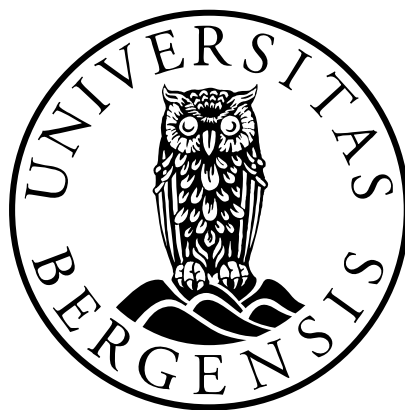


Automatiserte individuelle avgjørelser etter
personvernforordningen artikkel 22, med fokus
på digital læringsanalyse i grunnskolen

*Hvilke rettslige rammer setter artikkel 22 for bruken
av digital læringsanalyse i grunnskolen?*

Kandidatnummer: 121

Antall ord: 14917



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Tema og aktualitet	3
1.2	Rettslig plassering av problemstillingen.....	4
1.3	Avgrensninger	7
1.4	Rettskildebildet og metodebruken	7
1.4.1	Barns rett til personvern	9
1.4.2	Øvrige rettskilder.....	10
1.5	Fremstillingen videre.....	12
2	Digital læringsanalyse som typetilfeller.....	13
2.1	Behandlingsformålet som utgangspunkt	13
2.2	Betydningen av behandlingsaktivitetens karakter	15
2.3	Nærmere om betydningen av profilering.....	16
3	Digital læringsanalyse i lys av utvalgte personvernprinsipper.....	18
3.1	Personvernprinsippene som tolkningsbidrag.....	18
3.2	Rettferdighets- og åpenhetsprinsippet	19
3.3	Dataminimeringsprinsippet	22
4	Har barn et særlig vern under artikkel 22?.....	25
4.1	Personopplysningsvern i artikkel 22.....	26
4.2	Statuerer artikkel 22 et forbud mot avgjørelser rettet mot barn?.....	27
4.3	Har barn krav på særlig vern under artikkel 22?	28
4.3.1	Utgangspunktet for analysen.....	28
4.3.2	En formåls- og rettighetsorientert tolkning av artikkel 22	30
4.3.3	Artikkel 22 i lys av barns grunnlovs- og konvensjonsrettigheter.....	31
4.3.4	Relevante variabler for graden av barns sårbarhet og særskilte beskyttelsesbehov	35
4.4	Kommunens plikt til å ivareta elevens sårbarhet og særskilte beskyttelsesbehov under artikkel 22.....	37
5	Analyse av vilkårene i artikkel 22 nr. 1	39
5.1	Identifikasjon av vilkårsstruktur	39
5.2	Når produserer digital læringsanalyse en «avgjørelse»?	41
5.3	Hvor stor innblanding må læreren ha for at avgjørelsen ikke «utelukkende er basert på automatisert behandling»?.....	43

5.4	Når har avgjørelsen «rettsvirkning» for eleven eller på «tilsvarende måte i betydelig grad påvirker» eleven?	45
6	Avsluttende bemerkninger	48
7	Litteraturliste	50
7.1	Lover og forskrifter	50
7.2	Konvensjoner og traktater	50
7.3	Direktiver og forordninger.....	51
7.4	Forarbeider.....	52
7.5	Rettspraksis.....	52
7.6	Vedtak fra Datatilsynet.....	53
7.7	Litteratur	54
7.7.1	Retningslinjer og rapporter fra Personvernrådet, Artikkel 29-gruppen og Datatilsynet.....	54
7.7.2	Bøker	54
7.7.3	Artikler	55
7.7.4	Rapporter, notater m.m.....	55
7.7.5	Store norske leksikon	56

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Grunnskolen går mot heldigitalisering og undersøkelser viser at kommuner og lærere, ved bruk av digitale verktøy, står «i en skvis mellom det å gi en best mulig opplæring og samtidig ivareta elevenes personvern».¹

Ett av de verktøyene som setter elevenes personvern på prøve er digital læringsanalyse. Utdanningsdirektoratet definerer digital læringsanalyse som «registrering, innsamling, analyse og rapportering av data om elever i en kontekst, der målsettingen er å forstå og forbedre læringsprosessen og det sosiale miljøet der læring foregår».²

Potensialet til digital læringsanalyse blir drøftet i utredningen til ny opplæringslov:

*«Smarte, digitale læremidler kan analysere elevers arbeidsvaner og gi oppgaver med tilpasset vanskelighetsgrad til den enkelte elev. Basert på datainnsamling om elevenes mestringsnivå, tidsbruk og utvikling kan det lages læringsløp som tar eleven gjennom de ulike delene av læreplanen. [...] [A]lle svar og responser en elev gir, tas vare på og analyseres av et dataprogram, som danner utgangspunktet for det neste lærestoffet eleven får. Om eleven sliter, vil programmet foreslå støtte og forklaringer. Når eleven viser tilstrekkelig mestring av et fagstoff, blir eleven sendt videre til neste trinn i den faglige utviklingen».*³

Sitatet illustrerer at målsettingen med digital læringsanalyse er å forbedre elevenes skolehverdag gjennom skreddersydd opplæring etter elevenes behov og forutsetninger. Verktøyet kan brukes til å realisere kommunens plikt til å vurdere og iverksette tilpasset opplæring innenfor det ordinære opplæringstilbudet, jf. opplæringslova⁴ § 1-3. Verktøyet vil også kunne identifisere elever som ikke får tilfredsstillende utbytte av det ordinære undervisningstilbudet, og som har rett til spesialundervisning etter opplæringslova § 5-1. I tillegg kan automatiseringen lette planleggingen, administrasjonen og gjennomføringen av

¹ Bouvet (2021) s. 4.

² Dahl (2015) s. 2.

³ NOU 2019:23 Del IV, Punkt 32.5.4, s. 407.

⁴ Lov 17. juni 1998 nr. 61 (opplæringslova).

opplæringen, som igjen frigjør tid for læreren til å jobbe med andre oppgaver som gagnar elevene.⁵

Digital læringsanalyse inngår i Kunnskapsdepartementets digitaliseringsstrategi fra 2017 til 2021 og blir utpekt som en del av framtidens læring.⁶ Verktøyets kompleksitet, kombinert med sårbarheten til elevene, krever at det foretas grundige analyser av hvordan kommunen kan bruke verktøyet i grunnskolen uten at det strider med elevenes rett til personvern. Etter oppfordring fra opplæringslovutvalget i NOU 2019:23, har derfor Kunnskapsdepartementet satt sammen en ekspertgruppe som skal vurdere digital læringsanalyse. Personvern hensyn er en sentral del av mandatet og ekspertgruppen skal levere første delrapport innen 1. juni 2022.⁷

Oppgavens problemstilling er å analysere hvilke rettslige rammer personvernforordningen⁸ artikkel 22 setter for bruken av digital læringsanalyse i grunnskolen. Slik oppgaven vil vise, er kjernen i digital læringsanalyse å benytte automatiserte læringsverktøy til å profilere elevers personopplysninger. Artikkel 22 regulerer dette særskilt for å ivareta elevenes rett til vern av personopplysninger. Problemstilling er derfor sentral i vurdering av om kommunen kan implementere digital læringsanalyse i grunnskolen uten at det strider med elevenes personvern.

1.2 Rettslig plassering av problemstillingen

Barns rett til personvern i grunnskolen er regulert av personvernforordningen, som er gjennomført i norsk rett gjennom personopplysningsloven⁹ av 2018. Personvernforordningen kommer til anvendelse på «helt eller delvis automatisert behandling av personopplysninger», jf. artikkel 2 nr. 1. Begrepene «personopplysninger» og «behandling» er definert i artikkel 4 nr. 1 og nr. 2. Begrepet «personopplysninger» er definert som «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person», jf. nr. 1, mens «behandling» er definert som «enhver operasjon eller rekke av operasjoner som gjøres med personopplysninger», jf. nr. 2. Forordningen benytter begrepet «den registrerte» om personen som får sine personopplysninger behandlet, jf. artikkel 4 nr. 1. Forordningen bruker også begrepene *behandlingen* eller *behandlingsaktivitetene* som henvisning til den samlede behandlingen av

⁵ Dette er et utdrag av mulighetene med digital læringsanalyse. Se Dahl (2015) s. 3-4.

⁶ Kunnskapsdepartementet (2017) s. 12.

⁷ Kunnskapsdepartementet (2021).

⁸ Forordning (EU) 2016/694 (personvernforordningen).

⁹ Lov 15. juni 2018 nr. 31 (heretter «personopplysningsloven av 2018»).

personopplysninger, jf. artikkel 4 nr. 1 og nr. 2.¹⁰ Oppgaven vil benytte begrepene på samme måte som forordningen.

Digital læringsanalyse benytter automatiserte læringsverktøy til å innhente, lagre og analysere elevens personopplysninger. Disse personopplysningene er alt fra elevens navn og alder, til arbeidsvaner, presentasjoner, mestringsnivå, tidsbruk og utvikling. Bruken av digital læringsanalyse er derfor «automatisert behandling» av «personopplysninger», og faller innenfor forordningens virkeområde, jf. artikkel 2 nr. 1.¹¹

Målsettingen med personvernforordningen er å sikre effektiv og ensartet beskyttelse av fysiske personers grunnleggende rettigheter og friheter, særlig deres rett til vern av personopplysninger (heretter «personopplysningsvern»¹²). Forordningen ivaretar dette ved å plassere ansvar hos de rettssubjektene som behandler personopplysninger. Overholdelse av forordningens plikter og rettigheter er derfor rettet mot den behandlingsansvarlige.¹³ Ved bruken av digital læringsanalyse i grunnskolen, er det kommunen som vil ha rollen som behandlingsansvarlig. Artikkel 4 nr. 7 definerer blant annet den behandlingsansvarlige som «en offentlig myndighet» som «alene eller sammen med andre bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke midler som skal benyttes». Kommunen er den med «offentlig myndighet» som både har ansvaret for grunnopplæringen og at pliktene i opplæringslova oppfylles, jf. opplæringslova § 13-1 første ledd. I kraft av dette ansvaret bestemmer kommunen hvorvidt digital læringsanalyse skal benyttes som læringsverktøy og hva som er formålet med bruken, jf. artikkel 4 nr. 7.¹⁴

Sentralt for kommunens ansvar som behandlingsansvarlig, er at bruken av digital læringsanalyse innebærer profilering av elevenes personopplysninger, slik dette defineres i artikkel 4 nr. 4. Etter bestemmelsen er profilering «enhver form for automatisert behandling av personopplysninger som innebærer å bruke personopplysninger for å vurdere visse personlige aspekter knyttet til en fysisk person». Slik ordlyden tydeliggjør, er det tale om en særlig type behandlingsaktivitet, hvor hensikten er å vurdere en persons personlige

¹⁰ Se personvernforordningen artikkel 24, som bruker «behandlingen» og «behandlingsaktivitetene» som referanse til den totale behandlingen av personopplysninger. Se også Schartum (2020) s. 49.

¹¹ Ingen av unntakene i virkeområde etter artikkel 2 nr. 2 kommer til anvendelse.

¹² Se formålet i artikkel 1 nr. 2 og foralepunkt 10. Se også Schartum (2020) s. 15, som bruker begrepet *personopplysningsvern* på denne måten.

¹³ Personvernforordningen plasserer også ansvar hos *databehandleren*, men rollen er ikke aktualisert i oppgaven. En «databehandler» er en annen «fysisk eller juridisk person» som «behandler personopplysninger på vegne av den behandlingsansvarlige», jf. artikkel 4 nr. 8.

¹⁴ Tilsvarende er lagt til grunn i NOU 2019:23 Del IV Punkt 28.2.2 s. 305.

karakteristikker, atferd eller lignende. Ettersom selve hensikten med digital læringsanalyse er å analysere ulike sider av elevens læring og presentasjoner, vil læringsverktøyet alltid «vurdere visse personlige aspekter» tilknyttet eleven, jf. artikkel 4 nr. 4.

Artikkel 22 regulerer slik profilering når det inngår i en automatisert individuell avgjørelse. Etter artikkel 22 nr. 1 har eleven, som den registrerte, «rett til ikke å være gjenstand for en avgjørelse som utelukkende er basert på automatisert behandling, herunder profilering, som har rettsvirkning for eller på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende». En avgjørelse som omfattes av disse vilkårene vil for enkelhetens skyld benevnes *artikkel 22-avgjørelse* i oppgaven. Etter artikkel 22 nr. 2 kan den behandlingsansvarlige benytte seg av unntak fra rettigheten i første ledd og treffe artikkel 22-avgjørelser. Dersom kommunen bruker digital læringsanalyse til å treffe en artikkel 22-avgjørelse, er det eneste aktuelle unntaket bokstav b, hvilket krever et supplerende rettsgrunnlag i unionsretten eller i nasjonal rett.¹⁵

Oppgavens formål er å behandle den registrertes rettsstilling under artikkel 22, når dette er et barn, og hva dette betyr for bruken av digital læringsanalyse i grunnskolen. Tematikken er aktualisert av motstriden mellom lovteksten i bestemmelsen og uttalelsene i fortalepunkt 38 og 71. Av fortalepunkt 71 fremgår det at artikkel 22-avgjørelser «bør ikke gjelde barn». Uttalelsen må ses i sammenheng med fortalepunkt 38 om at «[b]arns personopplysninger fortjener et særlig vern, ettersom barn kan være mindre bevisste på aktuelle risikoer, konsekvenser og garantier samt på de rettigheter de har når det gjelder behandling av personopplysninger». Uttalelsene i fortalepunkt 38 og 71 er ikke gjenspeilet i artikkel 22. Slik oppgaven vil vise, har fortalepunktene likevel gode grunner for seg, ettersom artikkel 22-avgjørelser baser på profilering, er i kjernen av de situasjoner hvor barns personvern er særlig sårbart og krever særlig beskyttelse.

På bakgrunn av denne rettssituasjonen kan oppgavens problemstilling deles inn i to underproblemstillinger. Den første underproblemstillingen er om og i hvilken grad barn har et særlig vern under artikkel 22. Den andre problemstillingen er når bruken av digital læringsanalyse resulterer i en artikkel 22-avgjørelse etter artikkel 22 nr. 1. Begge

¹⁵ Unntaket i artikkel 22 nr. 2 bokstav a er ikke aktuelt, fordi det foreligger ingen «avtale» mellom kommunen og eleven om grunnskoleopplæringen. Samtykke etter artikkel 22 nr. 2 bokstav c er ikke aktuelt, fordi samtykket vil være ugyldig etter artikkel 4 nr. 11. Et samtykke er ikke «frivillig» når eleven er avhengig av opplæringen, jf. artikkel 4 nr. 11. Se hvordan samtykke skal forstås i Personvernrådet (2020a).

underproblemstillingene er uavklart rett, og formålet med oppgaven er å avklare gjeldende rett.

1.3 Avgrensninger

Analysen av artikkel 22 er begrenset til det som er relevant for å avklare elevens rettsstilling og kommunens plikter under artikkel 22, når kommunen bruker digital læringsanalyse i grunnskolen. Oppgaven vil benytte konkrete typetilfeller for å illustrere hva som er gjeldende rett. Avgrensningen er viktig for den første underproblemstillingen om barns krav på særlig vern. Her skal det kun analyseres hva et særlig vern, ved ulike typetilfeller av kommunens bruk av digital læringsanalyse, innebærer for tolkningen av artikkel 22. Når oppgaven tar for seg unntaket i artikkel 22 nr. 2 bokstav b, skal det ikke analyseres *hva* som kan utgjøre et supplerende rettsgrunnlag eller hva et særlig vern krever med hensyn til *innholdet* i det supplerende rettsgrunnlaget. Spørsmålet om særlig vern er, i denne sammenheng, begrenset til hva et særlig vern krever *i tillegg til* det supplerende rettsgrunnlaget.

Av hensyn til oppgavens omfang avgrenses det mot elevens rettsstilling når digital læringsanalyse bygger på særlige kategorier personopplysninger, jf. artikkel 9. At analysen er begrenset til elevens rettsstilling innebærer også at foreldreansvaret og kommunens plikt til å ivareta rettighetene til foresatte ikke behandles. Foresatte vil likevel nevnes der elevens rettigheter må utøves av de foresatte.

