

# BARNES SAMTYKKEKOMPETANSE PÅ PERSONVERNFELTET

Utredning i henhold til oppdragsbeskrivelse av 26.10.21

Skrevet av Ingvild Ericson

Levert: 31.01.2022

BARNES SAMTYKKEKOMPETANSE PÅ PERSONVERNFELTET.....	1
1. INTRODUKSJON .....	3
2. SAMTYKKE SOM BEHANDLINGSGRUNNLAG .....	4
2.1. Alder for samtykkekompetanse.....	5
2.1.1 Hovedregel om rettslig handleevne fra 18 år – vergemålsloven § 9.....	5
2.1.2. Unntak for samtykke til informasjonssamfunnstjenester – 13 år, PVF art 8 (1), jf. poppl. § 5.....	6
2.1.2.1 13-årsgrense .....	7
2.1.2.2 Informasjonssamfunnstjenester .....	8
2.1.2.3 Tilbudt «direkte til et barn».....	10
2.1.2.5 Sammenfatning av samtykkekompetansen etter PVF art. 8.....	12
2.1.3 Alder for samtykkekompetanse utenfor PVF art. 8 (1).....	12
2.1.3.1 Ulovfestet samtykkekompetanse fra 15 år?.....	13
2.1.3.2 Samtykkekompetanse etter barnelovens regler om gradvis selvbestemmelsesrett? .....	14
2.1.3.5 Sammenfatning av samtykkekompetansen utenfor PVF art. 8 (1).....	15
2.2 Materielle vilkår for samtykke .....	16
2.2.1 Hovedregel om behandlingsgrunnlag i PVF art. 6 (1) a) .....	16
2.2.1.1. Generelt om vilkår for gyldighet i PVF art. 4 nr. 11 .....	16
2.1.2.2 Spesielt om barns frivillighet i skolesektoren .....	17
2.1.2.3 Spesielt om «informert» - i lys av formidlingsmetode.....	20
2.2.2 Kan et barn avgi et «uttrykkelig» samtykke? .....	24
2.3 Barnet som registrert person etter PVF kap. III .....	26
3. AVTALERETTSLIG NØDVENDIGHET .....	29
3.1 Kan barn inngå avtaler om informasjonssamfunnstjenester etter PVF art. 6 (1) b? .....	29
3.1.1 Kort om avtalerettslig nødvendighet .....	29

3.1.2	Barnets avtalerettslige kompetanse følger av vergemålsloven § 9 – 18 år .....	30
3.1.3	Avgrensede unntak i vergemålsloven gir barn avtalekompetanse – omfatter unntakene retten til å behandle nødvendige personopplysninger? .....	30
3.1.4	Finnes det hjemmel for unntak for de rene digitale avtalene – som Facebook? .....	31
3.2	Forholdet til digitalytelsesdirektivet.....	31
3.2.2	Kan barn inngå avtaler etter digitalytelsesdirektivets art. 3 (1) 2. ledd?.....	32
3.2.2.1	Krav til gyldig avtale – nasjonale gyldighetskrav .....	32
3.2.2.2	Krav til behandlingsgrunnlag – PVF art. 6 (1).....	32
3.3	Sammenfatning om avtalerettslig nødvendighet .....	33
4.	AVTALERETTSLIGE GYLDIGHETSKRAV .....	33
4.1	Avtaleloven § 36 som sikkerhetsventil .....	33
4.2	Kan avtl. § 36 påberopes ovenfor en internasjonal leverandør? .....	35
4.2.1	Jurisdiksjon: En norsk forbruker kan anlegge sak for norske domstoler .....	35
4.2.2	Lovvalg: Norsk rett kan påberopes dersom den er til fordel for forbrukeren .....	36
5.	AVSLUTTENDE ORD OM BARN OG SAMTYKKE .....	37

# 1. INTRODUKSJON

Overordnet mandat er å utrede «barns samtykkekompetanse på personvernfeltet», nærmere presisert i oppdragsbeskrivelse av 26.10.21. Utredningen følger ikke sistnevntes oppbygning kronologisk, men besvarer alle punkter underveis.

Gjennom Personvernforordningen<sup>1</sup> (heretter PVF) ble elementer av barns personopplysningsvern for første gang eksplisitt regulert på EU-nivå. Reguleringen er likevel i all hovedsak generelt utformet. Et samlet bilde av barns samtykkekompetanse krever derfor en sammenstilling av forordningens generelle regler, med spredte artikler<sup>2</sup> og fortalepunkter<sup>3</sup> med særskilt fokus på barn. Med inkorporasjon av PVF i den norske personopplysningsloven<sup>4</sup> (heretter poppl.), har vi også enkeltstående nasjonale regler av relevans for utredningen.<sup>5</sup>

Barns personvern kan utfordres i svært ulike situasjoner. Samtykke til å behandle personopplysninger kan være aktuelt i relasjon til foreldre, skole, kommersielle aktører, offentlige myndigheter med mer. PVF gjelder all type behandling av personopplysninger. Selv om hensynene og situasjonene kan variere, vil derfor det generelle rettslige utgangspunktet i stor grad være likt. Enhver databehandling krever etter PVF art. 6 (1) et rettslig grunnlag, og behandlingsgrunnlagene er i bestemmelsen uttømmende regulert til å være ett av seks alternativer. I tråd med oppdragsbeskrivelsen, ligger hovedtyngden på samtykke. Det følger av oppdragsbeskrivelsen at avgrensede sider av alternative rettsgrunnlag også utredes kortfattet, der dette er nødvendig for helheten.

Et samtykke er uttrykk for en persons rett til selvbestemmelse, og krever at barnet eller den med foreldreansvaret sier seg enige i databehandlingen. Utgangspunktet for vurderingen er hovedregelen om behandlingsgrunnlag i art. 6 (1), som igjen må vurderes i lys av generelle krav til samtykkets gyldighet i art. 4 nr. 11 og art. 7. Den som samtykker, må videre ha samtykkekompetanse. PVF regulerer ikke spørsmålet om rettslig handleevne, men fastsetter i art. 8 et aldersmessig utgangspunkt for barns samtykke ved såkalte informasjonssamfunnstjenester – et begrep som favner de fleste private internettjenester.<sup>6</sup> Hvilke aldersgrenser som gjelder utenfor art. 8 er derimot tidvis uklart. Som vist nedenfor vil barn under 13 år uansett ikke ha samtykkekompetanse etter regelverket. Samtykke fra den som har foreldreansvar er følgelig påkrevet på barnets vegne.

Barn er videre gitt særskilt beskyttelse gjennom Grunnloven<sup>7</sup> § 104, barneloven<sup>8</sup> og FNs barnekonvensjon.<sup>9</sup> Til slutt vil retten til privatliv, slik den er nedfelt i bl.a. Grunnloven § 102, oppstille begrensninger for tolkningen. Enhver rettslig problemstilling som involverer barn må tolkes i lys av disse skrankene, som samlet skal sikre hensynet til barnets beste, barnets rett til menneskeverd, rett til privatliv og rett til å bli hørt. Også reglene om barns

---

<sup>1</sup> For (EU) 2016/679, eller General Data Protection Regulation (GDPR).

<sup>2</sup> Sentralt for utredningen er art. 8 om «barns samtykke ved informasjonssamfunnstjenester».

<sup>3</sup> Se spesielt fortalepunkt 38 om at barns personopplysninger på generelt grunnlag fortjener et særlig vern, samt fortalepunkt 75 som fremhever barn som en sårbar gruppe av registrerte.

<sup>4</sup> Lov av 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger.

<sup>5</sup> Se spesielt poppl. § 5 om barns samtykke ved informasjonssamfunnstjenester.

<sup>6</sup> Se mer om dette i pkt. 2.1.2.

<sup>7</sup> LOV-1918-05-17.

<sup>8</sup> LOV-1981-04-08-7.

<sup>9</sup> FNs konvensjon om barns rettigheter av 20-11-1989.

samtykkekompetanse vil følgelig hvile på en avveining av barns beskyttelsesbehov og rett til selvbestemmelse.<sup>10</sup>

Det er også viktig å merke seg at personvernregelverket rammes inn og begrenses av en rekke andre rettsfelt. Eksempelvis hjemler skole- og barnehagelovgivning og forbrukerlovgivning regler som beskytter barn, og som kommer i tillegg til personvernreglene. Et samtykke er videre ikke bare et behandlingsgrunnlag etter PVF, men også en avtalerettslig disposisjon. Mens personvernretten er søkt harmonisert gjennom PVF, er avtaleretten derimot i liten grad harmonisert på EU-nivå.<sup>11</sup> Slutninger om barns samtykkekompetanse vil følgelig innebære en kobling av harmoniserte EU-regler om personopplysningsvern, med ikke-harmoniserte nasjonale krav til gyldighet<sup>12</sup> og rettslig handleevne.<sup>13</sup>

Ovennevnte tegner et komplekst rettskildebilde, der nasjonale og internasjonale regler med ulik trinnhøyde må forenes for å avklare gjeldende rett. Avveiningen blir ikke enklere av at personopplysningsvernet ikke er absolutt – det må veies mot andre beskyttelsesverdige interesser, som yrings – og informasjonsfrihet, frihet til å drive næringsvirksomhet med mer.<sup>14</sup> På nasjonalt plan er det vist til stor usikkerhet rundt barns samtykkekompetanse av både Åpenhetsutvalget i NOU 2019:10<sup>15</sup> og av Barnelovutvalget i NOU 2020:14.<sup>16</sup> På EU-nivå uttrykker Europakommisjonen samme bekymring over den fragmenterte rettstilstanden.<sup>17</sup>

Som utredningen samlet vil vise, knytter det seg rettslig usikkerhet til flere forhold rundt barns samtykkekompetanse.

Alle henvisninger er i det følgende til personvernforordningen, om ikke annet fremgår.

## 2. SAMTYKKE SOM BEHANDLINGSGRUNNLAG

Spørsmålet om barns samtykke som behandlingsgrunnlag reiser flere underproblemstillinger. Her i kap. 2 diskuteres den aldersmessige samtykkekompetansen, samt materielle krav til gyldighet. Temaene utgjør kjernen i mandatet, i tråd med oppdragsbeskrivelsens pkt. 1.1.1.

Det bemerkes innledningsvis at PVF er bygget opp med trinnvise grader av beskyttelse, der personopplysninger er gitt ulikt vern basert på sin personvernmessige risiko. Mens art. 6 hjemler behandlingsgrunnlag for «alminnelige personopplysninger»,<sup>18</sup> regulerer art. 9 behandling av «særlige kategorier personopplysninger». Dette omfatter opplysninger om blant

---

<sup>10</sup> Se bl.a. Prop. 56 LS (2017-2018) s. 99.

<sup>11</sup> Se f.eks. Personvernrådet “Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects” pkt. 2.1 (13) og 1.2 (9).

<sup>12</sup> Se spesielt LOV-1918-05-31-4 (avtaleloven).

<sup>13</sup> Regulert i LOV-2010-03-26-9 (vergemålsloven).

<sup>14</sup> Se forordningens fortalepunkt 4.

<sup>15</sup> NOU 2019:10 Åpenhet i grenseland, se spesielt kap. 5 og 6.

<sup>16</sup> NOU 2020:14 Ny barnelov – til barnets beste, se spesielt kap. 10 og 17.

<sup>17</sup> Jf. Communication from the commission to the European Parliament and the Council (2020) “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” s. 15 og 16.

<sup>18</sup> Se tilsvarende begrepsbruk i Schartum «Personvernforordningen – en lærebok», 2020 s. 46.

annet etnisk opprinnelse, politisk oppfatning, religion, helse, seksuelle forhold eller seksuell orientering.

Hvorvidt det behandles personopplysninger etter art. 9 har rettslig betydning i flere henseende. Relevant her er at terskelen for å behandle slike opplysninger er høyere enn for alminnelige personopplysninger etter art. 6. Førstnevnte bestemmelse stiller strengere krav til samtykket – det må være «uttrykkelig».<sup>19</sup>

Da vilkårene for et gyldig samtykke vil variere med formålet for behandlingen og type personopplysninger som behandles, må det diskuteres om barn har samtykkekompetanse ved bestemmelser som krever uttrykkelig samtykke. Dette er spesielt praktisk for art. 9, men vil også ha betydning for andre bestemmelser der slikt samtykke er påkrevet – som for enkelte typer profilering etter art. 22, og overføring av data til tredjeland etter art. 49. Spørsmålet om barn kan avgi uttrykkelige samtykker vurderes i pkt. 2.2.2.

## 2.1. Alder for samtykkekompetanse

### 2.1.1 Hovedregel om rettslig handleevne fra 18 år – vergemålsloven § 9

PVF fastsetter ikke et generelt aldersmessig utgangspunkt for samtykkekompetanse, trolig grunnet ulike syn i EU-landene på mindreåriges selvstendighet og rettslige evne rundt spørsmål knyttet til personvern, privatliv og familieliv.<sup>20</sup> Det Europeiske Personvernrådet (heretter Personvernrådet) har i sine retningslinjer om samtykke uttalt at “*the requirements for valid consent for the use of data about children are part of a legal framework that must be regarded as separate from national contract law*”.<sup>21</sup> Spørsmålet om rettslig handleevne tilligger følgelig nasjonal lovgiver<sup>22</sup> i tråd med EU-rettens legalitetsprinsipp.<sup>23</sup>

I norsk rett reguleres spørsmålet om rettslig handleevne i vergemålsloven<sup>24</sup> (heretter vgml.). Personer under 18 år er etter § 8 mindreårige, som etter § 9 ikke selv kan «foreta rettslige handlinger eller råde over sine midler». Et barns rettslige disposisjon er som hovedregel ugyldig,<sup>25</sup> basert på et formål om å beskytte mot både rett og plikt til å inneha et ansvar den mindreårige mangler tilstrekkelig modenhet og refleksjonsnivå til å ha.<sup>26</sup> Frem til fylte 18 år, må følgelig en forelder / foresatt samtykke på vegne av barnet, som i sin utøvelse av ansvaret plikter å hensynte barnets beste.<sup>27</sup>

Det presiseres i forarbeidene til vgml. § 9 at barn ikke har «kompetanse til å samtykke til behandling av personopplysninger. Dette er også en «rettslig handling» som omfattes av

---

<sup>19</sup> Mange bruker begrepet «eksplicit» fremfor «uttrykkelig». Jeg bruker sistnevnte, i tråd med lovens ordlyd.

<sup>20</sup> Schartum «Personvernforordningen – en lærebok», 2020 s. 60.

<sup>21</sup> Personvernrådet «Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679» pkt. 7.1.3.

<sup>22</sup> Jf. Prop. 56 LS (2017-2018) s. 99.

<sup>23</sup> All kompetanse som ikke er tillagt EU-organer gjennom traktatene, tilligger medlemsstatene.

<sup>24</sup> LOV-2010-03-26-9.

<sup>25</sup> Se likevel unntak i lovens § 14.

<sup>26</sup> Jf. Ot.prp. nr. 110 (2008–2009) kap. 13 s. 26.

<sup>27</sup> Jf. Grunnloven § 104 (2) og barnekonvensjonen art. 3.

*forbudet*».<sup>28</sup> Etter hovedregelen kan altså ikke mindreårige samtykke til behandling av personopplysninger.

Det følger av § 9 at 18-årsgrensen kun gjelder «*med mindre noe annet er særlig bestemt*». Vergemålsloven gjør selv unntak for blant annet retten til å inngå arbeidsavtaler eller disponere over egne midler fra fylte 15 år, se hhv. §§ 10 og 12. Det er videre en rekke unntak i særlovgivningen, eksempelvis barnelovens § 32 om 15-årsgrense for å avgjøre utdanning og medlemskap i foreninger, og 16-årsgrense for samtykke til helsehjelp<sup>29</sup> og behandling av helseopplysninger.<sup>30</sup> Det er kun sistnevnte som spesifikt regulerer personopplysninger, men også øvrige unntak bør trolig anses å gi en samtidig rett til behandling av personopplysninger som er nødvendige for å utøve den selvbestemmelsesretten barnet er tillagt i lov.<sup>31</sup>

For mer omfattende unntak fra 18-årsgrensen, er det gjort unntak for samtykke til sentrale informasjonssamfunnstjenester i PVF art. 8 jf. poppl. § 5. I Norge gjelder - forutsatt bestemte vilkår - en 13-årsgrense for slike tjenester. Se pkt. 2.1.2.

Utenfor virkeområdet for art. 8 om informasjonssamfunnstjenester, må to mulige unntak drøftes. For det første er det ulike oppfatninger om en lavere personvernmessig aldersgrense enn 18 år generelt kan forankres i alminnelige rettsgrunnsetninger. For det andre er det noe uklart om unntak kan innfortolkes i barneloven § 33 om gradvis økt selvbestemmelsesrett. De to mulige unntakene vurderes i pkt. 2.1.3.

