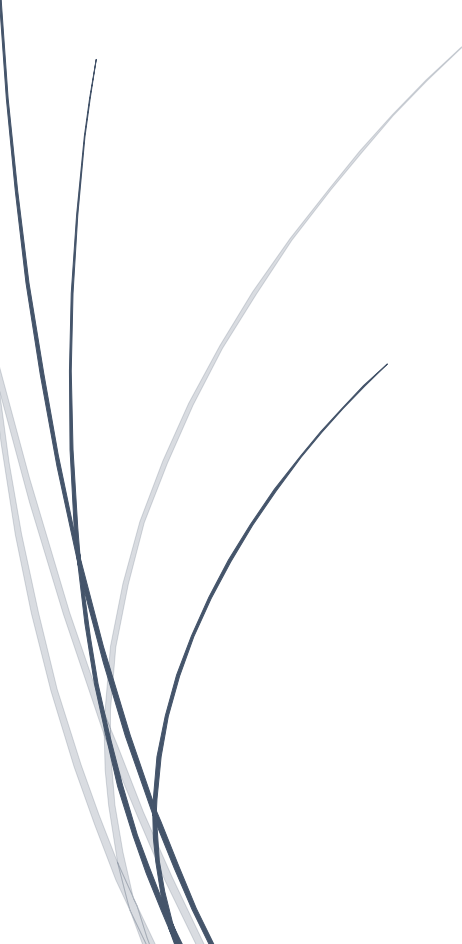


A dark blue vertical bar on the left side of the page. A blue arrow points to the right from this bar, containing the date.

16.05.2024

Beskyttelse av barns grunnleggende rettigheter i digitale omgivelser

En analyse av databeskyttelsesrettens begrensninger av foreldres
adgang til «*sharenting*»

Several thin, curved, light blue lines that sweep upwards from the bottom left corner of the page.

Heléne Fredriksen

VEILEDER: TANJA KAMMERGAARD CHRISTENSEN

Norsk tittel: Beskyttelse av barns grunnleggende rettigheter i digitale omgivelser: En analyse av databeskyttelsesrettens begrensninger av foreldres adgang til «*sharenting*»

Engelsk Tittel: Protecting children's fundamental rights in a digital environment: An analysis of data protection law restrictions on parental access to “*sharenting*”

Forfatter: Heléne Fredriksen

Studienummer: 20221973

Veileder: Tanja Kammergaard Christensen

Utdannelsesinstitusjon: Aalborg Universitet

Utdannelse: Jura

Fag: Databeskyttelsesrett

Eksamen: Kandidatavhandling

Innleveringsdato: 16.05.2024

Antall anslag: 143.292

Abstract

Since the internet was invented, the world has been witnessing a huge technological development. Because of this, new challenges are constantly emerging that threatens the fundamental rights, privacy, and personal data of the individual. This leads to an increased need to protect these rights. Many of these challenges became subject for regulation when the General Data Protection Regulation (GDPR) came into effect in May of 2018. GDPR contains a regulation of diverse issues that the digital development leads to, and the purpose of the regulation is to secure the protection of individual's fundamental rights, privacy, and personal data.

Although many situations already are a part of the scope of the regulation, some areas are still unresolved. One of these are when parents want to share pictures of their children on social media, so-called "*sharenting*". This far, there are no court or supervisory authority that has taken a stand on this matter. The thesis searches to clarify whether the regulation sets limits to what parents can share, to give the children the protection every person are entitled to.

Firstly, the thesis will research what protection the regulation gives natural persons, based on art. 1. The thesis concludes that the regulation protects the fundamental rights and freedoms of natural persons and protection of personal data, and that these rights shall be interpreted the same way as the rights that follows the Charter.

The second part will analyse the scope of the regulation, and whether "*sharenting*" is a part of this, or if the phenomenon falls under the exception in art. 2 (2) (a). It is essential that "*sharenting*" is included in the scope of the regulation. This is because the regulation will be unable to protect the child's fundamental rights if the rules cannot be applied. The thesis concludes, that for the most part, "*sharenting*" will be subject to regulation. This makes the starting point for the next part of the thesis.

The next part gives a short presentation of the general principles of the regulation, which can be found in art. 5, and shall be considered in every part of the processing of personal data. These are crucial when processing personal data, and lawful processing can end up being unlawful if the principles aren't followed. The thesis emphasizes the importance of data minimisation. The parents cannot share more information than what is necessary in relation to the purpose, which means that they must be meticulously when deciding what to share.

The last chapter contains a thorough assessment of the lawfulness of processing, which is regulated in art. 6. The main focus will be on art. 6 (1) (a), consent, and art. 6 (1) (f), legitimate interest. When assessing whether parents can use consent as grounds for processing of personal data, the thesis will consider the terms in art. 4 (11). The consent must be specific, informed, unambiguous and freely

given. The thesis concludes that consent isn't the best suited ground for processing, because the term of informed and that it must be freely given, is hard to achieve when the parties are parent and child.

Lastly, the thesis considers whether art. 6 (1) (f) can be used to justify the lawfulness of "*sharenting*". If so, the legitimate interest of the parents, must override the interests or fundamental rights and freedoms of the child. The thesis will firstly do an in-depth analysis of the article, before using the results as a starting point for the evaluation. In the evaluation, there will be a strong focus on the protection children are entitled to, and whether this can be sustained when they are subject to "*sharenting*". Because there must be done a concrete assessment, the thesis does not come to one universally applicable conclusion, but it concludes that art. 6 (1) (f) in most situations cannot be used to secure the lawfulness of "*sharenting*". There are exceptions where it may be used, but often, it is not.

In the end, based on this, the thesis concludes that the regulation contains a restriction for parents, when they want to publish personal data about their child. This means that the regulation protects the children, also when the controller is their parents.

Innholdsfortegnelse

Abstract	2
Kapittel 1	6
1.1 Introduksjon	6
1.2 Problemformulering	7
1.3 Avgrensning	8
1.4 Metode og rettskilder	8
1.4.1 Rettsdogmatisk metode	8
1.4.2 EU-rettskilder	9
1.4.3 Nasjonale kilder	11
1.4.4 Folkerettslige kilder	13
1.4.5 Tolkingsmetoder	13
1.5 Innledende begreper	14
1.5.1 Barn	14
1.5.2 Foreldre	14
1.5.3 Influensere	14
1.5.4 Sharenting	15
1.5.5 Dataansvarlig	15
1.5.6 Registrert	15
1.6 Oppgavens struktur	15
Kapittel 2 Databeskyttelsens formål	16
2.1 Forordningens formål	16
2.2 Privatliv i et menneskerettslig perspektiv	17
2.3 Privatliv i databeskyttelsesforordningen	18
Kapittel 3 Databeskyttelsesforordningens anvendelsesområde	20
3.1 Databeskyttelsesforordningens materielle anvendelsesområde	20
3.1.1 Behandling	20
3.1.2 Personopplysninger	20
3.2 Art. 2, stk. 2, litra c – Privatbruksregel	21
3.2.1 Rent personlige og familiemessige aktiviteter	22
3.2.2 Uten forbindelse med en ervervsmessig eller kommersiell aktivitet	26
3.3 Er foreldres eksponering av barn på sosiale medier omfattet av privatbruksregelen?	27
Kapittel 4 Prinsipper for behandling	29
4.1 Lovlighet, rimelighet og gjennomsiktighet	29
4.2 Formålsbegrensning	30

4.3 Dataminimering.....	31
4.4 Riktighet	32
4.5 Oppbevaringsbegrensning.....	33
4.6 Integritet og fortrolighet	33
4.7 Ansvarlighet.....	34
Kapittel 5 Behandlingsgrunnlag.....	35
5.1 Art. 6, stk. 1, litra a – Samtykke.....	35
5.1.1 Barns samtykkekompetanse	36
5.1.2 Spesifikt	38
5.1.3 Utvetydig	40
5.1.4 Informert	41
5.1.5 Frivillig	42
5.2 Kan samtykke benyttes som behandlingsgrunnlag når foreldre vil dele bilder av barn på sosiale medier?	47
5.2.1 Kan foreldre avgi samtykke til egen behandling, på vegne av barna?	49
5.3 Art. 6, stk. 1, litra b-e.....	50
5.3.1 Kontrakt.....	50
5.3.2 Rettslig forpliktelse.....	51
5.3.3 Vitale interesser.....	51
5.3.4 Samfunnets interesse	51
5.4 Art. 6, stk. 1, litra f – Interesseavveining.....	52
5.4.1 Legitime interesser	52
5.4.2 Den registrertes interesser eller rettigheter	53
5.4.3 Avveiningstesten	54
5.4.4 Særlig om interesseavveiningen for bilder.....	56
5.5 Interesseavveiningen: foreldres interesse i å dele barnas opplysninger, mot barnas rett på privatliv.....	57
Kapittel 6 Konklusjon.....	60
Bibliografi	62

Kapittel 1

1.1 Introduksjon

Mennesket har krav på beskyttelse av sine grunnleggende rettigheter. Dette er slått fast i mangfoldige traktater, konvensjoner og lover. Dette kan ses gjennom Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK), som ble vedtatt allerede i 1948.¹ Videre har flere av rettighetene som slås fast i EMK, blitt inntatt i EUs Charter om grunnleggende rettigheter, som forsterker individets rettigheter. Dette stadfester at alle mennesker har rett på beskyttelse av sine rettigheter. Barn er underlagt en særlig beskyttelse, noe som kommer til syne ved vedtakelsen av FNs Barnekonvensjon.² Her tillegges barn en ekstra beskyttelse, utover den som følger av EMK, som viser viktigheten av at barns rettigheter blir ivaretatt.

I nyere tid blir disse grunnleggende rettighetene satt på prøve, særlig ved den digitale utviklingen, og de nye plattformer som stadig oppfinnes. Internett ble utbredt på slutten av 1990-tallet, hvor tjenester som Facebook ble etablert.³ Fra Facebooks inntreden, har det stadig kommet flere sosiale medier, og i dag florerer det av ulike tjenester, blant annet Instagram, Snapchat, og Tik-Tok. Disse tjenestene er svært utbredt, og i 2023 benyttet 91 % av Danmarks befolkning seg av minst ett sosialt medium.⁴ Disse benyttes for å dele hendelser og små klipp av egen hverdag, gjerne ved å dele bilder av både seg selv og andre. En konsekvens av denne utviklingen, er at grensen mellom hva som anses som privat og offentlig blir mer flytende.

For å imøtekomme de utfordringer digitaliseringen førte til, ble Databeskyttelsesdirektivet (direktivet) vedtatt i 1995.⁵ Direktivets formål var å sikre fysiske personers grunnleggende rettigheter i forbindelse med behandling av personopplysninger, herunder retten til privatliv jf. art. 1. Internett utviklet seg raskt, og det ble klart at direktivet ikke var egnet for å imøtekomme utviklingens utfordringer. I 2012 fremsatte derfor EU-kommisjonen et forslag til en databeskyttelsespakke. Denne ble vedtatt i 2016, og trådte i kraft i mai 2018, og er i dag kjent som databeskyttelsesforordningen (forordningen) eller GDPR.⁶

¹ Menneskerettigheter i FN, på menneskeret.dk <https://menneskeret.dk/om-os/menneskerettigheder/menneskerettigheder-fn> (besøkt 03.05.2024, kl. 09:58)

² Bekendtgørelse 1992-01-16 nr. 6 af FN-konvention af 20- november 1989 om Barnets Rettigheder

³ Udsen, IT-rett, 2019, s. 325-326.

⁴ Danmark bruger sociale medier mest i EU, på Danmarks Statistik <https://www.dst.dk/da/Statistik/nyheder-analyser-publ/nyt/NytHtml?cid=46771> (lastet ned 20.02.24 kl. 10:44)

⁵ Europa-Parlamentet og Rådets direktiv af 1995-10-24 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personopplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (95/46)

⁶ Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 2016-04-27 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personopplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse) (2016/679)

Forordningen søkte å harmonisere databeskyttelsen i Europa, og å lage et regelverk som var i stand til å imøtekomme den teknologiske utviklingen.⁷ Formålet er, i likhet med direktivet, å sikre fysiske personers grunnleggende rettigheter, samt å sikre fri utveksling av personopplysninger, jf. art. 1. Med dette er menneskets rett på privatliv og beskyttelse av personopplysninger beskyttet av forordningen. For å sikre dette er barn etter forordningen tillagt et særlig vern. Barn er mindre klar over de risikoer som finnes, hvilke konsekvenser handlinger har, samt hvilke rettigheter de har, og krever derfor en særskilt beskyttelse.⁸ For å kunne imøtekomme den digitale utviklingen, er forordningen generelt formulert, slik at også ikke enda oppdagede problemstillinger kan falle inn under anvendelsesområdet. Bestemmelsene regulerer alle ledd av en behandling, og er tilpasset de fleste situasjoner. Det er dog et område som inntil videre er uavklart, nemlig situasjoner hvor foreldremyndighetsinnehavere ønsker å offentliggjøre personopplysninger om sine egne barn på sosiale medier.

Hittil har foreldre fritt kunne dele opplysninger om egne barn, uten at dette har vært underlagt noen reell regulering som gir konsekvenser. Dette kan være mer eller mindre utleverende informasjon om barnet, til både større og mindre personkretser. Sosiale medier er fortsatt et forholdsvis nytt fenomen, og konsekvensene av bruken er uavklarte. Det begynner imidlertid å komme rapporter som problematiserer og informerer om konsekvensene, noe som har ført til at noen land har kommet med regulering av hva og hvordan opplysninger kan deles.⁹ Frankrike har eksempelvis nylig vedtatt en lov, som gjør det ulovlig å dele barnas bilder uten samtykke fra myndighetene.¹⁰ Dette viser at det nå blir tatt på alvor å sikre barns rettigheter ytterligere, også i situasjoner hvor foreldrene ønsker å dele opplysninger.

1.2 Problemformulering

På bakgrunn av ovenstående, har spesialet til formål å undersøke hvorvidt den allerede gjeldende persondataforordning inneholder en begrensning av foreldres mulighet til å eksponere egne barn på sosiale medier, for å sikre at barnets grunnleggende rettigheter ivaretas. Dette er et område som ikke enda er avklart, og det er uvisst om forordningen vil kunne begrunne begrensninger i foreldres mulighet til å behandle barnas opplysninger.

Dette leder oss til følgende problemstilling:

⁷ Høiland, Rettsikkerhet og Juridisk metode, 2022, s. 48

⁸ Persano, GDPR and Children rights in EU data protection law, 2020, s. 34

⁹ Se eksempelvis Children's Commissioner, Who knows what about me, 2018 og [Sharenting: Why is France trying to stop parents from oversharing their childrens images, på Euronews](https://www.euronews.com/next/2023/03/10/sharenting-why-is-france-trying-to-stop-parents-from-oversharing-their-childrens-images-on) <https://www.euronews.com/next/2023/03/10/sharenting-why-is-france-trying-to-stop-parents-from-oversharing-their-childrens-images-on> (besøkt 03.05.2024, kl. 11:44) med videre henvisninger

¹⁰ LOI n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants (1) <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045133771/> (Besøkt 03.05.2024, kl. 11:47)

Inneholder databeskyttelsesforordningen en beskyttelse av barns grunnleggende rettigheter, når foreldremyndighetsinnehavere vil offentliggjøre deres personopplysninger på sosiale medier?

1.3 Avgrensning

Avhandlingen søker å avklare barns rettsstilling i forbindelse med foreldres publisering av deres personopplysninger på sosiale medier. Dette er et tema som grenser mot flere rettsområder, herunder strafferett, sosialrett og menneskerettigheter. Avhandlingen vil kun vurdere hvorvidt databeskyttelsesretten inneholder en begrensning av foreldres mulighet for å dele slike opplysninger, og dermed inneholder en beskyttelse av barnas rettigheter. Øvrige grenseområder, som nevnt over, vil ikke bli grundigere behandlet. Temaet ligger også tett opp mot flere av de foresattes grunnleggende rettigheter, blant annet ytrings- og informasjonsfrihet. Dette er svært relevante og viktige momenter, som til en viss grad vil bli inndratt i vurderingene, men rettighetene vil ikke bli inngående gjennomgått.

Det legges til grunn for oppgaven at det territoriale anvendelsesområdet i art. 3 er oppfylt. En nærmere analyse av dette vil oppta for mye plass, og anses ikke å være relevant for å avklare problemstillingen. Avhandlingen behandler kun alminnelige personopplysninger. Det er strengere vilkår som skal oppfylles, før behandling av følsomme opplysninger kan finne sted, og det må antas at de slutninger avhandlingen kommer til, gjelder som et minimum for de følsomme opplysningene.

Spesialet tar utgangspunkt i publisering av personopplysninger på internett og sosiale medier. Instagram vil bli benyttet som eksempel, men det må antas, at de slutninger som trekkes er gjeldende også for andre, lignende plattformer.

Dersom avhandlingen kommer til at forordningen inneholder en særlig beskyttelse av barnet i relasjon til foreldre, vil en stor del av det videre arbeide med hvem som skal sikre at foreldre overholder reglene. Spesialet vil ikke behandle dette grunnet plassbegrensninger.

1.4 Metode og rettskilder

1.4.1 Rettsdogmatisk metode

Spesialet tar utgangspunkt i den rettsdogmatiske metode, som har til formål å beskrive og analysere gjeldende rett på et generelt plan, samt å tilegne seg ny viten om denne.¹¹ Metoden benyttes også for å fortolke bestemmelser som deretter anvendes ved løsning av konkrete rettstvister.¹² Dette gjøres ved å analysere, systematisere, beskrive og fortolke rettskildene, for å komme frem til en rettssetning om gjeldende rett (*de lege lata*).¹³

¹¹ Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 2022, s. 70

¹² Tvarnø og Nielsen, Rettskilder og retsteorier, 2021, s. 34

¹³ Ibid.

En vesentlig del ved anvendelsen av den rettsdogmatisk metode, er å utvelge alle legitime rettskilder på området. Det skal foretas en kvalifisering og systematisering av de relevante kildene, slik at gjeldende rett kan fastslås.¹⁴ Den rettsdogmatiske metode anvendes i avhandlingen for å analysere og systematisere persondatarettens kilder, med formål å avklare rekkevidden av barns rettigheter, og beskyttelsen av denne, ved foreldres behandling av deres personopplysninger. Databeskyttelsesretten har mangfoldige rettskilder, og for å kunne subsumere innholdet av de bestemmelser som analyseres, er det nødvendig å identifisere hvilke rettskilder som er relevante for å kunne fastlegge gjeldende rett. Det er også relevant å beskrive kildenes interne hierarki og karakter, for å kunne avgjøre hvilken rettskildeværdi kildene har.¹⁵ Avsnitt 1.4.2-1.4.4 redegjør for de kilder som anvendes i spesialet.

1.4.2 EU-rettskilder

Databeskyttelsesretten utspringer av EU-retten. På denne bakgrunn vil det benyttes kilder fra EU, samt nasjonale kilder. En grunnleggende forståelse av det rettslige samspill mellom EU-retten og nasjonal rett, er derfor nødvendig ved anvendelse av databeskyttelsesretten.¹⁶

Danmark er medlem av EU, og har med hjemmel i Grunnlovens §20 avgitt en del av sin suverenitet til unionen.¹⁷ Som følge av medlemskapet i EU, har EU-retten stor betydning for Danmark, og er en gjeldende del av dansk rett.¹⁸ EU-retten hviler på et traktatsrettslig grunnlag, og etter Lisboa-traktatens ikrafttreden, er det tre grunnleggende tekster med traktatrang, som EU-retten bygges på, navnlig EU-Traktaten (TEU), EUF-Traktaten (TEUF) og Chartret om grunnleggende rettigheter.¹⁹ Det er på bakgrunn av disse traktatene at det utstedes EU-rettsakter, som forordninger og direktiver.²⁰

Spesialet vil ta utgangspunkt i persondataforordningen, som er den sentrale kilde i databeskyttelsesretten.²¹ En forordning er allmenngyldig og umiddelbart gyldig i hver medlemsstat.²² Dette betyr at den ikke retter seg mot bestemt angitte adressater, men kommer til anvendelse i alle objektivt bestemte situasjoner.²³ Forordningen er utstedt med henvisning til TEUF art. 16, som angir at enhver har rett til beskyttelse av egne personopplysninger.²⁴ Den avløser det tidligere gjeldende persondatadirektiv, som stadig kan bidra med fortolkningsmomenter. Direktiver binder, etter TEUF art. 288 medlemsstatene med henblikk på det tilsiktede mål, men den er ikke bindende i hvilken form

¹⁴ Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 2022, s. 211

¹⁵ Blume, Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 31

¹⁶ Blume, Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 56

¹⁷ Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 2018, s. 276

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Tvarnø og Nielsen, Retskilder og Retsteorier, 2021, s. 139

²⁰ Tvarnø og Nielsen, Retskilder og Retsteorier, 2021, s. 145

²¹ Blume, Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 56

²² Tvarnø og Nielsen, Retskilder og Retsteorier, 2021, s. 146

²³ Ibid.

²⁴ Blume, Den nye persondataret, 2018, s. 51

og hvilke midler som skal anvendes for å oppnå målet.²⁵ Det kreves dermed at direktiver implementeres i de tradisjonelle nasjonale rettskildene, for at de skal ha virkning i medlemsstatene. Ved overgangen fra direktiv til forordning, vises lovgivers ønske om harmonisering og en ensartet praksis på databeskyttelsesområdet i hele EU.²⁶ Direktivet vil, på tross av at det ikke lenger er gyldig, inndras i avhandlingen. Ordlyden samsvarer i flere tilfeller med forordningen, og lovgivers ønske var å videreføre noen av direktivets bestemmelser.²⁷ Avhandlingen vil på denne bakgrunn, i begrenset omfang, inndra direktivets betraktninger, praksis og teori, som bidrag for å fortolke hva som er gjeldende rett etter forordningen.

Spesialet vil videre inndra preambelbetraktningene fra direktivet og forordningen. Betraktningene kan i en viss forstand sammenlignes med bemerkninger til et dansk lovforslag, men er ikke bindende for medlemsstatene. Dog kan de bidra til å avklare betydningen av den enkelte regel, og er et vesentlig og mye brukt fortolkningsbidrag, for å forstå de enkelte bestemmelser.²⁸

For å finne frem til gjeldende rett, vil avhandlingen også inndra praksis avsagt av EU-domstolen. EU-domstolens oppgave er å sikre en ensartet fortolkning av EU-retten, hvilket forutsetter at deres dommer aksepteres som prejudikater i medlemsstatene.²⁹ I den sammenheng er det relevant å påpeke, at det kun er EU-domstolen som har kompetanse til å avgjøre spørsmål angående EU-rett.³⁰ Domstolen benytter en dynamisk fortolkningsstil, hvilket forutsetter at den prinsipielt sett står fritt i forhold til egne, tidligere avgjørelser, men domstolen anser sine dommer for bindende for de nasjonale domstoler.³¹ Det følger av flere dommer fra Høyesterett at de danske domstoler anser praksis fra EU-domstolen som avgjørende og bindende.³²

For å fortolke forordningens bestemmelser, vil avhandlingen også befatte seg med retningslinjer fra Det Europeiske Databeskyttelsesråd (EDPB) og art. 29-gruppen. Begge gruppene har til oppgave å sikre en ensartet anvendelse av henholdsvis forordningen og direktivet, samt å fremme samarbeidet mellom de nasjonale tilsynsmyndigheter.³³ EDPB er opprettet med hjemmel i forordningens art. 68, mens art. 29-gruppen var opprettet og arbeidet under direktivet, og hadde tilsvarende myndighet som EDPB har nå.