1.4 Rettskildebildet og metodebruken

Personvernforordningen trådte i kraft den 25. mai 2018 og erstattet EUs tidligere personverndirektiv fra 1995¹⁶. Personverndirektivet var gjennomført i norsk rett ved personopplysningsloven av 2000¹⁷. Denne loven ble erstattet med personopplysningsloven av 2018, som gjennomfører personvernforordningen i norsk rett, jf. personopplysningsloven av 2018 § 1.

Personvernforordningen bygger på mange av de samme målene og prinsippene fra det tidligere personverndirektivet, men forordningen styrker og fastsetter de registrertes

¹⁶ Direktiv 95/46/EF (personverndirektivet).

¹⁷ Lov 14. april 2000 nr. 31 (heretter «personopplysningsloven av 2000»).

rettigheter og de behandlingsansvarliges plikter i større grad.¹⁸ Ved å lovfeste rettighetene og pliktene ved behandling av personopplysninger i en forordning, er rettsaktene sikret mer ensartet og effektiv beskyttelse i hele EØS.¹⁹ Virkningen av at rettsaktene er gitt som en forordning er at forordningen er bindende «i alle enkeltheder» og har umiddelbar virkning i medlemsstatene, jf. Traktaten om Den europeiske unions virkemåte («TEUV»)²⁰ artikkel 288 andre ledd. I EØS-retten må forordningens inkorporeres og «som sådan gjøres til del av avtalepartenes interne rettsorden», jf. EØS-avtalen²¹ artikkel 7 bokstav a.

Dette rettskildebilde krever at oppgavens problemstilling besvares i tråd med EØS-rettslig metode. Innholdet i personvernforordningen skal først fastlegges i tråd med EU-rettslig metode, for å deretter tilpasses EØS-retten og norsk rett.²² Homogenitetsprinsippet sørger imidlertid for at personvernforordningen skal tolkes og anvendes slik at rettstilstanden blir den samme i EØS-retten som i EU-retten.²³

Følgelig vil oppgaven primært bygge på EU-domstolens tolkningsprinsipper når innholdet i personvernforordningen artikkel 22 tolkes og fastlegges.²⁴ Det vil kun vises til norske- og EØS-rettslige tilpasninger der det er nødvendig.

På overordnet plan er det én tilpasning som får betydning for oppgaven.

Personvernforordningen bygger på fysiske personers rett til vern av personopplysninger slik dette er nedfelt i EU-pakten²⁵ artikkel 8 nr. 1 og TEUV artikkel 16 nr. 1.

Personvernforordningen skal, i tråd med EU-domstolens tolkningsprinsipper, tolkes i lys av denne primærretten.²⁶ Disse rettsaktene er imidlertid ikke inntatt i EØS-avtalen og kan ikke påberopes av norske rettssubjekter. Særegent for oppgaven er derfor at det er barns grunnlovs- og konvensjonsrettigheter etter norsk rett som, ved tolkningen av artikkel 22, utgjør relevante

¹⁸ Se personvernforordningen fortalepunkt 9 til 11.

¹⁹ Se personvernforordningen fortalepunkt 3.

²⁰ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Rome, 07.07.2016 (TEUV)

²¹ Agreement on The European Economic Area, Oporto, 02.05.1992 (EØS-avtalen)

²² Fredriksen mfl. (2018) s. 294-295.

²³ Homogenitetsprinsippet leder til en «presumpsjon for at bestemmelser som er utformet på samme måte i EØS-avtalen som i EF-retten, skal fortolkes på samme måte», jf. sak E-9/07 og E-10/07, L'Oréal, avsnitt 27.

Homogenitetsprinsippet, eller prinsippet om ensartethet, har direkte og indirekte forankring i EØS-avtalen artikkel 1 nr. 1, artikkel 6, EØS-avtalens fortalepunkt 4 og 5, og Agreement between the EFTA States on the establishment of a surveillance authority and a court of justice, Oporto, 02.05.1992, (ODA) artikkel 3 nr. 2.

²⁴ EU-rettslige metode består av EU-domstolens tolkningsprinsipper. Se Fredriksen mfl. (2018) s. 292.

²⁵ Charter of Fundamental Rights of the European Union, Strasbourg, 7.12.2000 (EU-pakten)

²⁶ Se Google Spain og Google, C-131/12, avsnitt 68, og Schrems II, C-311/18, avsnitt 99.

tolkningsbidrag. Denne metodiske tilpasningen er i tråd med rettspraksis fra både EFTA-domstolen og Høyesterett.²⁷

I det følgende skal rettskildene som er relevante for oppgavens problemstilling kort gjennomgås. Barns krav på særskilt beskyttelse for sitt personvern behandles i underkapittel 1.4.1. Øvrige rettskilder behandles samlet i underkapittel 1.4.2.

1.4.1 Barns rett til personvern

Barn har rett til den samme beskyttelsen av sitt personvern som voksne. Med barn menes fysiske personer under 18 år.²⁸ Norsk lovgivning skiller i liten grad mellom barns og voksnes rett til personvern og det finnes ingen enhetlig regulering av barns rett til personvern. Retten til personvern ligger innbakt i retten til respekt for privatlivet i Grunnloven²⁹ § 102 og Den europeiske menneskerettskonvensjon³⁰ artikkel 8.³¹ Begge disse rettighetene gjelder for alle individer, uavhengig av alder. Tilsvarende gir personvernforordningen rettigheter til «den registrerte», som er «enhver [...] fysisk person» uavhengig av alder, jf. artikkel 4 nr. 1.

Barn er likevel sårbare sammenlignet med voksne, fordi de befinner seg i en «utviklingsprosess hvor de er i ferd med å utvikle sine fysiske, psykiske og mentale kapasiteter».³² Barn har derfor et særskilt beskyttelsesbehov for sine grunnleggende rettigheter. Dette gjelder især barns personopplysningsvern, ettersom barn er mindre bevisste på risikoen og konsekvensen av at personopplysninger behandles.³³

Barns sårbarhet og særskilte beskyttelsesbehov er anerkjent i personvernforordningen ved at barns rettsstilling er særskilt regulert i bestemte situasjoner.³⁴ Ingen av bestemmelsene som uttrykkelig regulerer barns rettsstilling er relevante for oppgavens problemstilling. Derimot er

²⁷ Se E-2/03, Påtalemakten mot Ásgeirsson, avsnitt 23, og HR-2016-2554-P avsnitt 79-87.

²⁸ Barn er ikke definert i personvernforordningen. Etter barnekonvensjonen artikkel 1 er barn «ethvert menneske under 18 år, hvis ikke barnet blir myndig tidligere etter den lovgivning som gjelder for barnet». Etter lov 26. mars 2010 nr. 9 (vergemålsloven) §§ 2 (3) og 8, er myndighetsalderen 18 år. jf. Se også Prop.56 LS (2017-2018) Kapittel 13.2.1, s. 96.

²⁹ Lov 17. mai 1814 (Grunnloven)

³⁰ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 04.11.1950 (EMK). Konvensjonen gjelder som norsk lov etter lov 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven) § 2 (1) nr. 1.

³¹ Se Klass m.fl. mot Tyskland [P] 1978, no. 5029/71 og Rt. 1896 s. 530.

³² NOU 2009:1 Del IV. Kapittel 14 s. 128. Se også fortalen til barnekonvensjonen.

³³ Se personvernforordningens fortalespunkt 38.

³⁴ Artikkel 8 regulerer barns samtykke i forbindelse med «tilbud om informasjonssamfunnstjenester direkte til et barn». Artikkel 6 nr. 1 bokstav f og artikkel 12 nr. 1 pålegger den behandlingsansvarlige å hensynta, i sine vurderinger, hvorvidt den registrerte er et barn.

barns rettsstilling, ved profilering og artikkel 22-avgjørelser, nevnt i fortalepunkt 38 og 71. Relevansen og vekten av disse fortalepunktene behandles i kapittel 4.

I tillegg medfører barns rettigheter etter Grunnloven og FNs barnekonvensjon³⁵ at barn har et særskilt personopplysningsvern i bestemte situasjoner. Barnekonvensjonen gjelder som norsk lov etter menneskerettsloven § 2 første ledd nr. 4, og «skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning» etter § 3. Disse grunnlovs- og konvensjonsrettighetene har følgende metodiske betydninger for oppgavens problemstillinger.

For det første gir barns rett til beskyttelse av sitt privatliv, etter Grunnloven § 104 tredje ledd og barnekonvensjonen artikkel 16 nr. 1, relevante tolkningsbidrag. Retten til personopplysningsvern ligger innbakt i disse rettighetene.³⁶ Etter Grunnloven § 92 har «statens myndigheter» plikt til å «respektere og sikre» disse rettighetene. Kommunen er derfor pliktsubjekt under bestemmelsene, også i rollen som behandlingsansvarlig.³⁷ Bestemmelsene skal likevel kun benyttes som tolkningsbidrag ved fastleggelsen av innholdet i artikkel 22.

For det andre har prinsippet om barnets beste, slik det er nedfelt i Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, relevans både på selvstendig grunnlag og som tolkningsprinsipp. Både statens myndigheter og private parter er, etter prinsippet ordlyd, pliktsubjekter under prinsippet. Sikringsplikten gjelder derfor for den behandlingsansvarlige på generelt grunnlag.

1.4.2 Øvrige rettskilder

Det er ingen autoritative rettskilder i EU-retten, EØS-retten eller norsk rett som tar stilling til oppgavens problemstillinger. Det er heller ingen relevant rettspraksis vedrørende innholdet i personvernforordningen artikkel 22. Dette inkluderer EU-domstolen, EFTA-domstolen og norske domstoler. Det norske forvaltningsorganet Personvernemnda har imidlertid behandlet barns krav på særlig vern ved behandling av personopplysninger.³⁸ I tillegg har Datatilsynet varslet vedtak i en sak med relevans for bruk av digital læringsanalyse i grunnskolen.³⁹

³⁵ Convention on the Rights of the Child, New York, 20.11.1989 (barnekonvensjonen)

³⁶ Se Dok.nr.16 (2011–2012) Del IV. Kapittel 32.5.5 s. 192, som legger til grunn at barnets «personlige integritet» omfatter retten til privatliv. Retten til personvern inngår i retten til privatliv, jf. fotnote 31.

³⁷ At statens myndigheter er pliktsubjekt under Grunnloven § 104 (3) følger også av bestemmelsens ordlyd «rett til vern», jf. Dok.nr.16 (2011–2012) Del IV. Kapittel 32.5.5, s. 193. For barnekonvensjonen artikkel 16 følger dette også av barnekonvensjonen artikkel 16 nr. 2 og artikkel 4.

³⁸ PVN-2021-09.

³⁹ Datatilsynet, varsel om vedtak i IBO-saken, 07.08.2020

Uttalelser fra disse organene er ikke bindende for EU-retten, men gir uttrykk for organenes oppfatning av gjeldende norsk rett.⁴⁰ Uttalelsene tillegges vekt som forvaltningspraksis.

I tråd med EU-domstolens generelle tolkningsprinsipper står ordlyd, kontekst og formål sentralt ved fastleggelsen av innholdet til artikkel 22.⁴¹ Sentralt for personvernforordningen er at EU-domstolen stadig foretar en formålsorientert tolkning på bakgrunn av fortalepunkt 10, hvilket krever et «ensartet og høyt nivå for vern av fysiske personer» i unionen.⁴² Fortalen er ikke rettslig bindende, men EU-domstolen tillegger fortalen, i den grad den utdyper forordningens meningsinnhold, betydelig vekt.⁴³ Dette behandles nærmere i delkapittel 4.2.

Videre utgjør flere av personvernprinsippene i artikkel 5 sentrale og tungtveiende tolkningsbidrag. Personvernprinsippene utgjør grunnmuren i personvernforordningen og gir uttrykk for en prinsipiell tenkning.⁴⁴ Prinsippene, som tolkningsbidrag, behandles i delkapittel 3.1.

Innholdet i artikkel 22 er grundig behandlet i retningslinjer utgitt av det norske Datatilsynet, EUs Arbeidsgruppe for personvern i forbindelse med behandling av personopplysninger («Artikkel 29-gruppen») og Det europeiske personvernrådet («Personvernrådet»). Retningslinjene behandler ikke oppgavens problemstillinger, men gir relevante tolkningsbidrag til hvordan innholdet artikkel 22 skal forstås, inkludert når den registrerte er et barn.

Sentralt for underproblemstillingene er retningslinjene utgitt av Artikkel 29-gruppen, om automatiserte individuelle avgjørelser og profilering.⁴⁵ Artikkel-29 gruppen var et rådgivende organ under personverndirektivet og forgjengeren til Personvernrådet. Personvernrådet ble opprettet ved personvernforordningen og er et EU-organ bestående av EUs datatilsyn og lederne fra medlemsstatenes tilsynsmyndigheter.⁴⁶ Det norske datatilsynet og de øvrige EFTA-statenes tilsynsmyndigheter har møterett, men ikke stemmerett.⁴⁷ Etter

⁴⁰ Datatilsynet er et «uavhengig forvaltningsorgan», jf. personopplysningsloven av 2018 § 20 (1). Personvernemda er et «uavhengig forvaltningsorgan» og «avgjør klager over Datatilsynets vedtak», jf. personopplysningsloven av 2018 § 22 (1) og (2).

⁴¹ Se Vieira de Azevedo and Others, C-558/15, avsnitt 19.

⁴² Se Schrems II, C-311/18, avsnitt 101.

⁴³ Fredriksen mfl. (2018), s. 305-306.

⁴⁴ Schartum (2020) s. 87.

⁴⁵ Artikkel 29-gruppen (2018).

⁴⁶ Se personvernforordningen artikkel 68 nr. 3.

⁴⁷ Se EØS-avtalen, Vedlegg XI Elektronisk kommunikasjon, audiovisuelle tjenester og informasjonssamfunnstjenester, Punkt 5 e, bokstav a.

personvernforordningen artikkel 70 nr. 1 bokstav e, skal Personvernrådet «utstede retningslinjer, anbefalinger og beste praksis for å fremme en ensartet anvendelse» av forordningen. Som en del av dette arbeidet har Personvernrådet tilsluttet seg til Artikkel 29-gruppens retningslinje om automatiserte individuelle avgjørelser og profilering. Retningslinjen gir derfor også uttrykk for Personvernrådets oppfatning.

Retningslinjene fra Artikkel 29-gruppen og Personvernrådet er ikke bindende, men de uttrykker tilsynsmyndighetenes konsensus om hvordan personvernforordningen skal forstås. I fravær av autorative rettskilder, gis retningslinjene stor vekt i oppgaven. Dette underbygges av at Datatilsynet og Personvernemda, i sin praksis, tillegger retningslinjer fra organene, stor vekt.

Automatiserte individuelle avgjørelser etter artikkel 22 er også behandlet i det norske Datatilsynets rapport om kunstig intelligens og personvern fra 2018.⁴⁸ Relevante tolkningsbidrag finnes også i norsk og europeisk juridisk litteratur. Alle disse kildene vil benyttes som støttemomenter i oppgaven.

Forarbeidene til den norske personopplysningsloven av 2018 har samme rettskildemessig vekt som juridisk litteratur. Bakgrunnen er at EU-domstolen, til forskjell fra norsk rettskildelære, gir forarbeidene status som støttemoment.⁴⁹ Forarbeidene gis likevel vekt som en autorativ rettskilde i den grad uttalelsene underbygger norsk-rettslige tilpasninger.

1.5 Fremstillingen videre

Digital læringsanalyse kan brukes på ulike måter og med ulike rettsvirkninger under personvernforordningen. For å besvare oppgavens problemstilling og gi en hensiktsmessig fremstilling av artikkel 22, skal analysene ta utgangspunkt i konkrete typetilfeller. I kapittel 2 presenteres disse typetilfellene. I kapittel 3 skal utvalgte personvernprinsipper analyseres i lys av typetilfellene. Underproblemstillingene skal deretter behandles hver for seg i kapittel 4 og 5. Endelig gis det en avsluttende og rettspolitisk kommentar i kapittel 6.

⁴⁸ Datatilsynet (2018).

⁴⁹ Fredriksen mfl. (2018) s. 306.

2 Digital læringsanalyse som typetilfeller

2.1 Behandlingsformålet som utgangspunkt

Dersom kommunen implementerer digital læringsanalyse i grunnskoleopplæringen, er det særlig tre typetilfeller som er praktiske. Typetilfellene er inndelt med utgangspunkt i formålet med bruken av læringsverktøyet: 1) individuelt tilpasse undervisningen, 2) individuelt tilpasse vurderingen, og 3) identifisere læringsvansker hos eleven.

