7-9.

I tilfeller der lovgivningen på utlendingsområdet angir at det skal innhentes samtykke til formål som er nærmere angitt i loven, se for eksempel kapitlene 8.1.2-8.1.4, oppstår spørsmålet om det er de generelle kravene til frivillighet som gjelder, eller om det er grunnlag for å lempe på kravene. Dette må etter vår oppfatning vurderes konkret med det utgangspunkt at personopplysningslovens generelle krav til frivillighet kommer til anvendelse. Dersom lovgiver bevisst har valgt denne løsningen vel vitende om at de generelle kravene til frivillighet vanskelig kan oppnås, taler dette for at behandlingen må anses å ha hjemmel i lov så fremt lovbestemmelsens krav til samtykke er oppfylt. Et moment i vurderingen vil være om lovgivningen klart angir formål og skranker for myndighetenes behandling av personopplysninger, slik at utlendingens samtykke avgis innenfor klare og forutsigbare rammer. Hvorvidt det foreligger et gyldig behandlingsgrunnlag i disse tilfellene beror altså på om behandlingen kan sies å ha hjemmel i lov, jf. kravene til lovhjemmel som behandlingsgrunnlag som er omtalt i 6 nedenfor og ikke på hvorvidt det foreligger et gyldig samtykke i personopplysningslovens forstand.

<sup>36</sup> Artikkel 29-gruppen, "Opinion 15/2011 on the definition of consent", WP 187, 13. juli 2011, s. 16.

<sup>37</sup> Se nærmere om hvilken betydning godet eller tjenestens art kan ha for kravet til frivillighet i Olsen, Thomas, *Personvernøkende identitetsforvaltning*, Complex 2/2015, kapittel, 7.5.2.

## 5.4 Krav til uttrykkelig samtykke

For at et samtykke skal være gyldig, må det være "uttrykkelig". Det følger av forarbeidene at vilkåret både stiller krav til at det må "klart og utvetydig fremgå at det er samtykket", men også "hvilke behandlinger samtykket omfatter og hvilke behandlingsansvarlige det er rettet til".<sup>38</sup>

Det gjelder i følge forarbeidene ingen formkrav til samtykke. Et samtykke kan være både skriftlig og muntlig, og det er også presisert at samtykke kan innhentes elektronisk. I den forbindelse påpekes det at det er den behandlingsansvarlige som vil måtte sannsynliggjøre at det foreligger et samtykke, og da vil skriftlighet, enten elektronisk eller på papir, være av betydning. Særlig anses slik dokumentasjon som hensiktsmessig dersom samtykket gjelder behandling av sensitive personopplysninger.<sup>39</sup>

Uttalelsene i forarbeidene er her i tråd med personverndirektivet, som stiller strengere krav til "uttrykkelighet" ved samtykke til behandling av sensitive opplysninger enn ved samtykke til behandling av alminnelige opplysninger, jf art 7 bokstav a "utvetydig"/"unambiguous" og sensitive personopplysninger art 8 nr. 2 bokstav a "uttrykkelig"/"explicit".

Det fremgår av gjennomgangen av UDIs samtykkepraksis i kapitlene 7-9 at det i stor utstrekning er lagt opp til at søker signerer på skjemaer som gir informasjon om behandlingen av personopplysninger. Signering oppfyller åpenbart kravet til at det klart og utvetydig er samtykket. En viktig forutsetning er imidlertid at det er rette vedkommende som har samtykket, jf. at det på utlendingsområdet kan være en utfordring å få verifisert utlendingens identitet.<sup>40</sup>

Passivitet, eller konkludent atferd, anses ikke å tilfredsstille kravet til samtykke.<sup>41</sup> Dette betyr for eksempel at utlendingsmyndighetene ikke kan legge opp til en samtykkeløsning hvor utlendingen må foreta en handling dersom vedkommende ikke ønsker å samtykke.

Etter vår oppfatning er det kravet til samtykkets presisjon – dvs. hvilke behandlinger et samtykke omfatter og hvilke behandlingsansvarlige det er rettet til – som kan være den største utfordringen på utlendingsområdet når det gjelder kravet til uttrykkelighet. Det er også dette aspektet Artikkel 29-gruppen vier mest oppmerksomhet, jf. at personverndirektivet benytter begrepet "specific consent", nemlig at samtykket må være spesifisert. I følge arbeidsgruppen må et samtykke være forståelig og referere klart og tydelig til rekkevidden og konsekvensene av å samtykke. Dette innebærer i følge arbeidsgruppen at et samtykke ikke kan være avgitt til ikke-avgrensede behandlingsformål. Dersom den behandlingsansvarlige ønsker å behandle personopplysningene for ulike formål, kan det være nødvendig å innhente konkrete samtykker for de enkelte formål. Imidlertid vil det være mulig å innhente samtykke bare én gang for ulike behandlingsoperasjoner hvis de faller innenfor den registrertes rimelige forventninger.<sup>42</sup>

## 5.5 Krav til informert samtykke

Det fremgår av personopplysningslovens definisjon av samtykke at samtykket skal være informert. I følge forarbeidene innebærer dette at den registrerte "gis tilstrekkelig informasjon slik at vedkommende vet hva det samtykkes i."<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Ot Prp nr 92 (1998-99) s. 103.

<sup>39</sup> Ot prp nr 92 (1998-99), s. 103.

<sup>40</sup> Se nærmere om verifisering av identitet og innhenting av samtykke fra den opplysningene gjelder i Olsen, Thomas, *Personvernøkende identitetsforvaltning*, Complex 2/2015, kapittel 7.5.1.

<sup>41</sup> Se NOU 1997:19 Et bedre personvern, s. 133.

<sup>42</sup> Artikkel 29-gruppen, "Opinion 15/2011 on the definition of consent", WP 187, 13. juli 2011, s. 17.

<sup>43</sup> Ot. prp. nr. 92 (1998-99), s. 103.

Kravet til at samtykket skal være informert må sees i sammenheng med lovens informasjonspliktregler. I utgangspunktet må informasjonen som skal formidles som minimum omfatte de samme elementene som er nevnt i §§ 19 og 20 vedrørende innsamling fra den registrerte og andre, se ovenfor i kapittel 4.3.

Hva som skal til for at et samtykke anses for å være gitt på informert grunnlag, må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Hvis samtykke skal benyttes som behandlingsgrunnlag for svært omfattende og potensielt personvernkrenkende behandling, vil det stilles større krav til informasjon, mens mer triviell behandling senker kravene til informasjon. Tilsvarende vil ukjente og komplekse behandlingsformer med mange involverte aktører tilsi detaljert informasjon, mens det skal mindre til før samtykket anses som avgitt på informert grunnlag dersom den registrerte allerede har fått relevant informasjon.<sup>44</sup>

Utgangspunktet om at det er den behandlingsansvarlige som må sannsynliggjøre at det foreligger et gyldig avgitt samtykke, må etter vår oppfatning også gjelde vilkåret om at det er avgitt på informert grunnlag. Dette taler for at den behandlingsansvarlige må sørge for å ha dokumentasjon også for hvilken informasjon som er formidlet i forbindelse med samtykke. Redegjørelsen for UDIs samtykkepraksis i kapittel 7-9 viser at det i utstrakt grad benyttes informasjonsskriv som undertegnes av utlendingen. Etter vår oppfatning kan dette på de områdene UDI benytter samtykke, være en hensiktsmessig praksis for å sikre at utlendingen har mottatt viktig informasjon, og for å dokumentere at informasjonen er gitt.

Når det gjelder nettbaserte tjenester vil relevant informasjon kunne formidles i en *personvernerklæring* for tjenesten. En slik tilnærming vil kunne ha den fordel at informasjonen alltid er tilgjengelig, og det er prinsipielt sett ikke noe i veien for at erklæringen i seg selv danner informasjonsgrunnlaget for samtykket. Dersom informasjonen som legges til grunn for samtykket derimot bare vises én gang, f.eks. et godt stykke ut i en registreringsrutine, vil den registrerte i mindre grad ha anledning til å orientere seg forut for samtykket, og i ettertid kan det bli usikkerhet knyttet til hva samtykket var ment å omfatte.<sup>45</sup>

Etter vår vurdering kan det etter omstendighetene være store utfordringer med å oppfylle kravet til informert samtykke på utlendingsområdet. Utfordringene knytter seg bl.a. til kompleksiteten i regelverket, organiseringen av utlendingsforvaltningen, informasjonsflyt og behandlingsformål. Utfordringer knytter seg også til at utlendingene ikke nødvendigvis er kjent med sine rettigheter. Det vil også være kommunikasjonsutfordringer pga. språklige og kulturelle forhold mv. Slike forhold gjør det krevende å sikre at samtykke er gitt på informert grunnlag, noe som kan medføre at kravene til gyldig samtykke ikke er oppfylt.

## 5.6 Tilbaketrekking av samtykke

Det er alminnelig antatt at et samtykke til behandling av personopplysninger kan trekkes tilbake. Denne prinsipielt viktige rettigheten kan riktig nok ikke leses ut av lovens ordlyd, men følger av forarbeidene<sup>46</sup> og av juridisk teori.<sup>47</sup>

Konsekvensene av at samtykket trekkes tilbake er i følge forarbeidene at behandlingen må opphøre.<sup>48</sup> Selv om opphør av behandlingen er hovedregelen, antas at dette bare gjelder i den grad behandlingen ikke kan fortsette basert på et annet gyldig behandlingsgrunnlag.<sup>49</sup> Dersom behandlingen for eksempel kan hjemles i lov, vil behandlingen kunne fortsette dersom de andre grunnkravene i § 11 fortsatt er tilstede.

<sup>44</sup> For nærmere redegjørelse for kravet til informert samtykke og informasjonspliktreglene, se Olsen, Thomas, *Personvernøkende identitetsforvaltning*, Complex 2/2015, kapittel 7.5.4 og 7.7.

<sup>45</sup> For nærmere redegjørelse, se Olsen, Thomas, *Personvernøkende identitetsforvaltning*, Complex 2/2015, kapittel 7.7.

<sup>46</sup> Ot. prp. nr. 92 (1998-99), merknadene til § 2 på s. 104 og § 8 på s. 108.

<sup>47</sup> Se f.eks. Schartum og Bygrave, *Personvern i informasjonssamfunnet: en innføring i vern av personopplysninger*, Bergen 2011, s. 163.

<sup>48</sup> Ot. prp. nr. 92 (1998-99), s. 108.

<sup>49</sup> Se Schartum og Bygrave, *Personvern i informasjonssamfunnet: en innføring i vern av personopplysninger*, Bergen 2011, s. 163.

Adgangen til å trekke samtykke tilbake kan ha store praktiske konsekvenser for utlendingsforvaltningen. I enkelte tilfeller vil tilbaketrekking av samtykke i realiteten innebære at søknaden avslås. Etter vår vurdering bør muligheten for at samtykke trekkes tilbake, og de praktiske konsekvenser dette får, derfor tas i betraktning ved valg av strategi vedrørende behandlingsgrunnlag i utlendingsforvaltningen.

## 5.7 Kompetanse til å samtykke – særlig om innhenting av samtykke fra mindreårige

Personopplysningsloven har ikke særskilte bestemmelser om *barns* samtykkekompetanse, og det gis ikke anvisning på i hvilke tilfeller mindreårige selv kan samtykke til behandling og i hvilke tilfeller behandlingen eventuelt må baseres på samtykke fra foresatte/verge. Det følger imidlertid av forarbeidene at ”for mindreårige og umyndiggjorte som ikke kan samtykke selv, må spørsmålet om samtykke skal gis vurderes av vergen.”<sup>50</sup> Utgangspunktet må derfor være at et barn under 18 år ikke kan samtykke på selvstendig grunnlag.

Datatilsynet har i samarbeid med Forbrukerombudet utarbeidet en veiledning om innhenting og bruk av barn og unges personopplysninger.<sup>51</sup> I veiledningen legges det til grunn, i tråd med praksis fra datatilsynsmyndighetene i Norge, Sverige og Danmark, at mindreårige som har fylt 15 år som hovedregel kan samtykke til innhenting og bruk av egne personopplysninger.<sup>52</sup> For barn som er yngre enn 15 år må eventuelt foresatte samtykke. Til tross for hovedregelen om 15 år skal den behandlingsansvarlige, i henhold til veiledningen, alltid foreta en konkret vurdering av blant annet opplysningenes art og omfang, hvilket medium som benyttes, aldersgruppe og hva opplysningene skal brukes til.<sup>53</sup>

På utlendingsmyndighetenes område er det særlige regler som gjelder for enslige, mindreårige asylsøkere, jf. utlendingsloven kapittel 11 A. Enslige mindreårige asylsøkere er definert som personer under 18 år som befinner seg i Norge uten foreldre eller andre som har foreldreansvaret, jf. utlendingsloven § 98 a. I henhold til § 98 b, skal det oppnevnes en representant for den mindreårige. Representantens oppgaver er å ivareta den mindreåriges interesser i asylsaken og ellers utføre de oppgaver som tilkommer en verge i henhold til annen lovgivning, jf. utlendingsloven § 98 d.

Utlendingsloven § 98 e, jf. også vergemålsloven § 17, angir at den mindreårige skal høres før representanten treffer avgjørelser for barnet. Jo eldre og mer modent barnet er, jo større vekt skal tillegges barnets mening. Dette synes å være i tråd med Datatilsynets praksis om å tillegge barnets mening særlig vekt etter fylte 15 år.

## 6 Lovhjemmel som behandlingsgrunnlag

### 6.1 Innledning

For å kunne vurdere hvorvidt utlendingsforvaltningen har hjemmel i lov for å behandle personopplysninger, er det nødvendig først å klargjøre hvilke krav som stilles til lovhjemmel som behandlingsgrunnlag, jf. redegjørelsen nedenfor i 6.2. I kapittel 6.3 er det vurdert hvorvidt utlendingsloven generelt gir adgang til å behandle personopplysninger, herunder en vurdering av utlendingsloven § 83 som har karakter av å være en generell hjemmel. I kapitlene 7-9 er det redegjort for spesifikke lovhemler som knytter seg til behandlingsformål hvor UDI i dag benytter samtykkeskjemaer. Det er viktig å understreke at gjennomgangen av lovhemler ikke representerer noen fullstendig gjennomgang av regelverket på området. Lovhjemlene er valgt ut på bakgrunn av informasjon som har fremkommet som ledd i kartleggingen av utlendingsforvaltningens praksis, blant annet gjennom intervju

<sup>50</sup> Ot. prp. nr. 92 (1998-99), s. 103.

<sup>51</sup> Datatilsynet og Forbrukerombudet, *Barn og unges personopplysninger: Retningslinjer for innhenting og bruk*, Datatilsynet.no, 2004.

<sup>52</sup> Datatilsynet og Forbrukerombudet, *Barn og unges personopplysninger: Retningslinjer for innhenting og bruk*, Datatilsynet.no, 2004, s. 2 og 5.

<sup>53</sup> For nærmere redegjørelse, se Olsen, Thomas, *Personvernøkende identitetsforvaltning*, Complex 2/2015, kapittel 7.5.1.2.

med UDIs representanter. Videre har utvelgelsen tatt utgangspunkt i samtykkeskjemaene som er vurdert for å se om det finnes lovhjemler som støtter opp under behandlingsformålene som er angitt i disse skjemaene.

## 6.2 Generelle krav til lovhjemmel som behandlingsgrunnlag

Personopplysningsloven slår fast at personopplysninger kan behandles dersom "det er fastsatt i lov at det er adgang til slik behandling". Kravet til lovhjemmel er formulert likt vedrørende behandlingsgrunnlag for ikke-sensitive personopplysninger (§ 8), og for sensitive personopplysninger (§ 9 første ledd bokstav b i kombinasjon med § 8, jf. § 11 første ledd bokstav a).

Utover å presisere at det må fremgå av vedkommende lovhjemmel "at det er adgang til" behandling av personopplysninger, angir ikke loven hvilke krav som stilles til selve lovhjemmelen for at det skal foreligge et behandlingsgrunnlag i det enkelte tilfellet.

Kvalitative krav til slik lovhjemmel kan i en viss utstrekning utledes av forarbeidene til personopplysningsloven og av personopplysningslovens formålsbestemthetsprinsipp. Redegjørelsen nedenfor viser at krav til lovhjemmel også følger av generelle rettssikkerhetsprinsipper og legalitetsprinsippet samt av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) vedrørende tolkningen av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv.<sup>54</sup>

Av forarbeidene til personopplysningsloven fremgår det at hjemmelskravet er relativt slik at det stilles klarere hjemmel jo større inngrepet er i den enkeltes personvern:

"Det kan også behandles personopplysninger når behandlingen er fastsatt ved lov. Begrunnelsen for dette alternativet er at bestemmelsen her ikke skal oppstille tilleggsvilkår for å behandle personopplysninger når Stortinget allerede har bestemt at behandlingen er nødvendig for å vareta viktige samfunnsinteresser. Selv om man i slike tilfeller vil kunne benytte et av alternativene i bokstav a til f som hjemmelsgrunnlag, finner departementet det naturlig å fremheve lovhjemmel som et selvstendig vilkår for å kunne behandle personopplysninger. Om behandlingen er så forankret i lov at dette alternativet får anvendelse, må avgjøres ved å tolke loven som eventuelt hjemler behandlingen. Hjemmelskravet er relativt, slik at det kreves klarere hjemmel jo større personvernsmessige konsekvenser behandlingen kan få. Også slik behandling av personopplysninger som er regulert i annen lov må fylle de kravene som oppstilles for lovlig behandling i EU-direktivet artikkel 7 i den utstrekning behandlingen faller inn under direktivets anvendelsesområde"<sup>55</sup>

Formålsbestemthetsprinsippet er et av personopplysningsrettens grunnleggende prinsipper. I kapittel 4.2.2 er det redegjort for at prinsippet stiller krav til personopplysninger bare kan innsamles og nyttes til uttrykkelig angitte og saklig begrunnede formål. Prinsippet slår også fast at personopplysninger ikke senere kan benyttes til formål som er uforenlige med det opprinnelige formålet, uten at den registrerte samtykker. Formålsbestemthetsprinsippet er en viktig personverngaranti som ivaretar den registrertes interesse i forutsigbarhet, transparens og medvirkning og kontroll knyttet til behandling av personopplysninger. Formålsbestemthetsprinsippet stiller krav til lovhjemlers presisjon vedrørende formålet for behandlingen, samt at formålet må være saklig begrunnet. Manglende eller uklar formålsangivelse kan med andre ord tale for at en lovhjemmel ikke tilfredsstiller formålsbestemthetsprinsippet og dermed ikke gir rettslig grunnlag for behandlingen.

