

Kunnskapsdepartementet
Postboks 8119 Dep
0032 OSLO

Deres referanse
17/2988

Vår referanse
17/00818-2/EOL

Dato
26.09.2017

Datatilsynets høringsuttalelse - Forslag om å innføre plikt til å tilby intensiv opplæring og plikt til flerfaglig samarbeid

Vi viser til Kunnskapsdepartementets høringsbrev av 14. juni 2017 vedrørende endring av opplæringsloven og friskoleloven. Vi takker for innvilgelse av utsatt frist til 27. september 2017.

Forslaget er todelt og gjelder for det første en plikt for skoler å gi intensiv opplæring til elever som står i fare for å bli hengende etter i lesing, skriving eller regning. Andre del av forslaget gjelder en plikt for skolen til å samarbeide med kommunale tjenester om flerfaglig vurdering og oppfølging av elever med vansker knyttet til opplæring.

Datatilsynets merknader er knyttet til forslagets andre del.

Oppsummering

Datatilsynet har merknader knyttet til Kunnskapsdepartementets drøftelser omkring behandling av personopplysninger og hva som anses som tilstrekkelig rettslig grunnlag for den behandlingen av personopplysninger som forutsettes som følge av forslaget.

Datatilsynet mener at Kunnskapsdepartementet ikke har gjort de nødvendige vurderinger som skal til for å kunne konstatere om den planlagte behandling av personopplysninger kan ha hjemmel i den foreslåtte bestemmelsen. Datatilsynet mener dessuten at konklusjonen er feil, og at den foreslåtte lovteksten ikke oppfyller kravene som stilles etter personvernregelverket.

Datatilsynet mener lovteksten må gi tydeligere rammer for den planlagte behandlingen av personopplysninger. Det er også nødvendig med en tilføyelse i lovteksten om at utveksling av personopplysninger i forbindelse med samarbeid med andre tjenester skal være avklart med de foresatte for å sikre at det som registreres om eleven er lovlig, rettferdig og forutsigbart. En slik praksis mener vi også er i tråd med skolens forpliktelse med hensyn til skole-hjem samarbeid.

Datatilsynets høringsuttalelse

Kunnskapsdepartementet fastslår at en plikt til samarbeid mellom skole og andre kommunale tjenester forutsetter behandling av personopplysninger, og konkluderer med at kravet om behandlingsgrunnlag etter personopplysningsloven §§ 8 og 9 dermed er oppfylt. En eksplisitt lovhjemmel for behandlingen vil etter departementets vurdering være overflødig.

Datatilsynet mener at Kunnskapsdepartementet ikke har gjort de nødvendige vurderinger som skal til for å konstatere om en behandling av personopplysninger kan ha hjemmel i den foreslåtte bestemmelsen. Datatilsynet mener dessuten at konklusjonen er feil, og at den foreslåtte lovteksten ikke oppfyller kravene som stilles etter personvernregelverket.

For det første er det ikke slik at en lovfestet plikt som forutsetter behandling av personopplysninger uten videre oppfyller kravet til behandlingsgrunnlag etter personopplysningsloven §§ 8 og 9. Om behandlingen har rettslig grunnlag må vurderes konkret.

For det andre fastslår departementet i siste avsnitt at taushetspliktsreglene i forvaltningsloven gjelder, og at det derfor vil kreve samtykke fra de foresatte/elevne selv for å dele opplysninger med andre tjenesteytere. Dette kan tyde på at departementet mener at det er samtykke fra de foresatte som er det rettslige grunnlaget for behandlingen av opplysninger, og står i motstrid til det som er sagt om at behandlingen har hjemmel i lov.

Personopplysningslovens §§ 8 og 9 opplister en rekke rettslige grunnlag for behandling av personopplysninger. Kunnskapsdepartementet har ikke vist til noen spesifikk hjemmel i personopplysningsloven §§ 8 og 9 i sitt høringsnotat. Når departementet viser til at en lovfestet plikt som forutsetter behandling av personopplysninger er det rettslige grunnlaget legger vi imidlertid til grunn at departementet mener personopplysningsloven § 8 bokstav e som gir anledning til å behandle personopplysninger når det er nødvendig for å utøve offentlig myndighet. Denne bestemmelsen gjennomfører artikkel 7 bokstav e annet alternativ i EUs personverndirektiv (95/46).