Bakgrunnen for denne inndelingen, er at anvendelse av personvernforordningens bestemmelser, avhenger av *formålet med behandlingsaktiviteten*. Denne formålsfunksjonen følger av formålsbegrensningsprinsippet i artikkel 5 nr. 1 bokstav b.

Den første siden av formålsbegrensningsprinsippet er at personopplysninger kun skal behandles for «spesifikke, uttrykkelig angitte og berettigede formål», jf. artikkel 5 nr. 1 bokstav b. Ordlyden setter begrensninger for formålsangivelsen, dvs. hvilke formål kommunen kan bruke elevens personopplysninger til og hvordan disse formålene beskrives. Et legislativt hensyn bak kravet er at formålet utgjør et viktig startpunkt når den behandlingsansvarlige skal vurdere sine plikter etter personvernforordningen. Flere av personvernprinsippene i artikkel 5 tar blant annet utgangspunkt i behandlingsaktivitetens formål. Formålsangivelse i tråd med disse kravene omtales som *behandlingsformålet*.⁵⁰

Den andre siden av formålsbegrensningsprinsippet er at personopplysninger ikke kan «viderebehandles på en måte som er uforenlig med» de angitte «formålene», jf. artikkel 5 nr. 1 bokstav b. Dette innebærer at kommunen ikke kan bruke elevenes personopplysninger til et annet formål enn det personopplysningene først ble samlet inn for.⁵¹

Følgelig utgjør behandlingsformålene i typetilfellene rammen for vurderingen av kommunens plikter og elevens rettigheter etter artikkel 22. De tre behandlingsformålene må derfor være i tråd med formålsbegrensningsprinsippet. Dette aktualiserer en analyse av behandlingsformålene, i lys av kravene til formålsangivelse i artikkel 5 nr. 1 bokstav b.

Ordlyden av «spesifikke» og «uttrykkelig angitte» krever at formålene beskrives av kommunen på en måte som gjør det tydelig for eleven hva personopplysningene brukes til

⁵⁰ Se begrepsbruken i Schartum (2020) s. 100.

⁵¹ Hvordan dette skal vurderes og unntak fra dette følger av personvernforordningen artikkel 6 nr. 4.

og hvorfor. Ordlyden av «berettigede» tilsier at formålene må være legitime og lovlige. Dette går utover lovlig behandlingsgrunnlag etter artikkel 6 og 9, og handler om at formålene må være forenelig med relevant lovgivning og ulovfestede prinsipper. Formålet må også kunne «begrunnes ut fra den behandlingsansvarliges virksomhet».⁵²

For de to første behandlingsformålene brukes digital læringsanalyse som et hjelpemiddel til å oppfylle kommunens plikt til å tilrettelegge opplæring til elevens evner og forutsetninger, jf. opplæringslova § 1-3. Formålene er dermed «berettigede», jf. personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav b. Legitimiteten bunner i at individuell tilrettelegging av undervisning og vurdering, ved hjelp av digital læringsanalyse, bidrar til økt læringslyst og læringsmestring. Etter læreplanverket er læringslyst og læringsmestring selve verdigrunnlaget bak skolens plikt til å tilrettelegge opplæring til den enkelte elev innenfor den ordinære opplæringen.⁵³

Selv om disse to formålene har samme hjemmels- og verdigrunnlag må de holdes adskilt. Bakgrunnen er at formålene, blant annet, vurderes opp mot hvilke personopplysninger som er *nødvendige* å behandle, jf. kravet om dataminimering i artikkel 5(1)(c).⁵⁴ En vurderingssituasjon krever innsamling av helt andre opplysninger enn hva en undervisningssituasjon krever. I tillegg er det essensielt for eleven å forstå hvilken opplæringssituasjon vedkommende befinner seg i. Sistnevnte vil også være et krav etter rettferdighetsprinsippet, jf. artikkel 5 nr. 1 bokstav a.⁵⁵

For det tredje behandlingsformålet er hensikten med bruken av digital læringsanalyse at læreren kan bruke informasjonen læringsverktøyet produserer i en samlet vurdering av om eleven har rett til spesialundervisning etter opplæringslova § 5-1. Informasjonen utgjør deler av det informasjonsgrunnlaget som kreves etter opplæringslova §§ 5-3 og 5-4, og som har til hensikt å kartlegge om eleven får tilfredsstillende utbytte av det ordinære opplæringstilbudet. Behandlingsformålet er derfor «berettig[e]» hensett til disse bestemmelsene, jf. personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav b.

Endelig må det anses saklig, under alle tre behandlingsformålene, at kommunen bruker digital læringsanalyse til å realisere pliktene i opplæringslova §§ 1-3 og 5-1. Det legges her

⁵² Schartum (2020) s. 101.

⁵³ Forskrift 1. september 2017 nr. 1332 (forskrift om overordna mål og prinsipp i skolen»), Punkt 3.2 Se også forskrift 23. juni 2006 nr. 724 (forskrift til opplæringslova) § 3-3 (1).

⁵⁴ Se delkapittel 3.3.

⁵⁵ Se delkapittel 3.2.

vekt på at digital læringsanalyse er løftet frem som et hovedmål i Kunnskapsdepartementets digitaliseringsstrategi for grunnsopplæringen.⁵⁶ Behandlingsformålene kan slik sett legitimeres ut fra kommunens virksomhet som tilbyder av grunnskoleopplæring.

2.2 Betydningen av behandlingsaktivitetens karakter

Kommunens plikter under personvernforordningen og anvendelsen av artikkel 22, påvirkes også av behandlingsaktivitetenes karakter. Det må derfor presiseres hvilke behandlingsaktiviteter som ligger til grunn for typetilfellene. Det vises her til beskrivelsene av digital læringsanalyse i delkapitlene 1.1 og 1.2, med følgende presiseringer:

- 1) Personopplysningene innhentes fra elevens digitale spor ved bruk av læringsverktøyet. Disse *kan* suppleres med informasjon fra andre læringsverktøy, eller informasjon fra læreren eller eleven selv.
- 2) Analysen gjøres ved bruk av algoritmer og maskinlæring. Med algoritmer menes «fullstendig og nøyaktig beskrivelse av fremgangsmåten for løsning av en beregningsoppgave eller annen oppgave».⁵⁷ Maskinlæring innebærer at man «bruker statistiske metoder for å la datamaskiner finne mønstre i store datamengder».⁵⁸ Dette innebærer at algoritmen i digital læringsanalyse trener opp seg selv og kontinuerlig forbedres. Bruken av digital læringsanalyse er derfor bruk av kunstig intelligens.⁵⁹
- 3) Analysen kan basere seg på personopplysninger fra andre elever enn eleven som er gjenstand for artikkel 22-avgjørelsen. Blant annet kan det være relevant å bruke informasjon fra elever som har vært i tilsvarende situasjon eller som er i samme klasse. Det er likevel bare den registrertes rettsstilling som analyseres.
- 4) At eleven går på grunnskolen innebærer at eleven enten går på barneskolen eller ungdomsskolen, og er mellom 6 og 16 år.⁶⁰ Det tas ikke hensyn til unntak.

I tillegg må det bemerkes at læreren vil ha det daglige og praktiske ansvaret for bruken av læringsverktøyet. De overordnede rutinene og rammene for lærerens bruk av

⁵⁶ Se delkapittel 1 og fotnote 6.

⁵⁷ Hovde mfl. (2020).

⁵⁸ Tidemann mfl. (2019).

⁵⁹ Se definisjonen i European Commission (2019) s. 6.

⁶⁰ Opplæringspliktigalder er som hovedregel 6 til 16 år, jf. opplæringslova § 2-3 (2), jf. opplæringslova § 2-1.

læringsverktøyet ligger innenfor kommunens organisatoriske ansvar etter personvernforordningen artikkel 24. Kommunen må derfor, som behandlingsansvarlig, identifiseres med lærerens bruk av læringsverktøyet under artikkel 22.

2.3 Nærmere om betydningen av profilering

En sentral del av kommunens ansvar under personvernforordningen er at digital læringsanalyse innebærer profilering av elevers personopplysninger. Bakgrunnen er at profilering er en særlig gruppe behandlingsaktivitet, der hensikten er å «vurdere visse personlige aspekter knyttet til en fysisk person», jf. artikkel 4 nr. 4. Ordlyden tilsier at funksjonen med behandlingsaktiviteten er å beskrive eller predikere personens personlige karakteristikk, atferd eller lignende. Dette underbygges av eksemplifiseringen i artikkel 4 nr. 4 om hva profilering kan være:

«analysere eller forutsi aspekter som gjelder nevnte fysiske persons arbeidsprestasjoner, økonomiske situasjon, helse, personlige preferanser, interesser, pålitelighet, atferd, plassering eller bevegelser».

Eksemplifiseringen tydeliggjør at det er tale om inngripende behandlingsaktiviteter. Dette blir særlig fremtredende når den registrerte er et barn, og bunner i to hensyn.

For det første er «personlige aspekter» i kjernen av den registrertes private sfære.⁶¹ Ettersom profilering handler om å bruke automatiserte verktøy til å vurdere *personlige aspekter*, utgjør profilering et større inngrep i retten til respekt og beskyttelse for privatlivet, etter Grunnloven § 104 tredje ledd og barnekonvensjonen artikkel 16 nr. 1.

For det andre er profilering ofte usynlig for den registrerte. Dette er tilfellet ved digital læringsanalyse, ettersom analysen av elevens arbeidsvaner, presentasjoner, mestringsnivå, m.m. utføres av en algoritme. Visuelt ser eleven kun hvilken beslutning læringsverktøyet tar, og ikke hvordan eller hvorfor. I tillegg vil det være vanskelig for eleven å forstå forekomsten og konsekvensen av profileringen, selv med informasjon fra læreren og skolen.⁶²

Følgelig er profilering av elevers personopplysninger svært inngripende og risikofyllt, og utgjør et større inngrep i personvernet sammenlignet med andre behandlingsaktiviteter. Dette

⁶¹ Se forståelsen av private sfære i Schartum (2020) s. 13-14.

⁶² Ser delkapittel 3.2

underbygges av fortalepunkt 75, som uttaler at risikoen for «fysisk, materiell eller ikke-materiell skade» på «fysiske personers rettigheter og friheter» er større når «personlige aspekter vurderes» og når «barns [...] personopplysninger behandles».

Når denne profileringen kombineres med svært høy grad av automatisering, oppstår det enda større fare for krenkelser av personopplysningsvernet. Slik Schartum beskriver, henger dette sammen med «den høye automatiseringsgraden og følgelig store kapasiteten til å analysere informasjonsmønstre knyttet til mennesker».⁶³ Artikkel 22-avgjørelser basert på profilering, er derfor i kjernen av de situasjoner hvor barns personvern er særlig sårbart og krever særlig beskyttelse.

Disse aspektene påvirker hvordan kommunen overholder forordningens plikter og rettigheter ved bruken av digital læringsanalyse i grunnskolen. Av betydning for hovedproblemstillingen, er at profilering med høy automatiseringsgrad, påvirker hvilke rettslige rammer artikkel 22 oppstiller. Herunder skjerper profilering og høy automatiseringsgrad, barns behov for særskilt beskyttelse av sitt personopplysningsvern. Dette danner et viktig bakteppe for analysen i kapittel 4. I tillegg påvirker profileringen anvendelsen av personvernprinsippene, både som tolkningsbidrag og selvstendige plikter. Dette utdypes nærmere i kapittel 3.

⁶³ Schartum (2020) s. 51-52.

3 Digital læringsanalyse i lys av utvalgte personvernprinsipper

Artikkel 5 knesetter sentrale personvernprinsipper for all behandling av personopplysninger, inkludert når behandlingsaktiviteten er profilering eller resulterer i en artikkel 22-avgjørelse.

Utover formålsprinsippet, er det særlig tre personvernprinsipper som er spesielt relevant å analysere i lys av tyletilfellene: rettferdighetsprinsippet, åpenhetsprinsippet, og dataminimeringsprinsippet, jf. artikkel 5 nr. 1 bokstav a og c. Bakgrunnen er at profilering, kombinert med høy automatiseringsgrad, utfordrer disse prinsippene i stor grad.

Prinsippene om lovlighet, riktighet, lagringsbegrensning og integritet og konfidensialitet, jf. artikkel 5 nr. 1 bokstav a, og bokstav d til f, skal ikke analyseres. Ansvarlighetsprinsippet etter artikkel 5 nr. 2 skal heller ikke analyseres, men får praktisk betydning for kommunen. Herunder sikrer ansvarlighetsprinsippet personvernforordningen gjennomslagskraft, ved at kommunen «skal kunne påvise» overholdelse av personvernprinsippene, jf. artikkel 5 nr. 2.

3.1 Personvernprinsippene som tolkningsbidrag

Før de utvalgte personvernprinsippene analyseres i lys av typetilfellene må deres funksjon som tolkningsbidrag presiseres.

For det første gir prinsippene ulike tolkningsbidrag avhengig av hvilket perspektiv som anlegges. Etter sin ordlyd er personvernprinsippene rettet mot kommunen som behandlingsansvarlig, og statuerer plikter ved all behandling av personopplysninger.

Prinsippene gir likevel uttrykk for en prinsipiell tenkning og har relevans utover sin ordlyd.⁶⁴ Særegent for typetilfellene er at personvernprinsippene påvirker hvordan kommunen implementerer digital læringsanalyse i grunnskolen – både på organisatorisk og teknisk plan. Dette kan ses i sammenheng med ansvarlighetsprinsippet, kommunens organisatoriske ansvar etter artikkel 24 og kravet til innebygd personvern etter artikkel 25 nr. 1. Kommunen må etter disse bestemmelsene sørge for at personvernprinsippene er integrert i selve systemet til læringsverktøyet og at læringsverktøyet brukes av lærerne på en måte som ivaretar personvernprinsippene. Dersom systemet leveres av en tredjepart må kommunen benytte en

⁶⁴ Schartum (2020) s. 87.

leverandør som «gir tilstrekkelige garantier for at de vil gjennomføre egnede tekniske og organisatoriske tiltak» for å ivareta personvernprinsippene, jf. artikkel 28 nr. 1.

For det andre gir personvernprinsippene tolkningsbidrag kun i retning av hvordan de forstås og vektet opp mot et gitt typetilfelle. Dette bunner i at personvernprinsippene alene ikke gir entydige tolkningsbidrag. Prinsippene åpner for skjønsmessige vurderinger, hvor den behandlingsansvarlige må foreta avveininger mellom ulike interesser. Det kan også tenkes at personvernprinsippene står i konflikt med hverandre. For hovedproblemstilling innebærer dette at, når prinsippene brukes som tolkningsbidrag i delkapittel 4 og 5, så henvises det til hvordan prinsippene forstås og vektet i relasjon til oppgavens typetilfeller.

3.2 Rettferdighets- og åpenhetsprinsippet

Etter artikkel 5 nr. 1 bokstav a skal personopplysninger behandles på en «rettferdig [...] måte med hensyn til den registrerte». Ordlyden statuerer ikke klare og entydige plikter til den behandlingsansvarlige, men peker på mer overordnede hensyn den behandlingsansvarlige må ivareta ved behandlingen. Etter Personvernrådets retningslinjer er rettferdighetsprinsippet et «overordnet prinsipp» som krever at personopplysninger ikke behandles på en måte som er «urettmessig skadelig, diskriminerende, uforventet eller villedende for den registrerte».⁶⁵ Også andre elementer kan leses inn i prinsippet, slik som krav om at skjevhet i balanseforholdet mellom den behandlingsansvarlige og den registrerte må motvirkes, og krav om etiske utredninger av behandlingsaktiviteten.⁶⁶

Som fremhevet av Datatilsynet, utfordrer bruken av algoritmer og kunstig intelligens rettferdighetsprinsippet.⁶⁷ Bakgrunnen er at algoritmer kan gi uriktige, uforventede eller diskriminerende resultater dersom de er programmert på en måte som gir et skjevt bilde av virkeligheten, eller programmert på en måte som ikke er relevant for området de skal virke på.⁶⁸ Risikoen for dette er mer fremtredende ved profilering, ettersom informasjonsgrunnlaget er tilknyttet personlige aspekter hvor risikoen for uriktige, uforventede eller diskriminerende resultater er mer nærliggende.