### **2.1.2. Unntak for samtykke til informasjonssamfunnstjenester – 13 år, PVF art 8 (1), jf. poppl. § 5**

PVF art 8 regulerer «*barns samtykke i forbindelse med informasjonssamfunnstjenester*». Bestemmelsen fastsetter en egen aldersgrense for samtykke etter art. 6 (1) a) der informasjonssamfunnstjenester tilbys direkte til et barn. Det fremkommer av art. 8 (1) at:

*«Dersom artikkel 6 nr. 1 bokstav a) får anvendelse i forbindelse med tilbud om informasjonssamfunnstjenester direkte til et barn, er behandling av et barns personopplysninger lovlig dersom barnet er minst 16 år.»*

Bestemmelsen er ment å styrke barns vern. Kombinasjonen av uklar lovtekst, sparsommelige forarbeider og fravær av rettspraksis, etterlater imidlertid en rekke tolknings spørsmål som har utløst kritikk om at bestemmelsen er svakt begrunnet og lite empirisk forankret.<sup>32</sup> Inspirasjon for tolkningen kan hentes fra den californiske «Children's Online Privacy Protection Act» av 1998 (COPPA), der en beslektet bestemmelse er betydelig mer detaljregulert.<sup>33</sup> Som vist nedenfor, er det likevel tidvis problematisk å trekke klare slutninger.

<sup>28</sup> I Jf. Ot.prp. nr. 110 (2008–2009) kap.13 s. 172.

<sup>29</sup> Jf. LOV-1999-07-02-63 (pasient – og brukerrettighetsloven) § 4-3.

<sup>30</sup> Jf. LOV-2014-06-20-43 (helseregisterloven) § 15.

<sup>31</sup> Se bl.a. Schartum og Sætre «Samtykke til å behandle personopplysninger i offentlig forvaltning», *CompLex* 2/2016 s. 47, samt Schartum «Personvernforordningen – en lærebok», 2020 s 116.

<sup>32</sup> Jf. Macenaite og Kosta “Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?”, *Information Communications Technology Law*, Vol. 26:2, (2017), s. 184.

<sup>33</sup> Se spesielt spørsmålet om en netjtjeneste er «directed to a child». Se også Farsijani «Rekkevidden av barns personopplysningsvern etter GDPR art. 8. Om kravet til at informasjonssamfunnstjenesten må være tilbudt «directly» til et barn» *Complex* 1/2019 s. 13.

### 2.1.2.1 13-årsgrense

Gitt at øvrige vilkår er oppfylt, har barnet samtykkekompetanse etter art. 8 (1) fra fylte 16 år. Frem til dette må samtykke gis eller godkjennes av den med foreldreansvaret.

Art. 8 (1) 2. ledd åpner for lavere nasjonale aldersgrenser, «*forutsatt at den ikke er lavere enn 13 år*». Personopplysningsloven § 5 fastsetter 13 år som skjæringstidspunkt for ovennevnte situasjoner, og er dermed et norsk unntak fra 18-årsgrensen i vgml. § 9.

Det bemerkes at barn må forholde seg til to typer aldersgrenser ved bruk av informasjonssamfunnstjenester. Mens aldersgrensen i art. 8 (1) regulerer barns personopplysningsvern, kan tjenestens brukervilkår også fastsette aldersgrenser for bruken - avhengig av hvem tjenesten passer for. De fleste sosiale medier har en aldersgrense på 13 år for bruk av tjenesten, som dermed sammenfaller med aldersgrensen for å samtykke til behandling av personopplysninger. Er aldersgrensen for bruk av tjenesten derimot under 13 år (eksempelvis 9 år for Minecraft), kan barnet i prinsippet bruke tjenesten, men ikke selv samtykke etter personvernregelverket. Motsatt vil en 14-åring med samtykkekompetanse etter art. 8 (1), likevel ikke ha lov til å spille et spill med 18-årsgrense i brukervilkårene. Det er aldersgrensen i personvernregelverket som er relevant for utredningen.

PVF nedfeller i art. 8 (2) et krav om verifisering av foreldresamtykke før behandling av barns personopplysninger. Det er ikke nedfelt et tilsvarende krav for verifisering av barnets egen alder, men dette må anses å følge av systemet. Et samtykke innhentet av en mindreårig medfører ellers at databehandlingen er ulovlig,<sup>34</sup> hvilket kan sies å stride mot den behandlingsansvarliges plikt etter art. 24 (1) til å «*sikre og påvise at behandlingen utføres i samsvar med denne forordning*». Verifiseringsplikten er imidlertid relativ, og art 8 (2) pålegger den behandlingsansvarlige å iverksette «*rimelige tiltak*» for alderskontrollen. Hva som er «*rimelige tiltak*» må vurderes i lys av databehandlingens risiko og tilgjengelig teknologi. Det er omdiskutert hvilke metoder for alderskontroll som bør benyttes. Det er forsket på ulike tekniske og organisatoriske tiltak for identifisering og for å hindre mindreårige tilgang til tjenester de ikke bør ha tilgang til- uten at dette i seg selv skal lede til mer omfattende databehandling.<sup>35</sup> Omfanget av verifiseringsplikten vurderes ikke nærmere.

Anvendelsen av ovennevnte aldersgrense forutsetter at det tilbys «*informasjonssamfunnstjenester direkte til et barn*». Art. 8 regulerer følgelig ikke barns generelle samtykkekompetanse på personvernrettens område – bestemmelsen omhandler ikke tjenester offline, og heller ikke alle tjenester online. En avgrensning av anvendelsesområdet krever altså en avgrensning av både begrepet «*informasjonssamfunnstjenester*», og hva det betyr at denne må tilbys «*direkte til et barn*».

---

<sup>34</sup> Personvernrådet «Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679» pkt. 7.1.3. Se også art. 12 (6) om at behandlingsansvarlig ved tvil om identiteten til en fysisk person «kan anmode om ytterligere opplysninger som er nødvendige for å kunne bekrefte den registrertes identitet», selv om denne ikke direkte gjelder samtykke.

<sup>35</sup> Jf. Macenaite og Kosta, "Consent for processing children's personal data in the EU: following in US footsteps?", Information Communications Technology Law, Vol. 26:2, (2017) s. 179-180.

### 2.1.2.2 Informasjonssamfunnstjenester

Begrepet informasjonssamfunnstjenester omfatter et bredt spekter av økonomisk aktivitet online, og lar seg ikke definere presist på en kortfattet måte. Begrepet favner store deler av barns internett-aktivitet, og oppsummeres av Personvernrådet som «online services».<sup>36</sup> Det fremgår av en lang rekke kilder at sosiale medier omfattes.<sup>37</sup> Det presiseres videre i fortalepunkt 38 at art. 8 ikke skal gjelde barns bruk av forebyggings- eller rådgivningstjenester, for eksempel kontakt med helsesøster. Selv om begrepets kjerne er klar, er det likevel grensdragninger som krever en nærmere vurdering.

Begrepet informasjonssamfunnstjenester brukes i en rekke EU-rettslige instrumenter, og skal forstås homogent på tvers av dem. PVF inneholder derfor ikke en egen definisjon, men henviser i art. 4 nr. 25 til europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2015/ 1535 art. 1 nr. 1 b). Her defineres begrepet som «*any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services*». Definisjonen hjemler fire vilkår for anvendelse; at tjenesten leveres mot vederlag, over avstand, elektronisk, samt etter individuell anmodning.<sup>38</sup>

At tjenesten må leveres «*på avstand*» betyr at partene ikke fysisk er til stede samtidig. Eksempelvis faller en spillehall som tilbyr dataspill på stedet utenfor, mens leveransen av dataspillene online til spillehallene er innenfor.<sup>39</sup>

Kravet om «*individuell anmodning*» betyr at tjenester levert simultant til et ubegrenset antall mennesker faller utenfor, eksempelvis kringkasting og reklame via radio og tv. Begrepet omfatter «Video On Demand»-tjenester, da teknologien lar brukeren velge tidspunkt og avspilling selv.<sup>40</sup> Strømming av eksempelvis musikk fra Tidal og film fra Netflix lar abonnenten velge avspillingstidspunkt, og bør anses omfattet av vilkåret.<sup>41</sup>

EU-domstolen har tolket kravet om «*vederlag*» til å omfatte alle typer økonomisk aktivitet, uavhengig av formål.<sup>42</sup> Tjenesten trenger ikke være ledd i næringsvirksomhet, og vilkåret kan anses oppfylt ved eksempelvis salg av blader til veldedige formål. Utenfor begrepet faller en rekke offentlige tjenester, der disse ofte ikke ytes i kommersiell hensikt.

De færreste informasjonssamfunnstjenester krever direkte betaling av brukeren, eksempelvis bruken av sosiale medier. Det er avklart at tjenester finansiert av annonseinhold omfattes, selv om vederlaget ikke ytes av den som mottar tjenesten – se Case C-291/13 (Papasavvas) hvor EU-domstolen uttaler at begrepet “*covers the provision of online information services for which the service provider is remunerated, not by the recipient, but by income generated by advertisements posted on a website*”.<sup>43</sup> Standpunktet samsvarer med Kommisjonen

<sup>36</sup> Personvernrådet “Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects” pkt. 1.1 (3).

<sup>37</sup> Se f.eks. Prop LS (2017-2018) s. 96 og «Opinion 5/2009 on online social networking» pkt. 2.

<sup>38</sup> Se også fortalepunkt 17 og 18 til e-handelsdirektivet 2001/31/EF.

<sup>39</sup> Jf. europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2015/ 1535 Annex I og Ot.prp. nr. 31 (2002-2003) kap. 16.

<sup>40</sup> Jf. Ot.prp. nr. 31 (2002-2003) kap. 16. Se også Case C-89/04 Mediakabel para. 38-39.

<sup>41</sup> Skullerud m.fl. «Personopplysningsloven og personvernforordningen (GDPR) Kommentartutgave». 2018 s. 169. ICO. <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-of-practice/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services/services-covered-by-this-code/?q=information+society+service>.

<sup>42</sup> Se f.eks. Case-C-281/06, Jundt, para 32-34 og Case C-355/00, Freskot para. 55 med videre henvisninger.

<sup>43</sup> Para 30.



opprinnelige ønske om å beskytte barn i sosiale nettverk,<sup>44</sup> og støttes av en lang rekke saker fra EU-domstolen og andre rettskilder.<sup>45</sup>

Vilkåret om vederlag fanger altså opp kommersielle tjenester som tjener penger på personopplysninger. Dette betyr imidlertid ikke at personopplysninger i seg selv kan defineres som vederlag. Relevant praksis ser ut til å forutsette tradisjonell betaling, selv om den ikke kommer fra den registrerte selv, -som ved persontilpasset markedsføring. Jeg er ikke kjent med praksis fra EU-domstolen som vurderer spørsmålet direkte. En fremtidig tolkning der personopplysninger sidestilles med vederlag kan ikke utelukkes, men vil være i strid med oppfatningen hos flere datatilsyn innad i EØS, herunder det norske.<sup>46</sup> Det kan videre synes vanskelig å forene med uttalelser fra Personvernrådet om at *«personal data cannot be considered as a tradeable commodity. Even if the data subject can agree to the processing of personal data, they cannot trade away their fundamental rights...»*<sup>47</sup>

I vilkåret om at tjenesten skal være «elektronisk» stilles krav om bruk av elektroniske midler for behandling og lagring av data. At noe skal formidles elektronisk og «på avstand», betyr at tjenesten må leveres online. Det presiseres i Ot.prp. nr. 31 (2002-2003) at vilkåret om «elektronisk» utelukker frakoblede tjenester og datainnsamling i den fysiske verden.<sup>48</sup>

Vilkåret omfatter nedlastning av dataprogrammer og digital informasjon, mens salg av tilsvarende digital informasjon på et fysisk medium som CD eller DVD faller utenfor. Salg av varer online omfattes, men ikke salg av varer for øvrig.<sup>49</sup> Der en tjeneste består av en elektronisk og en fysisk komponent som er økonomisk uavhengige av hverandre, omfattes kun førstnevnte.<sup>50</sup> Er imidlertid de to komponentene integrert («composite services») faller begge utenfor der den fysiske komponenten dominerer.<sup>51</sup>

Samlet betyr dette at de fire vilkårene er oppfylt for så godt som alle private tjenester barn kommer i kontakt med via internett. Se likevel Annex I til europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2015/ 1535, som gir en ikke uttømmende liste over tjenester som faller utenfor begrepet.

Det britiske datatilsynet (heretter ICO) oppsummerer begrepet informasjonssamfunnstjenester med at “...*this means that most online services are ISS, including apps, programs and many websites including search engines, social media platforms, online messaging or internet based voice telephony services, online marketplaces, content streaming services (eg video, music or gaming services), online games, news or educational websites, and any websites*

---

<sup>44</sup> Artikkel 29-gruppen. “Opinion 5/2009 on online social networking” pkt. 4.

<sup>45</sup> Se fortalespunkt 18 til e-handelsdirektivet 2001/31/EF, Personvernrådet “Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects” s. 4, Prop. 56 LS (2017-2018), s. 96, Case C-484/14 Mc Fadden para 41 med mer.

<sup>46</sup> Se bl.a. Datatilsynet «Høringsuttalelse - EU-kommisjonens forslag til direktivendringer - A New Deal for Consumers - Barne- og likestillingsdepartementet» 29.06.2018 og Datatilsynet «Høringsuttalelse - Ny lov om levering av digitale ytelser til forbrukere (digitytelsesloven)» 19.02.2021.

<sup>47</sup> Personvernrådet “Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects” pkt. 51.

<sup>48</sup> Pkt. 16.

<sup>49</sup> Jf. Kuner m. fl. «EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary». 2020 s. 298.

<sup>50</sup> Se Personvernrådet «Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679» pkt. 7.1.1.

<sup>51</sup> Se Case-C-434/15 (Asociation Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL) der betydningen av selve transporttjenesten medførte at også formidling av transporttjenester online falt utenfor.

*offering other goods or services to users over the internet. Electronic services for controlling connected toys and other connected devices are also ISS*”.<sup>52</sup>

At de aktuelle tjenestene anses å være informasjonssamfunnstjenester, gir likevel ikke art. 8 automatisk anvendelse. Det siste vilkåret er at tjenesten er tilbudt direkte til et barn.

### 2.1.2.3 Tilbudt «direkte til et barn»

Kravet om at tjenesten må være tilbudt «direkte til et barn» viser at bestemmelsen ikke anvendes på alle typer informasjonssamfunnstjenester. Rettskildene er imidlertid sprikende på hvordan vilkåret skal forstås. At tjenesten må leveres «direkte» kan naturlig forstås som noe som skjer umiddelbart eller uten mellomledd. I enkelte rettskilder trekkes derfor slutninger om at vilkåret fungerer som en avgrensning mot informasjonssamfunnstjenester levert eksempelvis gjennom en portal. Art. 8 vil da komme til anvendelse på portalen, men ikke på den leverte tjenesten.<sup>53</sup> ICO skriver på sine nettsider at tjenester formidlet gjennom skolen, derfor normalt faller utenfor vilkåret.<sup>54</sup>

Andre rettskilder legger mindre vekt på eventuelle mellomledd, men legger avgjørende vekt på brukeren av tjenesten. I praksis er det et fåtall av tjenestene barn kan benytte, som direkte retter seg bare til barn.<sup>55</sup> Spørsmålet er derfor om bestemmelsen krever at tjenesten leveres *kun* til barn, eller om det er tilstrekkelig at den *også* leveres til barn.

Utgangspunktet er at tjenester som eksplisitt henvender seg til barn (som Youtube Kids) faller innenfor, mens tjenester som eksplisitt henvender seg til voksne (som Vinmonopolets bestillingsapp) faller utenfor.<sup>56</sup> Her må trolig ikke bare hensyntas hvem leverandøren har til hensikt å nå, men også hvem tjenesten rent faktisk retter seg mot, se uttalelse fra Personvernrådet om at leverandørens uttalte målgruppe ikke er avgjørende der den er «*undermined by other evidence (such as the content of the site or marketing plans)*».<sup>57</sup>

For de mange tjenester som derimot retter seg til den generelle befolkning oppstår vanskelige grensedragninger. ICO har uttalt at “*One in five UK internet users are children, but they are using an internet that was not designed for them*”.<sup>58</sup> Barns bruk av generelle tjenester, reiser utfordringer mht. alderstilpasset informasjon og den behandlingsansvarliges plikt til å ivareta

---

<sup>52</sup> ICO, <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-of-practice/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services/services-covered-by-this-code/>. Se også Se f.eks. Macenaite og Kosta, “Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?”, Information Communications Technology Law, Vol. 26:2, (2017) s. 170. Informasjonssamfunnstjenester.

<sup>53</sup> Se Farsijani «Rekkevidden av barns personopplysningsvern etter GDPR art. 8. Om kravet til at informasjonssamfunnstjenesten må være tilbudt «directly» til et barn», Complex 1/2019, s. 48.

<sup>54</sup> ICO “When is an ISS ‘offered directly to a child’? <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/children-and-the-uk-gdpr/what-are-the-rules-about-an-iss-and-consent/#a4> .

<sup>55</sup> Se mer i Macenaite og Kosta, “Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?”, Information Communications Technology Law, Vol. 26:2, (2017) s. 172.

<sup>56</sup> Personvernrådet «Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679 pkt. 7.1.2.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> ICO “Age appropriate design: a code of practice for online services” <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-of-practice/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services/>.

barns særlige sårbarhet. Konsekvensen er at barn behandles som voksne mht. informasjon og personverninnstillinger.<sup>59</sup>

Dette gjelder også for norske barn. 97 prosent av barn mellom 9 og 18 år har smarttelefon, og nesten alle i denne aldersgruppen bruker YouTube.<sup>60</sup> 90 prosent er på sosiale medier, primært Snapchat, TikTok, og Facebook. Bruken øker spesielt fra 13–14-årsalderen. Sosiale medier er ikke verken utviklet eller rettet spesielt mot barn, men anvendes hyppig av dem. Spørsmålet er således i hvilken grad art. 8 (1) omfatter informasjonssamfunnstjenester tilbudt den generelle befolkningen.

