

UiO : **Det juridiske fakultet**

Barns personopplysningsvern i skolen

Om valg av rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger om elever og nærmere om reglene for samtykke

Kandidatnummer: 663

Leveringsfrist: 18. mai 2021

Antall ord: 17918



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Bakgrunn, tema og aktualitet	1
1.2	Problemstillinger	3
1.3	Rettskilder og metode	4
1.4	Oversikt over den videre fremstillingen.....	9
2	DE GRUNNLEGGENDE RETTIGHETENE	11
2.1	Innledning	11
2.2	Barns rett til personvern og personopplysningsvern.....	11
2.3	Barnets beste	13
2.4	Barnets medbestemmelsesrett	14
2.5	Samlet bilde.....	15
3	OM PERSONOPPLYSNINGSVERN OG KRAVET TIL RETTSLIG GRUNNLAG	17
3.1	Kort om personopplysningsvern	17
3.2	Generelt om rettslig grunnlag	19
3.2.1	Innledning	19
3.2.2	Nødvendighetsvurderingen.....	20
3.2.3	Flere rettslig grunnlag.....	22
3.2.4	Bortfall av rettslig grunnlag.....	23
3.3	Drøftelse av utvalgte rettslig grunnlag.....	24
3.3.1	Oppgave i allmennhetens interesse – bokstav e	24
3.3.2	Utøve offentlig myndighet – bokstav e	26
3.3.3	Ivareta legitime interesser – interesseavveiningen – bokstav f	28
3.4	Samlet bilde.....	30
4	SAMTYKKE SOM BEHANDLINGSGRUNNLAG	32
4.1	Innledning	32
4.2	Kravene til bruk av samtykke som rettslig grunnlag	33
4.2.1	Eleven som «den registrerte»	33
4.2.2	Vilkår når elever kan samtykke	34
4.2.3	Kan elever under 18 år samtykke selv?	40
4.3	Den praktiske gjennomføringen av samtykke.....	44
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	46
	LITTERATURLISTE.....	48

1 Innledning

1.1 Bakgrunn, tema og aktualitet

En ettåring står ved vinduet og får øye på noen fugler på andre siden av det store glasset. Med de vesle fingrene forsøker barnet febrilsk å «zoome» på vinduet for å se fuglene bedre.

Dagens barn og unge er født inn i en digital verden. Men evnen til å tenke kritisk og å utøve digital kompetanse er ikke medfødt. Barns personvern er ett av områdene det stadig rettes et større fokus på i den digitale verden. Det er både riktig og viktig.

Denne masteroppgaven handler om barns personopplysningsvern i skolen. Alle barn i Norge skal gå på skole i minst ti år, og i løpet av disse årene samles det store mengder personopplysninger om elevene. Personopplysningene fortjener et «særlig vern, ettersom barn kan være mindre bevisste på aktuelle risikoer, konsekvenser og garantier samt på de rettigheter de har når det gjelder behandling av personopplysninger.»¹ For barn kan konsekvensene av brudd på reglene om behandling av personopplysninger dessuten påvirke dem senere i livet.²

Problemstillingen har vært aktuell lenge. Schartum og Bygrave foreslo allerede i 2006, i sin utredning for Justisdepartementet om behov for endring av den daværende personopplysningsloven, at viktige spørsmål som gjelder elevenes personvern, peker i retning av å vurdere særregulering av IKT-bruk i skolen, og at det i så fall vil høre inn under opplæringslova.³ Schartum og Bygrave påpekte også at skolen er et område det kan foreligge spesielle behov for når det gjelder barn og unges personvern.

Den teknologiske utviklingen har gjort at skolen er ganske annerledes enn den var for bare noen få tiår siden. Digitalisering av undervisning, systemer og kommunikasjon er noen eksempler. Det registreres og lagres personopplysninger om elevene, bruk av applikasjoner og nettsteder spores og logges, og i kommunikasjonen mellom lærer og hjemmet sendes personopplysninger. Dette gjør at personvernlovgivningen må holde tritt med den teknologiske utviklingen.

¹ Personvernforordningen fortalepunkt 38.

² FNs Barnekomité (2021) s. 12.

³ Schartum og Bygrave (2006) s. 149.

Etter at EU i 2016 fikk en ny personvernforordning,⁴ som erstattet personverndirektivet fra 1995, har fokuset på personvern økt i takt med de skjerpede kravene til overholdelse av den nye forordningen og dens strengere sanksjoner. Likevel har Datatilsynet lenge gitt uttrykk for bekymring for de store utfordringene knyttet til personvern i skolen. Blant annet i debatten «Elevenes personvern i skolen – hvem tar ansvar?» i 2020, der direktør i Datatilsynet, Bjørn Erik Thon, fortalte at halvparten av avvikene som rammer barn, skjer i skolesektoren.⁵ I en rapport fra 2014 pekte Datatilsynet på en rekke personvernutfordringer i skolen, som blant annet uklarhet omkring hva personopplysninger er, mangelfull internkontroll og kommunikasjon mellom skole og hjem.⁶ Thon skriver i en epost at rapporten fremdeles er høyst relevant. Datatilsynet er dessuten svært kritiske til at personvern er mer eller mindre fraværende i lovforslaget til ny opplæringslov, og anbefaler departementet å fremme forslag til effektiv regulering av elevenes personvern.⁷ April 2021 kom Kunnskapsdepartementet med forslag til endringer i den nåværende opplæringslova angående behandling av personopplysninger i Prop. 145 L (2020-2021). Endringene skal på plass før den nye opplæringsloven trer i kraft, og skal styrke barns rettigheter i forbindelse med behandling av personopplysninger i skolen. Departementet foreslår blant annet at man skal lovfeste et tydeligere supplerende rettsgrunnlag for behandling av personopplysningene om elever.⁸

Den 13. mars 2020 ble alle Norges skoler brått stengt på grunn av pandemien covid-19, og for rundt 2800 skoler landet over ble hjemmeskole den nye hverdagen.⁹ En spørreundersøkelse viser at lærernes digitale ferdigheter har skutt i været; 90 prosent av lærerne kunne melde om bedre digital kompetanse etter perioden med hjemmeundervisning.¹⁰ I den forbindelse gikk Datatilsynet ut med konkrete råd for å ivareta personvernet, der de var klare på at det er mulig å gjennomføre hjemmeundervisning på gode og personvernvennlige måter, men det kreves kompetanse og ressurser.¹¹

I tillegg til vern i personvernregelverket, er barns rett til personvern spesielt hjemlet i FNs barnekonvensjon. FNs barnekomité kom i mars 2021 med en generell kommentar om «children's rights in relation to the digital environment».¹² Generelle kommentarer handler blant annet om særlig viktige spørsmål i forbindelse med anvendelsen av

⁴ Engelsk: General Data Protection Regulation (GDPR).

⁵ Datatilsynet (2020d).

⁶ Datatilsynet (2014) s. 5 flg.

⁷ Datatilsynet (2020c).

⁸ Prop.145L(2020-2021) s. 7.

⁹ Datatilsynet (2020d).

¹⁰ Utdanningsdirektoratet (2020).

¹¹ Datatilsynet (2020a).

¹² FNs Barnekomité (2021).

barnekonvensjonen,¹³ og denne om barn viser at det er et behov for og ønske om å styrke barns rettigheter i den digitale verden, herunder personvern. En rapport fra FNs spesialrapportør for personvern, som kom januar 2021, peker særlig på barns personvern som en av to store utfordringer innen personvernfeltet.¹⁴ Spesialrapportøren skriver at de færreste barn og foreldre har kapasitet til å utfordre selskaper som driver med pedagogisk teknologi og deres personvernløsninger, eller å nekte å gi fra seg personopplysninger, ettersom utdanning er obligatorisk.¹⁵ Spesialrapportøren skriver også at utvalget av applikasjoner og nettbaserte læringsverktøy har fokusert mer på læreplaner og økonomiske hensyn, enn personvern.¹⁶

I Norge har regjeringen satt ned en personvernkommisjon som skal vurdere personvernets stilling. Kommisjonen har fått et særlig oppdrag om å vurdere personvernet til barn.¹⁷ I mandatet peker kommunal- og moderniseringsdepartementet på utfordringer blant annet knyttet til personopplysninger i skolen. Arbeidet skal fullføres juni 2022.

1.2 Problemstillinger

Personopplysninger¹⁸ om elever kan typisk være navn, fødselsnummer, fravær, anmerkninger eller bilder og videoer. Det følger av personvernforordningen artikkel 5(1)(b) at personopplysninger skal samles inn for spesifikke, uttrykkelig angitte og berettigede formål. For å kunne behandle personopplysninger kreves det etter forordningen et rettslig grunnlag, for hver enkelt personopplysning til hvert enkelt formål. Et rettslig grunnlag betyr at det må finnes en hjemmel for behandlingen. I artikkel 6(1) i forordningen er det listet opp en rekke typer rettslige grunnlag for alminnelige personopplysninger. Det kan være flere behandlingsgrunnlag som er aktuelle for en og samme behandling. Kravet i forordningen er at minst ett av vilkårene i artikkel 6(1) er oppfylt. For *særlige kategorier* personopplysninger er det et forbud i artikkel 9(1) mot behandling av en rekke kategorier. Det finnes imidlertid en rekke unntak fra dette forbudet, som følger av artikkel 9(2). Artiklene 6 og 9 er kumulative, noe som betyr at for de *særlige kategorier* av personopplysninger som følger av artikkel 9(1) må det være et særskilt grunnlag i 9(2) i tillegg til et behandlingsgrunnlag etter artikkel 6. Jeg vil konsentrere meg om artikkel 6 og ikke de særlige kategoriene av personopplysninger i artikkel 9, da det sistnevnte temaet blir for omfattende for denne oppgaven.

Opgavens første problemstilling er:

¹³ Regjeringen (2018).

¹⁴ FNs spesialrapportør (2021).

¹⁵ FNs spesialrapportør (2021) s. 17.

¹⁶ FNs spesialrapportør (2021) s. 17.

¹⁷ Regjeringen (2020).

¹⁸ Jf. personvernforordningen artikkel 4 punkt 1.

- hvilke rettslige grunnlag er særlig aktuelle for skoler når de skal behandle personopplysninger om elevene?

Problemstillingen tar sikte på å kartlegge hvilke rettslige grunnlag som kreves for å kunne behandle personopplysninger om elever. Det finnes mange ulike situasjoner i en skolehverdag der hensynet til personvern må ivaretas, og spørsmålet blir hvilke behandlingsgrunnlag som er særlig aktuelle for skolesektoren. Jeg skal se nærmere på hva som er mest praktisk og mest egnet for de ulike formålene. Målet med første problemstilling er å kunne beskrive hvilket rettslig grunnlag som kan passe til ulike tilfeller.

Med «barn» mener jeg her personer under 18 år, i likhet med vergemålsloven § 8. «Barn» er ikke definert i personvernforordningen, selv om det underveis i lovgivningsprosessen ble det foreslått å definere barn som alle personer under 18 år. Ulikhetene i definisjonene av barn i medlemslandene viste seg å være spesielt kontroversielt,¹⁹ og definisjonen av «barn» ble derfor ikke med i den endelige lovteksten. Av praktiske og rettslige årsaker er det hensiktsmessig å avgrense elevgruppen, og oppgaven vil derfor i hovedsak dreie seg om barn over 13 år som går på ungdomsskolen. Dette samsvarer også med aldersgrensen for samtykke til informasjonstjenester i personvernforordningen artikkel 8, som etter forordningen er 13 år. Samtidig vil jeg trekke inn andre aldersgrupper der drøftelsene gir grunn til det. I denne oppgaven forutsetter jeg at kommunen er behandlingsansvarlig for skolen, se avsnitt 3.1.

Opgavens andre problemstilling er:

- hvilke krav gjelder for bruk av samtykke som rettslig grunnlag for behandling av elevenes personopplysninger?

Den andre problemstillingen forutsetter at et samtykke er det rettslige grunnlaget for behandling av personopplysninger i skolen. Forordningen åpner for et handlingsrom i nasjonal lovgivning, og på bakgrunn av det er målet å besvare spørsmål som når, hvordan og hvem kan gi og trekke et samtykke. Målet er å klargjøre de noe utydelige reglene for samtykke. Noe av utfordringen når det gjelder barns personvern er nettopp å definere hvor grensen går for hva barnet selv kan bestemme, hva foreldrene kan bestemme, og om noe skal bestemmes av barn og foreldre i fellesskap.

1.3 Rettskilder og metode

Personvernforordningen er en EU-forordning som er gitt direkte virkning som lov i Norge med hjemmel i personopplysningsloven § 1. Det rettslige utgangspunktet for oppgaven er

¹⁹ Kuner mfl. (2020) s. 14.

personvernforordningen, men det er også en rekke andre rettsregler som er relevante og som virker sammen med forordningen. Personvern er regulert i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), Grunnloven og FNs konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen, BK), og går ut over personopplysningsvernet. Én av disse sfærene dreier seg om en opplysnings sfære, som handler om «den enkeltes rett til å bestemme over opplysninger om egen person og krav på respekt for og beskyttelse av disse opplysningene slik at uvedkommende ikke får tilgang til dem.»²⁰ I oppgaven vil jeg ha fokus på nettopp dette personopplysningsvernet, som er regulert i personvernforordningen og personopplysningsloven. I tillegg er EUs Charter relevant, samt bestemmelser som gjelder opplysninger om norske elever og barns rettsstilling generelt, som opplæringslova og barnelova (bl). Jeg vil i det følgende redegjøre for metode og særpreg ved rettskildelæren som oppgaven aktualiserer.

Barns grunnleggende rett til personvern er hjemlet i både i EMK, BK og personvernforordningen. EMK ble vedtatt i 1950, og ratifisert av Norge i 1951. Formålet er å beskytte menneskerettighetene og de grunnleggende friheter – som blant annet personvern. Barnekonvensjonen er en internasjonal avtale om barns rettigheter. Den ble vedtatt i 1989, og ratifisert av Norge i 1991. Konvensjonen har bestemmelser om barns personvern, barnets beste og barns medbestemmelsesrett. Det er ikke individuell klageadgang knyttet til BK, slik det er til flere av de andre menneskerettskonvensjonene, og man har derfor ingen avgjørelser å støtte seg til når det gjelder tolkingen av artikkel 16.²¹ EMK og BK ble henholdsvis i 1999 og 2003 inkorporert i den norske menneskerettsloven som norsk lov,²² og ved motstrid skal konvensjonene gis forrang.²³ Det betyr at dersom EMK, BK og personvernforordningen har motstridende bestemmelser om barns personvern og personopplysningsvern, er det i utgangspunktet EMK og BK som skal gis forrang. Videre følger det av personopplysningsloven § 2 fjerde ledd at bestemmelsene i forordningen ved konflikt går foran bestemmelser i annen lov som regulerer samme forhold, for eksempel dersom det skulle være konflikt med en bestemmelse i opplæringslova.

I Norge er Grunnloven den høyeste rettskilden. Det betyr at andre bestemmelser må vike etter lex-superior-prinsippet. «Lex superior-prinsippet innebærer at den trinnhøyere normen veier tyngre enn («går foran») den trinnlavere.»²⁴ I 2014 ble det laget et eget kapittel i Grunnloven om menneskerettigheter, der målet var å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

²⁰ Schartum (2020) s. 14.

²¹ Smith (2011) s. 112.

²² Menneskerettsloven §2.

²³ Menneskerettsloven §3.

²⁴ Eckhoff (2001) s. 316.

Med dette kom både § 102 om retten til privatliv og § 104 om barns rettigheter. Det konkrete innholdet i disse bestemmelsene vil bli nærmere drøftet i kapittel 2. Behandling kan etter forordningens artikkel 5(1)(a) om «lovlighet» ikke kollidere med Grunnloven, og kravet har betydning for forholdet til andre relevante og nærliggende rettskilder; både EU-retten, menneskerettighetene og nasjonal lovgivning.

Kapittel 4 og oppgavens andre hovedproblemstilling dreier seg om hvilke kriterier som gjelder for bruk av samtykke som rettsgrunnlag for behandling av elevers personopplysninger. Her kan EMK, Charteret og Grunnloven være med på å avklare grensen for personopplysningsvernet. Arnesen skriver om forholdet mellom Grunnloven og EØS-loven § 2; EØS-forpliktelsesens forrang i norsk rett er et resultat av norske myndigheters vedtak og har derfor ikke virkning i forhold til Grunnlovens bestemmelser.²⁵ «EØS-loven § 2 regulerer ikke forholdet mellom Grunnloven og bestemmelser som tjener til å oppfylle forpliktelsene etter EØS-avtalen.»²⁶

EUs Charter om grunnleggende rettigheter er en blanding av sivile, politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, friheter og prinsipper. Chartret er ikke direkte juridisk bindende for Norge, ettersom vi ikke er medlem av den Europeiske Union. Men det vises i personvernforordningens foralepunkt 1 og artikkel 1(2) til «fysiske personers grunnleggende rettigheter og friheter, særlig deres rett til vern av personopplysninger.» Derfor er Chartret en relevant tolkningsfaktor for personvernforordningen ettersom det blant annet sier noe om barns rett til personvern.

Personvernforordningen består av generelle bestemmelser om personopplysninger, og når det i denne oppgaven oppstår rettslige problemstillinger som forordningen ikke løser, vil de andre rettskildene være relevante for å fastsette rettsregelen nærmere. Formålet med EØS-retten er å skape rettsenhet for medlemslandene, og det er grunnen til at forordninger gjelder direkte som lov. Det gir mindre rom for nasjonale forskjeller, slik det var med det foregående direktivet. Som Eckhoff skriver: «For å unngå ulempene med ulike regler drives det internasjonalt samarbeid for å oppnå *uniform lovgivning* på områder hvor samkvem på tvers av landegrensene skaper behov for en effektiv rettslig koordinering.»²⁷

Det følger videre av forordningens artikkel 6(2) og (3) om at medlemsstatene kan fastsette spesifikke krav i nasjonal lovgivning. Utfordringen er at det kan være vanskelig finne ut hvilken nasjonal lovgivning som gjelder i de ulike landene, ettersom det kun heter at

²⁵ Arnesen (2011) s. 273.