Vi legger videre til grunn at personopplysninger som blir behandlet og utvekslet i forbindelse med vurdering og oppfølging av elevers helsemessige, personlige, sosiale og emosjonelle vansker vil være av kategorien sensitive. En slik behandling vil følgelig måtte ha hjemmel i personopplysningsloven § 9. Vi antar at det er § 9 første ledd bokstav b departementet har ment er det rette rettslige grunnlag. Denne bestemmelsen fastslår at sensitive personopplysninger kan behandles når det er fastsatt i lov at det er adgang til slik behandling. Denne bestemmelsen er ment å gjennomføre artikkel 8 nr 4 i EU-direktivet.

Forarbeidene til personopplysningsloven fastslår at hvorvidt behandlingen er så forankret i lov at dette alternativet får anvendelse må avgjøres ved å tolke loven som eventuelt hjemler behandlingen. Fra Ot. prp nr 92 (1998-99) siteres:

«Hjemmelskravet er relativt, slik at det kreves klarere hjemmel jo større personvernmessige konsekvenser behandlingen kan få. Også slik behandling av personopplysninger som er

regulert i annen lov må oppfylle de kravene som oppstilles for lovlig behandling i EU-direktivet artikkel 7 (...)»¹.

Krav om hjemmelens klarhet er også fremhevet av Artikkel 29-gruppens uttalelser, blant annet opinion 04/2006 hvor de sier:

«If the processing implies an invasion of privacy or if this is otherwise required under national law to ensure the protection of the individuals concerned, the legal basis should be specific and precise enough in framing the kind of data processing that may be allowed»².

I samme opinion fastslår Artikkel 29-gruppen at slik lovgivning i tillegg må være i samsvar med prinsippene i personverndirektivets artikkel 6 om blant annet dataminimalitet og formålsbegrensning.

Lovtekstens klarhet med hensyn til hva den skal hjemle

Den foreslåtte lovteksten er som følger:

«Skolen skal samarbeide med relevante kommunale tenester om vurdering og oppfølging av barn og unge med helsemessige, personlige, sosiale eller emosjonelle vanskar»

Som Kunnskapsdepartementet sier så vil en slik plikt til samarbeid mellom skole og andre kommunale tjenester forutsette behandling av personopplysninger. Denne teksten inneholder imidlertid ingen rammer for en slik behandling.

For å kunne fastslå hva som kreves av en lovtekst som skal hjemle behandling av personopplysninger er det nødvendig å bringe på det rene i hvilken grad behandlingen kan ha personvernmessige konsekvenser.

Personvernmessige konsekvenser er at de registrerte blir utsatt for krenkelser ved at deres rettigheter som følger av personvernregelverket ikke blir oppfylt og/eller at skoleeier ikke oppfyller sine plikter etter det samme regelverket.

For å ta stilling til om behandlingen kan ha personvernmessige konsekvenser er det nødvendig å kartlegge hvilke opplysninger som vil bli behandlet, hvilke aktører som vil være involvert, i hvilken grad de registreres (og deres foresatte) får ivaretatt sine interesser og rettigheter (medbestemmelser, informasjon, innsyn, oversikt, retting, sletting, etc). Vi kan ikke se at departementet har gjort en kartlegging og vurdering.

I høringsnotatet går ikke departementet nærmere inn på hvilke type opplysninger det vil være aktuelt å utveksle mellom skole og andre kommunale tjenester annet enn at det vil være ordinære personopplysninger og sensitive personopplysninger. Departementet understreker riktignok at personopplysninger bare skal behandles i den grad det er nødvendig og

¹ Ot. prp. nr 92 (1998-99) s. 108

² Article 29 Data protection Working party, Opinion 06/2014 s. 22

forholdsmessig for å oppfylle formålet med behandlingen. Departementet sier også at det må vurderes konkret i hvert tilfelle hvilke opplysninger som skal behandles. Dette er imidlertid krav som følger av personopplysningsloven, og som uansett må være oppfylt.

Uten noen reell vurdering av hvilke personvernmessige konsekvenser behandlingen kan ha så mener vi det ikke er grunnlag for å kunne konkludere med at den aktuelle behandlingen kan ha hjemmel i den teksten som er foreslått.

Datatilsynet saksbehandler årlig flere saker som gjelder håndtering av dokumentasjon produsert som følge av kommunale tjenester som skal følge opp barn. Vår erfaring er at krenkelser av personvernet skjer ved at foresatte ikke blir tilstrekkelig involvert slik at de ikke får muligheten til å mene noe om hvilke opplysninger som skal behandles/videreformidles, at de ikke får tilstrekkelig informasjon til å bruke sine rettigheter, at de blir nektet muligheten til å korrigere opplysninger, etc.