<sup>54</sup> Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), Europarådet 4. november 1950.

<sup>55</sup> Jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-99), s. 110, jf. NOU 1997 nr. 19, s. 139-140.

Personopplysningslovens hjemmelskrav har også nær sammenheng med generelle rettssikkerhetsprinsipper og legalitetsprinsippet. Rettssikkerhet er et grunnleggende prinsipp i rettsordenen som gir borgerne et vern mot vilkårlig maktutøvelse fra myndighetene. Prinsippet har røtter helt tilbake i opplysningstiden. Rettssikkerhetsidealet går ut på at borgerne skal sikres forutberegnelighet gjennom de lover som til enhver tid gjelder, idet myndighetene kun kan agere innenfor det handlingsrom loven gir. Tredelingen av makten mellom den lovgivende, utøvende og dømmende makt, skal sikre riktig og rettferdig lovanvendelse. På personvernrettens område innebærer rettssikkerhetsidealet at myndighetene kun kan behandle personopplysninger som foreskrevet i lov som gir forutsigbarhet i behandlingsmåten.

Legalitetsprinsippet innvirker på forståelsen og anvendelsen av lovskravet i personopplysningsloven §§ 8 og 9. Legalitetsprinsippet er et ulovfestet prinsipp i norsk rett som innebærer at forvaltningen må ha hjemmel i lov for å utøve myndighetshandlinger overfor privatpersoner.<sup>56</sup> Prinsippet, som er ment å sikre grunnleggende rettssikkerhetsidealer, begrenser myndighetenes adgang til å gripe inn i borgernes private sfære. I juridisk teori legges det generelt til grunn at hjemmelskravet (klarhetskravet) er relativt med hensyn til hvor inngripende myndighetshandlinger det er tale om.<sup>57</sup> Det er særlig inngrepets art, styrke og formål som anses som relevante momenter i denne vurderingen.<sup>58</sup>

EMDs praksis knyttet til EMK artikkel 8 er også relevant for vurderingen av hvilke krav som stilles til lovhjemmel som behandlingsgrunnlag. Bestemmelsen angir i første ledd at myndighetene er forpliktet til å respektere den enkeltes rett til privatliv, med mindre vilkårene for lovlig inngrep i artikkelens annet ledd er tilstede. Det ligger utenfor mandatet for denne utredningen å foreta en vurdering av om utlendingsforvaltningens behandling av personopplysninger er å anse som inngrep etter EMK artikkel 8. Det legges imidlertid til grunn at behandling av personopplysninger generelt, og av sensitive personopplysninger spesielt, i utgangspunktet må skje innenfor rammene av EMK artikkel 8. Det er følgelig relevant å se nærmere på hvilke krav EMK stiller til lovhjemmel for inngripen i artikkel 8.

Når det gjelder vilkårene for lovlig inngrep, følger det av annet ledd at tiltaket må ha hjemmel i lov. Tiltaket må også være "nødvendig i et demokratisk samfunn" og iverksatt for å fremme ett av de formålene som er nærmere angitt i bestemmelsen.

Lovhjemmel for inngrep i privatlivet må tilfredsstille grunnleggende rettssikkerhetsgarantier, hvilket generelt betyr at hjemmelen både må være "tilgjengelig" og "forutsigbar".<sup>59</sup> Med tilgjengelighetskravet menes kort fortalt at hjemmelen må være utformet på en slik måte at borgerne gis en rimelig mulighet til å sette seg inn i rettstilstanden på området som bestemmelsen er ment å rette seg mot, f.eks. må bestemmelsen være publisert eller gjort kjent for borgerne på en annen og betryggende måte.

Når det gjelder forutsigbarhetskravet, innebærer dette at lovhjemmelen må være utformet på en slik måte at det er mulig for borgerne å forutse virkningene som en handling kan føre med seg. Innholdet i kravet er nærmere presisert gjennom praksis fra EMD. I juridisk teori vises det i denne sammenheng bl.a. til saken Olsson mot Sverige (1998) angående beslutning om omsorgsovertakelse, hvor EMD bl.a. uttaler at:<sup>60</sup>

"En lov som åpner for bruk av skjønn ved myndighetsutøvelsen, er ikke i seg selv uforenlig med kravet til forutsigbarhet, under forutsetning av at rammene for skjønnet og den konkrete skjønnsutøvelsen er angitt med tilstrekkelig klarhet, sett i lys av formålet med det konkrete tiltaket, og

<sup>56</sup> Stub, Marius, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*, Oslo 2011 s. 77.

<sup>57</sup> *Op.cit.* s. 78.

<sup>58</sup> *Op.cit.* s. 79.

<sup>59</sup> Jf. Ehlers Bertelsen, Tor, *EMK Kommentarer om individets rettigheter og friheter*, Gyldendal 2011, s. 267.

<sup>60</sup> Jf. Ehlers Bertelsen, Tor, *EMK Kommentarer om individets rettigheter og friheter*, Gyldendal 2011, s. 268.

på en slik måte at individet gis en tilfredsstillende beskyttelse mot et vilkårlig inngrep i en rettighet (...)"<sup>61</sup>

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

Redegjørelsen viser at det beror på en konkret vurdering hvorvidt en lovbestemmelse gir behandlingsgrunnlag for behandling av personopplysninger. Kravet til lovhjemmel er relativt, det vil si at jo mer inngripende behandlingen er, jo strengere krav stilles til lovhjemmelens klarhet. Dette innebærer at det må gjøres en helhetsvurdering av hvor inngripende behandlingen er, bl.a. basert på sensitiviteten av opplysningene, omfanget av opplysningene, hvor mange som berøres og formålet med behandlingen. Manglende eller uklar formålsangivelse kan i følge formålsbestemthetsprinsippet tale for at lovhjemmelen ikke er tilstrekkelig klar. Av EMDs praksis knyttet til EMK artikkel 8 følger det også at det stilles krav til at lovhjemmelen er tilgjengelig og forutsigbar.

Kravene om tilgjengelig og forutsigbar lovgivning byr etter vår oppfatning på særlige utfordringer på utlendingsområdet sett i lys av kompleksiteten i utlendingsmyndighetenes organisering og omfattende behandling av personopplysninger. Siden mange utlendinger vil ha dårlige forutsetninger for å sette seg inn i norsk lovverk og praksis, stilles det i praksis store krav til lovgivningen for at utlendingene skal være i stand til å finne frem til relevante bestemmelser og forutse hvordan personopplysninger vil bli behandlet.

I forslaget til ny personvernforordning, jf. redegjørelsen for forslaget til EU-forordning i kapittel 11, er det stilt krav om at nasjonal lovgivning for behandling av sensitive personopplysninger må gi tilfredsstillende og spesifikke tiltak for å ivareta den registrertes legitime interesser.<sup>62</sup> I tillegg til angivelse av formålet med behandlingen, vil det i følge forslaget være særlig relevant å angi hvilke opplysningstyper som kan behandles, hvilke registrerte som omfattes, til hvem og for hvilke formål opplysninger kan utleveres, formålsbegrensning, lagringstid, behandlingsoperasjoner og -prosedyrer samt andre tiltak for å sikre lovmessig og rettferdig behandling.<sup>63</sup>

## 6.3 Lovhjemler på Utlendingsforvaltningens område

### 6.3.1 Innledning

I mange tilfeller vil det kunne være tvil om forvaltningen har hjemmel i lov for å behandle personopplysninger. Tvilen oppstår fordi fullmaktslovgivningen ofte ikke er spesifikk med hensyn til behandlingen av personopplysninger, men gir fullmakt til handlinger eller aktiviteter som implisitt fordrer behandling av personopplysninger. I slike tilfeller må man gjøre en konkret tolkning av lovhjemmelen for å avgjøre om den gir grunnlag for å behandle personopplysninger.<sup>64</sup> Utlendingsforvaltningens ulike lovhjemler til å fatte vedtak eller utføre andre myndighetshandlinger må altså tolkes konkret for å avgjøre om den aktuelle lovbestemmelsen gir grunnlag for å behandle personopplysninger.

Fullmakthjemler som er relevante med henblikk på behandling av personopplysninger i ulike sakstyper etter loven er omtalt i kapitlene 7-9 nedenfor. I dette kapitlet gis derimot en oversikt over regelverket og hovedlinjer vedrørende bestemmelser som sier noe om behandlingen av personopplysninger. Utlendingsloven § 83 "utlendingens møte- og opplysningsplikt" omtales også i dette kapitlet. Bestemmelsen er en generell saksbehandlingsregel og får derfor anvendelse på alle sakstyper. Denne

<sup>61</sup> Jf Olsson mot Sverige (1988), avsnitt 61.

<sup>62</sup> Se Rådets forslag til EU-forordning artikkel 9 andre ledd (g) om at nasjonal lovgivning skal "provide for suitable and specific measures to safeguard the data subject's legitimate interests".

<sup>63</sup> Se Rådets forslag til artikkel 6 tredje ledd (b).

<sup>64</sup> Ot. prp. nr. 92 (1998-99) s. 108.

bestemmelsen synes svært sentral med tanke på spørsmålet om lovhjemmel for å behandle personopplysninger.

### 6.3.2 Utlendingsloven - historikk

Utlendingsforvaltningens adgang til å behandle personopplysninger ble diskutert i forbindelse med vedtakelse av ny utlendingslov. Lovutvalget foreslo at man skulle vedta en generell hjemmel for registrering av sensitive personopplysninger.<sup>65</sup> Hjemmelen fremkom av lovforslagets § 99. UDI støttet dette forslaget, men viste i høringen til at ordlyden i bestemmelsen var for snever. UDI ønsket en generell hjemmel som omfattet all *behandling* av personopplysninger (eksempelvis innhenting), ikke utelukkende registrering.<sup>66</sup>

Utvalgets forslag om en generell hjemmel for registrering av sensitive personopplysninger ble imidlertid nedstemt av Departementet. Departementet innleder sin begrunnelse med å vise til at samtykke er det foretrukne behandlingsgrunnlaget:

"Behandling av sensitive personopplysninger må fylle vilkårene i personopplysningsloven § 9. Det har vært lovgivers intensjon at behandling av personopplysninger i størst mulig grad skal baseres på samtykke, jf. Ot.prp.nr.92 (1998-1999) side 108, da dette «[vil] styrke den registrertes muligheter til å råde over opplysninger om seg selv»."<sup>67</sup>

Departementet viser dernest til at UDI på tidspunktet for lovens vedtakelse i betydelig grad baserte behandlingen av personopplysninger på samtykke fra utlendingen:

"De aller fleste behandlingene av personopplysninger etter utlendingsloven i dag baserer seg på samtykke, typisk ved at den registrerte selv oppgir eller samtykker til innhenting av opplysningene i søknad."<sup>68</sup>

Det er grunn til å kommentere Departementets syn både på samtykke som et foretrukket behandlingsgrunnlag og synet på samtykke som sentralt i UDIs praksis. Vedrørende Departementets uttalelse om samtykke som det foretrukne behandlingsgrunnlag, er ikke dette nødvendigvis lenger i tråd med den rådende oppfatningen i teori og praksis. Det vises i denne forbindelse til kapittel 5.2 ovenfor. Når det gjelder bruken av samtykke i UDI, viser gjennomgangen i kapitlene 7-9 at samtykke ikke nødvendigvis har en så sentral plass i UDIs praksis, slik det er i dag. Det benyttes i stor grad informasjonsskriv, men det er heller unntaket enn hovedregelen at utlendingen samtykker til bruken av personopplysningene.

Departementet sier imidlertid i fortsettelsen at utlendingsmyndighetene i flere tilfeller må antas å ha hjemmel i lov for behandling av personopplysninger:

"Videre følger i flere tilfeller adgangen til å behandle personopplysninger forutsetningsvis av dagens utlendingslov, ved at de oppgaver utlendingsmyndighetene i henhold til loven skal utføre, forutsetter behandling av personopplysninger. Et eksempel er saker om familiegjenforening. Utlendingsloven og utlendingsforskriften oppstiller vilkårene for å få innvilget familiegjenforening. Det må da innfortolkes at UDI også kan registrere slike opplysninger (familierelasjoner) som ledd i saksbehandlingen. Enkelte steder i loven fremgår det klart at personopplysninger kan behandles ut fra konkrete formål, jf. for eksempel gjeldende utlendingslov § 37 femte ledd og departementets

<sup>65</sup> NOU 2004 nr. 20 s. 356.

<sup>66</sup> Ot. prp. nr. 75 (2006-07) s. 380.

<sup>67</sup> Ot. prp. nr. 75 (2006-07) s. 381.

<sup>68</sup> Ot. prp. nr. 75 (2006-07) s. 381.

lovforslag § 100 annet ledd, som hjemler registrering av fingeravtrykk i et EDB-basert fingeravtrykkregister."<sup>69</sup>

Det er viktig å merke seg Departementets oppfatning på dette punkt. Det er interessant at Departementet nevner familieforening som et eksempel på en sakstype hvor utlendingsmyndighetene må antas å ha hjemmel i lov for å behandle personopplysninger. Loven sier ingenting eksplisitt om adgangen til å behandle personopplysninger i reglene som er gitt om denne sakstypen. Departementet problematiserer ikke lovskravet slik dette er presisert i forarbeidene til personopplysningsloven og legalitetsprinsippets krav til klar lovhjemmel, jf. ovenfor i 6.2.

Departementet konkluderer:

"Etter departementets oppfatning er det derfor ikke behov for en generell registreringshjemmel. En slik bestemmelse vil nødvendigvis bli så skjønnsmessig og vid at den ikke kan påberopes som selvstendig grunnlag for registrering av personopplysninger. Hjemmel for registrering vil i stedet kunne utledes fra avgitt samtykke eller følge direkte eller forutsetningsvis av loven for så vidt gjelder den enkelte personopplysningstype. Det samme vil gjelde i forhold til annen behandling av personopplysninger, som lagring og utlevering."<sup>70</sup>

Departementet er likevel ikke helt ferdig med å diskutere spørsmålet, og modererer de tidligere uttalelsene i et avsluttende utsagn:

"Departementet ser imidlertid at det er et behov for enkelte *særskilte* bestemmelser om behandling av personopplysninger. Særlig hvor det er tale om behandling av sensitive personopplysninger er det viktig med klar hjemmel, jf. også personopplysningslovens forarbeider. Til nå har for eksempel behandlingen av personopplysninger som utlendingsmyndighetene foretar, i flere sammenhenger vært basert på samtykke. Et samtykke kan oppleves som gitt under press, og det kan oppstå tvil knyttet til samtykkets rekkevidde. Tydelig lovhjemmel for behandlingen vil rydde vekk denne typen uklarheter."<sup>71</sup>

Det avsluttende utsagnet er egnet til å forvirre. Departementet sår her tvil om samtykkets egnethet i enkelte sakstyper og fremhever betydningen av klar og tydelig lovhjemmel. Utsagnet står i kontrast til tidligere uttalelser om samtykke som foretrukket behandlingsgrunnlag og som utbredt behandlingsgrunnlag i utlendingsmyndighetenes praksis.

Departementets tanke er nok at man ser for seg at hjemler som er spesifikke med tanke på formål og sakstype er mer egnet enn en generell hjemmel for å behandle sensitive personopplysninger. Problemet er imidlertid at Departementet med sine uttalelser i praksis lar det viktige spørsmålet om hvorvidt utlendingsmyndighetene har hjemmel i lov for å behandle personopplysninger stå ubesvart.

På forvaltningsområdet har man tradisjonelt vært opptatt av henholdsvis opplysningsplikt og taushetsplikt som mekanismer for å ivareta både hensynet til sakens opplysning og den enkeltes behov for integritetsvern. Mens bestemmelser som har stått i utlendingsloven siden dens vedtakelse i 2008 i liten grad nevner bruken av personopplysninger, har man de senere år fått flere nye bestemmelser som nevner behandling av personopplysninger eksplisitt, jf. eksempelvis §§ 100 flg.

---

<sup>69</sup> Ot. prp. nr. 75 (2006-07) s. 381.

<sup>70</sup> Ot. prp. nr. 75 (2006-07) s. 381.

<sup>71</sup> Ot. prp. nr. 75 (2006-07) s. 381.

### 6.3.3 Forvaltningsloven

Forvaltningsloven gir regler om saksbehandlingen i UDI og i utlendingsforvaltningen forøvrig.<sup>72</sup> Forvaltningsloven gir blant annet regler om veiledningsplikt, plikt til å opplyse saken, taushetsplikt og innsyn i §§ 11, 13 flg., 17 og 18 flg. Forvaltningsloven supplerer således personopplysningslovens bestemmelser om informasjonsplikt, krav til konfidensialitet vedrørende personopplysninger og innsynsrett.

Forvaltningsloven § 15 a første ledd angir at forvaltningen kan benytte elektronisk kommunikasjon når den henvender seg til andre. Bestemmelsens andre ledd sier videre at den som henvender seg til forvaltningen kan benytte elektronisk kommunikasjon såfremt det er lagt til rette for dette.

