

HELSE- OG OMSORGSDEPARTEMENTET
Postboks 8011 Dep
0030 OSLO

Deres referanse
19/2002-

Vår referanse
19/02744-2/SLI

Dato
15.10.2019

Høringsuttalelse - NOU 2019: 10 Åpenhet i grenseland

Datatilsynet viser til høringsbrev av 24.05.2019 og NOU 2019: 10 *Åpenhet i grenseland*. Videre viser vi til muntlig kontakt med Helse- og omsorgsdepartementet, hvor vi fikk innvilget utsatt høringsfrist til 15.10.2019 idet vi ikke kan se å ha mottatt høringen ved den opprinnelige utsendelsen.

Vårt høringssvar følger nedenfor.

1. Datatilsynets overordnede betraktninger

Vårt generelle inntrykk av NOU 2019: 10 *Åpenhet i grenseland* er at Åpenhetsutvalget har gjort et omfattende og godt arbeid for å klarlegge gjeldende rett på området. Rettstilstanden er på mange måter skjønnspreget, og utvalget har på en utførlig måte beskrevet kompleksiteten ved overordnede avveininger mellom ulike menneskerettigheter; her i første rekke retten til privatliv (personvern) og retten til ytringsfrihet.

Samlet sett har Datatilsynet få innvendinger til Åpenhetsutvalgets fremstilling. Vi stiller oss bak vurderingen av at temaet innebærer til dels vanskelige dilemmaer som må løses ved tolkning av den konkrete situasjonen.

Vi har likevel noen kommentarer til utvalgets premisser og forslaget til veileder som er fremlagt.

2. Datatilsynets kommentarer til del III: Dagens ordning og utfordringer i sektorene

2.1 Kommentarer til punkt 14.2 og 15.2: Skolens og barnehagens adgang til å ta bilder, film og lydopptak

2.1.1 Til punkt 14.2.1 og 15.2.1: Behandling av personopplysninger i skole og barnehage
Det er positivt at utvalget peker på de rettslige grunnlagene i personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 som er mest aktuelle for den konkrete konteksten (skole og barnehage). Vi mener imidlertid at utvalget går for langt i å peke på samtykke som det aktuelle rettslige grunnlaget i barnehage- og skolesektoren.

Datatilsynet er enig i at samtykke normalt vil være det rettslige grunnlaget for å ta bilder, film eller lydopptak av barn i barnehage og skole utenom faglige settinger. Vi slutter oss også til premisset om at særlige hensyn bør tas ved bruk av formater som bilder og film, siden dette er formater som kan oppleves som mer inngripende for enkeltpersoner enn for eksempel tekst.

Vi har registrert at utvalget som utgangspunkt har avgrenset seg mot bilder/film/lydopptak som tas i faglig øyemed, for eksempel til dokumentasjon på opplæring. Vi viser imidlertid til at overgangen mellom ulike formål ved bilde-/film-/lydopptak kan være svært glidende. Det er ikke alltid klart om dokumentasjonen skapes for rent private formål, om formålet er knyttet til dokumentasjonsplikten eller plikten til å gi barn og elever digital kompetanse, eller om begge disse formålene gjør seg gjeldende for bilde-, film- eller lydopptaket.

Datatilsynet er av den oppfatning at samtykke ikke er anvendbart rettslig grunnlag for alle de formålene med bruk av bilder og film som er aktuelle i dagens skole og barnehage. Når det gjelder bruk av bilder og film som dokumentasjon av den pedagogiske virksomheten, vil dette være materiale som den enkelte i praksis ikke vil ha rett til å få slettet. Et samtykke skal man ha adgang til å trekke, med den konsekvens at bilder/film/lydopptak skal slettes. Når man ikke kan trekke sitt samtykke, er samtykke ikke egnet som rettslig grunnlag. Etter vår vurdering kommer ikke dette skillet godt nok frem i veilederen.

Når det gjelder barnehagen og skolens plikt til å gi barn og elever digital kompetanse, vil dette nødvendigvis innebære bruk av digitale enheter med kamera til bruk i undervisning. Et system som forutsetter gyldige samtykker som rettslig grunnlag for denne bruken er både urealistisk og lite hensiktsmessig.