⁶⁵ Personvernrådet (2020b) s. 17-18. Mine oversettelser.

⁶⁶ Personvernrådet (2020b) s. 18. Mine oversettelser.

⁶⁷ Datatilsynet (2018) s. 15.

⁶⁸ Datatilsynet (2018) s. 15.

Illustrerende er IBO-saken fra 2020, hvor International Baccalaureate Organization brukte en algoritme til å fastsette eksamenskarakterene til avgangselever på videregående skole.⁶⁹ Bakgrunnen var avlyste eksamener grunnet covid-19-pandemien. Algoritmen profilerte elevene og fastsatte deres eksamensresultat. Informasjonsgrunnlaget i algoritmen var basert på «student coursework», «teacher-delivered predicted grades» og «school context»/«historic context». Sistnevnte knyttet seg til tidligere elevers eksamensresultater fra samme skole. Datatilsynet varslet at informasjonsgrunnlaget var uforenlig med personvernprinsippene i artikkel 5, men det ble ikke fattet endelig vedtak i saken.⁷⁰ I varslingsvedtaket ble det vist til at vektleggingen av «school context»/«historic context» var i strid med rettferdighetsprinsippet, fordi informasjonen var uforenlig med elevens rimelige forventninger til eksamensresultatet og kunne ha en diskriminerende effekt. Elevene hadde en berettiget forventning om at deres egne presentasjoner var gjenstand for vurdering og at karakteren ikke påvirkes av resultater fra tidligere avgangselever. Videre kunne informasjonsgrunnlaget ha en diskriminerende effekt, fordi elever som kom fra skoler med tradisjonelt gode eksamensresultater hadde lettere for å gå opp i karakter, mens elever som kom fra skoler med tradisjonelt dårligere eksamensresultater hadde lettere for å gå ned i karakter. Vektleggingen av tidligere elevers resultater var dermed ikke relevant og hadde en uberettiget negativ effekt på elevene.

Saken har ingen rettskildemessig vekt under personvernprinsippene, men illustrerer noen av utfordringene som kan oppstå ved bruk av algoritmer til å profilere elevers personopplysninger. Saken illustrerer at kommunen må sikre at algoritmen i digital læringsanalyse er programmert på en måte som ikke resulterer i uriktige, uforventede og diskriminerende resultater. Som løftet frem i utredningen til ny opplæringslov, må informasjonsgrunnlaget i algoritmen «bygge på faglig-pedagogisk erfaring og kompetanse».⁷¹ I praksis vil dette sette begrensninger for kommunens valg av læringsverktøy og leverandører, og dermed valg av databehandlere, jf. artikkel 28 nr. 1.

Videre krever rettferdighetsprinsippet at kommunen, skolen og læreren fører menneskelig tilsyn med algoritmen gjennom testing, trening, kontroll og videreutvikling av algoritmen.⁷²

⁶⁹ Datatilsynet, varsel om vedtak i IBO-saken, 07.08.2020.

⁷⁰ Datatilsynet hadde ikke ledende tilsynsmyndighets kompetanse, jf. personvernforordningen artikkel 56. Se Datatilsynet, lukking av IBO-saken, 16.08.2021.

⁷¹ NOU 2019:23 Del IV. Punkt 32.5.4 s. 407.

⁷² Se Datatilsynet (2018) s. 15. Tiltakene vil også kunne følge av personvernforordningen artikkel 25 om innebygd personvern.

Disse tiltakene må dokumenteres for å ivareta ansvarlighetsprinsippet. I praksis vil likevel disse kravene bli utfordrende å tilfredsstille når behandlingsformålene er å tilpasse undervisningen eller vurderingen. I en klassesstime vil læreren for eksempel bruke digital læringsanalyse til oppgaveløsning. Læreren kan her gå rundt i klasserommet og holde tilsyn, og etter endt undervisning kontrollere de ulike presentasjonene. Imidlertid kan tids- og ressursmangler utgjøre et problem for lærerens mulighet til å føre effektiv kontroll av læringsverktøyet og dokumentere slik kontroll. Det kan også tenkes at tekniske kompetansemangler hos læreren medfører at det blir vanskelig for læreren å kvalitetssikre læringsverktøyets resultater. Det oppstår dermed fare for formålsutglidning, hvor verktøyet går fra å være et hjelpemiddel eller beslutningsstøtte, til å bli det som faktisk styrer elevens opplæring. Rettferdighetsprinsippet krever her at kommunen gjennomfører tiltak som motvirker dette og som sikrer at læringsverktøyet ikke tar over lærerens rolle.⁷³ Sentralt vil være opplæring, kursing og informasjon til lærere og andre ansatte ved skolen som bruker verktøyet.⁷⁴ Hvordan dette gjøres i praksis får stor betydning for anvendelsen av artikkel 22, både med hensyn til hvorvidt vilkårene i artikkel 22 nr. 1 er oppfylt og hvilke plikter bestemmelsen pålegger kommunen. Dette behandles nærmere i kapittel 4 og 5.

Videre må bruken av elevenes personopplysninger være i tråd med elevenes rimelige forventninger for å tilfredsstille rettferdighetsprinsippet.⁷⁵ Dette henger sammen med åpenhetsprinsippet i artikkel 5 nr. 1 bokstav a, som krever at personopplysninger behandles på en «åpen måte med hensyn til den registrerte». Ordlyden tilsier at behandling må være transparent. Utfordringen med digital læringsanalyse, i denne sammenheng, er at profileringen er usynlig for eleven. For at eleven og foresatte skal kunne kontrollere at informasjonen er i tråd med deres forventninger må de derfor ha tilstrekkelig informasjon. Dette er adressert i fortalepunkt 60, hvor det fremgår at den behandlingsansvarlige må informere om «forekomsten av profilering og konsekvensene av dette» for å overholde prinsippene om rettferdighet og åpenhet. Sentralt blir derfor å gi informasjon til eleven og foresatte etter artikkel 13 og 14. Dersom digital læringsanalyse produserer en artikkel 22-avgjørelse, må kommunen gi «relevant informasjon om den underliggende logikken samt om

⁷³ Se NOU 2019:23 Del IV. Punkt 32.5.4 s. 407.

⁷⁴ Dette vil også kunne følge av kommunens organisatoriske ansvar etter personvernforordningen artikkel 24.

⁷⁵ Datatilsynet (2018) s. 15.

betydningen og de forventede konsekvensene av en slik behandling» for eleven, jf. artikkel 13 nr. 2 bokstav f og artikkel 14 nr. 2 bokstav g.

Også her blir det utfordrende for kommunen, ved typetilfellene, å tilfredsstille rettferdighets- og åpenhetsprinsippet. Læringsverktøy som benytter profilering, maskinlæring og algoritmer er vanskelig å forstå og forklare, særlig for barn. Prinsippet om åpenhet og rettferdighet vil derfor stille krav til *hvordan* den overnevnte informasjonen gis. Dette må ses i sammenheng med artikkel 12, som krever at den behandlingsansvarlige skal «treffe egnede tiltak» for å sikre at informasjonen gis på en «kortfattet, åpen, forståelig og lett tilgjengelig måte», særlig for barn. Det er likevel begrenset for hva et barn kan forstå, selv med egnede tiltak. Prinsippet om åpenhet og rettferdighet krever derfor at kommunen kompenserer for dette. Sentrale tiltak vil være å gi foresatte informasjon og sikre lærerens tilstedeværelse når verktøyet brukes av eleven. Hvordan sistnevnte tiltak skjer i praksis får betydning for anvendelsen av artikkel 22, både med hensyn til om vilkårene i første ledd er oppfylt og hvilke plikter bestemmelsen pålegger kommunen. Dette behandles nærmere i kapittel 4 og 5.

3.3 Dataminimeringsprinsippet

Prinsippet om dataminimering fremgår av artikkel 5 nr. 1 bokstav c og innebærer at personopplysninger skal «være adekvate, relevante og begrenset til det som er nødvendig for formålene de behandles for». Ordlyden tilsier at den behandlingsansvarlige må begrense både mengden og type personopplysninger til det som er «nødvendig» for å oppnå behandlingsformålet. Formålet er dermed referansepunktet for nødvendighetsvurderingen. Vilket «adekvate» opplysninger innebærer at personopplysningene må være dekkende for formålet, mens «relevante» innebærer at personopplysningene må være saklige og rettslige relevante.⁷⁶ Kravet om «begrenset» til det som er «nødvendig» må ses i lys av fortalepunkt 39, som spesifiserer at personopplysninger bare skal behandles såfremt «formålet med behandlingen ikke med rimelighet kan oppfylles på annen måte». Slik Schartum spesifiserer, er dette en «forpliktelse til å vurdere om det er mulig å klare seg uten en opplysning».⁷⁷

Utfordringen for kommunens overholdelse av dataminimeringsprinsippet, er at profilering krever store mengder personopplysninger. Bakgrunnen er at jo større mengde data algoritmen innhenter og analyserer, desto bedre blir muligheten til å tilpasse opplæringen til den enkelte

⁷⁶ Schartum (2020) s. 92.

⁷⁷ Schartum (2020) s. 93.

elev eller oppdage læringsvansker. Ettersom hensikten med å tilpasse opplæringen og tilby spesialundervisning er å øke læringslysten og læringsmestringen, vil det være *nødvendig* å analysere alt fra arbeidsvaner, presentasjoner, mestringsnivå, tidsbruk og utvikling. Dette utfordrer flere sider ved dataminimeringsprinsippet.

For det første setter kravet om saklig og rettslig relevans viktige skranker. Til illustrasjon vil det kunne argumenteres for at det er nødvendig, hensett til formålet om å tilpasse undervisningen til den enkelte elev, å innhente opplysninger om elevens fritidsinteresser. Bakgrunnen er at opplysninger om fritidsinteresser kan øke læringsutbytte og motivasjonen til eleven, fordi det sier noe om hvilke oppgaver som engasjerer eleven. Det er likevel uklart om disse opplysningene er saklige og rettslige relevante, hensett til de hensyn og interesser retten til tilpasset opplæring etter opplæringslova § 1-3 er ment å ivareta. Vektlegging av denne informasjonen vil uansett kunne stride med rettferdighetsprinsippet. Fritidsinteresser kan være i strid med kravet til forsvarlig informasjonsgrunnlag eller være uforenlig med elevens berettigede forventning om at fritid holdes utenfor opplæringen.

For det andre er den store mengden av personopplysninger i seg selv en utfordring. Kommunen er dermed forpliktet til å vurdere hvorvidt samme resultat kan oppnås med et mindre omfang opplysninger. Kommunen kan likevel ikke stoppe ved denne vurderingen. Slik Datatilsynet fremhever i sin rapport om kunstig intelligens, stiller dataminimeringsprinsippet et «krav om proporsjonalitet», hvilket innebærer at «bruken av personopplysninger ikke må utgjøre et større inngrep overfor de registrerte enn det som er nødvendig».⁷⁸ Dette kan blant annet være aktuelt dersom summen av alle opplysningene som innhentes medfører at eleven føler seg overvåket. Slik uttalelsene i utredningen til ny opplæringslov tydeliggjør, kan «opplysninger om hvem barna er (var og blir), hva de gjør, hva de kan, hvem de samarbeider med (og ikke), [...] bli altomfattende».⁷⁹

Sistnevnte vurdering bør ses i lys av rettferdighetsprinsippet. Det må avveies hvorvidt det totale informasjonsgrunnlaget (selv om det er *nødvendig* hensett til behandlingsformålet) strider med rettferdighetsprinsippet. Avveiningen reiser dermed flere etiske spørsmål rundt bruken av digital læringsanalyse, og går utover det personvernprinsippene regulerer. Slik

⁷⁸ Datatilsynet (2018) s. 17.

⁷⁹ NOU 2019:23 Del IV. Punkt 32.5.4 s. 407.

Bouvet fremhever i sin rapport, er det blant annet behov for diskusjon om hvorvidt digital læringsanalyse i grunnskolen, er en ønsket utvikling.⁸⁰

Av betydning for oppgavens problemstillinger, er at mengden og type personopplysninger, i digital læringsanalyse, utgjør et stort inngrep i elevens personopplysningsvern.

Dataminimeringsprinsippet tilsier derfor at eleven har et stort beskyttelsesbehov, hvilket påvirker elevens behov for særlig vern under artikkel 22. Dette behandles i kapittel 4.

⁸⁰ Bouvet (2020) s. 8.

4 Har barn et særlig vern under artikkel 22?

Underproblemstillingen om og i hvilken grad barn har et *særlig vern* under artikkel 22 omhandler hvorvidt barn som den registrerte, sammenlignet med voksne, har en styrket rettsstilling ved artikkel 22-avgjørelser. Begrepet *vern* forstås i denne sammenheng som personopplysningsvern. I personvernforordningen er personopplysningsvernet beskyttet ved rettigheter til den registrerte og plikter til den behandlingsansvarlige. Begrepet *vern* går imidlertid lenger og henviser også til hvordan tolkningen av forordningens bestemmelser ivaretar den registrertes personopplysningsvern. Barns krav på særlig vern under artikkel 22 handler derfor om en styrket rettsstilling til barn, i form av en rettighetsorientert tolkning av bestemmelsen, ytterligere rettigheter til den registrerte eller plikter til den behandlingsansvarlige.

Som nevnt innledningsvis, aktualiseres underproblemstilling av motstriden mellom lovteksten i artikkel 22 og uttalelsene i fortalepunkt 38 og 71. Fortalepunkt 71 uttaler at artikkel 22-avgjørelser «bør ikke gjelde barn», og fortalepunkt 38 gir barn krav på et «særlig vern». Slik analysen i kapittel 2.3 viste, har disse uttalelsene gode grunner for seg, ettersom artikkel 22-avgjørelser basert på profilering, er i kjernen av de situasjoner hvor barns personvern er særlig sårbart og krever særlig beskyttelse.

Denne motstriden reiser to tolkningsspørsmål med relevans for underproblemstillingen. Det første tolkningsspørsmålet er om bestemmelsen skal tolkes innskrenkende og dermed forby kommunen å bruke digital læringsanalyse til å treffe artikkel 22-avgjørelser i grunnskolen. Det andre tolkningsspørsmålet, gitt at kommunen har adgang til å bruke digital læringsanalyse, er hvorvidt artikkel 22 skal tolkes på en måte som gir eleven høyere beskyttelse av personopplysningsvernet, enten gjennom selve tolkningen eller ved ytterligere plikter til kommunen.

Før disse tolkningsspørsmålene analyseres, må det først identifiseres hvilket personopplysningsvern artikkel 22, etter sin ordlyd, gir eleven dersom kommunen bruker digital læringsanalyse til å treffe en artikkel 22-avgjørelse. Dette danner utgangspunktet for tolkningsspørsmålene, og er i tråd med EU-domstolens tolkningsprinsipp om at en rettsakt må forstås i lys av sin oppbygning og kontekst.⁸¹

⁸¹ Se *Cilfit and Others*, C-283/81, avsnitt 20.

4.1 Personopplysningsvern i artikkel 22

Sentralt for å beskytte elevens personopplysningsvern i artikkel 22 er rettigheten i første ledd, om at «[d]en registrerte skal ha rett til ikke å være gjenstand» for en artikkel 22-avgjørelse. Ordlyden peker i retning av eleven kan påberope seg en rett til å ikke være gjenstand for en artikkel 22-avgjørelse. Artikkel 29-gruppen har likevel uttalt at bestemmelsen skal forstås som et generelt forbud som kommer til anvendelse uavhengig av om den registrerte påberoper seg rettigheten.⁸² Hva som er gjeldende rett er ikke avklart og har vært gjenstand for diskusjon helt siden personvernforordningen trådte i kraft.⁸³ Et forbud innebærer at kommunen må oppfylle minst ett av unntakene i andre ledd før avgjørelsen tas, mens en rett innebærer at kommunen må oppfylle ett av unntakene først etter eleven eventuelt protesterer.

En nærmere analyse er imidlertid ikke nødvendig for å besvare underproblemstillingen. Ansvarlighetsprinsippet i artikkel 5 nr. 2 vil uansett kreve at kommunen sørger for at eventuelle læringsverktøy, som skal brukes i grunnskolen og som produserer artikkel 22-avgjørelser, oppfyller minst et av de tre unntakene i artikkel 22 nr. 2 bokstav a til c. For enkelthetens skyld legges likevel Artikkel 29-gruppens forståelse til grunn slik at rettigheten forstås som et generelt forbud.

