

Vår dato:  
23.11.2020

Vår referanse:  
2020/9359-2

Deres dato:  
02.09.2020

Deres referanse:  
20/464 - OKL

## Innspill til endringer i forvaltningsloven m.m. - utvidet adgang til informasjonsdeling - oppfølging av enkelte forslag i NOU 2019:5

Som klage-, tilsynsorgan og forvalter av tilskuddsordninger håndterer Utdanningsdirektoratet taushetsbelagte opplysninger i forbindelse med vårt arbeid ut til blant annet fylkesmenn, kommuner, offentlige og frittstående skoler, offentlige og private barnehager, elever-, barnehagebarn og deres foreldre. Dette er utgangspunktet for våre innspill til lovforslaget fra Justis- og beredskapsdepartementet.

### Innspill til forslaget om delingsadgangen i ny forvaltningslov

Vi er enig med departementet i at forvaltningsutvalget har gått for langt i sitt forslag om deling av taushetsbelagte opplysninger, og vi mener på lik linje med departementet at det ikke bør være anledning til såpass åpen deling mellom forvaltningsorganer av hensyn til personvernet.

Forslaget om at det kan fastsettes unntak fra bestemmelsen om deling for å utføre oppgaver som ligger til mottakerorganet i særlovgivningen, ser vi på som positivt. Vi mener imidlertid at det er behov for grundigere vurderinger knyttet til den foreslåtte nye generelle bestemmelsen.

Er det for eksempel mulig å fastsette tydeligere føringer eller rammer for hvordan kravet "*for å utføre oppgaver som er lagt til mottakerorganet*" (det såkalte "saklige behovet") skal tolkes og begrenses, slik at forvaltningsrettslige prinsipper og de registrertes rettigheter, friheter og forventninger ivaretas? Det samme gjelder hva man skal legge i deling som er "*nødvendig å gi for å fremme avgiverorganets oppgaver etter lov*", etter § 13 b første ledd nr. 5.

Vi savner også en nærmere redegjørelse for om mottakerorganet har en plikt til å ta inn/akseptere deling av opplysninger fra avgiverorganet, etter § 13 b første ledd nr. 5. Særlig er dette aktuelt der mottakerorganet selv mener ikke å ha gyldig behandlingsgrunnlag for å behandle personopplysninger som avgiverorganet ønsker å dele, eller at andre personvernkrav ikke er oppfylt.

Vi er enig i departementets konklusjon vedrørende punkt 19.12.9.2 i NOU 2019: 5, og mener i tillegg at det foreligger åpne spørsmål om ansvar i forbindelse med hele punkt 19.12.9.1. Vi er blant annet usikre på hvordan avgiverorganet skal tolke personvernforordningen artikkel 79, 82 og 83 når avgiverorganet vurderer mottakerorganets forespørsel i henhold til § 13 b første ledd nr. 7.

## Innspill knyttet til særlovgivningen på barnehage- og opplæringsfeltet

### Overføring av opplysninger mellom barnehage og skole

På side 54 i departementets høringsnotat står det:

*«I enkelte særlover er det i dag bestemmelser som vil hindre deling etter den nye hjemmelen, eller som har et innhold som vil kunne gjøre det uklart hvilken delingsadgang som gjelder på området når en ny bestemmelse tas inn i forvaltningsloven. Der det ikke er tilstrekkelig tungtveiende grunner som tilsier at opplysningene ikke bør kunne deles etter den nye bestemmelsen i forvaltningsloven, bør slike bestemmelser i særlovgivningen endres.»*

I barnehageloven (bhl.) § 2 a står det at «*Barnehagen skal samarbeide med skolen om barnas overgang fra barnehage til skole og skolefritidsordning, jf. opplæringslova § 13-5 og friskolelova § 5-5. Samarbeidet skal bidra til at barna får en trygg og god overgang*».

I forarbeidene til bestemmelsen (Prop. 67 L (2017-2018)) står det at informasjonsoverføringen om det enkelte barn forutsetter samtykke fra foreldrene.

Vi er usikre på hvordan den foreslåtte bestemmelsen i forvaltningsloven (fvl.) § 13 b vil virke inn på tolkningen av bhl. § 2 a. Mener departementet at informasjonsoverføringen mellom en offentlig barnehage og en offentlig skole fortsatt skal være betinget av samtykke, eller skal det gjøres en konkret vurdering av om vilkårene i fvl. § 13 b kommer til anvendelse? Kan det i sistnevnte tilfelle bli slik at barnehagen kan basere overføring av opplysninger på ny bestemmelse i fvl. § 13 b, uten foreldrenes samtykke?

Dette spørsmålet har også betydning for andre bestemmelser som er betinget av samtykke for deling enten i selve lov- eller forskriftsteksten, eller i forarbeidene.