Datatilsynet mener at utvalget i for liten grad har tilrettelagt for veiledning om de alternative rettslige grunnlag for barnehagen og skolens adgang til å ta, lagre og bruke bilder, film og lydopptak.

Vi vil oppfordre til at veilederen i enda større grad brukes til bevisstgjøring av de ansatte i barnehage og skole at *formålet* med dokumentasjonen vil være avgjørende for hvilket rettsgrunnlag som kan/skal benyttes og følgelig hvordan dokumentasjonen kan/skal behandles videre (om den for eksempel skal lagres eller slettes).

3. Datatilsynets kommentarer til utvalgets forslag til veileder om bilder, film og lydopptak

3.1 Kommentarer til Del II: Noen viktige rettslige utgangspunkter

3.1.1 Til punkt 4: Taushetsplikt

Datatilsynet mener at det bør vurderes å bruke for eksempel formuleringen «i noen grad» i stedet for «i begrenset grad» når det gjelder den aktive siden av taushetsplikten. Det bør ikke gis inntrykk av at de ansatte i svært liten grad har et ansvar for aktivt å forhindre at uvedkommende får kjennskap til taushetsbelagt informasjon.

3.1.2 Til punkt 7: Om oppbevaring og deling

Det er uklart om utvalget her sikter til plikten til å sørge for at det foreligger et gyldig rettslig grunnlag for behandlingen av personopplysninger (bilder, film og/eller lydopptak) eller plikten til å sørge for informasjonssikkerhet, eventuelt begge deler. Dette punktet bør således omformuleres slik at det går tydelig frem hva som omtales.

Dersom det er informasjonssikkerhet som omtales, mener Datatilsynet at veiledningen bør være mer konkret med hensyn til hva denne plikten innebærer i praksis. En mulighet er å referere til at det finnes flere typer sikkerhetstiltak som organisatoriske tiltak (eks. rolle- og ansvarsfordeling, retningslinjer og rutiner), menneskelige tiltak (eks. kompetanse og kultur), fysiske tiltak (eks. adgangskontroll og låsbare skap/skuffer) og tekniske tiltak (eks. kryptering og tilgangsstyring).

Eventuelt kan det være nyttig å vise til at mange typer virksomheter stiller krav til at sensitive eller beskyttelsesverdige personopplysninger skal lagres kryptert, at fysiske medier (bilder, minnebrikker m.v.) skal oppbevares i låste skap/skuffer og at tilgangsstyring skal sørge for at kun personer med tjenstlig behov for personopplysningene har slik tilgang.

3.1.3 Til punkt 9 f: Det er den enkeltes valg å la seg intervjuet

Datatilsynet ser positivt på at ansvaret for å innhente gyldig samtykke er tydelig plassert hos mediene. Vi savner likevel en henvisning til spørsmålet om samtykkekompetanse og de ansattes eventuelle omsorgsplikt overfor beboeren der sårbare personer står i fare for å eksponere seg selv på en skadelig måte. Av pedagogiske årsaker kan det være hensiktsmessig å gjøre slike henvisninger, ettersom de ansatte trolig kun vil lese deler av veilederen i det daglige.

3.1.4 Til punkt 10 a: Generelt om samtykke

Det er vist til at de ansatte/ledelsen på selvstendig grunnlag må vurdere om bilder egner seg for deling. Vi mener at det her kan være hensiktsmessig med en kort veiledning om hvilke typer bilder/situasjoner som kan være uegnet for deling selv om samtykke foreligger, enten det gjelder voksne eller barn.

3.1.5 Til punkt 10 e: Barns samtykke og medbestemmelsesrett

Utvalget tar til orde for at barn over 15 år normalt treffer beslutning om publisering av bilder selv. Datatilsynet gjør oppmerksom på at aldersgrensen for samtykke til å ta i bruk informasjonssamfunnstjenester i Norge er 13 år¹. Da bruk av informasjonssamfunnstjenester, som for eksempel sosiale medier, er så nært knyttet til publisering av bilder, vil det være naturlig å anse 13-åringene for å ha samtykkekompetanse også til publisering.