Bestemmelsen forutsetter at et forvaltningsorgan kan registrere personopplysninger som kommer inn til forvaltningsorganet via elektronisk kommunikasjon. Bestemmelsen legger således til rette for *elektronisk* dokumenthåndtering som ledd i saksbehandlingen. I mange tilfeller vil det også være grunnlag for å lagre informasjonen, blant annet på grunnlag av arkiveringsplikt.<sup>73</sup> Denne bestemmelsen hjemler imidlertid ikke bruk av personopplysninger utover registrering og lagring. Bestemmelsen angir ingen bruksformål, hvilket er påkrevet i henhold til formålsbestemthetsprinsippet, jf. ovenfor i kapittel 4.2.2.

Siden forvaltningsloven § 15 a ikke hjemler bruk av personopplysninger til bestemte formål, må bruken av personopplysninger ha hjemmel i en annen bestemmelse. I kapittel 6.3.5 nedenfor er det drøftet hvorvidt utlendingsloven § 83 hjemler behandling av personopplysninger i forbindelse med saksbehandlingen.

### 6.3.4 Oversikt over lovgivningen

Utlendingsloven er den viktigste loven på utlendingsfeltet. Loven gir regler om saksbehandlingen i de fleste sakstyper på utlendingsområdet. Statsborgerloven gir regler om saksbehandlingen i statsborgersaker. I tillegg har man SIS-loven som gir regler om bruken av personopplysninger som inngår i Schengen-landenes felles informasjonssystem.

Utlendingsforskriften<sup>74</sup> og statsborgerforskriften<sup>75</sup> er sentrale forskrifter som utdyper og presiserer de regler som er gitt i utlendingsloven og statsborgerloven.

Utlendingsloven har få bestemmelser som nevner bruken av personopplysninger eksplisitt. Bestemmelser som nevner bruken av personopplysninger er tilføyd ved endringslover, jf. eksempelvis § 84 a og §§ 100 flg. Verken statsborgerloven eller statsborgerforskriften benytter personopplysningsbegrepet.

SIS-loven er derimot spesifikk på behandlingen av personopplysninger. SIS-loven har imidlertid et begrenset virkeområde med hensyn til hvilke formål og hvilke personopplysninger den omfatter. SIS-loven gjelder kun registrering av personopplysninger som er *nødvendig for kriminalitetsbekjempelse*, jf. lovens §§ 7-9.

### 6.3.5 Utlendingens møte- og opplysningsplikt – Utlendingsloven § 83

Utlendingsloven kapittel 11 underkapittel 1 gir saksbehandlingsregler som er felles for alle sakstyper etter loven. Lovens § 83 har overskriften "utlendingens møte- og opplysningsplikt" og gir politiet og UDI myndighet til å pålegge en utlending å møte personlig for å gi opplysninger som kan ha betydning for et

<sup>72</sup> Enkelte unntak følger av forvaltningsloven §§ 3 og 4.

<sup>73</sup> Jf. Lov om arkiv av 4. desember 1992 nr. 126 § 6.

<sup>74</sup> Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. oktober 2009 nr. 1286.

<sup>75</sup> Forskrift om erverv og tap av norsk statsborgerskap av 30. juni 2006 nr. 756.

vedtak etter loven. Bestemmelsen viser til § 93 fjerde ledd som gjelder særskilt for asylsaker, jf. nedenfor i kapittel 8.2.1, og i praksis synes bestemmelsen å ha blitt knyttet tett opp mot denne sakstypen. Kapitteloverskriften indikerer imidlertid tydelig at bestemmelsen får anvendelse i alle saker etter loven, til forskjell fra kapittel 11 underkapittel 2 som bare gjelder i asylsaker.

Utlendingslovens § 83 er en svært sentral og interessant hjemmel når det kommer til spørsmålet om lovhjemmel for behandling av personopplysninger i utlendingsforvaltningen, og bestemmelsen er derfor gitt en relativt utførlig omtale i det følgende.

#### 6.3.5.1 Om bestemmelsen

Første ledd er svært generelt utformet. Ordlyden i første ledd indikerer en opplysningsplikt som verken er begrenset med tanke på sakstype eller hva slags opplysninger utlendingen kan pålegges å gi fra seg. Utlendingen plikter å gi opplysninger "som kan ha betydning for vedtaket", jf. første ledd. Opplysningsplikten gjelder imidlertid bare så langt opplysningene har betydning for vedtaket i utlendingens egen sak.<sup>76</sup> Andre ledd regulerer spesifikt utlendingens plikt til å bidra til å avklare egen identitet.

I merknadene til bestemmelsen i forarbeidene til loven, er det vist utelukkende til generelle motiver vedrørende utlendingens plikt til å bidra til å avklare sin identitet samt saksbehandlingen i asylsaker.<sup>77</sup> Forarbeidene gir derfor liten veiledning med tanke på hvilke andre opplysninger enn opplysninger vedrørende identitet som en utlendingen kan ha plikt til å gi fra seg i medhold av første ledd, hvis virkeområde heller ikke er begrenset til asylsaker.

Uttalelser i forarbeidene som gjelderplikten til å bidra til å avklare sin identitet, innebærer at det også i disse tilfellene kan være tale om et relativt bredt spekter av opplysninger. Forarbeidene forutsetter at myndighetene kan kreve opplysninger om for eksempel "geografisk hjemmehørighet og personlig bakgrunn for øvrig (...)"<sup>78</sup>.

I utlendingsforskriften § 17-7 er det presisert hvilke opplysninger myndigheten kan kreve i forbindelse med å klarlegge utlendingens identitet. Opplysningsplikten som utlendingen pålegges i forbindelse med klarlegging av identitet må betegnes som relativt omfattende, og det kan ikke utelukkes at det er sensitive opplysninger involvert. Eksempelvis vil myndighetene kunne få kjennskap til rasemessig eller etnisk bakgrunn i forbindelse med identitetskartleggingen.

Spørsmålet er etter dette om utlendingsloven § 83 utgjør en generell lovhjemmel for behandling av personopplysninger. Siden det er tale om behandling av omfattende mengder personlig informasjon og opplysninger som kan være sensitive, skjerpes kravene til tydelig lovhjemmel. Herunder er det essensielt at formålet med behandlingen av personopplysningene er angitt på en tilfredsstillende klar måte. Det vises i denne forbindelse til redegjørelsen i kapittel 6.2 ovenfor.

#### 6.3.5.2 Vurdering av rekkevidde

Utlendingsloven § 83 statuerer en plikt for utlendingen til å gi fra seg opplysninger som er av betydning for saken, herunder særlig opplysninger som kan bidra til å avklare utlendingens identitet. Bestemmelsen sier imidlertid ingenting eksplisitt om den videre behandlingen av disse personopplysningene, eksempelvis om utlendingsforvaltningen har adgang til å registrere, lagre og bruke opplysningene i saksbehandlingen.

<sup>76</sup> Ot. prp. nr. 46 (1986-87), jf. Ot. prp. nr. 75 (2006-07) s. 440.

<sup>77</sup> Jf. Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 440, jf. s. 48-55 og 124-144.

<sup>78</sup> *ibid.* s. 342.

En plikt til å gi fra seg opplysninger ville imidlertid være nærmest meningsløs dersom det ikke samtidig var adgang for utlendingsmyndighetene til å nedtegne opplysningene, lagre og benytte dem i saksbehandlingen. Reelle hensyn kan på denne bakgrunn tas til inntekt for en utvidende tolkning av bestemmelsen.

Ordlyden er imidlertid taus når det kommer til bruken av personopplysningene. Det er ikke spesifisert til hvilke formål de kan benyttes, selv om dette kan hevdes å følge forutsetningsvis av kapitteloverskriften og henvisningen i ordlyden til "vedtaket" som indikerer at formålet er saksbehandling i alle sakstyper som det er gitt regler om i utlendingsloven. Det er likevel problematisk at bestemmelsen ikke angir behandlingsformålene på en tydeligere måte. På personvernrettens område er formålsbestemthet et sentralt aspekt ved klarhetskravet, jf. 6.2 ovenfor, og det stiller krav om tydelig formålsangivelse. Siden det er tale om å behandle personopplysninger som kan være sensitive, skjerpes generelt kravene til klar lovhjemmel, jf. kapittel 6.2 ovenfor.

Uttalelser i forarbeidene synes å indikere at lovgiver ikke har ment at utlendingsloven § 83 skal utgjøre en generell hjemmel for behandling av sensitive personopplysninger. Det vises i denne forbindelse ikke utelukkende til merknadene til bestemmelsen, men også til uttalelsene vedrørende behovet for en generell hjemmel for å behandle sensitive personopplysninger, jf. ovenfor i kapittel 6.3.2.

Departementet avviste lovutvalgets forslag om en generell hjemmel for å behandle sensitive personopplysninger. Det er påfallende at utlendingsloven § 83 ikke ble trukket fram i tilknytning til drøftelsene om å vedta en generell hjemmel for behandling av sensitive personopplysninger, dersom bestemmelsen skulle være å forstå slik at den utgjør en generell hjemmel for behandling av sensitive personopplysninger. Dersom den var å forstå slik, burde man forvente at bestemmelsen ble trukket fram i Departementets drøftelser vedrørende behovet for en slik hjemmel. Dette er et sterkt argument for at lovgiver ikke har ansett bestemmelsen for å ha en slik rekkevidde.

Departementet uttaler også at en generell hjemmel "nødvendigvis [vil] bli så skjønnsmessig og vid at den ikke kan påberopes som selvstendig grunnlag for registrering av personopplysninger."<sup>79</sup> Departementet synes ikke å anerkjenne en generell hjemmel for behandling av personopplysninger på utlendingsfeltet.

#### 6.3.5.3 Konklusjon

Tolkningsmomentene trekker samlet i retning av at utlendingsloven § 83 ikke kan forstås som en generell hjemmel for å behandle personopplysninger i utlendingsforvaltningen. Utslagsgivende for konklusjonen er at bestemmelsen ikke er tydelig når det kommer til bruken av personopplysningene, herunder at den mangler en tydelig formålsangivelse. Dernest synes lovforarbeidene å indikere at lovgiver heller ikke har ment at bestemmelsen skal ha en slik rekkevidde.

Et viktig forbehold er at det ikke kan utelukkes at andre lovbestemmelser på utlendingsforvaltningsområdet sett i sammenheng med § 83 kan gi hjemmel for bestemte behandlinger, selv om bestemmelsen isolert sett ikke hjemler behandlingen.

---

<sup>79</sup> Ot. prp. nr. 75 (2006-07) s. 381.

## 7 Vurdering av samtykke og lovhjemmel som behandlingsgrunnlag i Oppholdsavdelingen

### 7.1 Bruk av samtykke i Oppholdsavdelingen

#### 7.1.1 Oppholdstillatelse mv.

Oppholdsavdelingen behandler personopplysninger i forbindelse med behandling av søknad om opphold på andre grunnlag enn asyl, for eksempel arbeidsinnvandring, familieinnvandring, visumsøknader, og søknader om statsborgerskap. Det finnes i alt tretten forskjellige søknadsskjemaer med tilhørende skjemaer for påkrevd dokumentasjon mv.<sup>80</sup> Det er verken hensiktsmessig eller nødvendig å omtale hvert enkelt skjema for seg. Søknadsskjemaene er bygget opp over samme lest, noe som gjør det naturlig å omtale dem samlet.

Informasjonen som er gitt er tilnærmet lik i alle søknadsskjemaene, men med enkelte modifikasjoner eller tillegg tilpasset den aktuelle sakstypen. Som eksempler kan vises til "Søknad om tillatelse til arbeid og opphold" pkt. 9 i søknadsskjemaet og "Søknad om permanent oppholdstillatelse" pkt. 10 i søknadsskjemaet.

Søkeren kan velge å fylle ut et papirskjema eller å levere søknaden elektronisk via søknadsportalen. Informasjonen som er gitt om behandlingen av personopplysninger er i det vesentlige den samme i papirskjemaene som i søknadsportalen. Det er likevel enkelte forskjeller knyttet til hvordan informasjonen blir gitt og hvordan søkeren bekrefter å ha fått informasjonen.

I papirskjemaene er informasjon om behandlingen av personopplysninger gitt avslutningsvis i skjemaet. I søknadsportalen er informasjonen lagt inn som et eget steg i søknadsprosessen *før* søkeren fyller ut skjemaet. I papirskjemaene bes søkeren, i forlengelsen av informasjonen som er gitt, om å *bekrefte at opplysningene som er avgitt er korrekte og fullstendige* og undertegner på dokumentet.<sup>81</sup> I søknadsportalen må søkeren huke av i en boks hvor det står: "Jeg har lest informasjonen og samtykker".

Et viktig spørsmål er om søkerens underskrift/søkerens bekreftelse i elektronisk søknadsskjema er å betrakte som et gyldig samtykke til at personopplysningene behandles som ledd i saksbehandlingen. Om man har å gjøre med et gyldig samtykke, beror på hvorvidt erklæringen oppfyller gyldighetskriteriene til et samtykke, det vil si om erklæringen er informert, uttrykkelig og frivillig. En generell redegjørelse for gyldighetskriteriene er gitt i kapittel 5 ovenfor.

Det er ingen åpenbare mangler ved den informasjonen som er gitt om behandlingen av personopplysninger. Et samtykke skal imidlertid også være uttrykkelig, og dette gyldighetskriteriet har en side mot informasjonskravet, idet det innebærer at søkeren skal være klar over hvilke handlinger han/hun samtykker til. Verken i papirskjemaene eller i de elektroniske søknadsskjemaene er det etter vår oppfatning klart hva underskriften/aksepten innebærer. Underskriften på papirskjemaene innebærer tilsynelatende en bekreftelse av at det er avgitt korrekte og fullstendige opplysninger og ikke en aksept av behandlingen av personopplysninger. I søknadsportalen er aksepten i større grad knyttet opp mot behandlingen av personopplysninger, men heller ikke her kommer det tydelig fram hva søkeren samtykker til. På denne bakgrunn kan man vanskelig si at underskriften/aksepten innebærer en uttrykkelig erklæring til å behandle personopplysningene.

Kravet til frivillighet reiser også spørsmål. Kravet til at et samtykke skal være frivillig gjør samtykke uegnet i relasjon til enkelte behandlingsformål, jf. ovenfor i 5.3. De åpenbart problematiske

<sup>80</sup> Søknadsskjemaene er tilgjengelige fra UDIs hjemmesider: <http://www.udi.no/ord-og-begreper/skjemaer/>.

<sup>81</sup> Se som eksempler "Søknad om tillatelse til arbeid og opphold" og "Søknad om permanent oppholdstillatelse".

behandlingene er de som fremstår som tvangsmessige, men også der behandlingen av personopplysninger er en forutsetning for oppnåelse av et viktig og grunnleggende gode, kan samtykke være uegnet.

Oppholdsavdelingen behandler søknader som gjelder innvilgelse av høyt ettertraktede goder. Et avslag på en søknad om opphold har potensielt store og uheldige konsekvenser for den enkelte. Siden behandlingen av personopplysningene er en forutsetning for at UDI skal kunne realitetsbehandle og innvilge en søknad, vil det å nekte å gi sitt samtykke til behandling av personopplysningene medføre automatisk avslag på søknaden. På denne bakgrunn kan man neppe si at den som søker om opphold er i en reell valgsituasjon med tanke på å samtykke til behandlingen av personopplysninger. Kravet til frivillighet kan derfor synes å gjøre bruken av samtykke uegnet ved søknader om oppholdstillatelse.

### 7.1.2 Særlig om Schengen-visum

Schengen-samarbeidet statuerer en ordning med utstedelse av visum som er gyldig i alle Schengen-land. Utstedelse av Schengen-visum reguleres av utlendingsloven § 10. I skjemaet som benyttes ved søknad om Schengen-visum<sup>82</sup> er det informert om behandlingen av personopplysninger etter samme mønster som i de andre skjemaene, jf. ovenfor, men innledningsvis er benyttet en formulering som fortjener en nærmere omtale:

"Jeg er innforstått med og **samtykker** til følgende: Registrering av opplysningene som kreves i dette søknadsskjemaet (...) er **obligatorisk** for behandlingen av visumsøknaden (...)" (vår utheving)

I motsetning til i de andre papirskjemaene benytter man altså i dette skjemaet begrepet samtykke. Ovenfor i kapittel 7.1.1 er det problematisert hvorvidt et samtykke til behandlingen av søknader om opphold tilfredsstiller frivillighetskravet. Formuleringen i søknadsskjemaet om Schengen-visum kunne neppe vært mer illustrerende for denne problematikken når det i søknadsskjemaet står at man samtykker til en behandling som er obligatorisk. Skjemaet illustrerer - om enn ikke med hensikt - samtykkets uegnethet som behandlingsgrunnlag på oppholdsområdet.

### 7.1.3 Samtykke til DNA-tester i familieinnvandringssaker

DNA-testing er regulert i utlendingsloven § 87. Dersom det er nødvendig å foreta en DNA-test av søkeren og dennes referanseperson for å fastslå at det eksisterer en familierelasjon, kan utlendingsmyndighetene anmode disse om å gjennomføre en DNA-undersøkelse. Søkeren skal informeres om at det å nekte å gjennomgå en slik undersøkelse kan få betydning for vurderingen av saken.

Lovbestemmelsen utgjør behandlingsgrunnlag for behandling av personopplysningene, men bare i de tilfeller utlendingen eller referansepersonen velger å gjennomføre en slik undersøkelse. Bestemmelsen gir utlendingsmyndighetene rett til å "anmode" søkeren og referansepersonen om å gjennomføre en slik undersøkelse, men kan ikke pålegge noen dette med tvang. Det er derfor utarbeidet samtykkeskjema for gjennomføring av DNA-analyse.<sup>83</sup>

Skjemaet er noe knapt med hensyn til informasjon om behandling av personopplysningene som undersøkelsen vil generere, men det informeres om det mest grunnleggende – hva opplysningene skal brukes til. Søkeren bes om å samtykke eksplisitt til at resultatet av undersøkelsen inngår i utlendingsmyndighetens vurdering av søknaden. Samtykket fremstår på denne bakgrunn som uttrykkelig.