Personvernrådet berører ikke problematikken direkte i sine retningslinjer for samtykke. Uttalelsen om å vektlegge «*other evidence*» enn leverandørens hensikt, tilsier likevel at det er relevant hvem som faktisk benytter tjenesten og hvem den reelt når gjennom grafikk, språk og egnethet. Det norske, britiske og danske datatilsynet mener sosiale medier omfattes av bestemmelsen.<sup>61</sup> Standpunktet begrunnes ikke juridisk, men må bygge på samme forståelse.

Flere argumenter støtter samme tolkning. En forståelse av begrepet som «kun» rettet til barn, vil gi bestemmelsen et snevert anvendelsesområde – lite i tråd med den faktiske digitale virkeligheten der barn ferdes. Ved tolkningstvil skal det tolkningsalternativet som best sikrer hensynet til barnets beste velges.<sup>62</sup> Gitt all empiri på barns utstrakte bruk av tjenester rettet til den generelle befolkning, vil en så snever tolkning henge dårlig sammen med det uttalte ønske fra Kommisjonen og andre om å beskytte barn online og i sosiale nettverk.<sup>63</sup>

Det er vanskelig å trekke klare slutninger om hvilke kriterier som er avgjørende ved tolkningen av begrepet «*directly to a child*». Basert på foreliggende kilder, synes det imidlertid å være enighet om at det ikke foreligger et krav om at tjenestene utelukkende må være rettet mot barn.<sup>64</sup> Det må trolig foretas en konkret vurdering av både subjektive og objektive faktorer - leverandørens hensikt og kunnskap om målgruppe, samt hvem tjenesten faktisk brukes av og indirekte henvender seg til.<sup>65</sup> Til tross for uenighet rundt begrunnelsen, må det legges til grunn at tjenester som enten uttalt retter seg mot barn, eller erfaringsmessig tiltrekker seg dem - som sosiale medier - omfattes av bestemmelsen.<sup>66</sup>

---

<sup>59</sup> Se Macenaite og Kosta, “Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?”, Information Communications Technology Law, Vol. 26:2, (2017) s. 172.

<sup>60</sup> Tall fra Medietilsynet. Barn-og medier-undersøkelsen 2020 s. 5.  
<https://www.medietilsynet.no/globalassets/publikasjoner/barn-og-medier-undersokelser/2020/201015-barn-og-medier-2020-hovedrapport-med-engelsk-summary.pdf>.

<sup>61</sup> Se gjennomgang av Farsijani «Rekkevidden av barns personopplysningsvern etter GDPR art. 8. Om kravet til at informasjonssamfunnstjenesten må være tilbudt «directly» til et barn», Complex 1/2019, s. 38.

<sup>62</sup> Barnekonvensjonen art. 3, FNs Barnekomité (CRC), General Comment No. 14 (2009) “on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration” s. 5.

<sup>63</sup> Se bla. Macenaite og Kosta, “Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?”, Information Communications Technology Law, Vol. 26:2, (2017) s. 174.

<sup>64</sup> Se Farsijani «Rekkevidden av barns personopplysningsvern etter GDPR art. 8 Om kravet til at informasjonssamfunnstjenesten må være tilbudt «directly» til et barn» 1/2019 pkt. 3.4.

<sup>65</sup> Se <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2019/11/youtube-channel-owners-your-content-directed-children> for relevante momenter gitt av The Federal Trade Commission til tolkningen av om en tjeneste er “*directed to a child*” under COPPA.

<sup>66</sup> Se også Kuner m. fl. EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary. 2020. s. 360.

#### 2.1.2.5 Sammenfatning av samtykkekompetansen etter PVF art. 8

Der samtykke er behandlingsgrunnlag etter art. 6 (1) a), er det ovenfor vist at så godt som alle private nettsjenester benyttet av barn omfattes av aldersgrensen for informasjonssamfunnstjenester. Norske barn kan etter art. 8 (1), jf. poppl. § 5, samtykke til behandling av personopplysninger ved slike aktiviteter fra fylte 13 år – forutsatt at materielle gyldighetsvilkår gjennomgått i det følgende er oppfylt. Utenfor faller samtykke ved offline tjenester, samt digitale tjenester som faller utenfor virkeområdet til art 8.

#### 2.1.3 Alder for samtykkekompetanse utenfor PVF art. 8 (1)

Det følger av ovennevnte at art. 8 ikke knesetter et generelt aldersmessig utgangspunkt for samtykkekompetanse, men gjelder i avgrensede situasjoner. Avgrensningen av virkeområdet til kun å omfatte bestemte informasjonssamfunnstjenester er ikke opplagt. Artikkel 29-gruppen fremsatte under lovgivningsprosessen forslag om å utvide virkeområdet til andre områder for behandling av barns personopplysninger, så som databehandling i den fysiske verden.<sup>67</sup> Forslaget ble støttet av Europaparlamentet, men likevel forlatt uten nærmere forklaring før utforming av den endelige versjonen.<sup>68</sup> Det gjenstår derfor å avklare det aldersmessige utgangspunktet for samtykke utenfor virkeområdet til art. 8.

Som vist i pkt. 2.1.1 foreligger det ingen generell lovfesting av den personvernrettslige samtykkekompetansen verken på EU-nivå eller nasjonalt nivå. Utgangspunktet for tjenester utenfor virkeområdet til art. 8 (1) er dermed nasjonale krav til rettslig handleevne.

Aldersgrensen på 18 år etter vgml. § 9 kan fravikes. Utover unntaket for informasjonssamfunnstjenester i art. 8 (1), jf. poppl. § 5, foreligger ikke generelle lovfestede aldersgrenser for personopplysninger. Det må likevel diskuteres hvorvidt barn har samtykkekompetanse på et tidligere tidspunkt enn 18 år.

For det første har Datatilsynet over tid operert med en generell ulovfestet aldersgrense på 15 år, og det må vurderes hvorvidt en slik personvernrettslig myndighetsalder generelt kan forankres i alminnelige rettsgrunnsetninger.<sup>69</sup>

For det andre skal barn etter barneloven § 33 gis gradvis økt selvbestemmelsesrett i relasjonen til sine foreldre. Det må i lys av dette diskuteres om bestemmelsen kan hjemle unntak fra de statiske aldersgrensene, basert på individuelle vurderinger.

Artikkel 29-gruppen har fremhevet at barns rettigheter skal anerkjennes fra både et dynamisk og et statisk perspektiv.<sup>70</sup> De ovennevnte statiske aldersgrensene er utslag av vurderinger av hvilke egenskaper en person generelt har på et visst utviklingstrinn, og angir klare regler som lett lar seg operasjonalisere i praksis – uavhengig av det enkelte barns individuelle utviklingsnivå. Det dynamiske perspektivet lagt til grunn i barneloven § 33 hensyntar derimot

---

<sup>67</sup> Artikkel 29-gruppen. “Opinion 01/2012 on the data protection reform proposals”, s. 13.

<sup>68</sup> Macenaite og Kosta, “Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?”, Information Communications Technology Law, Vol. 26:2, (2017) pkt. 4.2.

<sup>69</sup> Se Ot.prp. nr. 110 (2008–2009) pkt. 3.3.4.1 om at alminnelige rettsgrunnsetninger kan utgjøre unntak.

<sup>70</sup> Artikkel 29-gruppen “Opinion 2/2009 on the protection of children’s personal data (General Guidelines and the special case of schools)” s. 3.

det enkelte barns utvikling, og forutsetter en individuell vurdering av modenhet. De to perspektivene kan synes vanskelig å forene.

Spørsmålet om en ulovfestet personvernmessig myndighetsalder, samt gradvis økt selvbestemmelsesrett som mulige unntak fra vgml. § 9, diskuteres i det følgende.

#### *2.1.3.1 Ulovfestet samtykkekompetanse fra 15 år?*

Datatilsynet har over tid operert med en ulovfestet aldersgrense på 15 år som det generelle utgangspunktet. Datatilsynet og Forbrukerombudet utviklet i 2004 en veileder om samtykkekompetanse kalt «*Barn og unges personopplysninger: Retningslinjer for innhenting og bruk*». <sup>71</sup> Av denne fremgikk at barn «*som har fylt 15 år kan som hovedregel samtykke til innhenting og bruk av egne personopplysninger selv*». Det ble ikke vist til juridiske kilder for å forankre standpunktet om en aldersgrense på 15 år, utover å vise til at forutsetningene for et gyldig samtykke er at den som samtykker «*har evne til å forstå konsekvensene*» i lys av faktorer som «*alder, art og omfang av personopplysninger, samt formålet med innhenting*». I henhold til foreliggende praksis, ble personer over 15 år vurdert normalt å «*være i stand til å overskue de konsekvenser et samtykke kan ha*».

Veiledningen ble utgitt før den kraftige digitale utviklingen med påfølgende rettslig regulering de senere år. Selve veiledningen er ikke lett tilgjengelig. Datatilsynet har imidlertid inntil nylig gitt uttrykk for samme standpunkt på sine nettsider, der det fremkom at aldersgrensen for samtykke til behandling av personopplysninger utenfor virkeområdet til art. 8 normalt er 15 år. Praksisen antas å bygge på analogislutninger med andre lovfestede regler for barns samtykke, som skiller begrepet «barn» basert på alder, disposisjonens art, modenhet og rådende samfunnsoppfatninger.

Aldersgrensen er kommentert i flere rettskilder. Åpenhetsutvalget la i NOU 2019:10 til grunn at «*foreldrene i utgangspunktet kan samtykke på vegne av barn, men at barn har selvbestemmelsesrett fra fylte 15 år*». <sup>72</sup> Uttalelsen viser ikke til rettslig grunnlag, utover praksis fra Datatilsynet og antagelser om at denne praksisen bygger på barneloven § 33.

Barnelovutvalget ser ut til å innta motsatt standpunkt. I en oversikt over gjeldende aldersgrenser, uttaler utvalget i NOU 2020:14 at utover aldersgrensen i personopplysningsloven, «*.finnes ikke andre aldersgrenser for samtykke til personopplysninger, men Datatilsynet har oppstilt egne*». <sup>73</sup> Om den omdiskuterte ulovfestede aldersgrensen uttales at regelverket etter utvalgets syn synes «*for uklart i dag*», og det etterlyses tydeligere regler på området. De fleste rettskilder som berører tematikken nøyer seg da også med å vise til at Datatilsynet selv opererer med en slik grense, uten å ta stilling til om den har status som gjeldende rett. <sup>74</sup>

Informasjonen på Datatilsynets sider ble nylig fjernet. På telefon med veiledningstjenesten 17.01.22 begrunnes dette med at rettstilstanden er uoversiktlig. Informasjonen er derfor valgt fjernet i påvente av pågående lovgivningsarbeid.

---

<sup>71</sup> <https://docplayer.me/5451-Barn-og-unges-personopplysninger-retningslinjer-for-innhenting-og-bruk.html>.

<sup>72</sup> NOU 2019: 10, punkt 6.3.4.

<sup>73</sup> Pkt. 17.2.2.3.

<sup>74</sup> Se f.eks. Kommunaldepartementet i Prop. 145 L (2020-2021) Endringer i opplæringslova pkt. 2.2.2.1.

Uten en tydeligere rettslig forankring, kan jeg vanskelig å se at Datatilsynet 15-årsgrense kan legges til grunn som gjeldende rett. Følgelig anses den heller ikke å utgjøre et relevant unntak fra 18-årsgrensen i vgml. § 9. Se imidlertid pkt. 2.1.3.5 om Barnelovutvalgets forslag til lovfesting av en slik generell personvernmessig aldersgrense, anbefalt satt til 13 år.

### *2.1.3.2 Samtykkekompetanse etter barnelovens regler om gradvis selvbestemmelsesrett?*

Både vergemålsloven og barneloven berører spørsmålet om barns samtykkekompetanse indirekte – vergemålsloven med generelle regler om rettslig handleevne knyttet til faste aldersgrenser, barneloven med regler om gradvis økt selvbestemmelsesrett basert på individuelle vurderinger. Forarbeidene til personopplysningsloven viser til begge lover, uten å avklare forholdet mellom dem mht. spørsmål om samtykkekompetanse.<sup>75</sup> Ettersom foreldreansvaret og vergeansvaret normalt er på samme hånd, har det i praksis normalt liten betydning å skille mellom dem. Det kan likevel tidvis ha rettslig betydning, da de to formene for ansvar bygger på ulike utgangspunkter mht. aldersgrenser.

Som omtalt i pkt. 2.1.1 slår vergemålslovens forarbeider fast at samtykke til behandling av personopplysninger er en rettslig handling omfattet av § 9.<sup>76</sup> Standpunktet gjentas av Barnelovutvalget i NOU 2020:14.<sup>77</sup> Samtykke til behandling av personopplysninger er følgelig som hovedregel regulert av vergemålsloven.

For mindreårige gjelder imidlertid vergemålsloven bare i den utstrekning kompetansen ikke omfattes av foreldreansvaret etter barneloven.<sup>78</sup> Det følger av barneloven § 30 (4) at retten til å ta avgjørelser for barnet i «*økonomiske tilhøve*» følger av vergemålsloven, mens foreldrene har rett og plikt til å ta avgjørelser for barnet i «*personlige forhold*», jf. § 30 (1) 2. pkt.

Foreldreansvaret etter barneloven gjør følgelig unntak fra vergemålslovens regler hvis databehandlingen gjelder personlige forhold.<sup>79</sup> Hva som er «personlig» er ikke definert i loven. Tidvis vil dette være åpenbart, eksempelvis ved hjemlige aktiviteter som klesvalg, organisering av lekser, fritidsaktiviteter med mer. Da behandling av barns personopplysninger imidlertid skjer i svært varierte situasjoner, kan «*grensene være diffuse, og enkelte beslutninger kan inneholde elementer av begge deler*».<sup>80</sup> Eksempelvis legger Åpenhetsutvalget til grunn at deling av bilder på sosiale medier kan anses som personlige forhold, men først etter en nærmere vurdering av hvem som deler bildene (profesjonelle aktører eller privatpersoner?), om bildene deles på en åpen eller lukket nettside (hvor mange deles bildene med?), samt forholdet mellom den som deler og den som behandler personopplysningene.<sup>81</sup> Utvalget ser ut til å konkludere med at denne type deling av bilder samtidig faller utenfor det saklige virkeområdet i PVF art 2, som gjør unntak fra forordningen for «*behandling av personopplysninger som utføres av en fysisk person som ledd i rent*

---

<sup>75</sup> Prop. 56 LS (2017–2018), s. 95. Ot.prp. nr. 110 (2008–2009), merknaden til § 9.

<sup>76</sup> Da forarbeidsuttalelsen knytter seg til tolkningen av vergemålsloven, anses det uten betydning at den kom før PVF avløste personverndirektivet.

<sup>77</sup> Pkt. 10.4.2 om gjeldende rett.

<sup>78</sup> Vgml. § 1 (1) siste punktum.

<sup>79</sup> NOU 2020:14 pkt. 17.2.2.2.1.

<sup>80</sup> Ibid. pkt. 10.4.5.4.

<sup>81</sup> NOU 2019: 10, punkt pkt. 5.1.4.4.

*personlige eller familiemessige aktiviteter*» - «the household exemption».<sup>82</sup> Unntaket er begrunnet med at det kan fremstå som «et uønsket inngrep i den enkeltes privatliv» om man skulle gi regler som åpner for kontroll med den behandlingen av personopplysninger som foretas som privatperson».<sup>83</sup>

Der forståelsen av hva som anses personlig etter de to regelverkene overlapper, vil forhold som omfattes av barneloven samtidig falle utenfor PVF. Spørsmålet om barns samtykke faller da utenfor aldersgrensen i art. 8 (1), og vil i sin helhet reguleres av barnelovens regler om barnets med – og selvbestemmelsesrett i §§ 31-33.<sup>84</sup> Det bemerkes likevel at tolkningen av begrepet «personlig» her tilhører ulike rettssystemer underlagt ulike tolkningslærer. Virkeområdene er ikke harmonisert, og selv om det vil foreligge en overlapp gis det følgelig ikke her uttrykk for at forhold regulert av barneloven i sin helhet faller utenfor PVF.

Der barneloven ikke anvendes grunnet databehandling om rettslige eller økonomiske forhold, er det likevel viktig å huske at det dynamiske perspektivet fortsatt skal hensyntas. Enhver sak som berører barn er underlagt grunnleggende barnerettslige krav oppstilt i Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen.