²⁵ Blume, Den nye persondatarett, 2018, s. 51

²⁶ Blume, Den nye Persondatarett, 2018, s. 21, og Høilund, Retssikkerhed og Juridisk metode, 2022, s. 48

²⁷ Blume, Databeskyttelsesret, 2018, s. 60-61

²⁸ Blume, Den Nye persondatarett, 2018, s. 53

²⁹ Tvarnø og Nielsen, Retskilder og Retsteorier, 2021, s. 170

³⁰ TEUF art. 256

³¹ Tvarnø og Nielsen, Retskilder og Retsteorier, 2021, s. 178-179

³² Se eksempelvis U 2017.38 H, hvor domstolen la avgjørende vekt på EU-domstolens praksis

³³ Blume, Databeskyttelsesret, 2018, s. 61

EDPB har ingen lovgivningskompetanse, men utarbeider en rekke retningslinjer og henstillinger, for å sikre en ensartet praksis i medlemsstatene. Disse dokumentene antas å virke betingende for den nasjonale praksis, og dermed ha en betydelig rettskildeverdi.³⁴ Det må på denne bakgrunn antas at Rådet er en viktig rettskildeprodusent, og at deres uttalelser må tas i betraktning ved fastleggelsen av gjeldende rett.³⁵

Art. 29-gruppen har utarbeidet flere arbeidsdokumenter («wp») angående de aller fleste problemstillinger i persondataretten. Disse dokumentene er såkalt «*soft law*», som ikke har bindende virkning for medlemsstatene, men som ble tillagt stor vekt ved fortolkning av direktivet, samt ved utarbeidelsen av forordningen.³⁶ Art. 29-gruppen er sammensatt på nesten samme måte som EDPB, med høy grad av sakkunnskap. Dette tyder på at deres dokumenter har rettskildeverdi, så lenge EDPB ikke har kommet med oppdaterte retningslinjer eller uttalelser som bryter med det gruppen har uttalt.³⁷

Avhandlingen vil benytte seg av både Rådets og art. 29-gruppens retningslinjer, i de tilfeller hvor disse er relevante. EDPB bygger i mange tilfeller på art. 29-gruppens uttalelser, og har kun i mindre grad gjort endringer. Dette tilsier at begge organers uttalelser har rettskildeverdi, og kan benyttes ved fortolkningen. Art. 29-gruppens uttalelser er dog utdatert, og vil følgelig tillegges mindre vekt enn EDPB sine retningslinjer, som tar utgangspunkt i gjeldende rett. Noen av gruppens WPs er også endossert av Rådet, og er dermed gjeldende i dag.

1.4.3 Nasjonale kilder

Ved utarbeidelse av forordningen ble det bestemt at det på noen områder skulle overlates et rådighetsrom til medlemslandene, hvor landene skulle fastsette supplerende regler.³⁸ I Danmark ble dette gjort ved vedtakelse av Databeskyttelsesloven (dbl.).³⁹ Avhandlingens problemstilling kan i stor grad besvares på bakgrunn av reglene i forordningen, men på området for barns samtykke, har Danmark benyttet seg av det nasjonale rådighetsrom, og fastsatt en særlig aldersgrense på 15 år. Avhandlingen vil derfor til en viss grad benytte seg av dbl.

Avhandlingen vil også benytte seg av forarbeider. Historisk sett er forarbeider lite brukt i EU-domstolen, da de benytter seg av en objektiv fortolkning, hvor det kun er lovtekstens ordlyd, samt

³⁴ Blume, Databeskyttelsesret, 2018. s. 62

³⁵ Blume, Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 64-65

³⁶ Blume, Databeskyttelsesret, 2018, s. 61

³⁷ Blume, Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 66

³⁸ Blume, Den nye persondataret, 2018, s. 20

³⁹ Lovbekendtgørelse 2024-03-08 nr. 289 om supplerende bestemmelser til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger

preamblebetraktningene som skal tolkes.⁴⁰ I Danmark har forarbeidene større betydning, og inndras ofte av domstolene som bidrag for å forstå lovtekstens ordlyd, og lovgivers formål med loven.⁴¹ Spesialet vil på denne bakgrunn bruke bemerkningene til lovforslaget LFF 2017-10-25 nr. 69. Bemerkninger til et lovforslag er en viktig rettskilde, som bør inndras ved fortolkning av lovers enkeltregler.⁴²

Ved implementering av forordningen, utarbeidet Justitsministeriets en betenkning, hvor det ble redegjort for dansk praksis, samt hvordan forordningen skulle forstås.⁴³ Denne betenkning er ikke i seg selv et forarbeid, men det blir referert til betenkningen i lovbemerkningene, og den inndras ofte i avklaringen av gjeldende rett, og er dermed en viktig rettskilde. Det følger av betenkningen selv, på side 13 og 14, at den skal tjene som et sentralt fortolkningsbidrag, og er tiltenkt å være det rettslige grunnlag for videre utarbeidelse av praktisk anvendelige veiledninger. Denne betenkning vil derfor benyttes i avhandlingen.

Videre vil praksis benyttes for å avklare rettstilstanden. Den danske praksis består av administrativ praksis, utstedt av Datatilsynet. Det er ikke alminnelig enighet om forvaltningsavgjørelser rettskildeverdi, men tilsynets praksis utgjør en dominerende rettskilde innenfor persondataretten.⁴⁴ Det følger av Grundlovens §63 at de rettslige sider av administrative avgjørelser kan etterprøves av domstolene, noe som tilsier at avgjørelsene har beskjeden rettskildeverdi.⁴⁵ Dog er det sjeldent dette gjøres, og Datatilsynets avgjørelser bidrar derfor i praksis, med å fastlegge gjeldende rett.^{46 47}

For å fortolke forordningen vil avhandlingen benytte seg av veiledninger utarbeidet av Datatilsynet.⁴⁸ En veiledning er en administrativ forskrift med informativ karakter, som man trenger hjemmel i lov for å utstede.⁴⁹ En veiledning brukes for å utdype og forklare ord og formuleringer i lovteksten, forklare hvordan de ulike kravene kan etterkommes, samt redegjøre for praksis på området.⁵⁰ De er ikke bindende, men bygger på bindende regler. Datatilsynets veiledninger har likevel stor praktisk betydning på persondatarettens område, da det er Datatilsynet selv som har avgjørelseskompetanse i konkrete saker, og deres veiledninger kan derfor anses som en prognose angående de avgjørelser

⁴⁰ Tvarnø og Nielsen, Retskilder og Retsteorier, 2021, s. 259

⁴¹ Ibid.

⁴² Blume, Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 42

⁴³ Justitsministeriets betenkning nr. 1565/2017

⁴⁴ Blume, Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 48, og Tvarnø og Nielsen, Retskilder og Retsteorier, 2021, s. 191

⁴⁵ Tvarnø og Nielsen, Retskilder og Retsteorier, 2021, s. 191

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Blume, Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 51

⁴⁸ Datatilsynets veiledning, Samtykke, 2021

⁴⁹ Blume, Den nye persondataret, 2018, s. 53, og Blume, Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 43

⁵⁰ Tvarnø og Nielsen, Retskilder og Retsteorier, 2021, s. 103-104

som skal treffes.⁵¹ Datatilsynet har også utarbeidet sjekklistor for institusjoner som arbeider med barn, med veiledning til når og hvordan man kan dele bilder av barna. Disse har ingen rettskildeværdi, men kan likevel gi visse retningslinjer til foreldre som vil gjøre det samme. Sjekklistenes prinsipper vil inndras for å gi et nyansert bilde av situasjonen i forbindelse med interesseavveiningen i kap. 5.3.4.

Avhandlingen vil også benytte seg av litteratur. Den juridiske litteratur anses ikke som en rettskilde, da forfatteren av litteraturen ikke har legitimitet til å fastlegge gjeldende rett.⁵² Litteratur har likevel verdi som et fortolkningsbidrag til den anvendte rettskilde.⁵³ Da forfatterne har lagt ned et stort arbeid med å tolke og forstå lovbestemmelser, kan litteraturen benyttes som grunnlag for den videre analyse. Dette gjelder spesielt dersom forfatteren har hatt en særlig rolle i det persondatarettslige system, hvor litteraturen muligvis får enda større betydning.⁵⁴

1.4.4 Folkerettslige kilder

Avhandlingen vil i begrenset omfang benytte seg av en folkerettslig kilde, EMK. Denne konvensjonen er ratifisert av Danmark i 1992, og pålegger statene å sikre de rettigheter som fremgår av konvensjonen.⁵⁵ Konvensjonen vil i avhandlingen bli benyttet til å tolke den grunnleggende retten til respekt for privatliv, som mennesket har etter Charterets art. 7. Når Charteret og EMK har sammenfallende bestemmelser, skal det tolkes slik at EMK utgjør et minimum for beskyttelse, som EUs grunnleggende rettigheter kun kan forbedre, jf. art. 52, stk. 3 i Chartret.⁵⁶ I forbindelse med dette vil også relevante avgjørelser fra Den Europeiske Menneskerettsdomstolen (EMD) bli gjennomgått. Danmark er i utgangspunktet ikke forpliktet av EMDs avgjørelser, men Høyesterett har fastslått at EMDs praksis skal legges til grunn, så vidt det er mulig.⁵⁷

1.4.5 Tolkingsmetoder

For å kunne benytte den rettsdogmatiske metode tar denne avhandlingen utgangspunkt i ordlyd- og formålsfortolkning.

Ordlydsfortolkning er det tradisjonelle utgangspunktet når en lovtekst skal tolkes, og består av en alminnelig språklig forståelse. Dette vil si at man ser på lovteksten, og de ordene som er brukt, og vurderer innholdet basert på hva som kan leses direkte ut av ordlyden. Dette er gjerne første steg for å avklare og finne en rettsregel, og legger grunnlaget for videre tolkning.

⁵¹ Tvarnø og Nielsen, *Retskilder og Retsteorier*, 2021, s. 103-104

⁵² Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, 2018, s. 372

⁵³ Højlund, *Retssikkerhed og juridisk metode*, 2018, s. 25

⁵⁴ Blume, *Persondatarettens kilder og metode*, 2020, s. 55

⁵⁵ Rytter, *Individets grunnleggende rettigheter*, 2021, s. 52

⁵⁶ Tvarnø og Nielsen, *Retskilder og Retsteorier*, 2021, s. 228

⁵⁷ EMK art. 46, nr. 1

Avhandlingen benytter seg også av formålsfortolkning. Det vil si at forarbeider, lovgivers vilje og de prinsipper og rettigheter reglene bygger på, skal inndras i tolkningen av gjeldende rett. Det er avgjørende at fortolkningen av forordningen er i samsvar med formålet.⁵⁸ Forordningens formål fastslås i art. 1, stk. 2 og 3, hvor beskyttelse av fysiske personers grunnleggende rettigheter og frihetsrettigheter fremstår som hovedformålet. I forbindelse med formålsfortolkningen skal Charteret om grunnleggende rettigheter benyttes. Det følger av forordningens preambelbetraktning nr. 4, at de grunnleggende rettigheter som er forankret i Chartret, skal overholdes på databeskyttelsesområdet.

1.5 Innledende begreper

I forbindelse med avhandlingen, er det visse begreper av betydning, som må fastlegges.

1.5.1 Barn

Ifølge FNs Barnekonvensjon, er alle mennesker under 18 år et barn, og det er denne definisjon som vil bli anvendt i avhandlingen.⁵⁹ Det er denne aldersgrense som angir når barn anses som myndige og blir ansett som voksen. I tillegg følger det av foreldreansvarsloven §1a, at det er de under 18 år, som er underlagt foreldremyndighet. Det er på denne bakgrunnen naturlig å bruke dette som aldersgrense. Se nærmere om dette i kap. 5.1.1.

1.5.2 Foreldre

Når avhandlingen benytter seg av begrepet foreldre, menes foreldremyndighetsinnehaveren, altså den som har ansvaret for barnet, jf. foreldreansvarsloven. Det er foreldremyndighetsinnehaveren som er ansvarlig for å ta avgjørelser på vegne av barnet, og sikre barnets omsorg, jf. lovens art. 2. Avhandlingen vil benytte seg av både begrepet foreldre, samt foresatte, som erstatning for begrepet foreldremyndighetsinnehaver.

1.5.3 Influensere

En influencer, eller «påvirker», er en person som bruker sosiale medier som et redskap for å påvirke sine følgers holdninger eller handlinger.⁶⁰ Influensere benytter seg som regel av plattformer som Instagram, Snapchat og TikTok, og bruker disse til å reklamere for egne eller andres produkter.⁶¹ Dette arbeidet er som regel inntektsgivende, og de mest innflytelsesrike og populære influencerne kan leve av å kun produsere innhold til sosiale medier.

I denne avhandling, vil en influencer være definert som en person med mange følgere på sosiale medier, med vekt på de med over 10.000 følgere, og som tjener penger på å annonsere for egne eller

⁵⁸ Blume, Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 58

⁵⁹ FNs Barnekonvensjon, 1992, art. 1

⁶⁰ Influencer, på Den Store Danske <https://denstoredanske.lex.dk/influencer> (besøkt 20.02.24, kl. 11:05)

⁶¹ Ibid.

andre virksomheters produkter. Dette vil si at selv personer som ikke har dette som hovedbeskjeftigelse, for eksempel skuespillere og artister, også vil være omfattet av begrepet.

1.5.4 Sharenting

«*Sharenting*» er et begrep som er satt sammen av ordene «*sharing*» og «*parenting*», altså deling og foreldreskap, og brukes om den praksis hvor foreldre deler bilder eller annen personlig informasjon om sine barn på internett, særlig på sosiale medier.⁶² Dette kan være harmløse opplysninger, men også mer sensitiv informasjon. Det varierer også i hvilket omfang foreldrene deler disse opplysningene, om det deles mye eller ikke.

1.5.5 Dataansvarlig

En dataansvarlig defineres i forordningens art. 4, nr. 7 som en fysisk person som avgjør til hvilke formål, med hvilke hjelpemidler det skal foretas behandling av personopplysninger, samt hvem som kan behandle opplysningene. Definisjonen i seg selv pålegger den dataansvarlige visse plikter, samtidig som resten av forordningen utvider disse pliktene, hvorav noen av disse vil bli undersøkt videre i avhandlingen. Det følger direkte av denne definisjonen at i forhold til problemstillingen, vil foreldre få rolle som dataansvarlig, dersom de vil offentliggjøre bilder av sine barn, og denne behandlingen er omfattet av forordningens anvendelsesområde.

1.5.6 Registrert

Den registrerte er forordningens beskyttelsessubjekt.⁶³ Det er denne som får sine personopplysninger behandlet, og på bakgrunn av dette blir tildelt en rekke rettigheter. Det er sjeldent vanskelig å avgjøre hvem som vil være registrert i en behandlingssituasjon, og i denne avhandlingen vil dette være barnet.

Det skal likevel påpekes at også de foresatte kan få rolle som registrert. Selv om foreldrene er dataansvarlig i relasjon til barna, vil de få rolle som registrert i forhold til tjenesteutbyderen de velger å benytte til offentliggjøringen. Det følger av art. 29-gruppens uttalelse om internettbaserte sosiale nettverksaktiviteter, at denne konstellasjonen kan forekomme.⁶⁴ Dog vil det i relasjon til avhandlingen, stort sett være en rolle som dataansvarlig, som pålegges de foresatte.

1.6 Oppgavens struktur

Kapittel 2 drøfter databeskyttelsens formål, som gjennomgående vil benyttes som fortolkningsbidrag til de ulike drøftelsene. Kapittel 3 omhandler forordningens anvendelsesområde, og kapittel 4 gir en kort redegjørelse for forordningens grunnleggende prinsipper. Disse legger grunnlaget for den videre analyse i kapittel 5, om forordningens behandlingsgrunnlag.

⁶² Sharenting, på Medie- og kommunikasjonsleksikon <https://medieogkommunikationsleksikon.dk/sharenting/> (besøkt 01.05.2024, klokken 13:04)

⁶³ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 89

⁶⁴ Art. 29-gruppen, WP 163/2009, s. 6

Kapittel 2 Databeskyttelsens formål

Beskyttelse av personopplysninger er en grunnleggende rettighet, fastslått i EUs Charter om grunnleggende rettigheter artikkel 8. Dette gjelder for barn, slik som for voksne, jf. Charterets art. 24. En del av denne beskyttelsen, omhandler også retten til privatliv etter art. 7. Det slås videre fast i databeskyttelsesforordningen, at databeskyttelse er en del av de grunnleggende rettigheter som beskyttes av Charteret.⁶⁵ Dette kapittelet vil gjennomgå og avklare forordningens formål, samt hvordan dette har blitt benyttet i praksis av EU-domstolen.

2.1 Forordningens formål

Databeskyttelsesforordningens har to overordnede formål; beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger, og fri utveksling av personopplysninger, jf. art. 1. Denne beskyttelsen er en grunnleggende rettighet, fastslått i EUs Charter om grunnleggende rettigheter art. 8, og art. 16 i TEUF. Dette følger av forordningens preambelbetraktning nr. 1.

Videre fremgår det av art. 1, stk. 2, at beskyttelsen skal omfatte fysiske personers grunnleggende rettigheter og frihetsrettigheter. Dette vil si at de rettigheter som er fastslått i Charteret, også skal overholdes når personopplysninger behandles, jf. preambelbetraktning nr. 3 og 4. Det fremgår også av preambelbetraktning nr. 4, at forordningen i seg selv overholder alle disse grunnleggende rettigheter. På tross av dette, skal den dataansvarlige sikre at beskyttelsen er tenkt inn i alle fremtidige behandlinger, slik at forordningen og dens formål overholdes. Det kommer tydelig frem at Charteret skal overholdes når behandling av personopplysninger skal foregå.

Preambelbetraktning nr. 4 lister opp flere av de grunnleggende rettigheter som skal overholdes for at en behandling skal være i tråd med forordningens formål. Eksempler er retten til respekt for hjem og kommunikasjon, beskyttelse av personopplysninger og respekt for privat- og familieliv. Avhandlingen vil videre kun befatte seg med retten til respekt for privatlivet og beskyttelse av personopplysninger, da disse anses mest relevant for oppgaven.

Retten til respekt for privatliv er en sentral del av et menneskes grunnleggende rettigheter, og den er slått fast i Charterets art. 7. Denne retten er særs viktig, og er også slått fast i EMK art. 8. Innholdet i Charterets bestemmelse, skal minimum tilsvare det beskyttelsesnivå som følger av EMK, men kan gi individet sterkere beskyttelse.⁶⁶ Det må på denne bakgrunn antas at den avgrensning av privatlivsbegrepet etter EMK, som EMD har definert, også må gjelde for privatliv etter Charteret.⁶⁷

⁶⁵ Justitsministeriets betenkning nr. 1565, s. 9

⁶⁶ Tvarnø og Nielsen, Retskilder og Retsteorier, 2021, s. 228

⁶⁷ Næsborg-Andersen, Børn, forældre og deling af personopplysninger på sociale netværk, 2017, s. 131

2.2 Privatliv i et menneskerettslig perspektiv

Privatliv er et dynamisk begrep, og EMD har i flere saker tatt stilling til hvordan artikkel 8 skal fortolkes når det gjelder deling av bilder på internett, og andre problemstillinger omkring nye informasjonsteknologier. Domstolen har blant annet uttalt i saken om Von Hannover mot Tyskland (59320/00), at publisering av et bilde av en kjent person, som ble tatt i en situasjon hvor personen hadde en berettiget forventning om å være privat, var et brudd på privatlivets fred. Saken omhandlet flere tyske tabloidavisers publisering av bilder av en prinsesse fra Monaco. Bildene var tatt rett utenfor hennes hjem, og i andre hverdagslige situasjoner. Den tyske konstitusjonelle domstol kom frem til at offentliggjøringene ikke var brudd på prinsessens rett på privatliv, med begrunnelse om at pressefriheten og den offentlige interesse veide tyngre.

Menneskerettighetsdomstolen kom til motsatt resultat; publiseringene var et brudd på retten til privatliv. Domstolen argumenterer at selv om personer er kjent i offentligheten, har de en «*legitim forventning*» om beskyttelse og respekt for sitt privatliv. Når bilder blir tatt uten at personen er kjent med det, og uten samtykke, er dette et brudd på retten til privatliv. Det følger av dommen, at selv kjente personer har rett til privatlivsbeskyttelse på offentlige plasser så vel som private, så lenge man har en legitim forventning om privatliv.⁶⁸ Denne dommen gir også individet rett på eget navn og bilde.⁶⁹

Kjernen i privatlivet er beskyttelsen av en privatsfære, hvor individet kan være i fred.⁷⁰ I saken Rubio Dosamantes v. Spania (20996/10) uttaler domstolen, at privatliv er et vidt begrep, som omfatter elementer knyttet til en persons identitet, herunder navn, bilde og integritet.⁷¹ Saken omhandlet en profesjonell sanger, som i diverse tv-programmer var blitt gjenstand for diskusjon. Det ble snakket om svært private forhold, herunder hvilken legning hun har og hennes forhold til partneren. Denne saken gir, i likhet med Von Hannover v. Tyskland, rett på privatliv, i tilfeller hvor man har en legitim forventning om dette. I tillegg følger det av dommene, at bilder av en person, er en del av det som skal beskyttes. Et bilde er personlig og privat, og kan ikke deles uten at det foreligger en god grunn for det. Begge dommene omhandlet offentlige personer, og selv her ble det fastslått at det var en krenkelse av privatlivet, å offentliggjøre deres bilder. Det offentliges interesse i å se bildene, veide ikke tyngre enn personenes rett til respekt for privatliv.

Dommene viser, i tillegg til å gi individet rett over eget bilde og identitet, at retten til respekt for privatliv, ikke er absolutt. Det skal foretas en avveining av individets rett til privatliv, og det offentliges interesse i offentliggjøringen. Det skal altså foretas en proporsjonalitetsvurdering. Det kan tenkes

⁶⁸ Rytter, Individets grunnleggende rettigheter, 2019, s. 219

⁶⁹ Rytter, Individets grunnleggende rettigheter, 2019, s. 218

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Rubio Dosamantes v. Spania (20996/10), premiss 26

tilfeller hvor det offentlige interesse vil veie tyngre enn retten til privatliv, og i slike tilfeller, vil en offentliggjøring av et bilde ikke krenke individets rettigheter.