I henhold til "RS 2010-035 Retningslinjer for DNA-analyse i forbindelse med søknad om familieinnvandring – utlendingsloven § 87" skal "test og resultater" lagres i 12 måneder etter at vedtaket er fattet. Siden det ikke utelukkende er resultatet av undersøkelsen som lagres (bekreftelse eller

<sup>82</sup> Skjemaet er tilgjengelig fra UDIs nettsider: <http://www.udi.no/globalassets/global/skjemaer/besoksvisum.pdf>

<sup>83</sup> Samtykkeskjemaet er vedlegg 1 til RS 2012-022.

avkreftelse av slektskap), men også selve testen, innebærer dette behandling av helseopplysninger, og kravene til frivillig samtykke skjerpes, jf. kapittel 5.3 ovenfor.

Frivilligheten ved DNA-undersøkelser er grundig vurdert i forarbeidene til loven.<sup>84</sup> Det fremkommer av forarbeidene at Departementet i samråd med Datatilsynet fant at det ikke var tilfredsstillende å operere med samtykke som rettslig grunnlag for behandlingen, siden det å la være å la seg teste ville kunne innvirke på vedtaket.<sup>85</sup> Departementet drøfter deretter hvorvidt DNA-undersøkelser bør formuleres som et tilbud eller et påbud i lovteksten og uttaler at svaret må bero på hvilke konsekvenser det skal få for partene dersom de nekter å la seg undersøke.

Departementet fremholder at det ikke er noen automatikk i at søknaden avslås dersom en person nekter å la seg undersøke. På den annen side utelukker Departementet heller ikke at en slik nektelse i enkelte tilfeller vil kunne få avgjørende betydning for vedtaket. Departementet lander etter dette på at verken et tilbud eller påbud er egnet med henblikk på den faktiske situasjonen som utlendingen eller referansepersonene befinner seg i og faller ned på en mellomløsning hvor utlendingen kan "anmodes" om å foreta en slik undersøkelse.

Ordningen som Departementet landet på kan best beskrives som et lovhjemlet samtykke. Selv om frivilligheten ved denne ordningen åpenbart reiser problemstillinger, er det ikke grunn til å underkjenne bruken av samtykke. Frivillighetsaspektet er som nevnt grundig vurdert av lovgiver, og løsningen er valgt av mangel på andre gode alternativer (tilbud eller påbud). Til tross for at samtykket tillegges stor betydning, er det etter vår oppfatning lovhjemmel og ikke samtykke som er det rettslige grunnlaget for behandlingen.

#### 7.1.4 Oppsummering av samtykkepraksis i Oppholdsavdelingen

Samtykke synes i liten grad å være egnet som grunnlag for behandling av personopplysninger i de sakstyper som Oppholdsavdelingen håndterer. Søknadsskjemaene er utformet på en måte som mer har karakter av å være informasjonsskriv enn samtykkeerklæringer, til tross for at samtykketerminologi er benyttet i de elektroniske søknadsskjemaene samt i søknadsskjemaet om Schengen-visum.

I søknadsskjemaene er det informert om bruken av personopplysningene, men man ber ikke eksplisitt om et samtykke fra søkeren til å behandle personopplysningene fordi det ikke er noen reell mulighet for å nekte dette dersom man ønsker å få søknaden behandlet. Dette tankesettet ligger også til grunn for søknadsskjemaet om Schengen-visum. Selv om samtykkebegrepet er benyttet, vises det i samme setning til at registreringen er obligatorisk.

Vår vurdering er at bruk av samtykke i Oppholdsavdelingen til de aktuelle behandlingsformålene som hører under denne avdelingen er problematisk. Behandlingen fremstår ikke som frivillig, siden behandlingen er en forutsetning for å få innvilget et grunnleggende og høyt ettertraktet gode. At behandlingen ikke kan bygge på samtykke som behandlingsgrunnlag, utelukker ikke at utlendingen gis en valgfrihet, men loven må angi rammer som legger klare føringer og begrensninger for bruken av personopplysningene. Det lovhjemlede samtykke som benyttes ved DNA-undersøkelser er et eksempel på en slik løsning og fremstår som tilfredsstillende. Behandlingen av personopplysningene må ha hjemmel i lov, mens et eventuelt samtykke fungerer som en mekanisme som øker utlendingens valgfrihet eller medbestemmelse ved myndighetsutøvelsen, jf. kapittel 5.2 ovenfor.

<sup>84</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s. 441, jf. Ot.prp.nr.17 (2006-2007) Om lov om endringer i utlendingsloven (DNA-testing og aldersundersøking mv.) s. 6-7

<sup>85</sup> Ot.prp.nr.17 (2006-2007) Om lov om endringer i utlendingsloven (DNA-testing og aldersundersøking mv.) s. 6

## 7.2 Lovhjemmel til å behandle personopplysninger i Oppholdsavdelingen

### 7.2.1 Innledning

Siden Oppholdsavdelingen i utgangspunktet ikke kan benytte samtykke som behandlingsgrunnlag for behandlingen av personopplysninger, må det undersøkes om det er lovgrunnlag for behandlingen, jf. personopplysningsloven § 8 første ledd og § 9 første ledd bokstav b. De generelle kravene til lovhjemmel som behandlingsgrunnlag er omtalt i kapittel 6 ovenfor.

I det følgende gjennomgås et utvalg av lovbestemmelser som er grunnleggende for saksbehandlingen i Oppholdsavdelingen med det formål å undersøke hvorvidt disse bestemmelsene utgjør rettslig grunnlag for å behandle personopplysninger.

Først er det imidlertid grunn til å knytte noen kommentarer til personopplysningsloven § 8 bokstav e som gir hjemmel for å behandle ikke-sensitive personopplysninger ved utøvelse av offentlig myndighet. Dette behandlingsgrunnlaget er utelukket i de fleste sakstyper som hører under Oppholdsavdelingen, fordi det gjennomgående registreres opplysninger om søkerens etnisitet og også straffbare forhold dersom dette er relevant, se eksempelvis "Søknad om tillatelse til arbeid og opphold" pkt. 1 og 7 og "Søknadsskjema for fornyelse av oppholdstillatelse som er begrenset på grunn av identitet" pkt. 1 og 4.

I enkelte sakstyper registreres det ikke sensitive personopplysninger, slik som eksempelvis i "Søknad om forlengelse av visum", "Søknad om reisedokumenter" og "Søknad om grenseboerbevis". Selv om det ikke registreres nye sensitive personopplysninger ved innsendelse av disse skjemaene, vil imidlertid saksbehandlingen kunne innebære at man ser hen til saksopplysninger som er registrert på et tidligere tidspunkt og hvor det kan inngå sensitive personopplysninger. Dette gjør at personopplysningsloven § 8 bokstav e i utgangspunktet er utilstrekkelig og lite egnet som behandlingsgrunnlag for behandlinger i Oppholdsavdelingen.

### 7.2.2 Søknad om statsborgerskap

Statsborgerloven § 29 pålegger søkeren en møte- og opplysningsplikt overfor utlendingsmyndighetene i forbindelse med søknad om statsborgerskap. Søkeren plikter å fremlegge alle relevante opplysninger på eget initiativ, men kan også pålegges å gi opplysninger som kan ha betydning for vedtaket, fremlegge dokumentasjon eller å møte personlig.

Bestemmelsen hjemler også utlevering av personopplysninger fra samarbeidende organer, herunder politiet, ligningsmyndighetene, arbeids- og velferdsforvaltningen, Statens lånekasse for utdanning og kommunene. Hvem som kan kreve opplysninger utlevert, i hvilke sakstyper det er adgang til utlevering og hva slags opplysninger som kan utleveres, er nærmere regulert i statsborgerforskriften kapittel 14.

Forskriften § 14-1 gir UDI adgang til å pålegge politiet å utlevere opplysninger om eventuell straffeforfølgning av personer som har søkt om statsborgerskap. Forskriften presiserer i de øvrige bestemmelsene hva slags opplysninger Utlendingsdirektoratet kan kreve å få utlevert fra de andre i loven nevnte organene.

Statsborgerloven § 29 sier ikke eksplisitt at opplysninger som er innhentet fra utlendingen selv kan registreres eller i det hele tatt hvilken bruk som kan gjøres av opplysningene. Det er heller ikke sagt noe om dette i forarbeidene. Ut ifra ordlyden er det kun hjemmel for å registrere og behandle personopplysninger innhentet fra andre myndigheter.

Hvorvidt bestemmelsen utgjør hjemmel for å behandle personopplysninger i saker om statsborgerskap er et tolkningsspørsmål. Vurderingstemaet er om hjemmelen er tilstrekkelig klar. Klarhetskravet er relativt

særlig til hvor inngripende behandlingen må sies å være. Tilgjengelighet og forutsigbarhet er ellers to grunnleggende hensyn som bestemmelsen må ivareta på en tilfredsstillende måte, jf. kapittel 6.2 ovenfor.

At utlendingen i søknadsskjemaet oppgir sensitive personopplysninger, er et forhold som trekker i retning av at lovhjemmelen må være klar. For at utlendingen skal kunne forutberegne sin rettsstilling, er det videre avgjørende at hjemmelen på en tydelig måte angir rammene for behandlingen av personopplysningene.

At verken ordlyd eller forarbeider sier noe eksplisitt om behandlingen av personopplysninger, kan tas til inntekt for at bestemmelsen ikke er tilstrekkelig klar. Reelle hensyn taler derimot for at behandling av personopplysninger er hjemlet, i og med at bestemmelsen er uten praktisk nytteverdi dersom man ikke har adgang til behandling.

Statsborgerloven § 29 er bygget over samme lest som utlendingsloven § 83, noe som kan tale for en harmoniserende tolkning av disse bestemmelsene. Dette gjelder også utlendingsloven § 93 fjerde ledd som statuerer en møte- og opplysningsplikt i asylsaker og som er omtalt nedenfor i kapittel 8.2.1.

Ovenfor i kapittel 6.3.5 er det konkludert med at utlendingsloven § 83 ikke kan betraktes som en generell hjemmel for å behandle sensitive personopplysninger. Dette er et argument for at heller ikke statsborgerloven § 29 kan tolkes slik. Statsborgerloven § 29 gjelder derimot et avgrenset behandlingsformål i motsetning til utlendingsloven § 83 som gjelder alle sakstyper og dermed en rekke forskjellige behandlingsformål. Det er derfor mindre betenkelig å anse statsborgerloven § 29 for å hjemle behandling av personopplysninger.

Det synes mest nærliggende å konkludere med at statsborgerloven § 29 hjemler behandling av personopplysninger. Slutningen bygger særlig på at hjemmelen er knyttet til en bestemt sakstype. Det er likevel tvil knyttet til konklusjonen. Tvilen knytter seg særlig til at også statsborgerloven § 29 lider av samme svakhet som utlendingsloven § 83 når det kommer til mangelen på tydelig formålsangivelse. Det er ikke presisert hvilken bruk utlendingsmyndighetene kan gjøre av personopplysningene som utlendingen plikter å gi i henhold til bestemmelsen.

### 7.2.3 Visumsøknader

Behandlingen av søknader om visum er underlagt Schengen-regelverket. Det er opprettet et system for utveksling av visumopplysninger (VIS), jf. utlendingsloven § 102 flg. Utlendingsloven § 102 b hjemler registrering av bestemte personopplysninger i VIS, blant annet fotografi og fingeravtrykk. Oppholdsavdelingen trenger ikke samtykke fra søkeren for å registrere opplysningene som fremgår av utlendingsloven § 102 b.

Utlendingsloven § 102 c hjemler registrering av opplysninger som er nødvendige for å behandle søknad om visum i det nasjonale visumregistret, NORVIS. Loven nevner ansiktsfoto og fingeravtrykk og opplysninger om avgjørelse, annullering, tilbakekall og forlengelse. Denne bestemmelsen går langt i å hjemle behandlingen av personopplysninger. Bestemmelsen har overskriften "Registrering i NORVIS, tilgang til og behandling av opplysninger i VIS". Overskriften forsterker inntrykket av at man her har å gjøre med en lovhjemmel som er ment å utgjøre behandlingsgrunnlag for behandling av personopplysningene.

Utlendingsloven § 102 c synes således å tilfredsstille kravene til klar lovhjemmel for behandling av personopplysninger.

#### 7.2.4 Andre lovhjemlede behandlinger

Utlendingsloven § 100 sier at det kan tas fotografi og fingeravtrykk av utlendinger dersom bestemte vilkår er oppfylt. Paragraf 100 første ledd bokstav b hjemler at det tas fotografi og fingeravtrykk i forbindelse med søknad om oppholdstillatelser generelt. Fotografi og fingeravtrykk kan registreres, jf. denne bestemmelsens annet ledd. Følgelig har UDI lovhjemlet adgang til å ta fotografi og fingeravtrykk i forbindelse med søknader om opphold.

Utlendingsmyndighetene kan også innhente og lagre biometrisk personinformasjon i form av ansiktsfoto og fingeravtrykk ved utstedelse av oppholdskort, jf. utlendingsloven § 100 a. Likeledes har myndighetene lovhjemlet adgang til å innhente slik informasjon til kontroll av allerede utstedt oppholdskort, jf. § 100 b. Utlendingen plikter å medvirke til opptak av slik informasjon.

#### 7.2.5 Oppsummering vedrørende lovhjemler på oppholdsområdet

Oppholdsavdelingen har lovhjemmel for innhenting av visse typer personopplysninger i bestemte sakstyper. Oppholdsavdelingen har en generell hjemmel til å innhente og registrere fotografi og fingeravtrykk, jf. utlendingsloven § 100. I medhold av utlendingsloven § 102 b kan også enkelte andre opplysninger enn fingeravtrykk og fotografi registreres, men kun i forbindelse med utstedelse av visum. Ved utstedelse og kontroll av oppholdskort, kan biometrisk informasjon innhentes og lagres, jf. utlendingsloven § 100 a.

Statsborgerloven § 29 pålegger utlendingen en møte- og opplysningsplikt og hjemler innhenting og registrering av personopplysninger fra andre myndigheter. Ovenfor er det konkludert med at bestemmelsen også utgjør rettslig grunnlag for å behandle personopplysninger som er innhentet fra søkeren selv. Det knytter seg imidlertid tvil til denne konklusjonen.

Oppholdsavdelingen synes å savne lovhjemmel for å behandle personopplysninger som innhentes fra søkeren selv via søknadsskjemaer. Lovgrunnlag er nødvendig siden samtykke til å behandle personopplysninger i Oppholdsavdelingen gjennomgående er problematisk med tanke på kravet til frivillig samtykke, jf. kapittel 7.1.4 ovenfor. Det anbefales å gjennomføre en nærmere vurdering av lovhjemlene på oppholdsområdet for å kartlegge behovet for å videreutvikle det lovmessige behandlingsgrunnlaget for aktuelle behandlingsformål.

## 8 Vurdering av samtykke og lovhjemmel som behandlingsgrunnlag i Asylavdelingen

### 8.1 Bruk av samtykke i Asylavdelingen

#### 8.1.1 Ankomstregistrering

En asylsak starter med ankomstregistrering av asylsøkeren hos Politiets utlendingsenhet. Det benyttes et ankomstregistreringsskjema som innebefatter et bredt spekter av personopplysninger, herunder sensitive personopplysninger som eksempelvis opplysninger om etnisk og religiøs tilhørighet.<sup>86</sup>

Det er ikke gitt skriftlig informasjon om behandlingen av personopplysninger i ankomstregistreringsskjemaet, men politiet plikter i henhold til retningslinjer<sup>87</sup> å gjøre søkeren kjent med bestemte forhold. Blant annet skal politiet informere søkeren om bruken av fingeravtrykket som søkeren avgir i forbindelse med ankomstregistrering. Politiet skal også informere søkeren om plikten til å møte hos UDI for asylintervju.

<sup>86</sup> Skjemaet som benyttes er vedlegg 5 til RS 2010-081.

<sup>87</sup> Retningslinjene er vedlegg 1 til RS 2010-081.

Ankomstregistreringsskjemaet skal undertegnes av søkeren. Søkeren skal også undertegne på dokumentet som politiet benytter til å informere søkeren i henhold til de ovenfor nevnte retningslinjene. Søkeren bekrefter ved sin underskrift på ankomstregistreringsskjemaet opplysningene som er avgitt, og underskriften på informasjonsskrivet bekrefter at søkeren er informert om de punktene som politiet plikter å opplyse om.

Verken ankomstregistreringsskjemaet eller den muntlige informasjonen sier noe eksplisitt om behandlingen av personopplysninger. Dette er en svakhet sammenlignet med søknadsskjemaene på oppholdsområdet, som informerer eksplisitt om behandlingen av personopplysninger.

Det er imidlertid utarbeidet et eget skjema om innhenting og utlevering av personopplysninger til bruk i saker om beskyttelse.<sup>88</sup> Søkeren informeres her til en viss grad om behandlingen av personopplysninger. Det er imidlertid fokusert på plikten til å opplyse saken og på plikten til å møte til asylintervju, mens det ikke er sagt noe eksplisitt om behandlingen av personopplysninger, for eksempel en presisering av hvilke formål opplysningene vil bli behandlet for. Informasjonen som asylsøkeren får i forbindelse med ankomstregistrering kunne nok med fordel suppleres eller presiseres med tanke på den behandlingen av personopplysninger som vil finne sted i forbindelse med behandlingen av søknaden.

Skjemaet om innhenting og utlevering av personopplysninger er ikke utelukkende et informasjonsskriv, men inneholder også en samtykkeerklæring hvor asylsøkeren kan samtykke til at utlendingsmyndighetene kan innhente og utlevere opplysninger som er relevante for saken fra andre myndigheter, herunder myndigheter i andre land. Utlendingsforskriftens § 17-21 sjette ledd foreskriver at utlendingens samtykke skal innhentes for dette formålet.