Elevens personopplysningsvern etter første ledd er begrenset til bestemte typer automatiserte avgjørelser. Vilkårene i første ledd angir når bestemmelsen kommer til anvendelse og begrenser dermed elevens rettigheter etter bestemmelsen.

Forbudet i første ledd er heller ikke absolutt og elevens personopplysningsvern er begrenset ved at kommunen etter andre ledd bokstav b kan gjøre unntak fra forbudet.⁸⁴ Unntaket krever at avgjørelsen er «tillatt i henhold til unionsretten eller medlemsstatenes nasjonale rett som den behandlingsansvarlige er underlagt» og «der det også er fastsatt egnede tiltak for å verne den registrertes rettigheter, friheter og berettigede interesser». Unntaket omtales som et krav om *tilstrekkelig supplerende rettsgrunnlag*, og kommer i tillegg til lovlig behandlingsgrunnlag i personvernforordningen artikkel 6. Etter fortalepunkt 71 skal behandlingsaktiviteten «uttrykkelig» fremgå i det supplerende rettslige grunnlaget. For typetilfellene innebærer dette at dersom digital læringsanalyse produserer en artikkel 22-

⁸² Artikkel 29-gruppen (2018) s. 19.

⁸³ Se Schartum (2020) s. 211.

⁸⁴ Unntakene i bokstav a og c er ikke aktuelle, jf. fotnote 15.

avgjørelse, må behandlingsaktiviteten være «uttrykkelig» regulert i en norsk lovhjemmel. Kommunen må være underlagt lovhjemmelen.

Unntaket i artikkel 22 nr. 2 bokstav b utgjør et stort inngrep i elevens personopplysningsvern. Unntaket i bokstav b krever derfor at det rettslige grunnlaget pålegger den behandlingsansvarlige «egnete tiltak for å verne den registrertes rettigheter, friheter og berettigede interesser». Ordlyden tilsier at lovgiver har ansvaret for å vurdere og fastsette sikkerhetstiltakene. Plikten til å gjennomføre sikkerhetstiltak vil likevel gjelde subsidiært for kommunen. Dette ligger implisitt i ordlyden ved at lovhjemmelen kun kan tjene som supplerende rettslig grunnlag dersom lovhjemmelen har «fastsatt egnete tiltak».

Hva som kreves av sikkerhetstiltak må vurderes konkret. Ordlyden av «egnete» tilsier at lovgiver tilkjennes en stor skjønnsmargin. Det er imidlertid usikkert hvordan dette stiller seg for den behandlingsansvarlige i vurderingen av hvorvidt sikkerhetstiltakene, som følger av det supplerende rettslige grunnlaget, er tilstrekkelige. For bruk av digital læringsanalyse aktualiserer dette et spørsmål om hva elevens krav på særlig vern krever av kommunen med hensyn til tiltak etter artikkel 22 nr. 2 bokstav b – og uavhengig av hva som følger av det supplerende rettslige grunnlaget.

4.2 Statuerer artikkel 22 et forbud mot avgjørelser rettet mot barn?

Det første tolkningsspørsmålet er et spørsmål om hvorvidt artikkel 22, på bakgrunn av uttalelsene i fortalepunkt 71 og 38, skal tolkes innskrenkende til å forby artikkel 22-avgjørelser, når den registrerte er et barn. Hensett til oppbygningen i artikkel 22 vil virkningen være at kommunen ikke kan benytte seg av unntaket i andre ledd bokstav b til å fravike det generelle forbudet i første ledd. Det dannes dermed en ny rettighet til eleven i form av et absolutt vern og en ny plikt til kommunen i form av et absolutt forbud.

En slik innskrenkende tolkning på bakgrunn av fortalen har tradisjonelt ikke blitt akseptert av EU-domstolen. Fortalen er ikke rettslig bindende og kan ikke danne grunnlag for nye rettigheter og plikter i medlemsstatene. Domstolen har derfor i en rekke saker uttrykkelig

uttalt at en fortale ikke kan tas til inntekt for en tolkning som statuerer nye rettigheter og plikter i strid med ordlyden.⁸⁵

Dette danner bakteppe for Artikkel-29 gruppens uttalelser om tolkningsspørsmålet:

*«Given that [the wording of recital 71] is not reflected in the Article itself, WP29 does not consider that this represents an absolute prohibition on this type of processing in relation to children».*⁸⁶

Standpunktet har støtte i juridisk teori og tas til inntekt for å være gjeldende rett.⁸⁷

Konklusjonen på det første tolkningsspørsmålet er derfor at artikkel 22 ikke kan tolkes innskrenkende til å forby kommunen å bruke digital læringsanalyse til å treffe artikkel 22-avgjørelser i grunnskolen. Kommunen kan dermed benytte seg av unntaket i artikkel 22 nr. 2 bokstav b.

4.3 Har barn krav på særlig vern under artikkel 22?

Det andre tolkningsspørsmålet er mindre avklart og fordrer en grundig analyse av rettskildene. Utgangspunktet for analysen er fortalepunkt 38, som uttaler at barn skal ha et «særlig vern» når deres personopplysninger blir behandlet. Imidlertid konkretiserer verken fortalen eller forordningen hva et særlig vern innebærer for tolkningen av forordningen, den registrertes rettigheter eller den behandlingsansvarliges plikter. Barns krav på særlig vern i relasjon til artikkel 22 er derimot behandlet i juridisk teori og Artikkel 29-gruppens retningslinjer. I det følgende skal disse kildene gjennomgås. Deretter skal slutningene fra kildene vurderes opp mot andre autorative rettskilder.

4.3.1 Utgangspunktet for analysen

Den første setningen i fortalepunkt 38 lyder:

«Barns personopplysninger fortjener et særlig vern, ettersom barn kan være mindre bevisste på aktuelle risikoer, konsekvenser og garantier samt på de rettigheter de har når det gjelder behandling av personopplysninger».

⁸⁵ Se Karen Millen Fashions, C-345/13, avsnitt 31 og Deutsches Milch-Kontor, C-136/04 avsnitt 32.

⁸⁶ Artikkel 29-gruppen (2018) s. 28. Mine uthevninger.

⁸⁷ Se Veale mfl. (2018) s. 403.

Som nevnt forstås begrepet «vern» som en henvisning til barns rettigheter etter forordningen og den behandlingsansvarliges plikter til å ivareta disse rettighetene. Begrepet «særlig» indikerer at barn, sammenlignet med voksne, har et større beskyttelsesbehov for disse rettighetene.

Videre konkretiserer fortalepunkt 38 andre setning:

«Et slikt særlig vern bør især få anvendelse på bruk av barns personopplysninger for markedsføringsformål eller for å opprette personlighets- eller brukerprofiler samt på innsamling av personopplysninger om barn når de bruker tjenester som tilbys direkte til barn».

Følgelig gjør fortalen det klart at graden av barns særskilte beskyttelsesbehov avhenger av behandlingsaktivitetens karakter. Felles for de nevnte behandlingsaktivitetene er at de utsetter barn for en større personvernrisiko enn andre behandlingsaktiviteter. Av relevans for underproblemstillingen er opprettelse av «personlighets- eller brukerprofiler», som er en referanse til profilering etter artikkel 4 nr. 4. Uttalelsen i fortalepunkt 38 må derfor tas til inntekt for at barns særskilte beskyttelsesbehov står sterkt ved artikkel 22-avgjørelser, når disse er basert på profilering. Det særskilte beskyttelsesbehovet må likevel stå sterkt også i tilfeller uten profilering. Bakgrunnen er at den høye automatiseringsgraden, i likhet med profilering, medfører høyere personvernrisiko enn andre behandlingsaktiviteter.⁸⁸

Samlet sett tilsier dette at barns krav på særlig vern etter fortalepunkt 38 står sterkt i relasjon til artikkel 22. Slutningen fra fortalepunkt 38 til artikkel 22 er at den behandlingsansvarlige, ved utøvelsen av sine plikter og ivaretagelsen av den registrertes rettigheter, må ta hensyn til barnets sårbarhet og beskyttelsesbehov.

Fortalen og forordningens bestemmelser gir imidlertid få holdepunkter for *hvordan* barns sårbarhet og særskilte beskyttelsesbehov skal ivaretas under artikkel 22. Dette er utdypet i Artikkel-29 gruppens retningslinjer. Etter retningslinjene skal den behandlingsansvarlige, som «hovedregel», ikke benytte seg av unntakene i artikkel 22 nr. 2 når den registrerte er et barn.⁸⁹ Videre fremgår det at enkelte formål ikke kan aksepteres. Blant annet vises det til at formål som beskytter barns velferd kan aksepteres, mens målrettet reklame ikke kan aksepteres, fordi

⁸⁸ Se delkapittel 2.3.

⁸⁹ Artikkel 29-gruppen (2018) s. 28. Min oversettelse.

barn kan bli påvirket i negativ forstand og ikke forstå konsekvensen av behandlingen eller hvordan reklamen påvirker dets atferd.⁹⁰ Uttalelsen kan tas til inntekt for at formål, som ikke tjener viktige allmenne interesser, ikke kan aksepteres. Hvilke formål som kan aksepteres under artikkel 22 må likevel vurderes konkret.

Endelig nevner Artikkel 29-gruppen at sikkerhetstiltakene etter andre ledd bokstav b ledd må være «appropriate for children», og at «[t]he controller must ensure that these safeguards are effective in protecting the rights, freedoms and legitimate interests of the children whose data they are processing».⁹¹ Følgelig må lovgivers vurdering av hva som er «egnete tiltak» etter andre ledd bokstav b, hensynta barns sårbarhet og særskilte beskyttelsesbehov, og den behandlingsansvarlige må sikre at tiltakene er effektive i praksis.

Artikkel 29-gruppen nevner ikke hvordan barns krav på *særlig vern* påvirker tolkningen av vilkårene i artikkel 22 nr. 1. Fraværet kan ikke forstås antitetisk. Tvert om illustrerer uttalelsene i retningslinjen konsensus om at barn skal ha en styrket rettsstilling ved artikkel 22-avgjørelser, uavhengig av hvilken vurdering den behandlingsansvarlige foretar. Dette har støtte i juridisk teori. Blant annet tar Mendoza mfl. (2017) til orde for at vilkårene i artikkel 22 nr. 1 må tolkes strengt i disfavør den behandlingsansvarlige.⁹²

Selv om alle slutningene fra fortalen, retningslinjene og juridisk teori er rimelige hensett til barns sårbarhet og umodenhet, skal det i tråd med EU-domstolens tolkningsprinsipper vises forsiktighet med å foreta tolkninger som fraviker ordlyden. Ingen av kildene forankrer barns krav på *særlig vern* i autorative rettskilder. I tråd med EU-domstolens rettspraksis er det normalt formåls- og rettighetsorienterte tolkninger av en bestemmelse som kan begrunne slike tolkninger. I det følgende skal derfor personvernforordningens formål og barns grunnleggende rettigheter analyseres.

4.3.2 En formåls- og rettighetsorientert tolkning av artikkel 22

I tråd med EU-domstolens rettspraksis er et av personvernforordningens overordnede formål å sikre personopplysningsvernet et høyt nivå av beskyttelse.⁹³ For å ivareta dette formålet har EU-domstolen i flere saker tolket bestemmelser som begrenser den registrertes rettigheter og

⁹⁰ Artikkel 29-gruppen (2018) s. 28-29.

⁹¹ Artikkel 29-gruppen (2018) s. 28.

⁹² Mendoza mfl. (2017) s. 8.

⁹³ Se Schrems II, C-311/18, avsnitt 101 og Lindqvist, C-101/01, avsnitt 95.

friheter innskrenkende, og bestemmelser som beskytter den registrertes rettigheter utvidende.⁹⁴ I samme retning trekker slutninger fra EUs pakt om grunnleggende rettigheter. Om dette har EU-domstolen uttalt:

*«[...] according to settled case-law, the protection of the fundamental right to private life guaranteed under Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter') requires that derogations and limitations in relation to the protection of personal data must apply only in so far as is strictly necessary».*⁹⁵

Som nevnt i delkapittel 1.4, er ikke EU-pakten inntatt i EØS-avtalen. Tilsvarende slutninger i norsk rett følger imidlertid av Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8.

Hensett til oppbygningen i artikkel 22, innebærer EU-domstolens uttalelser at vilkårene i første ledd må tolkes snevert, fordi det begrenser forbudets rekkevidde. Kommunen kan derfor kun anvende unntaket i bokstav b når det er *strengt nødvendig*. Unntaket i andre ledd bokstav b pålegger kommunen å gjennomføre flere sikkerhetstiltak enn det som følger av det supplerende rettslige grunnlaget, dersom det er nødvendig for å sikre høyt nivå av beskyttelse av personopplysningsvernet.

Disse slutningene harmonerer med slutningene fra fortalen, Artikkel 22-gruppens retningslinjer og juridisk teori. Slutningene underbygger imidlertid kun hvordan et særlig vern kommer til uttrykk under artikkel 22, og ikke *hvorfor* barn har en styrket rettsstilling sammenlignet med voksne. Dette er ikke behandlet av EU-domstolen eller Høyesterett. Derimot gir barns grunnlovs- og konvensjonsrettigheter relevante tolkningsbidrag.

4.3.3 Artikkel 22 i lys av barns grunnlovs- og konvensjonsrettigheter

i) Grunnloven § 104 tredje ledd og barnekonvensjonen artikkel 16 nr. 1

Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 16 gir uttrykk for at barn har krav på særskilt beskyttelse for sine grunnleggende rettigheter, spesielt for sitt privatliv. Grunnloven § 104 tredje ledd knesetter at «[b]arn har rett til vern om sin personlige integritet», mens barnekonvensjonen artikkel 16 nr. 1 slår fast at «[i]ngen barn skal utsettes for vilkårlig eller

⁹⁴ Se Ryneš, C-212/13, hvor vilkåret «purely personal or household activity» i personverndirektivet artikkel 3 nr. 2 ble tolket snevert for å sikre direktivet et vidt anvendelsesområde og personopplysningsvernet høy beskyttelse.

⁹⁵ Ryneš, C-212/13, avsnitt 28.

ulovlig innblanding i sitt privatliv». Slik delkapittel 2 illustrerer, utgjør behandlingsaktiviteter, basert på profilering og med høy automatiseringsgrad, et større inngrep i disse rettighetene sammenlignet med andre behandlingsaktiviteter. Barns grunnlovs- og konvensjonsrettigheter kommer derfor inn med stor tyngde ved anvendelsen av artikkel 22. Virkningen er at artikkel 22 må tolkes strengt og på en måte som ivaretar barns krav på særskilt beskyttelse etter Grunnloven § 104 tredje ledd og barnekonvensjonen artikkel 16 nr. 1. Dette har to konsekvenser med relevans for underproblemstillingen.

For det første bør kommunen avstå fra å bruke digital læringsanalyse til å treffe artikkel 22-avgjørelser, med mindre det foreligger *tungtveiende grunner*. Det ligger i behandlingsaktivitetens natur at eleven vil ha vanskeligheter med å forstå hvordan deres personopplysninger blir brukt. Eleven har derfor få forutsetninger for å kontrollere at deres personopplysninger blir brukt i tråd med personvernforordningen. Risikoen for krenkelser av retten til privatlivet tilsier dermed at artikkel 22-avgjørelser bør unngås og at unntak krever tungtveiende grunner. Hvorvidt det foreligger tungtveiende grunner må vurderes konkret. Utgangspunktet for vurderingen er behandlingsformålet. Som et utgangspunkt vil typetilfellene i oppgaven kunne utgjøre *tungtveiende grunner*, fordi behandlingsformålene bygger på viktige velferdshensyn og lovfestede rettigheter eleven har etter opplæringslova.