2.3 Privatliv i databeskyttelsesforordningen

Privatliv er forholdsvis klart avgrenset av EMD, og innholdet samsvarer med det i Charterets art. 7. Det skal foretas en proporsjonalitetsvurdering, hvor individets grunnleggende rettigheter skal vurderes opp mot personopplysningenes funksjon i samfunnet, jf. preambelbetraktning nr. 4 og EMDs praksis ovenfor.

Når privatlivet skal beskyttes etter forordningen, er det likevel andre hensyn som må komme i betraktning. Forordningen har som nevnt to formål, nettopp beskyttelse av fysiske personer og fri utveksling av personopplysninger. Det vil forekomme tilfeller hvor disse formålene trekker i motsatte retninger, og hvor personers grunnleggende rettigheter til en viss grad må krenkes, for å kunne sikre en fri utveksling av opplysninger.⁷² Dette kommer til syne gjennom flere avgjørelser fra EU-domstolen, hvor beskyttelse av personers grunnleggende rettigheter inndras som fortolkningsbidrag i ulike spørsmål omkring forordningens bestemmelsers rekkevidde. Dette ble blant annet gjort i saken C-131/12 (Google Spain). Saken omhandlet en privatpersons anmodning om å fjerne personopplysninger om pågjeldende, fra Google søk. Ved et Google-søk på pågjeldende sitt navn, dukket det opp gamle avisartikler fra 1998, hvor han ble navngitt i forbindelse med en tvangsauksjon over fast eiendom grunnet misligholdt gjeld. I 2010 klaget mannen til det spanske datatilsyn (AEPD), både over avisen som hadde publisert artiklene, samt Google Spain og Google Inc. (heretter Google). Klagen mot avisen ble avvist, da deres offentliggjøring var rettslig begrunnet. I forhold til klagen mot Google fikk klager medhold. AEPD fant, at søkemaskinsutbydere er undergitt lovgivningen om beskyttelse av personopplysninger, og at de dermed må følge de regler som er.

Google anla videre to saker for nasjonal rett, som forela flere prejudisielle spørsmål for EU-domstolen. I sin vurdering av saken, har domstolen gjennom hele avgjørelsen fokus på privatlivet, og at direktivets formål skal overholdes. Det følger av flere av dommens premisser, at Charterets art. 7 og 8 faktisk gjelder i forbindelse med behandling av personopplysninger, se eksempelvis premiss 69.

Domstolen uttaler også, i premiss 38, at en søkemotor som Google, har et ansvar for å sikre at de garantier som direktivet fastslår blir oppnådd, slik at de berørte personer får den beskyttelse de har krav på, herunder deres rett til privatliv. Domstolen har med dette slått fast at den dataansvarlige har et ansvar for å sikre at den behandling de gjennomfører, er i tråd med den beskyttelse den registrerte har krav på.

⁷² Næsborg-Andersen, Børn, forældre og deling af personopplysninger på sociale netværk, 2017, s. 132

Beskyttelse av privatlivet hadde også stor betydning i sak C-362/14 (Schrems). Saken omhandlet Facebook Irlands overføring av personopplysninger til Facebook Inc., som har hjemsted i USA. Saken omhandlet altså tredjelandsoverførslar. Schrems, som anla saken, mente at det ikke fantes tilstrekkelig beskyttelsesnivå i USA, og at Facebook Irland ikke kunne videregje opplysningene. Domstolen uttaler i saken, at direktivet har til formål å sikre en effektiv og fullstendig beskyttelse av fysiske personers frihetsrettigheter og grunnleggende rettigheter, og at det også skal sikres et høyt beskyttelsesnivå av disse.⁷³ For å sikre dette, skal det foretas en avveining av retten til privatliv, og de hensyn som tilsier at det skal skje en fri utveksling av personopplysninger, jf. dommens premiss 42. Det skal altså, i likhet med det som følger av EMD, foretas en proporsjonalitetsvurdering. Disse sakene er avsagt under det tidligere direktiv, men må anses å ha stor rettskildeverdi også under det någjeldende forordning.⁷⁴

Praksis viser altså at individets grunnleggende rettigheter omfatter retten til privatliv, som er hjemlet i Charterets art. 7. Det fremgår også av dommene, at den beskyttelse fysiske mennesker har som følge av forordningens formål, har betydning i alle spørsmål omkring tolkning av bestemmelsene. En behandling vil ikke være lovlig, dersom den er i strid med formålet, med mindre hensynet til fri utveksling av opplysninger veier tyngre enn de fysiske personer legitime forventning om privatliv.

Dersom foreldre ønsker å offentliggjøre personopplysninger om sine barn på sosiale medier, må de, som andre dataansvarlige, sørge for å overholde formålet. Ingen publisering må skje på bekostning av barnas rett til respekt for privatliv, med mindre den frie utvekslingen av opplysninger veier tyngre. Det er vanskelig å tenke seg en situasjon hvor det offentliges interesse i et barn veier tyngre enn dets rett på privatliv.

Formålet vil videre bli benyttet som tolkningsbidrag i forbindelse med de ulike vurderinger som gjøres for å forsøke å besvare problemstillingen.

⁷³ Sak C-362/14, premiss 39

⁷⁴ Betænkning nr. 1565/2017, Del 1, Bind 1, avsnitt 2.2.3

Kapittel 3 Databeskyttelsesforordningens anvendelsesområde

3.1 Databeskyttelsesforordningens materielle anvendelsesområde

For å kunne avgjøre hvorvidt forordningen kan brukes som hjemmel for å begrense «*sharenting*», må det først avklares om fenomenet er omfattet av forordningens anvendelsesområde. Det materielle anvendelsesområdet til forordningen finnes i art. 2. Det følger av ordlyden at forordningen kommer til anvendelse på «*behandling*» av «*personopplysninger*». Behandlingen kan være «*automatisk databehandling*» eller «*inneholdt i et register*». Dette kapittelet vil først vurdere om «*sharenting*» er en del av forordningens anvendelsesområde, og deretter hvorvidt noen av unntakene kan komme til anvendelse.

3.1.1 Behandling

Forordningens art. 4, nr. 2 definerer hva som regnes som behandling. Lovteksten sier at «*enhver aktivitet eller række af aktiviteter*» som personopplysninger gjøres til gjenstand for, er behandling i forordningens forstand. Ordlyden tilsier at det er et bredt begrep, noe som understøttes av den omfattende, men ikke uttømmende opplistingen av eksempler på behandlinger.⁷⁵

Med et så bredt behandlingsbegrep er det vanskelig å forestille seg en behandling som faller utenfor definisjonen, noe som er i tråd med formålet.⁷⁶ Forordningen var ment å inneholde en bred rettslig standard, for å kunne anvendes på et område som er under hurtig utvikling, uten selv å måtte gjennom endringer for å kunne holde følge med utviklingen.⁷⁷ Det er med dette klart, at en offentliggjøring av bilder, videoer og andre personopplysninger på sosiale medier er omfattet av behandlingsbegrepet i art. 2.

3.1.2 Personopplysninger

Etter forordningens art. 4, nr. 1 er en personopplysning «*enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person*». Dette vil si at dersom en person er identifiserbar gjennom de opplysningene som behandles, vil det være snakk om en personopplysning, og personen som identifiseres får status som den registrerte.

Fastsettelse av hvem som er den registrerte, kan etter ordlyden gjøres i to situasjoner. Den første er når det er snakk om en identifisert person. Dette vil si når det er mulig å umiddelbart forbinde person og opplysning.⁷⁸ Eksempler på dette kan være en liste med navn og telefonnumre på personer. Den andre situasjonen er når man kan identifisere en fysisk person, gjennom opplysningene. Det følger av

⁷⁵ Blume, Den nye persondataret, 2018, s. 72

⁷⁶ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 69

⁷⁷ Blume, Den nye persondataret, 2018, s. 18-19

⁷⁸ Blume, Den nye persondataret, 2018, s. 69

preambelbetraktning nr. 26 at for å avgjøre om en person er identifiserbar, bør alle midler som med rimelighet kan tenkes brakt i anvendelse, tas i betraktning. I en slik situasjon er det de midler den dataansvarlige eller andre med rimelighet vil benytte seg av, som skal vektlegges. Dette tyder på at en opplysning bør kunne regnes som personopplysning, selv om det kun er en begrenset krets som kan identifisere personen.⁷⁹ En slik identifisering skal foretas innenfor rimelige grenser, og dersom man eksempelvis må benytte seg av ekstraordinært store utgifter, vil opplysningen sannsynligvis ikke kunne betraktes som en personopplysning.⁸⁰ Det er med dette klart at et bilde, hvor personen kan identifiseres, er en personopplysning i forordningens forstand, og «*sharenting*» er omfattet av forordningens materielle anvendelsesområde.⁸¹

3.2 Art. 2, stk. 2, litra c – Privatbruksregel

Det finnes flere unntak til forordningens anvendelsesområde i art. 2, stk. 2, men avhandlingen vil kun forholde seg til det i litra c, da de øvrige ikke er relevante for temaet. Artikkel 2, stk. 2, litra c, eller den såkalte privatbruksregelen, inneholder en begrensning i forordningens anvendelsesområde. Bestemmelsen angir at behandling av personopplysninger som foretas av en fysisk person, som ledd i «*rent personlige eller familiemæssige aktiviteter*» faller utenfor forordningens anvendelsesområde. For å kunne avklare om en forelders offentliggjøring av eget barn er omfattet av forordningen, må rekkevidden av privatbruksregelen avklares.

Bestemmelsen er hentet fra det tidligere persondatadirektivets art. 3, stk. 2, 2. ledd, og har tilsvarende ordlyd. Det er ikke tilsiktet å medføre endringer i forhold til tidligere gjeldende rett, og av denne grunn vil praksis fra tiden under direktivet fortsatt ha en viss rettskildeverdi.⁸² Da unntaket stammer fra tiden før utbredelsen av sosiale nettverk, har det i dag langt større betydning enn den opprinnelig var tiltenkt, noe som også må hensyntas når det benyttes eldre praksis.⁸³ Bestemmelsen i seg selv inneholder ingen klare vilkår angående hva som er en «*rent personlig eller familiemæssig aktivitet*». Det finnes imidlertid retningslinjer i forordningens preambelbetraktning, men den avgjørende vurdering er overlatt til domstolene.

Det følger av preambelbetraktning nr. 18, at dersom behandlinger skal være omfattet av unntaket, skal det være «*uden forbindelse med en erhvervsmæssig eller kommerciell aktivitet*». Videre følger det at unntaket kan omfatte «*korrespondance og føring af en adressefortegnelse eller sociale netværksaktiviteter og onlineaktiviteter, der udøves som led i sådanne aktiviteter*». Dette vil si at også

⁷⁹ Blume, Den nye persondatarett, 2018, s. 70

⁸⁰ Preambelbetraktning 26, og Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 67

⁸¹ Hvad er personoplysninger, på Datatilsynet <https://www.datatilsynet.dk/hvad-siger-reglerne/grundlaeggende-begreber/hvad-er-personoplysninger> (besøkt 08.03.2024, kl. 14:54)

⁸² Betænkning nr. 1565/2017, Del 1, Bind 1, avsnitt 2.2.3

⁸³ Blume, Den nye Persondatarett, 2018, s. 62

aktiviteter på sosiale nettverk, i et visst omfang kan være omfattet av unntaket.⁸⁴ Dette er i tråd med Art. 29-gruppens uttalelse om internettbaserte sosiale nettverksaktiviteter.⁸⁵ På tross av dette er ikke utgangspunktet at offentliggjøring på sosiale medier er omfattet av privatbruksregelen.⁸⁶ For at unntaket skal kunne komme til anvendelse, skal offentliggjøringen være av privat eller familiemessig karakter.

3.2.1 Rent personlige og familiemessige aktiviteter

Det følger av ordlyden i art. 2, stk. 2, litra c, at behandling av personopplysninger som foretas av en fysisk person, som ledd i rent personlige og familiemessige aktiviteter, ikke er omfattet av reglene i forordningen. Innholdet av «*rent personlige og familiemessige aktiviteter*» har utviklet seg i takt med tiden. Da direktivet ble innført omfattet unntaket kun «*f.eks. korrespondance og føring af en adressefortegnelse*». Onlineaktiviteter var ikke omfattet av unntaket, noe som følger av sak C-101/01, Lindqvist.⁸⁷

Lindqvist-dommen ble avsagt i 2003, og var første sak hvor EU-domstolen tok stilling til fortolkningen av det dagjeldende direktiv. Saken omhandlet Bodil Lindqvist, som arbeidet med å forberede konfirmanter. I forbindelse med dette, ønsket hun å gjøre det lettere for konfirmantene å finne informasjon om de ansatte i sognet, og opprettet derfor en hjemmeside. Her offentliggjorde hun personopplysninger om seg selv, og sine 18 kollegaer. Opplysningene gjaldt alt fra navn og arbeidsområde, til telefonnummer og opplysninger om familieforhold. Kollegaene var ikke kjent med at hjemmesiden ble opprettet, men da de fant ut av det, ba de Lindqvist straks om å ta den ned, noe hun gjorde. Saken ble tatt gjennom det svenske rettssystem, og den svenske domstolen forela syv prejudisielle spørsmål for EU-domstolen, hvor det ene omhandlet hvorvidt Lindqvists aktivitet var omfattet av direktivets art. 3, stk. 2.

EU-domstolen fant i denne saken at offentliggjøring av personopplysninger på internett, ikke er en personlig eller familiemessig aktivitet. Begrunnelsen var at opplysningene gjøres tilgjengelig for et ubestemt antall personer, jf. premiss 47. Videre i premiss 47 uttaler domstolen at «*denne undtagelse skal derfor fortolkes således, at den udelukkende vedrører de aktiviteter, der indgår i den enkelte borgers privatliv eller familieliv*». Etter avsigelse i Lindqvist-saken, har den tradisjonelle oppfattelse derfor vært, at enhver offentliggjøring på internett for et ubestemt antall personer, er omfattet av

⁸⁴ Høilund, Persondataret, 2020, s. 17

⁸⁵ Art. 29-gruppens uttalelse nr. 5/2009 om internettbaserte sosiale nettverksaktiviteter (WP 163)

⁸⁶ Art. 29-gruppens WP163/2009

⁸⁷ Direktivets betraktning 12

forordningen. For at unntaket skal kunne anvendes, skal offentliggjøringen ha tett tilknytning til privat- eller familieliv, samtidig som det ikke publiseres for et ubestemt antall personer.⁸⁸

Det samme følger av art. 29-gruppens uttalelser.⁸⁹ Her fremkommer det at når adgangen til personopplysninger utvides til kontakter som brukeren ikke selv har valgt, går adgangen utover de personlige og familiemessige aktiviteter, og unntaket kan derfor ikke benyttes. Dette er i samsvar med prinsippet fra Lindqvist om at offentliggjøring for et ubestemt antall personer utelukker at privatbruksregelen kan benyttes.

I saken mot Lindqvist, premiss 47 følger det samtidig at bestemmelsen skal tolkes innskrenkende og restriktivt. Det er snakk om en snever unntakelsesbestemmelse, noe som også kan ses i EU-domstolens sak C-212/13, Ryneš. Saken omhandlet en privatperson som hadde satt opp et overvåkningskamera på egen eiendom. Kameraet filmet inngangen til personens eget hus, offentlig vei foran huset, samt inngangen til naboens hus. EU-domstolen fastslår i premiss 28 at en innskrenking av direktivets beskyttelse, samt unntak i anvendelsesområdet, skal holdes innenfor det strengt nødvendige. Begrunnelsen for dette å sikre den grunnleggende rett til respekt for privatlivet, som er fastslått i Charterets artikkel 7. Videre i premiss 29 uttaler domstolen at for å kunne respektere de grunnleggende rettigheter i Charteret, spesielt med tanke på privatlivets fred, må unntaket i direktivets artikkel 3, stk. 2, annet ledd, undergis en streng fortolkning.

Gjennom domstolens uttalelser i disse to saker, kan man se at direktivets formål benyttes som et tolkningsbidrag i den praktiske forståelsen av direktivet. Dersom en offentliggjøring strider mot menneskets grunnleggende rettigheter, herunder privat- og familieliv, vil forordningen komme til anvendelse, slik at fysiske personer får den beskyttelse de har rett på.

Rettstilstanden etter de to EU-domstolene var at direktivets unntak skulle fortolkes strengt, slik at menneskets grunnleggende frihetsrettigheter, herunder privatlivet, ikke ble krenket. En offentliggjøring av personopplysninger ville alltid være omfattet av direktivets anvendelsesområde, da en offentliggjøring for et ubestemt antall personer ikke kunne regnes som rent personlig eller familiemessig aktivitet.

Det har skjedd stor teknologisk utvikling i tiden etter Lindqvist- og Ryneš-dommen, og innholdet i «*rent personlige og familiemessige aktiviteter*» i art. 2, stk. 2, litra c er endret. Dette kan blant annet ses gjennom forordningens preambelbetraktning nr. 18, hvor ordlyden er endret fra direktivets preambelbetraktning nr. 12. Etter forordningen kan også «*sociale netværksaktiviteter og*

⁸⁸ Udsen, Databeskyttelsesrett, 2022, s. 74

⁸⁹ Art. 29-gruppens WP 163/2009

*onlineaktiviteter»*⁹⁰ være omfattet av unntaket, hvor det tidligere kun var «*korrespondance og føring af en adressefortegnelse»*⁹¹ som var omfattet.

På tross av at innholdet i bestemmelsen er utvidet, og sosiale nettverksaktiviteter kan falle utenfor forordningens anvendelsesområde, har prinsippene fra de to EU-sakene stadig betydning, basert på en ordlydsfortolkning. Et stort antall «*venner*» på sosiale medier er en indikasjon på at det ikke er snakk om rent familiemessig aktivitet, og at unntaket ikke kan gjøres gjeldende.⁹² Dersom noe er offentliggjort for et stort antall personer, eller på en konto på sosiale medier uten adgangsbegrensning, kan dette føre til at offentliggjøringen er omfattet av forordningen, da det ikke lenger har privat karakter. Dette viser at rekkevidden av offentliggjøringen, og personkretsen personopplysningene når ut til, stadig har betydning for anvendelse av privatbruksregelen.

Dette kan ses gjennom en avgjørelse avsagt av Datatilsynet, journalnummer 2019-31-2536 (Virksomhetssaken). Saken omhandlet offentliggjøring av personopplysninger på Facebook. Klager og innklagede hadde en pågående tvist omkring eierskapet av en hest. I forbindelse med tvisten publiserte innklagede flere poster på sin Facebook-profil, med opplysninger om tvisten, samt personopplysninger om klager. Klager forsøkte gjentatte ganger å få innklagede til å fjerne postene, uten at innklagede gjorde det. Datatilsynet tok i denne saken stilling til hvorvidt publiseringen var omfattet av forordningens anvendelsesområde, eller om behandlingen var foretatt som ledd i rent personlige eller familiemessige aktiviteter. Datatilsynet vektla at videreformidlingen skjedde til en bred og ubestemt krets av personer, da innklagede hadde offentlig profil uten adgangsbegrensning, og over 1.000 venner.

På bakgrunn av ovenstående er det klart at i vurderingen av hva som er omfattet av «*rent personlig og familiemæssige aktiviteter*», er det relevant å ta hensyn til kretsen av personer en publikasjon når ut til, og i denne sammenheng, hvorvidt en profil er offentlig eller privat. Selv om vurderingen først ble gjennomført i Lindqvist-dommen under direktivet, har den etterfølgende praksis og teori vist, at prinsippet fortsatt har betydning.

Det har ikke vært noen nyere praksis i hverken EU-domstolen eller de danske domstolene, som har hatt mulighet til å uttale seg om anvendelsen av privatbruksregelen etter forordningens ikrafttreden.⁹³ Frem til det kommer ny praksis fra høyere instanser, kan Datatilsynets avgjørelser kunne veilede om hvilke situasjoner unntaket dekker. Det er ikke vanlig at en nasjonal tilsynsmyndighet fraviker et utgangspunkt fra EU-domstolen, men når Datatilsynet her gjør det, er det være et uttrykk for at den digitale virkelighet er endret. I tillegg er lovgivningen endret, fra det tidligere direktiv som dommene er avsagt

⁹⁰ Forordningens preambelbetraktning nr. 18

⁹¹ Direktivets preambelbetraktning nr. 12

⁹² Høilund, Persondataret, 2020, s. 18

⁹³ Udsen, Databeskyttelsesrett, 2022, s. 76

under, til en forordning.⁹⁴ Selv om ordlyden i direktivet og forordningen er lik, følger det av preambelbetraktningene at unntakets anvendelsesområde er noe utvidet.

Man kan se at innholdet i unntaket endres, blant annet i 2019-31-2538 (Forfatterskaps-saken). Saken omhandlet en offentliggjøring av en korrespondanse mellom en privatperson (klager) og eieren av en hjemmeside (innklagede). Klager ønsket å få korrespondansen slettet, og etter forgjeves å ha forsøkt å få innklagede til å slette den, tok han saken til Datatilsynet. Korrespondansen ble offentliggjort av innklagede, på hans hjemmeside. Hjemmesiden hadde karakter av en blogg, og inneholdt innklagedes egne holdninger om ulike emner, i tillegg til at han videreformidlet viten om diverse fagområder. I sitt arbeide med hjemmesiden, publiserte innklagede fortløpende sine egne, samt lesernes innsendte ytringer, og det var på bakgrunn av dette at hjemmesiden opprettholdt sitt faglige nivå.

I denne saken inneholdt den offentliggjorte korrespondansen blant annet klagers navn, og hans betraktninger om et kjent forfatterskap. Etter Datatilsynets oppfatning, var det ikke snakk om følsomme opplysninger, og de var av harmløs karakter. Datatilsynet tok først stilling til hvorvidt offentliggjøringen var omfattet av forordningen, eller om behandlingen ble foretatt som ledd i rent personlige eller familiemessige aktiviteter. Etter Lindqvist-dommen, var utgangspunktet som sagt at enhver offentliggjøring på internett var omfattet av forordningen. I denne saken fraviker Datatilsynet dette utgangspunktet. De kommer frem til at offentliggjøring på internett, ikke lenger er ensbetydende med at forordningen kommer til anvendelse, særlig på bakgrunn av ordlyden i preambelbetraktning nr. 18. Det nye utgangspunktet, som vi kan lese av Datatilsynets avgjørelse i denne sak, er at det skal foretas en *«konkret helhetsvurdering af offentliggørelsen, herunder formålet med offentliggørelsen, karakteren af de offentliggjorte oplysninger, og den kontekst, som oplysningerne indgår i»*.⁹⁵

I denne saken la Datatilsynet blant annet vekt på at hjemmesiden hadde karakter av en blogg, hvor eieren kom med sine egne holdninger om ulike emner. Det at offentliggjøringen på hjemmesiden inneholdt meningstilkjennegivelser, tydet på at det var snakk om behandling i rent personlig eller familiemessig aktivitet. I tillegg vurderte Datatilsynet at innklagedes formidling av viten måtte anses for *«sædvanlige og legitime aktiviteter»*.⁹⁶ Videre var det Datatilsynets oppfattelse at det kun var snakk om opplysninger av harmløs karakter. Etter å ha vurdert formålet med innklagedes offentliggjøring og karakteren av opplysningene, vurderte Datatilsynet også forordningens formål opp mot sakens faktum. De uttaler at forordningens formål er beskyttelse av privatlivet, og formålet skal tillegges betydning i vurderingen av en behandlings lovlighet. Dette er en videreføring av prinsippet fra Ryneš-dommen. Det er sentralt at databeskyttelsen skal beskytte menneskets grunnleggende rettigheter, herunder retten

⁹⁴ Udsen, Databeskyttelsesrett, 2022, s. 75

⁹⁵ Forfatterskapssaken, avsnitt 3.1

⁹⁶ Forfatterskapssaken, avsnitt 3.2

til respekt for privatlivet, jf. preambelbetraktning nr. 4 og Charteret art. 7. I denne saken kommer Datatilsynet frem til at offentliggjøringen ikke ses å ha hatt en negativ virkning på klagers privatliv, og den var ikke i strid med forordningens formål.