I høringsnotat fra Kunnskapsdepartementet (KD) 3. november 2020 om *Forslag til endringer i barnehageloven, opplæringsloven og friskoleloven med forskrifter*, blir det i §§ 22A-3 tredje ledd og 22A-4 andre ledd foreslått å *gjøre deling av visse relevante opplysninger ved skolebytte og overgang fra grunnskole til videregående skole betinget av tillatelse fra eleven (foreldrene)*:

*“Skolene kan også dele andre opplysninger som er relevante for opplæringa til eleven dersom eleven eller foreldra tillet det.”*

I de ovennevnte forslagene skilles det mellom deling av opplysninger som er nødvendige i forbindelse med skolebytte/overgang til videregående skole, og andre opplysninger som er relevante for elevens opplæring. For opplysninger som anses nødvendige for skolebytte/overgang til videregående skole, foreslås det et særskilt rettsgrunnlag for deling. Når det gjelder andre opplysninger om eleven som er relevant for elevens opplæring, er det imidlertid foreslått å gjøre delingen betinget av tillatelse fra eleven (foreldrene).

Bakgrunnen for forslagene er i hovedsak identiske for skolebytte og overgang fra grunnskole til videregående skole. Om overgang til videregående skole uttaler Kunnskapsdepartementet blant annet følgende:

*«Et krav om tillatelse vil sikre at det ikke deles flere opplysninger enn det eleven ønsker. Elevene bestemmer dermed selv om han eller hun vil begynne med «blanke ark», eller om den videregående skolen skal få opplysninger, utover vitnemålsopplysningene, for å raskt kunne tilpasse og tilrettelegge for eleven.»*

Fylkeskommunen er forpliktet til blant annet å gi tilpasset opplæring. Det kan derfor spørres om en overføring av taushetsbelagt informasjon om en elev er nødvendig for at fylkeskommunen skal utføre lovpålagte oppgaver, jf. forslag til fvl. § 13 b første ledd nr. 7.

Ut fra eksempelet over ber Utdanningsdirektoratet at følgende avklares i lovproposisjonen :

- Er det riktig forstått at dersom bestemmelser i barnehage--, opplærings- og friskoleloven stiller strengere krav til deling av opplysninger (for eksempel aktivt samtykke/tillatelse), så er utgangspunktet at disse bestemmelsene går foran den foreslåtte delingsadgangen etter fvl. § 13 b første ledd nr. 7 på grunn av lex specialis-prinsippet?
- Departementet gir uttrykk for at der det er motstrid mellom den foreslåtte bestemmelsen om deling av opplysninger i forvaltningsloven og regulering av deling i særlovgivningen, bør man harmonisere særlovgivningen med forvaltningsloven, med mindre man har tungtveiende grunner som tilsier at opplysningene ikke bør kunne deles. Betyr dette at man må gjøre en generell vurdering av hva tungtveiende grunner innebærer og eventuelt endre særlovgivningen, eller skal man gjøre en konkret vurdering av tungtveiende grunner i hvert enkelt tilfelle?
- Hva ligger i "tungtveiende grunner"? Er elevens interesse i selv å bestemme hvilke opplysninger vedkommende ønsker å dele en tungtveiende grunn som veier tyngre enn skolens behov for å forberede tilpasninger i opplæringen?

I høringen 3. november 2020 sier Kunnskapsdepartementet dette om hensynet til elevens egeninteresse:

*«Departementet har kommet til at hensynet til den enkeltes personvern må veie tyngre enn den videregående skolens behov for å legge til rette for bedre og raskere tilpasninger for eleven.»*

*Departementet foreslår derfor et rettslig grunnlag for deling av andre opplysninger om eleven som er relevant for elevens opplæring, men med et tilleggskrav om at eleven eller foreldrene må gi sin tillatelse. [...] Et krav om tillatelse vil sikre at det ikke deles flere opplysninger enn det eleven ønsker. Elevene bestemmer dermed selv om han eller hun vil begynne med «blanke ark», eller om den videregående skolen skal få opplysninger, utover vitnemålsopplysningene, for å raskt kunne tilpasse og tilrettelegge for eleven.»*

Forholdsmessighetsvurderingen i fvl. § 13 b sett opp mot rettslige plikter i opplæringsloven

I opplæringsloven § 2-8 og § 3-12 har elever med annet morsmål enn norsk eller samisk rett til særskilt språkopplæring. I denne forbindelsen må skolene gjøre en kartlegging av elevenes språkferdigheter før det blir fattet vedtak om særskilt språkopplæring, og også underveis i opplæringen.

Hvis en elev bytter skole har regelverket vært praktisert slik at eleven må samtykke til at kartleggingen blir overført til ny skole. Kravet om samtykke er ikke lov- eller forskriftsfestet. Det har vært antatt at man trenger et behandlingsgrunnlag for å overføre opplysningene, og derfor har praksis vært å kreve samtykke. Dersom eleven (foreldrene) ikke samtykker til overføringen, må den nye skolen gjennomføre en ny kartlegging.

I et slikt tilfelle vil delingen etter fvl. § 13 b bli ansett som forholdsmessig, fordi den skjer for samme formål som opplysningene opprinnelig ble samlet inn for - nemlig skolens plikt til å oppfylle retten til særskilt språkopplæring.

Slik vi tolker departementets forslag, skal det ikke gjøres en vurdering av momentene i andre ledd bokstavene a til e, herunder hvilke konsekvenser delingen kan få for den opplysningen gjelder.