²⁶ Arnesen (2011) s. 270.

²⁷ Eckhoff (2001) s. 286.

medlemsstatene kan «opprettholde» eller «innføre mer spesifikke bestemmelser» og at det skal fastsettes i medlemsstatens nasjonale rett som den behandlingsansvarlige er underlagt. I denne oppgaven vil det særlig være snakk barnelova, opplæringslova og forvaltningsloven, siden kommunen som behandlingsansvarlig er underlagt disse lovene i skolesammenheng. Utfordringen oppstår da når verken barnelova eller opplæringslova spesifikt regulerer de utfordringene oppgaven handler om. Dette er et rettsområde med få rettskilder som viser hvordan alle regelverkene konkret er forstått. Forordningen er taus på flere områder knyttet til barns rettslige stilling, noe som gjør det krevende å vite hva som er gjeldende rett. Da blir spørsmålet hvordan dette skal tolkes. Dette har jeg løst ved å ta utgangspunkt i de konkrete rettskildene som foreligger, og videre ved å legge vekt på formålsbetraktninger og reelle hensyn. Det finnes ingen fasit på hvordan disse rettskildeutfordringene skal løses, men jeg anvender rettskildene metodisk, og er selvsagt åpen for at andre kan tolke dette annerledes.

Når det kommer til rettspraksis knyttet til forordningen, er det foreløpig få avgjørelser å hente fra EU-domstolen og norske domstoler. Det er få relevante dommer om barn og unges personopplysningsvern. Avgjørelser fra EU-domstolen som gjelder det foregående direktivet kan være relevant, ettersom forordningen i all hovedsak viderefører de grunnleggende rettighetene fra direktivet, og artikkel 6 er i stor grad en videreføring av EUs personverndirektiv 95/46/EF (personverndirektivet) artikkel 7. Forordningen er «en styrking og en nærmere fastsettelse av rettighetene til de registrerte og pliktene til dem som behandler og treffer avgjørelser om behandling av personopplysninger (...)»²⁸ Men samtidig er artikkel 8 om vilkår for barns samtykke i forbindelse med informasjonssamfunnstjenester ny, og det foreligger ikke rettspraksis knyttet til den bestemmelsen. Dessuten er ordlyden annerledes i direktivet når det gjelder mange av bestemmelsene i forordningen. Om dette skriver Schartum at det da blir snakk om en ny tolkningsmessig sammenheng, med de nye bestemmelsene og de gamle eksisterende bestemmelsene – og han fortsetter: «Det kan være *mulig* å bruke rettskilder knyttet til personverndirektivet, men det vil ofte kreve mye analyser før en kan begrunne at den gamle rettskilden bør tillegges vekt.»²⁹ Konklusjonen er dermed at rettspraksis knyttet opp mot det foregående direktivet skal kun brukes med varsomhet. Jeg har brukt EUR-Lex til å søke i saker fra EU-domstolen, og har kun funnet tre saker som er av interesse for oppgavens tema.

Forordningen skal tolkes i samsvar med den europeiske tolkningslæren. Der er ordlyden, som i norsk rettskildelære, et helt sentralt utgangspunkt. Samtidig skaper det utfordringer ettersom EUs 24 ulike språk vanskelig kan tolkes identisk. I EU-retten er derfor formålet bak lovgivningen viktig, og de ulike formålene kommer til uttrykk i forordningens artikkel 1 samt

²⁸ Personvernforordningens fortalepunkt 11.

²⁹ Schartum (2020) s. 25.

i fortalepunktene knyttet opp til de konkrete artiklene. På den måten er fortalen nyttig og av rettslig betydning når man skal forstå innholdet av de ulike bestemmelsene. Men EU-domstolen har uttrykt at fortalen ikke har bindende virkning, og derfor ikke kan gi grunn til å tolke i strid med bestemmelsens ordlyd.³⁰ Det gjør at fortalen har noe begrenset betydning ettersom den ikke i seg selv kan skape en lovmessig rettighet som ikke er å finne i artiklene, og sjeldent gir klare føringer på hvordan bestemmelsene faktisk skal forstås. Likevel har jeg brukt fortalen til å utdype formålet med de enkelte artiklene, samt gå nærmere inn på forordningens begrunnelse av artiklene eller konkrete eksempler som er listet opp i fortalen.

En forskjell på EU-lovgivningen og den norske lovgivningen er at forarbeider har mindre betydning for tolkningen i EU-lovgivningen. I norsk rett er forarbeider lett tilgjengelig og en svært viktig tolkningsfaktor. I EU-lovgivningen er de mindre tilgjengelige, og det er vanlig at fortalen utdyper meningen med artiklene, istedenfor at man må gå til forarbeidene. Derfor er de norske forarbeidene til opplæringslova, barnelova og personopplysningsloven relevant, og vil bli benyttet i denne oppgaven da de har en viss rettskildemessig vekt. Forslag til ny opplæringslov er også relevant ved at den kan ha betydning som juridisk litteratur angående gjeldende rett, men forslagene som kommer i en NOU har liten kildemessig verdi dersom de ikke får tilslutning fra Regjering og/eller Storting. Jeg vil også trekke inn det som er foreslått av endringer i opplæringslova i Prop 145 L (2020-2021), samt det utvalget bak NOU 2020: 14 Ny Barnelov foreslår om barns personvernrettslige myndighetsalder, skjønt det samme gjelder som nevnt over, at NOU'en er av mindre rettslig betydning dersom den ikke får tilslutning fra Regjering og/eller Storting.

Det er utarbeidet noe forvaltningspraksis fra både Datatilsynet og Personvernemnda. Om dette skriver Schartum: «Nasjonale klagemyndigheters avgjørelser vil normalt ha større vekt enn nasjonale tilsynsmyndigheters generelle tolkninger.»³¹ Personvernemnda er et organ som behandler og avgjør klager over Datatilsynets vedtak,³² jf. personopplysningsloven § 22 annet ledd. Nemnda er et særnorsk organ som ikke er knyttet til det felles tilsynssystemet, men videre rettslig prøving kan føres til domstolene. Nemnda har derfor ikke samme rettskildevekt som alminnelig domstolspraksis, men kan være en relevant tolkningsfaktor, spesielt innenfor et område som dette hvor det generelt er få rettskilder.

Det er etter forordningen to nivåer med tilsynsmyndigheter; det europeiske Personvernrådet (EDPB) og ulike nasjonale tilsynsmyndigheter. Personvernrådet har utarbeidet retningslinjer om samtykke, og dette vil også trekkes inn i kapittel 4. Personvernrådet erstattet den

³⁰ C-136/04 (Deutsches Milch-Kontor) avsnitt 32.

³¹ Schartum (2020) s. 24.

³² Personvernemnda (2021).

rådgivende og uavhengige arbeidsgruppen Artikkel 29-gruppen (WP29) som var knyttet opp mot personverndirektivet, og Personvernrådet skal blant annet gi retningslinjer og uttalelser om hvordan man skal tolke personvernforordningen.³³ Datatilsynet skriver følgende om Personvernrådets rettskildemessige vekt:

«Personvernrådets retningslinjer, anbefalinger, beste praksis og uttalelser har stor rettskildemessig vekt, både fordi de er direkte hjemlet i personvernforordningen, og fordi de er uttrykk for hvordan datatilsynsmyndighetene i EØS forstår reglene på tvers av landegrensene.»³⁴

Forutsetningen for at retningslinjene eller uttalelsene fra Personvernrådet skal ha stor vekt i denne oppgaven er at det er relevant for det jeg skriver om, og det har jeg funnet at de gjør når det gjelder «Guidelines on consent».³⁵

1.4 Oversikt over den videre fremstillingen

I kapittel 2 vil jeg gå gjennom barns grunnleggende rettigheter til personvern og personopplysningsvern, med utgangspunkt i EMK, Barnekonvensjonen, Grunnloven, barnelova, og EUs Charter. De grunnleggende rettighetene vil jeg ta med inn i problemstillingene i kapittel 3 og 4. I kapittel 3 skal jeg redegjøre for personopplysningsvern, herunder rettslig grunnlag, behandlingsformål og behandlingsansvarlig. Deretter skal jeg undersøke valg av rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger i skolen. Her vil jeg se på tilfeller der det er nødvendig å behandle personopplysninger for å utføre en oppgave i allmennhetens interesse eller utøve offentlig myndighet, samt dersom det er nødvendig for å vareta en berettiget interesse som veier tyngre enn hensynet til den enkeltes personvern. Her vil prinsippet om barnets beste fra kapittel 2 veie særlig tungt, ved at både behandlingsansvarlig, foreldre og lærere hele veien skal ta avgjørelser som er til barnets beste. I kapittel 4 vil jeg gå nærmere inn på kravene til bruk av samtykke som rettslig grunnlag i skolesammenheng. Jeg vil se på hva forordningen sier om reglene for barns samtykke, samt hvilket handlingsrom Norge har til å fastsette nærmere bestemmelser i særlov, som opplæringslova og barnelova. Jeg vil forsøke å si noe konkret når barn kan samtykke selv, og der foreldre skal samtykke på vegne av barnet, kommer barnets rett til medbestemmelse fra kapittel 2 inn. Prinsippet om barnets beste gjør seg særlig gjeldende der foreldre samtykker på vegne av barna. I både kapittel 3 og 4 vil jeg komme med noen eksempler på ulike rettslige grunnlag som egner seg for ulike situasjoner og typer rettslige grunnlag. Rettsgrunnlagene i kapittel 3 og samtykke i kapittel 4 kan virke både alene og sammen, og alle er «skjøre» rettsgrunnlag i den forstand at de kan falle bort. Derfor er det interessant å først se på

³³ Personvernforordningen artikkel 70 og 64.

³⁴ Datatilsynet (2019).

³⁵ EDPB (2020).

nødvendighetskriteriene i artikkel 6(1)(e) og (f) i kapittel 3, før jeg går over til samtykke i kapittel 4. Endelig, i kapittel 5 vil jeg komme med noen samlede konklusjoner og avsluttende rettspolitiske drøftelser.

2 De grunnleggende rettighetene

2.1 Innledning

Rett til respekt for privatliv er en grunnleggende menneskerettighet som naturligvis også gjelder de yngste. Det særegne med barn er at de trenger et spesielt vern,³⁶ og har rett til spesiell omsorg og hjelp.³⁷ I dette kapitlet skal jeg ta for meg de grunnleggende rettighetene barn har i forbindelse med personopplysningsvernet – samt retten til medbestemmelse over egne personopplysninger, og kravet til at behandling av barns personopplysninger skal skje i samsvar med prinsippet om barnets beste. Målet er å utlede noen linjer som kan trekkes med inn i kapittel 3 og 4. Jeg vil i det følgende greie ut om de grunnleggende rettighetene og sammenhengen mellom dem.

2.2 Barns rett til personvern og personopplysningsvern

Grunnlovens § 102 første ledd første punktum og EMK artikkel 8 er identiske og lyder som følger: «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon.» Definisjonen av privatliv omfatter mange ting, blant annet personvern. I annet ledd følger det at myndighetene skal sikre et vern om den «personlige integritet», og med dette menes personvern i vid forstand.³⁸ Det finnes mange definisjoner av begrepet personvern i overordnet forstand, men Schartum beskriver det godt som «vern av de *private sfærer* som mennesker befinner seg i.»³⁹

I FNs barnekonvensjon er barns rett til personvern hjemlet i artikkel 16. Der heter det at «Ingen barn skal utsettes for vilkårlig eller ulovlig innblanding i sitt privatliv [...]» Det kan bety så mangt, men når det gjelder behandling av personopplysninger kan det dreie seg om urettmessig offentliggjøring, innsamling eller spredning av personopplysninger. Bestemmelsen gir også barnet rett til lovens beskyttelse mot vilkårlig eller ulovlig innblanding, og må tolkes bredt for å imøtekomme tilfeller knyttet til barns personvern.⁴⁰ Betydningen av begrepet «privatliv» i konvensjonen er vid, og innebærer at personopplysninger om barn faller inn under dette. Det følger blant annet av andre sentrale bestemmelser knyttet til begrepet "privacy" i andre internasjonale menneskerettighetsinstrumenter.⁴¹ Smith skriver: «BK artikkel 16 må antas å omfatte alle

³⁶ Personvernforordningen fortalespunkt 38 og 75.

³⁷ Menneskerettserklæringen artikkel 25 punkt 2.

³⁸ NOU 2009:1 punkt 4.1.5.

³⁹ Schartum (2020) s. 13.

⁴⁰ FNs spesialrapportør (2021) s. 10.

⁴¹ Schartum (2008).

former for krenkelse av den personlige integritet og retten til privatliv, også personopplysninger»⁴² Bestemmelsen om må ses i sammenheng med forordningens artikkel 5(1)(a) om lovlighet. Prinsippet om lovlighet innebærer at det må finnes et rettslig grunnlag for behandlingen etter artikkel 6. Enkelte av de rettslige grunnlagene innebærer at det må foreligge et supplerende rettsgrunnlag hjemlet i unionsretten eller nasjonal rett, og derfor spiller også nasjonal rett inn.

EUs Charter om grunnleggende rettigheter, som riktignok ikke er juridisk bindende for Norge, men likevel er av noe interesse for problemstillingene her, har særlig to bestemmelser som samsvarer med bestemmelser om barn og personvern i Grunnloven, EMK, BK og bl. Det er artikkel 24 om «The rights of the child», og artikkel 8(1) og (2) der det heter:

*“1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.
2. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified.”*

Her brukes begrepet «personal data», som tilsvarer begrepsbruken i personvernforordningen, jf. navnet på forordningen; «General Data Protection Regulation». De andre bestemmelsene om de grunnleggende rettighetene snakker gjerne om rett til privatliv i vid forstand, men her er det snevret inn til «personal data», som på norsk betyr personopplysninger.

Verken EMK artikkel 8 eller Grunnloven § 102 første ledd første punktum gjelder uttrykkelig for vern av personopplysninger, og kan derfor ikke direkte si noe om barns personopplysningsvern. Da personvern ble grunnlovsfestet skrev Menneskerettsutvalget at det var «uklart hvor langt artikkel 8 går i å verne om personopplysninger, samt retten til å kreve innsyn i egne personopplysninger som er oppbevart i personregistre.»⁴³ Utvalget mente at det rettslige vernet for personopplysninger skulle bli omtalt i Grunnloven: «Dette vil ikke endre dagens rettstilstand på området, men tydeliggjøre den i én grunnleggende setning, samtidig som man får frem den ideen som ordinær lovgivning og ulovfestet rett i dag springer ut av.»⁴⁴. Slik ble det imidlertid ikke, og man kan derfor ikke lese noe om barns personopplysningsvern direkte av Grunnloven. Men det er likevel ingen tvil om at bestemmelsene omfatter personopplysningsvern, slik utvalget beskrev «dagens rettstilstand» på området ut ifra ordinær lovgivning og ulovfestet rett.

⁴² Smith (2011) s. 113.

⁴³ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 170.

⁴⁴ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 178.

Ettersom SP artikkel 17 og BK artikkel 16 er likt formulert, med unntak av at ordet «barn» er lagt til i BK, kan man i den forbindelse se hen til menneskerettskomiteens kommentar nr 16 om SP art 17. Der kan man lese at for å ha effektiv beskyttelse av privatliv, må hvert individ ha rett til kunnskap om blant annet «what personal data is stored (...)».⁴⁵ Det betyr at personopplysninger er omfattet av SP artikkel 17, og dermed kan leses inn i BK artikkel 16.

I Generell kommentar nr. 25 om «children’s rights in relation to the digital environment» fra FNs Barnekomité heter det at medlemsstatene bør utvikle evidensbaserte retningslinjer, standarder og veiledninger for skoler, for blant annet å hindre misbruk av personopplysninger.⁴⁶ Det viser at Barnekomiteen mener det er viktig at skoler følger opp slik at barns personopplysninger blir godt ivaretatt. I kapittelet om personvern heter det;

“Privacy is vital to children’s agency, dignity and safety and for the exercise of their rights. Children’s personal data are processed to offer educational, health and other benefits to them. Threats to children’s privacy may arise from data collection and processing by public institutions, businesses and other organizations [...]”⁴⁷

Den andre setningen om at barns personopplysninger behandles for å gi blant annet pedagogiske fordeler for dem, mener jeg mangler kontekst – fordi det kan se ut som om behandling av personopplysninger som har med skole å gjøre, ikke kan medføre misbruk av personopplysninger. Dessuten kan personopplysninger om barn behandles uten at det nødvendigvis medfører en fordel for dem – det er jo derfor det er så viktig at barns personvern er på agendaen.

Videre er det to hensyn som særlig skal ivaretas når det gjelder barns grunnleggende rett til personopplysningsvern; barnets beste og barnets medbestemmelsesrett.

2.3 Barnets beste

Barnets beste er et grunnleggende hensyn som reguleres av BK artikkel 3, barnelova og EUs Charter artikkel 24. I Barnekonvensjonen heter det «Ved alle handlinger som berører barn (...) skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.» I Charterets artikkel 24 punkt 2 heter det om tilsvarende situasjoner at «the child’s best interest must be a primary consideration.» Her er ordlyden nesten identisk. Det følger også av § 30 i barnelova at foreldreansvaret skal utøves ut fra barnets interesser og behov. Samtlige bestemmelser innebærer at ved behandling av barns personopplysninger skal hensynet til barnets beste veie tyngst. I NOU 2009: 1 uttalte Personvernkommissjonen at det er et «sentralt prinsipp i norsk og internasjonal barnerett at

⁴⁵ OHCHR (1988) s. 2.