På bakgrunn av ovenstående vurderinger kommer Datatilsynet til at innklagedes offentliggjøring er omfattet av unntaket i forordningens art. 2, stk. 2, litra c. Det følger av blant annet avgjørelsen i forfatterskapssaken, at det ikke lenger er avgjørende for anvendelse av privatbruksregelen, hvorvidt det er skjedd en offentliggjøring på internett, men at det skal foretas en helhetsvurdering.

Disse dommene fra EU-domstolen, i tillegg til de to avgjørelsene fra Datatilsynet, legger føringer for hvordan «*rent personlige eller familiemæssige aktiviteter*» skal fortolkes. Det skal foretas en konkret helhetsvurdering, hvor formålet med offentliggjøringen, karakteren av de offentliggjorte opplysningene, den konteksten de inngår i, samt hvor stor krets av mennesker opplysningene er tilgjengelig for. I tillegg skal forordningens formål tas med i vurderingen, herunder hvilken betydning behandlingen vil ha for den registrertes rett til respekt for privatliv.

3.2.2 Uten forbindelse med en ervervsmessig eller kommersiell aktivitet

Det følger videre av betraktning 18, at privatbruksregelen ikke kommer til anvendelse, dersom behandlingen har forbindelse med ervervsmessig eller kommersiell aktivitet. Dette vil si at en behandling ikke kan anses for å være rent personlig eller familiemessig, dersom den samtidig har forbindelse med en ervervsmessig eller kommersiell aktivitet.

Dette kan også utledes av Art. 29-Gruppens uttalelse om internettbaserte sosiale medier.⁹⁷ Her fremkommer det at dersom en bruker opptrer på en virksomhets eller forenings vegne, eller primært bruker sosiale nettverkstjenester som en plattform til å fremme kommersielle, politiske eller velgjørende formål, kommer unntaket ikke til anvendelse.⁹⁸ I slike tilfeller påtar brukeren seg det fulle ansvar som dataansvarlig, med den konsekvens at man må ha et gyldig behandlingsgrunnlag for behandlingen, samt følge forordningens øvrige regler og prinsipper.

Dette kommer frem i den ovennevnte Virksomhetssaken, som omhandler flere oppslag på Facebook. Som nevnt tidligere la Datatilsynet vekt på at innklagede hadde en åpen profil uten adgangsbegrensninger og over 1000 venner. Et viktig moment var likevel at Facebook-profilen hadde nær tilknytning til innklagedes virksomhet. Når dette er tilfellet, vil offentliggjøringen ha nær forbindelse med ervervsmessig eller kommersiell aktivitet, og privatbruksregelen kan ikke komme til anvendelse, jf. preambelbetraktning nr. 18.

⁹⁷Art. 29-gruppens, WP 163/2009

⁹⁸ Art. 29-gruppens WP163/2009, avsnitt 3.1.1

Også i Datatilsynets avgjørelse i Forfatterskapssaken, ble dette forhold vektlagt. Her uttaler Datatilsynet at offentliggjøringen ikke var skjedd med henblikk på å skape en økonomisk fortjeneste, altså uten forbindelse med ervervsmessig eller kommersiell aktivitet. Av dette kan man forstå at dersom innklagede hadde tjent, eller ønsket å tjene, penger på bloggen, ville resultatet blitt motsatt.

Dette vil si at en behandling som i utgangspunktet er omfattet av privatbruksregelen, grunnet dens personlige eller familiemessige karakter, likevel kan falle inn under forordningen. Med en gang noe offentliggjøres på en profil som er brukt, eller har tilknytning til en kommersiell aktivitet, vil forordningen komme til anvendelse.

3.3 Er foreldres eksponering av barn på sosiale medier omfattet av privatbruksregelen?

På bakgrunn av ovenstående, er det ingen klare svar på hvilke situasjoner som er omfattet av privatbruksregelen, og vil med dette falle utenfor forordningens anvendelsesområde. Dog kan man av de ulike dommene, og Datatilsynets avgjørelser, utlede noen retningslinjer. Utgangspunktet er at det skal gjennomføres en helhetsvurdering, hvor man tar i betraktning hvilket formål offentliggjøringen har, karakteren av opplysninger, samt den kontekst opplysningene inngår i. I tillegg har kretsen av personer som får adgang til opplysningene betydning, og om kretsen er ubestemt eller ikke. Den siste og avgjørende vurderingen angår hvorvidt profilen er å anse som ervervsmessig eller kommersiell karakter, eller ikke.

Det første momentet som må vurderes er hvilken krets av personer, opplysningene offentliggjøres for. På de fleste sosiale medier kan man velge om man vil ha lukket eller åpen profil. Om man velger å ha en åpen profil, vil det man publiserer i prinsippet være tilgjengelig for alle. Dette må anses for å være en ubestemt krets av mennesker, noe som etter praksis ikke er omfattet av privatbruksregelen. Dersom foreldre publiserer personopplysninger om egne barn på en åpen Instagram-profil, vil dette være omfattet av forordningen, med den konsekvens at dens bestemmelser skal følges i alle ledd av behandlingen, blant annet ved at de skal ha et gyldig behandlingsgrunnlag.

Dersom man velger å ha lukket profil, er det kun de personene man godkjenner, som får se det man publiserer, noe som vil si at offentliggjøringen skjer for en begrenset krets av personer. Her vil det være av betydning hvor mange personer man har valgt å godkjenne. I Virksomhetssaken hadde innklagede over 1.000 venner og åpen profil, og Datatilsynet kom her til at offentliggjøringen ikke var skjedd som ledd i rent personlige eller familiemessige aktiviteter. Det avgjørende var riktignok at profilen hadde tett tilknytning til innklagedes virksomhet, men det at profilen hadde så mange «*venner*», hadde også betydning for konklusjonen. Selv om profilen i dette tilfellet var offentlig, kan det at Datatilsynet nevnte antallet av venner, tilsa at det i seg selv er av betydning. På denne bakgrunn må det antas å foreligge en grense, for hvor mange følgere man kan ha, for at en offentliggjøring er av rent privat karakter. Hvor

denne grensa går er foreløpig uavklart, men det kan vanskelig argumenteres for at en profil med over 1000 følgere er av privat karakter.

Det neste momentet er den kontekst opplysningene behandles i, eksempelvis dersom profilen har karakter av å være en blogg. Dette var tilfellet i Forfatterskapssaken, hvor Datatilsynet la vekt på at det som ble delt var meningstilkjennegivelser og fysiske personers holdninger. I mange tilfeller vil det som deles på sosiale medier være opplevelser fra eget liv, og dermed ha karakter av å være en blogg. Dette kan dog ikke ha avgjørende betydning, da en slik argumentasjon vil tillate all publisering på sosiale medier, og undergrave forordningens beskyttelse.

Det følger av Datatilsynets avgjørelser, at også karakteren av de opplysninger som offentliggjøres, kan ha betydning. Datatilsynet la i Forfatterskapssaken vekt på at de opplysningene som ble publisert, var av harmløs karakter. Dette tyder på at grensen for når en behandling faller utenfor forordningens anvendelsesområde kan skjeppes, dersom de opplysningene som behandles er følsomme.

Videre må det også stilles spørsmål rundt influensere, og om de er underlagt forordningens regler. Influensere deler, i likhet med andre, innblikk i sine liv på sosiale medier. Forskjellen er at de også har en mye større følgerskare, og bruker plattformen til å dele ulike kommersielle samarbeider for å tjene penger. Influensere lever av å dele innlegg og samarbeider på sosiale medier, og det er dermed en kommersiell karakter på behandlingen, som klart faller inn under forordningen. Trolig vil all behandling en influencer foretar på sosiale medier, være omfattet av forordningen.

Det kan argumenteres at en foresatts offentliggjøring av barns bilder alltid vil være en privat og familiemessig aktivitet da det er bilder av egen familie. Barn er av forordningen tillagt en særlig beskyttelse, og en slik argumentasjon vil gjøre forordningens beskyttelse illusorisk. Dermed må forordningen innebære en begrensning av foreldrenes rett til å dele deres opplysninger, selv om bildene er av privat karakter.

Avslutningsvis må det antas at «*sharenting*» i de aller fleste tilfeller vil være omfattet av forordningens anvendelsesområde, med unntak av profiler som har adgangsbegrensninger og under 1.000 følgere.

Kapittel 4 Prinsipper for behandling

Som anført ovenfor, vil en foresatts offentliggjøring av sitt barn i mange tilfeller være omfattet av forordningen. Dette fører til at foreldrene får rolle som dataansvarlig, mens barnet vil være den registrerte. Foreldrene har derfor et ansvar for å sikre at forordningens krav overholdes. Den dataansvarlige skal blant annet sørge for at behandlingen overholder visse prinsipper. Disse prinsippene er hjemlet i forordningens art. 5, og gjelder i alle behandlingssituasjoner.⁹⁹ Prinsippene er generelt utformet, har et bredere omfang enn behandlingsgrunnlagene og vil ofte være helt sentrale i vurderingen av en behandlings lovlighet¹⁰⁰ Dersom prinsippene ikke er overholdt, vil en behandling være ugyldig selv om forordningens øvrige krav er oppfylt.

Det følgende kapittel vil gi en kort gjennomgang av de ulike prinsippene. Det er ikke alle som har like stor betydning for avhandlingen, og disse vil derfor kun behandles kort. De prinsippene som er av større betydning, vil gjennomgå grundigere.

4.1 Lovlighet, rimelighet og gjennomsiktighet

Opplysninger skal behandles «*lovligt, rimeligt og på en gennemsiktig måte i forhold til den registrerte*», jf. art. 5, stk. 1, litra a. Dette prinsippet omtales også som prinsippet om god databehandlingsskikk, og kan ses på som en «*retliggjørelse af en etisk betonet pligt*»¹⁰¹ om å følge samfunnets øvrige lovgivning. Bestemmelsen inneholder en bred rettslig standard uten et selvstendig anvendelsesområde, men har likevel betydning i alle situasjoner hvor forordningen kommer til anvendelse.¹⁰²

Det første kravet handler om at behandlingen skal være lovlig. En alminnelig språklig forståelse tilsier at behandlingen skal være i tråd med forordningens regler. Dersom dette ikke er overholdes, vil en behandling ikke være lovlig. Prinsippet har dog en videre betydning. I tillegg til forordningens regler skal også øvrig lovgivning overholdes, både EU-rett og nasjonal rett. Dersom en behandling strider mot slik lovgivning, vil behandlingen ikke være tillat.¹⁰³

Det neste prinsippet er rimelighet. Dette betyr at behandling av personopplysninger skal foregå i overensstemmelse med forordningens ånd og beskyttelsesinteresse.¹⁰⁴ Prinsippet innebærer også en formodning om at data ikke kan innhentes eller behandles på urimelige måter, som for eksempel uten den registrertes viten. I praksis fungerer bestemmelsen som en generalklausul for Datatilsynet, og den

⁹⁹ Blume, Databeskyttelsesret, 2018, s. 111

¹⁰⁰ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022

¹⁰¹ Blume, Databeskyttelsesret, 2018, s. 113

¹⁰² Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 127

¹⁰³ Blume, Den nye persondataret, 2018 s. 85

¹⁰⁴ Ibid.

blir benyttet for å stille betingelser til behandlingsaktiviteter, selv om aktivitetene i utgangspunktet er i overensstemmelse med forordningens regler.¹⁰⁵

Bestemmelsens siste punkt omhandler gjennomsiktighet. Under direktivet var dette punktet omfattet av kravet om rimelighet, men med forordningen ble prinsippet eksplisitt slått fast.¹⁰⁶ I forordningen presiseres prinsippet i preambelbetraktning nr. 39. Her står det at de som blir gjenstand for behandling av personopplysninger bør, på en gjennomsiktig måte, informeres om at det innsamles, anvendes eller på annen vis behandles opplysninger om dem. For å sikre dette skal informasjonen være lett tilgjengelig og lett forståelig, og kommunisert i et klart og enkelt språk. Dette er en formulering som gjentas i flere sammenhenger i forordningen, blant annet i forbindelse med betingelsene for samtykke i art. 4, nr. 11, samt i art. 13 og 14 om den dataansvarliges opplysningsplikt. Dette viser hvor stor rekkevidde prinsippet har, og at det gjelder i forbindelse med alle deler av en behandling. Gjennomsiktighet har ikke kun betydning for hvilken informasjon som skal gis. Prinsippet fastlegger også, at den registrerte skal opplyses om den dataansvarliges identitet, formålene med behandlingen, samt andre opplysninger som er nødvendige for å sikre en rimelig og gjennomsiktig behandling, jf. preambelbetraktning nr. 39.

For å overholde prinsippet, må foreldre sørge for at barnet har tilgang til, og forståelse for de relevante informasjoner. Det avgjørende for at prinsippet er fulgt, er at barnet forstår behandlingen. Dermed må de foresatte tilpasse informasjonen på en måte som gjør at barnet kan forstå konsekvensene. Det vil være en helhetsvurdering av barnets modenhetsnivå, for å finne ut av hva som er nødvendig informasjon for hvert enkelt barn, men det er de foresattes ansvar som dataansvarlig å sikre dette. I tillegg skal behandlingen ikke være i strid med lovgivning, og den behandlingen som skjer må være rimelig.

4.2 Formålsbegrensning

Det neste prinsippet finnes i art. 5, stk. 1, litra b, og inneholder en formålsbegrensning. Det følger av ordlyden at de personopplysninger som registreres, kun skal registreres til uttrykkelig angitte og legitime formål, samt at ingen behandling skal skje til noe annet enn de allerede angitte formål. Det følger av ordlyden at prinsippet gjelder ved innsamling og viderebehandling av personopplysninger. Selv om ordlyden kun omfatter innsamling, så følger det av juridisk litteratur at formålsbegrensningen gjelder all bruk av opplysninger, fra innsamling til viderebehandling og avslutning av behandling.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Blume, Den nye persondataret, 2018, s. 85

¹⁰⁶ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 127

¹⁰⁷ Gram Mortensen, Dansk persondataret, 2020, s. 61

Formålene skal være uttrykkelig angitt, og eksplisitt formulert. Dette er fordi den registrerte lett skal kunne forstå hvorfor opplysningens skal innsamles og behandles, noe som har tilknytning til prinsippet om gjennomsiktighet.

For at prinsippet skal oppfylles skal det fastlegges et legitimt og saklig formål, før behandlingen påbegynnes. Dette innebærer for det første at formålet skal være lovlig, jf. prinsippet om lovlighet. For å avgjøre om en behandling er saklig, er det avgjørende moment hvorvidt innsamlingen sikter mot å løse oppgaver som faller innenfor den dataansvarliges kompetanseområde.¹⁰⁸ Aktiviteten skal altså være tett knyttet til den dataansvarliges alminnelige aktivitet for at formålet anses som legitimt. Videre innebærer prinsippet en begrensning i behandlinger som ikke tjener saklige formål. Dette vil si at selv om en behandling har et gyldig grunnlag etter art. 6, kan aktiviteten likevel være ugyldig, dersom den ikke tjener et saklig formål.¹⁰⁹

Formålet skal presist defineres, slik at prinsippet om gjennomsiktighet oppfylles. Her skal det tas hensyn til den registrerte, og dens forutsetninger. Dette skal dog foregå på et overordnet nivå, og informasjonen skal gis på en måte som er forståelig for folk flest.¹¹⁰ For å avgjøre om prinsippet er overholdt kan det undersøkes hvorvidt det var mulig for den registrerte å innse hva de innsamlede opplysningene ville bli benyttet til, basert på den informasjonen som ble gitt. Når formålet er fastlagt, inneholder det også en begrensning i fremtidig behandlingsaktiviteter, da personopplysningene ikke kan behandles til annet enn det fastlagte formål. Formålet er altså bestemmende for fremtidig behandling, og den dataansvarlige kan ikke foreta behandlinger som er i strid med det opprinnelige formål.¹¹¹

I praksis betyr dette at den dataansvarlige må fastlegge et formål, og ikke behandle opplysninger til noe som er i strid med dette formålet. Videre skal formålet være saklig og opplyst til den registrerte. Dette gjelder også dersom foreldre skal behandle sine barns personopplysninger. Prinsippet kan ikke være overholdt dersom foresatte publiserer barns personopplysninger uten et gjennomtenkt og fastlagt formål. På bakgrunn av dette, skal foreldre tenke gjennom hvorfor de vil publisere noe om sitt barn, før de utfører handlingen, og kun publisere informasjon som er i samsvar med formålet.

4.3 Dataminimering

Artikkel 5, stk. 1, litra c inneholder et prinsipp om dataminimering. Som det fremgår av ordlyden, inneholder bestemmelsen en begrensning av hvor mange opplysninger som kan innhentes. Det følger av bestemmelsen at opplysningene skal være «*tilstrækkelige, relevante og begrenset til, hvad der er*

¹⁰⁸ Se f.eks. Blume, Den nye persondataret, 2018, s. 86, eller Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 129

¹⁰⁹ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 129-130

¹¹⁰ Blume, Databeskyttelsesret, 2018, s. 114

¹¹¹ Blume, Databeskyttelsesret, 2018, s. 116

nødvendig» for å oppnå det fastlagte formålet. Bestemmelsen skal hindre unødvendig dataoppnopning og fastlegger et proporsjonalitetsprinsipp.

Det følger av ordlyden at de innsamlede opplysninger skal være «tilstrekkelig» og «relevante». Begge disse begrepene har tett sammenheng med behandlingens formål, samt prinsippet i litra d om riktighet. Den dataansvarlige skal kun innhente opplysninger som er relevante for å oppfylle formålet, men skal samtidig sikre at de har tilstrekkelig med opplysninger. Det er kun de nødvendige opplysningene som skal behandles. Dette skal gjøres for å sikre at formålet kan oppfylles på riktig måte, og på et tilstrekkelig opplysningsgrunnlag.¹¹² Dersom den dataansvarlige kun samler inn de opplysninger som er relevante for å oppfylle formålet vil man unngå dataoppnopning, hvilket er i tråd med prinsippet.¹¹³ For å sikre at den dataansvarlige har tilstrekkelig med relevante opplysninger, må det foretas en proporsjonalitetsvurdering. Det skal foreligge en proporsjonalitet mellom formålet og de opplysninger som behandles.¹¹⁴ Dette skal blant annet sikre at de opplysninger som innsamles faktisk er brukbare for å oppfylle formålet, og at det kun er personer med et klart behov som får tilgang til opplysningene.¹¹⁵

Når foreldre har fastlagt formålet i henhold til prinsippet om formålsbestemthet, skal de også sikre at de kun behandler opplysninger som er relevante for formålet. Dette vil si at de ikke kan publisere opplysninger som ikke omhandler eller oppfyller formålet. Dersom formålet er å skryte av barnets fotballags seier, vil opplysninger om barnets karakterer ikke være relevante. Derimot kan opplysninger om barnets skostørrelse være relevante, dersom de foresatte ønsker å undersøke om noen har slike til salgs.

4.4 Riktighet

Det neste prinsippet omhandler riktighet, og finnes i art. 5, stk. 1, litra d. De personopplysninger som behandles skal være korrekte, og den dataansvarlige skal sikre at uriktige opplysninger enten «*slettes eller berigtiges*». Bestemmelsen kan ses på som en beskyttelse av personlighetshensynet, da den registrerte har krav på at personen skal bli presentert riktig, hvilket forutsetter at de behandlede personopplysninger er korrekte og rettvise.¹¹⁶

I forbindelse med avhandlingens problemstilling, har foreldre etter dette prinsippet en plikt til å kun offentliggjøre riktige opplysninger omkring sine barn. Et eksempel er dersom barnet ligger an til å vinne en konkurranse, og foreldrene deler at barnet har vunnet, må dette enten «*slettes eller berigtiges*»

¹¹² Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 134

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Blume, Databeskyttelsesret, 2018, s. 118-119

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 136

dersom barnet ikke vant. Det må anses som forholdsvis enkelt for foreldre å overholde dette prinsippet, da de bør ha god kjennskap til barnas personopplysninger. Dog kan det være tilfeller hvor foresatte vil oppnå et gode ved å overdrive eller dele uriktige opplysninger. Dette kan være dersom de har et sykt barn og starter en pengeinnsamling. I slike tilfeller vil man få mer sympati dersom barnets sykdom overdrives, og sannsynligvis få flere donasjoner. En slik praksis er, etter prinsippet om riktighet, ikke lov.

4.5 Oppbevaringsbegrensning

Prinsippet om oppbevaringsbegrensning finnes i art. 5, stk. 1, litra e, og handler om at personopplysninger skal oppbevares på en slik måte, at det ikke er mulig å identifisere de registrerte i lenger tidsrom enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. I likhet med prinsippet om dataminimering, har dette prinsippet som formål å unngå dataopphopning. Dette skal skje ved at opplysninger slettes, når formålet er oppnådd og det ikke lenger er nødvendig å oppbevare opplysningene.¹¹⁷ Når formålet er oppnådd, skal opplysningene altså enten slettes, eller anonymiseres. Det avgjørende er at det ikke lenger skal være mulig å identifisere den registrerte, jf. artikkelens ordlyd.

Dersom foresatte velger å publisere personopplysninger om sine barn, vil dette prinsippet pålegge de å slette opplysningene når formålet er oppnådd. Dette vil i praksis ikke nødvendigvis ha så stor betydning. Ofte vil formålet med foreldres offentliggjøring være å vise frem barna og deres utvikling. Det er vanskelig å vurdere når dette formålet er oppnådd, da en del av fremvisningen vil være å kunne gå tilbake i tid for å se utviklingen. I visse tilfeller vil det dog kunne ha betydning. Som eksempelet i avsnittet over om riktighet ved publisering i forbindelse med en pengeinnsamling for sykt barn, vil formålet være oppnådd når målet for innsamling er nådd. Når dette målet er nådd er også behandlingens formål oppnådd. Da vil det ikke lenger være nødvendig at personopplysningene er offentlige, og prinsippet vil dermed pålegge foreldrene å slette de.