Det må imidlertid skilles mellom med – og selvbestemmelsesrett. Mens barneloven § 31 hjemler en gradvis økt selvbestemmelsesrett, hjemler barnekonvensjonen art. 12 og Grl. § 104 kun en medbestemmelsesrett. I dette ligger at barnet – uavhengig av når samtykkekompetansen inntreer – har en rett til å få si sin mening og til å bli hørt i økende grad med alder og modenhet. Skal medbestemmelsesretten være reell, betyr dette også at barnets mening i noen tilfeller blir utslagsgivende i avgjørelsesprosessen. Innad i relasjonen til sine foreldre, kan dette bety at barnet i praksis selv tar avgjørelsen når det er tilstrekkelig modent for det, selv om det utad mot andre aktører formelt fortsatt er foreldrene som utøver samtykket på barnets vegne.<sup>85</sup>

Det kan til en viss grad også argumenteres for at differensierte aldersgrenser i seg selv er en måte å gi barnet gradvis økt selvbestemmelse. Slike aldersgrenser kan forankres i barnerettslig forskning om hvor modne og reflekterte barn – generelt – er ved en gitt alder. Slik vil aldersgrensen treffe riktig for mange barn, men ikke alle. I sin vurdering av om den fremtidige reguleringen av barns samtykkekompetanse skal følge faste aldersgrenser eller individuelle vurderinger, mener Barnelovutvalget likevel at førstnevnte har de beste grunner for seg.<sup>86</sup>

#### *2.1.3.5 Sammenfatning av samtykkekompetansen utenfor PVF art. 8 (1)*

Hovedregelen er at barn har samtykkekompetanse fra 18 år, jf. vgml. § 9. Det foreligger ingen lovfestede generelle unntak fra hovedregelen utover PVF art. 8 (1), og jeg kan ikke se at Datatilsynets praksis knyttet til en ulovfestet 15-årsgrense har tilstrekkelig rettslig forankring

---

<sup>82</sup> Tolkningen var primært knyttet til PVF art, men utvalget ser ut til å koble forståelsen av de to regelverkene sammen. Da konklusjonen var at forholdet falt utenfor PVF art 8 (1), samt ble regulert av barneloven §§ 31-33, ser utvalget ut til å ha trukket slutninger om begge regelsett.

<sup>83</sup> NOU 1997: 19 s. 58; Ot.prp. nr. 92 (1998-99) s. 105.

<sup>84</sup> Åpenhetsutvalget fant at «personopplysningsloven § 5, jf. forordningen artikkel 8 ikke blir bestemmende for barns samtykkekompetanse til deling av bilder, film og lydopptak av seg selv på sosiale medier». Se NOU 2019: 10, pkt. 6.2.4.

<sup>85</sup> Se tilsvarende forståelse i NOU:2020:14 kap. 19 om merknad til § 6-6, som foreslås å avløse barneloven § 33.

<sup>86</sup> NOU:2020:14 pkt. 17.2.7.2.1.

som gjeldende rett. I sin utredning om ny barnelov tar Barnelovutvalget til orde for en mer helhetlig regulering av barns samtykkekompetanse, og det foreslås at «*barn som har fylt 13 år, vel sjølv om det skal samtykkje til deling av personopplysningar.*» Unntak foreslås for særlige kategorier personopplysninger, og det foreslås samtidig at alle barn skal kunne nekte foreldre «*samtykkje til deling av personopplysningar.*» Jeg mener en slik beslutningskompetanse anses å ligge innenfor det nasjonale handlingsrom – gitt tidligere vurderinger om at spørsmål om rettslig handleevne tilligger nasjonal lovgiver.

Det statiske og dynamiske tolkningsprinsippet kan synes vanskelig å forene. Selv om barnelovens regler er avgrenset til personlige forhold, skal likevel anvendelse av de faste aldersgrensene i vergemålsloven og PVF tolkes i lys av barnerettslige krav nedfelt i barnekonvensjonen og Grunnloven § 104. Disse hjemler en medbestemmelsesrett forankret i individuelle vurderinger, som tidvis vil innebære at barnets mening er utslagsgivende. Hensynet til barnets beste skal videre legge føringer. Slik vil også de dynamiske barnerettslige prinsippene bli tillagt vekt ved anvendelsen av de faste aldersgrensene, - uavhengig av om databehandlingen gjelder økonomiske eller personlige forhold.

## 2.2 Materielle vilkår for samtykke

### 2.2.1 Hovedregel om behandlingsgrunnlag i PVF art. 6 (1) a)

Hovedregelen for samtykke som behandlingsgrunnlag er art. 6 (1) a). Bestemmelsen suppleres av ovennevnte regler om alder, generelle gyldighetsvilkår i art. 4 nr. 11 og art. 7, samt føringer i flere fortalepunkter. Det fremkommer av en rekke kilder at samtykke er egnet der den registrerte har kontroll over sine personopplysninger, og har et reelt valg med hensyn til å akseptere eller avvise de tilbudte vilkår.<sup>87</sup> Samtykket er følgelig en presumptivt villet handling fra den registrertes side.<sup>88</sup> For å sikre dette, stilles det strenge krav til et samtykkes gyldighet.

#### 2.2.1.1. Generelt om vilkår for gyldighet i PVF art. 4 nr. 11

Art. 7 regulerer enkelte sider av samtykket, og sier noe om blant annet hvordan den registrerte skal informeres, om retten til tilbaketreking av samtykket, samt hva det vil si at et samtykke er frivillig. Selve definisjonen på et samtykke følger av art. 4 nr. 11. Her fremkommer at samtykket er en «*frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljesytring*», hvilket er utdypet i fortalepunktene 32, 33, 42 og 43. Definisjonens fire vilkår gjennomgås kort, før det fokuseres spesielt på kravene til «informert» og «frivillig» i lys av barn som registrerte.

Samtykket er ikke «*frivillig*» hvis den registrerte er utsatt for press, ikke har reell valgfrihet, eller ikke kan nekte samtykke uten risiko for negative konsekvenser – eksempelvis at det nektes tilgang til en tjeneste (såkalte «take-it-or-leave-it»-løsninger).<sup>89</sup> Likedan hvis et samtykke avgis i forbindelse med en kontrakt som er betinget av at barnet avgir opplysninger

<sup>87</sup> Se Personvernrådet «Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679» pkt. 1 (3).

<sup>88</sup> Både samtykke etter art 6 (1) a) og avtalerettslig nødvendighet etter art. 6 (1) b) er følgelig avtalerettslige disposisjoner med sterke berøringspunkter til avtaleretten som rettsfelt.

<sup>89</sup> Se fortalepunkt 42 og Personvernrådet «Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679» pkt. 3.1.2.



som ikke er nødvendige for kontraktens oppfyllelse.<sup>90</sup> Forutsetning om tilgang til lokasjonsdata på telefonen, skal eksempelvis ikke være nødvendig for å bruke kamerafunksjonen. I kravet til frivillighet ligger også at samtykket er reversibelt, og skal kunne trekkes tilbake like lett som det er avgitt.<sup>91</sup> I vurderingen er videre styrkeforholdet mellom partene av betydning. Dette reiser særskilte spørsmål rundt bruk av personopplysninger i skolen, se pkt. 2.1.2.2.

Et samtykke skal være «*informert*», så den registrerte forstår hva det samtykkes til. Uten slik nødvendig informasjon, blir brukerens kontroll over personopplysningene illusorisk. I informasjonskravet ligger for det første et krav til hvilke opplysninger som skal gis (f.eks. om den behandlingsansvarliges identitet og formålene med behandlingen etter fortalepunkt 42, om retten til å trekke samtykket tilbake etter art. 7 (3), samt nærmere definerte minstekrav etter art. 13 og 14). Kravet til at samtykket skal være «*informert*» henger videre tett sammen med kravene til lovlighet, rettferdighet og åpenhet i artikkel 5 (1) a). Prinsippene kan tilsi at det bør gis informasjon utover minstekravene - eksempelvis om hvilke opplysningstyper databehandlingen omfatter.<sup>92</sup> I tillegg til krav til *type* informasjon, stilles det også krav til *hvordan* informasjonen formidles. Informasjonen skal gis på en måte som er klar og tydelig, hvilket anses spesielt viktig der den registrerte er et barn. Sistnevnte utdypes i pkt. 2.1.2.3.

At samtykket er en «*spesifikk*» viljesytring betyr at det skal samtykkes til et klart og presist formulert formål, som styrende for hva personopplysningene kan brukes til.<sup>93</sup> At samtykket skal være en «*utvetydig*» viljeserklæring, betyr at det ikke skal være tvilsomt at den registrerte faktisk har ment å samtykke. Derfor kreves en aktiv handling, som å klikke, hake av i en boks eller lignende. Passivitet, stillhet eller på forhånd avhakede bokser oppfyller ikke vilkåret.<sup>94</sup>

I det følgende diskuteres i hvilken grad barns iboende sårbarhet påvirker hva som anses «*frivillig*» og «*informert*».

#### 2.1.2.2 Spesielt om barns frivillighet i skolesektoren<sup>95</sup>

Et sentralt moment i vurderingen av et samtykkes frivillighet, er en eventuell ubalanse mellom partene. Klassiske eksempler er forholdet mellom en ansatt og dennes arbeidsgiver, eller forholdet mellom borgerne og myndighetene.<sup>96</sup> Fellesnevneren for problematikken er ulikt styrkeforhold – typisk slik vi kjenner fra den ufravikelige forbrukerlovgivning. Tematikken bør ha stor overføringsverdi til barn som registrerte. Ikke bare faller de innenfor den klassiske forbrukerkategorien, de fremheves også som en sårbar gruppe av registrerte «*as they may be less aware of the risks, consequences and safeguards concerned and their rights in relation to the processing of personal data*».<sup>97</sup> Det skjeve styrkeforholdet mellom barnet og en profesjonell aktør - eksempelvis Google - må i stor grad påvirke tolkningen.

---

<sup>90</sup> Jf. art. 7 (4).

<sup>91</sup> Jf. art. 7 (3).

<sup>92</sup> Se Schartum «Personvernforordningen – en lærebok», 2020 s. 117.

<sup>93</sup> Se mer om dette i Artikkel 29-gruppen «Opinion 3/2013 on purpose limitation» pkt. III 1.2.

<sup>94</sup> Personvernrådet «Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679 pkt. 3.4.

<sup>95</sup> Oppdragsbeskrivelsens pkt. 2.2. På telefon med Kummeneje 12.10, ble dette punktet avgrenset til en behandling av samtykke i skolen. Kan også sees i sammenheng med pkt. 2.1.3.

<sup>96</sup> Se Personvernrådet «Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679 pkt. 3.1.1.

<sup>97</sup> Se fortalepunkt 38.

Den grunnleggende ubalansen aktualiseres ved økt bruk av personinnsamlende digitale løsninger i skolesektoren. Det samlede bildet av personopplysninger behandlet via digitale læringsplattformer og samarbeidsverktøy, nettbrett, datamaskiner med mer, tegner et detaljert bilde av et barns utvikling og atferd gjennom et helt utdanningsløp.

Utviklingen gir grunn til å stille strenge krav til behandlingsgrunnlag. I den anledning legges til grunn som et generelt utgangspunkt at bruken av digitale løsninger i skolesektoren normalt forankres i opplæringsloven<sup>98</sup> og PVF art. 6 (1) e) om nødvendighet for å «*utføre en oppgave i allmennhetens interesse eller utøve offentlig myndighet*». Likedan er PVF art. 6 nr. 1 bokstav c) om nødvendig behandling «*for å oppfylle en rettslig forpliktelse*» aktuell. Utgangspunktet støttes av blant annet Utdanningsdirektoratet,<sup>99</sup> Datatilsynet,<sup>100</sup> og Kunnskapsdepartementet, og legges av sistnevnte til grunn som gjeldende rett i Prop. 145 L (2020-2021) om endringer i opplæringsloven med mer.<sup>101</sup> Kunnskapsdepartementet uttaler her at samtykke er «*mindre eigna som eit rettsleg grunnlag for behandling av personopplysningar ved utøving av offentleg styresmakt. Årsaka til dette er at eit samtykke truleg ikkje kan reknast som frivillig når opplysningane skal behandlast i samband med å få oppfylt ein rett og anna frå det offentlege*». <sup>102</sup> Personvernrådet legger seg på samme linje, og sistnevnte uttaler i sine retningslinjer for samtykke at: «*Recital 43 clearly indicates that it is unlikely that public authorities can rely on consent*» grunnet «*a clear imbalance of power*». <sup>103</sup>

Lagt til grunn at behandling av barns personopplysninger i skolesektoren som hovedregel forankres i PVF art. 6 (1) e) (og c)), vil kommunen normalt være behandlingsansvarlig. PVF art. 8 vil videre ha liten plass, da databehandlingen gjerne skjer gjennom offentlig ikke-kommersiell virksomhet.

Fra ovennevnte utgangspunkt finnes unntak. Kunnskapsdepartementet uttaler blant annet at for «*enkelte typar behandling av personopplysningar i barnehage og skule vil samtykke likevel vere eigna som behandlingsgrunnlag*». <sup>104</sup> Departementet går ikke inn i vurderingen, utover å vise til avgrensede eksempler knyttet til fotografering av elever til bruk i skolekataloger og plattformer til kommunikasjon mellom hjem og skole. Det poengteres videre at samtykket må være frivillig. Spørsmålet er dermed når bruk av digitale løsninger i skolesektoren likevel kan forankres i samtykke.

Datatilsynet diskuterer bruk av behandlingsgrunnlag i sin vurdering av flere kommuners bruk i grunnskolen av Google sine løsninger (den bærbare datamaskinen Google Chromebook og skytjenesten Google Workspace for Education Fundamentals). <sup>105</sup> Datatilsynet fant flere avvik i sin gjennomgang av kommunenes praksis, blant annet mht. behandlingsgrunnlag.

---

<sup>98</sup> LOV-1998-07-17-61.

<sup>99</sup> Utdanningsdirektoratet 2018: «Samtykke som rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger».

<sup>100</sup> Selv om Datatilsynet mener bokstav c mindre egnet, da de anser «*ordlyden i bestemmelsen og konteksten av behandlingen mer treffende for artikkel 6 nr. 1 bokstav e*», se <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/vurdering-av-personvernkonsekvenser/>.

<sup>101</sup> Prop. 145 L (2020-2021) Endringer i opplæringslova, friskulelova og barnehagelova (behandling av personopplysningar, fjernundervisning o.a.) pkt. 2.2.1.3.

<sup>102</sup> Ibid. pkt. 2.2.2.2.

<sup>103</sup> Se Personvernrådet «Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679 pkt 3 (24)». Se også Utdanningsdirektoratet 2018: Samtykke som rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger.

<sup>104</sup> Jf. Prop. 145 L (2020-2021) Endringer i opplæringslova pkt. 2.2.2.2.

<sup>105</sup> Tidligere G Suite for Education (GSFE).

Datatilsynet uttaler i en veiledning utviklet i etterkant om «Google-pakken» og andre skytjenester, at databehandlingen i skolen ikke kan forankres i samtykke fordi «*elevene eller de foresatte ikke har en reell mulighet til å samtykke eller trekke samtykket*».<sup>106</sup> Kommunens beslutning om bruk av «Google-pakken» ble ansett å være et «*vedtak som treffes i ledd av kommunenes offentlige myndighetsutøvelse*»,<sup>107</sup> og behandlingen av elevenes personopplysninger gjennom løsningen ble vurdert å være en implisitt del av myndighetsutøvelsen. Da barnet eller foreldrene ikke har påvirkningsmuligheter, ble samtykket vurdert ikke å være frivillig.

Også Datatilsynet åpner imidlertid for unntak, og skiller mellom de ulike tjenestene som ble vurdert. Skytjenesten Google Workspace for Education Fundamentals tilbyr kontorverktøy til skolearbeid. Tjenesten består av obligatoriske kjernetjenester, samt valgfrie tilleggstjenester. Ved bruk av kjernetjenestene formidles det ikke «*annonser i tjenestene*» eller brukes «*kundedata til reklameformål*». Ved bruk av tilleggstjenestene, kan elevene derimot både profileres og tilbys persontilpasset markedsføring. Sistnevnte gjelder også ved bruk av nettleseren Google Chrome, på lik linje med nettsurfing fra andre datamaskiner og via andre nettlesere.

Datatilsynet anså kjernetjenestene for å falle innenfor behandlingsgrunnlaget om offentlig myndighetsutøvelse, mens de valgfrie tilleggstjenestene ble vurdert å kreve samtykke grunnet sin bruk av profilering og rettet markedsføring.<sup>108</sup> Forutsetningen for sistnevnte er da at dette i en konkret situasjon anses frivillig. At både Kunnskapsdepartementet og Datatilsynet viser til samtykke som et aktuelt rettslig grunnlag, aktualiserer spørsmålet om frivillighet også for de andre samtykkebaserte gratistjenestene som tas i bruk, eksempelvis Facebook til kommunikasjon med hjemmet eller bruk av matteprogrammet Kikora i undervisningen.<sup>109</sup> Tjenestene kan være svært ulike, og ha varierende grad av personvernmessig risiko. Situasjonen kan være at tjenestene ikke er besluttet eller kjent av kommunen eller skoleeier, men tatt i bruk av den enkelte ansatte. Da slike tjenester ikke har vært gjennom samme prosesser som kommunalt besluttede virkemidler, er det fare for at det ikke er gitt opplæring i bruken, at ingen har vurdert eventuell databehandleravtale, eller har gjennomført risikovurderinger mht. eksempelvis deling med tredjeparter.