⁴⁶ FNs Barnekomité (2021) s. 17.

⁴⁷ FNs Barnekomité (2021) s. 11.

utøvelse av foreldreansvaret skal skje ut i fra hva som må anses som barnets beste. Dette prinsippet mener Kommisjonen må kunne tillegges særlig vekt når man vurderer rekkevidden av samtykkereglene i personopplysningsloven.»⁴⁸ Det samme må kunne sies å gjelde for personvernforordningen 12 år senere.

Det er vanskelig å fastsette hva som er barnets beste i enhver situasjon, men når det gjelder behandling av personopplysninger må det kunne sies å dreie seg om et slags føre-var-prinsipp. Det vil være bedre å opptre med varsomhet slik at ikke personopplysninger havner på avveie eller lignende. Det faktum at barns personopplysninger typisk kan volde problemer for barnet i fremtiden, er også et eksempel på dette. Fordi barn ikke har samme forutsetninger for å forstå omfanget av brudd på personopplysningsvernet er det dessuten viktig at både lovverket, skolen og foreldrene sammen utgjør et slags føre-var-prinsipp. Det følger dessuten av Grunnlovens § 102 annet ledd at «Statens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integritet.» Samme formulering benyttes også i Grunnlovens § 104 tredje ledd, som er den særskilte bestemmelsen om barns rett til vern om den personlige integritet. Det betyr at det er Norge som har det overordnede ansvaret for å sørge for at barns personopplysningsvern blir ivaretatt. Det konkrete ansvaret er det foreldrene som utøver.

2.4 Barnets medbestemmelsesrett

Det andre grunnleggende hensynet ved barns rett til personopplysningsvern handler om barnets rett til å bli hørt, den såkalte medbestemmelsesretten. Målet er å gi barn mer og mer selvbestemmelsesrett etter hvert som de blir eldre, slik at de gradvis trer over i de voksne og selvstendige rekker. Men med selvbestemmelse kommer også spørsmålet om hvor grensen skal gå, basert på alder og modenhet. Medbestemmelsesretten følger av BK artikkel 12, barnelova §§ 31-33, samt Charteret artikkel 24. I Charterets artikkel 24(1) annet ledd heter det at barns meninger skal; «be taken into consideration on matters which concern them in accordance with their age and maturity.» Det handler altså her også om alder og modenhet. Vilkåret i BK artikkel 12 er at det dreier seg om «barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter». Artikkelen svarer til barnelova § 31, der man uttrykkelig har rett til medbestemmelse i saker om personlige forhold fra man er syv år, men også før dette hvis det handler om forhold barnet kan ha en rimelig fornuftig mening om. BK artikkel 12 har ingen konkret nedre grense, slik barneloven har. Artikkel 12 har et skjønnspreget vilkår, og det vil være individuelt når et barn er i stand til å danne seg egne synspunkter. «Barns forståelsesnivå er ikke bare en funksjon av deres biologiske alder» skriver barnekomiteen.⁴⁹ Derfor skal det foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

⁴⁸ NOU 2009:1 s. 138.

⁴⁹ FNs Barnekomité (2009) s. 11.

Det dreier seg om modenhet når man i Barnekonvensjonen snakker om at barnet skal være i stand til å danne seg egne synspunkter, og det følger av bl. at barnet kan være yngre enn syv år dersom det handler om forhold barnet kan ha en rimelig fornuftig mening om. Modenhet er et flyktig begrep som kan være vanskelig å bevise eller etterprøve. Det er dessuten vanskelig å fastslå *hvem* som skal definere barnets modenhet. Barnekomiteen skriver;

«Modenhet refererer til en persons evne til å forstå og vurdere hvilke implikasjoner en sak har [...]. Modenhet er vanskelig å definere. I forbindelse med artikkel 12 er det snakk om barnets evne til å gi uttrykk for sine synspunkter i en sak på en fornuftig og selvstendig måte. Det må også tas i betraktning hvilke følger saken kan få for barnet. Jo større virkning utfallet av saken har på barnets liv, desto mer relevant er en kompetent vurdering av barnets modenhet.»⁵⁰

Det betyr at man må først vurdere hvorvidt barnet har egne synspunkter når det gjelder behandling av personopplysninger om seg selv, og deretter om barnet evner å gi uttrykk for sine synspunkter. Det må også ses hen til hvor stor virkning utfallet av behandlingen har på barnets liv.

I Grunnlovens § 104 tredje ledd heter det at barn har «rett til vern om sin personlige integritet.» Her er det en henvisning til Barnekonvensjonens nevnte artikkel 16, samt barnelovens § 32. Barnelovens §§ 31-33 handler om barnets rett til medbestemmelse og aldersgrenser for dette, og disse bestemmelsene kommer jeg nærmere inn på i kapittel 4 om grensene for når et barn har rettslig handleevne og kan samtykke selv.

Alder alene er blitt sett på som en ufullkommen måte å beregne og vurdere barns evner.⁵¹ En utfordring med aldersgrenser versus konkret vurdering av modenhet, er at man i digital sammenheng ofte har behov for å automatisere og sette klare vilkår, for eksempel på nett gjennom selvbetjente løsninger. Det er som tidligere nevnt vanskelig å vurdere modenhet i teknologiske og digitale prosesser. I den forbindelse er det nødvendig å ha konkrete aldersgrenser. Jeg nøyer meg her med å vise til avsnitt 4.2.3 der jeg drøfter aldersgrenser nærmere. Jeg vil også her avgrense med tanke på spørsmål om aldersgrenser når det gjelder andre rettigheter. Det er for eksempel ikke gitt at alderskravet til å kreve innsyn vil være det samme som ved avgivelse og tilbaketrekking av samtykke.

2.5 Samlet bilde

Barn har rett til personopplysningsvern etter Barnekonvensjonen artikkel 16. Vilkåret om at barn ikke skal utsettes for «ulovlig innblanding» henger sammen med

⁵⁰ FNs Barnekomité (2009) s. 11.

⁵¹ FNs spesialrapportør (2021) s. 18.

personvernforordningens artikkel 5(1)(a) om kravet til lovlighet. At behandlingen skal ha et rettslig grunnlag er en viktig brikke i dette samspillet.

Hensynet til barnets beste og barnets medbestemmelsesrett er to sentrale faktorer. Barnets beste bør, etter min mening, ta utgangspunkt i et føre-var-prinsipp, og det er viktig at både staten, kommunen og foreldrene har barnets beste i fokus ved avgjørelser som omhandler elevenes personopplysninger. Barnets beste vil være sentralt i vurderingen av rettslig grunnlag i kapittel 3 om *nødvendighetsgrunnene*, samt i kapittel 4 der foreldrene skal samtykke på vegne av barna. Barnets medbestemmelsesrett åpner for at barn ned i 7-årsalderen skal ha rett til å si meningen sin om behandling av personopplysninger om dem. Denne aldersgrensen er sentral for vurderingen i kapittel 4 om barns evne og aldersgrense for samtykke.

3 Om personopplysningsvern og kravet til rettslig grunnlag

3.1 Kort om personopplysningsvern

For å kunne behandle personopplysninger på lovlig vis, stilles det etter personvernforordningen en rekke krav. Det innebærer blant annet at den behandlingsansvarlige har mange plikter, som for eksempel å gi informasjon,⁵² ivareta rettigheter,⁵³ å ha behandlingsgrunnlag⁵⁴ og fastsette formål.⁵⁵ Dette kapittelet handler om de to sistnevnte pliktene, og sammenhengen mellom dem. Behandlingsgrunnlag handler om at man må ha en hjemmel, et *rettslig grunnlag*, for hver enkelt personopplysning som behandles - til hvert enkelt formål. Det kan være mange formål med behandlingen, og jeg vil si noe mer om hva som ligger i kravet til å fastsette et formål. Rettslig grunnlag blir behandlet nærmere i avsnitt 3.2. Først vil jeg si noe mer om den som er ansvarlig for behandlingen av personopplysninger; den behandlingsansvarlige.

Den behandlingsansvarlige har det overordnede ansvaret for behandlingen av personopplysningene, og skal overholde de nevnte pliktene som følger av forordningen. Det følger av artikkel 24(1) om den behandlingsansvarliges ansvar at det skal gjennomføres tekniske og organisatoriske tiltak for å sikre og påvise at behandlingen utføres i samsvar med forordningen, jf. artikkel 5(2).

I denne oppgaven legger jeg til grunn at det er kommunen som er behandlingsansvarlig for behandling av personopplysninger i grunnskolen og ungdomsskolen. I opplæringslova er begrepet «skoleeigaren» benyttet flere steder,⁵⁶ og samtlige steder er det en henvisning til kapittel 13 «Ansvaret til kommunen, fylkeskommunen og staten.»

Spørsmålet er hvordan kommunen kan og bør organisere behandlingsansvaret. I skolen er rektor øverste leder, og derfor er det i praksis ofte rektor som utøver behandlingsansvaret for sin skole på vegne av kommunen. Andre ganger kan det være en enhetsleder, en kommunalsjef som den personifiserte skoleeieren, en lærer, eller andre som jobber i skoleadministrasjonen. En utfordring for skolene i praksis er at det er uklare ansvarsforhold, viser en rapport fra Datatilsynet, der det heter:

⁵² Personvernforordningen artikkel 5, 12, 13 og 14.

⁵³ Personvernforordningen kapittel 3.

⁵⁴ Personvernforordningen artikkel 6.

⁵⁵ Personvernforordningen artikkel 5(1)(b).

⁵⁶ Se for eksempel opplæringslova §9-6, §2-3a femte ledd og §9A-4 annet ledd annet punktum.

«Skolene har tradisjonelt sett vært nokså autonome og framkølet sentral kommuneadministrasjon. [...] Den autonome tradisjonen står sterkt og delvis i veien for en vellykket implementering av et internkontrollregime for personopplysninger i skolen.»⁵⁷

Det er derfor viktig at kommunen og skolen samarbeider godt om å ivareta elevenes personopplysningsvern. Kommunen kan gjennomføre «organisatoriske tiltak»⁵⁸ slik at ansvaret utøves av for eksempel rektor, men til syvende og sist er det kommunen som har *ansvaret* for behandlingen.

Det følger av personvernforordningen artikkel 4(7) at den behandlingsansvarlige bestemmer formålet med behandlingen. Det betyr at for å fastsette hvilket rettslig grunnlag man benytter seg av, må man på forhånd ha klarlagt hvilke formål man har med å behandle personopplysningene. Personopplysningene skal samles inn for «spesifikke, uttrykkelig angitte og berettigede formål».⁵⁹ Det går ut på at man må fastsette hva man ønsker å oppnå med behandlingen av personopplysningene. Det er fint mulig å bestemme at behandlingen skal skje av hensyn til flere formål, og det er ingen krav til hvor mange formål man kan vedta. Det er imidlertid et krav til at formålet må henge rimelig sammen med behandlingen.⁶⁰ For eksempel vil det si at skolen *ikke* kan behandle personopplysninger om elevenes sosiale liv, der formålet er å bruke et nettfiler for å øke sikkerheten på PC-ene. Her har ikke formålet noe med selve behandlingen å gjøre. Kravet til å fastsette et formål henger sammen med prinsippet om dataminimering i artikkel 5(1)(c). Ved å fastsette hva man ønsker å oppnå med behandlingen av personopplysningene utelukker man alle tilfellene som ikke har rimelig tilknytning til behandlingen. Det følger av fortalepunkt 39 at personopplysninger bare bør behandles dersom formålet med behandlingen ikke «med rimelighet kan oppfylles på en annen måte». Endring av formål er i og for seg mulig, men det nye formålet må fortsatt være forenelig med det opprinnelige formålet.⁶¹ Slike tilfeller reguleres av artikkel 6(4), som handler om behandling av personopplysninger for andre formål enn det de var innhentet for. Viderebehandling av nye, forenlige formål, er tillatt, og artikkel 6(4) oppgir en rekke momenter som skal tas i betraktning når man vurderer om formålene er forenlige. Er det nye formålet ikke forenlig, må man ha grunnlag i lov eller samtykke.

I høringsnotatet med forslag til endringer i opplæringsloven vurderte Kunnskapsdepartementet å konkretisere ulike formål det er tillatt å behandle personopplysninger for i forskrift, men departementet kom til at en slik liste ikke vil gjøre

⁵⁷ Datatilsynet (2014) s. 10.

⁵⁸ Personvernforordningen artikkel 24(1).

⁵⁹ Personvernforordningen artikkel 5(1)(b).

⁶⁰ Jf. prinsippet om «formålsbegrensning» i personvernforordningen artikkel 5(1)(b).

⁶¹ Personvernforordningen artikkel 6(4) og fortalepunkt 50.

formålet klarere, og valgte derfor *ikke* å fremme et slikt forslag.⁶² Dette viser at det kan være mange ulike formål, og hvilke formål som henger rimelig sammen med behandlingen må derfor vurderes konkret.

3.2 Generelt om rettslig grunnlag

3.2.1 Innledning

I artikkel 6(1) er det en liste over mulige rettslige grunnlag. På engelsk er ordlyden i artikkel 6 «lawful processing», og bestemmelsen henger sammen med artikkel 5(1)(a) om at behandlingen skal være lovlig. Det første alternativet, samtykke, handler om behandling av personopplysninger på grunnlag av den registrertes egen fri vilje og selvbestemmelse. På bakgrunn av god informasjon samt et spesifikt og presist formulert formål, har den registrerte muligheten til å selv ta et aktivt valg om hvorvidt man ønsker at personopplysningene skal bli behandlet eller ei. Den registrerte har for det første muligheten til å la være å samtykke, for det andre; å gi sitt samtykke, og for det tredje; å trekke det siden. Jeg går nærmere inn på reglene om samtykke i kapittel 4. En annen gruppe rettslig grunnlag dreier seg om en konkret angitt *nødvendighet*, og gjelder alternativene i artikkel 6(1)(b)-(f). Her kan den behandlingsansvarlige behandle personopplysningene, uavhengig av den registrertes egen fri vilje,⁶³ dersom man kan påvise en gitt *nødvendighet* knyttet til oppfyllelse av en avtale, en rettslig forpliktelse, for å verne om vitale interesser, oppgave i allmennhetens interesse, offentlig myndighet eller ivaretagelse av legitime interesser.

I den resterende delen av kapittelet skal jeg ta stilling til hvilke rettslige grunnlag kommunen kan benytte for behandlingen av personopplysninger om elevene. Jeg vil ta utgangspunkt i de aktuelle rettslige grunnlagene i artikkel 6(1) og drøfte forutsetninger for og eksempler på at disse kan være rettslige grunnlag ved behandling av personopplysninger i skolen. Eksemplene jeg har valgt å benytte meg av, er inspirert av eksemplene i Datatilsynets rapport om Personvern i skole og barnehage og Prop 145 L (2020-2021).⁶⁴ Det har i arbeidet med denne masteroppgaven ikke vært tid til å gjøre konkrete undersøkelser om hvordan hver enkelt skole behandler personopplysninger om sine elever. Det er dessuten stor variasjon i hvordan skolene gjør dette i praksis.

Flere rettslige grunnlag i artikkel 6(1) kan være aktuelle, men jeg har valgt to av de mest relevante grunnlagene - i tillegg til samtykke. I dette kapittelet vil jeg konsentrere meg om de

⁶² Kunnskapsdepartementet (2020) s. 48.

⁶³ Men se avsnitt 3.2.4 om bortfall av rettslig grunnlag, herunder retten til å protestere etter personvernforordningen artikkel 21.

⁶⁴ Datatilsynet (2014) og Prop 145 L (2020-2021) s. 16.

øvrige behandlingsgrunnlagene, nemlig bokstav e (oppgave i allmennhetens interesse eller utøvelse av offentlig myndighet), og bokstav f (den såkalte avveiningsregelen).

Grunnen til at jeg mener bokstav e er aktuell, er at skolen gjør mange oppgaver ut ifra allmennhetens interesse, og skolen kan treffe flere typer enkeltvedtak som innebærer offentlig myndighetsutøvelse, jf. forvaltningsloven § 2 bokstav b, jf. bokstav a. Jeg har valgt å dele opp de to alternativene i bokstav e, fordi jeg mener det blir mer oversiktlig, da både forutsetningene for og eksemplene på «oppgave i allmennhetens interesse» og «utøvelse av offentlig myndighet» er ulike. Bokstav f er aktuell fordi skolen også behandler personopplysninger i situasjoner som ikke omfattes av tilfellene i bokstav e, og siden hensynet til barn skal veie særlig tungt, er dette et interessant rettsgrunnlag.

Det spesielle i bokstav e er at forordningen åpner opp for og stiller krav til at medlemsstatene kan fastsette enkelte regler i nasjonal lovgivning. Artikkel 6(3) første ledd viser til at grunnlaget for behandlingen i blant annet bokstav e må være fastsatt i enten unionsretten eller nasjonal rett som den behandlingsansvarlige er underlagt. Det dreier seg om et supplerende rettsgrunnlag, og for denne oppgaven vil det typisk dreie seg om de norske lovene opplæringslova, barnelova, personopplysningsloven og forvaltningsloven. Disse er aktuelle fordi de omhandler barns rettigheter knyttet til skole, personvern og utøvelse av offentlig myndighet. Det følger av artikkel 6(2) at Norge kan «opprettholde eller innføre mer spesifikke bestemmelser for å ivareta anvendelsen av reglene for behandling» for å sikre samsvar med blant annet bokstav e. Det kan gjøres ved å fastsette spesifikke krav til behandlingen, samt «andre tiltak som har som mål å sikre en lovlig og rettferdig behandling». Jeg går ikke nærmere inn på bestemmelsene i artikkel 6(2) og (3).