4.6 Integritet og fortrolighet

Artikkel 5, stk. 1, litra f fastslår at det gjelder et prinsipp om integritet og fortrolighet. Det fremkommer også at personopplysninger skal behandles på en måte som sikrer tilstrekkelig sikkerhet, altså et krav om behandlingssikkerhet. Prinsippet i seg selv har begrenset praktisk betydning, da art. 32 stiller detaljerte krav til hvilke sikkerhetskrav som kan stilles til den dataansvarlige.¹¹⁸ Det at behandlingssikkerhet er slått fast som et prinsipp, uavhengig av den begrensede betydningen, viser imidlertid viktigheten av at det overholdes.¹¹⁹ Personopplysningene skal sikres mot uautorisert eller

¹¹⁷ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 143

¹¹⁸ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 146

¹¹⁹ Betenkning nr. 1565, s. 100

ulovlig behandling og mot tap, tilintetgjørelse og beskadigelse. Dette skal gjøres ved anvendelse av passende foranstaltninger.

Dersom foreldre skal offentliggjøre barnas personopplysninger skal de sikre at det er iverksatt passende sikkerhetsforanstaltninger. Det er likevel begrenset hva en privatperson kan gjøre for å sikre dette, men den foresatte bør vurdere hvilke medier de benytter seg av, for publiseringen. Når foreldre deler bilder av barna, vil denne være dataansvarlig overfor barnet. Forelderen vil imidlertid også ha rolle som registrert i forholdet med tjenesteutbyderen.¹²⁰ Som dataansvarlig er de foresatte ansvarlige for behandlingssikkerheten, og de kan sikre denne ved å benytte en tjeneste til publisering som har gode sikkerhetsforanstaltninger. Dersom dette gjøres, vil prinsippet være overholdt.

4.7 Ansvarlighet

Det siste prinsippet i art. 5, finnes i stk. 2, og handler om ansvarlighet. Prinsippet gjelder gjennom hele behandlingen, fra oppstart til avslutning. I praksis betyr det at den dataansvarlige skal etterleve forordningens krav og i tillegg være i stand til å bevise dette for tilsynsmyndighetene og de registrerte. Videre skal også de valgene den dataansvarlige tar, for eksempel valg av behandlingsgrunnlag, være veloverveid og det skal kunne redegjøres for valget.

¹²⁰ Art. 29-gruppens WP163/2009, s. 6

Kapittel 5 Behandlingsgrunnlag

Når man finner at en behandling av personopplysninger er omfattet av forordningens anvendelsesområde, må den dataansvarlige ha et gyldig behandlingsgrunnlag for å kunne behandle opplysningene.¹²¹ Hjemmel for dette finnes i art. 6-10. Dersom det er alminnelige personopplysninger som skal behandles, finnes de ulike behandlingsgrunnlag i art. 6. For følsomme personopplysninger er det noe strengere vilkår, som anført i art. 9. Det fastlegges nærmere betingelser for samtykke i art. 7 og 8, mens art. 10 fastlegger når det kan skje behandling av personopplysninger vedrørende straffedommer og lovovertridelser.

Bestemmelsene om behandlingsgrunnlag ivaretar en kjernefunksjon i databeskyttelsesretten.¹²² Artikkel 6 fastslår at selv den mest uskyldige personopplysning, som opplysninger om hva man spiser til middag, er underlagt en beskyttelse ved at det skal finnes en gyldig hjemmel før behandling kan skje. De betingelser som oppstilles i artikkel 6 er uttømmende, men alternative. Det vil si at det kun er de muligheter som oppstilles i bestemmelsen som kan benyttes som grunnlag for behandling, men at den dataansvarlige fritt kan velge mellom de ulike grunnlagene for hver enkel behandling, så lenge vilkårene er oppfylt.¹²³

I de tilfeller hvor foreldres publisering av opplysninger om egne barn er omfattet av forordningen, skal foreldrene i kraft av sin rolle som dataansvarlig sørge for å ha gyldig behandlingsgrunnlag. Dette kapittelet vil først ta for seg samtykke som behandlingsgrunnlag og vurdere hvorvidt det kan benyttes i den situasjon som problemformuleringen oppstiller. Heretter vil de andre behandlingsgrunnlagene kort vurderes, før interesseavveiningen avslutningsvis vil bli behandlet.

5.1 Art. 6, stk. 1, litra a – Samtykke

Artikkelens første behandlingsgrunnlag er samtykke. Samtykke er et vesentlig aspekt av den grunnleggende rett til beskyttelse av personopplysninger. Dette kan man se i Charterets art. 8, stk. 2, hvor samtykke er fremhevet som behandlingsgrunnlag. Samtykke er også nøye forbundet med de grunnleggende verdier som forordningen søker å beskytte, herunder autonomi, integritet og privatliv, jf. Charterets artikkel 7.¹²⁴ Dersom det er forhold som gjør at disse grunnleggende rettighetene ikke kan oppfylles, for eksempel ved at den registrerte ikke kan gjennomskue konsekvensene av sitt samtykke,

¹²¹ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 147

¹²² Blume, Den nye persondataret, 2018, s. 95

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Blume, Samtykke i persondataretten, 2023, s. 9

eller ikke har fullstendig autonomi til å avgi samtykke, vil det ikke utgjøre et gyldig behandlingsgrunnlag.¹²⁵

Samtykke er definert i forordningens art. 4, nr. 11. Her fremkommer det at et samtykke er «*enhver frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljestilkendegivelse*» fra den registrerte, og at dette skal gis ved erklæring eller klar bekreftelse. Ordlyden er endret fra den i direktivet, men den grunnleggende forståelsen er fortsatt stort sett den samme.¹²⁶ I tillegg til definisjonen i art. 4, nr. 11, inneholder art. 7 betingelser for samtykke, og art. 8 inneholder særlige betingelser for barns samtykke. Dette kan benyttes som behandlingsgrunnlag for både alminnelige og følsomme opplysninger, jf. art. 6, stk. 1, litra a og art. 9, stk. 2, litra a. I begge sammenhenger er det art. 4, nr. 11 som inneholder en definisjon på hva samtykke er. Forskjellen er at det i art. 9 oppstilles et krav om at samtykket er gitt «*udtrykkeligt*», mens det for alminnelige opplysninger kun skal være «*utvetydig*». Det følger dog av Datatilsynet og Justisministeriets veiledning at den ulike ordlyden ikke medfører et skjerpet krav til samtykket.¹²⁷

Overordnet sett kan samtykke kun utgjøre et passende rettsgrunnlag dersom den registrerte har kontroll over sine personopplysninger og et reelt valg når det kommer til å akseptere den dataansvarliges vilkår, uten at det er til skade for den pågældende.¹²⁸ Databeskyttelsesretten skal beskytte individet mot integritetskrenkende behandlinger. Denne beskyttelsen kan bli illusorisk hvis den registrerte havner i situasjoner hvor den ikke kan gjennomskue konsekvensene av sitt samtykke eller føler seg presset til å avgi et samtykke.¹²⁹

For å kunne avgjøre hvorvidt samtykke kan benyttes som behandlingsgrunnlag mellom barn og foreldre, vil den neste delen av avhandlingen drøfte når barn har samtykkekompetanse. Etterfølgende vil rekkevidden av de grunnleggende vilkårene for samtykke avklares, før det avslutningsvis vil bli vurdert om samtykke kan fungere som et gyldig behandlingsgrunnlag for foresatte.

5.1.1 Barns samtykkekompetanse

Det første som må avklares for å avgjøre hvorvidt samtykke kan benyttes som behandlingsgrunnlag når barn er den registrerte, er hva som anses som et barn. Som anført i avsnitt 1.5.1, vil avhandlingen benytte seg av Barnekonvensjonens aldersgrense på 18 år. Selv om dette er utgangspunktet, er det naturlig å skille mellom de minste barna og de litt eldre, da de i ulik grad har mulighet til å forstå de

¹²⁵ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 151

¹²⁶ EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke, s. 7

¹²⁷ Datatilsynets vejledning, Samtykke, 2021, s. 13

¹²⁸ EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke, s. 5

¹²⁹ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 151

krav som stilles til samtykket. Dette er også vanlig i andre deler av samfunnet, for eksempel ved den kriminelle lavalder eller når man kan samtykke til at helbredsopplysninger gis videre.¹³⁰

Forordningen inneholder i art. 8 en egen aldersgrense som fastsetter når barn selvstendig kan avgi samtykke. Det følger av bestemmelsen at i situasjoner hvor informasjonssamfunnstjenester tilbys direkte til barn, skal barnet være over 16 år for å kunne samtykke. Dersom barnet er yngre enn dette skal samtykket innhentes eller godkjennes av foreldremyndighetsinnehaveren. Det følger av bestemmelsen at aldersgrensen ikke inneholder en begrensning i barns samtykkekompetanse i andre situasjoner enn ved utbud av informasjonssamfunnstjenester. Aldersgrensen er likevel relevant å inndra, da begrunnelsene for aldersgrensen, samt lovgivers intensjoner kan fungere som en begrunnelse for å ha lignende begrensninger for andre situasjoner.

Lovgiver har fastsatt den laveste alder et barn kan ha, uten å miste samtykkekompetansen, til 16 år. Det er naturlig å tenke at aldersgrensen er satt dit, da barn under denne grensen ikke er modne nok til å vite hva de samtykker til, ei heller til å overskue konsekvensene av handlingen. Dette kan leses direkte av forordningens preambelbetraktning nr. 38, hvor det står at barn bør nyte særlig beskyttelse av sine personopplysninger da de er mindre bevisste om risikoer, konsekvenser og egne rettigheter. Det er på denne bakgrunn fastsatt en aldersgrense hvor de som er yngre er nødt til å få foreldremyndighetsinnehaverens godkjennelse for å kunne samtykke til informasjonssamfunnstjenester.

Selv om denne bestemmelsen kun kommer til anvendelse ved utbud av informasjonssamfunnstjenester, er det interessant at lovgiver mente det var nødvendig med en begrensning i barns samtykkekompetanse. Dette viser at lovgiver var innforstått med at barn fortjener en særlig beskyttelse når det kommer til internett. Det samme kan utledes av forarbeidene til den danske databeskyttelsesloven, jf. nedenfor. Det er likevel merkelig at denne beskyttelsen har et såpass snevert anvendelsesområde, når det av både preambelbetraktninger, formål og forarbeider pekes på barns krav på særlig beskyttelse. I teorien kan barn, slik lovgivningen er i dag, gyldig avgi samtykke i andre situasjoner enn den som er nevnt i forordningen, på tross av lovgivers ønske om å beskytte barnet.

Artikkel 8 gir medlemsstatene en mulighet til å innføre særlige aldersgrenser i sine land. Denne muligheten har Danmark benyttet seg av. Da databeskyttelsesloven trådte i kraft ble aldersgrensen fastsatt til 13 år, altså den laveste grensen som er tillatt etter forordningen. Da dette ble bestemt ble det blant annet vektlagt at barn i Danmark i stor grad er medievante, og online-aktiviteter har stor

¹³⁰ Schaumburg-Muller, Oplysningskategorier og behandlingsbetingelser, I: Mortensen, *Dansk persondataret*, 2020, s. 83

samfunnsmessig og sosial betydning for barn og unge. Det ble i tillegg antatt at den integritetsbeskyttelse som følger av forordningen ikke ville endres, uansett om alderen var 13 år eller høyere, jf. LFF 2017-10-25 nr. 68, avsnitt 2.3.2.3.

Det ble i 2023 fremsatt et forslag om endring av dbl., hvor et av forslagene var at aldersgrensen skulle heves fra 13 til 15 år. Justisministeren uttaler i lovforslaget at barn og unge er mindre bevisste om de risikoer og konsekvenser som kan følge av å gi samtykke til behandling, og at det derfor er et stort behov for å beskytte denne folkegruppen.¹³¹ Med denne begrunnelse ble det bestemt at aldersgrensen for å kunne samtykke til informasjonssamfunnstjenester ble hevet fra 13 til 15 år. Det er tydelig av Justisministerens uttalelser at bakgrunnen for denne endringen er et ønske om å beskytte barn mot de risikoer som finnes på internett, da barn selv ikke kan forstå og overskue disse. Forslaget om heving av aldersgrensen ble tatt til følge, og den danske aldersgrensen for barns samtykke til informasjonssamfunnstjenester er i dag 15 år.

Det følger videre av preambelbetraktning nr. 38 at aldersgrensen ikke er absolutt. I situasjoner hvor det er snakk om forebyggende eller rådgivende tjenester, som tilbys direkte til barn, for eksempel tjenester man kan ringe om man trenger noen å snakke med, kan barn samtykke selv om de er under den nasjonalt fastsatte aldersgrensen. Det er med dette klart at det finnes situasjoner hvor lovgiver har sett det hensiktsmessig at selv yngre barn kan samtykke til behandling av personopplysninger.

Selv om aldersgrensen i art. 8 og dbl. §6, stk. 2 er fravikelig, og kun gjelder i forbindelse med utbud av informasjonssamfunnstjenester vil kapittelet benytte seg av disse aldersgrensene. De argumentene som legges til grunn for aldersgrensene i art. 8 og §6, er like relevante i andre situasjoner. Alle under 18 år vil bli regnet som barn, men det vil bli vektlagt og skilt mellom hvorvidt barnet er over eller under 15 år.

5.1.2 Spesifikt

Et av vilkårene for at et samtykke skal være gyldig er at det skal være spesifikt gitt, til et eller flere spesifikt angitte formål. Det fremkommer direkte av ordlyden i art. 6, stk. 1, litra a. Vilket om at et samtykke skal være spesifikt følger også av art. 4, nr. 11. Generelt vil et samtykke være spesifikt når det angir til hvilket formål behandlingen skal skje, samt hvilke former for behandling som vil bli anvendt.¹³² Det følger av en alminnelig, språklig forståelse at et spesifikt samtykke ikke kan være generelt utformet, og kun kan oppnås dersom den registrerte spesifikt informeres om hvilke formål som skal oppfylles ved behandling av dens opplysninger. For eksempel vil ikke et samtykke oppfylle kravet dersom det kun

¹³¹ LFF 2023-11-14, nr. 79, avsnitt 2.1.3

¹³² Blume, Den nye persondataret, 2018, s. 78

opplyses om at en person skal benytte et bilde av deg til offentliggjøring. Dersom det opplyses om hvor bildet skal offentliggjøres, samt hvorfor det skal offentliggjøres, vil kravet sannsynligvis være oppfylt.¹³³

Et samtykke skal være konkretisert på en måte som gjør det klart og tydelig for den registrerte hva den samtykker til.¹³⁴ Som en del av dette skal den dataansvarlige også opplyse den registrerte om hvilke opplysninger som skal behandles til de ulike formålene. Det følger av premiss 58 i EU-domstolens avgjørelse i sak C-673/17, Planet49, at den viljestilkjennegivelse som gis, skal vedrøre «*presis*» den pågjeldende behandling, og ikke kan utledes ut fra viljeserklæringer som har annen gjenstand. Opplysningene skal være «*tilstrækkelig detaljerede*», jf. dommens premiss 74.

EDPB oppstiller i sine retningslinjer punkter som den dataansvarlige skal overholde for å kunne sikre at et samtykke er spesifikt. Det skal være en formålsspesifisering, granularitet i anmodningene om samtykke, og en klar adskillelse av opplysninger vedrørende innhenting av samtykke og opplysning om andre emner.¹³⁵

Kravet om at et samtykke skal være spesifikt har altså en klar sammenheng med behandlingens formål og prinsippet i art. 5, stk. 1, litra b om formålsbestemthet. Dette gjennomføres ved at ethvert formål som skal oppfylles ved behandlingen skal opplyses til den registrerte, før samtykket gis. Dette kravet har tett tilknytning til kravet om «*informeret*» samtykke, som vil bli behandlet i neste delkapittel, men for at et samtykke skal være informert, er det et krav at det er spesifikt.

For at et samtykke skal være tilstrekkelig spesifikt, skal samtykkemekanismene også være granulære. Dette vil si at dersom den dataansvarlige ønsker å innhente samtykke til flere ulike formål, skal den registrerte kunne velge å gi spesifikt samtykke til de enkelte formål.¹³⁶ Om det kun kan gis et samtykke til flere behandlinger med ulike formål, vil samtykket ikke være gyldig. Det skal være mulig å kunne samtykke til et formål, og avvise et annet.

For å oppsummere kan man si at for å sikre at et samtykke er tilstrekkelig spesifikt, skal den registrerte opplyses om de formål som behandlingen har til hensikt å oppnå. Dersom det er snakk om flere formål, skal dette opplyses på en klar og tydelig måte, slik at den registrerte forstår hva den samtykker til. I tillegg skal det sikres at den registrerte har mulighet til å velge mellom de ulike formålene, og kun samtykke til noen av disse.

¹³³ Datatilsynets veiledning, Samtykke, 2021, s. 10, inspirert av eksempel 8.

¹³⁴ Datatilsynets veiledning, Samtykke, 2021, s. 10

¹³⁵ EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke, s. 15

¹³⁶ Ibid.

Dersom samtykke skal kunne benyttes som behandlingsgrunnlag mellom barn og foreldre, skal foreldrene altså sikre at alle de formål som behandlingen skal oppfylle, opplyses til barnet før det samtykker. Dette er foreldrenes ansvar, i sin rolle som dataansvarlig.

5.1.3 Utvetydig

Det følger videre av definisjonen av samtykke i art. 4, nr. 11, at ett samtykke skal være utvetydig. Dette vil si at den registrerte skal samtykke via en klar bekreftelse, eller en aktiv handling. Det skal ikke være noen tvil om at den registrerte har gitt samtykke til den aktuelle behandlingen.¹³⁷

Samtykke, og hva det vil si at dette er gyldig og utvetydig, har flere ganger vært behandlet av EU-domstolen. Det følger av generaladvokatens forslag til avgjørelse, i sak C-673/17 (Planet49), som domstolen tilsluttet seg, at et samtykke ikke kan være gyldig dersom det ikke er særskilt og aktivt avgitt. Saken omhandlet en salgsfremmende konkurranse på internett, avholdt av Planet49 GmbH. For å kunne delta i konkurransen, måtte brukeren samtykke til minimum én av to cookie-løsninger. De dukket opp i to ulike opplysningstekster, med etterfølgende avkrysningsrubrikker. Den første rubrikken, som måtte godkjennes for deltagelse, var ikke forhåndsavkrysset, noe den andre rubrikken var. Forbundsdomstolen i Tyskland forela i forbindelse med sin behandling av saken to prejudisielle spørsmål for EU-domstolen. Det første omhandlet hvorvidt et på forhånd avkrysset samtykke, som brukeren aktivt skal krysse av for å ikke samtykke, kan anses for utvetydig og frivillig. Generaladvokaten anfører i sitt forslag til avgjørelse at dersom et samtykke skal være gyldig, skal det både være aktivt og særskilt, noe domstolen i sin avgjørelse bekrefter.

Generaladvokaten benytter seg av både direktivet og forordningen i sin avgjørelse, men slår i premiss 68 fast at prinsippene som utledes fra direktivet, også er gjeldende for forordningen. I sin redegjørelse tolkes direktivet først. For at et samtykke skal være aktivt skal det komme til uttrykk på en eksplisitt måte, jf. forslaget premiss 59 og 60. Dette utledes av ordet «*viljestilkendegivelse*», som ifølge generaladvokaten og en alminnelig ordlydsfortolkning tydelig peker på en aktiv, og ikke passiv adferd.

Videre påpeker generaladvokaten at direktivets art. 7, litra a, fastsetter at det ikke skal herske tvil om hvorvidt den registrerte har gitt sitt samtykke. Den eneste måten det utvilsomt kan avgis samtykke på, er ved en aktiv handling hvor man velger å samtykke. Dette vil si at man selv skal utføre en handling. En passiv adferd hvor man ikke fjerner et forhåndsavkrysset samtykke, er ikke tilstrekkelig for at et samtykke anses som gyldig. Dette gjentas og bekreftes i forhold til forordningen i premiss 72 og 73. Det samme gjentas i domstolens avgjørelse, hvor dommeren uttaler at det ved bruk av forhåndsavkryssede felter, er umulig å avgjøre om et samtykke er aktivt avgitt. Det er i slike tilfeller ikke mulig å bekrefte at

¹³⁷ EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke, s. 19

den registrerte faktisk har lest den informasjonen som følger med dette feltet og at den forstår hva det samtykkes til. Det kan derfor ikke være et gyldig samtykke.

Det er med dette klart at det ikke skal være noen tvil om at et samtykke er avgitt, for at kravet om utvetydighet skal være oppfylt. Dette vilkåret har også tett tilknytning til kravet om frivillighet, som det redegjøres nærmere for nedenfor. Det er den dataansvarliges ansvar å kunne påvise utvetydigheten, og dersom en forelder skal innhente samtykke fra sine barn er det viktig å påse at dette kan bevises i ettertid.

5.1.4 Informert

Det neste kravet som stilles til samtykket i art. 4, nr. 11, er at det skal være informert. Hensikten med kravet er at den registrerte skal kunne ta et informert valg om den vil gi samtykke eller ikke. En del av dette innebærer at den registrerte skal ha mulighet til å forstå hva den samtykker til, og hvilke rettigheter den har som følge av at samtykke benyttes som behandlingsgrunnlag. Dette vilkåret har også tett tilknytning til prinsippet i forordningens art. 5, stk. 1, litra a om gjennomsiktighet. Den dataansvarliges behandling skal være gjennomsiktig i forhold til den registrerte, og for at dette skal være mulig må den registrerte være informert om hva behandlingen innebærer.

Det kan være vanskelig å avgjøre hvor mange opplysninger som skal gis for at kravet skal være oppfylt. Av preambelbetraktning nr. 42 kan man utlede visse minimumskrav. Her står det at den registrerte «*som minimum*» bør være bekjent med den dataansvarliges identitet, samt formålene med den behandlingen som skal gjennomføres. Det samme gjentas i EDPBs retningslinjer, men rådet mener at det er nødvendig med enda flere opplysninger for at et samtykke er informert.¹³⁸ I tillegg til de opplysningene som følger av betraktning 42, mener EDPB at det også bør opplyses om hvilke typer data som vil bli innsamlet og anvendt, retten til å trekke samtykket tilbake, opplysninger om dataenes anvendelse til automatiske avgjørelser og eventuelle risikoer ved dataoverføringer. Videre fremkommer det av rådets retningslinjer at hvilke opplysninger som er nødvendige, varierer ut ifra sakens omstendigheter og kontekst. Det avgjørende er at den registrerte forstår de forestående behandlingsoperasjoner.¹³⁹

EU-domstolen går enda lenger, og uttaler i sin avgjørelse C-61/19 Orange Romania, premiss 40, at dersom kravet om informert samtykke skal oppfylles, skal den dataansvarlige opplyse om «*alle*» omstendigheter i forbindelse med behandlingen. Dette skal gjøres slik at den registrerte kan bestemme følgene av å gi samtykke, samtidig som det skal sikre at samtykket gis med fullt kjennskap til følgene. Man kan utlede av dommen at vilkåret om informert samtykke har to formål. For det første skal det

¹³⁸ EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke, s. 16

¹³⁹ Ibid.

sikre at den registrerte har mulighet til å ta et informert valg. På samme tid skal det sikre at den dataansvarlige vet at den registrerte har full kjennskap til følgene. Dette kan også utledes av EU-domstolens dom i Planet49, premiss 74.