For det andre må kommunen ved anvendelse av unntaket i bokstav b gjennomføre tiltak som ivaretar elevens krav på særskilt beskyttelse. Nærmere bestemt tilsier grunnlovs- og konvensjonsrettighetene at kommunen må gjennomføre flere tiltak enn det som følger av det supplerende rettsgrunnlaget, dersom det er nødvendig for å ivareta elevens sårbarhet og særskilte beskyttelsesbehov. Hvilke tiltak som kreves må vurderes konkret. Et minimum vil være å gjennomføre tiltakene som er påkrevd etter rettferdighets- og åpenhetsprinsippet, jf. delkapittel 3.2. Dette innebærer menneskelig tilsyn gjennom testing, trening, kontroll m.m., kursing av læreren, og tilstrekkelig informasjon til eleven og foresatte. For å sikre effektiv beskyttelse av rettigheten i artikkel 22 nr. 1, kreves det også at eleven gis mulighet til å bestride eller protestere mot avgjørelsen.⁹⁶ Etersom eleven er under 16 år og vil ha vanskeligheter med å forstå betydningen av artikkel 22-avgjørelsen, må de foresatte involveres. Kommunen må derfor sørge for at de foresatte får informasjon om rettighetene, og tilrettelegge for at rettighetene kan utøves av de foresatte på en effektiv og enkel måte.

⁹⁶ Disse tiltakene er påkrevd etter artikkel 22 nr. 3 ved anvendelse av unntakene i artikkel 22 nr. 2 bokstav a og c.

Videre legger prinsippet om barnets beste etter Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 konkrete føringer for tolkningen og anvendelsen av artikkel 22.⁹⁷ Herunder har prinsippet to ulike funksjoner som vil gjennomgå hver for seg.

ii) Barnets beste som et grunnleggende hensyn i den behandlingsansvarliges vurderinger

For det første vil prinsippet om barnets beste legge direkte føringer for hvordan kommunen vektet elevens interesser under artikkel 22. Etter Grunnloven § 104 andre ledd skal «barnets beste være et grunnleggende hensyn» ved «handlinger og avgjørelser som berører barn». Bestemmelsen skal tolkes i samsvar med den tilsvarende rettigheten i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.⁹⁸

Ordlyden av «handlinger og avgjørelser som berører barn» favner vidt. Alle handlinger og valg kommunen foretar i relasjon til artikkel 22 omfattes. Dette inkluderer kommunens valg om å bygge på unntaket i nr. 2 bokstav b og valg av sikkerhetstiltak etter nr. 2 bokstav b. I tillegg er artikkel 22-avgjørelsen som læringsverktøyet produserer i seg selv en «avgjørelse» som «berører barn», jf. Grl. § 104 andre ledd.

For alle vurderinger og interesseavveininger som ligger til grunn for kommunens handlinger og valg, skal «barnets beste» utgjøre et «grunnleggende hensyn», jf. Grl. § 104 andre ledd. Ordlyden tilsier at barns interesser skal være et viktig og overordnet hensyn, men ikke nødvendigvis et avgjørende hensyn. Dette er bekreftet i forarbeidene og høyesterettspraksis.⁹⁹ I disse kildene presiseres det videre at vekten av hensynet til barnets beste varierer etter hvor sterkt barnet er berørt og hvor alvorlig avgjørelsen eller handlingen er for barnet. For denne vurderingen har Høyesterett utpenslet en avveiningsnorm, hvor kjernen er et «krav om saklighet og forholdsmessighet ved tilsidesettelse av barns interesser».¹⁰⁰

Kommunen må anvende denne avveiningsnormen ved alle «avgjørelser» og «handlinger» i relasjon til artikkel 22, dersom disse berører eleven. Nærmere bestemt må kommunen først vurdere hva som er til elevens beste og deretter avgjøre hvilken vekt dette skal ha i den

⁹⁷ I EU-retten vil slutningene følge av prinsippet om barnets beste slik det er nedfelt i EU-pakten artikkel 24.

⁹⁸ Se Dok.nr.16 (2011–2012) Del IV. Kapittel 32.5.4 s. 192. Se til illustrasjon HR-2015-206-A avsnitt 63-64.

⁹⁹ Dok.nr.16 (2011–2012) Del IV. Kapittel 32.5.4 s. 192 og Rt. 2012 s. 1985 P avsnitt 134-135.

¹⁰⁰ Rt. 2012 s. 1985 P avsnitt 187. Dommen gjaldt lovligheten av et utvisningsvedtak under utlendingsloven, men uttalelsen gjelder forståelsen av prinsippet om barnets beste generelt.

konkrete vurderingen. Dersom elevens interesser må vike for andre relevante interesser og hensyn, skal dette være saklig og forholdsmessig.

En særlig utfordring ved typetilfellene er at både elevens personverninteresser og opplæringsinteresser er relevante.¹⁰¹ Ved typetilfellene må kommunen derfor først foreta en vurdering av hva som er til det beste for eleven hensett til både elevens personverninteresser og opplæringsinteresser. I analysen av elevens personverninteresser vil en vurdering av personvernkonsekvenser i tråd med artikkel 35 gi god veiledning. For vurderingen av hva elevens opplæringsinteresser tilsier vil rettighetene etter opplæringslova og læreplanverket gi god veiledning. Dersom personvern- og opplæringsinteressene ikke er forenlige, må kommunen kartlegge hvilken løsning som er best ut ifra elevens samlede interesser. I denne vurderingen må det tas hensyn til elevens rett til å bli hørt, jf. barnekonvensjonen artikkel 12.

Etter at elevens samlede interesser er kartlagt, må kommunen vurdere hvilken vekt disse interessene skal ha for den konkrete handlingen eller valget. Vekten avhenger av hvor sterkt eleven er berørt av behandlingsaktiviteten og hvor alvorlig artikkel 22-avgjørelsen er for elevens rettigheter og interesser. Felles for typetilfellene er at eleven, som et klart utgangspunkt, vil være sterkt berørt. Alle behandlingsformålene berører elevens rettigheter og interesser etter opplæringslova direkte. Kommunen må derfor tillegge elevens interesser tungtveiende vekt. Det innebærer at det skal mye til for å tilsidesette løsningen som er best ut ifra elevens samlede interesser.

iii) Barnets beste som tolkningsprinsipp

For det andre vil prinsippet om barnets beste tjene som et tolkningsprinsipp ved tolkningen av artikkel 22. Høyesterett har i blant annet HR-2015-206-A avsnitt 65, med henvisning til FNs barnekomité, uttalt at prinsippet «virker som et tolkningsprinsipp, og gir preferanse for «the interpretation which most effectively serves the child's best interests».

Overført til artikkel 22 innebærer dette at kommunen, ved ulike tolkningsalternativer, må legge til grunn det tolkningsresultatet som ivaretar barnets beste. Hva som er barnets beste må vurderes på samme måte som i punkt ii.

¹⁰¹ Se denne problematikken i Artikkel 29-gruppen (2009) s. 5.

Tolkningsprinsippet er særlig relevant for tolkningen av vilkårene i artikkel 22 nr. 1. I dette tilfellet vil barnets beste trekke i retning av at vilkårene er oppfylt og at bestemmelsen kommer til anvendelse. Bestemmelsen gir eleven bedre beskyttelse av personopplysningsvernet, og elevens personverninteresser tilsier dermed at bestemmelsen bør komme til anvendelse. Elevens opplæringsinteresser trekker derimot ikke i en bestemt retning. Hvorvidt artikkel 22 kommer til anvendelse har ingen betydning for opplæringsrettighetene eller kvaliteten på opplæringen.

4.3.4 Relevante variabler for graden av barns sårbarhet og særskilte beskyttelsesbehov

Etter en samlet vurdering av slutningene fra forordningens formål og barns grunnleggende rettigheter, er det klart at barn skal ha et særlig vern under artikkel 22, sammenlignet med voksne. Disse slutningene hviler imidlertid på en forutsetning av at barn er særlig sårbare og har et særskilt beskyttelsesbehov. Dette gjelder som et utgangspunkt for alle barn under 18 år. Det er likevel to variabler som påvirker graden av barns sårbarhet og beskyttelsesbehov i nevneverdig grad: betydningen av barnets alder og skjevheten i balanseforholdet mellom barnet og den behandlingsansvarlige. Sistnevnte er særegent for digital læringsanalyse og handler om at eleven står i et skjevt maktforhold til kommunen. I det følgende skal det vurderes hvordan disse variablene påvirker barns krav på særlig vern.

i) Betydningen av barns alder

Barns sårbarhet, utvikling og manglende innsikt i de negative virkningene av at personopplysninger behandles er begrunnelsen bak barns særskilte beskyttelsesbehov og derav deres krav på særlig vern. Jo yngre barnet er, desto vanskeligere blir det for barnet å forstå hvordan deres personopplysninger blir behandlet. Dette alene tilsier at graden av særlig vern påvirkes av barnets alder.¹⁰²

En slik differensiering i alder er fortatt av Personvernemnda. I PVN-2021-09 vurderte Personvernemnda lovligheten av et kameraovervåkingsopptak av personer i alderen 15 til 16 etter artikkel 6 nr. 1 (f). Etter bestemmelsen foreligger det lovlig behandlingsgrunnlag, dersom behandlingen er «nødvendig» for å oppfylle den behandlingsansvarliges «berettigede interesse[r]», og veier tyngre enn «den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter

¹⁰² Se betydningen av barns alder i Artikkel 29-gruppen (2009) s. 6, og Artikkel 29-gruppen (2018) s. 29.

og friheter». Etter bestemmelsen skal interesseavveiningen ta hensyn til om den registrerte er et barn. I saken anførte den behandlingsansvarlige (klageren) at det ikke kunne få stor betydning at de registrerte var barn, ettersom de registrerte var over 15 år. Personvernemnda var uenig og uttalte at var «skjerpende at det dreier seg om opptak av personer som er barn». Personvernemnda benyttet deretter barns krav på «særlig vern» etter fortalepunkt 38, som et moment i vurderingen. For vekten av momentet, uttalte Personvernemnda følgende:

«Nemnda er enig med klager i at dette momentet veier tyngre jo yngre barn det dreier seg om. Sammenlignet med voksne er det likevel slik at også 15-16 åringer er gitt et ekstra vern etter forordningen.»

Selv om uttalen gjelder fortalepunkt 38 i relasjon til artikkel 6 nr. 1 bokstav f, har den overføringsverdi til barns særlige vern i relasjon til artikkel 22. Både artikkel 6 nr. 1 bokstav f og artikkel 22 gir anvisning på interesseavveininger. I tillegg gir saken holdepunkter for at når behovet for særskilt beskyttelse varierer med barnets alder, skal dette gjenspeiles i vurderingene.

Samlet sett tilsier dette at elevens alder er en relevant faktor, når kommunen, ved tolkningen og anvendelsen av artikkel 22, veier inn elevens sårbarhet og særskilte beskyttelsesbehov. Blant annet vil terskelen for hva som utgjør *tungtveiende grunner* ved bruk av unntak etter andre ledd og kravet til *egnede tiltak* etter andre ledd bokstav b, skjerpes desto yngre eleven er.

i) Betydningen av skjevt maktforhold

Spørsmålet om balanseforholdet mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige påvirker barns krav på særlig vern, henger sammen med rettferdighetsprinsippet. Et sentralt moment i rettferdighetsprinsippet er at den behandlingsansvarlige må hensynta en eventuell skjevhet i forholdet med den registrerte. Dette fremgår av Personvernrådets retningslinjer:

*«Power balance should be a key objective of the controller-data subject relationship. Power imbalances should be avoided. When this is not possible, they should be recognised and accounted for with suitable countermeasures».*¹⁰³

¹⁰³ Personvernrådet (2020b) s. 18.

Dette tilsier at en skjevhet i maktforholdet eller balanseforholdet mellom eleven og kommunen må hensyntas.

Ved typetilfellene er balanseforholdet mellom eleven og kommunen skjevt. Som lovpålagt tilbyder av grunnskoleopplæringen, er eleven avhengig av den opplæringen kommunen tilbyr og organiserer. Eleven er også avhengig av opplæringen som læreren og skolen tilbyr i det daglige. Som behandlingsansvarlig må kommunen indentifiseres med læreren og skolen.

I tråd med rettferdighetsprinsippet og Personvernrådets retningslinjer, medfører dette balanseforholdet at kommunens plikt, til å ivareta elevens sårbarhet og særskilte beskyttelsesbehov, skjerpes. Dette bør særlig få utslag i hvilke sikkerhetstiltak kommunen gjennomfører, jf. artikkel 22 nr. 2 bokstav b. Egnede tiltak i denne sammenheng, vil være å sikre elevene (og foresatte) rett til å uttrykke sine synspunkter og bestride artikkel 22-avgjørelsen.

4.4 Kommunens plikt til å ivareta elevens sårbarhet og særskilte beskyttelsesbehov under artikkel 22

Etter en samlet vurdering av slutningene fra de autorative rettskildene, er det klart at barn, etter gjeldende rett, skal ha et særlig vern under artikkel 22, sammenlignet med voksne. Herunder er det sammenfall mellom slutningene fra fortalepunkt 38, retningslinjene og juridisk teori, og slutningene fra forordningens formål og barns grunnleggende rettigheter.

Konklusjonen på det andre tolkningsspørsmålet er derfor at artikkel 22 skal tolkes på en måte som gir eleven høyere beskyttelse av personopplysningsvernet, og i form av en plikt for kommunen til å ivareta elevens sårbarhet og særskilte beskyttelsesbehov. Elevens alder og avhengighet til kommunen påvirker likevel graden av elevens sårbarhet og særskilte beskyttelsesbehov.

Av betydning for typetilfellene er at barns krav på særlig vern, i dette tilfellet elevens krav på særlig vern, legger tre sentrale føringer for tolkningen og anvendelsen av artikkel 22.

For det første må kommunen tolke vilkårene i første ledd snevert for å sikre eleven høyt nivå av personopplysningsvern. Ved tolkningstvil skal det, i tråd med barnets beste som tolkningsprinsipp, legges til grunn det tolkningsalternativet som medfører at bestemmelsen kommer til anvendelse.

For det andre kan kommunen gjøre unntak etter artikkel 22 nr. 2 bokstav b kun når det er *strengt nødvendig* og det foreligger *tungtveiende grunner* til å benytte digital læringsanalyse til å treffe en artikkel 22-avgjørelse. Behandlingsformålet utgjør utgangspunktet for vurderingen. Behandlingsformål som bygger på velferdshensyn, slik som opplæringsrettigheter og opplæringsinteresser, kan i utgangspunktet aksepteres. Det må likevel foretas en konkret vurdering, hvor elevens alder og avhengighet til kommunen utgjør relevante faktorer. I tillegg utgjør barnets beste, altså elevens samlede interesser, et tungtveiende hensyn i vurderingen.

For det tredje plikter kommunen å foreta en selvstendig vurdering av hvilke egnede sikkerhetstiltak som må gjennomføres etter artikkel 22 nr. 2 bokstav b. Hva som kreves av tiltak avhenger av elevens sårbarhet og beskyttelsesbehov. Graden av sårbarhet og beskyttelsesbehov påvirkes av elevens alder og avhengighet til kommunen. For den konkrete vurderingen av hvilke tiltak som skal gjennomføres, skal hensynet til barnets beste være et tungtveiende hensyn. Tiltak som er påkrevd etter rettferdighets- og åpenhetsprinsippet er et minimum. Dersom sikkerhetstiltakene ikke følger av det supplerende rettsgrunnlaget, må kommunen av eget initiativ gjennomføre tiltakene for å overholde artikkel 22, tolket i lys av personvernprinsippene og barns grunnlovs- og konvensjonsrettigheter.

5 Analyse av vilkårene i artikkel 22 nr. 1

5.1 Identifikasjon av vilkårsstruktur

Begrepet «automatiserte individuelle avgjørelser» er ikke definert i personvernforordningen. Begrepet har et vidt og varierende meningsinnhold, og brukes normalt om beslutninger som tas av automatiserte systemer eller programmer uten menneskelig innblanding.¹⁰⁴ Vilkårene i artikkel 22 nr. 1 avgrenser meningsinnholdet ved å angi hvilke typer automatiserte avgjørelser som omfattes av bestemmelsen.

Vilkårsstrukturen i første ledd for hva som utgjør en artikkel 22-avgjørelse er, slik Schartum (2020) beskriver, «innfløkt og ikke lett å forstå på en logisk måte».¹⁰⁵ Før vilkårene kan analyseres hver for seg må vilkårsstrukturen identifiseres og begrunnes.

Tre kumulative hovedvilkår kan leses direkte ut fra bestemmelsen. For det første må systemet produsere en «avgjørelse». For det andre må avgjørelsen være «utelukkende [...] basert på automatisert behandling, herunder profilering». Ordlyden av «herunder» indikerer at avgjørelsen *kan* bygge på profilering, men at profilering ikke er et vilkår. Avgjørelser som omfattes av bestemmelsen kan dermed være med og uten profilering, slik dette defineres i artikkel 4 nr. 4. Skillet settes imidlertid ikke på spissen i underproblemstillingen, ettersom digital læringsanalyse alltid innebærer profilering. For det tredje må avgjørelsen ha «rettsvirkning for eller på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker» den registrerte.