Jeg skal se nærmere på hva som ligger i den konkrete angitte nødvendigheten som følger av artikkel 6(1)(e) og (f). Det er mulig å velge flere rettslige grunnlag, og dette går jeg nærmere inn på i avsnitt 3.2.3. Det er flere måter det rettslige grunnlaget kan falle bort på, og det går jeg nærmere inn på i avsnitt 3.2.4. Til slutt drøfter jeg forutsetninger for og eksempler på at oppgave i allmennhetens interesse (bokstav e), utøvelse av offentlig myndighet (bokstav e) og interesseavveiningen (bokstav f) kan være rettslige grunnlag. Når det gjelder i hvilken grad det er prioritet mellom grunnlagene, og hvorvidt den behandlingsansvarlige står fritt til å velge det rettsgrunnlaget man vil, kommer jeg tilbake til dette i kapittel 4.

3.2.2 Nødvendighetsvurderingen

I artikkel 6(1)(b)-(f) er det et krav om nødvendighet for at personopplysningene skal kunne behandles. Spørsmålet er hva som ligger i at behandlingen er «nødvendig». Betegnelsen «nødvendig» er ikke definert i forordningens artikler eller fortale, og det er heller ikke noe å

hente i forarbeidene til personopplysningsloven. En alminnelig språklig forståelse tilsier imidlertid at tilfeldig behandling som er på siden av det saken gjelder, faller utenfor. Kravet henger sammen med prinsippet om dataminimering i artikkel 5(1)(c) som går ut på at personopplysninger skal være «adekvate, relevante og begrenset til det som er nødvendig for formålene de behandles for». Det betyr at dersom det finnes *andre* måter å nå formålet på, og det følgelig ikke er *nødvendig* å behandle personopplysningene, er ikke kravet til nødvendighet oppfylt. Man skal ikke samle inn eller behandle flere personopplysninger enn man behøver for formålet, jf. prinsippet om dataminimering.⁶⁵

Kravet skal tolkes strengt, det følger blant annet av C-13/16 (Rigas) der EU-domstolen så nærmere på nødvendighetskravet i personvernordningens artikkel 7(1)(f) - som er forløperen til den nåværende artikkel 6. Domstolen uttalte: «As regards to the condition relating to the necessity of processing personal data, it should be borne in mind that derogations and limitations in relation to the protection of personal data must apply only in so far as is *strictly necessary*»⁶⁶ I norsk rettspraksis har lagmannsretten lagt til grunn at det «ved nødvendighetsvurderingen må sees hen til om det finnes andre realistiske og mindre inngripende muligheter for å oppnå de samme formål.»⁶⁷ Det betyr med andre ord at «kjekt å ha»-tankegangen ikke er forenlig med hva som er «nødvendig». Dersom det finnes andre måter å gjøre det på, skal man velge en annen måte.

I forslag til endringer i opplæringsloven arbeider Kunnskapsdepartementet med å sikre tydelighet i det rettslige grunnlaget, slik personvernforordningen krever. Men Datatilsynet har i sitt høringsinnspill til endringene bemerket at det ikke er nok å bare stille krav om «nødvendighet» ved innsamling av personopplysninger om barn og unge. Datatilsynet mener en vurdering av hva som er nødvendig å samle inn av personopplysninger i de aktuelle skolene må basere seg på objektive, lovbundne kriterier som kan kontrolleres av den registrerte og overprøves av Datatilsynet.⁶⁸ Det vil i så fall henge sammen med artikkel 6(3)(b). Datatilsynet mener den enkelte lærers frie skjønn angående hvilke personopplysninger som anses nødvendig å samle inn fører til ulik praktisering mellom kommunene og den enkelte skole. Datatilsynet kjenner heller ikke til at det finnes kvalitetssikringssystemer som gjør at kommunene klarer å fange opp ansattes vurderinger av nødvendighetskriteriet. I Prop. 145 L (2020-2021) skriver Kunnskapsdepartementet at de har «merket seg Datatilsynets påpeiking», og fremhever at formålsavgrensning og dataminimering vil sette nærmere avgrensninger for behandlingen, samt at behandlingen

⁶⁵ Personvernforordningen artikkel 5(1)(c).

⁶⁶ C-13/16 (Rigas) avsnitt 30.

⁶⁷ LB-2020-18230 avsnitt 3.4.

⁶⁸ Datatilsynet (2021) s. 2.

derfor bare skal skje så langt det er nødvendig for å oppnå formålet med den enkelte forpliktelsen.⁶⁹

«Etter departementets syn vil eit tydeleg formål med behandlingane kombinert med nødvendigkriteriet i ny generell føresegn gi tilstrekkelege rammer for å vurdere om behandlinga er nødvendig og dermed lovleg i det einkilde tilfellet. I tillegg foreslår departementet ei klarare og meir detaljert regulering på område der det etter departementets syn er særleg risiko når det gjeld personvernet til elevane.»⁷⁰

Det gjenstår å se om denne formuleringen er presis nok, eller om Datatilsynet vil få rett i at vurderingen av hva som er nødvendig å samle inn av personopplysninger må baseres på faste, objektive og lovbundne kriterier.

3.2.3 Flere rettslig grunnlag

Som nevnt må den behandlingsansvarlige velge minst ett behandlingsgrunnlag per behandlingsformål. Spørsmålet er om det er mulig å ha dobbelt eller trippelt rettslig grunnlag samtidig. I praksis er det nok mange behandlingsansvarlige som har samtykke som behandlingsgrunnlag, men uansett har «helgardert» ved å finne et passende nødvendighetsgrunnlag i tillegg, slik at dersom samtykket blir trukket, man som behandlingsansvarlig uansett helt eller delvis kan falle tilbake på et nødvendighetsgrunnlag, og behandlingen vil derfor fortsette å være lovlig. Det er i utgangspunktet ikke noe i veien for å ha flere rettslige grunnlag, jf. ordlyden i artikkel 6(1) om at man må ha «minst ett».

Den behandlingsansvarlige må vurdere hvilket grunnlag som passer best i en situasjon der to grunnlag kan være mulige. Den behandlingsansvarlige skal vurdere alle de rettslige grunnlagene og velge det som passer best. Kotschy oppsummerer det på følgende måte: «All legal grounds for lawful processing shall only be used in a way which results in respecting the essence of the right to data protection.»⁷¹

Dersom det skal foreligge flere samtidige rettslige grunnlag, må dette etableres i forkant av behandlingen. Dersom et samtykke trekkes, og man deretter bestemmer at behandlingen heller skal ha hjemmel i et av nødvendighetskriteriene, mener jeg dette bryter dette med prinsippet om rettferdig og åpen behandling, jf. artikkel 5(1)(a). Den behandlingsansvarlige har en plikt til å opplyse den registrerte om formål og rettsgrunnlag etter artikkel 13(1)(d) og 14(1)(d). Etter artikkel 13 skal informasjonen gis på tidspunktet for innsamlingen, og etter artikkel 14 skal informasjonen gis innen en rimelig frist etter at personopplysningene er samlet inn, men

⁶⁹ Prop. 145 L (2020-2021) s. 37.

⁷⁰ Prop. 145 L (2020-2021) s. 37.

⁷¹ Kotschy (2020) s. 340.

senest innen én måned.⁷² Det skal være med på å ivareta hensynet til en rettfærdig og åpen prosess i forbindelse med behandlingen av personopplysningene. En kan også stille spørsmål ved frivilligheten dersom den registrerte får beskjed om at det er flere rettslige grunnlag, og samtykke er ett av dem. Forutsatt at behandlingen er lovlig, uansett om man samtykker eller ei, vil behandlingen skje likevel – og dermed blir det ikke frivillig – som er ett av vilkårene for gyldig samtykke. I den forbindelse vil det være en mulighet til å protestere for enkelte av nødvendighetsgrunnene i artikkel 6(1) bokstav b-f, og dette bringer oss over til neste avsnitt.

3.2.4 Bortfall av rettslig grunnlag

At man har et rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger, betyr ikke at man har det for alltid eller uansett hva. Bortfall av rettslig grunnlag i artikkel 6(1)(e) og (f) vil typisk kunne dreie seg om tre situasjoner:

- 1) Med begge rettsgrunnlagene følger det en rett til å protestere, jf. artikkel 21. Den registrerte har rett til å protestere «av grunner knyttet til vedkommendes særlige situasjon». Man kan da ikke lenger behandle personopplysningene, med mindre kommunen «kan påvise at det foreligger tvingende berettigede grunner for behandlingen som går foran den registrertes interesser, rettigheter og friheter, eller for å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare rettskrav.»⁷³ Hvorvidt «tvingende berettigede grunner» foreligger må avgjøres konkret, men det følger av en alminnelig språklig forståelse at det er en høy terskel som krever svært god begrunnelse.
- 2) Hvis situasjonen endrer seg kan det være at den nødvendige grunnen ikke lenger er nødvendig. Dersom det plutselig dukker opp andre måter å nå formålet på, vil det ikke lenger være *nødvendig* med akkurat denne behandlingen, og dermed er ikke nødvendighetskravet oppfylt lenger. Her kommer også utfordringen med nødvendighetskriteriet inn, at det kan variere fra skole til skole, hva som anses som nødvendig i det enkelte behandlingsopplegget. Det vil i praksis også bety at dersom noen andre som tar over utførelsen av behandlingen mener at det ikke lenger er nødvendig, er ikke rettsgrunnlaget lenger anvendelig.
- 3) Den siste situasjonen er kun aktuell for bokstav (e); At lovhjemmelen i nasjonal lov endres eller oppheves. Da vil det supplerende rettslige grunnlaget ikke foreligge, og vilkårene for å benytte dette rettslige grunnlaget vil ikke lenger være oppfylt, noe som i så fall strider med legalitetsprinsippet, jf. artikkel 6(3)(b).

⁷² Personvernforordningen artikkel 14(3)(a).

⁷³ Personvernforordningen artikkel 21.

Dette vil ha betydning for gyldigheten av rettsgrunnlaget, og dermed for lovligheten av behandlingen. Felles for alle rettslig grunnlag er at dersom noe gjør at rettsgrunnlaget bortfaller, og det ikke er aktuelt med noe annet rettsgrunnlag, er behandlingen av personopplysningene ikke lenger lovlig. Som et resultat av dette må personopplysningene slettes etter artikkel 17(1)(d).

Jeg vil videre gå over til å drøfte noen utvalgte rettslige grunnlag; nemlig bokstav e om oppgave i allmennhetens interesse og utøvelse av offentlig myndighet, og interesseavveiningen i bokstav f.

3.3 Drøftelse av utvalgte rettslig grunnlag

3.3.1 Oppgave i allmennhetens interesse – bokstav e

Behandling av personopplysninger er lovlig etter artikkel 6(1)(e) dersom behandlingen er «nødvendig for å utføre en oppgave i allmennhetens interesse». Det betyr at behandling av personopplysninger om elever er lovlig dersom det er nødvendig for kommunen å utføre en oppgave i allmennhetens interesse.

Det er ikke helt klart hva begrepet «oppgave i allmennhetens interesse» dekker. En alminnelig språklig forståelse tilsier at det må være en oppgave som en gruppe mennesker vil være positive til at blir utført. Definisjonen av ordet «allmenn» er i følge Bokmålsordboka noe «som gjelder (hele) samfunnet; offentlig. *Saken har allmenn interesse.*» Her er det tydeliggjort med parentes at det kan dreie seg om «samfunnet», eller «hele samfunnet». Med andre ord dreier det seg om en *ubestemt* krets av personer. Bestemmelsene i fortalen fastlegger ikke innholdet i begrepet «allmenn interesse» noe nærmere, men Schartum skriver: «Det er neppe noe krav om at interessen skal gjelde en majoritet av befolkningen; «allmennheten» kan trolig også være et mindretall så lenge den aktuelle befolkningsgruppen er en ubestemt krets av personer.»⁷⁴

Kotschy skriver at formuleringen «som den behandlingsansvarlige er pålagt» krever en lovbestemmelse.⁷⁵ En slik forståelse ekskluderer tilfeller av kontraktsfestede avtaler, selv om de måtte være i «allmennhetens interesse». Dette samsvarer også med artikkel 6(2) og (3) hvor det klart fremgår at et slikt grunnlag må ha hjemmel i unionsretten eller nasjonal lov. Med opplæringslova som utgangspunkt, ser vi flere eksempler på at kommunen handler uten at det skjer i kraft av å være offentlig myndighet, men det er heller en form for tjenesteyting

⁷⁴ Schartum (2020) s. 131.

⁷⁵ Kotschy (2020) s. 335.

som er i allmennhetens interesse. Ett eksempel kan være rett til gratis skoleskyss etter opplæringslova § 7-1. Skoleskyss er en tjenesteytelse som utføres i allmennhetens interesse. Vedtak om tildeling av gratis skoleskyss vil imidlertid være myndighetsutøvelse. Personopplysningene som blir behandlet vil typisk dreie seg om hvor barnet bor, og det forutsettes her at nødvendighetskriteriet med behandlingen er oppfylt. Formålet med behandlingen er å få alle barna på skolen, uavhengig av foreldrenes økonomiske situasjon, jf. ordlyden «gratis skyss». Behandling av disse personopplysningene kan sies å være i «allmennhetens interesse» ettersom en ubegrenset krets av både foreldre og elever vil ha interesse av at eleven får skyss til og fra skolen.

Et annet eksempel kan være bestemmelsene i opplæringslova kapittel 9A om elevenes skolemiljø. I slikt arbeid vil det typisk være aktuelt med læringsmiljøundersøkelser. Slike undersøkelser kan kreve at elevene oppgir personopplysninger som navn, klasse, opplysninger om egen trivsel, navngi andre elever som bråker eller mobber, og så videre.⁷⁶ Personvernemnda avgjorde høsten 2020 en sak der Arendal kommune anga opplæringslova kapittel 9A som supplerende rettsgrunnlag ved det ikke-anonyme kartleggingsverktøyet Spekter.⁷⁷ Datatilsynet drøftet hvorvidt artikkel 6(1)(c) eller (e), sammen med opplæringslova kapittel 9A, er tilstrekkelig som behandlingsgrunnlag, og kom til at kommunen verken oppfylte kravet til nødvendighet eller supplerende nasjonalt rettsgrunnlag. Nemnda vedtok i neste omgang at kommunen *hadde* behandlingsgrunnlag, men at kommunen måtte etablere internkontrolldokumentasjon og rutiner for å sikre etterlevelse av forordningen. Saken viser at det ikke alltid er klart om kravene til behandlingsgrunnlag eller supplerende nasjonalt rettsgrunnlag er oppfylt.

Et siste eksempel kan være behandling av personopplysninger knyttet til logging av elevenes IKT. Elevenes hverdag består i stor grad av bruk av skolens IKT-utstyr- og ressurser. IKT-utstyr kan for eksempel være PC-er elevene har fått på skolen. I en rapport fra Datatilsynet fremgår det at lærere opplever at spill og sosiale medier er forstyrrende faktorer i undervisningen, og at enkelte skoler derfor prøver å imøtegå dette ved å overvåke elevenes bruk av PC og nettbrett.⁷⁸ I teorien kan skolen overvåke og logge alt som blir gjort på denne PC-en, forutsatt at man har et behandlingsformål og et rettslig grunnlag. På læringsplattformer der elevene gjør lekser og utfører skoleoppgaver kan skolen se når eleven har levert en oppgave, hvor lang tid eleven brukte på hver oppgave, hvilke hjelpemidler de har brukt underveis, hva de har søkt på i søkemotorene, hvilke programmer de har hatt oppe underveis, og så videre. Slik ligger eksemplet også nært knyttet til myndighetsutøvelsen. Det følger av

⁷⁶ Kunnskapsdepartementet (2020) s. 89.

⁷⁷ Personvernemnda (2020)

⁷⁸ Datatilsynet (2014) s. 5.

barns grunnleggende rett til privatliv, jf. kapittel 2, at en kontinuerlig overvåking av barns aktivitet på PC-en er inngripende. Likevel vil det i enkelte tilfeller kunne være nødvendig for å utføre en oppgave i allmennhetens interesse; nemlig å sørge for at så mange som mulig følger med på undervisningen, og ikke bruker PC og nettbrett til å holde på med helt andre ting når undervisningen foregår.

Dette siste eksemplet ligger nært knyttet til myndighetsutøvelsen, noe som fører oss over til det andre tilfellet i bokstav e; nemlig utøvelse av offentlig myndighet.

3.3.2 Utøve offentlig myndighet – bokstav e

Det andre tilfellet av rettslig grunnlag som følger av artikkel 6(1)(e) er dersom behandlingen av personopplysninger om elever er nødvendig for å «utøve offentlig myndighet som den behandlingsansvarlige er pålagt». Behandlingen er lovlig dersom det er nødvendig for kommunen å utøve offentlig myndighet som kommunen er pålagt.