Forordningen oppstiller ingen formkrav til hvordan den registrerte skal informeres for at kravet skal oppfylles. Det stilles riktignok noen krav i art. 7, stk. 2 og i preambelbetraktning nr. 32. Det skal benyttes et klart og enkelt språk, som enhver alminnelig person kan forstå. Informasjonen skal også gis i en lett tilgjengelig form. Dette vil si at de opplysningene som er relevante og nødvendige for at den registrerte skal kunne gi et informert samtykke, ikke skal være gjemt i teksten. Den registrerte skal lett kunne finne de relevante opplysningene uten å måtte lete gjennom betingelser og vilkår.¹⁴⁰

I denne forbindelse så skal det også legges vekt på hvem den registrerte er. Den informasjonen som gis, skal altså tilpasses personen samtykket skal hentes fra. Hvis den dataansvarlige henvender seg til en mindreårig, må informasjonen være lett forståelig for denne.¹⁴¹ Dette følger også av preambelbetraktning nr. 58, som omhandler prinsippet om gjennomsiktighet i art. 5, stk. 1, litra a. Her fremkommer det at siden barn bør nyte særlig beskyttelse, bør de opplysninger som gis til barn, når barnets personopplysninger skal behandles, gis i et «*så klart og enkelt sprog, at et barn let kan forstå dem*».¹⁴² Dersom foreldre ønsker å benytte samtykke som behandlingsgrunnlag, er dette et viktig punkt. De må søke å informere barna slik at de forstår hva som skal samtykkes til. For å få til dette, må foreldrene tilpasse mengden av opplysninger, samt måten de formidles på, slik at barnet kan oppnå en god forståelse for situasjonen og konsekvensene av behandlingen.

Det avgjørende for om et samtykke er tilstrekkelig informert, er om den registrerte mottok nok opplysninger til å forstå behandlingens formål, for å kunne foreta et informert valg. Det er på denne bakgrunn naturlig at den informasjonen som skal avgis, må variere ut ifra hvem det skal innhentes samtykke fra.

5.1.5 Frivillig

Det siste vilkåret som skal oppfylles for at et samtykke er gyldig som behandlingsgrunnlag, og som er av stor betydning for avhandlingens problemstilling, er frivillighet. Samtykket skal avgis frivillig. Det er mange momenter som kan ha betydning i vurderingen av om et samtykke er frivillig eller ikke, men det er spesielt sontringen rundt maktubalanse som er av relevans for spesialet. De grunnleggende momenter vil gjennomgå kort, før det følger en mer utfyllende redegjørelse rundt maktubalansen,

¹⁴⁰ EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke, s. 17

¹⁴¹ Art. 29-gruppens WP 259/2017, s. 15

¹⁴² Forordningens preambelbetraktning nr. 58

og hvilken betydning dette har for foreldres mulighet for å benytte samtykke som behandlingsgrunnlag.

En alminnelig ordlydsfortolkning tilsier at dersom et samtykke er fremprovosert gjennom trusler eller tvang, vil det ikke være gyldig. Tvang anses i denne sammenheng ikke kun som fysisk tvang, men også andre former for tvang, uansett om det er den dataansvarlige eller andre som utøver tvangen.¹⁴³ Dette samsvarer med EDPBs uttalelser i sine retningslinjer.¹⁴⁴ EDPB uttaler at elementet fritt innebærer at de registrerte har et reelt valg og kontroll, og at et samtykke er ugyldig dersom den registrerte føler seg tvunget, eller det vil føre til negative konsekvenser dersom man ikke samtykker. Det samme gjelder dersom den registrerte blir utsatt for upassende press eller påvirkning av dens frie vilje.¹⁴⁵ Disse uttalelser fra både EDPB og Datatilsynet, er i overensstemmelse med preambelbetraktning 42. Det fremkommer av betraktningen at et samtykke ikke kan være frivillig dersom den registrerte ikke kan avvise eller trekke tilbake sitt samtykke, uten at det er til skade for pågjeldende. Med skade kan for eksempel forstås at det påløper omkostninger, villedning eller andre vesentlig negative konsekvenser for den registrerte.¹⁴⁶ Det er den dataansvarliges ansvar å kunne bevise at den registrerte hadde et fritt og reelt valg, og at det ikke ville føre skade for pågjeldende å enten nekte samtykke, eller å trekke det tilbake.

Prinsippet om at den registrerte skal ha et reelt valg, gjøres også gjeldende dersom det skal samtykkes til flere ulike behandlinger. Dette uttrykkes gjennom kravet om granularitet, som Datatilsynet påpekte i sin avgjørelse 2020-31-3354 (golf.dk). Dersom man kun kan avgi et samlet samtykke, selv om det skal foretas ulike behandlinger, eller behandlinger med ulike formål, vil ikke samtykket være gyldig.¹⁴⁷ Dette kravet har tett tilknytning til kravet om spesifikt samtykke, som behandlet ovenfor.

På samme tid kan et samtykke bli ansett for å være frivillig, selv om den registrerte mottar en motytelse¹⁴⁸, jf. Datatilsynets avgjørelse 2003-233-0028. Det er dog visse grenser for motytelsen. Det følger av avgjørelsen at motytelsen kun til en viss grad skal kunne motivere den registrerte til å avgi samtykke, og at den dessuten bør være av beskjedne karakter. Utgangspunktet må være at nektelse av å gi samtykke ikke kan medføre vesentlig negative konsekvenser for den registrerte.¹⁴⁹ Dette kan man også lese av Datatilsynets veiledning om samtykke hvor det står at den dataansvarlige til et visst omfang kan motivere de registrerte til å gi samtykke, ved at det er en fordel forbundet med det.¹⁵⁰ Det er altså

¹⁴³ Høilund, Persondataret, 2020, s. 43, og Dall og Langemark, Persondataforordningen, 2018, s. 69

¹⁴⁴ EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke, s. 8

¹⁴⁵ Datatilsynets veiledning, Samtykke, 2021, s. 5

¹⁴⁶ Art. 29-gruppens WP259/2017

¹⁴⁷ Datatilsynets veiledning, Samtykke, 2021, s. 9, og Datatilsynets avgjørelse j.nr. 2018-32-0357

¹⁴⁸ Høilund, Persondataret, 2020, s. 44

¹⁴⁹ Dall og Langemark, Persondataforordningen, 2018, s. 69

¹⁵⁰ Datatilsynets veiledning, Samtykke, 2021, s. 8

en vanskelig grensedragning for når en motytelse eller fordel ikke fører til at vilkåret om frivillighet avskjæres. Dersom motytelsen fører til noen form for upassende press, eller annen type påvirkning av den registrerte, som gjør at man ikke kan utøve fri vilje, vil samtykket ikke anses som frivillig.¹⁵¹

Tett knyttet til kravet om aktivt samtykke, er kravet om særskilt samtykke. Dette vil si at det å avgi samtykke ikke skal inngå i den samme aktiviteten som brukeren utøver på internett, men være en egen handling. I tillegg skal det gis særskilt samtykke til ulike behandlingsaktiviteter. Et samtykke formodes å ikke være avgitt frivillig, dersom det kun er mulig å avgi samlet samtykke til flere behandlingsaktiviteter, jf. Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak om Planet49, premiss 74.

I denne forbindelse er det også et krav om at man skal kunne velge å ikke avgi samtykke, for at et samtykke skal oppfylle vilkåret om frivillighet. Dette kan blant annet ses gjennom Datatilsynets avgjørelse i Golf.dk.¹⁵² Saken omhandlet en hjemmeside som samlet inn og behandlet opplysninger om de som besøkte hjemmesiden. Samtykket ble innhentet ved hjelp av en samtykkeløsning, hvor den besøkende kunne velge å tillate alle cookies. Det var her ikke mulig å unnlate å gi samtykke, og dersom man fortsatte å benytte seg av hjemmesiden ville dette bli ansett som et samtykke. Datatilsynet kom frem til at en slik samtykkeløsning ikke kunne anses for å oppfylle kravet om frivillighet. På denne bakgrunn ble det uttalt alvorlig kritikk, særlig på grunnlag av at kravene om frivillighet, granularitet og utvetydighet ikke var oppfylt. Kravet om utvetydighet er slått fast i forordningens preambelbetraktning 32, hvor det står at den registrerte aktivt skal akseptere, samt at taushet eller inaktivitet ikke bør utgjøre samtykke.

Det neste momentet i vurderingen, omhandler situasjoner hvor det foreligger et skjevt maktforhold mellom den dataansvarlige og den registrerte, og om samtykke kan benyttes som behandlingsgrunnlag i slike situasjoner. I noen situasjoner kan forholdet mellom partene utelukke at et samtykke avgis frivillig. Dette gjelder særlig i tilfeller hvor det foreligger et hierarkisk eller institusjonelt forhold mellom partene, noe som kan gi den registrerte en følelse av å være forpliktet til å gi et samtykke.¹⁵³ Dette kan, som anført ovenfor, ikke anses som frivillig, da en viktig del av frivilligheten beror på muligheten til å ikke avgi samtykke. Det følger også av preambelbetraktning nr. 43, at en maktubalanse kan utelukke samtykke som behandlingsgrunnlag. Her fremkommer det at dersom det er en klar skjevhet mellom den registrerte og den dataansvarlige, bør samtykke ikke utgjøre et gyldig rettsgrunnlag. I denne vurderingen skal det ifølge betraktningen tas hensyn til de omstendigheter som kjennetegner den spesifikke situasjon, og dersom det er usannsynlig at samtykket er gitt frivillig, vil det være ugyldig.

¹⁵¹ EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke, s. 8

¹⁵² Datatilsynets journalnummer 2020-31-3354

¹⁵³ Blume, Samtykke i persondataretten, 2023, s. 86

På bakgrunn av dette er det en formodning om at offentlige myndigheter ikke kan benytte samtykke som behandlingsgrunnlag når de skal behandle borgeres personopplysninger. Dette er fordi det er en klar maktubalanse mellom partene, og den registrerte vil i de fleste tilfeller ikke ha et realistisk alternativ til å akseptere den dataansvarliges vilkår.¹⁵⁴ Når en slik situasjon foreligger er det tvilsomt om den registrerte føler å ha et reelt fritt valg, og et samtykke i den situasjon, kan ikke anses som frivillig.¹⁵⁵

Dette utgangspunkt kan man også se i Generaladvokatens forslag til avgjørelse i saken om Planet49. I premiss 74 uttaler han at dersom det er en klar skjevhet mellom den registrerte og den dataansvarlige, særlig hvis den dataansvarlige er en offentlig myndighet, er det usannsynlig at samtykket er frivillig gitt, under hensyn til de særlige omstendigheter.

Det samme kan man se i flere avgjørelser fra Datatilsynet, blant annet en avgjørelse hvor de uttalte kritikk mot Aalborg Kommune, journalnummer 2021-32-2241. Klager i saken skulle delta på et online jobbsøkningskurs, noe som var en forutsetning for å motta dagpenger. I forbindelse med dette kurset, ville klagers epostadresse vises for de andre deltakerne. Klager ønsket ikke at de andre deltakerne skulle se hennes epostadresse, og kontaktet derfor Jobcenter Aalborg, for å undersøke muligheten for å hindre at hennes epost ble gitt videre. Jobbsenteret svarte at det ikke var mulig å sløre hennes epost, men at hun kunne møte opp personlig for å delta på et fysisk kurs. Dette var ikke et reelt alternativ for klager, da hun var i risikosonen for Covid-19. Kommunen anførte at de hadde gyldig behandlingsgrunnlag, ved at klager skulle samtykke før kurset begynte. Klager mente at samtykke ikke kunne gjelde da hun ikke hadde hatt noe reelt alternativ, og at det dermed ikke var frivillig.

Datatilsynet fant i saken at det samtykket klager hadde avgitt, ikke oppfylte vilkåret i forordningens art. 4, nr. 11 om frivillighet. Dette var fordi klager ikke hadde noe reelt fritt valg i forhold til å gi samtykke til behandlingen, da kurset var påkrevet for å bevare retten til dagpenger. I denne forbindelse uttalte Datatilsynet også at offentlige myndigheter skal være tilbakeholdende med å anvende samtykke som behandlingsgrunnlag, grunnet det skjeve maktforholdet. Tilsynet påpeker altså at et ubalansert maktforhold gjør at et samtykke sjeldent vil være frivillig avgitt.

Det samme følger av Datatilsynets avgjørelse i sak med journalnummer 2023-432-0016. Denne saken omhandlet hvorvidt Aarhus Universitetshospital kunne benytte samtykke som behandlingsgrunnlag for å offentliggjøre bilder av pasienter på Instagram. Det avgjørende i denne saken, var det skjeve maktforhold mellom pasient og regionen/sykehuset, hvor pasienten står i et avhengighetsforhold til

¹⁵⁴ EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke, s. 8, avsnitt 3.1.1.

¹⁵⁵ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, 153

sykehuset da de trenger behandling. Disse forholdene gjorde at samtykke ikke kan anses for frivillig, og dermed ikke et gyldig behandlingsgrunnlag.

Selv om dette er utgangspunktet for offentlige myndigheter finnes det situasjoner hvor et samtykke kan være frivillig, selv om det foreligger et ubalansert maktforhold. Dette kan man lese av EDPBs retningslinjer og Datatilsynets veiledning.¹⁵⁶ Det følger av disse at samtykke kan være hensiktsmessig som behandlingsgrunnlag i visse tilfeller. EDPB benytter seg av flere eksempler, blant annet at en kommune skal utføre et veiarbeid. I forbindelse med dette tilbyr de sine borgere å skrive seg opp på en liste, hvor de vil få tilsendt oppdateringer om arbeidet på epost. Kommunen gjør det klart at det ikke er et krav om å skrive seg på lista, og anmoder om samtykke til å bruke epostadressene alene til det formål å informere om veiarbeidet. Dersom borgerne velger å ikke samtykke, vil de kunne oppsøke og finne den samme informasjonen på kommunens nettsider. Borgerne vil altså ikke gå glipp av noen av kommunens kjerneytelser.¹⁵⁷ I dette tilfellet vil samtykke fungere hensiktsmessig som behandlingsgrunnlag, og det vil oppfylle kravet om frivillighet på tross av maktubalansen, nettopp fordi den ikke stiller de som ikke samtykker i en dårligere stilling.

En annen situasjon med maktubalanse er ansettelsesforhold. Spørsmålet omkring samtykke som behandlingsgrunnlag i ansettelsesforhold, er mye og lenge diskutert i både art. 29-gruppen, EDPB og hos Datatilsynet. I Danmark er det slått fast i dbl. §12 at samtykke kan benyttes som behandlingsgrunnlag i ansettelsesforhold, så lenge det lever opp til forordningens krav i art. 7. I samsvar med dette har Art. 29-gruppen uttalt at dersom det anmodes om arbeidstakers samtykke, og et manglende samtykke reelt eller potensielt er til skade for arbeidstakeren, vil samtykket ikke være gyldig.¹⁵⁸ EDPB legger i sine retningslinjer om samtykke vekt på det avhengighetsforhold som finnes mellom en arbeidstaker og -giver, og at dette forholdet kan føre til at den svake parten, altså arbeidstaker og den registrerte, føler på et press for å avgi samtykke.¹⁵⁹ Det følger av de generelle prinsipper når det kommer til frivillighet at dersom den registrerte føler på et slikt press, vil samtykke være ugyldig.

Dette kan man også lese av Datatilsynets avgjørelse i en sak (j.nr. 2018-211-0135) hvor de ble bedt om å avgi en veiledende avgjørelse i spørsmålet om en arbeidsgivers mulighet til å anvende fingeravtrykk for å registrere ansattes komme-/gå-tider. Datatilsynet vurderer her mulige behandlingsgrunnlag, herunder samtykke. Det fremgår av avgjørelsen at det er tvilsomt om et samtykke kan benyttes som behandlingsgrunnlag mellom arbeidsgiver og ansatt. Dette er på grunn av det avhengighetsforholdet

¹⁵⁶ EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke og Datatilsynets veiledning, Samtykke, 2021

¹⁵⁷ EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke, s. 9, eksempel 18

¹⁵⁸ Art. 29-gruppens uttalelse 15/2011 om definisjon av samtykke, s. 14-15

¹⁵⁹ EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke, s. 9

som eksisterer mellom de to partene, som i seg selv pålegger et visst press på den ansatte og dermed hindrer den ansatte i å gi et frivillig samtykke. I samme avgjørelse påpeker dog Datatilsynet at det kan foreligge særlige omstendigheter i et arbeidsgiver/-taker forhold, som gjør at et samtykke kan anses for frivillig. Dette tyder på, i likhet med de avgjørelsene ovenfor angående offentlige myndigheter, at det tydelige utgangspunktet kan fravikes.

EDPB fremhever også at maktubalanse ikke er begrenset til offentlige myndigheter og arbeidsgivere, men kan oppstå i andre situasjoner. Det avgjørende er om den registrerte har et reelt og fritt valg uten risiko for villeding eller tvang til å nekte samtykke, uten at en slik nektelse fører til negative konsekvenser.¹⁶⁰ Av dette kan man lese at det ikke er det skjeve maktforholdet som er bestemmende for om et samtykke er frivillig, men at et slikt forhold kan tyde på at den registrerte ikke føler at den har et reelt fritt valg.

Når det kommer til forholdet mellom barn og deres foreldre, er det en maktubalanse mellom disse. Forholdet mellom foresatt og barn er ikke likeverdig, fordi barn alltid står i et avhengighetsforhold til sine foreldre. Dette tyder på at et samtykke ikke kan avgis frivillig. Dog er det vanskelig å si at samtykke aldri kan utgjøre et gyldig behandlingsgrunnlag, da forholdet mellom barn og foreldre kan endres og være ulikt på ulike tidspunkter i livet. Etter hvert som barnet eldes, vil avhengighetsforholdet endre seg. Det må altså foretas en konkret helhetsvurdering av den enkelte situasjon, for å kunne avgjøre om barn kan samtykke til foreldrenes behandling.

5.2 Kan samtykke benyttes som behandlingsgrunnlag når foreldre vil dele bilder av barn på sosiale medier?

Ovenfor er innholdet i de ulike kravene til samtykke klarlagt. Dersom en foresatt vil benytte seg av samtykke som grunnlag for å behandle sine barns personopplysninger, er det deres ansvar å bevise at disse kravene er oppfylt. De foresatte skal altså sikre at samtykket er utvetydig, spesifikt, informert og frivillig, jf. art. 6, stk. 1, litra og art. 4, nr. 11. Den største utfordringen vil være å sikre at samtykket er frivillig, samt tilstrekkelig informert.

Det første spørsmålet er om barn kan bli tilfredsstillende informert, på en måte som gjør at de kan avgi et informert samtykke. For å sikre dette skal barna blant annet informeres om formålet med behandlingen, hvilke behandlinger som skal gjennomføres for å oppnå formålet, og muligheten for å trekke samtykket tilbake. Denne informasjonen skal være så spesifikk og tydelig at barna kan ta et informert valg om hvorvidt de vil gi de foresatte samtykke til behandlingen.

¹⁶⁰ EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke, s. 10

Fordelen med at foresatte skal kunne benytte seg av samtykke er at de er kjent med barnets utviklingsnivå, og dermed kan ha god innsikt i hvor mye og detaljert informasjon som skal gis for at barnet er tilstrekkelig informert. De bør dermed ha gode forutsetninger for å gi barnet nok informasjon, slik at barnet kan ta et informert valg.

Dog er det vanskelig å fastlegge hvor mye og grundig informasjon som skal gis for at barn kan være i stand til å foreta et informert valg. I vurderingen av dette er det mange faktorer som må hensyntas, særlig barnets alder og modenhets- og utviklingsnivå. Det er store variasjoner i utviklingsnivået til mennesker under 18 år. Overordnet sett vil et barn på 17 år forstå mer enn et på 7. Det krever derfor mer informasjon for at en 7-åring skal kunne foreta et informert samtykke. Det kan i forbindelse med dette stilles spørsmål rundt hvorvidt et barn, spesielt de under 15 år, i det hele tatt kan bli godt nok informert til å gyldig kunne avgi et samtykke.

Som anført i kap. 5.1.1 om barns samtykkekompetanse, ble aldersgrensen fastsatt på bakgrunn av formodninger om at barn ikke kan overskue konsekvensene av behandling, samt at de ikke har innsikt og forståelse for de risikoer som finnes.¹⁶¹ De samme argumentene kan gjøres gjeldene i forbindelse med forsøket på å klarlegge om et barn kan bli tilfredsstillende informert. Selv om det ikke er snakk om utbud av tjenester direkte til barnet, vil det ikke endre på det faktum at barna har like lite risikoforståelse, og like stort behov for beskyttelse.

Det er med dette mye som tyder på at de minste barna under 15 år kun unntakelsesvis kan ha samtykkekompetanse til foreldrene. Dersom det skal være tilfellet må informasjonen de har fått av den dataansvarlige, være svært fyllestgjørende og tilgjengelig i et svært enkelt språk, på en måte som sikrer at barnet utvilsomt er i stand til å foreta et informert valg. Dersom barnet er over 15 år, vil kravet lettere bli oppfylt. Dette er fordi de eldre barna har en større forståelse for de risikoer som finnes på nettet, i tillegg til at de lettere kan forstå den informasjonen som gis. De foresatte skal likevel være forsiktige med dette, og sikre at den informasjonen som gis er tilgjengelig og forståelig, på et nivå som barnet vil forstå.

Det neste spørsmålet i vurderingen av samtykke som behandlingsgrunnlag mellom barn og foresatte, er om det avhengighetsforholdet som foreligger mellom partene avskjærer muligheten for et frivillig samtykke. Det er klart etter redegjørelsen i avsnittet om frivillighet, at en maktubalanse og avhengighetsforhold mellom dataansvarlig og registrert sannsynligvis gjør at det ikke kan avgis et frivillig samtykke.

¹⁶¹ LFF 2023-11-14, nr. 79, avsnitt 2.1.3

Selv om EDPB og Datatilsynet kun nevner offentlige myndigheter og ansettelsesforhold som tilfeller hvor maktubalansen hindrer frivillighet, åpner de også for andre situasjoner hvor de samme forhold kan gjøres gjeldende.¹⁶² Det avgjørende er hvorvidt maktubalansen gjør at den registrerte ikke har noe reelt fritt valg, og i realiteten føler seg tvunget til å gi samtykke. I forholdet mellom foresatt og barn, er det klart at barnet står i et avhengighetsforhold til sine foresatte, og at det ikke er et likeverdig forhold. De minste barna er avhengige av sine foreldre for å få sine mest grunnleggende behov dekket, for eksempel mat, mens de eldre barna kan være avhengige av foreldrene for å få tilgang på fritidsaktiviteter.