I tillegg må det innfortolkes to vilkår med hensyn til virkeområdet til artikkel 22. For det første må avgjørelsen enten basere seg på eller relatere seg til den registrertes *egne* personopplysninger. Dette vilkåret forankres i anvendelsesområdet til personvernforordningen og formålsbetraktninger.¹⁰⁶ Forordningens rettigheter og plikter kommer til anvendelse for «behandling av personopplysninger», jf. artikkel 2 nr. 1. Avgjørelsen må derfor ha en form for tilknytning til den registrertes «personopplysninger». Når avgjørelsen bygger på «profilering», ligger dette innbakt i definisjonen av «profilering» etter artikkel 4 nr. 4. Etter denne definisjonen er profilering en form for «automatisert behandling», utført på «personopplysninger». Kravet om at avgjørelsen må basere seg på eller relatere seg til den

¹⁰⁴ Se Artikkel 29-gruppen (2018) s. 8.

¹⁰⁵ Schartum (2020) s. 208.

¹⁰⁶ Tolkningen har støtte i juridisk teori. Se Kuner mfl. (2020) s. 533.

registrertes egne personopplysninger, støttes også av formålet til forordningen. Etter fortalepunkt 1 skal forordningen beskytte fysiske personers «rett til vern av personopplysninger om vedkommende selv». Forordningens kapittel III gir derfor rettigheter til den registrerte og artikkel 22 henviser til «den registrerte».

Følgelig må avgjørelser etter artikkel 22 ha tilknytning til den registrertes *egne* personopplysninger. Det kan imidlertid ikke kreves at avgjørelsen *utelukkende* er basert på den registrertes egne personopplysninger. Presiseringen er nødvendig, fordi det kan tenkes situasjoner hvor avgjørelsen også er basert på andres fysiske personers personopplysninger eller data som ikke inneholder personopplysninger.¹⁰⁷ Dette er praktisk ved digital læringsanalyse, fordi avgjørelsen som produseres av læringsverktøyet i prinsippet kan være basert på informasjon om tidligere elevers presentasjoner og resultater. I dette tilfellet vil artikkel 22 likevel komme til anvendelse dersom avgjørelsen har en form for tilknytning til personopplysningene til «den registrerte». Blant annet vil bruk av den registrertes *navn* og *klasse* i avgjørelsen være nok.

Det andre vilkåret som må innfortolkes er at avgjørelsen må være individuell. Dette kan leses ut av overskriften i artikkel 22, som lyder «individuelle avgjørelser», og henger nært sammen med kravet til at avgjørelsen er en rettighet for den registrerte. Antitetisk innebærer dette at avgjørelsen ikke kan være generell. Synspunktet har støtte i teorien. Schartum uttaler her at avgjørelsen må gjelde «en eller flere bestemte fysiske personer».¹⁰⁸ Hva dette innebærer for digital læringsanalyse er imidlertid uklart. Presiseringen er viktig for de tilfeller hvor avgjørelsen i digital læringsanalyse er tatt for en bestemt klasse. Avgjørelser som gjelder en hel klasse kan vanskelig klassifiseres som *individuell*. Det skal likevel vises forsiktighet med å tillegge betydningen av individuell fra overskriften stor vekt, ettersom den ikke er inntatt i lovteksten. For digital læringsanalyse må en formåls- og rettighetsorientert tolkning være utslagsgivende. Herunder vil elevens krav på særlige vern tilsi at rettighetene og pliktene i artikkel 22 bør komme til anvendelse selv om avgjørelsen gjelder en hel klasse. Elevens sårbarhet og særskilte beskyttelsesbehov står like sterkt uavhengig av hvor mange elever som blir berørt av bestemmelsen. I denne sammenheng må det likevel presiseres at artikkel 22 er

¹⁰⁷ Se Kuner mfl. (2020) s. 533.

¹⁰⁸ Schartum (2020) s. 210.

en individuell rettighet. Vurderingen av de andre vilkårene, rettighetene og pliktene etter bestemmelsen må derfor foretas for hver enkelt elev.¹⁰⁹

I det følgende skal de tre hovedvilkårene analyseres hver for seg. Vilråene skal analyseres isolert og deretter i relasjon til typetilfellene. Utgangspunktet for vurderingen av de tre hovedvilkårene i artikkel 22 nr. 1 er behandlingsformålet og funksjonen til læringsverktøyet. Med hensyn til sistnevnte er det særlig relevant at læringsverktøyet enten brukes som beslutningsstøtte eller hjelpemiddel for læreren.

5.2 Når produserer digital læringsanalyse en «avgjørelse»?

Det første vilkåret som skal analyseres er når læringsverktøyet produserer en «avgjørelse», jf. artikkel 22 nr. 1. Forordningen definerer ikke begrepet og henviser ikke til begrepsbruken i nasjonal rett. Vilrået må derfor gis en selvstendig og ensartet fortolkning i EU-retten, uavhengig av nasjonal begrepsbruk.¹¹⁰

Hensett til at vilråene i artikkel 22 begrenser personopplysningsvernet, må begrepet «avgjørelse» tolkes vidt og på en måte som sikrer høy beskyttelse av personopplysningsvernet. I samsvar med dette forstås «avgjørelse» som alle former for beslutningstaking. Det kan derfor ikke kreves mer enn at det tas standpunkt til et spørsmål eller et valg blant flere muligheter. Vilrået må imidlertid ses i sammenheng med kravet om at avgjørelsen har «rettsvirkning for eller på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker» den registrerte. En kontekstuell tolkning av «avgjørelse» tilsier derfor at standpunktet eller valget må være bestemmende for den registrertes rettslige eller faktiske situasjon.

Etter disse slutningene har begrepet et vidt virkeområde. Både rettslige og faktiske avgjørelser omfattes, og det stilles ikke krav til avgjørelsens form. Begrepet «avgjørelse» avgrenser imidlertid mot situasjoner der systemet produserer informasjon som kun brukes til å forberede, støtte eller komplementere en avgjørelse.¹¹¹ Dette omtales som beslutningsstøtte.

Grensen mellom beslutningsstøtte og beslutningstaking må imidlertid anvendes med varsomhet og på en måte som sikrer bestemmelsen effektiv gjennomslagskraft. Blant annet vil det ikke være nok at den behandlingsansvarlige kaller systemets utfall som *forberedende* eller

¹⁰⁹ Se Schartum (2020) s. 210.

¹¹⁰ Se SENA, C-245/00, avsnitt 24.

¹¹¹ Se Kuner mfl. (2020) s. 532.

midlertidig.¹¹² Videre kan det tenkes at én endelig avgjørelse er sammensatt og består av flere *beslutninger*, og hvor de ulike beslutningene utgjør hver for seg en «avgjørelse» etter artikkel 22 nr. 1.¹¹³ Sistnevnte kan fortsatt kalles beslutningsstøtte, men utgjør «avgjørelse[r]» etter artikkel 22 nr. 1.

Ved bruken av digital læringsanalyse i grunnskolen er det resultatet læringsverktøyet produserer som er gjenstand for vurdering. Hvorvidt det foreligger en «avgjørelse» beror på resultatets reelle innhold og virkning. Utfordringen med typetilfellene er at funksjonen til digital læringsanalyse er enten beslutningsstøtte eller et hjelpemiddel for læreren. Samtidig er det liten tvil om at resultatet digital læringsanalyse produserer *kan* være direkte bestemmende for elevens opplæring eller rett til spesialundervisning. Når læringsverktøyet identifiserer læringsvansker, er dette et standpunkt om at eleven ikke får tilfredsstillende utbytte av det ordinære undervisningsopplegget. Selv om denne informasjonen ikke utgjør det endelige vedtaket om spesialundervisning, er informasjonen bestemmende for elevens faktiske situasjon. Tilsvarende argumenter gjør seg gjeldende når læringsverktøyet foreslår tilpasset undervisning eller vurdering. Dette er valg med hensyn til hvordan opplæringen skal tilpasses den enkelte elev for å gi økt læringsmotivasjon og læringsmestring.

Følgelig ligger typetilfellene i grenseland mellom beslutningsstøtte og beslutningstaking. Hvorvidt det foreligger en «avgjørelse» beror på en konkret vurdering av alle sakens relevante forhold. Ved vanskelige grensetilfeller vil det imidlertid være mer hensiktsmessig å analysere problematikken under bestemmelsen øvrige vilkår. Dersom lærerens innblanding i beslutningstakingen blir for stor, er det uansett ikke en «utelukkende [...] automatisert behandling», jf. artikkel 22 nr. 1. Dersom resultatet læringsverktøyet produserer har «rettsvirkning» eller «på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker» eleven, vil det helt klart foreligge en «avgjørelse», jf. artikkel 22 nr. 1. Problematikken skal derfor analyseres nærmere under disse vilkårene.

¹¹² Kuner mfl. (2020) s. 532.

¹¹³ Kuner mfl. (2020) s. 532.

5.3 Hvor stor innblanding må læreren ha for at avgjørelsen ikke «utelukkende er basert på automatisert behandling»?

Det andre vilkåret som skal analyseres er at læringsverktøyet må produsere en avgjørelse som er «utelukkende basert på automatisert behandling», jf. artikkel 22 nr. 1.

Vilkåret må ses i sammenheng med virkeområdet til forordningen etter artikkel 2 nr. 1, som er begrenset til «helt eller delvis automatisert behandling av personopplysninger». Vilkåret avgrenser dermed mot avgjørelser som er delvis automatisert, dvs. avgjørelser tatt av systemer eller programmer med menneskelig innblanding. Ordlyden av «utelukkende» peker i retning av at avgjørelsen må være tatt uten noen som helst form for menneskelig innblanding i systemet eller programmet. Artikkel 29-gruppen har imidlertid tolket dette utvidende til å være et krav om ingen *meningsfull menneskelig innblanding*. Bakgrunnen er at den behandlingsansvarlige ikke skal kunne omgå artikkel 22 ved å fabrikkere menneskelig innblanding. I retningslinjene uttales:

*«To qualify as human involvement, the controller must ensure that any oversight of the decision is meaningful, rather than just a token gesture. It should be carried out by someone who has the authority and competence to change the decision».*¹¹⁴

Uttalelsen har fått tilslutning av det norske datatilsynet og juridisk teori.¹¹⁵ Kravet om ingen meningsfull menneskelig innblanding har også støtte i en kontekstuell tolkning av bestemmelsen. Et av sikkerhetstiltakene i artikkel 22 nr. 3 er «menneskelig inngripen» i avgjørelsen. For typetilfellene følger tilsvarende sikkerhetstiltak av andre ledd bokstav b, sammenholdt med rettferdighets- og åpenhetsprinsippet. Følgelig forutsetter bestemmelsen at det *må* foreligge en form for menneskelig innblanding ved avgjørelsen. Videre må denne menneskelige innblanding være meningsfull, for å sikre bestemmelsen gjennomslagskraft og effektiv beskyttelse av personopplysningsvernet. Det er den høye graden av automatisering som begrunner skjerpede plikter i artikkel 22 andre til fjerde ledd, og dersom den behandlingsansvarlige omgår disse ved å fabrikkere menneskelig innblanding, vil personopplysningsvernet undergraves. For å oppfylle sikkerhetstiltaket i artikkel 22 nr. 3 til

¹¹⁴ Artikkel 29-gruppen (2018) s. 21.

¹¹⁵ Datatilsynet (2018) s. 19 og Schartum (2020) s. 209.

«menneskelig inngripen», må det derfor foreligge en viss form for meningsfull menneskelig innblanding.

Følgelig peker rettskildene i klar retning av at kravet om «utelukkende [...] automatisert behandling», må forstås som et krav om ingen meningsfull menneskelig innblanding i avgjørelsen. Kravet må derfor anses som gjeldende rett.

Hva som kreves for at den menneskelige innblandingen er meningsfull, er imidlertid mer uklart. Artikkel 29-gruppens retningslinjer tyder på at personen må ha beslutningsmyndighet og reell innflytelse over resultatet. I retningslinjene vises det videre til at meningsfull innblanding ikke forligger dersom «someone routinely applies automatically generated profiles to individuals without any actual influence on the result».¹¹⁶ Uttalelsen kan forstås som et krav om at mennesket faktisk overprøver resultatet. Samlet sett innebærer dette at meningsfull innblanding krever at mennesket har beslutningsmyndighet, reell innflytelse og faktisk overprøver resultatet.

Vurderingen av hva som er meningsfull menneskelig innblanding er sentral for typetilfellene. Etersom læringsverktøyet er ment som beslutningsstøtte eller hjelpemiddel for læreren, forutsettes det stor grad av innblanding fra læreren. Læreren bruker informasjonen læringsverktøyet produserer til å sette sammen et individuelt tilpasset opplæringsopplegg, eller avgjøre om eleven får tilfredsstillende utbytte av det ordinære opplæringstilbudet. Slik sett er det læreren som produserer den endelige avgjørelsen, og ikke læringsverktøyet. Det er imidlertid ikke nok at læreren har beslutningsmyndigheten. Elevens krav på særlig vern krever at læreren faktisk kontrollerer og kvalitetssikrer resultatene. Elevens sårbarhet og beskyttelsesbehov tilsier videre at innblandingen må være betydelig, dvs. mer enn meningsfull, ettersom eleven vil ha vanskeligheter med å forstå og kontrollere resultatet selv. Dette er særlig viktig i grunnskolen, ettersom elevene er under 16 år.

Følgelig kan ikke kravet til meningsfull menneskelig innblanding forstås snevert ved typetilfellene. Den konkrete grensen for hva som er tilstrekkelig meningsfull innblandingen, vil likevel være vanskelig å trekke i praksis. Ved tvil vil elevens krav på særlig vern, inkludert prinsippet om barnets beste, tilsi at vilkåret «utelukkende [...] automatisert behandling» er oppfylt. Videre vil det ha formodningen mot seg, at lærerens innblanding er meningsfull,

¹¹⁶ Artikkel 29-gruppen (2018) s. 21.

dersom kommunen ikke har gjennomført tiltakene som er påkrevd etter rettferdighets- og åpenhetsprinsippet, og barns krav på særlig vern.¹¹⁷ Herunder kan det vanskelig sies at læreren har en meningsfull innblanding, dersom vedkommende ikke har tilstrekkelig opplæring og kursing i læringsverktøyet, eller følger rutinene for tilsyn av læringsverktøyet. For at innflytelsen skal være meningsfull, må kommunen sikre at tiltakene, beskrevet i delkapittel 3.2 og 4.3, er effektive og overholdes i praksis.

5.4 Når har avgjørelsen «rettsvirkning» for eleven eller på «tilsvarende måte i betydelig grad påvirker» eleven?

Det siste vilkåret som må analyseres er om resultatet læringsverktøyet produserer, har «rettsvirkning for eller på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker» eleven, jf. artikkel 22 nr. 1.

Vilkåret stiller to alternative krav til effekten av avgjørelsen. Ordlyden av «rettsvirkning for» tilsier at resultatet systemet produserer, må påvirke den registrertes rettsstilling. Slik Artikkel 29-gruppen uttaler kan dette både være rettigheter etter lov eller kontrakt.¹¹⁸ Til illustrasjon vil en avgjørelse tatt av digital læringsanalyse ha «rettsvirkning» for eleven dersom avgjørelsen utgjør elevens standpunkt karakter eller eksamens karakter, jf. forskrift til opplæringslova § 3-14, eller avgjør spørsmålet om spesialundervisning, jf. opplæringslova § 5-1. Dette er likevel verken behandlingsformålet eller hensikten bak typetilfellene.

Utfordringen med digital læringsanalyse som beslutningsstøtte og hjelpemiddel, er at resultatet læringsverktøy produserer, ikke har direkte betydning for elevens rettsstilling under opplæringslova. Som nevnt under vilkåret «avgjørelse» i delkapittel 5.2, er det likevel ingen tvil om at læringsverktøyets resultat *kan* være bestemmende for elevens opplæring eller rett til spesialundervisning. Selv om dette ikke nødvendigvis utgjør en rettsvirkning, har det stor betydning for eleven. For typetilfellene er det derfor mer hensiktsmessig å vurdere om effekten av det resultatet læringsverktøyet produserer «på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker» eleven, jf. artikkel 22 nr. 1.