Det følger av forvaltningsloven (fvl) § 1 at «Loven gjelder den virksomhet som drives av forvaltningsorganer» og videre «Som forvaltningsorgan regnes i denne lov et hvert organ for stat eller kommune.» Private skoler regnes i visse tilfeller som forvaltningsorgan når de treffer vedtak, og i friskolelova heter i det i enkelte bestemmelser at reglene i forvaltningsloven er gjeldende.⁷⁹ I opplæringslova § 13-1 fremgår det at det er kommunen som har plikt til å sørge for grunnopplæring i skolen. Skolen kan treffe enkeltvedtak som innebærer offentlig myndighetsutøvelse.⁸⁰ Når det gjelder utøvelse av offentlig myndighet beskriver Schartum det som både byrdefulle og negative «plikter, forbud, påbud, innskrenking av rettigheter» samt positivt rettede avgjørelser som «avgjør om rettigheter foreligger, fordeler knappe ressurser mv».⁸¹ Det dreier seg for eksempel om at man bruker personopplysninger til å treffe avgjørelser, typisk enkeltvedtak, men også alminnelige vedtak og forskrifter. Det følger av forvaltningsloven § 2 b at et enkeltvedtak er «et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer». Definisjonen av et alminnelig vedtak følger av samme bestemmelse, bokstav a: «en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer». Det følger av opplæringslova § 15-1 at forvaltningsloven gjelder for virksomhet som etter opplæringslova blir drevet av et forvaltningsorgan, med de særreglene som er fastsatt i opplæringslova. Det vises til opplæringslova kapittel 13 om ansvaret til kommunen, fylkeskommunen og staten, samt forvaltningsloven § 1. I forbindelse med skole kan

⁷⁹ Se friskolelova §3-10 femte ledd, §3-13 og §6A-3 tredje ledd.

⁸⁰ Forvaltningsloven §2(b), jf. (a).

⁸¹ Schartum (2020) s. 130.

enkeltvedtak fattes på bakgrunn av registrering av uønsket atferd, evaluering, karaktersetting, personopplysninger knyttet til skoleopptak, eller personopplysninger som vitner om behov for språkopplæring.

Et annet eksempel er der skolen bruker personopplysninger om elever til å fatte vedtak om at undervisning skal skje på visse måter. Valg den enkelte lærer gjør om måten undervisningen skal skje på, er ikke myndighetsutøvelse, men en avgjørelse om at en skole skal ha hjemmeundervisning på grunn av smittesituasjonen er et vedtak. Mange skoler bruker også Google Chromebook, og når kommunene bestemmer at elevene skal benytte Chromebook til skolearbeidet, oppfatter Datatilsynet det som et vedtak som treffes i ledd av kommunenes offentlige myndighetsutøvelse fordi det er «en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer».⁸² Det er et vedtak kommunen gjør om at undervisningen skal skje på en viss måte, og vedtaket gjelder for hele klassen eller hele skolen. Vedtaket blir dessuten truffet med hjemmel i forskrift. Behandlingen skjer derfor som ledd i utøvelse av offentlig myndighet.

Det neste spørsmålet er om behandlingen av personopplysningene er *nødvendig* for å utøve offentlig myndighet. Kort sagt er det *nødvendig* å ha med elevene for å sørge for at undervisningen skjer selv om det er hjemmeskole og den er digital, og det er vanskelig å bruke apper og digitale løsninger uten å legge igjen noen personopplysninger. Man bruker personopplysninger i form av bruker-id eller epost til å logge seg på. Spørsmålet er hvilke andre personopplysninger elevene må gi fra seg. Det er for eksempel ikke nødvendig med flere personopplysninger enn det som kreves for å kunne logge seg på, jf. prinsippet om dataminimering i personvernforordningen artikkel 5(1)(c). Samtidig står dataminimeringsprinsippet i kontrast til utredningsplikten etter forvaltningsloven § 17, om at når en offentlig myndighet skal treffe et vedtak skal man «påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». Dette henger også sammen med kravet til riktighet i forordningens artikkel 5(1)(d). Utredningsplikten kan være særlig viktig når kommunen fatter et enkeltvedtak om spesialundervisning. Da må man behandle personopplysninger for å treffe avgjørelser om tilrettelegging med spesialundervisning for å tilpasse spesifikke behov elever kan måtte ha. Utredningsplikten betyr at man må samle inn mange personopplysninger, og man må derfor foreta en konkret avveining mellom de ulike prinsippene i den enkelte sak.

Det følger av forvaltningsloven § 17 at forvaltningsorganet skal «påse at mindreårige parter har fått mulighet til å gi uttrykk for sitt syn, i den grad de er i stand til å danne seg egne

⁸² Datatilsynet (2020e).

synspunkter på det saken gjelder», og at «De mindreåriges syn skal tillegges vekt i samsvar med deres alder og modenhet.» Det betyr at barnas synspunkt skal ivaretas når saken skal bli fullt opplyst. Bestemmelsen samsvarer med drøftelsen i avsnitt 2.4 om barns medbestemmelsesrett der Barnekonvensjonen artikkel 12, barnelova § 31 og EU-Charteret artikkel 24 vektlegger at barn skal få gi uttrykk for sitt syn og at det skal vektlegges ut ifra alder og modenhet.

Konklusjonen er at kommunen kan bruke det rettslige grunnlaget i bokstav e om «utøvelse av offentlig myndighet» når den skal treffe enkeltvedtak som innebærer offentlig myndighetsutøvelse. Behandlingen av personopplysningene må være *nødvendig* for å utøve offentlig myndighet. Endelig skal barna gis mulighet til å gi uttrykk for sitt syn, og det skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet, jf. fvl § 17 og de grunnleggende rettighetene fra kapittel 2.

3.3.3 Ivareta legitime interesser – interesseavveiningen – bokstav f

Behandlingen er lovlig etter artikkel 6(1)(f) dersom den er «nødvendig for formål knyttet til de berettigede interessene som forfølges av den behandlingsansvarlige eller en tredjepart, med mindre den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter går foran og krever vern av personopplysninger, særlig dersom den registrerte er et barn.» Bestemmelsen skiller seg fra de andre nødvendighetsgrunnene i artikkel 6(1)(b)-(e), da den er mindre avgrenset og dermed omfavner flere situasjoner. Lagmannsretten har beskrevet bestemmelsen som «lite konkret utformet»⁸³ og la til grunn at lovligheten må avgjøres etter en «generell interesseavveining med utgangspunkt i utpreget skjønsmessige kriterier»⁸⁴ Man må veie de grunnleggende rettighetene til personvern mot interessene som begrunner behandlingen; elevens interesser versus kommunens interesser. Bestemmelsen legger opp til en konkret avveining, og det er grunnen til at den kalles avveiningsregelen.

Bokstav f gjelder ikke behandling som «utføres av offentlige myndigheter som ledd i utførelsen av deres oppgaver».⁸⁵ Begrunnelsen for dette følger av fortalepunkt 47: «Ettersom det er opp til lovgiveren ved lov å fastsette det rettslige grunnlaget for offentlige myndigheters behandling av personopplysninger, bør nevnte rettslige grunnlag ikke gjelde for behandling som offentlige myndigheter utfører i forbindelse med utførelse av de oppgavene de er tillagt.»

⁸³ LB-2020-18230 avsnitt 3.1.1.

⁸⁴ LB-2020-18230 avsnitt 3.4.

⁸⁵ Personvernforordningen artikkel 6(1) annet ledd.

Kotschy skriver at det må antas at også der private aktører (les: skoler) er pålagt en oppgave, er de ekskludert fra bruke bokstav f som rettsgrunnlag.⁸⁶

En kommunal ungdomsskole er en offentlig myndighet, og behandlingen av personopplysninger som skjer som ledd i utførelsen av skolens oppgaver ble diskutert ovenfor. Den relevante tematikken her blir den behandlingen skolen foretar seg - som *ikke* er å anse som «ledd i utførelsen av skolens oppgaver». Skolen behandler mange personopplysninger som ikke er knyttet direkte til utførelse av offentlig myndighet. Det kan eksempelvis være behandling av personopplysninger i forbindelse med drift av skolens nettsider.

Det er tre vilkår i bestemmelsen. Det første vilkåret ser på om den behandlingsansvarlige eller en tredjepart, i vårt tilfelle kommunen som skoleeier, har en berettiget interesse. Det andre vilkåret er at behandlingen må være nødvendig for å oppnå den berettigede interessen, og det siste vilkåret er den såkalte interesseavveiningen.

Det første spørsmålet er om kommunen har en berettiget interesse. Forordningens fortalepunkt 47 slår fast at en slik berettiget interesse kan foreligge når det er et «relevant og passende forhold mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige». Et eksempel som nevnes i fortalepunktet er dersom den registrerte er kunde av den behandlingsansvarlige. Hva som ligger i at noe er et «relevant og passende forhold» er vanskelig å si, men et relevant forhold kan kanskje sies å foreligge mellom en elev og skolen. På samme måte som i et kundeforhold kreves begge parter for å utgjøre det relevante forholdet; eleven vil ikke være elev uten skolen, og det ville heller ikke vært en skole uten elever. Kommunen oppretter nettsider for å forenkle en rekke prosesser og forbedre kommunikasjon mellom skole og hjem. Det kan dreie seg om å benytte logger for å skaffe seg oversikt over besøk på skolens nettside, eller en form for tilbakemeldingsfunksjon fra foreldre til skolen. Tilbakemeldingene kan brukes til å forbedre skolens funksjoner og tjenester. Det kan dreie seg om informasjon fra skole til hjem, der det vil være tidsbesparende og forenkler for kommunen å komme med informasjon på ett sted. Personopplysningene kan for eksempel være IP-adresser eller navn. Kommunens berettigede interesse vil være å tilby innhold som dekker foreldrenes informasjonsbehov. Kommunen kan med dette sies å ha en berettiget interesse i å behandle personopplysninger om elevene for drive skolens nettsider.

Det andre vilkåret er at behandlingen er nødvendig, og det forutsettes at det vilkåret er oppfylt her, jf. drøftelsen om nødvendighetskriteriet i avsnitt 3.2.2.

⁸⁶ Kotschy (2020) s. 337.

Det tredje vilkåret er selve formålet med artikkel 6(1)(f); nemlig at den interessen den behandlingsansvarlige har for å behandle opplysningene må veie tyngre enn hensynet til den registrerte. Her følger det av artikkel 6(1)(f) at den registrertes «interesser eller grunnleggende rettigheter går foran [...] særlig dersom den registrerte er et barn.» Til tross for at kommunen har en berettiget interesse, og databehandlingen er nødvendig, vil behandlingen likevel ikke være lovlig dersom elevens interesse eller grunnleggende rettigheter og friheter tilsier at personopplysningene *ikke* skal bli behandlet, og det veier tyngre enn skolens interesse. Det følger også av prinsippene om åpen og rettferdig behandling, i artikkel 5(1)(a). Et eksempel på det kan være at hensynet til barnets beste veier tyngst. Skolens interesse av å benytte logger med IP-adresser eller tilbakemeldingsfunksjon med navn, er viktig i arbeidet med å tilby innhold som dekker foreldrenes informasjonsbehov. Dersom personopplysningene i størst mulig grad minimeres, og hensynet til barna dermed ivaretas best mulig, vil slik behandling være lovlig.

Konklusjonen er, etter en konkret vurdering, at dersom behandlingsgrunnlaget for drift av skolens nettsider er personvernforordningen artikkel 6(1)(f), tillater det kommunen å behandle opplysninger som er nødvendig for å ivareta en berettiget interesse som veier tyngre enn hensynet til den enkelte elevs personvern. Den berettigede interessen er å forbedre og videreutvikle informasjon på skolens nettsider.

3.4 Samlet bilde

I dette kapittelet har jeg sett nærmere på personopplysningsvern, herunder behandlingsgrunnlag og behandlingsformål. Det kan være mulig å velge både samtykke og ett eller flere av nødvendighetsgrunnene i artikkel 6(1)(e) og (f), men den behandlingsansvarlige skal velge det rettsgrunnlaget som på best vis respekterer den registrertes rett til personopplysningsvern. Nødvendighetsgrunnene krever en konkret vurdering, og utfallet vil i stor grad avhenge av hvor godt den behandlingsansvarlige argumenterer for seg. Disse er mer skjønnspregede rettsgrunnlag, enn samtykke. Nødvendighet er prisgitt den behandlingsansvarlige, men samtykke er prisgitt den registrerte, selv om det er opp til den behandlingsansvarlige å bestemme seg for å bruke samtykke som grunnlag, og den behandlingsansvarlige derfor har stor grad av kontroll også her. For artikkel 6(1)(e) og (f) følger det en rett til å protestere, mens for samtykke har den registrerte makten i sine hender til å la være å samtykke eller å siden trekke samtykket. En utfordring med nødvendighetsgrunnene er dessuten at tilsynsmyndigheten kan komme til at behandlingen *ikke* er nødvendig. På den måten er samtykke et tryggere rettsgrunnlag, selv om det med forordningen stilles strengere krav til samtykke, og et samtykke kan trekkes til enhver tid. Derfor er det interessant at Datatilsynet mener man bør oppstille «faste, objektive og

lovbundne kriterier for behandlingen».⁸⁷ Det er jo det et samtykke er – og det fører oss over til kapittel 4 om samtykke som rettslig grunnlag.

⁸⁷ Datatilsynet (2021) s. 1.

4 Samtykke som behandlingsgrunnlag

4.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg undersøke oppgavens andre problemstilling, som handler om kravene til bruk av samtykke som rettslig grunnlag for behandling av elevenes personopplysninger i skolen. Jeg skal redegjøre for i hvilken grad og på hvilken måte personvernforordningen setter rammer og føringer for spørsmålet om elevenes samtykke, og hvordan den norske særlovgivningen virker sammen med forordningen.

Ingen av behandlingsgrunnlagene i artikkel 6(1)(a)-(f) har prioritet over noen andre,⁸⁸ men i praksis har samtykke opprinnelig vært mye brukt, spesielt i privat sektor. I forarbeidene til den gamle personopplysningsloven (2000) ble det oppfordret til å bruke samtykke i størst mulig grad.⁸⁹ Dette ble begrunnet i den registrertes muligheter til å råde over opplysninger om seg selv. Dette henger sammen med medbestemmelsesretten jeg drøftet i kapittel 2. Schartum og Bygrave argumenterer i boken «Personvern i informasjonssamfunnet» for at man ikke kan velge å bruke nødvendighetsgrunnene fordi det er mer lettvtint og billig enn å innhente samtykke, og at det er «grunn til å vektlegge samtykke i de tilfeller selvbestemmelsesretten fremstår som spesielt viktig».⁹⁰ Amundsen gir i CompLex 1/2016 en grundig gjennomgang av tematikken, og hun kommer til at «det etter gjeldende rett ikke kan oppstilles noen fast prioriteringsrekkefølge mellom samtykke fra den registrerte og nødvendighetsgrunnene i personopplysningsloven § 8.»⁹¹ Det har imidlertid med forordningen blitt en strengere terskel for å oppfylle kravene til samtykke, og mange velger derfor et annet rettslig grunnlag.

Personvernforordningen har bestemmelser om vilkår for samtykke,⁹² samtykke som rettslig grunnlag,⁹³ og vilkår for barns samtykke til informasjonssamfunnstjenester.⁹⁴ Disse bestemmelsene skal jeg greie ut om i dette kapittelet. Men det er imidlertid flere steder forordningen er *taus* om barns rettslige handleevne, herunder evne til å samtykke. Spørsmålet blir hvordan man skal tolke man denne tausheten. Om mangelen på klarhet knyttet til barns rettigheter etter forordningen skriver Schartum; “Denne uklarheten er trolig bevisst og skyldes antakelig at det er ulike syn i EU-landene på spørsmålet om mindreåriges selvstendighet og rettslige evne til å handle på egen hånd i spørsmål som har med personvern, privatliv og

⁸⁸ Kotschy (2020) s. 329, se også WP29 2014 06/2014 s. 10.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 108.

⁹⁰ Schartum og Bygrave (2016) s. 184.

⁹¹ Amundsen (2016) s.57.

⁹² Personvernforordningen artikkel 4(11) og artikkel 7.

⁹³ Personvernforordningen artikkel 6(1)(a).

⁹⁴ Personvernforordningen artikkel 8.

familieliv å gjøre.”⁹⁵ Svaret må derfor ligge i den enkelte stat sitt handlingsrom. Forordningen gir nemlig medlemsstatene rom for å fastsette egne regler om enkelte forhold.⁹⁶ Enkelte steder står det eksplisitt at medlemsstatene ved lov kan fastsette nærmere bestemmelser, andre steder er forordningen taus – og da blir spørsmålet hvordan man skal tolke denne tausheten.

Når det gjelder *andre* rettigheter etter forordningen, som rett til innsyn etter artikkel 15, skriver forfatterne av Oxford-kommentaren at forordningen er taus med tanke på hvem som kan be om innsyn, og at retten til innsyn for den registrerte gjelder fullt ut. Derfor bør det være akseptabelt at barn selv ber om innsyn.⁹⁷ Det betyr at det åpnes for å tolke tausheten slik at barn skal kunne utøve de samme rettighetene som voksne. Forfatterne av kommentaren skriver at definisjonen av samtykke i artikkel 4(11) må leses i sammenheng med andre bestemmelser som uttrykkelig sier noe om vilkår for gyldig samtykke,⁹⁸ som for eksempel artikkel 8 om vilkår for barns samtykke til informasjonssamfunnstjenester. Det betyr at det kan åpnes for å gi barn rettslig handleevne før de er fylt 18 år.

Behandling av personopplysninger om barn i forbindelse med andre tjenester enn i artikkel 8, styres (der det er aktuelt) av de generelle bestemmelsene i forordningen og de nasjonale lovene om mindreåriges evne til å samtykke.⁹⁹ Der medlemsstatene er gitt friheten til å fastsette nærmere bestemmelser, skal dette gjøres i nasjonal lov. Det betyr at for masteroppgavens tema blir barnelova (jf. Barnekonvensjonen), vergemålsloven, opplæringslova relevant lovgivning, og jeg vil redegjøre for betydningen av disse lovene for reglene om samtykke i skolen.

Jeg mener derfor at der forordningen er taus må nasjonal særlovgivning supplere forordningen. På den måten utfyller den spesielle nasjonale lovgivningen forordningen. Det skal imidlertid påpekes at det ikke er noen fasit på hvordan man tolker dette handlingsrommet og tausheten i forordningen, og jeg er åpen for at andre kan tolke dette annerledes.