Datatilsynet mener at dersom det skal lovfestes en adgang til å utveksle personopplysninger mellom kommunale tjenester så må denne adgangen rammes tydelig inn av lovteksten. Det er på det rene at det vil behandles sensitive personopplysninger om barn, og dette alene mener vi kvalifiserer for en klar og forutsigbar lovtekst som gir veiledning for både de registrerte, deres foresatte og behandlingsansvarlige.

Det må være en lovbestemmelse som gjør det tydelig for både skoleeier og de registrerte (foresatte) hva som er gitt hjemmel til. For å oppnå dette vil det være hensiktsmessig å ta inn elementer som formålet med behandlingen, hvilken type opplysninger som kan behandles, hvilke tjenester opplysningene kan utleveres til, lagringsperioder, fremgangsmåter, etc.

For å sikre en lovlig, rettferdig og forutsigbar behandling bør det dessuten stilles som vilkår for behandlingen at den er avklart med de foresatte, og at de har gitt sin fullmakt til utlevering. Slik fullmakt bør være spesifikk slik at det er tatt konkret stilling til hvilke opplysninger som skal hvor. En slik praksis mener vi også er i tråd med skolens forpliktelse med hensyn til skole-hjem samarbeid.

Ny personvernregulering fra mai 2018

Datatilsynet minner om at personvernforordningen vedtatt av EU i 2016 trer i kraft i Norge mai 2018. Vi har forståelse for at departementet forholder seg til gjeldende rett i høringer som kommer før personvernforordningen har trådt i kraft. Samtidig må det forutsettes at regler for foreslås i dag er ment å gjelde også etter 2018, og de må følgelig være i tråd med personvernforordningen.

Implementering av det nye regelverket er en god anledning til å se på om dagens praksis knyttet til lovgivningsarbeid er i tråd med gjeldende og kommende rett. Som pekt på ovenfor er det også etter gjeldende rett et krav om at all særlovgivning som gjelder behandling av personopplysninger må oppfylle et av rettsgrunnlagene i artikkel 7 i personverndirektivet, og være innenfor rammene av artikkel 6. EU-kommisjonen har imidlertid avdekket et betydelig avvik mellom artikkel 7 og gjennomføringen av bestemmelsen i medlemslandene. Etter direktivet er oppramsingen i artikkel 7 uttømmende. Dette betyr at enhver lovgivning må skje

med grunnlag i et av de rettsgrunnlagene som følger av artikkel 7. Mange EU/EØS-land har imidlertid tolket «fastsatt i lov» som et eget rettsgrunnlag, noe som er en feiltolking av direktivet³. Denne praksisen ser vi også i Norge. I den grad lovgiver hittil ikke har ment seg bundet av rammene i personverndirektivets artikkel 6 og 7, så er dette en praksis som må endres.

Den nye personvernforordningen er ment å sørge for lik praktisering av regelverket i hele EU/EØS, og har tilsvarende rammer for lovhjemling som etter personverndirektivet. I personvernforordningen er det artikkel 5 som inneholder de grunnleggende prinsippene for behandling av personopplysninger og artikkel 6 som inneholder de rettslige grunnlagene.

Det sentrale rettsgrunnlaget for behandling av personopplysninger som skjer hos offentlige myndigheter er artikkel 6 bokstav e. Lovgivning på dette området må følgelig være innenfor de rammene som følger av artikkel 6 (1) og (3). Behandling av særlige kategorier av personopplysninger (sensitive personopplysninger) må oppfylle et av vilkårene i artikkel 9.

All lovhjemlet behandling av personopplysninger etter mai 2018 må være i tråd med personvernforordningens artikkel 6 bokstav e og 6 (3). Vi anbefaler følgelig at departementet foretar en gjennomgang av de foreslåtte reglene for å sørge for at de er i samsvar med det nye personvernregelverket.

Mer veiledning om de nye reglene finner dere på nettider www.datatilsynet.no

Vi stiller oss til rådighet dersom dere ønsker utfyllende informasjon eller har spørsmål til vårt høringssvar. Dere kan i så fall ta kontakt med Eirin Oda Lauvset på telefon 22 39 69 11.

Med vennlig hilsen

Bjørn Erik Thon
direktør

Eirin Oda Lauvset
seniorrådgiver

Kopi: Kommunal- og moderniseringsdepartementet
v/Statsforvaltningsavdelingen
Postboks 8112 Dep, 0032 OSLO

³ Se dokumentet: «Analysis and impact study on the implementation of Directive EC 95/46 in Member States», s. 10