Frivillighetskravet er problematisk med tanke på å basere utvekslingen av personopplysninger på samtykke fra utlendingen. Det er nærliggende å anta at innhenting av disse opplysningene i de fleste saker er avgjørende for utfallet av søknaden, slik at å nekte å samtykke vil kunne føre til et avslag på søknaden. Det er imidlertid informert om at utlendingen vil få søknaden sin avgjort på bakgrunn av allerede foreliggende opplysninger, og direkte automatikk i at søknaden blir avslått er det nødvendigvis ikke. Utlendingen vil også ha mulighet til å skaffe til veie relevant informasjon på egenhånd. Tilsynspraksis vedrørende frivillighetskravet heller mot å akseptere bruk av samtykke i tilfeller som dette, se kapittel 5.3 ovenfor.

Det er forskriften som foreskriver at samtykke fra utlendingen skal innhentes. Departementet har altså tatt stilling til samtykkets anvendelse i dette konkrete tilfellet. Etter vår oppfatning er behandlingsgrunnlaget derfor lov og ikke samtykke. Når behandlingsgrunnlaget er lov, er det ikke nødvendigvis et krav at samtykket tilfredsstiller kravene til frivillighet i personopplysningsloven, jf. kapittel 5.1 og 5.2 ovenfor.

Et annet viktig spørsmål er rekkevidden av denne samtykkeerklæringen med tanke på behandlingsgrunnlag for øvrige opplysninger (opplysninger som ikke innhentes fra andre myndigheter), men som innsamles fra søkeren selv i forbindelse med ankomstregistrering.

Det er klart at samtykket kun knytter seg til utlendingsmyndighetenes utveksling av personopplysninger med andre myndigheter. Det er kun slik utveksling som er nevnt i dokumentoverskriften og som fremkommer av teksten i samtykkeskjemaet. I relasjon til de opplysningene som søkeren selv har avgitt til politiet ved ankomstregistrering eller i asylintervjuet har dette skjemaet kun en informasjonsfunksjon, jf. første siden i dette dokumentet. UDI kan følgelig ikke basere behandlingen av øvrige opplysninger (opplysninger innhentet fra søkeren selv i forbindelse med ankomstregistrering) på samtykke.

<sup>88</sup> Samtykkeerklæringen er vedlegg 4 til RS 2010-081.

### 8.1.2 Samtykke til DNA-undersøkelse

Samtykke til DNA-undersøkelse er utførlig omtalt i kapitlet om oppholdssaker, jf. ovenfor i 7.1.3. DNA-undersøkelser benyttes også i asylsaker, og det finnes et eget rundskriv om DNA-tester i denne typen saker.<sup>89</sup> Problemstillingene er imidlertid de samme her som i saker om familieinnvandring, og det vises til omtalen i kapittel 7.

### 8.1.3 Samtykke til aldersundersøkelse

Aldersundersøkelse er regulert i utlendingsloven § 88. Dersom det er nødvendig å foreta en aldersundersøkelse for å fastslå hvorvidt en utlending er over eller under myndighetsalder, kan utlendingsmyndighetene anmode søkeren om å gjennomføre en slik undersøkelse. Søkeren skal informeres om at det å nekte å gjennomgå en slik undersøkelse kan få betydning for vurderingen av saken.

Lovbestemmelsen utgjør behandlingsgrunnlag for behandling av personopplysningene, men bare i de tilfeller utlendingen velger å gjennomføre en slik undersøkelse. Bestemmelsen gir utlendingsmyndighetene rett til å "anmode" søkeren om å gjennomføre en slik undersøkelse, men kan ikke pålegge søkeren dette med tvang. Det er derfor utarbeidet samtykkeskjema for gjennomføring av aldersundersøkelser. Samtykkeskjemaet er ikke en del av "RS 2010-183 som gir retningslinjer for aldersundersøkelser av enslige mindreårige asylsøkere med hjemmel i utl. § 88. Samtykkeskjemaet kunne med fordel vært utarbeidet som et vedlegg til det nevnte rundskrivet.

Skjemaet er noe knapt med hensyn til informasjon om behandling av personopplysninger, men det informeres om det mest grunnleggende – hva opplysningene skal brukes til. Søkeren informeres om at samtykke innebærer at resultatet av undersøkelsen inngår i utlendingsmyndighetens vurdering av søknaden, og samtykket fremstår på denne bakgrunn som uttrykkelig. Det er foruten samtykkeskjemaet utarbeidet en mal som gir retningslinjer for hvilken informasjon saksbehandleren skal gi til søkeren i forbindelse med aldersundersøkelser.

Det sentrale spørsmålet er ved denne typen undersøkelser, som ved DNA-undersøkelser, om behandlingen av personopplysningene er frivillig. Aldersundersøkelser er omtalt i forarbeidene til loven.<sup>90</sup> Departementet drøfter ikke frivillighetsaspektet like utførlig som i relasjon til DNA-undersøkelser, men lander på at samme ordning bør etableres for aldersundersøkelser som ved DNA-undersøkelser; altså en lovhjemmel som forutsetter samtykke. Departementet er imidlertid veldig tydelige på at tvil om alder neppe vil komme en asylsøker til gode dersom vedkommende har nektet å samtykke til en aldersundersøkelse, og at myndighetene normalt vil se bort fra asylsøkerens egne påstander om alder. Det er ganske klart problemstillinger knyttet til frivilligheten ved et samtykke i denne typen saker, men siden lovgiver har vurdert dette, er det neppe grunn til å problematisere bruken av samtykke i disse sakene ytterligere. Behandlingsgrunnlaget er etter vår oppfatning lovhjemmel og ikke samtykke, slik at hjemmelsspørsmålet må bero på en tolkning av hvorvidt lovskravet i personopplysningsloven er oppfylt snarere enn gyldighetskriteriene som knytter seg til samtykke som behandlingsgrunnlag.

Det skal tilføyes at UDI ikke behandler sensitive personopplysninger i forbindelse med aldersundersøkelser. En medisinsk aldersundersøkelse består i dag av en tannundersøkelse og en røntgenundersøkelse av hånd og håndrot. Undersøkelsen genererer helseopplysninger, men UDI mottar kun resultatene fra undersøkelsen som er helsepersonellens konklusjon vedrørende søkerens alder. En aldersundersøkelse kan derfor betraktes som mindre inngripende enn en DNA-undersøkelse, hvor UDI lagrer helseopplysninger.

<sup>89</sup> RS 2012-022

<sup>90</sup> Ot.prp.nr.17 (2006-2007) Om lov om endringer i utlendingsloven (DNA-testing og aldersundersøking mv.) s. 12-13

#### 8.1.4 *Samtykke til å utlevere opplysninger om menneskehandel*

Asylsøkere som har vært utsatt for menneskehandel kan samtykke til at Politiets utlendingsenhet formidler slike opplysninger til det landet som asylsøkeren vil bli sendt til, i tråd med anvisninger som følger av Dublin III-forordningen artikkel 32 (det landet som asylsøkeren først søkte asyl i).<sup>91</sup>

Det er tilsynelatende en stor grad av realitet i frivilligheten knyttet til å oversende denne typen opplysninger. Asylsøkeren vil imidlertid ofte være i en desperat situasjon, og vil gjerne at all informasjon som kan ha betydning for sakens utfall videreføres til det respektive lands myndigheter. Her hviler et betydelig ansvar på utlendingsmyndigheten med tanke på å avgjøre hva som er relevant for saken og å informere utlendingen på en nøktern måte om i hvilken grad opplysningene som utleveres vil kunne påvirke utfallet av saken.

God informasjon om opplysningenes relevans vil kunne bidra til å skape en større grad av reell frivillighet, men kan ikke helt bøte på hvordan asylsøkerens situasjon påvirker bedømmelsen av frivilligheten. Trolig er man her i et tvilstilfelle for hvorvidt et samtykke er gyldig som behandlingsgrunnlag. På den annen side har man neppe noe godt alternativ til samtykke som grunnlag for å utveksle personopplysninger til dette formålet.

#### 8.1.5 *Oppsummering av samtykkepraksis i Asylavdelingen*

Det er problemstillinger forbundet med bruk av samtykke som rettslig grunnlag for å behandle personopplysninger ved ankomstregistrering av asylsøkere. Det synes heller ikke som at UDI har ment at innhenting av opplysninger i forbindelse med ankomstregistrering skal være samtykkebasert, med unntak for opplysninger som innhentes fra andre myndigheter. Informasjonen som er gitt i samtykkeerklæringens første del viser til utlendingens møte- og opplysningsplikt i utlendingsloven §§ 83 og 93, og det innhentes ikke samtykke til å behandle personopplysninger som utlendingen selv gir fra seg ved ankomstregistrering. Hvorvidt utlendingsloven § 83 utgjør lovhjemmel for å behandle personopplysninger i asylsaker er drøftet i kapittel 6.3.5 ovenfor. Utlendingsloven § 93 er omtalt nedenfor i kapittel 8.2.1.

Asylavdelingen benytter for øvrig samtykkeskjemaer til enkelte nærmere definerte behandlinger, blant annet videreføring av opplysninger om menneskehandel til andre lands myndigheter vedrørende asylsøkere som skal overføres til et annet land i tråd med Dublin III-forordningen. Det er Politiets utlendingsenhet som forvalter denne samtykkeordningen.

Asylavdelingen benytter også samtykke for å gjøre DNA-undersøkelser og for å foreta aldersundersøkelser. Etter vår oppfatning er behandlingsgrunnlaget i disse sakene lovhjemmel og ikke samtykke, slik at hjemmelsspørsmålet må bero på en tolkning av hvorvidt lovskravet i personopplysningsloven er oppfylt snarere enn gyldighetskriteriene som knytter seg til samtykke som behandlingsgrunnlag.

Selv om samtykket er lovhjemlet, er det et krav at det er gitt god og dekkende informasjon om behandlingen av personopplysningene. Informasjonen som er gitt i samtykkeskjemaene som benyttes, kan med fordel utdypes på enkelte punkter.

## 8.2 **Lovhjemler i Asylsaker**

### 8.2.1 *Utlendingsloven § 93 fjerde ledd*

Utlendingsloven kapittel 11 del II inneholder saksbehandlingsregler som kun gjelder i asylsaker. Utlendingsloven § 93 fjerde ledd statuerer en plikt for asylsøkeren til å fremlegge nødvendig

<sup>91</sup> Samtykkeskjemaet er ikke vedlegg til rundskriv utarbeidet av UDI, men forvaltes av Politiets Utlendingsenhet.

dokumentasjon og medvirke til innhenting av nødvendige opplysninger. Bestemmelsen har en klar parallell til den generelle bestemmelsen om møte- og opplysningsplikt i utlendingsloven § 83, jf. ovenfor i kapittel 6.3.5.

Lovteksten i § 83 viser til § 93 fjerde ledd, og i forarbeidene vises det til de samme motivene vedrørende tolkningen av bestemmelsene. Tolkningen av bestemmelsene må derfor harmoniseres. Ovenfor i kapittel 6.3.5 er det problematisert hvorvidt utlendingsloven § 83 utgjør en generell hjemmel for å behandle sensitive personopplysninger i utlendingssaker. Dette er et argument for at det heller ikke er grunnlag for å anta at § 93 fjerde ledd utgjør en generell hjemmel for å behandle sensitive personopplysninger i asylsaker.

Utlendingsloven § 93 fjerde ledd er derimot en spesialbestemmelse som kun gjelder innen et nærmere avgrenset saksfelt, ref. vurderingene som er gjort av statsborgerloven § 29 ovenfor i kapittel 7.2.2. Det er færre betenkeligheter ved å anse en slik bestemmelse for å gi hjemmel for å behandle personopplysninger. De samme tolkningsmomenter gjør seg gjeldende som i relasjon til statsborgerloven § 29. Under tvil konkluderes det derfor med at utlendingsmyndighetene har hjemmel i denne bestemmelsen for å behandle personopplysninger i asylsaker.

Dette har den viktige implikasjonen at UDI har hjemmel for å behandle personopplysninger som samles inn i forbindelse med ankomstregistrering av asylsøkere (uten samtykke). Det skal likevel tilføyes at en lovhjemmel som var tydeligere på behandlingen av personopplysninger og rammene for behandlingen klart hadde vært å foretrekke. Utlendingsloven § 93 savner presisjon og er helt på grensen for hva som etter vår vurdering kan aksepteres sett i forhold til kravet om klar lovhjemmel. Til dette skal tilføyes at søkeren ofte er i en enda mer sårbar situasjon i asylsaker sammenlignet med i familieinnvandringsaker, og det behandles gjennomgående mer sensitive personopplysninger. Dette taler for at hjemmelen i slike saker bør være ekstra tydelig.

### 8.2.2 Andre lovhjemlede behandlinger

Utlendingsloven §§ 100 flg. har bestemmelser om at det kan tas fotografi og fingeravtrykk av asylsøkere til bruk for bestemte formål. Det vises til redegjørelsen i avsnitt 7.2.4 ovenfor hvor det er gitt en generell omtale av disse bestemmelsene i relasjon til oppholdssaker.

### 8.2.3 Oppsummering vedrørende lovhjemler i asylsaker

Inntrykket er at utlendingsmyndighetene i stor grad har lovgrunnlag for å behandle personopplysninger i forbindelse med asylsaker. Det er likevel hensiktsmessig med en fullstendig gjennomgang av lovhjemlene på asylområdet for å se om alle aktuelle behandlingsformål er dekket inn.

## 9 Vurdering av samtykke og lovhjemmel som behandlingsgrunnlag i region- og mottaksavdelingen

### 9.1 Bruk av samtykke i region- og mottaksavdelingen

Region- og mottaksavdelingen har et bredere spekter av oppgaver og følgelig også flere behandlingsformål enn hva som er tilfelle for Oppholdsavdelingen og Asylavdelingen. For at redegjørelsene i dette kapitlet ikke skal bli for omfattende, omtales kun et utvalg av aktuelle samtykkeskjemaer kategorisert etter sakstyper / behandlingsformål.

Umiddelbart kan det være vanskelig å si hvorvidt et skjema er å betrakte som en samtykkeerklæring eller utelukkende et informasjonsskriv. I det følgende benyttes derfor "informasjonsskriv/samtykkeerklæringer" for å favne alt som kan være relevant for så, etter en nærmere vurdering, å konkludere med om det dreier seg om en samtykkeerklæring eller kun et informasjonsskriv.

De viktigste områdene for bruk av informasjonsskriv/samtykkeerklæringer på mottaksfeltet er:

- Ved tilbud om mottaksplass (kapittel 9.2)
- Ved individuell kartlegging og utarbeidelse av tiltaksplan for mindreårige i mottak (kapittel 9.3)
- Når mottaket vil utlevere sensitive personopplysninger til UDI (kapittel 9.4)
- Når mottaket vil utlevere sensitive personopplysninger til andre offentlige instanser som eksempelvis politi, barnevern, NAV eller IMDi (Inkluderings- og mangfoldsdirektoratet) (kapittel 9.5)
- Når mottaket vil innhente personopplysninger fra andre enn UDI, eksempelvis fra helsetjenesten (kapittel 9.6)
- Ved søknad om frivillig retur (kapittel 9.7)
- I forbindelse med behandling av søknad og utbetaling av økonomiske ytelser (kapittel 9.8).

### 9.1.1 *Tilbud om mottaksplass*

#### 9.1.1.1 Generelt

Ved tilbud om mottaksplass utleveres personopplysninger fra UDI til mottaket, og mottaket registrerer eksempelvis opplysninger om navn og DUF-nummer, fødested, etnisk bakgrunn og statsborgerskap. Asylsøkeren informeres om utleveringen og registreringen av personopplysninger i henhold til et informasjonsskriv utarbeidet av UDI.<sup>92</sup> Asylsøkeren blir ikke bedt om å samtykke, men skriver under på at han har blitt informert om og forstått det som står i skrivet. Realiteten synes å være at utleveringen og registreringen av personopplysninger er obligatorisk.

Under overskriften Del 2 i dette informasjonsskrivet kan søkeren samtykke til registrering av opplysninger om fysisk funksjonshemming. Det er opplyst at formålet med samtykket er å kunne gi søkeren nødvendig oppfølging i mottaket. I informasjonsteksten er brukt formuleringen "jeg gir mitt frivillige samtykke til...". At ordet frivillig er benyttet, medfører selvfølgelig ikke automatisk at samtykket er frivillig, men kan være en indikasjon på at man har en situasjon hvor samtykke er egnet som behandlingsgrunnlag.

Mye tyder på at man her har å gjøre med en reelt frivillig situasjon. Asylsøkeren står fritt til å beholde opplysninger om en fysisk funksjonshemming for seg selv. Han går da glipp av tilrettelegging i mottaket, men det å ikke gi sitt samtykke til bruk av opplysningene får ikke innvirkning på behandlingen av asylsøknaden.

Informasjonsskrivets del 3 gjelder utlevering av personopplysninger til IMDi og bosettingskommunene. I likhet med del 1 som informerer om utleveringen og registreringen av personopplysninger i mottaket, er denne utleveringen tilsynelatende ikke basert på samtykke. Asylsøkeren må skrive under på at han har fått informasjon og forstått innholdet.

#### 9.1.1.2 Søknad om plass på tilrettelagt avdeling

En asylsøker med særlige behov kan søke om plass på tilrettelagt avdeling.<sup>93</sup> Plass på tilrettelagt avdeling er forbeholdt personer med særskilte oppfølgingsbehov og omfatter eksempelvis personer med psykiske eller fysiske lidelser eller personer som av andre grunner trenger hjelp og oppfølging i hverdagen. I søknadsskjemaet som benyttes til dette formålet, nedtegnes flere sensitive personopplysninger, særlig helseopplysninger om for eksempel medikamentbruk og sykdomshistorikk. Det er spesifisert i

<sup>92</sup> Informasjonsskrivet hører under RS 2008-035V5, "Rutiner for opprettelse og håndtering av personmapper og beboermapper".