4.2 Kravene til bruk av samtykke som rettslig grunnlag

4.2.1 Eleven som «den registrerte»

Det følger av artikkel 4(1) at den registrerte er en «identifisert eller identifiserbar fysisk person». Der personopplysninger om elever behandles, er det eleven som er «den registrerte».

⁹⁵ Schartum (2020) s. 60.

⁹⁶ Se blant annet personvernforordningen fortalepunkt 10.

⁹⁷ Zanfir-Fortuna (2020) s. 461.

⁹⁸ Bygrave og Tosoni (2020) s. 181.

⁹⁹ Kosta (2020) s. 359.

Men det å være «den registrerte» betyr ikke automatisk at man har samtykkekompetanse. Det er noe annet å kunne utøve rettigheter etter konvensjonen gjennom å ha rettslig handleevne, som betyr at man kan binde seg rettslig og påta seg ansvar. Forordningen gir ikke noe klart svar på når barn har samtykkekompetanse. Den som har rettslig handleevne etter forordningen har rett til å samtykke, og spørsmålet blir derfor når elever får rettslig handleevne. Ved å se hen til særlovgivningen i Norge, følger det av vergemålsloven § 8 at personer under 18 år er mindreårige, og av § 9 at en mindreårig ikke har rettslig handleevne «med mindre noe annet er særlig bestemt». Det samme prinsippet følger av FNs Barnekonvensjon artikkel 1, der unntaket formuleres som «hvis ikke barnet blir myndig tidligere etter den lovgivning som gjelder for barnet.» Det finnes flere eksempler på at noe annet er «særlig bestemt» på andre rettsområder. Før barn er 18 år har de rett til å samtykke til blant annet helsehjelp,¹⁰⁰ rett til å utføre arbeid¹⁰¹ og rett til å avgjøre spørsmål om valg av utdanning og om medlemskap i foreninger.¹⁰²

Det foregående personverndirektivet hadde ingen spesiell bestemmelse om behandling av barns personopplysninger. Det ble stadig kritisert, og førte til den nye bestemmelsen i artikkel 8 i forordningen.¹⁰³ I lovgivningsprosessen foreslo WP29 at omfanget av artikkel 8 skulle være bredere, og dermed omfatte alle områder, i tillegg til informasjonssamfunnstjenester, der behandling av personopplysninger om barn inntreffer.¹⁰⁴ Underveis i lovgivningsprosessen ble det også foreslått å definere barn som alle personer under 18 år, men dette ble fjernet i den endelige utgaven av forordningen. Ulikhetene i definisjonene av barn i medlemslandene viste seg å være spesielt kontroversielt.¹⁰⁵ Europakommisjonen har lagt frem en evaluering av forordningen to år etter den trådte i kraft, og der antydes det at medlemslandenes handlingsrom kan bli snevret inn på sikt, på grunn av utfordringer som følge av uklarheter og variasjon. Kommisjonen varsler mer harmonisering ved for eksempel å gjøre noe med aldersgrensen i artikkel 8.¹⁰⁶ Kommisjonen skal også klargjøre spørsmål knyttet til bruken av personopplysningsbestemmelser om barn.¹⁰⁷

4.2.2 Vilkår når elever kan samtykke

¹⁰⁰ Pasient- og brukerrettighetsloven §4-3.

¹⁰¹ Arbeidsmiljøloven §11-1.

¹⁰² Barnelova §32.

¹⁰³ Kuner mfl. (2020) s. 14.

¹⁰⁴ WP29 2012 01/2012 s. 13.

¹⁰⁵ Kuner mfl. (2020) s. 14.

¹⁰⁶ Europakommisjonen (2020) s. 15.

¹⁰⁷ Europakommisjonen (2020) s. 16.

Det generelle utgangspunktet er at behandling av personopplysninger er lovlig etter artikkel 6(1)(a) dersom den registrerte samtykker. Når eleven er gammel nok til å samtykke selv, vil disse vilkårene gjelde for eleven. Der eleven *ikke* er gammel nok, vil dette gjelde for foreldrene, men barnet har uansett rett til medbestemmelse og rett til å bli hørt. Det er også mulig med en kombinert løsning, i form av at barn samtykker sammen med foreldre eller foresatte. Dette utdypes i avsnitt 4.2.3.

Hensikten bak å ha samtykke som et av flere mulige rettsgrunnlag, er blant annet hensynet til selvbestemmelse og autonomi. Vilkårene for samtykke følger av personvernforordningen artikkel 4(11) og artikkel 7, og der fremgår det at samtykket skal være frivillig, spesifikt, informert, utvetydig, gitt gjennom en aktiv handling, dokumenterbart og det må være like lett å trekke tilbake samtykket som å gi det. Jeg vil i det følgende utdype disse vilkårene.

Frivillig: Det skal være et fritt valg for eleven om man ønsker å samtykke eller ikke. Det betyr at dersom den registrerte er presset eller det vil komme negative konsekvenser som følge av å ikke samtykke, er det ikke frivillig. Samtykke innebærer at det må være snakk om et reelt valg.¹⁰⁸ Det følger av artikkel 7(4) at «Ved vurdering av om et samtykke er gitt frivillig skal det tas størst mulig hensyn til blant annet om oppfyllelse av en avtale, herunder om yting av en tjeneste, er gjort betinget av samtykke til behandling av personopplysninger som ikke er nødvendig for å oppfylle nevnte avtale.» Her utdyper fortalepunkt 42 at samtykket ikke skal anses som frivillig «dersom den registrerte ikke har en reell valgfrihet, eller ikke er i stand til å nekte å gi seg eller trekke tilbake et samtykke uten at det er til skade for vedkommende» og fortalepunkt 43 at dersom det er en «klar skjevhet mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige, særlig dersom den behandlingsansvarlige er en offentlig myndighet, og det derfor er usannsynlig at samtykket er gitt frivillig med hensyn til alle omstendigheter som kjennetegner den bestemte situasjonen», bør det ikke utgjøre et gyldig rettslig grunnlag. Dersom det er et avhengighetsforhold mellom den behandlingsansvarlige og den registrerte, er det noe som kan true frivilligheten. Nettopp dette er utfordrende for samtykke i skolen, og har gjort at blant annet Utdanningsdirektoratet og Kunnskapsdepartementet klart har gitt uttrykk for skepsis mot at skolesektoren bruker samtykke som rettslig grunnlag,¹⁰⁹ og Kunnskapsdepartementet anbefaler derfor heller artikkel 6(1)(c) eller (e). Innvendingen går på at det ikke er noen reell frivillighet. FNs spesialrapportør skriver; «Many see consent as a fundament. Consent, however, neither necessarily expresses a child's autonomy nor protects it, particularly where power imbalances exist.»¹¹⁰ Poenget er at man skal ikke utnytte et skjevt maktforhold til å få eleven til å samtykke til noe man egentlig ikke vil samtykke til. Det skal

¹⁰⁸ EDPB (2020) punkt 3 s. 5.

¹⁰⁹ Utdanningsdirektoratet (2018) og Prop. 145 L (2020-2021) s. 16.

¹¹⁰ FNs spesialrapportør (2021) s. 19.

heller ikke få negative konsekvenser for eleven dersom man ikke samtykker. Samtykket er fortsatt frivillig selv om man blir overtalt til å samtykke, men negativt press er ikke lovlig.¹¹¹ Der foreldre/foresatte samtykker på vegne av barnet, stiller dette seg noe annerledes. Frivilligheten er et vanskeligere spørsmål for barn, ettersom barn skal ha et særlig vern, fordi «barn kan være mindre bevisste på aktuelle risikoer, konsekvenser og garantier samt på de rettigheter de har når det gjelder behandling av personopplysninger.»¹¹² Det gjør at det er en større skjevhet og et større avhengighetsforhold mellom eleven og skolen, enn for de voksne og skolen. Foreldre/foresatte er mer «bevisste på aktuelle risikoer, konsekvenser og garantier» på barnets vegne.

På den annen side mener Det europeiske personvernrådet at det finnes enkelte tilfeller der samtykke kan være egnet. I sin veiledning om samtykke skriver Personvernrådet om et fiktivt eksempel der en offentlig skole spør elevene om samtykke til å bruke bilder av elevene i en skoleavis. Her, mener Personvernrådet, kan samtykke være et reelt valg så sant elevene ikke vil bli nektet utdanning eller tjenester og kan nekte bruk av bildene uten noen negative konsekvenser.¹¹³ Jeg vil derfor bruke dette som et utgangspunkt for et eksempel på at samtykke kan være egnet innen skole; når det gjelder skolefotografering. Når elevene skal bli fotografert fyller man ofte ut samtykkeskjemaer, som skal utformes konkret slik at de passer akkurat til den aktuelle situasjonen. Det kan dreie seg om portrettbilder, klassebilder eller bilder fra aktiviteter og tilstelninger på skolen. Datatilsynet mener at dersom barna er over 13 år må de underskrive en slik samtykkeerklæring selv - sammen med foreldrene.¹¹⁴ Jeg kommer tilbake til hvilke aldersgrenser jeg mener man kan utlede av forordningen. Ved bruk av samtykke i forbindelse med skolefotografering vil samtykket kunne være frivillig fordi ved å *ikke* samtykke skjer det ikke noe annet enn at man ikke får (være med på) bildene. Elevene har også reell valgfrihet ved samtykke til den såkalte «retten til eget bilde», som dreier seg om et vern mot ulovlig bruk av et bilde av deg som person. Vernet følger av åndsverklovens (åvl) § 104. Hovedregelen er at et fotografi som avbilder en person ikke kan gjengis eller vises offentlig uten samtykke fra den som er avbildet, og deretter følger det en rekke unntak. Begrepet «samtykke» er ikke nærmere definert i åvl, og det er ingen nærmere utdypelse av hvem den «avbildede» etter § 104 er. Derfor må trolig de samme kravene til samtykke etter forordningen og åvl gjelde. Den avbildede kan samtykke dersom den har rettslig handleevne, og dersom den ikke har det, må foreldrene samtykke på vegne av barnet.

¹¹¹ Kosta (2020) s. 351.

¹¹² Personvernforordningen fortalepunkt 38.

¹¹³ EDPB (2020) s. 9.

¹¹⁴ Datatilsynet (2020b).

Et ytterligere eksempel på at samtykke kan være egnet som rettslig grunnlag i skolen, er ved bruk av ulike applikasjoner som fungerer som kommunikasjonsplattform mellom skolen og hjemmet. Her vil det også være en reell valgfrihet, og dersom barnet ikke ønsker å bruke den applikasjonen, kan man finne andre applikasjoner, gå over til epost, eller bare bruke skriftlige kommunikasjonsmidler som for eksempel den gode, gamle meldingsboka. Det vil som regel være gunstig for både lærere og foreldre å ha en enkel måte å kommunisere på og gi hverandre nødvendig informasjon. Det kan dreie seg om hvordan skoledagen har vært, hvilke behov barnet har, hva som skjer på skolen de neste dagene, eller informasjon knyttet til lekser. Ett eksempel på en kommunikasjonsplattform som skolene benytter i praksis, er Facebook. I et slikt tilfelle fungerer Facebook som en tredjepart og dette krever at kommunen har en databehandleravtale på plass. Bruk av Facebook som kommunikasjonsmiddel vil kreve samtykke, og det kan være at enkelte elever eller foreldre ikke ønsker å benytte seg av denne løsningen. I dette eksemplet påpeker Kunnskapsdepartementet at i så fall må det stilles strenge krav til samtykket er frivillig, informert og utvetydelig, og det skal ikke få negative konsekvenser dersom man ikke samtykker.¹¹⁵ Det betyr at ved å ikke gi samtykke skal man finne et alternativt kommunikasjonsmiddel som fungerer like godt og ikke har negative konsekvenser, som for eksempel at informasjon uteblir for eleven. Bare på den måten vil frivilligheten ivaretas godt nok etter forordningens krav, og på den måten være gyldig.

Andre eksempler på at barn kan ha reell valgfrihet ved samtykke i skolesammenheng, er ved publisering av elevarbeid. Endelig, ved bruk av robot som en form for fjernundervisning,¹¹⁶ kan også samtykke være egnet. Også i disse tilfellene har eleven reell valgfrihet, og samtykke vil være et egnet rettslig grunnlag for behandlingen av personopplysningene.

Spesifikt: Et samtykke skal være tilstrekkelig *spesifikt*, noe som vil si at “anmodningen om samtykke” skal legges frem på en måte som gjør at den “tydelig kan skilles fra nevnte andre forhold”.¹¹⁷ Dette handler om at man skal kunne ha det klart for seg hva man faktisk samtykker til. Det innebærer også at man må samtykke til hvert enkelt formål hver for seg. Dette betyr at «blanket consent without specifying the exact purpose of the processing is not acceptable» skriver forfatterne av en tysk kommentarutgave for personvernforordningen.¹¹⁸ De fortsetter; Det er ikke nødvendig å beskrive den spesifikke bruken, men det spesifikke formålet som kan benyttes til ett eller flere bruksområder.¹¹⁹ I en skolehverdag vil dette være spesielt viktig, ettersom elevene fort kan komme til å tenke at all

¹¹⁵ Prop. 145 L (2020-2021) s. 16.

¹¹⁶ For eksempel fra produsenten NoIsolation.

¹¹⁷ Personvernforordningen artikkel 7(2).

¹¹⁸ Feiler, Forgó and Weigl (2018) s. 64.

¹¹⁹ Feiler, Forgó and Weigl (2018) s. 64.

informasjonen skolen kommer med, «må» man som elev bare godta. Derfor er det ekstra viktig at informasjonen kan tydelig skilles fra andre nevnte forhold. Denne adskillelsen innebærer at den behandlingsansvarlige klart definerer parameterne for aktiviteten som den registrerte blir bedt om å samtykke til, og deretter kommuniserer disse parameterne til den registrerte.¹²⁰ Den siste setningen handler om at den registrerte skal være informert, og på den måten henger disse to kriteriene tett sammen, og det fører oss over til neste punkt.

Informert: For å kunne samtykke må eleven/foresatte være informert, og det betyr at man skal vite hva man samtykker til. Dersom man ikke har fått informasjon om hva man samtykker til, er det heller ikke mulig å forstå konsekvensene av behandlingen. Det dreier seg om essensiell informasjon om behandlingen av personopplysningene - som for eksempel hvem den behandlingsansvarlige er, hva personopplysningene skal brukes til og hvilke personopplysninger som skal samles inn. Den registrerte skal bli informert om alle omstendigheter angående databehandlingen og dens konsekvenser, heter det fra Generaladvokat Szpunar i C-61/19 (Orange Romania).¹²¹ I dette ligger det også at informasjonen skal være forståelig. Retten til informasjon følger også av forordningens artikler 13 og 14, samt åpenhetsprinsippet i artikkel 5(1), og dels 12(1) og (2), selv om disse primært gjelder kommunikasjonsmåte og språk og så videre. Utgangspunktet i artikkel 12(1), jf. artikkel 7(2) er at den behandlingsansvarlige skal gi informasjon på en «kortfattet, åpen, forståelig og lett tilgjengelig måte og på et klart og enkelt språk», særlig der informasjonen er rettet mot barn. Anmodningen om samtykke skal fremlegges på en måte som er «forståelig og lett tilgjengelig form og på et klart og enkelt språk». Når barnet er *under* 15 år og foreldrene må samtykke på vegne av barnet, er det likevel viktig at barnet får ivarett sine grunnleggende rettigheter om rett til informasjon og medbestemmelse. Ved behandling som gjelder barn, har barnet rett til informasjon og få sagt meningen sin, etter min mening fra 7-årsalder.¹²² Da er det viktig at informasjonen er formulert på et klart og enkelt språk som barnet lett kan forstå, ellers vil ikke barnet ha forutsetninger for å begripe hva som skjer i den aktuelle situasjonen. Forfatterne av den tyske kommentarutgaven for personvernforordningen mener dette kun gjelder barn som har kapasitet til å samtykke etter artikkel 8, og dersom det dreier seg om barn under aldersgrensen 13 år i artikkel 8, skal informasjonen formuleres ut ifra at en voksen person skal lese det.¹²³ Jeg mener imidlertid at den gradvise tilnærmingen Barnekonvensjonen og barnelova benytter, som gir barn helt ned i 7-årsalderen rett til informasjon og medbestemmelse, tilsier at informasjonen må være skrevet med tanke på at barn skal lese og forstå det – nettopp for å ivareta barns rett til informasjon og

¹²⁰ Bygrave og Tosoni (2020) s.183.

¹²¹ C-61/19 (Orange Romania) avsnitt 47.

¹²² Jf. Barnekonvensjonen artikkel 12 og barnelova § 31.

¹²³ Feiler, Forgó and Weigl (2018) s.103.

medbestemmelse. Der barn skaffer seg tilgang til tjenester som bare er beregnet for voksne, blir det etter min mening *feil* at informasjonen er rettet mot barn, fordi det sender et signal om at barn likevel kan benytte seg av tjenestene. Informasjon om tjenester som er beregnet på voksne, skal formuleres med tanke på voksne.