Det er naturlig å tenke at når barnet er så avhengige av sine foreldre for å få oppfylt sine mest grunnleggende behov, vil de føle seg tvunget til å gi noe tilbake til sine foreldre. En lett måte å gjøre dette på kan være å samtykke til at de foresatte kan publisere noe. I likhet med situasjonene hvor offentlig myndigheter og arbeidsgivere er dataansvarlige, vil formodningen være at et barn ikke frivillig kan avgi samtykke til sin foresatt, nettopp på grunn av at de ikke er likeverdige parter.

Selv om dette er utgangspunktet, kan det finnes unntak hvor samtykke er frivillig. Det kan ikke oppstilles generelle situasjoner hvor dette kan forekomme, men det er naturlig å tenke at når barnet er eldre, og spesielt over 15 år, vil maktbalansen i familien endre seg. Når barnet blir eldre vil partene i en familie bli mer likestilte, og avhengighetsforholdet utjevnes. Barnet vil i større grad få ressurser til å si nei, og til å ta sine egne beslutninger. Når dette skjer, vil kravet om frivillighet lettere kunne oppfylles. Når dette skjer, er ulikt i enhver familie. Det er heller ikke sikkert at det vil skje i alle familier. Uansett er det foreldrenes ansvar å kunne bevise at samtykket var frivillig, men dette kan anses lettere bevist desto eldre barnet er.

Et annet tilfelle vil være dersom foreldrene gjør det helt klart for barnet at det er fullstendig frivillig å avgi samtykke, og at det ikke skaper noen problemer om de nekter. Hvis standarden i familien er at barnets nei blir respektert, vil dette tyde på at samtykke kan avgis frivillig. Igjen er det de foresatte som skal bevise at dette er tilfellet. I tillegg skal det sikres at barnet er tilstrekkelig informert, noe som kan være utfordrende. Dette er altså vanskelig å oppfylle forordningens krav til et samtykke, og det må antas at det bør foreligge et annet behandlingsgrunnlag, før foresatte offentliggjør personopplysninger om sine barn på sosiale medier.

5.2.1 Kan foreldre avgi samtykke til egen behandling, på vegne av barna?

Det kan stilles spørsmål rundt hvorvidt foreldre kan samtykke på barnets vegne, til sin egen behandling. Det følger av forordningens art. 8, at når barn er for unge til å på egenhånd kunne samtykke til informasjonssamfunnstjenester, skal foreldrene gjøre det for dem. Når det er tvilsomt at foreldre kan

¹⁶² EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke og Datatilsynets veiledning, Samtykke, 2021

basere sin behandling på barnets samtykke, er det relevant å vurdere hvorvidt foreldre selv kan avgi samtykke, til sin egen behandling.

Det er altså foreldrene som har myndighet til å avgi samtykke på sitt barns vegne, når barnet selv ikke har samtykkekompetanse. Her avgis dog samtykket til en tredjepart. Konsekvensen av at foreldre samtykker til egen behandling er at de gir seg selv behandlingsgrunnlag, og at den beskyttelse barnet har krav på blir illusorisk. Et barn er en fysisk person med særlig krav på beskyttelse, og det kan være vanskelig for foreldre å skille mellom sine egne interesser ved å publisere, og barnets rett på beskyttelse.¹⁶³ Barnets rett til beskyttelse av personopplysninger vil miste sin betydning, dersom foreldre i praksis kan publisere det de vil, fordi de kan samtykke til egen behandling på andres vegne. Situasjonen kan ikke sammenlignes med den hvor foreldre gir samtykke på barnets vegne, til en tredjepart. I slike situasjoner vil foreldrene selv ikke ha noen interesse i å dele opplysningene, og dermed kunne foreta en mer nøytral beslutning, med barnets rettigheter i fokus.

Det må på denne bakgrunn antas at foresatte ikke kan gi seg selv behandlingsgrunnlag, ved å gi samtykke på barnets vegne.

5.3 Art. 6, stk. 1, litra b-e

Artikkel 6 har flere behandlingsgrunnlag i litra b-e. Disse grunnlagene omhandler spesifikke behandlingssituasjoner, og deres anvendelsesområde er begrenset til disse situasjonene.¹⁶⁴ Bestemmelsene er forholdsvis brede, og rommer en stor del av de behandlinger som faktisk foretas. De er i mange tilfeller foretrukne behandlingsgrunnlag, på grunn av sin forutsigbarhet.¹⁶⁵

5.3.1 Kontrakt

Litra b gir grunnlag for behandling, når dette er nødvendig for oppfyllelse av en kontrakt som den registrerte er part i. Dette brukes gjerne som grunnlag i forbindelse med kjøp og salg av varer, fakturaer og i ansettelseskontrakter. Det avgjørende er at behandlingen er nødvendig. Eksempelvis vil vilkårene være oppfylt, dersom en registrert kjøper varer på internett, og velger hjemlevering. Her må den registrertes adresse behandles, for at varene skal kunne leveres. Dersom kjøperen hadde valgt å hente varen på et varehus, vil vilkåret ikke være oppfylt. Hvorvidt vilkårene er oppfylt, beror på en konkret vurdering, noe man kan lese av Datatilsynets avgjørelse med j.nr. 2018-31-0118 (Model). Her fant Datatilsynet etter en konkret vurdering at en behandling hadde funnet sted med kontrakt som grunnlag, og ikke samtykke som klager hevdet.

¹⁶³ Blume, Databeskyttelsesret, 2018, s. 21

¹⁶⁴ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 149

¹⁶⁵ Ibid.

I forbindelse med avhandlingens problemstilling, vil det sjeldent være inngått en kontrakt mellom foreldre og deres barn, og dette behandlingsgrunnlaget kan derfor, på generelt grunnlag, ikke brukes. Situasjoner hvor det er et kontraktsforhold mellom disse to, faller utenfor problemstillingen.

5.3.2 Rettslig forpliktelse

Litra c gir den dataansvarlige lov til å behandle personopplysninger for å overholde en rettslig forpliktelse. En rettslig forpliktelse omfatter både forpliktelser som følger av lov, men også administrative forskrifter som er utstedt i henhold til lovgivning. I tillegg omfattes også forpliktelser som følger av domstolsavgjørelser eller andre bindende avgjørelser.¹⁶⁶

I noen tilfeller vil foreldre være pålagt å videreggi sine barns personopplysninger, for eksempel til helsemyndigheter eller skoler. Dette faller likevel utenfor avhandlingens problemstilling, da avhandlingen omhandler foresattes mulighet til å offentliggjøre barnas personopplysninger på egne sosiale medier. Dersom det finnes rettslige forpliktelser som pålegger foreldre å gjøre dette, kan art. 6, stk. 1, litra c naturligvis benyttes som behandlingsgrunnlag, men dette anses som lite sannsynlig.

5.3.3 Vitale interesser

Videre kan behandling av personopplysninger gjennomføres når det er nødvendig for å beskytte den registrertes, eller andre fysiske personers vitale interesser, jf. litra d. Bestemmelsen tar sikte på situasjoner hvor den registrerte ikke har muligheten til selv å ivareta sine interesser.¹⁶⁷ Det følger av preambelbetraktning nr. 46, at dersom det er nødvendig for å beskytte den registrertes eller andre personer liv, kan dette benyttes som behandlingsgrunnlag. For eksempel kan en nabo kontakte et forsikringsselskap og videreggi relevante opplysninger på naboen, dersom dennes hus er oversvømt. Det følger videre av betraktning nr. 46, at litra d kun skal benyttes dersom behandling ikke kan baseres på andre rettsgrunnlag.

Dersom det foreligger en situasjon hvor foreldre må offentliggjøre personopplysninger om sine barn, fordi det handler om liv og helse, kan dette benyttes som behandlingsgrunnlag. Dette er dog en helt særskilt og unik situasjon, som faller utenfor avhandlingens problemstilling.

5.3.4 Samfunnets interesse

Litra e gir grunnlag for behandling dersom det er nødvendig av hensyn til utførelse av en oppgave i samfunnets interesse, eller som henhører under offentlig myndighetsutøvelse som den dataansvarlige har fått pålagt. Bestemmelsen dekker to situasjoner. Den første omhandler situasjoner hvor behandling er nødvendig av hensyn til utførelse av en oppgave i samfunnets interesse. Begrepet er ikke nærmere definert i forordningen, men vil dekke behandlinger som foretas til fordel for en større krets av

¹⁶⁶ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 176

¹⁶⁷ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 178

mennesker.¹⁶⁸ Den neste situasjonen omhandler situasjoner hvor behandling av personopplysninger er nødvendig for at en offentlig myndighet skal kunne treffe avgjørelse i en sak.¹⁶⁹ Bestemmelsen omfatter i utgangspunktet offentlige myndigheter som skal behandle personopplysninger som ledd i sin myndighetsutøvelse.

På denne bakgrunn kan det slås fast, at behandlingsgrunnlaget ikke kan benyttes for foresatte som ønsker å dele bilder av egne barn på sosiale medier. Det er helt klart at foreldre, i sin rolle som foreldre, ikke kan dele bilder av barn på sine sosiale medier, som en del av offentlig myndighetsutøvelse. Disse to forhold kan ikke sammenholdes. Det er også tvilsomt hvorvidt offentliggjøring av barn vil være i samfunnets interesse. For en avgrenset krets av mennesker, vil muligheten for å se barnet på sosiale medier være interessant, men det kan ikke anses som en bred krets av mennesker, og det begrenses til familiens nærmeste. Med denne begrunnelse kan ikke litra e benyttes som behandlingsgrunnlag mellom foresatte og barn.

5.4 Art. 6, stk. 1, litra f – Interesseavveining

Artikkel 6 inneholder et siste behandlingsgrunnlag, som fungerer som en slags oppsamlingsbestemmelse. Interesseavveiningen benyttes gjerne som behandlingsgrunnlag, dersom det ikke er mulig å innhente samtykke, eller andre gyldige grunnlag.¹⁷⁰ Det følger av litra f, at personopplysninger kan behandles dersom behandlingen er nødvendig for at den dataansvarlige kan forfølge en legitim interesse. Behandling kan dog ikke skje, dersom den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter går forut. Dette gjelder særlig dersom den registrerte er et barn. Det skal altså foretas en interesseavveining.

5.4.1 Legitime interesser

Det første delen av avveiningen, handler om at det skal finnes en legitim interesse som skal forfølges. Videre skal også behandlingen være nødvendig for å oppfylle nevnte interesse. For at en interesse skal være legitim skal det finnes et reelt og aktuelt behov for behandlingen. At man kanskje får bruk for opplysningene senere er ikke tilstrekkelig.¹⁷¹ Videre skal behandlingen forfølge lovlige interesser, noe som er i tråd med prinsippet i art. 5, stk. 1, litra b.¹⁷² Disse to momentene er også lagt til grunn i art. 29-gruppens uttalelse.¹⁷³ Denne uttalelsen er ikke endosert av EDPB, men blir stadig henvist til i juridisk litteratur, og det er antatt at den fortsatt er relevant for å avklare rekkevidden av

¹⁶⁸ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 180-181

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 149

¹⁷¹ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 187

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Art. 29-gruppens WP217/2014, s. 27

interesseavveiningen.¹⁷⁴ Det er også lagt til grunn at en legitim interesse skal være tilstrekkelig klart formulert, slik at en avveiningstest kan foretas på riktig grunnlag.

Bestemmelsen angir videre at det ikke kun er den dataansvarliges legitime interesser som kan forfølges, men også tredjemanns interesser. Dette kan blant annet ses gjennom EU-domstolens avgjørelse i Google Spain-dommen.¹⁷⁵ Her vektla domstolen at internettbrukernes legitime interesser muligvis har betydning for om interesseavveiningen kan begrunne behandling. Det var ikke kun Googles interesse som ble inndratt, men også alle øvrige internettbrukere. Videre kommer også art. 29-gruppen med flere eksempler på når tredjeparter kan ha legitime interesser som begrunner behandling, blant annet for å sikre gjennomsiktighet og ansvarlighet, for historisk/vitenskapelig forskning eller andre former for samfunnsinteresse.¹⁷⁶ Dette er ikke uttømmende lister, og om en interesse er legitim må bero på en konkret vurdering.¹⁷⁷

For at den legitime interessen skal kunne forfølges må behandlingen også være nødvendig. Dette vil eksempelvis være dersom interessen ikke kan forfølges uten behandlingen.¹⁷⁸ Det er dog ikke alltid at nødvendigheten av en behandling er like åpenbar. Dette kan være dersom andre, mindre inngripende tiltak kan oppfylle den samme interessen. I vurderingen av om en behandling er nødvendig, skal det altså vurderes om andre behandlinger kan oppfylle det samme formålet, på en mindre inngripende måte.¹⁷⁹

Bestemmelsen angir også at dersom den registrerte er et barn, vil dens interesser og grunnleggende rettigheter veie enda tyngre, enn om den registrerte er en voksen. Dette er i tråd med det skjerpede beskyttelsesnivået forordningen har gitt for behandlinger vedrørende barn.

5.4.2 Den registrertes interesser eller rettigheter

Det følger av ordlyden at den dataansvarliges legitime interesser skal veies opp mot den registrertes interesser og rettigheter. Det er altså både interesser og grunnleggende rettigheter som kan inngå i avveiningen. I praksis vil sontringen neppe ha noen betydning, da budskapet er at alle de relevante interesser skal tas i betraktning.¹⁸⁰ Art. 29-gruppen påpeker at «*interesser eller grunnleggende rettigheter*» skal underlegges en bred fortolkning, slik at alle kategorier av interesser, i likhet med den brede betydningen av interesser for de dataansvarlige, skal tas i betraktning.¹⁸¹

¹⁷⁴ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 186

¹⁷⁵ C-131/12

¹⁷⁶ Art. 29-gruppens WP217/2014 s. 28-30

¹⁷⁷ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 188

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Art. 29-gruppens WP217/2014, s. 30

¹⁸⁰ Art. 29-gruppens WP217/2014, s. 31

¹⁸¹ Ibid.

De grunnleggende rettigheter og frihetsrettigheter som skal være en del av avveiningen, samsvarer med forordningens formål, herunder den registrertes rett til respekt for privatliv, som ble gjennomgått i avhandlingens kap. 2. Art. 29-gruppen påpeker også viktigheten av at personers interesse i å bevare sitt privatliv og autonomi blir ivaretatt, og det fremstår dermed som at beskyttelsen av privatlivet, er en viktig og tungtveiende interesse i avveiningen.¹⁸²

Videre må det påpekes at i motsetning til det som gjelder for den dataansvarliges interesser, pålegger bestemmelsen ikke den registrertes interesse å være legitim.¹⁸³ Dette vil si, at beskyttelsen av den registrerte er bredere, og at den dataansvarliges interesser må være sterke, for at interesseavveiningen kan benyttes som behandlingsgrunnlag.

5.4.3 Avveiningstesten

Før art. 6, stk. 1, litra f kan benyttes som behandlingsgrunnlag, må det foretas en interesseavveining, hvor den dataansvarliges legitime interesser veies opp mot den registrertes interesser og grunnleggende rettigheter. Jo mer tungtveiende den dataansvarliges legitime interesser er, desto mer taler for at avveiningen ender i dennes favør.¹⁸⁴ Eksempelvis vil interessen tillegges mye vekt, dersom behandlingen er nødvendig for den dataansvarliges utøvelse av grunnleggende rettigheter som fastsatt i Charteret. I noen tilfeller vil den registrertes rett på privatliv og beskyttelse av sine rettigheter, være i strid med den dataansvarliges utøvelse av sine rettigheter, for eksempel ytringsfrihet.¹⁸⁵ Dette er en helt grunnleggende rettighet som alle mennesker har, og dersom man ikke kan dele det man selv vil på sosiale medier, kan dette være en innskrenkning av denne retten. Samtidig vil en ukritisk deling, begrunnet i ytringsfrihet, kunne krenke den registrertes rett på privatliv. Den dataansvarliges legitime interesse kan derfor kun tillegges størst vekt dersom behandlingen er nødvendig og forholdsmessig.¹⁸⁶

Det samme gjelder dersom behandlingen ivaretar en bredere samfunnsinteresse.¹⁸⁷ Dersom samfunnsinteressen og den offentlige interesse er stor, gir det den dataansvarlige et større handlerom til behandling. I slike tilfeller vil den legitime interessen kunne veie tyngre i avveiningstesten.¹⁸⁸ Det samme gjelder dersom samfunnet anerkjenner og forventer at opplysninger skal behandles. Dette vil kunne tillegges vekt i vurderingen av behandlingsgrunnlaget. Herunder gjelder også, at dersom unnlatelse av behandling fører til skade på dataansvarlig eller samfunnet i øvrig, vil dette kunne

¹⁸² Art. 29-gruppens WP217/2014, s. 31

¹⁸³ Art. 29-gruppens WP217/2014, s. 32

¹⁸⁴ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 190

¹⁸⁵ For definisjon av, og kort innføring i ytringsfrihet, se: Ytringsfrihet, på Folketinget <https://www.ft.dk/da/leksikon/Ytringsfrihed>, besøkt d. 01.05.2024, kl. 09:16

¹⁸⁶ Art. 29-gruppens WP217/2014, s. 36

¹⁸⁷ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 190

¹⁸⁸ Art. 29-gruppens WP217/2014, s. 37-38

tillegges betydning i vurderingen.¹⁸⁹ Uansett hvor tungtveiende den dataansvarliges legitime interesse er, skal innvirkningen behandlingen vil ha på den registrertes interesser og grunnleggende rettigheter vurderes. Dersom behandlingen vil ha stor betydning for den registrerte, vil vektskålen trolig falle ut til fordel for den registrerte. Art. 29-gruppen har i sin uttalelse fremlagt momenter som kan ha betydning for avveiningen, blant annet arten av personopplysninger, måten de behandles på, den registrertes rimelige forventinger samt relasjon mellom registrert og dataansvarlig.¹⁹⁰

Det første momentet som skal vurderes, er innvirkningen databehandlingen vil ha på den registrerte. Her skal både negative og positive konsekvenser tas i betraktning. Det kan være snakk om situasjoner hvor databehandling fører til utelukkelse eller forskjellsbehandling, eller mer følelsesmessige innvirkninger som irritasjon og frykt. Slike konsekvenser kan oppstå dersom man oppdager at ens opplysninger er blitt misbrukt.¹⁹¹ Dersom en behandling foretas for å sikre den registrertes rettigheter, taler dette for at behandling kan skje, da konsekvensene er positive.¹⁹² Vurderingen av innvirkning på den registrerte, deles i to elementer; sannsynligheten for at risikoen blir til virkelighet, og alvorret av konsekvensene.¹⁹³ Dersom risikoen er lav, for eksempel fordi det er foretatt foranstaltninger for å minske risikoer, og konsekvensene ikke er så alvorlige, vil heller ikke innvirkningen på den registrerte anses som svært høy.

Videre skal også karakteren av personopplysninger vurderes. Forordningen skiller selv mellom alminnelige og følsomme personopplysninger, hvor de følsomme opplysningene er underlagt en sterkere beskyttelse. Dette er fordi konsekvensene av behandling kan være større og mer alvorlige, desto mer følsomme opplysningene er. Dette tyder på at dersom det er snakk om harmløse opplysninger som ikke vil få store konsekvenser ved offentliggjøring, eller opplysninger som allerede er offentlig tilgjengelige, trekker i retning av at behandling av slike opplysninger bør kunne gjennomføres. På denne bakgrunn må altså karakteren av opplysningene tas med i vurderingen.

Det neste momentet som skal vurderes, er måten personopplysningene behandles på. Herunder faller en vurdering om hvor stor kretsen av mennesker som får tilgang på opplysningen er, samt hvor stor mengde av opplysninger som behandles. Dersom det er snakk om store mengder harmløse data, kan dette føre til følgeslutninger om mer følsomme opplysninger, noe som trekker mot at behandling ikke vil kunne gjennomføres.¹⁹⁴ I relasjon til problemstillingen tyder dette på at foreldre som sjeldent deler

¹⁸⁹ Art. 29-gruppens WP217/2014, s. 37-38

¹⁹⁰ Art. 29-gruppens WP217/2014, s. 39

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 191

¹⁹³ Art. 29-gruppens WP217/2014, s. 40

¹⁹⁴ Art. 29-gruppens WP217/2014, s. 42

bilder av sine barn lettere vil kunne benytte interesseavveining som behandlingsgrunnlag, enn foreldre som jevnlig deler mange bilder og opplysninger.

Den registrertes rimelige forventninger kan også tillegges vekt. Dersom den registrerte har en forventning om at personopplysninger holdes fortrolige, for eksempel på grunn av den registrertes status, eller rettslige forpliktelser skal dette også tas i betraktning, jf. art. 29-gruppens uttalelse.¹⁹⁵

Det siste momentet art. 29-gruppen nevner for å klarlegge den registrertes interesser, er partenes status. Dette er særlig relevant dersom den registrerte er en som krever ekstra beskyttelse, herunder barn. Det følger også av gruppens uttalelse, at forholdet mellom partene også kan være relevant, eksempelvis dersom den registrerte er et barn, mens den dataansvarlige er en stor organisasjon med mange ressurser.¹⁹⁶

Når både den dataansvarliges legitime interesser, samt den registrertes interesser og grunnleggende rettigheter er klarlagt, skal den dataansvarlige foreta selve avveiningen, og hvilke interesser som veier tyngst. Dette må gjøres ved en konkret vurdering, som inneholder mye skjønn.¹⁹⁷ For å avhjelpe dette skjønnnet, følger det av preambelbetraktning nr. 47, at det skal vektlegges om den registrerte hadde en forventning om at personopplysningene ville bli behandlet. Dersom dette ikke er tilfellet, vil resultatet sannsynligvis falle til fordel for den registrerte.

Da avveiningen skal foretas på grunnlag av en konkret vurdering, har rettspraksis begrenset mulighet til å avklare vektleggingen av de ulike interessene. EU-domstolen har dog i noen saker, se blant annet Google Spain og C-13/16 (Valsts policijas Rigas), vurdert foretatt en slik avveining, og i disse sakene kommet til at hensynet til offentligheten eller en tredjepart har veid tyngre enn den registrertes interesse. På tross av dette, bidrar ikke EU-domstolen med mange bidrag til interesseavveiningen.

5.4.4 Særlig om interesseavveiningen for bilder

Ovenfor er art.29-gruppens avveiningstest gjennomgått, og denne oppstiller flere momenter og vurderinger som skal gjennomgås for å foreta en interesseavveining. Problemstillingen omhandler foreldres deling av sine barns personopplysninger, herunder bilder. Datatilsynet har utarbeidet to sjekklistor til bruk for barnehage og skoler, for å vurdere om de kan publisere bilder av institusjonens barn.¹⁹⁸ Sjekklistene skiller mellom offentlige og private institusjoner, og det er det som sies om de private som vil bli videre behandlet.