<sup>93</sup> Søknadsskjema om plass på tilrettelagt avdeling er vedlegg 1 til RS 2010-196 "Krav til oppfølging av beboere på tilrettelagt avdeling".

søknadskjemaet at behandlingen av helseopplysninger krever samtykke. Samtykkemalen skal vedlegges søknadskjemaet.<sup>94</sup>

I samtykkeskjemaet er det gitt informasjon om hvem som får tilgang til helseopplysningene og om formålet med utleveringen og behandlingen av personopplysningene. Samtykkeskjemaet tilfredsstiller på denne måten kravet til informasjon og til uttrykkelig samtykke. Gitt at det også er frivillig å søke om slik plass – at det ikke utøves press mot beboeren med tanke på å søke om plass på en tilrettelagt avdeling – synes samtykke å være gyldig som behandlingsgrunnlag i denne sammenheng.

En plass på tilrettelagt avdeling kan utvilsomt oppfattes som et gode, men dette godet er neppe like grunnleggende som eksempelvis å få innvilget asyl eller statsborgerskap. Plass på tilrettelagt avdeling har i større grad karakter av å være et ekstragode, jf. de generelle betraktningene om denne distinksjonen ovenfor i kapittel 5.3.

#### 9.1.2 *Individuell kartlegging og utarbeidelse av tiltaksplan for enslige mindreårige i mottak*

UDI har en rutine som går ut på at det gjennomføres samtaler med enslige mindreårige asylsøkere når disse ankommer et mottak. Formålet med disse samtalene er å tilrettelegge slik at den mindreårige skal få den omsorg og oppfølging vedkommende trenger i mottaket og senere dersom han eller hun flytter fra mottaket. Det er gitt retningslinjer for arbeidet med enslige mindreårige i mottak i RS 2012-018.

Opplysningene fra samtalen nedtegnes i en kartleggingsrapport.<sup>95</sup> I rapporten nedtegnes blant annet personalia mv., opplysninger om bakgrunn og sosialt nettverk, helseopplysninger, religionstilhørighet og opplysninger om yrke eller utdanning. Rapporten omfatter altså sensitive personopplysninger.

Den mindreårige og representanten eller vergen (barn som har fått oppholdstillatelse får tildelt verge) får i henhold til skriftlig rutine informasjon om hva som er formålet med kartleggingen og hva rapporten skal brukes til, herunder hvem som skal ha tilgang til rapporten.<sup>96</sup> Den mindreårige bekrefter med sin underskrift at han / hun er informert om hva rapporten skal brukes til og at vedkommende har bidratt aktivt ved utarbeidelsen av rapporten. Vergen samtykker på vegne av den mindreårige til at rapporten kan benyttes til bestemte formål. Det benyttes gradert samtykke, slik at vergen enten kan samtykke til at kun mottaket skal ha tilgang til rapporten eller at for eksempel også IMDi og/eller UDI gis tilgang til opplysningene.

"Individuell tiltaksplan for enslig mindreårig i mottak" er bygget opp etter mønster av kartleggingsrapporten av mindreårig på ankomsttransitt, jf. ovenfor.<sup>97</sup> Formålet med tiltaksplanen er å hjelpe den enslige mindreårige å lage planer for den tiden han/hun bor på mottaket og for livet fremover. I tiltaksplanen nedtegnes opplysninger om mål og tiltak for å nå målene samt resultater. Tiltaksplanen inneholder ikke nødvendigvis sensitive personopplysninger.

Det er lagt opp til at den mindreårige skal bekrefte at han / hun er informert om innholdet i tiltaksplanen og hva den skal brukes til. Representant / verge skal samtykke til eventuell videreformidling av planen til andre instanser, slik som eksempelvis UDI.

Kartleggingsrapporten og tiltaksplanen er eksempler på behandlingsformål hvor samtykke synes å være egnet som behandlingsgrunnlag. Den mindreårige og vergen får informasjon om hva disse dokumentene skal brukes til, og er derfor i en posisjon hvor de kan ta et informert valg med tanke på avgivelse av

<sup>94</sup> Samtykkemalen er vedlegg 2 til RS 2010-196 "Krav til oppfølging av beboere på tilrettelagt avdeling".

<sup>95</sup> Vedlegg 2 og vedlegg 4 til RS 2012-018 (henholdsvis kartlegging og forenklet kartlegging).

<sup>96</sup> Informasjonen til den mindreårige og vergen er en del av kartleggingsrapporten.

<sup>97</sup> Tiltaksplanen er vedlegg 3 til RS 2012-018.

samtykke til bruk av opplysningene. Samtykkene er også som nevnt gradert med henblikk på hvilke aktører som skal få tilgang til dokumentene. Dette sikrer overholdelse av kravet om formålsbestemt eller uttrykkelig samtykke.

En forutsetning for at samtykke skal være egnet som behandlingsgrunnlag er at kartleggingen er frivillig. Det er ingenting som tyder på at vergens samtykkekompetanse ikke er reell i dette tilfellet. Vergen kan tilsynelatende fritt nekte å gi sitt samtykke til utarbeidelse eller bruk av rapporten. Frivillighet forutsetter også at den enslige mindreårige får si sin mening og medvirke i tråd med den mindreåriges modenhet og alder, slik vergemålsloven og barneloven forutsetter.<sup>98</sup>

### 9.1.3 *Samtykke til utlevering av personopplysninger til UDI*

UDI har etablert rutiner for å fange opp asylsøkere som har vært utsatt for menneskehandel og asylsøkere som er utsatt for vold i nære relasjoner.<sup>99</sup> I den forbindelse har UDI utarbeidet en egen mal bestående av et informasjonsskriv og en samtykkeerklæring for utlevering av slike opplysninger til UDI.<sup>100</sup> Samtykkeskjemaet benyttes i de tilfellene hvor det er påkrevet med samtykke fra beboeren for å videreformidle opplysningene. Informasjonsskrivet redegjør blant annet for når mottaket må ha beboerens samtykke for å videreformidle opplysninger.

Et samtykke synes i utgangspunktet å være gyldig som behandlingsgrunnlag i denne sammenhengen. Et samtykke til å utlevere slike opplysninger, er imidlertid ikke helt uproblematisk med tanke på frivillighetskravet. Dersom en asylsøker opplever at avgjørelsen av asylsøknaden står og faller på om UDI mottar disse opplysningene, vil vedkommende oppleve et betydelig press til å gi opplysningene fra seg. Det er viktig at UDI er bevisste på å informere utlendingen om hvilken betydning det kan ha for søknaden at opplysningene videreformidles til UDI, jf. for øvrig kapittel 8.1.4 som gjelder politiets videreformidling av opplysninger om menneskehandel til utenlandske myndigheter. Samtykke utpeker seg likevel som det best egnede behandlingsgrunnlaget for utlevering av opplysningene.

### 9.1.4 *Samtykke til utlevering av personopplysninger til andre enn UDI*

Det er flere aktører enn UDI som kan ha behov for personopplysninger om en asylsøker som bor på et mottak. Mottakene benytter ulike samtykkeskjemaer som grunnlag for å utlevere personopplysninger til politi, skole, barnehage, barnevern, NAV og IMDi.

Eksempelvis finnes et skjema for utlevering av opplysninger om funksjonshemning til IMDi. Det er IMDi som forvalter dette skjemaet. Det finnes også en variant av skjemaet hvor det kan samtykkes på vegne av et barn. Utleveringen av opplysninger skjer fra lege/psykolog og fungerer som et unntak fra taushetsplikten. IMDi benytter opplysningene til å vurdere om det er grunnlag for å motta økonomisk støtte.

Skjemaet som benyttes inneholder relevant informasjon, og valgsituasjonen fremstår som reell. Det er derfor ingenting som tyder på at samtykke er uegnet eller ugyldig i relasjon til det aktuelle behandlingsformålet.

### 9.1.5 *Samtykke til å innhente personopplysninger fra andre enn UDI*

Mottakene kan også ha behov for å innhente opplysninger fra andre aktører. Ved tilbud om mottaksplass skjer det en omfattende registrering av personopplysninger, jf. ovenfor. Mottaket kan imidlertid ha behov for å innhente flere opplysninger på et senere tidspunkt. Det finnes eksempelvis et skjema som danner grunnlag for fullmakt til at asylmottaket kan innhente informasjon om D-nummer (norsk

<sup>98</sup> Vergemålsloven § 17, jf. barnelova § 31.

<sup>99</sup> RS 2015-007 "Krav til identifisering og oppfølging av beboere i mottak som kan være utsatt for menneskehandel eller vold i nære relasjoner".

<sup>100</sup> Vedlegg 3 til RS 2015-007 "Tiltakskort – Utlevering av opplysninger om menneskehandel eller vold i nære relasjoner".

identitetsnummer) og velge / bytte fastlege for beboeren. Dette skjemaet forvaltes av HELFO. Samtykke er et gyldig behandlingsgrunnlag for dette formålet.

#### 9.1.6 *Assistert retur og reintegrasjonsstøtte*

Region- og mottaksavdelingen har oppgaver knyttet til retur av asylsøkere som ikke har fått opphold i landet.<sup>101</sup> En asylsøker som har fått avslag på sin asylsøknad kan søke om såkalt assistert retur. Søknadsskjemaet er utarbeidet av IOM ("International Organization for Migration"). I søknadsskjemaet registreres en rekke personopplysninger, først og fremst personalia. Søkeren oppgir imidlertid også helseopplysninger dersom det er relevant med tanke på reisen. I tillegg til selve søknadsskjemaet skal det fylles ut et skjema hvor søkeren godtar behandling av personopplysninger til det aktuelle formålet, og at opplysningene deles med aktører som er involvert i å besørge returreisen.

Et eget skjema benyttes når det skal samtykkes på vegne av et barn om assistert retur. Dette skjemaet nevner ikke behandlingen av personopplysninger spesielt.

En asylsøker som har fått avslag på søknaden kan også søke om såkalt reintegrasjonsstøtte. Dette er et fast beløp som utbetales i forbindelse med hjemreisen slik at asylsøkeren ikke skal stå helt på bar bakke når vedkommende når sitt hjemland. I søknaden om slik støtte oppgir asylsøkeren personalia og DUF-nummer.

Hvorvidt samtykke er egnet som behandlingsgrunnlag for behandling av personopplysninger i relasjon til returprogrammet beror først og fremst på hvorvidt det er frivillig å delta i dette programmet. Selv om det kan se slik ut bedømt etter søknadsskjemaene, er dette neppe en reell valgsituasjon for asylsøkeren. Dersom søkeren ikke vil gi fra seg de personopplysningene som søknadsskjemaet krever, vil vedkommende måtte bli tvangsreturnert til hjemlandet. Behandling av personopplysninger for returformål kan derfor trolig ikke bygge på samtykke som behandlingsgrunnlag.

Det er først og fremst samtykke til selve returen som er problematisk. Når det gjelder søknad om reintegrasjonsstøtte isolert sett, er det mindre problematisk å benytte samtykke som grunnlag for å behandle personopplysningene, men også her er det tvilsomt om et samtykke er frivillig, jf. også 9.1.7 nedenfor. Økonomiske ytelser har karakter av å være et grunnleggende gode og hvor UDI i egenskap av å være offentlig myndighet er monopolist. Utlendingen har ingen andre alternativer enn å gi fra seg opplysningene dersom vedkommende ønsker reintegrasjonsstøtte.

#### 9.1.7 *Økonomiske ytelser til personer i mottak*

Region- og mottaksavdelingen har oppgaver knyttet til å sørge for økonomiske ytelser til beboere i mottak.<sup>102</sup> For å ha krav på økonomisk bistand må asylsøkeren utfylle egenerklæring om inntekts- og formuesforhold.<sup>103</sup> Tildeling av økonomiske ytelser forutsetter at beboeren gir fra seg personopplysninger om økonomiske forhold (eksempelvis dokumentasjon på lønn eller arbeidsavtale). Det er ikke bedt om eksplisitt samtykke til å behandle disse personopplysningene. Samtykke synes heller ikke egnet idet det er obligatorisk å fremlegge dokumentasjonen for å motta ytelser. Ofte vil det være sensitive personopplysninger involvert slik at muligheten for å anvende personopplysningsloven § 8 bokstav e som behandlingsgrunnlag er utelukket.

"Skjema for transporterklæring – forskuttering av barnetrygd"<sup>104</sup> fylles ut med navn, DUF-nummer, fødselsdato og nasjonalitet på barnet/barna som det søkes støtte for og navn og sivilstatus på forsørger og

<sup>101</sup> RS 2012-019 "Krav til returarbeid i mottak".

<sup>102</sup> Se RS 2008-035 "Reglement for økonomiske ytelser til beboere i statlig mottak".

<sup>103</sup> Vedlegg 2 til RS 2008-035.

<sup>104</sup> Vedlegg 4 til RS 2008-035.

sendes til NAV. Beboeren skriver under på skjemaet sammen med mottaksleder. Skjemaet inneholder ingen spesiell informasjon om behandling av personopplysninger, og beboeren blir heller ikke bedt om å samtykke til at opplysningene behandles. Forutsatt at skjemaet ikke inneholder sensitive personopplysninger, (for eksempel at nasjonaliteten røper barnets etniske bakgrunn), er det heller ikke nødvendig med samtykke, idet personopplysningsloven § 8 e gir behandlingsgrunnlag i dette tilfellet. Vi gjør oppmerksom på at samtykke kan være påkrevd i relasjon til selve transporten av pengekravet til UDI. Dette er imidlertid en annen problemstilling som ikke vedrører samtykke til behandling av personopplysningene.

#### 9.1.8 Oppsummering av samtykkepraksis i Region- og mottaksavdelingen

Samtykke er egnet som behandlingsgrunnlag til flere av formålene som region- og mottaksavdelingen behandler personopplysninger for. Dette gjelder for eksempel i tilfeller der mottaket kan bidra med å utlevere personopplysninger til UDI eller andre aktører om for eksempel helseforhold eller annet som kan ha betydning for innvilgelse av økonomisk støtte eller annen bistand. I disse situasjonene er asylsøkeren som regel i en reell valgsituasjon.

Utlevering av opplysninger om menneskehandel og vold i nære relasjoner til UDI, fordi opplysningene kan være relevante for søknadsbehandlingen, representerer trolig et grensetilfelle for når et samtykke er å anse som frivillig. God informasjon kan i noen grad bøte på problemet knyttet til eventuelt press utlendingen vil kunne oppleve. Samtykke fremstår også, tross innvendinger som kan rettes mot frivilligheten, som det beste alternativet sammenlignet med andre behandlingsgrunnlag.

Et samtykke synes også å være gyldig i relasjon til oppfølgingen av enslige mindreårige i mottak. Kartleggingen og oppfølgingstiltakene synes å være frivillige. Det er gitt god informasjon om hva rapporten skal brukes til, og samtykket er gradert med tanke på hvem som skal ha tilgang til opplysningene, noe som bidrar til å gjøre samtykket uttrykkelig.

Det er derimot også oppgaver og ansvarsområder hvor samtykke ikke er egnet. Det er tvilsomt om samtykke er egnet som behandlingsgrunnlag for de opplysningene som mottaket registrerer ved tilbud om mottaksplass. Grunnen til dette er at beboeren neppe kan motsette seg denne registreringen sett i sammenheng med at det er tale om et helt essensielt og grunnleggende gode som asylsøkeren i praksis ikke kan takke nei til. Selv om asylsøkeren kan velge et privat boalternativ er det i realiteten et fåtall som har mulighet for å bo privat. Det er derfor vår oppfatning at rammene for behandlingen av personopplysninger til dette formålet bør være fastlagt i lov.

Samtykke synes særlig uegnet i relasjon til programmet om assistert retur fordi det ikke finnes noe reelt alternativ til ordningen. Dersom asylsøkeren ikke vil gi fra seg de nødvendige personopplysningene, er alternativet tvangsretur til hjemlandet eller hjemreise på egenhånd.

## 9.2 Lovhjemler på mottaksfeltet

### 9.2.1 Tilbud om mottaksplass

Utlendingsloven § 95 sier at alle asylsøkere skal gis tilbud om innkvartering i mottak. (Asylsøkeren plikter ikke å ta imot tilbudet om mottaksplass, men kan velge å bo privat i stedet.) Det er et spørsmål om denne bestemmelsen også gir utlendingsmyndigheten hjemmel til å behandle personopplysninger i forbindelse med at det gis et slikt tilbud om mottaksplass.

Bestemmelsen sier ingenting om behandlingen av personopplysninger. Kravet til tydelig lovhjemmel synes derfor ikke å være oppfylt. Det er heller ikke sagt noe om behandlingen av personopplysninger i forarbeidene. Det synes derfor tvilsomt om denne bestemmelsen utgjør lovgrunnlag for å behandle personopplysninger i forbindelse med innkvartering av en asylsøker i mottak.

### 9.2.2 *Saker om retur*

Utlendingsloven § 84 a gir UDI adgang til å behandle personopplysninger i saker om retur. Bestemmelsen er, i motsetning til utlendingsloven §§ 83 og 93, eksplisitt på adgangen til å behandle personopplysninger, herunder hva slags behandlinger utlendingsmyndighetene har hjemmel for å foreta. Utlendingsmyndighetene kan både registrere, sammenstille og lagre sensitive personopplysninger og kan også benytte personopplysninger som er lagret om utlendingen på et tidligere tidspunkt i saksbehandlingen.

Når UDI behandler en søknad om assistert retur, er det flysikkerheten som det først og fremst er viktig å vurdere. I denne vurderingen inngår personopplysninger om personens adferd og generelt opplysninger som har betydning for sikkerhetsvurderingen. Utlendingsloven § 84 a hjemler at UDI kan innhente slike opplysninger fra samarbeidende instanser – eksempelvis politiet. (Dersom UDI finner forhold som gir grunn til å betvile flysikkerheten, er det politiet som besørger returreisen.)