Gitt den store ulikheten i slike tjenester, må vurderingen av et samtykkes frivillighet trolig bli konkret. Som vist ovenfor, har mange aktører uttrykt skepsis til bruk av samtykke, nettopp fordi databehandlingen skjer i offentlig sammenheng. At den ene parten er offentlig, bør trolig vurderes relevant i vurderingen av balanse mellom partene, selv om tjenestene ikke forankres i behandlingsgrunnlaget om offentlig myndighetsutøvelse. For barnet er det neppe avgjørende om den aktuelle digitale løsningen er forankret i beslutning hos kommunen eller hos læreren selv - aktivitetene skjer uansett i det samme klasserommet med den samme læreren som

---

<sup>106</sup> <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/vurdering-av-personvernkonsekvenser/>.

<sup>107</sup> Datatilsynet viser til hjemmel i «Forskrift om utfylling av dei overordna måla og prinsippa for opplæringa i grunnskolen og i den vidaregåande opplæringa», jf. opplæringsloven § 2-3.

<sup>108</sup> Det samme fremkommer av Google sine brukervilkår.

<sup>109</sup> Datatilsynet nevner som eksempel på slike nettbaserte verktøy som lagrer personopplysninger Dropbox, Blogspot, Lokus Cyberbook, Gyldendal undervisning m.m., se Datatilsynet «Personvern i skole og barnehage. Samlerapport» 2014 s. 11.

barnet er vant til å lytte til. Merk at vurderingen av ubalanse kan slå annerledes ut der samtykkekompetansen ligger hos foreldrene, som ikke står i samme avhengighetsforhold.

Personvernrådet sier forutsetningen for bruk av samtykke i skolesektoren er at barnet har reell kontroll og et reelt valg.<sup>110</sup> Vilkåret vil i lys av dette lettere anses frivillig der tjenesten ikke er sentral for selve undervisningen, men kun for kommunikasjon med hjemmet, for informasjon på skolens hjemmeside eller lignende. Utover dette må vurderingen være konkret knyttet også til spørsmålet om barnet kan nekte å samtykke uten risiko for negative konsekvenser – som dårligere læringsutbytte.

Oppsummert mener jeg spørsmålet om bruk av samtykke i skolesammenheng må forankres i en konkret vurdering av kontekst og type tjeneste. Kommunale beslutninger om bruk av digitale løsninger i skolesektoren kan normalt ikke forankres i samtykke, da barn og foreldre mangler reell valgfrihet og påvirkningsmulighet. Også for digitale tjenester for øvrig (eksempelvis tatt i bruk av den enkelte ansatte), er det grunn til å utvise forsiktighet, da barnet kan være i et avhengighetsforhold og kan mangle reelle alternativer. Gitt stor variasjon mellom de ulike tjenestene, vil samtykke likevel tidvis kunne fungere godt. Dette krever at barnet har en reell mulighet til å si nei uten risiko for negative konsekvenser, typisk der tjenesten ikke er sentral for selve undervisningen.

### *2.1.2.3 Spesielt om «informert» - i lys av formidlingsmetode*

Kravet til et «informert» samtykke etter art. 4 nr. 11, konkretiseres nærmere i art. 12 - 14. Mens art 13 og 14 stiller krav til *hva* det informeres om, stiller art. 12 krav til *hvordan* informasjonen skal gis. Oppdragsbeskrivelsen pkt. 1.1.1 ber spesielt vurdert sistnevnte.

Art. 13 gjelder krav til informasjon der personopplysninger samles inn fra den registrerte selv, mens art. 14 regulerer informasjon der personopplysninger hentes fra andre kilder. I tillegg til konkrete kategorier opplysninger (opplysninger om den behandlingsansvarlige, behandlingsformål, rettslige grunnlag m.m.), må det i tillegg gis den informasjon som konkret anses nødvendig for å sikre «*lovlig, rettferdig og åpen behandling*» etter art. 5 (1) a).

Skal den registrerte ha nytte av informasjonen i art. 13 og 14, stilles det i tillegg krav etter art. 12 om at denne gis på en «*kortfattet, åpen, forståelig og lett tilgjengelig måte og på et klart og enkelt språk*».<sup>111</sup> Som det fremkommer av Personvernkommisjonens mandat, er Norge et land med høy digital modenhet. Spesielt barn anses digitalt kompetente. Det er likevel stor forskjell på å være en dreven digital bruker, og å være i stand til å forstå problematikken knyttet til bruken av personopplysninger. Etter art. 12 stilles det derfor ekstra strenge krav til formidlingen «*når det gjelder informasjon som spesifikt er rettet mot et barn*». Informasjonen skal da gis på en måte så «*barnet lett kan forstå*».<sup>112</sup> Artikkel 29-gruppen gir i sine retningslinjer for åpenhet anbefalinger om fremgangsmåte.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> Se Personvernrådet «Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679 pkt. 3.1.1.

<sup>111</sup> Det skal for den registrerte være «*klart og tydelig at personopplysninger om dem samles inn, benyttes, konsulteres eller på annen måte behandles, og i hvilket omfang de behandles eller vil bli behandlet*», jf. fortalepunkt 39.

<sup>112</sup> Se fortalepunkt 58.

<sup>113</sup> Artikkel 29-gruppen. «Guidelines on transparency under Regulation 2016/679».

Tilrettelegging kan for det første skje gjennom språk og tekst, ved å sikre at vokabular, tone og språkstil er egnet. Det bør unngås juridisk sjargong og vage ord som "kan", "kanskje", "noen" osv.<sup>114</sup> Som eksempel kan vises til FNs Barnekonvensjon utarbeidet i en barnevennlig versjon.<sup>115</sup> Språk og tekst kan videre forenkles og gjøres mer pedagogisk gjennom visualiseringsverktøy og gjennomtenkt bruk av tekststrukturer, fete overskrifter, interne sammendrag, disposisjoner, tabeller med mer.

I retningslinjene for åpenhet er det et eget kapittel om formidling til barn. Her oppfordres til bruk av spesielt barnerettede virkemidler, som tegneserier, piktogrammer, animasjoner med mer.<sup>116</sup> ICO oppfordrer på sine informasjonssider til mye av det samme, og foreslår i tillegg bruk av diagrammer, grafikk, video- og lydinnhold, «gamifisert» eller interaktivt innhold som vil interessere barn, samt «personverndashboards» og symboler for å hjelpe barns forståelse. Det vises også til en del generelle teknikker til nytte uavhengig av alder, så som juridisk designmetodikk (designstrategier med fokus på organisering og visning av informasjon for å maksimere klarhet og forståelse).<sup>117</sup>

«Barn» er imidlertid en variert gruppe. Skal man treffe med virkemidlene, må man samtidig skille mellom ulike aldersspenn. ICO utga i 2020 veiledningen «*Age appropriate design – a code of practice for online services*», som fastsetter 15 prinsipper for aldersriktig design.<sup>118</sup> Fokuset er utforming av standardinnstillinger som sikrer barn best mulig tilgang til online tjenester, samtidig som data-innsamlingen minimeres. Veiledningen underbygges av vedlegget «Annex B: Age and developmental stages». Den konkretiserer ikke valg av design og virkemidler, men beskriver kognitiv utvikling og kjennetegn for de ulike aldersintervallene. En gitt alder vil kun gi indikasjoner på et barns utviklingsnivå. Innsikt i hvilke kognitive evner og atferd et barn i en viss alder normalt innehar, sier likevel noe om hvordan informasjon best kan tilpasses i lys av fagfelt som utviklingspsykologi. Eksempelvis fremkommer det at yngre barn normalt har størst nytte av visuelle virkemidler, mens ungdommer og voksne i tiltagende grad har nytte av tekstbaserte virkemidler. Innsikt i konkrete kjennetegn ved et utviklingsnivå, sammenholdt med eksempler på visuelle og tekstbaserte virkemidler nevnt ovenfor, kan følgelig gi indikasjoner på best mulig tilpasning.

For å sikre at man treffer riktig målgruppe, bør barn selv være med å påvirke utformingen. Deres meninger, råd og anbefalinger skal hensyntas, i tråd med grunnleggende prinsipper om at barn skal bli hørt.<sup>119</sup> Artikkel 29-gruppen foreslår at barn deltar i brukerpaneler for å teste hvor forståelig og åpen informasjonen er, samt for å teste effektiviteten til brukergrensesnitt/ notiser/ policyer osv. Barns delaktighet er også sentralt i det som omtales som "deltakende design", som kjennetegnes ved at ulike faggrupper (som advokater, visuelle og grafiske

---

<sup>114</sup> Ibid. pkt. 14.

<sup>115</sup> <https://sites.unicef.org/rightsite/files/uncrcchildfriendlylanguage.pdf>.

<sup>116</sup> Artikkel 29-gruppen. "Guidelines on transparency under Regulation 2016/679" pkt. 18.

<sup>117</sup> ICO, <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultations/2614762/age-appropriate-design-code-for-public-consultation.pdf> s. 31 og Milkaite og Lievens "Child-friendly transparency of data processing in the EU: from legal requirements to platform policies", *Journal of Children and Media* 2019 s. 16.

<sup>118</sup> <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-of-practice/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services/annex-b-age-and-developmental-stages/>.

<sup>119</sup> Se om dette i Council of Europe "Recommendation CM/Rec(2018)7 of the Committee of Ministers to Member States on guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment."

designere, kommunikasjonsrådgivere, programvareingeniører med flere) samarbeider med barn om å utvikle så effektive og gode design og dokumenter som mulig.<sup>120</sup>

Det er en lang rekke virkemidler til rådighet ved bevisst formidling til barn. Slike fjerner ikke enhver praktisk utfordring der mye informasjon skal formidles. Der Google behandler personopplysninger gjennom eksempelvis Chromebook, kan det være angitt en lang rekke behandlingsformål med forankring i flere ulike behandlingsgrunnlag. Da er det en åpenbar spenning mellom å skulle gi fullstendig informasjon, samtidig som den skal være kort og presis. Artikkel 29-gruppens forslag om lagdelt informasjon, bruk av «push and pull» varsler med mer kan være til hjelp et stykke på vei.<sup>121</sup>

I artikkelen “*Child-friendly transparency of data processing in the EU*” diskuteres forskning rundt informasjonsformidling til barn.<sup>122</sup> I sin analyse viser forfatterne blant annet til at retningslinjene til Instagram, Snapchat og TikTok fortsatt er lange, relativt vanskelige, og i stor grad tekstbaserte. Det anses å være et stort forbedringspotensiale for bruk av mer engasjerende formater og forståelig språk tilpasset ulike aldre. Noe av forklaringen ligger trolig i de praktiske utfordringene omtalt i pkt. 2.1.2.3 om at slike tjenester ikke spesifikt er rettet mot – eller tilpasset - barn. Dette understreker behovet for å kjenne brukergruppen av tjenesten som tilbys, så en bevisst bruk av formidlingsmetoder får større effekt.

Alderstilpasning av informasjon, er altså sentralt for å sikre et «informert» samtykke. Det er likevel ikke opplagt at formidlingsmetoden til enhver tid kan avhjelpe det grunnleggende problemet knyttet til å forstå tematikken. Hvor mye kan egentlig et barn forstå, hvis informasjonen som skal tas inn uansett er for kompleks?

Forbrukerrådet utga i 2021 rapporten «*Time to ban surveillance-based advertising*» knyttet til personvernmessige utfordringer ved det som omtales som overvåkningsbasert markedsføring.<sup>123</sup> Forbrukerrådet beskriver praksisen som «*widespread and complicated to understand, even for experts*», og umulig for en forbruker å forstå, uavhengig av hvordan informasjonen forklares: «*Even if this information were accessible in any meaningful form, it would be difficult or even impossible for consumers to make use of it due to the technical complexity and the scope of the practice, and because they rarely have a real choice.*»<sup>124</sup> En lang rekke aktører viser til bekymringer rundt bruken av samtykke som behandlingsgrunnlag for en forretningsmodell som beskrives lite transparent. Macenite og Kosta skriver i sin artikkel om art. 8 at “*even with extensive information available and especially given the complexity of profiling techniques and big data analytics that are difficult even for adults to comprehend,*

---

<sup>120</sup> Milkaite & Lievens “Child-friendly transparency of data processing in the EU: from legal requirements to platform policies” *Journal of Children and Media* 2019 s. 17.

<sup>121</sup> Artikkel 29-gruppen “Guidelines on transparency under Regulation 2016/679” pkt. 8 om at informasjonen skal presenteres “*efficiently and succinctly in order to avoid information fatigue*».

<sup>122</sup> Milkaite & Lievens “Child-friendly transparency of data processing in the EU: from legal requirements to platform policies”, *Journal of Children and Media* 2019. I tillegg til ovennevnte teknikker, vises blant annet til bruk av informasjonslag, tidslinjer, flytskjemaer, visuelt skjematisk språk, “just in time” kontekstuelle popup-meldinger, chatbot-grensesnitt, 3D-berøring eller merknader eller personverndashboard, samt multisensoriske aspekter. Se kap. 5 med videre henvisninger i teksten.

<sup>123</sup> <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2021/06/20210622-final-report-time-to-ban-surveillance-based-advertising.pdf>.

<sup>124</sup> Ibid.

*many minors would still be unable to properly measure the significance of their consent as regards the impact on their privacy and personal autonomy.*”<sup>125</sup>

I ovennevnte kilder beskrives markedet for deling av data og profilering av brukerne så lite åpent, så omfattende og så komplekst at et barn vanskelig kan forstå konsekvensene av hva det samtykkes til.<sup>126</sup> Dette gir grunn til å diskutere om det i kravet til et «informert» samtykke ligger et krav til informasjon også om de personvernmessige konsekvensene.

Det følger av fortalepunkt 39 at den registrerte “*should be made aware of risks, rules, safeguards and rights*”. Artikkel 29-gruppen fremhever at et sentralt hensyn under både kravet til åpenhet og rettferdighet er at den registrerte skal kunne forutse “*what the scope and consequences of the processing entails and that they should not be taken by surprise at a later point*”.<sup>127</sup> Om dette kan konkretiseres som en generell opplysningsplikt er likevel ikke opplagt. Ved overføring av personopplysninger til tredjeland etter art. 49 (1) a), krever et samtykke at den registrerte har blitt informert om «*de mulige risikoene*» overføringene kan ha for vedkommende. Tilsvarende informasjonskrav er ikke nedfelt som minstekrav etter art. 13 og 14, og det kan følgelig neppe innfortolkes like strenge krav for «normalsituasjonen».

Som del av prinsippet om «åpenhet, lovlighet og rettferdighet» etter art. 5 (1) a) er det likevel grunn til å innfortolke et informasjonskrav om risiko der denne er av et visst nivå. Dersom behandlingsansvarlig treffer risikoreduserende tiltak etter art. 32, viser Schartum til at informasjon om resterende risiko bør opplyses.<sup>128</sup> Kravet skjerpes ytterligere der behandlingsansvarlig har gjennomført konsekvensutredning etter art. 35 for aktiviteter som innebærer «høy risiko». I en slik vurdering vektlegges om behandlingen gjelder sårbare registrerte – som barn, samt hvorvidt databehandlingen for øvrig gjelder særlige kategorier personopplysninger, profilering, sammenstilling av datasett med mer.

Selv om det neppe kan innfortolkes et opplysningskrav om risiko for enhver behandling av personopplysninger, må vurderingene reflektere at barn er involvert. Bekymringen rundt samtykke som behandlingsgrunnlag – som i ovennevnte kilder – knytter seg typisk til stordataproblematikk. I slike situasjoner må risikovurderingen speile at behandlingen gjelder barn, og man er lettere innenfor virkeområdet av art. 35. Der de personvernmessige konsekvensene vurderes høye - typisk ved komplisert, teknisk eller uventet databehandling, vil det dermed likevel være slik at barnet bør gis enkel og tilpasset informasjon om risiko som en del av normalen.

I den anledning bør det presiseres et behov for å skille mellom ulike situasjoner for databehandling. Det er ikke all praksis som lar seg forene med prinsippene i PVF og kravene til et gyldig samtykke. Så lenge det i praksis ikke er mulig å vite hva personopplysningene brukes til, hvem de deles med, og hvordan eller om man profileres, kan det argumenteres med

---

<sup>125</sup> Macenaite og Kosta “Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?”, Information Communications Technology Law, Vol. 26:2, (2017), s. 160. Se også Milkaite og Lievens. “Child-friendly transparency of data processing in the EU: from legal requirements to platform policies”, Journal of Children and Media 2019 s. 18.

<sup>126</sup> Se også Artikkel 29-gruppen om at barns personopplysninger ikke bør behandles for “*behavioural advertising purposes, neither directly nor indirectly, as this will be outside the scope of a child’s understanding and therefore exceed the boundaries of lawful processing*”. Opinion 02/2013 on apps on smart devices pkt. 3.10.

<sup>127</sup> Artikkel 29-gruppen. Guidelines on transparency under Regulation 2016/679 pkt. 10.

<sup>128</sup> Se Schartum «Personvernforordningen – en lærebok», 2020 s. 120.

at det ikke er ikke måten samtykket innhentes på som må endres, men deler av forretningsmodellen.<sup>129</sup> På den annen side må man samtidig ikke glemme all den databehandlingen som finner sted utenfor medias søkelys. Selv om det skrives mye om stordataproblematikk, profilering og målrettet markedsføring, må det huskes at mange leverandører behandler personopplysninger i mer avgrenset form, for mer avgrensede formål, uten at dataene deles videre på et marked med ukjente mottakere, og uten at profilering finner sted. En slik databehandling i tråd med de grunnleggende prinsipper om åpenhet og dataminimering, vil kunne være både frivillig og informert, og følgelig finne sted uten å komme i konflikt med barnets grunnleggende rett til vern om sitt privatliv.