Utvetydig og gitt gjennom en aktiv handling: Det skal ikke være noen tvil om at eleven/foresatte faktisk har samtykket til behandling av personopplysninger, og derfor er det et krav at den registrerte aktivt foretar seg noe for å tydeliggjøre denne bekreftelsen. Det følger av artikkel 4(11) at samtykket skal være utvetydig og spesifikt, og av fortalepunkt 32 at samtykket skal være en «tydelig bekreftelse». Det kan bare dreie seg om å krysse av i en boks eller gi en signatur på et ark, men det vil si at ved å kun forholde seg passivt vil ikke et samtykke kunne anses å være gyldig.¹²⁴ Det gamle uttrykket «Den som tier, samtykker» er med andre ord ikke i tråd med forordningens krav. Kommisjonens forslag til personvernforordningen var opprinnelig å heller bruke uttrykket «eksplisitt» fremfor «utvetydig», men slik ble det ikke.¹²⁵ Kriteriet «utvetydig» betyr i hovedsak at det ikke må være tvil om at samtykket er gitt, men «eksplisitt» betyr at prosessen med å be om og gi samtykke må være en formelt egen prosess, med spesifikke forespørsler og svar på akkurat dette.¹²⁶

Krav om å kunne påvise samtykket: Det følger av artikkel 7(1) at den behandlingsansvarlige skal kunne påvise at eleven/foresatte har samtykket til behandlingen. Kravet om å kunne påvise handler om at den behandlingsansvarlige skal kunne vise til at samtykket var lovlig innhentet. Opprinnelig foreslo kommisjonen eksplisitt at personvernforordningen skulle inneholde en bevisbyrde for den behandlingsansvarlige – noe som ikke ble med i den endelige versjonen av forordningen, men likevel fremgår implisitt.¹²⁷ Forordningen har ikke noe formkrav til hvordan dette skal kunne påvises. Det er anbefalt, men riktignok ikke et krav, at samtykket skjer skriftlig.¹²⁸ Det er uansett enklest å påvise et samtykke som er skriftlig. I praksis bør den behandlingsansvarlige ha en oversikt over, eller et register for, innhentet samtykke.

Rett til å trekke tilbake sitt samtykke til enhver tid: Personvernforordningen artikkel 7(3) oppstiller tre normer,¹²⁹ der den første er at den registrerte har rett til å trekke samtykket når som helst. Den andre er at den behandlingsansvarlige skal informere den registrerte om dette,

¹²⁴ Bygrave og Tosoni (2020) s. 184/185.

¹²⁵ Bygrave og Tosoni (2020) s. 185.

¹²⁶ Bygrave og Tosoni (2020) s. 185.

¹²⁷ Kosta (2020) s. 349.

¹²⁸ Feiler, Forgó and Weigl (2018) s. 87.

¹²⁹ Kosta (2020) s. 351.

før samtykket blir gitt. For det tredje skal samtykket være like lett å trekke som å avgi.¹³⁰ Dersom samtykket blir trukket tilbake, faller det rettslige grunnlaget etter artikkel 6(1)(a) bort, og hvis det ikke er bestemt et annet supplerende rettslig grunnlag, må personopplysningene slettes. Dersom det foreligger et annet rettslig grunnlag, skal man få beskjed om endringen, jf. artikkel 13(1)b. Det supplerende rettslige grunnlaget vil i så fall neppe kunne være artikkel 6(1)(f), ettersom det ved en interesseavveining vil veie tungt at eleven/foresatte har hatt et ønske om å trekke samtykket og dermed ikke ønsket at personopplysningene skal behandles. Et samtykke som trekkes har ingen virkning for den lovlige behandlingen som allerede har skjedd.¹³¹ Samtykket må ikke nødvendigvis trekkes tilbake på samme måte som det ble gitt, men det er et krav at det skal være like enkelt. Det europeiske Personvernrådet har uttalt at dersom samtykket foregår elektronisk via et museklikk, sveip eller lignende, må den registrerte i praksis ha muligheten til å trekke samtykket like enkelt.¹³² Dersom kravene til å trekke samtykke ikke er i samsvar med forordningens krav, er samtykket ikke gyldig.¹³³ Jeg kommer tilbake til spørsmålet om barn kan trekke et samtykke foreldrene har gitt i neste avsnitt, der jeg ser nærmere på aldersgrenser.

4.2.3 Kan elever under 18 år samtykke selv?

Forordningen har en særbestemmelse som sier at barn kan samtykke til informasjonssamfunnstjenester. Det følger av artikkel 8 at barn kan samtykke i forbindelse med tilbud om informasjonssamfunnstjenester direkte til et barn, dersom barnet er over 16 år. Begrepet «informasjonssamfunnstjeneste» er definert i artikkel 4(25) som «en tjeneste som definert i artikkel 1 nr. 1 bokstav b) i europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2015/1535». Der igjen fremgår det at med «tjeneste» betyr «enhver informasjonssamfunnstjeneste, det vil si enhver tjeneste som vanligvis ytes mot vederlag, over avstand, og som formidles elektronisk og på individuell anmodning fra en tjenestemottaker». Justisdepartementet legger på bakgrunn av dette, samt definisjonen i e-handelsdirektivet 2001/31/EF, til grunn at definisjonen av «informasjonssamfunnstjenester» blant annet omfatter sosiale medier.¹³⁴ Dette kan for eksempel være Facebook, Snapchat og TikTok. Medlemsstatene er etter artikkel 8(1) annet ledd gitt frihet og et handlingsrom til å fastsette en lavere aldersgrense enn 16 år, men ikke under 13 år. I Norge er denne aldersgrensen satt til 13 år.¹³⁵ Sosiale medier er imidlertid litt på siden av hva skolen tradisjonelt skal drive med, da sosiale medier i liten grad dreier seg om pedagogikk, men heller bærer preg av å være fritidssysler. Sosiale medier kan riktignok

¹³⁰ Kosta (2020) s. 351.

¹³¹ Personvernforordningen artikkel 7(3).

¹³² EDPB (2020) s. 23.

¹³³ EDPB (2020) s. 24.

¹³⁴ Prop.56 LS (2017-2018) s. 96.

¹³⁵ Personopplysningsloven § 5.

benyttes som et verktøy i skolen, når man for eksempel skal lære barna om nettvett eller andre ting, og det kan brukes til å finne informasjon, bilder eller annet elevene kan ha bruk for i skoleprosjekter og undervisning. Men i bunn og grunn er artikkel 8 av begrenset betydning for spørsmålet om elevers adgang til å samtykke, da skole er en slags tjenesteyting, jf. «oppgave i allmennhetens interesse», og handler om at elevene skal lære en rekke fag – mens sosiale medier er noe barna primært skal drive med på fritiden.

I generell kommentar nr. 25 fra FNs Barnekomité heter det at barna må få uttrykke meningene sine og være effektive talsmenn for sine rettigheter.¹³⁶ I Europarådets veiledning for barns rettigheter i den digitale verden heter det at når stater skal iverksette tiltak for å bestemme en aldersgrense for samtykke, må barnets rettigheter, synspunkter, barnets beste og barnets utvikling tas i betraktning.¹³⁷ FNs Barnekomité mener medlemslandene skal respektere barns gradvise utvikling, og muliggjøre den gradvise tilegnelsen av kompetanse, forståelse og handlefrihet – og mener denne prosessen er særlig viktig i det digitale miljøet, der barn kan delta mer uavhengig av tilsyn fra foreldre/foresatte.¹³⁸

Et grunnleggende krav er at bestemmelsene i forordningen skal være i tråd med Barnekonvensjonen, jf. menneskerettsloven § 3 om at BK ved motstrid går foran bestemmelser i annen lovgivning. Som diskutert i kapittel 2 har Barnekonvensjonen blant annet bestemmelsen i artikkel 16 som sier at barn har rett til privatliv, og at de har rett til lovens beskyttelse mot slik innblanding eller slike angrep. I Grunnlovens § 104 tredje ledd heter det at barn har «rett til vern om sin personlige integritet.» Her er det en henvisning til BK nevnte artikkel 16, samt barnelovens § 32 der det heter: «Barn som er fylt 15 år, avgjør sjølv spørsmål om val av utdanning og om å melde seg inn i eller ut av foreningar.» Det betyr at en 15-åring har rett til selvbestemmelse når det gjelder *valg* av utdanning. Når man velger utdanning, og deretter søker, innebærer det at man gir fra seg en rekke personopplysninger som blir behandlet av den utdanningsinstitusjonen man velger å søke hos. Da gir det lite mening at foreldre må samtykke til behandlingen av disse personopplysningene, når barnet selv kan avgjøre valget av utdanningen, og behandling av personopplysninger vil være en konsekvens av selvbestemmelsesretten.¹³⁹ FNs spesialrapportør skriver: «While children between the ages of 5 and 7 generally do not consider parental monitoring of their online activities as a violation of privacy, teenagers aged between 15 and 17 are often concerned about parental and school monitoring.»¹⁴⁰ Dette viser at tenåringer mellom 15 og 17 år har en

¹³⁶ FNs Barnekomité (2021) s. 3.

¹³⁷ Europarådet (2018) s. 16.

¹³⁸ FNs Barnekomité (2021) s. 4.

¹³⁹ Se også Schartum og Wick Sætre (2016) s. 40-49.

¹⁴⁰ FNs spesialrapportør (2021) s. 12.

annen selvstendighet enn yngre barn. Dessuten, når aldersgrensen for barns samtykke til bruk av sosiale medier etter personvernloven § 5 er 13 år, og myndighetsalderen er 18 år, mener jeg det sier seg selv at det må være noe midt mellom, jf. prinsippet om gradvis medbestemmelse. Schartum og Bygrave foreslo en slik løsning i 2006 og argumenterte for særlovgivning innen lovområder der barns situasjon er spesielt regulert, som for eksempel skole. Denne diskusjonen skrev Schartum og Wick Sætre om ti år senere i CompLex 2/2016, der de også går nærmere inn på hva som er gjeldende rett når det gjelder barns samtykke etter personopplysningsloven; «Samlet sett utkrystalliserer det seg med andre ord et skille ved en alder på 15 – 16 år der lovgiver generelt har fastsatt, uavhengig av konkret modenhet, at alle ungdommer, på bestemte områder, skal ha bestemmelsesrett uavhengig av foreldre.»¹⁴¹

Datatilsynet opererer også med en hovedregel om at barn som er 15 år kan samtykke selv, med noen unntak.¹⁴² Det er imidlertid uklart hvilket rettslig grunnlag denne aldersgrensen tar utgangspunkt i. Åpenhetsutvalget vurderte i NOU 2019:10 hva som er gjeldende rett om deling av personopplysninger på vegne av barn, og mente barn har selvbestemmelsesrett fra de fyller 15 år, unntatt ved særlig sensitive personopplysninger.¹⁴³ Utvalget som skrev NOU 2020: 14 Ny Barnelov mener imidlertid regelverket på det sistnevnte området er for uklart.¹⁴⁴ Barnelovutvalget mener man skal regulere de alminnelige utgangspunktene om barns personvernrettslige myndighetsalder i barneloven, og utvalget foreslår en generell personvernrettslig myndighetsalder på 13 år.¹⁴⁵ Utvalget mener barn som har fylt 13 år «må formodes å kunne ta beslutninger selv om personopplysninger», og at det skaper best harmoni med aldersgrensen for informasjonssamfunnstjenester, men påpeker at aldersgrensen ikke skal gjelde for sensitive personopplysninger. I kommentaren argumenteres det for at medbestemmelse er avgjørende for å forstå og ta del i det digitale verden barna står midt oppi. Etersom norske elever har rettslig handleevne når de blir myndig, er det derfor viktig at de lærer seg verktøyet og vokser med oppgaven *før* de en dag sitter med alt ansvaret selv. Buitelaar har skrevet om hva personvernforordningen kan lære av barnerettighetene. PhD-studenten fra Nederland mener det er en svakhet med forordningen at den ikke følger Barnekonvensjonens struktur og gir barn gradvis mer og mer medbestemmelse.¹⁴⁶ Slik er Barnekonvensjonen og barnelova likt utformet. En annen måte å se dette på, er å la Barnekonvensjonen og barnelova utfylle forordningen på den måten at den gradvise

¹⁴¹ Schartum og Wick Sætre (2016) s. 47.

¹⁴² Datatilsynet (2018).

¹⁴³ NOU 2019:10, punkt 6.3.4.

¹⁴⁴ NOU 2020:14, punkt 17.2.7.3.4.

¹⁴⁵ NOU 2020:14, s. 362.

¹⁴⁶ Buitelaar (2018) s. 299/300.

medbestemmelsen blir tatt inn i forordningen. Det er det jeg argumenterer for i denne oppgaven.

I NOU 2019: 23 Ny Opplæringslov er bestemmelsen § 10-4 «Vedtak om individuelt tilrettelagt opplæring» foreslått, og der følger det:

«Tredje avsnitt viderefører dagens § 5-4 andre avsnitt første setning og tredje avsnitt. Om det er foreldrene eller eleven som må samtykke, følger av barneloven § 32, som sier at barn som har fylt 15 år, selv avgjør spørsmål om valg av utdanning. Regelen innebærer at ungdom som er fylt 15 år, selv må samtykke før det blir utarbeidet en sakkyndig vurdering, og før det fattes vedtak om individuelt tilrettelagt opplæring. Foreldrenes samtykke er i slike tilfeller ikke nødvendig, og foreldrene har heller ingen myndighet i denne sammenhengen. Når eleven er yngre enn 15 år, er det foreldrene som gir samtykke, men de har plikt til å ta barnet med på råd etter barneloven § 31.»¹⁴⁷

Dette, sammenholdt med elevenes rett til avgjørelse ved spørsmål om valg av utdanning, gir trolig rom for at 15-åringene kan samtykke selv til behandling av personopplysninger i skolen. Jeg mener dessuten at det er beskyttelse å lære elevene selv å ivareta sitt eget personopplysningsvern, ikke at foreldrene bare tar alle avgjørelser på vegne av barna.

De beste grunner taler dermed for at elever har rettslig handleevne og kan samtykke til behandling av personopplysninger knyttet til skole fra de er 15 år.

Jeg har nå satt 15 år som en aldersgrense, og da gjenstår det å se hvilke regler som gjelder for barn under 15 år. Det følger av barnelova § 33 at barn skal få større selvbestemmelsesrett med alderen frem til de fyller 18 år, og bestemmelsen viser tydelig at jo eldre man blir, jo mer skal man få lov til å bestemme over eget liv. Dette gir glidende overganger, og kan være utfordrende i en digital verden som ikke lett kan behandle folk individuelt og dermed krever godt definerte aldersgrenser. Derfor er barnelova § 31 relevant, som handler om at foreldrene skal lytte til barnets meninger om barnets personlige forhold, etter hvert som barnet blir i stand til å danne egne synspunkter. Her skal man også se hen til barnets alder og modenhet. Bestemmelsen tilsvarer medbestemmelsesretten i Barnekonvensjonens artikkel 12. Det følger av barnelova § 31 annet ledd at barn som har fylt syv år, og yngre barn som er i stand til å danne egne synspunkt, skal få informasjon og mulighet til å si meningen sin om saker som gjelder personlige forhold for barnet. Det betyr at barn helt ned til 7-årsalder skal få informasjon og få sagt meningen sin om behandling av personopplysninger i skolen. Når barnet har fylt 12 år skal det legges stor vekt på hva barnet mener. Da kan det være naturlig at foreldre og barn sammen tar stilling til om man skal samtykke eller ei. Disse to aldersgrensene kan tolkes bokstavelig og taler for at 7-åringene har rett til å få informasjon og få sagt meningen sin, og at det skal legges stor vekt på hva 12-åringene mener – som i praksis betyr at barn fra 12 til 15 år gir samtykke i fellesskap med foreldrene.

¹⁴⁷ NOU 2019:23 s. 724.

Hvis barnet samtykker, men egentlig ikke har nådd alderen for når de kan samtykke selv, er samtykket ugyldig. Når eleven har nådd alderen for at de kan samtykke selv, kan eleven bekrefte, endre eller trekke samtykket selv.¹⁴⁸ Foreldrenes samtykke etter at barnet har nådd alder for samtykke, vil være ulovlig. Det betyr at dersom eleven ikke foretar seg noe når vedkommende når alder for samtykke, vil det fortsatt anses som gyldig samtykke.¹⁴⁹ Det samme mener jeg gjelder for en 15-åring. Før eleven har nådd alderen for at de kan samtykke, og foreldrene gir samtykket, kan foreldrene trekke samtykket igjen når som helst. Fra eleven er 12 år skal det tillegges stor vekt hva barnet mener og samtykket skal avgis i fellesskap, og dersom eleven mener samtykket skal trekkes, og vedkommende er 12 år, bør foreldrene lytte til barnet og trekke samtykket. Eleven kan ikke alene trekke samtykket som foreldrene har gitt før barnet fyller 15 år og har rett til å samtykke på egenhånd.

4.3 Den praktiske gjennomføringen av samtykke

Til slutt er spørsmålet hvilke krav som stilles til foreldrenes adgang til å samtykke på vegne av barna. Foreldreansvar handler blant annet om å ivareta barnets interesser frem til barnet kan ta vare på seg selv. Foreldrene skal hele veien ta valg ut ifra hva som er barnets beste, jf. Barnekonvensjonen artikkel 3 og Grunnloven § 104 annet ledd. Ansvarer innebærer blant annet å beslutninger på vegne av barnet, som for eksempel å samtykke. Foreldreansvar kan utøves av foreldre eller andre voksne med foreldreansvar. Der mor og far har felles foreldreansvar, vil det være tilstrekkelig at én av foreldrene samtykker.¹⁵⁰

I den forbindelse må man også se på hvilke krav som stilles til å verifisere at personen som gir samtykket på vegne av eleven faktisk har foreldreansvar. Det følger av artikkel 8(2) at «rimelige tiltak for å kontrollere at samtykke er gitt eller godkjent av den som har foreldreansvar for barnet, idet det tas hensyn til tilgjengelig teknologi.». Videre fremgår det av artikkel 12(6) at «den behandlingsansvarlige, dersom det hersker rimelig tvil om identiteten til den fysiske personen som inngir anmodningen nevnt i artikkel 15-21, kan anmode om ytterligere opplysninger som er nødvendige for å kunne bekrefte den registrertes identitet». Artikkel 15-21 gjelder rettigheter som innsyn, sletting, retting, rett til å bli glemt og så videre, men det er grunn til å anta at det samme gjelder for vårt tilfelle. Dette underbygges av at det i artikkel 24(1) heter at den behandlingsansvarliges ansvar er å «sikre og påvise at behandlingen utføres i samsvar med denne forordning». Det er med andre ord den behandlingsansvarlige som må sørge for å verifisere at personen som gir samtykket på vegne

¹⁴⁸ EDPB (2020) s. 29.