Det kan imidlertid finnes tilfeller der en elev har et vanskelig forhold til den gamle skolen, og ikke ønsker at opplysninger skal overføres til den nye skolen. Det kan også være tilfeller der eleven selv ønsker å starte med "blanke ark". Spørsmålet er om det finnes en mulighet for eleven til å motsette seg delingen? Slik § 13 b er formulert kan vi ikke se at eleven har en slik mulighet.

Vi ser at departementet foreslår en *adgang* til overføring og ikke en *opplysningsplikt*, fordi det kan være tilfeller der delingshjemmelen ikke bør benyttes. Hvorvidt det skal være adgang til overføring av opplysninger, skal avgjøres ut fra en konkret vurdering.

Det er tatt inn fem momenter i forslaget, og departementet ønsker høringsinstansenes syn på vurderingsmomentene i forholdsmessighetsvurderingen. Momentene som er foreslått synes hensiktsmessige. Vi bemerker imidlertid at det kan være tilfeller der hensynene ikke er fremtredende eller i avgiverorganets bevissthet, men der den registrerte selv mener at opplysningene er gitt i fortrolighet og at konsekvensene ved deling vil bli store for vedkommende. Vi savner en vurdering av dette.

#### Fastsatte tiltak for å verne den registrertes berettigede interesser

Det følger av artikkel 14 nr. 5 bokstav c at plikten til å gi den registrerte informasjon dersom opplysningene ikke er blitt samlet inn fra den registrerte, likevel ikke gjelder dersom innhenting eller utlevering er uttrykkelig regulert i nasjonal rett, og det er fastsatt egnede tiltak for å verne den registrertes berettigede interesser. Tiltakene det her henvises til skal ifølge art. 14 være fastsatt i nasjonal rett.

Slik vi ser det er tiltakene departementet har satt og som vil gjelde mer generelt, en informasjonsplikt. Departementet har diskutert partsrettigheter og taushetsplikt, men skriver at det vil ha begrenset betydning.

Informasjonsplikten som foreslås gjelder imidlertid kun for uforenlige formål. Artikkel 14 nr. 5 bokstav c gjør derimot ikke forskjell på forenlige og uforenlige formål. Slik vi tolker artikkelen betyr det at tiltakene som ifølge bestemmelsen skal fastsettes i nasjonal rett, også må gjelde for forenlige formål. Dersom departementet mener at viderebehandling til samme eller forenlige formål ikke behøver å være fastsatt i nasjonal rett og at art. 14 nr. 5 bokstav c derfor ikke kommer til anvendelse, så ønsker vi at det kommer tydeligere frem.

#### Hensynet til de registrertes rettigheter

Vi savner en redegjørelse av hensynet til personers kontroll over egne personopplysninger. De tilfellene der den registrerte velger å gi informasjon eller de tilfellene der den registrerte har plikt til å gi avgiverorganet informasjon, er lite drøftet. Slik vi ser det kan den registrerte bevisst ha tatt et valg om å ikke informere mottakerorganet (fordi det ikke er en informasjonsplikt eller fordi den registrerte ikke ønsker at organet skal ha informasjonen). Vi lurer på hvordan den registrerte i et slikt tilfelle kan få utøvd sine rettigheter (selv om overføringen har vært til forenlig formål).

Slik vi ser det vil den registrertes rettigheter som innsyn, retting og sletting bli begrenset. Den registrerte vil ikke ha mulighet til å be om innsyn og på den måten kunne rette eksempelvis feilinformasjon. Den registrerte vil da ikke være klar over at mottakerorganer har opplysningene.

Departementet skriver at viderebehandling for samme eller forenlige formål neppe vil kunne anses som uforholdsmessig. Er det tilstrekkelig å skrive dette eller å legge det til grunn for å sikre at den registrertes rettigheter etter personvernforordningen blir ivaretatt?

Hvis departementet har ment å begrense rettighetene slik det er adgang til etter art. 23, bør det etter vår mening komme tydeligere frem. De vurderingene som eventuelt er gjort av art. 23 nr. 1 bokstav a til j, og nr. 2 bokstav a til h, bør etter vårt syn også tydeliggjøres.

#### Taushetspliktens betydning for private rettssubjekter

I opplæringsloven (oppl.) § 15-1 annet ledd står det at forvaltningslovens regler om taushetsplikt §§ 13 - 13 e også gjelder for private skoler godkjent etter § 2-12. Det samme gjelder for barnehager og friskoler, jf. bhl. § 20 og friskoleloven § 7-3. Vi antar derfor at departementets forslag til § 13 b også vil gjelde for private grunnskoler, friskoler og barnehager. Forslaget vil derfor omfatte overføring av opplysninger til og fra private rettssubjekt på barnehage- og opplæringsfeltet. Vi kan ikke se at departementet har vurdert eller diskutert dette nærmere, og vi ønsker at denne problemstillingen omhandles i lovproposisjonen.

Vennlig hilsen

Einar Simonsen Plahter  
avdelingsdirektør

Nora Persvold Søhol  
rådgiver

Dokumentet er elektronisk godkjent