Ordlyden av vilkåret «på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker» tilsier at avgjørelsen må ha en faktisk effekt, som tilsvarer en rettslig effekt. Vilkaåret vil, for enkelthetens skyld,

¹¹⁷ Se tiltakene i delkapittel 3.2 og 4.3.

¹¹⁸ Artikkel 29-gruppen (2018) s. 21.

omtales som krav til *betydelig effekt*. Eksempler på slik betydelig effekt er «automatisk avslag på en søknad om kreditt på internett eller e-rekruttering uten menneskelig inngripen», jf. fortalepunkt 71. Artikkel 29-gruppen viser også til at avgjørelser som påvirker tilgang til utdanning, slik som opptak til et universitet, oppfyller kravet.¹¹⁹

Overført til typetilfellene innebærer dette at kommunen må vurdere om effekten av det læringsverktøyet produserer er like «betydelig» for elevens faktiske situasjon, som en rettsvirkning. Elevens krav på særlig vern medfører imidlertid at kravet til betydelig effekt må tolkes vidt i disfavør kommunen. Vurderingen av «betydelig» må hensynta elevens sårbarhet og særskilte beskyttelsesbehov. Disse hensynene må få tungtveiende vekt, ettersom eleven er under 16 år og står i et avhengighetsforhold til kommunen. Ved tolkningstvil tilsier barnets beste, som tolkningsprinsipp, at vilkåret er oppfylt. Terskelen for hva som utgjør *betydelig effekt*, ved typetilfellene, er derfor lav.

Når behandlingsformålene er å individuelt tilpasse undervisningen eller vurderingen, må det vurderes om oppgavene eller vurderingen eleven får tilbudt, har en betydelig effekt for elevens opplærings situasjon. Referansepunktet vil være elevens rett til en grunnskoleopplæring i samsvar med opplæringslova og læreplanverket, jf. opplæringslova § 2-1. Av betydning for vurderingen er at læringsverktøyets resultater har direkte effekt på elevens læringslyst og læringsmestring. Dette har igjen en indirekte effekt på hvordan eleven kommer seg igjennom læreplanverket, og ligger dermed nært opp til elevens rett til en grunnskoleopplæring i samsvar med opplæringslova og læreplanverket. Disse faktorene, hensett til elevens krav på særlig vern, tilsier at vilkåret til betydelig effekt, som et klart utgangspunkt, vil være oppfylt for de to behandlingsformålene, jf. artikkel 22 nr. 1.

Når behandlingsformålet er å identifisere læringsvansker, må det vurderes om informasjonen læringsverktøyet produserer, har en betydelig effekt for elevens rett til spesialundervisning, jf. opplæringslova § 5-1. Denne vurderingen ligger nært opp til en vurdering av det alternative vilkåret «rettsvirkning for» eleven, jf. artikkel 22 nr. 1. Det avgjørende er i hvilken grad bruken av læringsverktøyet og informasjonen algoritmen produserer, påvirker elevens rett til spesialundervisning, enten rettslig eller faktisk. Hensett til elevens krav på særlig vern, kan det ikke kreves stor grad av påvirkning. Herunder får det særlig stor vekt at eleven står i en avhengighetsposisjon til kommunen, og at retten til spesialundervisning er en sentral rettighet

¹¹⁹ Artikkel 29-gruppen (2018) s. 22.

for elever som sliter på skolen. I tillegg ligger det allerede i behandlingsformålets natur at informasjonen læringsverktøyet produserer har en betydelig effekt for elevens rett til spesialundervisning. Det skal derfor lite til for at informasjonen læringsverktøyet produserer, oppfyller vilkåret, jf. artikkel 22 nr. 1.

6 Avsluttende bemerkninger

Oppgaven har gjort rede for de rettslige rammene artikkel 22 setter for bruken av digital læringsanalyse i grunnskolen, når verktøyet brukes til å identifisere læringsvansker hos eleven, individuelt tilpasse undervisningen eller individuelt tilpasse vurderingen. Analysene viser at eleven har krav på et særlig vern under artikkel 22, og at dette får direkte betydning for hvordan kommunen implementerer digital læringsanalyse i grunnskolen. Hva et særlig vern krever av kommunen som behandlingsansvarlig, dersom læringsverktøyet produserer en artikkel 22-avgjørelse, er likevel en retts teknisk vanskelig vurdering. Elevens krav på særlig vern statuerer ikke klare regler for hvilke *tungtveiende grunner* som begrunner unntak fra forbudet i artikkel 22 nr. 1, og hvilke sikkerhetstiltak kommunen må gjennomføre etter artikkel 22 nr. 2 bokstav b. Her er kommunen henvist til å vekte flere interesser og foreta komplekse risikoanalyser.

Etter min mening utgjør denne rettssituasjonen et rettssikkerhetsproblem for elevene. Når elevenes krav på særlig vern ikke fremgår av lovteksten og påvirkes av flere faktorer, blir det vanskelig for elevene (og foresatte) å utøve og kontrollere rettighetene. Kommunens plikt til å informere elevene om rettighetene kan ikke alene kompensere for dette. Det er en svakhet at regelverket er svært lite tilgjengelig for de det er ment å beskytte, og det er kritikkverdig at dette gjelder en gruppe registrerte, som er sårbare og har et særskilt beskyttelsesbehov.

Retts situasjonen reiser dermed flere rettspolitiske spørsmål med relevans for Regjeringens ekspertgruppe, når digital læringsanalyse skal utredes.¹²⁰ Det kan også reises spørsmål om det *burde* være forbudt å produsere artikkel 22-avgjørelser i grunnskoleopplæringen.

Personvernrisikoen og behandlingsaktivitetens inngripende karakter, kombinert med sårbarheten til elevene, peker i denne retning. Selv om den norske lovgiver ikke kan gjøre tilpasninger i lovteksten til artikkel 22, kan lovgiver statuere et forbud ved å ikke tillate behandlingsaktiviteten i nasjonal rett. Uten et tilstrekkelig supplerende rettslig grunnlag i nasjonal rett, vil ikke kommunen kunne benytte unntaket i artikkel 22 nr. 2 bokstav b.

Et forbud synes likevel ikke å være forenlig med Regjeringens digitaliseringsstrategi i grunnskolen og handlingsplan for digitalisering.¹²¹ Smarte digitale læringsmidler, slik som digital læringsanalyse, vil alltid utgjøre en personvernrisiko. Løsningen kan ikke være å

¹²⁰ Kunnskapsdepartementet (2021).

¹²¹ Kunnskapsdepartementet (2017) og Kunnskapsdepartementet (2020).

unngå risikoen, men å minimere den til det akseptable gjennom regulering og effektive sikkerhetstiltak.

Et forbud mot artikkel 22-avgjørelser i grunnskolen er dermed ikke veien å gå, dersom digital læringsanalyse skal inn i grunnskolen. Slik analysen viser utvider elevens krav på særlig vern virkeområdet til artikkel 22, og det kan tenkes situasjoner hvor digital læringsanalyse omfattes av bestemmelsen, selv om den aktuelle bruken er ment som beslutningsstøtte eller et hjelpemiddel for læreren. Når digital læringsanalyse skal inn i grunnskolen, vil dermed artikkel 22 sette viktige skranker for lærerens bruk av verktøyet for å ivareta elevens personopplysningsvern.

Etter min mening må løsningen være å foreta grundige utredninger av hvilke situasjoner det er forsvarlig, hensett til elevens sårbarhet og særskilte beskyttelsesbehov, å bruke digital læringsanalyse til å treffe en artikkel 22-avgjørelse. For å sikre effektiv beskyttelse av personopplysningsvernet, må lovhjemmelen klart og tydelig regulere behandlingsaktiviteten. Herunder må det presiseres hvilke behandlingsformål som er tillatt og hvilke sikkerhetstiltak kommunen må iverksette, for å sikre høy beskyttelse av elevenes personopplysningsvern. For å motvirke situasjonen hvor ansatte i grunnskolen står i en skvis mellom det å gi en best mulig opplæring og samtidig ivareta elevenes personvern, må disse spørsmålene løses av Utdanningsdirektoratet og Kunnskapsdepartementet.¹²²

¹²² Se også slik oppfordring i Bouvet (2020), s. 11.

7 Litteraturliste

7.1 Lover og forskrifter

Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
Opplæringslova	Lov 17. juni 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova)
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
Personopplysningsloven av 2000	Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)
Forskrift til opplæringslova	Forskrift 23. juni 2006 nr. 724 til opplæringslova
Vergemålsloven	Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven)
Forskrift om overordna mål og prinsipp i skolen	Forskrift 1. september 2017 nr. 1332 om utfylling av dei overordna måla og prinsippa for opplæringa i grunnskolen og i den vidaregåande opplæringa
Personopplysningsloven av 2018	Lov 15. juni 2018 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

7.2 Konvensjoner og traktater

EMK	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4 November 1950 (entered into force 3 September 1953)
-----	---

Barnekonvensjonen	Convention on the Rights of the Child, New York, 20 November 1989 (entered into force 2 September 1990)
EØS-avtalen	Agreement on The European Economic Area, Oporto, 2 May 1992 (entered into force 1 January 1994)
ODA	Agreement between the EFTA States on the establishment of a surveillance authority and a court of justice, with protocols 1 – 7, Oporto, 2 May 1992 (entered into force 1 January 1994)
EU-pakten	Charter of Fundamental Rights of the European Union, Strasbourg, 7 December 2000 (entered into force December 2009)
TEUV	Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU, Rome, consolidated 7 July 2016, OJ C 202 [Traktaten om Den europeiske unions virkemåte – TEUV]

7.3 Direktiver og forordninger

Personverndirektivet	Europaparlaments og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger [Personverndirektivet].
Personvernforordningen	Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [Personvernforordningen]

7.4 Forarbeider

NOU 2009:1	NOU 2009:1 <i>Individ og integritet Personvern i det digitale samfunnet</i>
Dok.nr.16 (2011–2012)	Dok.nr.16 (2011–2012) <i>Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven</i>
Prop.56 LS (2017-2018)	Prop.56 LS (2017–2018) <i>Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 2016/679 (generell personvernforordning) i EØS-avtalen</i>
NOU 2019:23	NOU 2019:23 <i>Ny opplæringslov (opplæringsloven)</i>

7.5 Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1896 s. 530

Rt. 2012 s. 1985 P

HR-2015-206-A

HR-2016-2554-P

EU-domstolen

Dom av 6 oktober 1982, Cilfit and Others, C-283/81, EU:C:1982:335

Dom av 6 februar 2003 [Sixth Chamber], SENA, C-245/00, EU:C:2003:68

Dom av 6 november 2003, Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596

Dom av 24 november 2005 [Fifth Chamber], Deutsches Milch-Kontor, C-136/04, EU:C:2005:716

Dom av 13. mai 2014 [Grand Chamber], Google Spain og Google, C-131/12, EU:C:2014:317

Dom av 19. juni 2014 [Second Chamber], Karen Millen Fashions, C-345/13, EU:C:2014:2013

Dom av 11 desember 2014 [Fourth Chamber], Ryneš, C-212/13, EU:C:2014:2428

Dom av 15 desember 2016 [Sixth Chamber], Vieira de Azevedo and Others, C-558/15, EU:C:2016:957

Dom av 16 juli 2020 [Grand Chamber], Schrems II, C-311/18, EU:C:2020:559

EFTA-domstolen

Sak E-2/03, Pátalemakten mot Ásgeirsson m.fl., EFTA Ct. Rep. 2003 s. 18

Sak E-9/07 og E-10/07, L'Oréal, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259

EMD

Klass m.fl. mot Tyskland [P], ECHR:1978:0906JUD000502971

Personvernemnda

PVN-2021-09 (Utlevering av personopplysninger innsamlet ved kameraovervåking – overtredelsesgebyr)

7.6 Vedtak fra Datatilsynet

Datatilsynet, varsel om vedtak i IBO-saken, 7 august 2020 [vedtak]. Tilgjengelig på <https://www.datatilsynet.no/aktuelt/aktuelle-nyheter-2020/varsler-vedtak-om-at-ib-karakterene-ma-rettes/> (sist lest 07.12.2021)

Datatilsynet, lukking av IBO-saken, 16 august 2021 [lukking av sak]. Tilgjengelig på <https://www.datatilsynet.no/aktuelt/aktuelle-nyheter-2021/lukker-ib-saken/> (sist lest 07.12.2021)

7.7 Litteratur

7.7.1 Retningslinjer og rapporter fra Personvernrådet, Artikkel 29-gruppen og Datatilsynet

- Artikkel 29-gruppen (2009) Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General Guidelines and the special case of schools)*, Adopted on 11 February 2009
- Artikkel 29-gruppen (2018) Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated individual decisionmaking and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 6. februar 2018, Endorsement by EDPB 1/2018 (25 May 2018)
- Personvernrådet (2020a) EDPB, *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679 Version 1.1*, Adopted on 4 May 2020
- Personvernrådet (2020b) EDPB, *Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default Version 2.0*, Adopted on 20 October 2020
- Datatilsynet (2018) Datatilsynet, *Kunstig intelligens og personvern*, Rapport, 2018

7.7.2 Bøker

- Fredriksen mfl. (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland, Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utg. Fagbokforlaget, 2018
- Kuner mfl. (2020) Kuner, Christopher, Lee A Bygrave, Christopher Docksey, Laura Drechsler, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, 1.utg. Oxford University Press, 2020

Schartum (2020) Schartum, Dag Wiese, *Personvernforordningen – en lærebok*, 1. utg. Fagbokforlaget, 2020

7.7.3 Artikler

Mendoza mfl. (2017) Mendoza, Isak, Lee A. Bygrave (2017), «The Right not to be Subject to Automated Decisions based on Profiling», *Tatiani Synodinou, Philippe Jogleux, Christiana Markou, Thalia Prastitou (eds.), EU Internet Law: Regulation and Enforcement (Springer, 2017, Forthcoming), University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2017-20*, Tilgjengelig på <https://ssrn.com/abstract=2964855>

Veale mfl. (2018) Veale, Michael, Lilian Edwards (2018), «Clarity, Surprises, and Further Questions in the Article 29 Working Party Draft Guidance on Automated Decision-Making and Profiling», *Computer Law & Security Review 34(2) 2018, 398-404*, DOI: 10.1016/j.clsr.2017.12.002, Tilgjengelig på <https://ssrn.com/abstract=3071679>

7.7.4 Rapporter, notater m.m.

Bouvet (2021) Bouvet, «*Digitalisering i skolen: Har vi glemt personvernet?*» Rapport, 2021 Tilgjengelig på <https://www.bouvet.no/bouvet-deler/rapport-personvern-i-skolen> (sist lest 30 november 2021)

Dahl (2015) Morten Dahl, *Notat om læringsanalyse*, Notat 2015. Tilgjengelig på <https://www.udir.no/kvalitet-og-kompetanse/profesjonsfaglig-digital-kompetanse/notat-om-laringsanalyse/> (sist lest 30 november 2021)

- European Commission (2019) European Commission, *A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines* High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, Rapport, 2019. Tilgjengelig på <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines> (sist lest 30 november 2021)
- Kunnskapsdepartementet (2017) Kunnskapsdepartementet, *Framtid, fornyelse og digitalisering Digitaliseringsstrategi for grunnsopplæringen 2017–2021*, Strategi 2017. Tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/framtid-fornyelse-og-digitalisering> (sist lest 30 november 2021)
- Kunnskapsdepartementet (2020) Kunnskapsdepartementet, *Handlingsplan for digitalisering i grunnsopplæringen (2020-2021)*, Handlingsplan 2020.
- Kunnskapsdepartementet (2021) Kunnskapsdepartementet, *Mandat ekspertgruppe digital læringsanalyse*, Notat 2021. Tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/ei-ny-ekspertgruppe-skal-vurdere-digital-laringsanalyse> (sist lest 30 november 2021)

7.7.5 Store norske leksikon

- Hovde mfl. (2020) Hovde, Kjell-Olav og Sigmund Grønmo, «Algoritme» i Store norske leksikon, 2. november 2020, <https://snl.no/algoritme> (sist lest 30 november 2021)
- Tidemann mfl. (2019) Tidemann, Axel og Anne Cathrine Elster, «Maskinlæring» i Store norske leksikon, 7. juni 2019, <https://snl.no/maskinlaering> (sist lest 30 november 2021)