¹⁴⁹ Se også Personvernemndas avgjørelse 2018-05.

¹⁵⁰ Schartum og Bygrave (2006) s. 146.

av eleven faktisk har foreldreansvar.¹⁵¹ Samtidig skal slik verifisering ikke føre til unødvendig behandling av personopplysninger, det vil si at kommunen skal ikke behandle en hel del unødvendige personopplysninger om foreldrene som dokumenterer at de som samtykker har foreldreansvar. Dette er en hårfin balansegang som den behandlingsansvarlige har ansvaret for at veies riktig.

¹⁵¹ EDPB (2020) s. 27.

5 Avsluttende bemerkninger

Jeg har i denne masteroppgaven gjort rede for elevers grunnleggende rettigheter til personopplysningsvern. Rettighetene er i hovedsak beskyttet av bestemmelser i Grunnloven, EMK og FNs Barnekonvensjon. Prinsippet om barnets beste skal legges til grunn ved avgjørelser om elevenes personopplysningsvern, og prinsippet bør ta utgangspunkt i et føre-var-prinsipp. Barnets beste skal ivaretas av stat, kommune og foreldre/foresatte. Prinsippet er viktig med tanke på utforming av lover om barns personopplysningsvern, herunder fastsettelse av aldersgrense for samtykke, for behandlingen av personopplysningene som kommunen utfører, samt når foreldrene samtykker på vegne av barna før de er gamle nok til å samtykke selv. Barnets medbestemmelsesrett skal gi barnet rett til å bli hørt fra de er 7 år, eller yngre dersom de er i stand til å danne seg egne synspunkter. Medbestemmelsesretten er sentral i diskusjonen om barns samtykkekompetanse.

Videre redegjorde jeg for personopplysningsvern og kravet til rettslig grunnlag i personvernforordningen artikkel 6, og hvilke rettslige grunnlag som er mest egnet for ulike eksempler på behandling av personopplysninger i skolen. Jeg mener “oppgave i allmennhetens interesse” (bokstav e), “utøvelse av offentlig myndighet” (bokstav e) og interesseavveiningen (bokstav f) er mest aktuelle for behandling av personopplysninger i skolen.

Deretter redegjorde jeg for samtykke som behandlingsgrunnlag. Her så jeg på de bestemmelsene der forordningen uttrykkelig sier noe om barns samtykke. Forordningen gir imidlertid ikke noe uttømmende bilde, og det er flere steder forordningen er taus. I den forbindelse er Norge, både eksplisitt og implisitt, gitt et handlingsrom til å fastsette reglene om barns samtykke nærmere. Det er artikkel 6(2) og (3) som åpner for at medlemsstatene kan «oppretholde eller innføre mer spesifikke bestemmelser» for å sikre samsvar med artikkel 6(1)(c) og (e). Dette handlingsrommet er eksplisitt, men for samtykkediskusjonen er det fortsatt usikkert hvordan tausheten skal tolkes. Jeg mener, om enn under tvil, at det kan tolkes slik at nasjonal særlovgivning skal utfylle tausheten i forordningen, men utfordringen er at det ikke kommer klart frem hvor reglene om samtykke bestemmes. Særlovgivningen har heller ikke noe godt svar på det forordningen er taus om. Det er fortsatt uklart hvor barns personvern egentlig er regulert. Utvalget bak NOU 2020: 14 Ny Barnelov mener man skal regulere de alminnelige utgangspunktene om barns personvernrettslige myndighetsalder i barneloven, og det gjenstår å se om det skjer og det vil komme en konkret aldersgrense. Det ser også ut til at opplæringslova nå blir mer «håndfast» ved at man prøver å konkretisere kravet til nødvendighet, formål og lignende. Europakommisjonen varsler i sin evaluering av

personvernforordningen *et smalere handlingsrom*, eksempelvis i artikkel 8.¹⁵² Til sammen vil dette kanskje kunne gi noe mer veiledning for barns generelle samtykkekompetanse. Det er behov for nærmere konkretisering.

Jeg har forsøkt å avklare når barn har rettslig handleevne og kan samtykke på egenhånd. Mine vurderinger er at et barn har rettslig handleevne, og dermed samtykkekompetanse, fra de er 15 år. Fra barnet er 12 til 15 år skal det tillegges stor vekt hva barnet mener, og i praksis vil dette bety at barn og foreldre avgir samtykket sammen. Når barnet er under 12 år skal foreldrene samtykke, men barnet har likevel rett til medbestemmelse fra de er 7 år.

Det er imidlertid ikke helt uproblematisk å benytte samtykke i skolesammenheng. Det er flere kritiske røster, spesielt angående vilkåret om frivillighet, ettersom skole og elev kan stå i et skjevt maktforhold og det derfor ikke alltid vil være reell valgfrihet. Derfor er det enkelte situasjoner der andre rettsgrunnlag, som artikkel 6(1)(e) og (f), er mer egnet.

De uklare reglene for det nasjonale handlingsrommet skaper usikkerhet og uforutsigbarhet for eleven, foreldrene, skolen og kommunen. Personvernforordningen er, som det heter i det engelske navnet, en *generell* forordning, og det er fortsatt behov for spesiell regulering av barns samtykkekompetanse. Det vil ivareta barns kontroll over eget personopplysningsvern på best mulig vis. Selv om dagens barn og unge ikke er født med evnen til å tenke kritisk og å utøve digital kompetanse, vil økt fokus på utfordringer med personopplysning er gi barna bedre verktøy fremover.

¹⁵² Europakommisjonen (2020) s. 15.

Litteraturliste

Lover og forarbeider:

Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
Barnelova	Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre.
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.
Friskolelova	Lov 4. juli 2003 nr. 84 om frittstående skolar.
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.
NOU 2009: 1	<i>Individ og integritet. Personvern i det digitale samfunnet.</i>
NOU 2019: 10	<i>Åpenhet i grenseland – Bilder, film og lydopptak i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, skolen og barnehagen.</i>
NOU 2019: 23	<i>Ny opplæringslov.</i>
NOU 2020: 14	<i>Ny barnelov. Til barnets beste.</i>
Opplæringslova	Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa.
Ot.prp. nr. 92 (1998-1999)	<i>Om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)</i>
Pasient- og brukerrettighetsloven	Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter.
Personopplysningsloven	Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger.

Prop. 56 LS (2017-2018)	<i>Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 2016/679 (generell personvernforordning) i EØS-avtalen.</i>
Prop. 145 L (2020-2021)	<i>Endringer i opplæringslova, friskulelova og barnehagelova (behandling av personopplysninger, fjernundervisning o.a.)</i>
Åndsverkloven	Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv.

Internasjonale konvensjoner, EU-direktiver og forordninger:

Barnekonvensjonen	FNs konvensjon om barnets rettigheter, Vedtatt av De forente nasjoner 20. november 1989.
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen. <i>Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. november 1950.</i>
Menneskerettighetserklæringen	FNs verdenserklæring om menneskerettigheter 10. desember 1948.
Personverndirektivet	Europaparlaments- og Rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger.
Personvernforordningen	Europaparlaments- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning)

EUs Charter	Charter of Fundamental Rights of the European Union, 26. oktober 2012.
OHCHR (1988)	OHCHR. <i>General comment No. 16: Article 17 (Right to privacy) Thirty-second session (1988)</i>
FNs Barnekomité (2021)	FNs Barnekomité. <i>Generell Kommentar Nr. 25: Children's rights in relation to the digital environment. CRC/C/CG/25. (2021)</i>
FNs Barnekomité (2009)	FNs Barnekomité. <i>Generell Kommentar Nr 12: Barnets rett til å bli hørt. CRC/C/GC/12. (2009)</i>

Avgjørelser, EU-domstolen:

C-136/04	(Deutsches Milch-Kontor)
C-13/16	(Rigas)
C-61/19	(Orange Romania) (Generaladvokat Szpunars forslag til avgjørelse)

Norsk rettspraksis og forvaltningspraksis:

LB-2020-18230	
Personvernemnda (2018)	Personvernemnda 2018-05. <i>EILO-registeret – Behandlingsgrunnlag.</i> https://personvernemnda.no/pvn-2018-05
Personvernemnda (2020)	Personvernemnda 2020-13. <i>Arendal kommunes behandling av personopplysninger i kartleggingsverktøyet</i> <i>Spekter.</i> https://personvernemnda.no/pvn-2020-13

Litteratur:

Amundsen (2016)	Amundsen, Elisabeth Krauss. <i>Prioriteringsrekkefølge mellom de rettslige grunnlagene i personopplysningsloven § 8.</i> CompLex 1/2016.
-----------------	--

- Arnesen (2011) Arnesen, Finn. «EØS-reglernes betydning i norsk rett» I *EØS-rett*. Fredrik Sejerstad, Finn Arnesen, Ole-Andreas Tognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad red., *EØS-rett*, 3. utg., 2011, s. 264-274.
- Bygrave og Tosoni (2020) Bygrave, Lee A. og Luca Tosoni. *Article 4(11) Consent. (kapittel i)* Kuner, Christopher; Bygrave, Lee A; Docksey, Christopher; Drechsler, Laura red. “The General Data Protection Regulation (GDPR):A Commentary” Oxford University Press, 2020, s. 174-187.
- Buitelaar (2018) Buitelaar, J. C. “Child’s best interest and informational self-determination: what the GDPR can learn from children’s rights” *International Data Privacy Law* (2018) Vol 8, No 4.
- Datatilsynet (2019) Datatilsynet, *Det europeiske Personvernrådet (EDPB)*. (3.5.2019) <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/internasjonalt/personvernradet/> [siteret 9.3.2021]
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Feiler, Forgó and Weigl (2018) Feiler, Lukas, Nikolaus Forgó and Michaela Weigl (2018) *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*. United Kingdom: Globe Law and Business Ltd.
- Kosta (2020) Kosta, Eleni. *Article 7 Conditions for consent. (kapittel i)* Kuner, Christopher; Bygrave, Lee A; Docksey, Christopher; Drechsler, Laura red. “The General Data Protection Regulation (GDPR):A Commentary” Oxford University Press, 2020, s. 345-354.

- Kotschy (2020) Kotschy, Waltraut. *Article 6 Lawfulness of processing. (kapittel i)* Kuner, Christopher; Bygrave, Lee A; Docksey, Christopher; Drechsler, Laura red. "The General Data Protection Regulation (GDPR):A Commentary" Oxford University Press, 2020, s. 331-344.
- Kuner mfl. (2020) Kuner, Christopher; Bygrave, Lee A; Docksey, Christopher; Drechsler, Laura. "The General Data Protection Regulation (GDPR):A Commentary" Oxford University Press (2020)
- Schartum (2020) Schartum, Dag Wiese. *Personvernforordningen – en lærebok*. 1. utg, Bergen: Fagbokforlaget, 2020.
- Schartum og Bygrave (2016) Schartum, Dag Wiese og Lee A. Bygrave. *Personvern i informasjonssamfunnet*. 3. utg, Bergen: Fagbokforlaget, 2016.
- Schartum og Wick Sætre (2016) Schartum, Dag Wiese og Kjetil Wick Sætre. *Samtykke til å behandle personopplysninger i offentlig forvaltning – Gjennomgang av reglene om samtykke etter personopplysningsloven og forslag til samtykkerutine som felles IKT-komponent*. CompLex 2/2016.
- Smith (2011) Smith, Lucy. *Om barns personvern*. Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål (2011)
- Zanfir-Fortuna (2020) Zanfir-Fortuna, Gabriela. *Article 15 Right of access by the data subject. (kapittel i)* Kuner, Christopher; Bygrave, Lee A; Docksey, Christopher; Drechsler, Laura red. "The General Data Protection Regulation (GDPR):A Commentary" Oxford University Press, 2020, s. 449-468.

Rapporter, retningslinjer og uttalelser

- Datatilsynet (2014) Datatilsynet (2014) *Personvern i skole og barnehage. Samlerapport, juni 2014.*
https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/dokumenter-pdf/er-skjema-ol/rettigheter-og-plikter/rapporter/skoleprosjektet_samlerapport.pdf
- Datatilsynet (2018) Datatilsynet, *Samtykke fra mindreårige.* (21.6.2018) (retningslinjer)
<https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/skole-barn-unge/samtykke-fra-mindrearige/#:~:text=Hovudregelen%20er%20att%20mindrearige%20som,samtykke%20pa%20vorne%20av%20barnet> [sitert 9.3.2021]
- Datatilsynet (2020a) Datatilsynet, *Stengte skoler og digitale hjelpemidler.* (16.3.2020) (råd)
<https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/korona/stengte-skoler-og-digitale-hjelpemidler/> [sitert 09.3.2021]
- Datatilsynet (2020b) Datatilsynet, *Samtykke og samtykkeskjema.* (19.3.2020) (veiledning)
<https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/skole-barn-unge/bilder-av-barn-pa-nett/samtykkeskjema/> [sitert 24.11.2020]
- Datatilsynet (2020c) Datatilsynet. *Høringsinnspill – NOU 2019:23 – ny opplæringslov.* (28.6.2020)
<https://www.regjeringen.no/contentassets/4f328f3395474cbe9a322dfe96b20598/datatilsynet.pdf?uid=Datatilsynet>
- Datatilsynet (2020d) Datatilsynet, *Debatt om elevenes personvern.* (9.7.2020)
<https://www.datatilsynet.no/aktuelt/aktuelle->

[nyheter-2020/debatt-om-elevenes-personvern/](#)

[sisert 24.11.2020]

Datatilsynet (2020e)

Datatilsynet, *Bruk av Google Chromebook og G Suite for Education (og andre skytjenester) i grunnskolen. Rettslig grunnlag for behandlingen.* (11.12.2020) (veiledning)

<https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/skole-barn-unge/bruk-av-google-chromebook-og-g-suite-for-education-og-andre-skytjenester-i-grunnskolen/rettslig-grunnlag-for-behandlingen/> [sisert 10.3.2021]

Datatilsynet (2021)

Datatilsynet. *Høringsinnspill vedrørende endringer i opplæringsloven, friskoleloven og barnehageloven.* (18.1.2021)

<https://www.regjeringen.no/contentassets/b50f6b063a884ffba1899c819a16d2b3/datatilsynet.pdf?uid=Datatilsynet>

Dok.nr.16 (2011-2012)

Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011 (Dokument 16)

EDPB (2020)

EDPB, *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, Version 1.1.* (4.5.2020)

Europakommisjonen (2020)

Europakommisjonen, *Communication from the commission to the European Parliament and the Council. Data protection as a pillar of citizens' empowerment and the EU's approach to the digital transition – two years of application of the General Data Protection Regulation.* (24.6.2020)

https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/1_en_act_part1_v6_1.pdf

- Europarådet (2018) Europarådet, *Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment.* (2018)
- FNs spesialrapportør (2021) FNs spesialrapportør. *Artificial intelligence and privacy, and children's privacy.* Report of the Special Rapporteur on the right to privacy, Joseph A. Cannataci. (25.1.2021)
- Kunnskapsdepartementet (2020) Kunnskapsdepartementet, *Høringsnotat – Forslag til endringer i barnehageloven, opplæringsloven og friskoleloven med forskrifter. Behandling av personopplysninger.* (4.11.2020) <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing7/id2781248/> [sitert 09.03.2021]
- Personvernemnda (2021) Personvernemnda. <https://personvernemnda.no/> [sitert 4.5.2021]
- Regjeringen (2018) Regjeringen. *Generelle kommentarer fra FNs barnekomité.* (25.09.2018) <https://www.regjeringen.no/no/tema/familie-og-barn/innsiktsartikler/fns-barnekonvensjon/generelle-kommentarer-fra-fns-barnekomite/id573909/> [sitert 7.12.2020]
- Regjeringen (2020) Regjeringen. *Mandat for personvernkommissjonen.* (2020) https://www.regjeringen.no/contentassets/97ce9834039c40baadea3f5e21f1eb82/personvernkommissjonen_mandat_endelig.pdf
- Schartum (2008) Schartum, Dag Wiese. (2008) *Personvern for skoleelever.* (notat)
- Schartum og Bygrave (2006) Schartum, Dag Wiese og Lee Bygrave (2006) *Utredning av behov for endringer i personopplysningsloven.* (rapport) <https://www.regjeringen.no/contentassets/daad3d>

[be61c74f5c9240d16478b088ba/rapport_g-390.pdf](https://www.udir.no/regelverk-og-tilsyn/personvern-for-barnehage-og-skole/samtykke-rettslig-grunnlag/)

Utdanningsdirektoratet (2018)

Utdanningsdirektoratet, *Samtykke som rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger.* (10.4.2018) <https://www.udir.no/regelverk-og-tilsyn/personvern-for-barnehage-og-skole/samtykke-rettslig-grunnlag/> [sitert 10.3.2021]

Utdanningsdirektoratet (2020)

Utdanningsdirektoratet. *Slik håndterte skole-Norge koronastengingen: 9 av 10 lærere sier de har fått bedre digital kompetanse.* (3.6.2020) (rapport) <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/slik-handterte-skole-norge-koronastengingen-9-av-10-larere-sier-de-har-fatt-bedre-digital-kompetanse/id2704785/>

WP29 2014

WP29 2014: Article 29 Working Party, “Opinion 06/2014 on the Notion of Legitimate Interests of the Data Controller under Article 7 of Directive 95/46/EC” (WP 217, 9 April 2014)

WP29 2012

WP29 2012: Article 29 Data Protection Working Party, “Opinion 01/2012 on the Data Protection Reform Proposals” (WP 191, 23. Mars 2012)