### 2.2.2 Kan et barn avgi et «uttrykkelig» samtykke? <sup>130</sup>

Som omtalt ovenfor, varierer vilkårene for et gyldig samtykke med formålet for behandlingen og type personopplysninger som behandles. Art. 6 hjemler behandlingsgrunnlag for «alminnelige» personopplysninger. Enkelte bestemmelser hever imidlertid terskelen for behandling av personlige data, og krever at et eventuelt samtykke skal være «uttrykkelig». Relevante bestemmelser er art. 9 (2) a) om «*særlige kategorier personopplysninger*», art. 22 (2) c) om «*automatiserte individuelle avgjørelser, herunder profilering*», samt art 49 (1) a) om overføring av personopplysninger til tredjestater eller internasjonale organisasjoner.

Aldersgrensen i art. 8 (1), jf. poppl. § 5, gjør unntak fra hovedregelen om 18 år ved å gi barn samtykkekompetanse fra 13 år på de fleste praktiske områder av deres digitale liv. Det følger imidlertid av art. 8 (1) at denne kun gjelder dersom «*artikkel 6 nr. 1 bokstav a) får anvendelse*». Aldersgrensen viser altså kun til det alminnelige samtykket i art. 6 (1) a), og er taus om bestemmelser som krever uttrykkelig samtykke.

Spørsmålet er derfor om barn har kompetanse til å avgi et uttrykkelig samtykke. Spørsmålet drøftes primært for art. 9, som den mest sentrale bestemmelsen. Særlige kategorier personopplysninger omfatter opplysninger som av natur oppfattes særlig sensitive, og som avhengig av konteksten «*kan skape alvorleg risiko for dei grunnleggande rettane og fridommene til den enkelte*».<sup>131</sup> Eksempler er opplysninger om helse, politisk ståsted, religion med mer. Det er i utgangspunktet forbudt å behandle slike opplysninger, med mindre det foreligger et særskilt grunnlag i tillegg til behandlingsgrunnlagene i art. 6 (1). Et slikt grunnlag foreligger etter art. 9 (2) a) der den registrerte «*har gitt uttrykkelig samtykke*». Samtykkekravene er trolig kumulative.<sup>132</sup> Samtykket må da ikke bare oppfylle gyldighetsvilkårene etter art. 6 (1) a), jf. 4 nr. 11, men må i tillegg være uttrykkelig – et begrep som ikke er nærmere definert i forordningen.

Hvorvidt barn kan samtykke til avgivelse av særlige kategorier personopplysninger er berørt i forarbeidene til poppl.<sup>133</sup> En rekke høringsinstanser (som Datatilsynet, Barneombudet og Forbrukerombudet) la til grunn som gjeldende rett at barn ikke har samtykkekompetanse ved

---

<sup>129</sup> Se Macenaite og Kosta. “Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?”, Information Communications Technology Law, Vol. 26:2, (2017), s 187.

<sup>130</sup> Oppdragsbeskrivelsen pkt. 1.1.2.

<sup>131</sup> Se Prop. 145 L (2020-2021) Endringer i opplæringslova, friskulelova og barnehagelova (behandling av personopplysningar, fjernundervisning o.a.) pkt. 2.2.1.3.

<sup>132</sup> Se bl. a. Schartum «Personvernforordningen – en lærebok», 2020 s. 110.

<sup>133</sup> Prop. 56 LS (2017-2018) Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)m.m. pkt. 13.5



særlige kategorier personopplysninger, og argumenterte for et eksplisitt lovregulert aldersskille mellom sensitive og ordinære opplysninger. Dette ble ikke inntatt. Departementet støttet likevel synet på at 13-årsgrensen ikke kan anvendes for art. § 9 (2) a), og uttalte at barns adgang til å samtykke til behandling av særlige kategorier av personopplysninger må «vurderes etter de alminnelige reglene (...) om vergemålsloven og barnelova».<sup>134</sup>

Barns adgang til å samtykke til behandling av særlige kategorier av personopplysninger må altså vurderes etter den alminnelige 18-årsgrensen i vgml. § 9. Lovfestede unntak eksisterer ikke. Også om man legger Datatilsynets omdiskuterte 15-årsgrense til grunn, uttrykker tilsynet at denne ikke gjelder for opplysninger etter art. 9.<sup>135</sup> Samme forståelse ble lagt til grunn av både Åpenhetsutvalget<sup>136</sup> og Barnelovutvalget<sup>137</sup>, og det er i dag ikke tvilsomt at personer under 18 år ikke kan samtykke til behandling av særlige kategorier personopplysninger etter art. 9 (2) a).

Mens samtykke til særlige kategorier personopplysninger ble direkte vurdert ved lovens utforming, er det ikke funnet uttalelser eller vurderinger knyttet til uttrykkelig samtykke for andre bestemmelser. Det er derfor få rettskilder til avklaring – utover ordlyden i art. 8 (1) og en eventuell overføringsverdi fra drøftelsene knyttet til art. 9.

PVF regulerer all type profilering. Art. 22 kommer kun til anvendelse på den profileringen som vurderes å utgjøre høyest personvernmessig risiko – av en karakter som har «*rettsvirkning for eller på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker*» den registrerte.<sup>138</sup> Der påvirkningen på den registrerte er av nevnte karakter, skal vedkommende «*ha rett til ikke å være gjenstand*» for avgjørelser eller profilering med slik effekt, annet enn i uttømmende angitte situasjoner – som ved et uttrykkelig samtykke etter art. 22 (2) c).

At aldersgrensen i art. 8 (1) kun henviser til art 6 (1) a), ledet for art. 9 til en konklusjon om at barn mangler samtykkekompetanse etter bestemmelsen. Det er vanskelig å se at spørsmålet kan løses annerledes etter art. 22. Den personvernmessige risikoen ved profilering, og da særskilt for barn, er godt kjent. Council of Europe har uttalt at “*the profiling of children may have serious consequences for them throughout their life*”.<sup>139</sup> Datatilsynet har uttalt at “*profiling is a type of processing which poses several threats to the fundamental rights and freedoms of the data subjects.*”<sup>140</sup> Det fremgår videre av fortalepunkt 71 at “*solely automated decision-making, including profiling, with legal or similarly significant effects should not apply to children*”. Da fortalen ikke er rettslig bindende, kan det neppe konkluderes med at art. 22 i sin helhet unntar barn fra sitt virkeområde. Mange tar imidlertid til orde for at bestemmelsen ikke bør anvendes overfor barn.<sup>141</sup>

---

<sup>134</sup> Ibid.

<sup>135</sup> På telefon med Datatilsynets veiledningstjeneste 17.01.22 ble det opplyst at informasjonen om 15-årsgrensen nylig ble fjernet i påvente av en rettslig avklaring. Se pkt. 2.1.3.1.

<sup>136</sup> NOU 2019: 10, punkt 6.3.4.

<sup>137</sup> NOU 2020:14 Ny barnelov – til barnets beste, pkt. 17.2.7.3.4.

<sup>138</sup> Da profilering utredes av andre, forutsettes vilkår for anvendelse kjent. Jeg nøyer meg med en kort kommentar til selve samtykkeproblematikken.

<sup>139</sup> Council of Europe. “The protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling”. Recommendation CM/Rec(2010)13 and explanatory memorandum, s. 7.

<sup>140</sup> Datatilsynet 02.05.2021, Advance notification of an administrative fine – Disqus Inc. pkt. 5.7.3.

<sup>141</sup> Se f.eks. Macenaite og Kosta, “Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?”, Information Communications Technology Law, Vol. 26:2, (2017) pkt. 7.2.

Art. 22 hever – i likhet med art. 9 - terskelen for samtykke «*in certain situations where serious data protection risk emerge*».<sup>142</sup> Ordvalget i art. 8 (1) med klar henvisning kun til art. 6 (1) a) om alminnelig samtykke, kombinert med fravær av rettskilder eller gode argumenter i motsatt retning, gjør det tvilsomt om barn har samtykkekompetanse etter art 22. I så fall er en sannsynlig konklusjon at samtykke etter bestemmelsen krever 18 år.

Art. 49 (1) a) om overføring av opplysninger til tredjeland, følger i all hovedsak samme systematikk som i art. 6 og 9 om rettslig grunnlag. Også denne bestemmelsen hever terskelen for behandlingsgrunnlag og krav til informasjon basert på økt personvernmessig risiko.<sup>143</sup> I fravær av argumenter i motsatt retning, krever trolig uttrykkelig samtykke også etter denne bestemmelsen at den registrerte er 18 år.

Ovennevnte betyr at barn ikke kan samtykke etter art. 9 (2) a), og trolig heller ikke etter art. 22 (2) c) eller 49 (1) a). Forholdet til art. 22 (2) c) og art. 49 (1) a) er ikke grundig utredet fra min side, og bør avklares nærmere. I dette ligger også at man ser på de praktiske sidene ved differensierte aldersgrenser for ulike typer samtykker.

Som ovenfor påpekt, er det i praksis utfordrende at barn i stor grad benytter digitale tjenester rettet til den generelle befolkningen. Uten at løsninger for aldersverifisering kommer på plass, vil konsekvensen være at leverandøren for mange situasjoner ikke kjenner alderen på brukeren – med den konsekvens at databehandlingen ikke skiller mellom barn og voksne. En annen utfordring knytter seg til behandling av personopplysninger spesielt i et stordataperspektiv. Praksisen med deling, sammenstilling og aggregering av data fra ulike kilder vil raskt kunne omgjøre tilsynelatende «nøytrale» data innsamlet under art. 6, til særlige kategorier data etter art. 9. Også med rettslige avklaringer, må man følgelig finne praktiske løsninger for å hindre at det foretas behandling av barns personopplysninger i medhold av bestemmelser barn ikke kan samtykke til.

### 2.3 Barnet som registrert person etter PVF kap. III<sup>144</sup>

PVF kap. III hjemler en rekke regler som skal underbygge og sikre den registrertes kontroll over egne personopplysninger. Noen av reglene retter seg mot den behandlingsansvarlige (art. 12-14 om informasjonsplikt), noen av dem er klassiske rettigheter som kan påberopes av den registrerte (som art. 15 om innsyn, art. 20 om dataportabilitet og art. 21 om rett til å protestere), mens enkelte bestemmelser retter seg til begge parter (eksempelvis slik reglene om sletting og retting pålegger den behandlingsansvarlige et selvstendig ansvar, samtidig som rettighetene kan påberopes av den registrerte). Spørsmålet er om et barn er å anse som ”registrert person” etter kap. III der det har samtykket etter art. 6 (1) a), i medhold av 13-årsgrensen i art. 8 (1) og poppl. § 5.

Aldersgrensen i art 8 (1) gjelder dersom «*artikkel 6 nr. 1 bokstav a) får anvendelse*». Ordlyden peker utelukkende på selve samtykket etter art. 6 (1) a), og berører ikke forholdet til reglene i kap. III. Den klare ordlyden førte i pkt. 2.2.2 til konklusjonen om at barn ikke kan

<sup>142</sup> Personvernrådet «Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679» pkt. 4 (91).

<sup>143</sup> Se bl. a. Schartum «Personvernforordningen – en lærebok», 2020 s. 119.

<sup>144</sup> Oppdragsbeskrivelsen pkt. 1.2.

avgi uttrykkelige samtykker. Spørsmålet er om det likevel kan være grunn til å vurdere aldersgrensen annerledes for reglene i kap. III.

Det er få rettskilder til belysning av spørsmålet. Schartum og Bygrave fremsatte i 2006 et forslag om en helhetlig aldersregulering av den registrertes rettigheter, uten det isolerte fokuset på samtykkekompetansen.<sup>145</sup> Forslaget ble ikke tatt til følge, uten at dette var begrunnet i synspunkter om den registrertes rettslige handleevne. Utover ovennevnte rapport er jeg ikke kjent med direkte drøftelser av spørsmålet.

Overskriften i kap. III gjelder «*Den registrertes rettigheter*». Det fremkommer av definisjonen av «*personopplysninger*» i art. 4 (1) nr. 1 at dette er «*enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person («den registrerte»)*». Der barnets personopplysninger behandles, er altså barnet den registrerte. Det å være registrert, henger imidlertid ikke nødvendigvis sammen med spørsmålet om samtykkekompetanse, idet barnet er å anse som registrert også der samtykket er gitt av andre.<sup>146</sup>

En ordlydsfortolkning gir aldershenvisningen anvendelse kun på avgivelsen av samtykket. Det er likevel grunn til å spørre om dette kan ha vært lovgivers intensjon. Det gir liten innbyrdes sammenheng med en isolert samtykkekompetanse, uten en samtidig anvendelse av regler utformet for å øke rettssikkerheten rundt samtykket. Eksempelvis fremhever fortalepunkt 65 at retten til å få slettet personopplysninger etter art. 17 er særlig relevant når den registrerte har samtykket som barn, da fravær av kjennskap til relevant risiko senere kan skape et ønske om å få personopplysningene fjernet. En begrenset samtykkerett kan videre anses lite i samsvar med formålet bak de supplerende reglene – nemlig å øke den registrertes kontroll over sine personlige data. I så fall vil det kunne argumenteres med at et barns samtykke reelt beskyttes svakere enn en voksens samtykke, noe som strider mot de mange føringene om at barn – som ekstra sårbare – skal gis et ekstra vern.

Det er en logisk sammenheng mellom selve samtykket og reglene i kap. III. I vilkåret om at samtykket skal være «*informert*», ligger et krav om at brukeren skal gis relevant informasjon før samtykket avgis, blant annet for å gjøres i stand til å utøve rettigheter etter kap. III. Det er videre en direkte sammenheng mellom det valgte behandlingsgrunnlaget og hvilke rettigheter som kan påberopes etter kap. III. Databehandling forankret i et samtykke utløser eksempelvis en rett til innsyn, sletting og tilbaketrekning, hvilket ikke sammenfaller med hva som kan kreves etter avtalerettslig nødvendighet eller berettiget interesse. Reglene er følgelig utformet som en helhet, der reglene diskutert i inneværende kapittel må anses en logisk og tilpasset forlengelse av reglene om behandlingsgrunnlag. Uten kompetanse til å påberope reglene i kap. III, kan barnet i prinsippet også risikere at sistnevnte utøves på en måte som undergraver selve samtykkekompetansen – eksempelvis der foreldre trekker tilbake et samtykke barnet ønsker å avgi, eller ber om innsyn i opplysninger barnet ikke ønsker de skal se – i strid med barnets rett til privatliv.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> Schartum og Bygrave. «Utredning av behov for endringer i personopplysningsloven» Rapport 2006 s. 146.

<sup>146</sup> Dette åpner for at barn under samtykkealder kan påberope enkelte av bestemmelsene i kap. III. Se f.eks. Artikkel 29-gruppen om at mindreårige har rett til informasjon og innsyn, selv om det er foreldrene som har samtykket. «Guidelines on transparency under Regulation 2016/679» pkt. 15.

<sup>147</sup> Se f.eks. Macenaite og Kosta, “Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?”, Information Communications Technology Law, Vol. 26:2, (2017) s. 187.

Som jeg ser det, tilsier formålet bak reglens effektivitet, hensynet til logisk konsistens i systemet, samt hensynet til å styrke barns personvern at reglene betraktes som en helhet, der samtykkerett etter art. 6 (1) a) også innebærer at barn vurderes som selvstendige rettssubjekter etter kap. III fra fylte 13 år. Det kan imidlertid vanskelig trekkes en sikker konklusjon om en slik fortolkning de lege lata, da den strider mot klar lovtekst. En avklaring bør følgelig finne sted på EU-nivå. Løsningen bør vurderes individuelt og konkret for hver aktuelle rettighetsbestemmelse, slik at en mulig differensiering mellom dem også er et alternativ.

Dersom aldersgrensen i art. 8 (1) gis en utvidet anvendelse på reglene i kap. III, oppstår spørsmålet om barnet har handleevne etter reglene alene eller i fellesskap med foreldrene. Altså om oppnådd selvbestemmelsesrett for barnet, betyr en samtidig avskjæring av foreldrenes kompetanse på samme område.

Barnets samtykkekompetanse etter art. 8 (1) må anses å være eksklusiv. Foreldrenes samtykkekompetanse uttrykkes i art. 8 (1) 2. pkt. å gjelde «*dersom barnet er under 16 år*», og det er ingen holdepunkter for delt samtykkekompetanse i tiden etter dette. I dette ligger at behandling av et barns personopplysninger etter barnets alder for samtykkekompetanse, gjør databehandlingen ulovlig.<sup>148</sup> Barnelovutvalget har synliggjort at barnets samtykkekompetanse på barnelovens områder er eksklusiv i lovutkastets § 6-6 (2), der det fremkommer at foreldrenes rett og plikt til å fatte beslutninger på barnets vegne opphører når barnet selv når alder for samtykkekompetanse.<sup>149</sup>

Jeg kan ikke se holdepunkter for en annen løsning etter reglene i kap. III, så lenge barnets handleevne på dette området er avledet av samtykkeinstituttet og aldersgrensen i art. 8 (1). Det kan riktignok være et større behov for foreldres praktiske tilrettelegging ved denne type spørsmål, da det kan være vanskeligere for barnet å manøvrere mht. det formelle, kontakt med behandlingsansvarlig etc. At barnet har eksklusiv selvbestemmelsesrett, betyr imidlertid ikke at foreldrenes omsorgsplikt på samme område opphører.