¹⁹⁵ Art. 29-gruppens WP217/2014, s. 42

¹⁹⁶ Art. 29-gruppens WP 217/2014, s. 43

¹⁹⁷ Udsen, Databeskyttelsesret, 2022, s. 192

¹⁹⁸ Datatilsynet, Tjekliste til vuggestuer og børnehaver ved brug af billeder og video, og Tjekliste ved skolers brug af billeder og video

Felles for begge sjekklistene er at det i interesseavveiningen legges vekt på hvilke typer bilder som publiseres. Datatilsynet anbefaler institusjonene å være forsiktige med å dele bilder hvor spesifikke barn har en fremtredende rolle, for eksempel portrettbilder. Derimot vil bilder av en stor gruppe barn, hvor ingen kan føle seg spesielt utstilt, lettere gi behandlingsgrunnlag, fordi det ikke vil være like inngripende.¹⁹⁹ Samme avveining kan ha betydning også for foreldre. Dersom bildene de vil publisere viser barnet bakfra, eller i en stor gruppe mennesker, vil dette ikke være like inngripende i barnets privatliv. Et portrettbilde derimot, vil lettere krenke barnets grunnleggende rettigheter.

5.5 Interesseavveiningen: foreldres interesse i å dele barnas opplysninger, mot barnas rett på privatliv

Det skal foretas en konkret vurdering, for å avgjøre om art. 6, stk. 1, litra f kan benyttes som behandlingsgrunnlag når foresatte vil dele bilder av sine barn. Det er derfor vanskelig å finne et klart svar som gjelder i alle tilfeller. På bakgrunn av de retningslinjer som følger av forordningens preambler, og art. 29-gruppens uttalelser, kan det tas utgangspunkt i de «*alminnelige*» situasjonene hvor foreldre ønsker å dele bilder, og dermed utlede noen generelle retningslinjer.

Det første som må fastlegges er hvilke legitime interesser foreldrene ønsker å oppfylle med behandlingen. Vanligvis når foreldre deler bilder eller opplysninger om barna sine, er det for å vise de frem og å skryte. Dette kan for eksempel være når de mister sin første tann, begynner på skolen eller konfirmerer seg. Interessen med behandlingen er altså å vise frem hendelser i hverdagen hvor de er stolte av barna sine. Dette kan være en svært legitim interesse for den foresatte, men kan ikke anses å være svært tungtveiende, når den går på bekostning av barnets privatliv. Videre må også barnet interesser og grunnleggende rettigheter fastlegges, for å kunne avveie dette mot foreldrenes interesser. Det er fastlagt i avhandlingens kapittel 2 at barnets grunnleggende rettigheter omfatter retten til respekt for privatliv, og dette er en svært tungtveiende interesse. Barnet kan også ha andre interesser i at opplysningene ikke publiseres, men her vektlegges retten på privatliv.

Når partenes interesser er fastlagt, skal selve avveiningen gjennomføres. Det følger av analysen i kap. 5.4 og etterfølgende delkapitler ulike momenter som kan være av betydning. Blant annet skal behandlingens innvirkning på den registrerte vurderes. Dersom det som publiseres er svært intime opplysninger eller bilder i sårbare situasjoner, vil dette kunne ha en særlig innvirkning på barnet. På samme tid er det vanskelig å fastslå hvilken innvirkning det faktisk vil ha, da det er et barn som ikke har tilgang på sosiale medier selv, og dermed ikke kan se det som deles og heller ikke reagere på det. Dog kan det som deles få betydning for barnet når det blir eldre, ved at det finnes store mengder opplysninger om det i full offentlighet, som kan være en belastning for barnet.

¹⁹⁹ Datatilsynet, Tjekliste til vuggestuer og børnehaver, s. 5

Karakteren av det som offentliggjøres skal også vurderes. Dersom det offentliggjøres bilder som er tatt av barnet i badekaret, vil dette være svært intimt og krenke barnets rett på privatliv. Om det er et bilde av barnet i en stor folkemengde vil det derimot ikke være like inngripende i barnets privatliv, og interesseavveiningen kan gi den foresatte behandlingsgrunnlag. Dette er også i tråd med det som fremkommer av Datatilsynets sjekklister.²⁰⁰ På samme måte kan det være en forskjell på om foreldrene deler et bilde av barnet som har mistet en tann, eller om de velger å publisere et bilde av kun tanna, ikke barnet.

Mengden av personopplysninger kan også ha betydning i interesseavveiningen. Dersom de foresatte kun i ytterst få tilfeller deler noe om barnet, vil det lettere kunne oppnås behandlingsgrunnlag, enn i tilfeller hvor alle små detaljer deles.²⁰¹ Her har også personkretsen som får tilgang til opplysningene betydning. Da behandlingsgrunnlag kun er relevant for de foreldre som er omfattet av forordningens anvendelsesområde, vil alle ha et stort antall følgere, jf. avhandlingens kap. 3. Dette trekker i retning av at interesseavveiningen ikke kan benyttes som behandlingsgrunnlag, og jo flere følgere man har, desto mindre er sannsynligheten for at dette gir behandlingsgrunnlag. På denne bakgrunn fremstår det forholdsvis klart, at interesseavveiningen ikke faller i de foresattes favør, dersom formålet med behandlingen er å skryte. I slike tilfeller vil barnets rett på privatliv veie tyngre, og foreldrene vil ikke ha behandlingsgrunnlag etter forordningens art. 6.

En annen situasjon, hvor avveiningen vil fremstå annerledes, er når foreldre deler bilder og opplysninger for å skape oppmerksomhet og spre kunnskap om et tema. Dette kan for eksempel være diagnoser som autisme eller ADHD. Dette begynner å bli svært vanlig, og det finnes flere eksempler på influensere som bygger opp en hel profil basert på barnets sykdom. Foreldrenes interesse er å dele kunnskap og erfaringer, som i seg selv er en svært legitim interesse, som kan være svært hjelpsomt for en større offentlighet. I praksis ser man dog, at de fleste foresatte ikke begrenser seg til å dele relevant informasjon om diagnosene og hvordan det er å leve med dette. De ender opp med å dele alle detaljer om eget barn og dets liv, og dermed krenke privatlivet.

Dersom foreldrene begrenser seg til å dele de opplysningene som er relevante for å opplyse om temaet, vil de muligens kunne få behandlingsgrunnlag i interesseavveiningsregelen. Dersom foreldrene begrenser seg til å kun behandle opplysninger om selve diagnosen, og hvordan den påvirker familielivet, vil deres interesse i å opplyse samfunnet kunne veie tyngre enn barnets interesser. Dette gjelder særlig dersom fokuset ligger på foreldrenes opplevelser, og barnet holdes så

²⁰⁰ Datatilsynet, Tjekliste til vuggestuer og børnehaver, og Datatilsynet, Tjekliste ved skolars bruk av bilder og video

²⁰¹ Art. 29-gruppens WP217/2014, s. 42, se mer om dette i avsnitt 5.4.3

anonym som mulig. Med en gang foreldrene begynner å dele bilder av barnet hvor man lett kan gjenkjenne det, vil barnets rett på privatliv veie tyngre.

I den forbindelse må forordningens prinsipper og viktigheten av at disse overholdes påpekes. Dette gjelder særlig prinsippet om dataminimering. Det som deles skal være begrenset til det som er nødvendig for å oppnå formålet med behandlingen. Om mer enn dette deles, vil behandlingen være ulovlig. Det er viktig for foreldrene å huske at formålet er å opplyse samfunnet eller en større gruppe av offentligheten, om en diagnose. Da må det som deles også begrenses til dette. Det kan ikke anses som nødvendig for å oppnå formålet å dele opplysninger av barnets karakterer på skolen eller lignende. Foreldrene må altså være svært oppmerksomme på hvilke opplysninger som er nødvendige å publisere, for å oppnå formålet.

I alle tilfeller må også barnets forventning om at private hendelser forblir private, tas i betraktning. Som det følger av art. 29-gruppens uttalelse, vil det kunne tillegges vekt, dersom den registrerte har en forventning om at noe ikke publiseres.²⁰² Et barn vil gjerne ha en formodning om at det som skjer i hjemmet, eller i private sammenhenger, forblir privat. Dersom de foresatte har mulighet til å publisere alt som foregår i hjemmet, vil barnets privatliv bli illusorisk. Dette vil være i strid med forordningens formål, og tyder på at det som skjer i en privat sammenheng bør forbli privat.

Gjennom hele interesseavveiningen er det viktig å huske at bestemmelsen i seg selv, inneholder en særlig beskyttelse av barnet. Dersom den registrerte er et barn, skal det mer til før bestemmelsen kan benyttes som behandlingsgrunnlag. Det skal altså mye til for at interesseavveiningen kan benyttes som behandlingsgrunnlag for foreldre. De legitime interessene de ønsker å forfølge, skal være svært tungtveiende, samtidig som de relevante foranstaltninger for å beskytte barnets privatliv skal gjennomføres. Foreldrene må sikre at de ikke deler opplysninger som er irrelevante for å oppnå formålet, samtidig som det gjøres klart for barnet dersom bilder tatt i private sammenhenger skal offentliggjøres.

²⁰² Art. 29-gruppens WP217/2014

Kapittel 6 Konklusjon

Formålet med spesialet har vært å undersøke hvorvidt databeskyttelsesforordningen setter begrensninger for foreldres mulighet til å dele bilder og opplysninger om sine egne barn. Dette har blitt gjort med utgangspunkt i den rettsdogmatiske metode, med fokus på ordlyds- og formålsfortolkning. Avhandlingen har fokusert på om «sharenting» er omfattet av forordningens anvendelsesområde, og i bekreftende tilfeller, om foreldre vil kunne finne gyldig behandlingsgrunnlag i art. 6. Avhandlingen kommer frem til at det gjelder en universell rett på respekt for privatlivet, også etter forordningen. Videre viser den gjennomgåtte praksis at retten til privatliv blir benyttet av EU-domstolen, ved vurdering av lovligheten av databehandlinger. Dette betyr at barnets rett på privatliv skal vektlegges, ved vurderingen av foreldres adgang til «sharenting». For å fastlegge hvorvidt forordningen inneholder en beskyttelse av barn som blir gjenstand for «sharenting» ble forordningens anvendelsesområde vurdert. Etter en ordlydsfortolkning av privatbruksregelens rekkevidde, samt en grundig analyse av rettspraksis fra EU-domstolen og administrativ praksis fra Datatilsynet, tyder funnene på at fenomenet i de aller fleste tilfeller er omfattet av forordningen. Prinsippene som gjennomgås i kap. 4, skal følges dersom personopplysninger behandles. Dersom prinsippene ikke følges kan en behandling som har gyldig behandlingsgrunnlag bli ulovlig. Prinsippene tillegges følgelig stor vekt i tilfeller hvor foreldre kan få gyldig behandlingsgrunnlag. Samtykke i art. 6, stk. 1, litra a og interesseavveiningen i litra f har vært vektlagt, og det konkluderes at de øvrige grunnlagene ikke er relevant for problemstillingen.

Funnene tyder på at samtykke ikke kan benyttes som behandlingsgrunnlag for «sharenting». Analysen kommer frem til at barn kun i ytterst få situasjoner kan avgi samtykke til sine foresatte. Maktubalansen, og det faktum at barn ikke fullt forstår risikoer og konsekvenser av publisering på sosiale medier, gjør at samtykket ikke kan anses som frivillig og informert. Vilåårene er med det ikke oppfylt. Vilåårene kan derimot lettere oppfylles for barn mellom 15 og 18 år, og det trekkes derfor et skille her. Konklusjonen er likevel at samtykke ikke er et optimalt behandlingsgrunnlag for «sharenting».

I interesseavveiningen vektlegges den dataansvarliges legitime interesser, den registrertes interesser og grunnleggende rettigheter, herunder rett på privatliv, og forordningens prinsipper. Det fremgår av ordlyden at den registrertes rettigheter veier tungt, for å sikre at forordningens formål i art. 1, overholdes. Avveiningen skal gjøres mellom disse rettighetene og den dataansvarliges legitime interesser. Disse interessene skal være svært tungtveiende, for å kunne begrunne en behandling som vil være inngripende i den registrertes privatliv. Det skal gjennomføres en konkret avveining i de ulike situasjoner, og det kan ikke avvises at interesseavveiningen kan benyttes i visse tilfeller. Allikevel tyder funnene på at det kun i få tilfeller kan finnes behandlingsgrunnlag i interesseavveiningen.

Det er mange uavklarte spørsmål i forbindelse med «*sharenting*», hvorav det viktigste omhandler hvem som skal føre tilsyn med aktiviteten, og dermed kunne gripe inn ved ulovlig behandling. Dersom det kun var databeskyttelsesretten som regulerte temaet, ville det fremstått naturlig at Datatilsynet også førte tilsyn, noe de har hjemmel til i forordningen. Dog kan fenomenet reguleres av flere ulike rettsområder, og dermed kan også andre organer tenkes brukt. Dette er stadig uavklart, og ytterst relevant å vurdere og avklare slik at barns beskyttelse blir overholdt. Selv om barn har rett på beskyttelse etter forordningen er det i dag ingen som sikrer at foreldre ikke deler mer enn de har behandlingsgrunnlag til.

På bakgrunn av ovenstående er konklusjonen at det kun i ytterst få tilfeller kan finnes behandlingsgrunnlag for foresatte som ønsker å dele bilder av egne barn på sosiale medier. Forordningen inneholder en beskyttelse av barns grunnleggende rettigheter ved å begrense foreldrenes mulighet til å oppnå gyldig behandlingsgrunnlag. Barnas privatliv i den digitale sfære er beskyttet av databeskyttelsesretten, ved å begrense foreldres adgang til «*sharenting*».

Bibliografi

Teori:

Peter Blume, Databeskyttelsesret, 5. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018

(**Forkortet:** Blume, Databeskyttelsesret, 2018)

Peter Blume, Den nye Persondataret, 2. udgave, 1. oplag, Djøf Forlag, 2018

(**Forkortes:** Blume, Den nye persondataret, 2018)

Peter Blume, Persondatarettens kilder og metode, 1. udgave, Djøf Forlag, 2020

(**Forkortes:** Blume, Persondatarettens kilder og metode, 2020)

Peter Blume, Rettssystemet og den juridiske metode, 4. udgave, 2020

(**Forkortes:** Blume, Rettssystemet og den juridiske metode, 2020)

Peter Blume, Samtykke i persondataretten, 1. udgave, 1. oplag, Djøf Forlag, 2023

(**Forkortes:** Blume, Samtykke i persondataretten, 2023)

Nis Peter Dall og Jesper Langemark, Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, 2. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing, 2018

(**Forkortes:** Dall og Langemark, Persondataforordningen, 2018)

Dorte Højlund, Persondatarett, 3. udgave, 1. oplag, Hans Reitzels Forlag, 2020

(**Forkortes:** Højlund, Persondatarett, 2020)

Dorte Højlund, Retssikkerhed og Juridisk metode, 4. udgave, 1. oplag, Hans Reitzels Forlag, 2022

(**Forkortes:** Højlund, Retssikkerhed og Juridisk metode, 2022)

Sten Schaumburg-Muller, Oplysningskategorier og behandlingsbetingelser, I: Bent Ole Gram

Mortensen (Red.), *Dansk Persondataret*, (s.75-117) 1. Udgave, 1. Oplag, Ex Tuto Publishing A/S, 2020

(**Forkortet:** Schaumburg-Muller, Oplysningskategorier og behandlingsbetingelser, I: Mortensen, Dansk persondataret, 2020)

Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Djøf Forlag, 2018

(**Forkortes:** Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 2018)

Jens Elo Rytter, Individets grundlæggende rettigheder, 3. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, 2019

(**Forkortet:** Rytter, Individets grundlæggende rettigheder, 2019)

Jens Elo Rytter, Individets grundlæggende rettigheder, 4. udgave, Karnov Group Denmark, 2021

(Forkortet: Rytter, Individets grundlæggende rettigheder, 2021)

Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, Retskilder og retsteorier, 6. udgave, 1. oplag, Djøf Forlag, 2021

(Forkortes: Tvarnø og Nielsen, Retskilder og retsteorier, 2021)

Henrik Udsen, Databeskyttelsesrett, versjon 0.1, 2022, tilgængeliggjort på

<https://databeskyttelsesret.dk/>

(Forkortes: Udsen, Databeskyttelsesrett, 2022)

Lovreferanser:

Bekendtgørelse 1992-0116 nr. 6 af FN-kovention af 20. november 1989 om Barnets Rettigheder

(Forkortet: FNs barnekonvensjon)

Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder, (2010/C 83/02)

(Forkortes: Charteret)

Europa-Parlamentets og Rådets forordning 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse)

(Forkortes: Forordningen)

Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger

(Forkortes: Direktivet)

Konventionen til beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder

(Menneskerettighedskonventionen – K 1950 11/04)

(Forkortes: EMK)

Lov 1952-06-05 nr. 169 om Danmarks Riges Grundlov

(Forkortes: GRL)

Lov om supplerende bestemmelser til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger om fri udveksling af sådanne oplysninger (databeskyttelsesloven)

(Forkortes: DBL)

Lovbekendtgørelse 2020-11-30 nr. 1768 Forældreansvarsloven

(Forkortet: Forældreansvarsloven)

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

(Forkortes: TEUF)

Traktaten om Den Europæiske Union

(Forkortes: TEU)

Praksis:

EU-rettspraksis:

C-131/12 – Google Spain

C-101/01 – Lindqvist

C-61/19 – Orange Romania

C-673/17 – Planet 49

C-212/13 – Ryneš

C-362/14 – Schrems

C-13/16 – Valsts policijas Rīgas

C-673/17, Planet49 – forslag til afgørelse fra Generaladvokat Szpunar

Menneskerettsdomstolens praksis:

Rubio Dosamantes v. Spania – 20996/10

Von Hannover v. Germany – 59320/00

Dansk rettspraksis

U 2017.38 H

Administrativ praksis:

Datatilsynet journalnummer 2018-31-0118

(Forkortet: Model)

Datatilsynet journalnummer 2019-31-2538

(Forkortet: Forfatterskapssak)

Datatilsynet journalnummer 2019-31-2536

(Forkortet: Facebook-sak)

Datatilsynet journalnummer 2020-31-3354

(Forkortet: Golf.dk)

Datatilsynet journalnummer 2021-32-2241

(Forkortet: Aalborg kommune)

Datatilsynet journalnummer 2023-432-0016

(Forkortet: Aarhus Universitetshospital)

Datatilsynet journalnummer 2023-432-0016

Lovforarbeider og etterarbeider

Art. 29-gruppens uttalelse nr. 5/2009 om internettbaserte sosiale nettverksaktiviteter, WP163, juni 2009

(Forkortet: Art. 29-gruppens WP 163/2009)

Artikkel 29-gruppens uttalelse nr. 15/2011 om definisjon av samtykke, WP 187/2011, juli 2011

(Forkortet: Art. 29-gruppens WP 187/2011)

Art. 29-gruppens uttalelse 6/2014 om den registeransvarliges legitime interesser, WP217, april 2014

(Forkortet: Art. 29-gruppens WP 217/2014)

Artikkel 29-gruppens retningslinjer vedrørende samtykke, WP 259/2017, april 2018

(Forkortet: Art. 29-gruppens WP 259/2017)

EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke i henhold til forordning 2016/679, versjon 1.1, 4. mai 2020

(Forkortet: EDPBs retningslinjer 5/2020 vedrørende samtykke)

EDPBs retningslinjer 8/2020 vedrørende målretning mot brukere av sosiale medier, versjon 2.0, 13. april 2021

(Forkortet: EDPBs retningslinjer 8/2020 vedrørende målretning mot brukere av sosiale medier)

Forslag til lov om supplerende bestemmelser til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (databeskyttelsesloven)

(Forkortet: LFF 2017-10-25 nr. 68)

Forslag til lov om ændring af databeskyttelsesloven og lov om Det Centrale Personregister

(Forkortet: LFF 2023-11-14 nr. 79)

Justitsministeriets Betenkning nr. 1565 om Databeskyttelsesforordningen

(Forkortet: Betenkning nr. 1565)

Veiledninger:

Datatilsynets veiledning vedrørende Samtykke, Justitsministeriet, mai 2021

(Forkortes: Datatilsynets veiledning, Samtykke, 2021)

Datatilsynet, Tjekliste ved skolars brug af billeder og video, 13. januar 2023

Datatilsynet, Tjekliste til vuggestuer og børnehaver ved brug af billeder og video, 17. desember 2021

Artikler:

Children's Commissioner, Who knows what about me, A Children's Commissioner report into the collection and sharing of children's data, November 2018,

<https://assets.childrenscommissioner.gov.uk/wpuploads/2018/11/cco-who-knows-what-about-me.pdf>

(Forkortet: Children's Commissioner, Who knows what about me, 2018)

Ayo Næsborg-Andersen: Børn, forældre og deling af personoplysninger på sociale netværk – et sammenstød imellem persondataretten og menneskerettighederne, Juristen nr. 4, 2017

(Forkortet: Næsborg-Andersen, Børn, forældre og deling af personoplysninger på sociale netværk, 2017)

Federica Persano: GDPR and children rights in EU data protection law, European Journal of Privacy Law & Technologies, 2020

Internettkilder:

Danmark bruger sociale medier mest i EU, på Danmarks Statistik

<https://www.dst.dk/da/Statistik/nyheder-analyser-publ/nyt/NytHtml?cid=46771> (besøkt 20.02.24 kl. 10:44)

Hvad er personoplysninger, på Datatilsynet <https://www.datatilsynet.dk/hvad-siger-reglerne/grundlaeggende-begreber/hvad-er-personoplysninger> (besøkt 08.03.2024, kl. 14:54)

Influencer, på Den Store Danske <https://denstoredanske.lex.dk/influencer> (besøkt 20.02.24, kl. 11:05)

LOI n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants (1)
<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045133771/> (besøkt 03.05.2024, kl. 11:47)

Menneskerettigheter i FN, på menneskeret.dk <https://menneskeret.dk/om-os/menneskerettigheder/menneskerettigheder-fn> (besøkt 03.05.2024, kl. 09:58)

Sharenting, på Medie- og kommunikationsleksikon
<https://medieogkommunikationsleksikon.dk/sharenting/> (besøkt 01.05.2024, kl. 13:04)

Sharenting: Why is France trying to stop parents from oversharing their childrens images, på Euronews <https://www.euronews.com/next/2023/03/10/sharenting-why-is-france-trying-to-stop-parents-from-oversharing-their-childrens-images-on> (besøkt 03.05.2024, kl. 11:44) med videre henvisninger

Ytringsfrihed, på Folketinget <https://www.ft.dk/da/leksikon/Ytringsfrihed>, (besøkt 01.05.2024, kl. 09:16)

Bilag:

Bilag 1: Individuell prosessplan

Bilag 2: Individuelt prosessavsnitt

Antall tegn:

Ordtelling	?	×
Statistikk:		
Sider	56	
Ord	21 402	
Tegn (ikke mellomrom)	122 157	
Tegn (med mellomrom)	143 292	
Avsnitt	286	
Linjer	1 579	
☐ Ja med tekstbokser, fotnoter og sluttnoter		
Lukk		