3.1.6 Til punkt 10 f: Barns rett til å nekte

Datatilsynet mener at barns rett til å nekte at det tas eller deles bilder, film eller lydopptak skal gjelde ubetinget. Ved å henvise til et krav om at barnet «er i stand til å vurdere og ta stilling til» spørsmålet, åpnes det opp for en skjønnsvurdering som i praksis kan være vanskelig å gjøre for de ansatte. Er barnet først er i stand til å uttrykke motstand/uvilje mot å bli

¹ Personopplysningsloven § 5, jf. samtykke etter personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a i forbindelse med formål nevnt i personvernforordningen artikkel 8 nr. 1.

fotografert/filmet m.v., eller at slikt materiale deles, mener vi at det bør legges til grunn at dette skyldes at handlingen vekker ubehag hos barnet. At det åpnes for å gjennomføre handlinger som vekker en slik følelse av ubehag hos barnet i tilfeller der barnet ikke forstår rekkevidden av handlingen og nektelsen, kan etter vår vurdering neppe sies å være til barnets beste. Datatilsynet mener derfor at enhver nektelse fra barnets må respekteres, uavhengig av om det foreligger samtykke fra foresatte.

3.2 Kommentarer til Del IV: Gode råd for ledere og medarbeidere i barnehagen

3.2.1 Til punkt 3: Ansattes bilder, film og lydopptak bør tas med barnehagens utstyr

Datatilsynet antar at det vil kunne fremme etterlevelsen av veilederen dersom det fremgår klart hvorfor anbefalingene i veilederen er slik de er. Av pedagogiske hensyn mener vi at det her bør forklares at lagring for eksempel i privat skytjenestekonto kan være ulovlig ut fra personvernregelverket. Det kan også vises til at lagring på private enheter skaper en unødvendig spredningsrisiko.

3.2.2 Til punkt 6: Ta hensyn til barns avvisende oppførsel

Datatilsynet mener at hensynet til barnets beste kommer godt frem i punkt 6 ved at den anbefales at enhver nektelse fra barnets skal respekteres, uavhengig av om det foreligger samtykke fra foresatte. Vi viser for øvrig til våre kommentarer under punkt 2.1.5 over.

3.3 Kommentarer til Del V: Gode råd for ledere og medarbeidere i skolen

3.3.1 Til punkt 3: Ansattes bilder, film og lydopptak bør tas med skolens utstyr

Se våre kommentarer under punkt 2.2.1 over.

3.3.2 Til punkt 5: Samtykke

Se våre kommentarer under punkt 3.1.5 over.

3.4 Kommentarer til Del VI: Gode råd for ledere og medarbeidere i barnevernet

3.4.1 Til punkt 1: Mobiltelefonens betydning for barn og unges privatliv

Datatilsynet ser positivt på at utvalget har fremhevet at hensynet til barn og unges personvern og deres rett til privatliv også innebærer en rett til å bruke digitalt utstyr i utøvelsen av privatlivet.

3.4.2 Til punkt 4: Bilder, film og lydopptak som ansatte tar bør tas med institusjonens utstyr

Se våre kommentarer under punkt 2.2.1 over.

3.5 Kommentarer til Del VII: Gode råd for ledere og medarbeidere i helse- og omsorgstjenesten

3.5.1 Til punkt 5: Fotografering og filming i fellesarealer bør skje på en hensynsfull måte

Datatilsynet legger til grunn at helse- og omsorgstjenesten i større grad enn barnehager, skoler og barneverninstitusjoner vil ha fellesarealer der flere persongrupper enn de ansatte og pasientene/brukerne selv beveger seg. Dette kan for eksempel være venterom, kantine, korridorer m.v.

Etter vår vurdering stiller dette særlige krav til informasjonen i fellesarealer i helse- og omsorgstjenesten om når bilde-, film- og lydopptak fra slike arealer lovlig kan gjøres og

deles. Vi mener at anbefalingene i veilederen om hvilken informasjon som skal gis, i sin ordlyd bør være sterkere enn det som fremgår av utkastet.