Samlet mener jeg altså det er gode grunner for å gi aldersgrensen i art. 8 (1) anvendelse også på reglene i kap. III, slik at barnet i lys av disse anses å være et selvstendig rettssubjekt. I fravær av andre holdepunkter mener jeg kompetansen tilligger barnet alene, men i lys av den omsorgsplikten foreldrene fortsatt har. Da konklusjonene må anses usikre, bør det prioriteres å avklare denne svært praktiske siden i forlengelsen av reglene om behandlingsgrunnlag.

---

<sup>148</sup> Jf. Kuner m. fl. «EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary» s. 362.

<sup>149</sup> NOU 2020:14 pkt. 10.3.5.3.4.

## 3. AVTALERETTSLIG NØDVENDIGHET

### 3.1 Kan barn inngå avtaler om informasjonssamfunnstjenester etter PVF art. 6 (1) b?<sup>150</sup>

#### 3.1.1 Kort om avtalerettslig nødvendighet

Gitt de strenge kravene til et samtykkes gyldighet, er det i praksis mange tjenesteytere som påberoper alternative behandlingsgrunnlag, typisk avtalerettslig nødvendighet etter art 6 (1) b) eller berettiget interesse etter art 6 (1) f). Facebook og Instagram påberoper eksempelvis de tre rettslige grunnlagene for ulike behandlingsformål.<sup>151</sup> Her vurderes om avtalerettslig nødvendighet kan anvendes overfor barn.

Etter art. 6 (1) b) er behandlingen av personopplysninger lovlig dersom den er «nødvendig» for å oppfylle en «avtale» med den registrerte. Behandlingsgrunnlaget forutsetter for det første at det foreligger en gyldig avtale. Da avtaleretten ikke er harmonisert på EU-nivå, vurderes dette i lys av nasjonal avtalerett. Personvernrådet uttaler om dette at «*as a matter of lawfulness, contracts for online services must be valid under the applicable contract law. An example of a relevant factor is whether the data subject is a child*».<sup>152</sup> Forutsatt gyldig avtale, vurderes deretter det andre vilkåret - om databehandlingen som finner sted er nødvendig for å oppfylle denne avtalen.

Art. 6 (1) b) har i utgangspunktet sitt primære virkeområde utenfor tek-industrien, i situasjoner der det uavhengig av datainnsamlingen foreligger et selvstendig avtalerettslig forhold – typisk ved nettkjøp av fysiske varer. Med den digitale utviklingen har også kjøp av digitale tjenester blitt svært aktuelt, som videospill, programvare etc. Ved slike kjøp må leverandøren behandle enkelte personopplysninger, typisk kredittinformasjon for å gjennomføre betaling, samt eventuell adresse ved bestilling av en fysisk vare hjem. Separat samtykke til behandling av slike personopplysninger er ikke påkrevet, hvis behandlingen begrenses til det nødvendige.

Selv om art. 6 (1) b) har sitt naturlige siktemål utenfor tek-sektoren, påberopes behandlingsgrunnlaget i økende grad også innenfor virksomheter som ikke selger varer og tjenester i tradisjonell forstand, men som tilbyr tilsynelatende gratis tjenester i bytte mot personopplysninger. Uten at det fremkommer eksplisitt, henviser eksempelvis Facebook til behandlingsgrunnlaget avtalerettslig nødvendighet på følgende måte:

*«For alle personer som har rettslig handleevne til å inngå en kontrakt som kan håndheves, behandler vi data som nødvendig for å overholde våre kontrakter med deg...».*<sup>153</sup>

Behandlingsgrunnlaget påberopes altså overfor personer med «rettslig handleevne», og det må følgelig drøftes fra hvilken alder barn har slik avtalerettslig kompetanse. Jeg drøfter først

---

<sup>150</sup> Oppdragsbeskrivelsens pkt. 2.1.1. Da avtalerettslig nødvendighet utredes av andre, gjøres gjennomgangen mht. vilkår og anvendelse kortfattet.

<sup>151</sup> Begge er nå Meta-produkter. [https://www.facebook.com/about/privacy/legal\\_bases](https://www.facebook.com/about/privacy/legal_bases).

<sup>152</sup> Personvernrådet “Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects” pkt. 2.1 (13).

<sup>153</sup> [https://www.facebook.com/about/privacy/legal\\_bases](https://www.facebook.com/about/privacy/legal_bases).

noen felles rettslige utgangspunkter, før jeg vurderer barns avtalekompetanse ved kjøp av varer og tjenester mot tradisjonell betaling. Jeg ser deretter på de rene online-avtalene, der forbrukerens motytelse primært er personlige data – typisk ved bruk av sosiale medier.

### 3.1.2 Barnets avtalerettslige kompetanse følger av vergemålsloven § 9 – 18 år

Aldersgrensen i art. 8 (1) viser kun til samtykke som behandlingsgrunnlag, og barnets avtalerettslige kompetanse følger derfor av nasjonal avtalerett. Det samme forutsettes i Facebook sin egne vilkår, som påpeker art. 6 (1) b) for alle «*som har rettslig handleevne til å inngå en kontrakt*». Det vises videre til at for «*personer under myndighetsalder (under 18 i de fleste EU/EØS-land) som bare har begrenset mulighet for å inngå en gyldig kontrakt, kan det være at vi ikke kan behandle personopplysninger på grunnlag av at det er nødvendig for å oppfylle en avtale*». Facebook tar altså ikke selv stilling til hvem som har rettslig handleevne, men viser til at behandlingsgrunnlaget påberopes overfor personer som etter nasjonal rett har slik kompetanse.<sup>154</sup>

Barns avtalerettslige kompetanse følger derfor 18-årsgrensen i vgml. § 9. Det foreligger ingen generelle lovfestede unntak fra denne for personopplysninger. Som vist i pkt. 2.1.3.1 mener jeg det heller ikke foreligger generelle ulovfestede unntak. Det er derfor relevant å vurdere hvorvidt vergemålslovens mer avgrensede unntak kan gi slik rett.

### 3.1.3 Avgrensede unntak i vergemålsloven gir barn avtalekompetanse – omfatter unntakene retten til å behandle nødvendige personopplysninger?

Vergemålsloven hjemler en rekke unntak, der barnet gis rettslig handleevne for avtaler av avgrenset og oversiktlig karakter. Vanlige unntak er vgml. §§ 10 og 11 om retten til å inngå arbeidsavtaler og til å drive næringsvirksomhet, samt § 12 om rådighet over «*midler den mindreårige har tjent eller fått til egen rådighet*». Hvis en slik avtale inngås online, vil dette også utløse spørsmål om behandling av nødvendige personopplysninger etter PVF art 6 (1) b). Da er spørsmålet om rettslig handleevne etter vergemålslovens unntak, gir samtidig rettslig handleevne til å behandle personopplysninger etter PVF art 6 (1) b). Dette er ikke opplagt.

Vergemålslovens unntak mht. barns rettslige handleevne er forankret i vurderinger av kjøpesummens størrelse, økonomiske konsekvenser av eventuelle feildisponeringer osv. De er utformet løsrevet fra den digitale utviklingen, og uten tanke på det personvermessige aspektet som etter art. 6 (1) b) også er en nødvendig konsekvens. Det kan følgelig vanskelig innfortolkes en direkte lovgiver-hensikt om å dekke behandling av personopplysninger.

På den annen side, stenger heller ikke ordlyden for en slik tolkning. Den ofte generelle utformingen av lovteksters ordlyd, handler blant annet om å gi dem fleksibilitet og utviklingsdyktighet. Det følger av vgml. § 12 at en «*mindreårig råder selv*» over blant annet penger som er tjent eller fått til egen rådighet. Skal et barn reelt kunne råde over sine midler, må samfunnsutviklingen hensynta hvordan avtaler inngås og om hva. Metodene for

---

<sup>154</sup> Det vises i vilkårene til at behandlingsgrunnlag for dem som *ikke* har rettslig handleevne, er berettiget interesse etter art. 6 (1) f (noe som ligger utenfor mandatet å vurdere nærmere). Det vises videre til anvendelighet av samtykke etter art. 6 (1) a) for blant annet behandling av særlige kategorier personopplysninger.

avtaleinngåelse er i økende grad digitalisert. Barn og unge er storforbrukere av digitale tjenester. Barnet vil ikke ha en reell råderett over midlene lovgiver eksplisitt har unntatt fra 18-årsgrensen, om de ikke kan inngå avtaler av relativt begrenset karakter grunnet personvern hensyn. Det kan videre argumenteres for at det vil skape en logisk inkonsistens i regelverket om et barn skal kunne samtykke til relativt omfattende databehandling etter art. 6 (1) a), men likevel ikke kunne avgi helt nødvendige personopplysninger for å gjennomføre en gjensidig kontrakt før fylte 18 år. Det kan følgelig argumenteres for at en nødvendig og avgrenset avgivelse av personopplysninger – nettopp for å underbygge og realisere de lovfestede unntakene fra 18-årsgrensen – er mer i tråd med lovgiverviljen enn det motsatte. Alternativet er i praksis en stadig større innsnevring av unntakenes virkeområde.

Som jeg ser det, bør følgelig vergemålslovens avgrensede unntak også involvere råderett over nødvendig behandling av personopplysninger i tråd med art 6 (1). I fravær av kilder som berører spørsmålet, er imidlertid ikke løsningen opplagt. En avklaring av virkeområdet for vergemålslovens unntak mht. personopplysninger bør følgelig finne sted.

### 3.1.4 Finnes det hjemmel for unntak for de rene digitale avtalene – som Facebook?

Jeg kan ikke se at de avgrensede unntakene som finnes omfatter de rene digitale avtalene som forutsetter personopplysninger som motytelse. I fravær av andre generelle unntak, kan jeg dermed vanskelig se at barn har avtalerettslig kompetanse til å inngå avtaler om sosiale medier eller lignende etter art. 6 (1) b).

I så fall oppstår en stor logisk inkonsistens i regelverket. Mye av bakgrunnen for at samtykkekompetansen i art 8 (1), jf. poppl. § 5 ble satt til 13 år, var et ønske om å tilpasse seg den faktiske virkeligheten der sosiale medier er hyppig brukt av barn og unge.

Justisdepartementet pekte da på at «*det kan virke mot sin hensikt å sette en aldersgrense som er kunstig høy sammenlignet med hvem som reelt sett benytter for eksempel sosiale medier, da dette kan spille inn på hvilke brukergrupper behandlingsansvarlige må tilpasse sine tjenester til*».<sup>155</sup> I lys av dette virker det lite helhetlig med avtalekompetanse etter art 6 (1) b) først etter 18 år. En mer helhetlig tilnærming til problematikken bør derfor tilstrebes.

## 3.2 Forholdet til digitalytelsesdirektivet<sup>156</sup>

Digitalytelsesdirektivet<sup>157</sup> omhandler «*certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services*», og skal sikre harmoniserte regler for levering av digitale ytelser til forbrukere innad i EØS-området. Direktivet er foreslått gjennomført i norsk rett gjennom lov om levering av digitale ytelser til forbrukere (digitalytelsesloven).<sup>158</sup> Da denne foreløpig kun er til behandling, er henvisninger i det følgende til direktivets tekst.

Det følger av digitalytelsesdirektivets art. 3 (1) 2. ledd at direktivets virkeområde omfatter avtaler om digitale ytelser der forbrukeren i stedet for å betale et vederlag, avgir eller påtar

---

<sup>155</sup> Prop. 56 LS (2017–2018) pkt. 13.5.

<sup>156</sup> Oppdragsbeskrivelsens pkt. 2.1.2.

<sup>157</sup> EU-direktiv 2019/770.

<sup>158</sup> Justis- og beredskapsdepartementet sendte lovforslaget til høring desember 2020, se <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-digitale-ytelser/id2788554/>.

seg å avgi personopplysninger. At direktivet omfatter avtaler der forbrukerens motytelse er personopplysninger, gir en potensiell overlapp med personvernregelverket. Spørsmålet er om barn har kompetanse til å inngå avtaler etter direktivets art. 3 (1) 2. ledd, jf. PVF art. 6 (1).

### 3.2.2 Kan barn inngå avtaler etter digitalytelsesdirektivets art. 3 (1) 2. ledd?

For at et barn skal kunne inngå avtale etter direktivets art. 3 (1) 2. ledd, må to forhold være på plass - gyldig avtale og gyldig behandlingsgrunnlag. Som jeg ser det, regulerer ikke digitalytelsesdirektivet noen av forholdene. Direktivet kommer til anvendelse dersom de to forutsetningene er på plass, og problemstillingen innebærer følgelig en kobling av forhold drøftet ovenfor – hvorvidt barn har avtalerettslig handleevne etter nasjonal kontraktsrett, samt hvorvidt behandlingsgrunnlag foreligger etter PVF art. 6 (1).

#### 3.2.2.1 Krav til gyldig avtale – nasjonale gyldighetskrav

Det følger av digitalytelsesdirektivet art. 3 nr. 10 at direktivet «*shall not affect the freedom of Member States to regulate aspects of general contract law, such as rules on the formation, validity, nullity or effects of contracts*». <sup>159</sup> Direktivet berører følgelig ikke spørsmålet om gyldighet, men gir regler for å sikre at en avtale blir oppfylt etter sitt innhold. Dette omfatter typisk krav til kontraktsmessig levering og vare, mulige misligholdskrav, samt særdigitale regler om endringer, oppdateringer osv. Der en avtale likevel ikke gjennomføres etter sitt innhold, skjer dette derfor ikke i form av ugyldighet (som normalt er effekten av manglende rettslig handleevne), men i form av heving etter direktivets art. 13 og art. 14 - som forutsetter gyldig avtale.

Hvorvidt et barn har avtalerettslig handleevne etter direktivet, avhenger derfor av om det foreligger relevante unntak fra 18-årsgrensen i vgml. § 9, se pkt. 3.1.3. Barn har ingen generell avtalekompetanse etter direktivet, men kan eksempelvis inngå avtale om forhold som ligger innenfor hva barnet selv har tjent eller fått stilt til rådighet etter vgml. § 12.

#### 3.2.2.2 Krav til behandlingsgrunnlag – PVF art. 6 (1)

På samme måte som digitalytelsesdirektivets art. 3 (1) 2. ledd forutsetter gyldig kontrakt, forutsetter bestemmelsen gyldig behandlingsgrunnlag. PVF art 6 (1) hjemler en uttømmende opplisting av behandlingsgrunnlag. Digitalytelsesdirektivet griper ikke inn i dette, men viser i direktivets art. 3 (8) 2. ledd til at «*Union law on the protection of personal data shall apply to any personal data processed*» der avtaler inngås etter direktivet. Konkret hva gjelder behandlingsgrunnlag, følger det direkte av fortalepunkt 38 at direktivet ikke regulerer «*the conditions for the lawful processing of personal data, as this question is regulated, in particular, by Regulation (EU) 2016/679. As a consequence, any processing of personal data in connection with a contract falling within the scope of this Directive is lawful only if it is in conformity with the provisions of Regulation (EU) 2016/679 relating to the legal grounds for the processing of personal data.*»

---

<sup>159</sup> Det samme følger av fortalepunkt 12.



Reglene i digitalytelsesloven kan altså ikke i seg selv anses som selvstendige behandlingsgrunnlag for leverandørens behandling av personopplysninger. Skulle det likevel på noe punkt foreligge motstrid, følger det av direktivets art. 3 (8) 2. ledd at PVF går foran.

Med hensyn til hvilke behandlingsgrunnlag som er relevante, bemerkes at anvendelsen av digitalytelsesdirektivet alltid vil bygge på en avtale mellom en leverandør og en forbruker. At en avtale foreligger, betyr imidlertid ikke nødvendigvis at det er avtalerettslig nødvendighet etter art 6 (1) b) som er behandlingsgrunnlaget.

(Datatilsynet har tvert imot gitt uttrykk for at dette behandlingsgrunnlaget ikke kan brukes, slik at aktuelle behandlingsgrunnlag er samtykke eller berettiget interesse, jf. art. 6(1) a) og f). En nærmere vurdering av dette ligger utenfor mandatet, men det henvises til begrunnelse på <https://www.datatilsynet.no/contentassets/2070c4d8a8d34bc8a60e1097549b8791/horingsuttalelse---ny-lov-om-levering-av-digitale-ytelser-til-forbrukere.pdf> pkt. 3.2.)

### 3.3 Sammenfatning om avtalerettslig nødvendighet

Som hovedregel kan avtalerettslig nødvendighet etter art. 6 (1) b) kun anvendes som behandlingsgrunnlag for personer over 18 år, jf. vgml. § 9. Unntak kan følge på praktiske og avgrensede områder, eksempelvis slik at barn kan inngå avtaler om penger de har tjent eller ellers fått til rådighet etter vgml. § 12. I fravær av rettskilder i motsatt retning, mener jeg det i disse avtalene kan innfortolkes en samtidig rett til å behandle nødvendige personopplysninger etter art 6 (1) b). Da vurderingen er forankret i sparsommelige rettskilder, bør en avklaring av spørsmålet finne sted.