I forarbeidene er det presisert at utlendingsloven § 84 a ikke gir hjemmel for utlendingsmyndighetene til å innhente nye opplysninger og heller ikke til å utlevere opplysninger til andre offentlige organer. Utlendingsmyndigheten er derfor avhengig av samtykke eller annet behandlingsgrunnlag for å behandle eventuelle nye personopplysninger i søknadsskjemaet om assistert retur.

Som nevnt i 9.1.6 ovenfor, inneholder ikke søknadsskjemaet nødvendigvis sensitive personopplysninger. Sensitive personopplysninger inngår kun dersom søkeren opplyser om helseforhold som kan ha betydning for reisen. Såfremt skjemaet ikke inneholder sensitive personopplysninger, kan innhenting hjemles i personopplysningsloven § 8 bokstav e. I de tilfeller søkeren oppgir nye helseopplysninger, er det derimot tvilsomt om det er rettslig grunnlag for innhenting. (I 9.1.6 er det konkludert med at samtykke synes lite egnet i retursaker.)

### 9.2.3 *Unntak fra taushetsplikt for ansatte i mottak*

Opplysninger om en beboer kan i en viss utstrekning videreformidles til utlendingsmyndighetene uten samtykke i medhold av utlendingsloven § 84 b. Opplysninger kan etter denne bestemmelsen utleveres på anmodning fra utlendingsmyndighetene, men også på den ansattes eget initiativ. Bestemmelsen omfatter bare opplysninger som er relevante i vurderingen av om vilkårene for oppholdstillatelse er oppfylt eller som er relevante for saksbehandlingsprosessen. Det følger av andre ledd at utlendingsmyndighetene ikke kan anmode ansatte om å gi opplysninger om enslige, mindreårige asylsøkere. Samtykkeskjema må benyttes i tilfeller der det ikke er hjemmel i nevnte bestemmelse for å utlevere opplysninger, jf. kapittel 9.1.3 ovenfor.

### 9.2.4 *Oppsummering vedrørende lovhjemler på mottaksfeltet*

Det er få relevante lovhjemler for behandling av personopplysninger på mottaksfeltet. Den kanskje viktigste lovhjemmelen er utlendingsloven § 84 a som gir en relativt omfattende adgang til å behandle personopplysninger i forbindelse med retur av asylsøkere som har fått avslag på sin søknad. Denne hjemmelen gir imidlertid ikke grunnlag for å innhente nye opplysninger om utlendingen. Hjemmelen gir derfor ikke behandlingsgrunnlag for eventuelle nye personopplysninger som inngår i søknadsskjemaet om assistert retur. Behandlingen av disse opplysningene må baseres på annet grunnlag. Utlendingsloven § 84 b gir ansatte i mottakene hjemmel for å utlevere visse opplysninger til utlendingsmyndighetene. Det er imidlertid her en viktig grenseoppgang mot utlevering av opplysninger som krever beboerens samtykke.

Det er ikke identifisert noen lovhjemmel for å registrere personopplysninger i forbindelse med innkvartering av asylsøkere i mottak. Det synes å være behov for en lovhjemmel som angir rammene for behandling av personopplysninger til dette formålet.

## 10 Krav til behandlingsgrunnlag i andre EU-land

### 10.1 Innledning

For komparative formål er det foretatt en overordnet vurdering av regelverk og praksis i tre utvalgte EU-land vedrørende behandlingen av personopplysninger og bruk av samtykke i utlendingsforvaltningen. En nærmere beskrivelse av prosess og metode for denne komparative delen av utredningen er gitt i rapportens kapittel 2.3.

Sammenfattet viser de komparative analysene at nasjonalt regelverk og praksis er relativt ulik i de tre landene som er omtalt. Personvernlovgivningen er i alle landene, som i Norge, basert på EUs personverndirektiv. Det er likevel enkelte forskjeller i lovgivning som skyldes ulik implementering av direktivet.

Det er også ulikheter i rettstradisjon på utlendingsområdet i de utvalgte landene. Det vises her blant annet til særordninger for britiske myndighetsorganer, såkalte "Crown bodies", som er gitt vidtrekkende beføyelser innenfor dette forvaltningsområdet. For Tysklands del innebærer en sentral avgjørelse fra forfatningsdomstolen krav til sektorspesifikt hjemmelsgrunnlag for myndigheters behandling av personopplysninger.

Oppsummert kan regelverket generelt synes strengest i Tyskland. I både Danmark og Storbritannia er det etter alt å dømme generelle hjemler for utlendingsmyndigheters behandling av personopplysninger. Av de tre utvalgte landene, synes det utelukkende å være Danmark som anser samtykke som et gyldig og egnet behandlingsgrunnlag innen utlendingsforvaltningen. Samtykke er likevel i liten utstrekning brukt i Danmark.

En detaljert gjennomgang av regelverk og praksis følger nedenfor. For hvert land redegjøres først for relevante rettskilder på personopplysningsområdet og deretter for sentrale lovhjemler samt praksis vedrørende bruk av samtykke på forvaltningsområdet.

### 10.2 Tyskland

#### 10.2.1 Sammendrag

I Tyskland gjelder særlige krav til lovhjemmel på personopplysningsområdet. Sentralt i denne sammenhengen er kravet om at offentlige myndigheter må ha egne bestemmelser i sektorspesifikt lovverk som eksplisitt gir hjemmel for behandling av personopplysninger.

#### 10.2.2 Personopplysningslovgivning

Etter tysk rett kreves det eksplisitt lovhjemmel for behandling av personopplysninger til bestemte formål. En sentral avgjørelse fra den tyske forfatningsdomstolen fra 1983 ("Folketellingsdommen")<sup>105</sup> har en særlig rettskildestatus på personvernområdet i Tyskland.

Folketellingsdommen fastslår blant annet at det stilles krav om sektorspesifikk hjemmel i lov som grunnlag for behandling av personopplysninger.<sup>106</sup> Avgjørelsen innebærer en streng fortolkning av formålsbestemthetsprinsippet og har betydning for hvilke krav som stilles til lovhjemmel for behandling av personopplysninger på forvaltningsområdet i Tyskland. Offentlige myndigheter som samler inn

<sup>105</sup> BVerfG, Urteil v. 15. Dezember 1983 (Volkszählungsurteil).

<sup>106</sup> Særlig følgende utdrag fra dommen anses som relevant i denne sammenhengen: "Ein Zwang zur Angabe personenbezogener Daten setzt voraus, daß der Gesetzgeber den Verwendungszweck bereichsspezifisch und präzise bestimmt und daß die Angaben für diesen Zweck geeignet und erforderlich sind. Damit wäre die Sammlung nicht anonymisierter Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbar Zwecken nicht zu vereinbaren. Auch werden sich alle Stellen, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben personenbezogene Daten sammeln, auf das zum Erreichen des angegebenen Zieles erforderliche Minimum beschränken müssen".

personopplysninger for å oppfylle lovpålagte plikter innen sine respektive forvaltningsområder, må begrense behandlingen til det minimum som kreves for å oppfylle spesifiserte oppgaver og formål som følger av regelverket.

Dommen har også hatt avgjørende betydning for utfallet av sentrale tyske avgjørelser om myndigheters innsamling og behandling av personopplysninger. Blant annet kan det vises til en sentral avgjørelse fra 2009 om kameraovervåking<sup>107</sup> og til en sentral dom om datalagring fra 2010<sup>108</sup> som begge har klare referanser til konklusjonene i Folketellingsdommen.

### 10.2.3 Regelverk på utlendingsområdet

Som en følge av ovennevnte krav om sektorspesifikk hjemmel i lov, inneholder de fleste fullmaktslovene i Tyskland spesifikke bestemmelser som gir hjemmel for innsamling og behandling av personopplysninger. På utlendingsforvaltningsområdet er de mest sentrale bestemmelsene å finne i blant annet utlendingsloven<sup>109</sup> §§ 86-91, asylloven<sup>110</sup> §§ 7-8 og statsborgerskapsloven<sup>111</sup> §§ 31-34, 37. Hensikten med disse bestemmelsene er å gi forvaltningsmyndighetene i utlendingssaker klar hjemmel for behandling av de personopplysninger som er nødvendige for oppfyllelse av lovpålagte oppgaver. Lovbestemmelsene er eksplisitte med hensyn til angivelse av hvilke behandlinger av personopplysninger som kan foretas og for hvilke formål. Som eksempel på en konkret hjemmel for innsamling av personopplysninger kan nevnes Utlendingsloven § 86 som har følgende ordlyd (offisiell engelsk oversettelse):

*"Section 86 - Collection of personal data*

The authorities charged with implementing this Act may collect personal data for the purposes of implementing this Act and provisions relating to foreigners contained in other acts, where this is necessary to discharge their duties under this Act and in accordance with provisions relating to foreigners contained in other acts. Data within the meaning of Section 3 (9) of the Federal Data Protection Act and corresponding provisions contained in the data protection acts of the Länder may be collected where this is necessary in individual cases to discharge assigned duties."

Flere andre bestemmelser på området gir eksplisitt hjemmel for utveksling av personopplysninger med andre myndigheter.<sup>112</sup>

### 10.2.4 Samtykke som behandlingsgrunnlag

Regelverket på utlendingsområdet i Tyskland gir myndighetene klare hjemler for behandling av personopplysninger. Som hovedregel kreves derfor ikke samtykke for behandling av personopplysninger. Bortsett fra noen få, og relativt snevert definerte unntak, som oppstiller krav om samtykke i stedet for eller i tillegg til lov, må myndighetene støtte seg på de eksplisitte lovhjemlene som er gitt på området, jf. ovenfor.

Samtykke aksepteres i enkelte tilfeller hvor behandlingen av personopplysninger ikke er avgjørende for sakens utfall, men hvor behandlingen tjener andre formål. Tysk personvernlovgivning stiller ellers krav om kvalifisert samtykke.<sup>113</sup> Kvalifisert samtykke innebærer etter teori og praksis at et samtykke neppe vil være gyldig i tilfeller hvor det er en åpenbar ubalanse i forholdet mellom den registrerte og den som

<sup>107</sup> Beschluss vom 11. August 2009 - 2 BvR 941/08.

<sup>108</sup> BVerfGE 125, 260 (Vorratsdatenspeicherung).

<sup>109</sup> Aufenthaltsgesetz vom 25.02.2008 (sist endret 23.14.2014).

<sup>110</sup> Asylverfahrensgesetz vom 02.09.2008 (sist endret 23.14.2014).

<sup>111</sup> Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22.07.1913 (sist endret 13.11.2014).

<sup>112</sup> Se for eksempel Aufenthaltsgesetz § 87.

<sup>113</sup> Se for eksempel Sec. 4a, Federal Data Protection Act, BDSG.

behandler personopplysningene. Enkeltpersoner anses generelt å stå i et avhengighetsforhold til forvaltningsmyndighetene, og et samtykke vil derfor som regel ikke være frivillig. Samtykke anses derfor som ugyldig i situasjoner hvor et enkeltindivid risikerer negative konsekvenser eller fratas muligheten til å oppnå et gode hvis vedkommende ikke samtykker. Samtykke er på denne bakgrunn som hovedregel ikke et gyldig behandlingsgrunnlag for utlendingsforvaltningen i Tyskland.

### 10.3 Storbritannia

#### 10.3.1 Sammendrag

Det overordnede bildet er at britisk personvernlovgivning oppstiller relativt lempelige krav til behandling av personopplysninger. Samtykke anerkjennes i liten grad som et gyldig behandlingsgrunnlag for utlendingsmyndighetene.

#### 10.3.2 Personopplysningslovgivning

Den britiske personopplysningsloven<sup>114</sup> ("DPA 1998") oppstiller en generell hjemmel for behandling av personopplysninger ved utøvelse av offentlig forvaltningsmyndighet. Behandling av personopplysninger kan skje når opplysningene er nødvendige for utførelsen av lovpålagte oppgaver. I motsetning til det som gjelder etter norsk personvernlovgivning,<sup>115</sup> gir den relevante bestemmelsen i DPA 1998<sup>116</sup> hjemmel for behandling av *sensitive* personopplysninger når dette er nødvendig som ledd i forvaltningens lovpålagte oppgaver.

#### 10.3.3 Regelverk på utlendingsområdet

Sentrale oppgaver som ligger under utlendingsforvaltningen i Storbritannia er tillagt UK Home Office<sup>117</sup> med tilhørende underorganer. Den britiske utlendingsloven fra 1971<sup>118</sup> er den mest sentrale loven på utlendings- og innvandringsområdet. Det finnes i tillegg en rekke supplerende lover og regler, som er kommet til senere, og som har resultert i et juridisk lappeteppes på området. Eksempler på lovpålagte oppgaver som er underlagt Home Office er undersøkelser ved ankomst,<sup>119</sup> behandling av asylsøknader,<sup>120</sup> utvisning og hjemsending,<sup>121</sup> behandling av informasjon om biometriske undersøkelser,<sup>122</sup> undersøkelser ved mistanke om svindel i tilknytning til ekteskap<sup>123</sup> og illegalt arbeid.<sup>124</sup>

Inntrykket er at når Home Office opptrer i samsvar med den myndighet som er fastsatt i lovene på området, anses behandlingen å ha rettslig grunnlag i DPA 1998, forutsatt at behandlingen av personopplysninger anses som "nødvendig" for utøvelsen av disse funksjoner. Ordlyden i flere søknadsskjemaer som er i bruk på området underbygger oppfatningen av at Home Office støtter seg på lovgivningen som behandlingsgrunnlag. I de fleste skjemaene henvises i signaturfeltet til loven som hjemmel for innsamling og behandling av personopplysninger. Det lovmessige behandlingsgrunnlaget

<sup>114</sup> Data Protection Act of 1998.

<sup>115</sup> Jf. norsk personopplysningslov § 8 bokstav e).

<sup>116</sup> DPA 1998, Schedule 3, Section 7(1)(c).

<sup>117</sup> UK Visas and Immigration, Her Majesty's Passport Office, Border Force.

<sup>118</sup> Immigration Act of 1971.

<sup>119</sup> Immigration Act 1971 Section 3(2) and Schedule 2 para 4.

<sup>120</sup> Immigration Act 1971 section 3(2), Nationality, Immigration and Asylum Act 2002 sections 126 and 127 and Immigration (Provision of Physical Data) Regulations 2006/1743.

<sup>121</sup> Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004, section 35.

<sup>122</sup> Immigration Act 2014 sections 8 and 10 and Immigration (Provision of Physical Data) Regulations 2006/1743.

<sup>123</sup> Immigration Act 2014 Section 51(4) and (5).

<sup>124</sup> Nationality, Immigration and Asylum Act 2002 Sections 134 and 135.

anses generelt å gi vide hjemler for Home Office og tilhørende organer når det gjelder innsamling og behandling av personopplysninger.

Storbritannia har også en særegen ordning for såkalte "Crown bodies". Særordningen innebærer at det ikke er nødvendig med spesifikke lovhjemler for innsamling og behandling av personopplysninger innen utlendingsforvaltningen. Home Office og tilhørende organer er å anse som Crown bodies, og er gitt videre fullmakter enn andre offentlig forvaltningsorganer. Mens "alminnelige" offentlige organer bare kan utøve oppgaver når disse er uttrykkelig fastsatt i lov, er det gjort unntak for de såkalte Crown bodies som har en mer vidtrekkende kompetanse. Kompetansen for Home Office til å behandle personopplysninger er bare begrenset i det omfang begrensninger følger av eksplisitte lovbestemmelser på asyl- og innvandringsområdet.

#### 10.3.4 *Samtykke som behandlingsgrunnlag*

Som følge av den utvidede kompetansen til Home Office, benyttes i liten grad samtykke som behandlingsgrunnlag på området. I de få tilfellene samtykke benyttes, benyttes samtykke kun i tillegg til myndighetenes lovhjemmel. Oppfatningen i Storbritannia synes å være at samtykke ikke er nødvendig.

Britisk personvernlovgivning inneholder ingen definisjon av samtykke, men kravene til samtykke beror på samtykkedefinisjonen i personverndirektivet. Det britiske datatilsynet har i sin praksis og i tolkningsuttalelser lagt til grunn at det stilles særlige krav til samtykke når det gjelder behandling av *sensitive* personopplysninger. I slike tilfeller er det lagt til grunn at samtykke må være eksplisitt, noe som innebærer at spesifikk behandlingsmåte, type informasjon og formålet med behandlingen må være angitt ved samtykkets avgivelse.

Når det gjelder kravet til frivillighet, foreligger det etter alt å dømme få rettskilder som bidrar til tolkningen av krav som stilles etter britisk rett. Britiske personvernmyndigheter støtter seg på Artikkel 29-gruppens tolkninger hva gjelder krav til samtykke, herunder tolkninger av kravet til frivillighet. Det er tvilsomt om et samtykke vil være tilstrekkelig frivillig hvis enkeltindividet ikke er i en posisjon hvor det reelt er en mulighet for å nekte å samtykke. Utlendingen vil ofte befinne seg i en slik situasjon i møte med utlendingsmyndighetene. Dersom manglende samtykke vil føre til nektelse av et grunnleggende gode for den enkelte (for eksempel nektelse av asyl eller oppholdstillatelse) vil kravet til frivillighet neppe være oppfylt etter britisk rett. Samtykke synes etter dette lite egnet og er neppe gyldig som behandlingsgrunnlag for utlendingsmyndighetene i Storbritannia.

### 10.4 **Danmark**

#### 10.4.1 *Sammendrag*

Dansk personopplysningsregelverk har tydelige likhetstrekk med norsk regelverk på området, samtidig som det er enkelte sentrale forskjeller i lovverket. Særlig avviker kravene til behandling av sensitive opplysninger fra det som gjelder etter norsk rett. Samtykke anerkjennes i en viss utstrekning som et gyldig behandlingsgrunnlag i dansk offentlig forvaltning.