4. Datatilsynets kommentarer til Samtykkeskriv

Vi viser til våre kommentarer under punkt 2 til utvalgets premisser om at samtykke i praksis er det eneste aktuelle rettslige grunnlaget for barnehagens og skolens anledning til å ta, lagre og bruke bilder av barn.

Fra vår tilsynsvirksomhet er Datatilsynet kjent med at barnehager bruker bilder for å dokumentere sin pedagogiske virksomhet samt bruker bilder som dokumentasjon overfor tilsynsmyndigheter. Dette ser vi også er referert til under punkt 19.1 nr. 1 og 19.2 nr. 1 «Innledning i samtykkeskrivet», hvor det gis eksempler på formuleringer for bruk av bilder i skole og barnehage. Når det foreslås å vise til slik dokumentasjon i samtykkeskrivet, kan det gi foreldre en falsk forventning om at de kan velge ikke å samtykke til slik bruk av bilder/film/lydopptak eller at de kan kreve denne typen dokumentasjon slettet i etterkant.

5. Avsluttende kommentarer

Vi har forståelse for at utvalgets utkast til veileder er uten lovhenvvisninger og referanser til ulike rettslige grunnlag, da dette ofte ikke fremstår som leservennlig og pedagogisk. Vi mener likevel at det rettslige grunnlaget for behandling av personopplysninger er så elementært for hvordan de øvrige reglene i personvernregelverket er å forstå, at dette er vanskelig å komme utenom.

Mange ansatte vil også kunne ha interesse av å gjøre seg kjent med regelverket og hensynene som ligger til grunn for anbefalingene i veilederen. Vi anbefaler at dette gjøres tilgjengelig på en enkel måte, for eksempel i form av vedlegg til veilederen.

Vi anbefaler også at det i større grad skilles mellom lovkrav og anbefalinger i veilederen. Dette kan enten gjøres i teksten (gjennom ordlyden), gjennom fotnoter eller gjennom en referanseliste.

Vi mener at det i all offentlig forvaltning, herunder i barnehage, skole, barnevern og helse- og omsorgstjenesten, vil være flere rettslige grunnlag enn samtykke som vil ligge til grunn for den dokumentasjonen som skapes. Dette gjelder først og fremst for de ansatte, men for eksempel også for elever i forbindelse med digital læring, i situasjoner der overgangen mellom ulike formål kan være glidende og uklar.

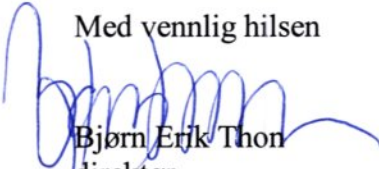
Videre er det ikke alltid opplagt hva som er behandling til rent private formål, jf. personvernforordningen artikkel 2 nr. 2 bokstav c og fortalepunkt 18. Deling av personopplysninger via internett på for eksempel sosiale medier, også i en lukket gruppe eller gjennom private meldinger, kan legge til rette for videre deling – selv om den opprinnelige persongruppen var svært avgrenset.

Når det er tale om bilder og film, som er formater som kan oppleves som mer inngripende enn for eksempel tekst, vil det være viktigere enn ellers å ramme inn bruken av dokumentasjonen. Det må etableres tiltak og garantier som gjenspeiler personvernprinsippene i personvernforordningen artikkel 5 og som ivaretar personvern hensynet på en god måte. Slike tiltak og garantier kan for eksempel være retningslinjer om ikke å ta direkte identifiserende bilder, om å gjøre et utvalg av bilder etter hver dag og slette resten (dataminimering) eller automatiske sletterutiner (lagringsbegrensning). Vi mener at veilederen med fordel kan gi praktiske eksempler på gode tiltak og garantier for ivaretagelse av personvernet.


6. Praktisk informasjon

Vi stiller oss til rådighet dersom dere ønsker utfyllende informasjon eller har spørsmål til vårt høringssvar. Dere kan i tilfelle ta kontakt med Susanne Lie på e-post sli@datatilsynet.no.

Med vennlig hilsen



Bjørn Erik Thon
direktør



Susanne Lie
juridisk seniorrådgiver

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