Jeg kan ikke se at det foreligger unntak fra vgml. § 9 som favner de rene online-avtalene der barnets motytelse er personopplysninger, som ved bruk av sosiale medier. I fravær av en nærmere avklaring, mener jeg den avtalerettslige aldersgrensen er 18 år. Dette skaper en svakt begrunnet ulikhet mellom behandlingsgrunnlagene i art. 6 (1) a) og b), og en helhetlig tilnærming bør vurderes.

Digitalytelsesdirektivet får anvendelse på avtaler der forbrukerens ytelse er personopplysninger. Direktivet regulerer verken krav til behandlingsgrunnlag eller rettslig handleevne, men forutsetter begge. Barns avtalekompetanse etter direktivet, avhenger følgelig av tidligere behandlede nasjonale krav til rettslig handleevne (vgml. § 9 med tilhørende unntak), samt tidligere behandlede krav til behandlingsgrunnlag (PVF art. 6 (1)).

## 4. AVTALERETTSLIGE GYLDIGHETSKRAV<sup>160</sup>

### 4.1 Avtaleloven § 36 som sikkerhetsventil

Et sentralt formål med PVF er å harmonisere personopplysningsregelverket i medlemslandene. Som vist underveis i utredningen, har nasjonale regler likevel stor rettslig betydning for anvendelsen av PVF. Spesielt gjelder dette forbrukervernlovgivning og

---

<sup>160</sup> Oppdragsbeskrivelsen pkt. 3.

avtalerettslige regler. I kap. 4 knyttes noen kommentarer til hvordan sistnevnte – med fokus på avtl. § 36 – kan anvendes og påberopes for norske domstoler.

Både samtykke og avtalerettslig nødvendighet bygger på avtalerettslige disposisjoner, jf. art. 6 (1) a) og b). Utredningen har hatt spesielt fokus på hvordan personelle samtykkekrav setter aldersbegrensninger på et barns evne til å samtykke og inngå bindende avtaler. I tillegg kommer begrensninger i materielle gyldighetskrav. En urimelig disposisjon kan kjennes ugyldig etter avtl. § 36 og § 37 om urimelighet i forbrukerstandardavtaler. Bestemmelsen gjennomfører EUs forbrukerdirektiv 93/13. Personvernrådet uttaler om denne at *“to ensure compliance with the fairness and lawfulness principles, the controller needs to satisfy other legal requirements. For example, for consumer contracts, Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts (the “Unfair Contract Terms Directive”) may be applicable.”*

Etter avtl. § 36 kan en avtale *«helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende.»* Terskelen for ugyldighet ligger høyt, i lys av det grunnleggende prinsippet om at avtaler skal holdes.

Barns personopplysninger behandles i svært ulike situasjoner. Der barnet har reell kontroll, kan samtykke være et godt egnet behandlingsgrunnlag. Der behandlingen av personopplysningene derimot er uoversiktlig og uforutsigbar, kan grensene for et gyldig samtykke utfordres. I tillegg til å prøve en sak i lys av gyldighetsvilkårene i PVF, kan en sak også prøves etter avtl. § 36. Bestemmelsen legger opp til en skjønnsmessig helhetsvurdering av ikke bare *«avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig»*. Bestemmelsen vil favne mange av de samme argumentene som er berørt underveis i utredningen. I momentet *«avtalens innhold»* er balansen mellom ytelsene sentral. Vidtgående bruk av et barns personopplysninger til databehandling med høy personvernmessig risiko, vil kunne vurderes urimelig. Momentet om *«partenes stilling»* hensyntar eventuell skjevhet mellom partene, som diskutert under kravet til frivillighet. I vurderingen av *«forholdene ved avtalens inngåelse»* hensyntas typisk opplysningsvikt, som diskutert under kravet til at et samtykke skal være informert. Ved at også *«omstendigheten for øvrig»* er relevant, legges det opp til en bred skjønnsmessig vurdering av urimelighet. I en slik vurdering har også grunnleggende prinsipper etter PVF relevans, som fravær av åpenhet, rettferdighet osv.

Med sitt brede anvendelsesområde favner altså bestemmelsen de samme argumentene som man ser anvendt ved vurderingen av et samtykkes gyldighetsvilkår. En anlagt sak kan følgelig lede til ugyldighet etter begge regelsett. Da virkeområdet for de to regelsettene ikke er harmonisert, kan det likevel også tenkes ugyldighet etter kun ett av dem – eksempelvis ved at frivillighetsvurderingen etter PVF art. 4 nr. 11 anses strengere enn etter alminnelige avtalerettslige prinsipper. Eller motsatt.

Det bemerkes at en avgjørelse om avtl. § 36 kun vil ha privatrettslige virkninger mellom sakens parter. Ønsker man å forby urimelige avtalevilkår på generelt grunnlag, må man benytte andre virkemidler i tillegg – som markedsføringsloven § 22.<sup>161</sup> Det er likevel grunn til å tro at en tilsidesettelse etter avtl. § 36 av eksempelvis vidtgående avtalevilkår om bruk av personopplysninger, vil sette en form for presedens - gitt at tolkningen ofte omhandler

---

<sup>161</sup> LOV-2009-01-09-2.

standardkontrakter utformet ensidig fra leverandørens side. Det foreligger i slike situasjoner sjelden individuelle forhold som tilsier at saker om tolkning av samme standardvilkår vil gi ulikt resultat.

Avtl. § 36 vil fungere som sikkerhetsventil der et samtykke eller en avtalerettslig aksept er gitt etter art. 6 (1) a) og b). Bestemmelsen vil også ha den fordel at den i stor grad er kjent for både myndigheter og borgere. Som vist nedenfor, kan bestemmelsen normalt påberopes for norske domstoler.

## 4.2 Kan avtl. § 36 påberopes ovenfor en internasjonal leverandør?<sup>162</sup>

En sak anlagt mot en internasjonal leverandør, har berøringspunkter til flere land. Der et norsk barn ønsker å gå til sak om tolkning av amerikanske Instagrams standardvilkår, oppstår spørsmålet både om hvor en sak kan anlegges, samt hvilket lands rett som skal gjelde. Dette kompliseres ytterligere av at partene gjennom standardvilkårene kan ha avtalt begge spørsmål – hvilket ikke trenger å sammenfalle med nasjonal tilhørighet for noen av partene. Før norske myndigheter hører saken, må de følgelig først ta stilling til om de har domsmyndighet (spørsmål om jurisdiksjon), samt hvilke regler som skal anvendes (spørsmål om lovvalg). Spørsmålene reguleres av norsk internasjonal privatrett. Det er et pågående arbeid for å kodifisere reglene, som foreløpig i stor grad er ulovfestet. Gjennomgangen nedenfor trekker opp hovedlinjene, uten å berøre de mange nyansene som finnes på rettsfeltet.

### 4.2.1 Jurisdiksjon: En norsk forbruker kan anlegge sak for norske domstoler

Det er to grunner til at en norsk registrert kan fremme en sak om et samtykkes eller en avtales gyldighet for norske domstoler.

For det første følger det av PVF art. 79 (2) at den registrerte kan anlegge sak der den behandlingsansvarlige eller databehandleren er etablert, eller for domstolene i «*medlemsstaten der den registrerte til vanlig er bosatt*». Det følger av fortalepunkt 145 at den registrerte bør ha valgfrihet mellom disse, en rett som også legges til grunn i teorien.<sup>163</sup> Bestemmelsen er ufravikelig, og kan ikke fravikes ved avtale mellom partene. En norsk registrert kan følgelig velge å anlegge sak i Norge.

Samme resultat følger av Luganokonvensjonen fra 2007<sup>164</sup>, som etter tvisteloven<sup>165</sup> § 4-8 gjelder som norsk lov. Konvensjonen regulerer spørsmål om jurisdiksjon og fullbyrding i sivile saker, og gjelder mellom Norge og blant annet EU. Internasjonale aktører etablert i Irland, som Instagram, er følgelig bundet av konvensjonen. Konvensjonens art. 16 gir forbrukeren i stor grad den samme ufravikelige retten som etter PVF art. 79 (2) til å anlegge sak «*in the courts for the place where the consumer is domiciled.*”

---

<sup>162</sup> Tilleggsspørsmål til oppdragsbeskrivelsen pkt. 3.

<sup>163</sup> Skullerud m.fl. «*Personopplysningsloven og personvernforordningen (GDPR) Kommentarutgave*». 2018 s. 1139.

<sup>164</sup> Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker (30-10-2007 nr. 27).

<sup>165</sup> LOV-2005-06-17-90.

Spørsmål om gyldigheten av et samtykke eller en avtale om behandling av personopplysninger kan følgelig anlegges for norske domstoler.

#### 4.2.2 Lovvalg: Norsk rett kan påberopes dersom den er til fordel for forbrukeren

Det foreligger ingen samlet lovregulering av spørsmålene om lovvalg i Norge. Vi har imidlertid enkelte særregler, og av sentral betydning her er avtl. § 37 nr. 4 om lovvalg i tvister knyttet til urimelige avtalevilkår.

Avtl. § 37 nr. 4 kommer til anvendelse på standardkontrakter inngått i forbrukerforhold (typisk der en forbruker aksepterer en leverandørs brukervilkår på nett). Dersom avtalen inneholder en lovvalgs klausul om at et annet lands rett skal legges til grunn, sier bestemmelsen at dette likevel ikke gjelder *«spørsmål om urimelige avtalevilkår (...) hvis forbrukeren ved dette får en dårligere beskyttelse mot slike vilkår»*. Ovennevnte betyr ikke at norsk rett vil anvendes i sin helhet, men innebærer en delvis tilsidesettelse av urimelige vilkår der forbrukeren stiller sterkere etter norsk rett.

For situasjoner utenfor virkeområdet av avtl. § 37 nr. 4 (for eksempel ved spørsmål om gyldighet, tolkning m.m.) gjelder ulovfestede regler utviklet gjennom rettspraksis. Det er i norsk rett lagt til grunn at det må foretas en konkret vurdering av hvilket land saken har sterkest tilknytning til, den såkalte Irma-Mignon-formelen, jf. Rt 1923 II side 58. I denne skjønsmessige vurderingen uttalte Høyesterett i Rt-2009-1537 at i den *«utstrekning vi ikke har avvikende lovregulering, taler imidlertid hensynet til rettsenhet for at vi ved avgjørelse av rettsvalgsspørsmål legger vekt på den løsning som EU-landene har valgt.»* Standpunktet om å løse sakene i tråd med EU-kilder er fulgt opp i Rt-2011-531, og gitt støtte i flere kilder.

I EU er reglene rundt lovvalg til en viss grad harmonisert gjennom Romakonvensjonen.<sup>166</sup> Reglene er ikke EØS-relevante, men er da likevel tillagt vekt i lys av ovennevnte uttalelser om å sikre rettsenhet med EU. Som hovedregel kan forbrukeren etter Romakonvensjonens art. 6 kreve hjemlandets rett lagt til grunn. Til tross for en hovedregel om avtalefrihet mht. lovvalg, kan forbrukeren ikke fratras rettigheter etter ufravikelig lovgivning i hjemlandet. Heller ikke her er det snakk om et fullt lovvalg, men en konkret vurdering av hvilke vilkår som vil gi best beskyttelse. Resultatet blir følgelig en kumulativ effekt av den sterkeste beskyttelse av de to rettssystemer sammenlagt.<sup>167</sup>

Resultatet blir i grove trekk det samme enten man anvender avtl. § 37 (4) eller ulovfestede prinsipper. Sammenholdt med reglene om jurisdiksjon, står altså en norsk forbruker rettslig sterkt. En forbruker kan anlegge sak mot et internasjonalt selskap som Instagram for norske domstoler, under beskyttelse av ufravikelig norsk forbrukerlovgivning.

---

<sup>166</sup> Romakonvensjonen av 19. Juni 1980 om lovvalg i kontraktsforhold.

<sup>167</sup> Ruhl, «Consumer Protection in Choice of Law», Stone, EU Private International Law.

## 5. AVSLUTTENDE ORD OM BARN OG SAMTYKKE

Å avklare et barns samtykkekompetanse, er kompleks materie knyttet til regler om både personelle og materielle gyldighetsvilkår. Etter drøftelsene ovenfor, står vi likevel igjen med noen klare utgangspunkter.

Et samtykke må oppfylle gyldighetsvilkårene i PVF art. 4 nr. 11 til å være en «*frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljesytring*». I tillegg må den som samtykker, ha samtykkekompetanse. Svaret på når et barn oppnår samtykkekompetanse, er sammensatt.

Spørsmålet om rettslig handleevne tilligger nasjonal lovgiver. Hovedregelen er at barn har samtykkekompetanse til behandling av personopplysninger fra de er 18 år, jf. vgml. § 9.

Et sentralt unntak er gjort ved barns bruk av informasjonssamfunnstjenester, jf PVF art 8 (1), jf. poppl. § 5. Etter bestemmelsen har barn samtykkekompetanse fra de er 13 år ved det aller meste av sin internettaktivitet. Dette gjelder også der de benytter tjenester som ikke konkret er rettet mot barn, som ved bruk av sosiale medier.

Barn kan likevel ikke samtykke til behandling av særlige kategorier personopplysninger før de er 18 år, jf. PVF art. 9 (2) a). Et barn kan trolig heller ikke avgi et «uttrykkelig» samtykke etter andre bestemmelser før det er 18 år, da behandling av personopplysninger etter slike bestemmelser gjerne utgjør en høyere personvernmessig risiko enn vanlig. Det er få rettskilder til belysning av spørsmålet, og forholdet til bestemmelser som krever «uttrykkelig» samtykke bør derfor avklares.

Jeg mener en samtykkekompetanse etter PVF art. 8 (1) bør gi en samtidig rett til å anerkjennes som «registrert» etter kap III. Konklusjonen følger imidlertid ikke naturlig av ordlyden i art. 8 (1), og bør avklares nærmere i lys av de enkelte bestemmelsene i kap. III.

Utenfor virkeområdet av art. 8, er spørsmålet om barns samtykkekompetanse uoversiktlig. Det foreligger en rekke unntak i særlovgivningen, men ingen bestemmelser som på generelt grunnlag gjør unntak fra 18-årsgrensen i vgml. § 9. Det kan ha gode grunner for seg å diskutere en generell personvernmessig aldersgrense. Jeg kan likevel ikke se at Datatilsynets omdiskuterte 15-årsgrense per i dag har status som gjeldende rett.

Mens vergemålsloven regulerer rettslige og økonomiske forhold, kommer barneloven til anvendelse på personlige forhold. Barneloven § 33 om gradvis økt selvbestemmelse, griper følgelig ikke inn i de statiske aldersgrensene etter vergemålsloven. En medbestemmelsesrett og rett til å bli hørt følger imidlertid av barnekonvensjonen og grunnloven § 104, og vil i praksis si at barnets stemme bør bli utslagsgivende etter hvert som barnet blir eldre. Slik vil det dynamiske prinsipp også hensyntas – til en viss grad - ved anvendelsen av personvernregelverket.

Aldersgrensen i PVF art. 8 (1) viser kun til samtykke som behandlingsgrunnlag. Utgangspunktet for rettslig handleevne ved avtalerettslig nødvendighet etter PVF art. 6 (1) b) er dermed 18 år, jf. vgml. § 9. Det foreligger – som jeg ser det – ingen generelle unntak som gir barn avtalekompetanse til å inngå rene online-avtaler der barnets motytelse er personopplysninger. Aldersgrensen ved sosiale medier er følgelig 18 år, hvis avtalerettslig nødvendighet er behandlingsgrunnlaget. Da det gir liten innbyrdes sammenheng med en 13-

årgrense for samtykkekompetanse etter art. 6 (1) a) og en 18-årgrense for avtalerettslig nødvendighet etter art. 6 (1) b), bør en helhetlig løsning søkes.

Vergemålsloven gir barn avtalerettslig kompetanse på begrensede, men praktiske områder. Eksempelvis gir vgml. § 12 barn rett til å råde over egne midler. Jeg mener det kan argumenteres for at slik avtalerettslig kompetanse også gir samtidig rett til behandling av nødvendige personopplysninger. Også her er imidlertid kildematerialet sparsomt, slik at en rettslig avklaring er ønskelig.

Som utredningen har vist, er reglene for barns samtykkekompetanse fragmenterte og tidvis uoversiktlige. Vurderinger jeg har gjort, varierer derfor fra det sikre til det mindre sikre. Hvorvidt en person har samtykkekompetanse, er avgjørende for lovligheten av behandling av personopplysninger. Den store rettslige usikkerheten skaper følgelig mangel på forutsigbarhet for alle involverte.

I sin utredning om ny barnelov tar Barnelovutvalget til orde for en mer helhetlig regulering av barns samtykkekompetanse, og det foreslås at «*barn som har fylt 13 år, vel selv om det skal samtykke til deling av personopplysninger.*» Jeg mener en slik beslutningskompetanse anses å ligge innenfor det nasjonale handlingsrom – gitt tidligere vurderinger om at spørsmål om rettslig handleevne tilligger nasjonal lovgiver.

En helhetlig tilnærming og avklaring av temaene knyttet til barns samtykkekompetanse bør ønskes velkommen.