#### 10.4.2 *Personopplysningslovgivning*

EUs personverndirektiv er i Danmark implementert ved persondataloven fra 2000.<sup>125</sup> Persondataloven skiller mellom "sensitive personopplysninger" som reguleres etter persondatalovens § 7 og andre "semi-følsomme personopplysninger" som reguleres etter § 8.

Bestemmelsen i persondataloven § 7, stk. 1 og stk. 2 har følgende ordlyd:

<sup>125</sup> Lov nr 429 af 31. mai 2000 om behandling av personopplysninger (Persondataloven).

"§ 7.

Der må ikke behandles oplysninger om racemæssig eller etnisk baggrund, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning, fagforeningsmæssige tilhørsforhold og oplysninger om helbredsmæssige og seksuelle forhold.

Stk. 2. Bestemmelsen i stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis

- 1) den registrerede har givet sit udtrykkelige samtykke til en sådan behandling,
- 2) behandlingen er nødvendig for at beskytte den registreredes eller en anden persons vitale interesser i tilfælde, hvor den pågældende ikke fysisk eller juridisk er i stand til at give sit samtykke,
- 3) behandlingen vedrører oplysninger, som er blevet offentliggjort af den registrerede, eller
- 4) behandlingen er nødvendig for, at et retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares"

Bestemmelsen inneholder flere viktige unntak. Ett av disse unntakene følger av § 7, stk. 7 som bestemmer:

"Undtagelse fra bestemmelsen i stk. 1 kan endvidere gøres, hvis behandlingen af oplysninger sker af grunde, der vedrører hensynet til vigtige samfundsmæssige interesser. Tilsynsmyndigheden giver tilladelse hertil. Der kan fastsættes nærmere vilkår for behandlingen. Hvor tilladelse meddeles, giver tilsynsmyndigheden underretning herom til Europa-Kommissionen."

Videre fremgår av persondataloven § 8, stk. 1 at:

"For den offentlige forvaltning må der ikke behandles oplysninger om straffbare forhold, væsentlige sociale problemer og andre rent private forhold end de i § 7, stk. 1, nævnte, medmindre det er nødvendigt for varetagelsen af myndighedens opgaver."

Danske offentlige myndigheter har med hjemmel i § 8 tilsynelatende vidtrekkende beføyelser når det gjelder behandling av opplysninger om straffbare forhold, vesentlige sosiale problemer og andre rent private forhold. Dette innebærer en vesentlig forskjell fra norsk personvernlovgivning. I norsk rett er sensitive personopplysninger uttømmende definert i loven, og kravene som gjelder for behandlingen av slike opplysninger er de samme uavhengig av om det er offentlig forvaltningsmyndighet eller andre som behandler personopplysningene. Dansk persondatalov har for øvrig egne regler for utveksling av personopplysninger mellom offentlige myndigheter, jf. § 8, stk. 2.

Bestemmelsene i dansk persondatalov §§ 7-8 gir utlendingsforvaltningen vidtrekkende hjemmel for behandling av sensitive personopplysninger. Særlig hjemmelen i § 8 er relevant for behandlingene på utlendingsområdet. Det ser ut til at utlendingsforvaltningen i praksis sjeldent ser seg nødt til å innhente samtykke som følge av at det foreligger tilstrekkelig lovhjemmel, jf. også nærmere nedenfor om samtykkepraksis.

#### 10.4.3 Regelverk på utlendingsområdet

Lovgivningen på utlendingsområdet i Danmark inneholder ingen generell hjemmel for behandling av personopplysninger. En slik generell hjemmel for utlendingsforvaltningen anses heller ikke nødvendig som følge av det vidtrekkende generelle hjemmelsgrunnlaget i persondataloven, jf. ovenfor. Enkelte eksplisitte bestemmelser på utlendingsområdet hjemler behandling av bestemte typer personopplysninger for nærmere avgrensede formål. Bestemmelsene utfyller etter alt å dømme det generelle hjemmelsgrunnlaget etter dansk persondatalov.

Som eksempel på konkrete utfyllende hjemler for behandling av personopplysninger på utlendingsområdet kan nevnes dansk utlendingslov<sup>126</sup> § 40 a (*fingeravtrykk*), § 40 b (*personfotografi*) og §

<sup>126</sup> LBK nr 1021 af 19/09/2014 om (Utlændingeloven).

48 e (*politiets registrering av visse opplysninger ved ankomst*). Videre nevnes dansk integrasjonslov<sup>127</sup> § 51 (*Utlendingstyrelsens utlevering av visse opplysninger til kommune*) og § 51 a (*kommunens innhenting av ytterligere opplysninger*) samt en rekke bestemmelser i dansk hjemsendelseslov<sup>128</sup>. Rekkevidden av disse utfyllende hjemlene er begrenset til det konkrete formålet som er angitt i bestemmelsen.

#### 10.4.4 Samtykke som behandlingsgrunnlag

Det overordnede inntrykket er at samtykke etter dansk lov og praksis generelt anses som et gyldig behandlingsgrunnlag også overfor offentlige myndigheter, herunder myndighetene på utlendingsområdet.

Kravene til samtykke etter dansk personvernrett er etter alt å dømme i tråd med definisjonen som følger av EUs personverndirektiv, som forutsetter at et samtykke er frivillig, spesifikt og informert. Riktignok synes frivillighetskravet etter gjeldende praksis å være tolket liberalt innen offentlig forvaltning. Samtykke anses generelt som gyldig behandlingsgrunnlag selv om saken gjelder en situasjon der individet risikerer negative følger, eventuelt risikerer å miste grunnleggende goder, hvis vedkommende ikke samtykker til behandlingen. Samtykke blir også benyttet av utlendingsforvaltningen i Danmark, men bare i mindre utstrekning. For eksempel benyttes samtykke i forbindelse med standardsøknadskjemaer for arbeids- og oppholdstillatelse. Hovedinntrykket er likevel at utlendingsforvaltningen i praksis sjeldent støtter seg på samtykke som behandlingsgrunnlag som følge av at persondataloven anses å gi hjemmel for behandling av personopplysninger.

## 11 Konsekvenser av kommende EU-forordning for UDIs samtykkepraksis

EU-kommisjonen la i 2012 frem sitt forslag til ny personvernforordning<sup>129</sup> som skal erstatte det gjeldende personverndirektivet. Parlamentet vedtok sin versjon av forordningsteksten i mars 2014,<sup>130</sup> og Rådet la frem sitt utkast 15. juni 2015.<sup>131</sup> Trilog-forhandlingene mellom EU-kommisjonen, Parlamentet og Rådet om en omforent forordningstekst tok til 24. juni, og det forventes at forhandlingene frem mot et endelig vedtak vil kunne være sluttført innen 2015 eller tidlig på nyåret 2016.<sup>132</sup> Det forventes at forordningen vil tre i kraft to år etter at det er vedtatt, det vil si tidligst 2017.

Siden forhandlingene om ny personvernforordning ennå ikke er ferdigstilt, er det noe usikkert hvilke konsekvenser forordningen vil ha for UDIs samtykkepraksis. Forslagene som er blitt fremmet så langt i lovgivningsprosessen tyder imidlertid på at forordningen generelt vil stille strengere krav til samtykke enn det som følger av dagens personverndirektiv. EU-kommisjonen har foreslått at samtykke ikke kan benyttes i tilfeller hvor det er "significant imbalance" i forholdet mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige, jf. kommisjonens forslag til art 7 (4). Dersom forslaget blir stående vil dette være i samsvar med konklusjonen i rapporten om at UDI som hovedregel ikke kan benytte samtykke.

Forslagene fra Kommisjonen, Parlamentet og Rådet innebærer også ytterligere krav til å gi informasjon og spesifisere formål ved innhenting av samtykke. Eventuelle endringer på disse punktene vil neppe ha store konsekvenser for samtykke etter norsk regelverk som allerede stiller strenge krav til informasjon, frivillighet og uttrykkelighet.

<sup>127</sup> LBK nr 1094 af 07/10/2014 (Integrationsloven).

<sup>128</sup> LBK nr 1099 af 07/10/2014 (Repatrieringsloven).

<sup>129</sup> [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com\\_2012\\_11\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_en.pdf).

<sup>130</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0212+0+DOC+XML+V0//EN>.

<sup>131</sup> <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9565-2015-INIT/en/pdf>.

<sup>132</sup> [http://dsms.consilium.europa.eu/952/Actions/Newsletter.aspx?messageid=643&customerid=28533&password=enc\\_4535413431374644\\_enc](http://dsms.consilium.europa.eu/952/Actions/Newsletter.aspx?messageid=643&customerid=28533&password=enc_4535413431374644_enc).

## **12 Hovedfunn og anbefalinger**

### **12.1 Hovedfunn vedrørende behandlingsgrunnlag i UDI**

Siden en stor andel av UDIs behandling av personopplysninger omfatter opplysninger som er definert som sensitive personopplysninger, er det samtykke og lovhjemmel som fremstår som de mest sentrale behandlingsgrunnlagene for behandling av personopplysninger. For de tilfellene hvor det ikke inngår sensitive personopplysninger, vil § 8 bokstav e være et praktisk viktig behandlingsgrunnlag, idet den gir hjemmel for behandling av personopplysninger som er nødvendig for utøvelse av offentlig myndighet.

Redegjørelsen i kapittel 5.2 viser at det i norsk rett tidligere har rådet en oppfatning om at samtykke er hovedregelen, det vil si at behandling av personopplysninger i størst mulig grad bør hjemles i samtykke fremfor de andre behandlingsgrunnlagene (nødvendighetsgrunnene og lovhjemmel). Nyere praksis og teori gjør det imidlertid klart at behandlingsgrunnlagene er likestilte, og at det må vurderes konkret hvilket behandlingsgrunnlag som vil være det mest egnede.

For at samtykke skal være et gyldig behandlingsgrunnlag for behandling av personopplysninger kreves at samtykket er frivillig, informert og uttrykkelig. Utredningen viser at samtykke gjennomgående er uegnet som behandlingsgrunnlag i UDI fordi kravene til frivillig samtykke som hovedregel ikke vil være oppfylt. Redegjørelsen i kapittel 5.3 viser at for at et samtykke skal anses som frivillig, må den registrerte ha reell valgfrihet. Dersom den enkeltes samtykke gjøres til en betingelse for innvilgelse av et viktig og grunnleggende gode, vil utgangspunktet være at samtykket ikke er frivillig. Gjelder det derimot goder eller tjenester som ikke anses som grunnleggende/nødvendige og som man fint kan klare seg uten ("luksusgoder"), eller som skaffes på andre måter uten å måtte avgi samtykke, vil frivillighetskravet kunne anses oppfylt. Frivillighetskravet vil heller ikke være oppfylt dersom den registrerte er i en posisjon som gjør at det er grunn til å frykte at det å nekte å samtykke kan få negative konsekvenser.

Gjennomgangen av UDIs samtykkepraksis i kapitlene 7-9 viser at UDIs behandling av personopplysninger ofte skjer i tilknytning til saker om tildeling av grunnleggende goder. Sakene anses også for generelt å ha stor betydning for mennesker som kan være i en særlig sårbar situasjon. Dersom utlendingen ikke samtykker, kan dette føre til avslag på søknaden og nektelse av et grunnleggende gode. Av disse grunner vil samtykke som hovedregel være uegnet som behandlingsgrunnlag fordi det ikke vil være mulig å oppfylle kravene til frivillig samtykke. Dette gjelder særlig på asylområdet og oppholdsområdet hvor rapporten heller ikke avdekker utstrakt bruk av samtykker. På mottaksområdet har man derimot enkelte behandlingsformål som ikke er spesielt inngripende og som ikke er direkte knyttet til søknadsbehandlingen. Her fremstår samtykke som et egnet og gyldig behandlingsgrunnlag, og gjennomgangen har avdekket eksempler på gyldige samtykker.

Siden rapporten konkluderer med at samtykke er uegnet som behandlingsgrunnlag for flertallet av UDIs sentrale behandlingsformål, vil UDI i det vesentlige måtte basere behandlingen av personopplysninger på lovgrunnlag. Analysen av utvalgte lovbestemmelser, viser at i asyl- og oppholdssaker har utlendingsmyndighetene i en viss utstrekning lovhjemmel for å behandle personopplysninger. Det er likevel betydelig usikkerhet knyttet til rekkevidden av noen av hjemlene som er utredet. Usikkerheten knytter seg særlig til rekkevidden av utlendingsloven § 83 som gjelder utlendingens møte- og opplysningsplikt. Mottaksområdet er i langt mindre grad lovregulert enn asyl- og oppholdsfeltet. På mottaksfeltet kan det se ut som at utlendingsmyndighetene mangler lovhjemler for å utveksle ønskede personopplysninger med mottakene. En sikker konklusjon i dette spørsmålet forutsetter imidlertid en nærmere helhetlig gjennomgang av regelverket på området.

### **12.2 Anbefaling vedrørende behandlingsgrunnlag**

Rapporten viser at UDIs behandling av personopplysninger i hovedsak gjelder behandling av sensitive personopplysninger i forbindelse med utøvelse av offentlig myndighet. Siden samtykke som hovedregel

vil være uegnet som behandlingsgrunnlag, og det er usikkerhet knyttet til rekkevidden av flere sentrale lovhjemler på området, er vår anbefaling å utrede det lovmessige grunnlaget nærmere for å kartlegge behovet for videreutvikling. Funnene i rapporten tilsier et behov for å videreutvikle og styrke det lovmessige grunnlaget for behandling av personopplysninger, noe som forutsetter en helhetlig regelverksgjennomgang.

Ved videreutvikling av lovgivningen er det viktig med bevissthet om at UDIs myndighetsutøvelse innebærer behandling av personopplysninger, og at dette stiller krav til lovgivningen utover regulering av taushetsplikt og andre grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper. Redegjørelsen i kapittel 6.2 viser at det stilles krav til klare lovhjemler for behandling av personopplysninger på UDIs område. Lovhjemler må angi formålet med behandlingen og ellers angi rammene for bruken av personopplysningene slik at utlendingen kan forutse hvordan personopplysningene vil bli behandlet. Basert på forslag til ny EU-forordning vil det, i tillegg til angivelse av formålet med behandlingen, være særlig relevant å angi hvilke opplysningstyper som kan behandles, hvilke registrerte som omfattes, til hvem og for hvilke formål opplysninger kan utleveres, formålsbegrensning, lagringstid, behandlingsoperasjoner og -prosedyrer samt andre tiltak for å sikre lovmessig og rettferdig behandling. Hvor detaljert lovgivningen må være vedrørende behandling av personopplysninger må vurderes konkret.

Utøvelse av offentlig myndighet utelukker ikke at lovgivningen åpner for valgfrihet eller medvirkning fra utlendingen med hensyn til hvordan personopplysninger skal samles inn og behandles av UDI. I kapitlene 8.1.2-8.1.4 redegjøres det for tilfeller hvor utlendingen samtykker til behandling av personopplysninger (samtykke til DNA-undersøkelse, aldersundersøkelse og utlevering av opplysninger om menneskehandel). Etter vår oppfatning er det i slike tilfeller hensiktsmessig at lovgiver klargjør hva som er det rettslige grunnlaget for behandling av personopplysningene. I eksemplene over er det vår oppfatning at kravene til frivillig samtykke i henhold til personopplysningsloven ikke vil være oppfylt. Rettslig grunnlag for behandlingen av personopplysningene vil da være hjemmel i lov, og lovbestemmelsene må tilfredsstille de krav som stilles til klar lovhjemmel. I slike tilfeller er det viktig at lovgivningen er tydelig på hva som kreves av utlendingens viljeserklæring ("samtykke"), og hvilke konsekvenser det har for utlendingen å velge det ene alternativet fremfor det andre ("samtykke/ikke samtykke").

Anbefalingen om å utrede det lovmessige grunnlaget for behandling av personopplysninger innen utlendingsforvaltningen med tanke på videreutvikling av eksisterende hjemler har også konsekvenser for UDIs praktisering av regelverket. Det er etter vår oppfatning viktig med bevissthet om at UDIs behandling av personopplysninger som hovedregel vil være hjemlet i lov. På områder hvor lovgivningen gir utlendingen ulike valgmuligheter, jf. eksemplene over, må skjemaer som benyttes for å informere eller innhente informasjon være i tråd med de krav som stilles i lovgivningen. UDI bør her være varsom med å utarbeide skjemaer som gir uttrykk for at det er samtykke i personopplysningslovens forstand som er hjemmel for behandling av personopplysninger, hvis hjemmelen i realiteten er lov.

Til tross for at UDIs behandling av personopplysninger i hovedsak bør hjemles i lov, anser vi at samtykke vil være egnet på enkelte områder der det er reell frivillighet. UDI bør fortsette å benytte samtykker på mottaksfeltet der samtykke er egnet som behandlingsgrunnlag. Samtykke er generelt egnet som behandlingsgrunnlag for innhenting, bruk og videreformidling av sensitive personopplysninger til formål som ikke har sammenheng med behandling av asylsøknaden, eksempelvis tildeling av plass på tilrettelagt avdeling eller andre oppfølgingstiltak fra kommunen eller andre.

Selv om mange av UDIs skjemaer vurderes som uegnet som samtykkemaler, anser vi at mange av skjemaene likevel spiller en sentral rolle med hensyn til å oppfylle informasjonsplikten etter personopplysningsloven. Utlendingen har i utgangspunktet krav på informasjon om behandlingen uavhengig av hva som er behandlingsgrunnlaget (lov, samtykke eller en av nødvendighetsgrunnene). Det er vår anbefaling at UDI gjennomgår skjemaene og klargjør hva som er behandlingsgrunnlaget i det

enkelte tilfelle. Det bør tydelig fremgå av skjemaet om behandlingen baseres på lov eller samtykke og hva som er formålet med skjemaet (informasjonsskriv eller samtykkeerklæring).